



دراسات قانونية

مجلة دورية محكمة متخصصة

تعني بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية

وتصدر ثلاث مرات في السنة عن كلية الحقوق - جامعة بنغازي

في هذا العدد:

- مقبولية الدليل الرقمي في المحاكم الجنائية.
- عيب الانحراف بالسلطة وقاعدة تخصيص الاهداف.
- نسبية الاثر المترتب على إجراءات المرافعات.
- تسبيب القرار التأديبي.
- التعارض بين النصوص.
- تعليق على حكم المحكمة العليا في طعن دستوري 59- 28 ق.
- تعليق على حكم المحكمة العليا في طعن جنائي رقم 276- 29 ق.
- تعليق على حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الجنائي رقم 1314 / 54 ق.
- تقرير متابعة عن حلقة نقاش قانون مكافحة الإرهاب.
- قانون رقم (3) لسنة 2014م بشأن مكافحة الإرهاب.

يناير 2016

العدد التاسع عشر

منشورات جامعة بنغازي



Journal of Legal Studies

Published By Faculty Of Law, Benghazi University



No. 19

Jul.2016

Benghazi University Press.



مجلة دراسات قانونية

مجلة دورية محكمة متخصصة

تعني بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية

تصدر ثلاث مرات في السنة عن كلية الحقوق - جامعة بنغازي

○ المشرف العام / د. عاشور سليمان شوايل ... عميد كلية الحقوق - جامعة بنغازي

○ رئيس التحرير / أ. د. سليمان صالح الغويل ... رئيس قسم القانون العام .

○ مدير التحرير / د. جازية جبريل شعيتير ... وكيل الكلية.

الهيئة الاستشارية :

- أ.د. مفتاح عبد السلام المهدي.
- أ.د. عبد الله زايد الكاديكي.
- أ.د. موسى مسعود ارحومة.
- أ.د. أحمد الصادق الجهاني.
- أ.د. عمر محمد السيوي.
- د. سعد خليفة العبار.
- د. سليمان محمد إبراهيم.

(قواعد النشر بالمجلة)

1. اصالة العمل المقدم للنشر، من حيث فكرته، ومنهجية إعداده ، وتوثيق مصادره .
2. أن لا يكون العمل المقدم للنشر، قد سبق نشره أو قدم للنشر في أي مطبوعة أخرى، أو مستل من دراسة أو بحث أو رسالة أو أطروحة سابقة.
3. أن يكون العمل المقدم للنشر، قد أعد وفقاً للمعايير والضوابط المنهجية الشكلية والموضوعية المتعارف عليها في الدراسات الأكاديمية الحديثة .
4. تكون أولوية النشر للأعمال الأكثر عمقاً ، والتزاماً بمنهجية البحث العلمي، التي تتضمن في ثناياها إسهامات علمية جديدة، وأفكار مبتكرة، ونتائج غير مسبوقه .
5. تخضع الأعمال المقدمة للنشر للتقويم السري، بواسطة خبراء أكفاء من المتخصصين في مجال العمل المقدم للنشر، ويعاد العمل لمعه في حالة طلب تعديله أو تنقيحه لاستكمال شروط نشره.
6. تقدم الأعمال للنشر مطبوعة من نسختين مصحوبة بقرص مدمج (CD)، ولا تلتزم المجلة بإعادة أي عمل قدم لها، سواء أقامناً بن شره أم لا، وفي حالة نشره بالمجلة لا يجوز لمقدمه إعادة نشره في أية مطبوعة أخرى.
7. تخضع جميع الأعمال المقدمة للنشر بالمجلة للقواعد القانونية الخاصة بالمسؤولية الأدبية والملكية الفكرية ، و القواعد المنهجية المتعلقة بالتأليف والنشر، وما تتضمنه هذه الأعمال يعبر فقط عن آراء وأفكار كتابها ، ولا تعكس البتة أي موقف أو توجه للمجلة.
8. يجب أن يحمل أي عمل مقدم للنشر أسم مقدمه، أو الجهة المعدة له، ويرفق به ملخص موجز عن السيرة العلمية لمقدم العمل، وجهة عمله، وعنوانه، وما سبق له نشره من دراسات وبحوث.
9. تحتفظ المجلة بحقها في تحديد أولوية نشر الأعمال المقدمة لها، بحسب خطة النشر المتبعة في المجلة، وأهمية الأعمال المقدمة، والظروف والمناسبات ذات العلاقة بتخصص المجلة، ومستهدفاتها العلمية .
10. الأعمال المقدمة للنشر يفضل أن لا يزيد حجمها عن 30 صفحة للدراسات والبحوث، وأن لا تزيد المقالات والتعليقات والمتابعات وعروض الكتب وغيرها من الأعمال المتعلقة بالمجال القانوني والقضائي عن 20 صفحة، من القاطع الكبير، بما في ذلك الهوامش، وقائمة المراجع، والصور ووسائل الإيضاح المرفقة.

المراسلات تُقدّم باسم رئيس التحرير على العنوان الآتي:

كلية الحقوق / مدرسة الاتحاد (بقرب مدرسة الخنساء)

Email: legal_studies@outlook.sa

Email: sa741932@gmail.com

هاتف وفاكس : +218 (61) 22 29029

شكر خاص

بكل تقدير وامتنان، نتقدم بخالص الشكر والعرفان

لمركز دراسات القانون والمجتمع

جامعة بنغازي

على تعاونهم ومساهمتهم في طباعة هذا العدد

من المجلة

(ثبت المحتويات)

- توطئة العدد:

- بادي بدء ... (عدنا والعودُ أحمدُ).....12.....
أ.د. سليمان صالح الغويل

أولاً. البحوث والدراسات:

- مقبولة الدليل الرقمي في المحاكم الجنائية.....18.....
أ.د. سالم محمد الإوجلي
- عيب الانحراف بالسلطة وقاعدة تخصيص الأهداف.....41.....
د. عاشور سليمان شوايل
- نسبية الأثر المترتب على إجراءات المرافعات.....76.....
د. مصطفى أحمد الدراجي
- تسبيب القرار التأديبي.....112.....
د. مفتاح خليفة عبد الحميد
- التعارض بين النصوص.....149.....
د. سعد خليفة العبار

ثانياً. التعليقات:

- تعليق على حكم المحكمة العليا الليبية في طعن الجنائي رقم 1314 / 54 ق لسنة 2008 م/- (مرفق هذا الحكم ضمن هذا العدد من المجلة ص-279).....190.....
أ.د. موسى مسعود أرحومة
- تعليق على حكم المحكمة العليا الليبية في طعن الدستوري رقم 28 / 59 ق لسنة 2013م.....196.....
د. خليفة سالم الجهمي

- تعليق على حكم المحكمة العليا الليبية في طعن الجنائي رقم 29/276 ق لسنة 2013م.....216
- أ. فريحة حامد القطراني.

ثالثاً. المتابعات:

- تقرير متابعة عن حلقة نقاش قانون مكافحة الإرهاب.....230
- د. جازية جبريل شعيتير

رابعاً. ملحق القوانين واللوائح الجديدة:

القوانين:

- القانون رقم (3) لسنة 2014م، بشأن مكافحة الإرهاب.....246
- القانون رقم (59) لسنة 2012م، في بشأن نظام الإدارة المحلية.....257

الأحكام القضائية:

- أحكام المحكمة العليا بدوائرها مجتمعة في الطعن الجنائي رقم 1314 / 54 ق.....288
- أحكام المحكمة العليا بدوائرها مجتمعة في الطعن المدني رقم 811 / 53 ق295

خامساً. ملحق القوانين واللوائح الجديدة:

- الراحلون.....300
- نموذج خاص بتقديم المقترحات والملاحظات.....304
- نموذج مشاركة بالمجلة.....306



بادي بدو ...

(عدنا والعودُ أحمدُ)

في خضم ما تعيشه بلادنا من ظروف معقدة، وأزمات مدلهمة، منذ ما ينوف عن أربع سنوات ونيف، وبعد غياب لمدة طويلة، لظروف متنوعة، ولأسباب كثيرة، تعود مجلة (دراسات قانونية) للصدور في حلة بهية، عن هذه الكلية العريقة، كلية الحقوق، هذه المؤسسة العلمية، والمنارة الثقافية السامقة، بما لها من رصيد منذ أكثر من نصف قرن من العطاء، أساتذة أكفاء، وطلبة نجباء.

وبفوائد ملؤه الغيطة والسرور، والبهجة والحبور، ندبج لهذا الإصدار، الذي وإن جاء متأخراً إلى حين، فإن الحرص على سرعة إنجازه ما فتأ يقض خلدنا في معظم الأحيان، ويحدونا الأمل في أن تتيسر لهذه المجلة في حلتها الجديدة كل السبل والوسائل الناجعة، التي من شأنها الحؤول دون توقفها مرةً أخرى، وضمان صدورها بصورة دورية منتظمة، وأن تكون في مستوى الاسم الذي تتخذه ناصيةً لها، وتعتبر بجدارة عن مكانة الكلية التي تصدر عنها، والجامعة التي تنتمي لها، هذا الاسم الذي يحمل في ثناياه أعماق إحساس، في نفوس الناس، فما برح القانون هو نبرة الإيقاع الأقوى في حياة كل البشر، وفي كل عصر. فهو ديدن العدالة الحقنة، بمعانيها الجامعة، والمواطنة القحة، بسجاياها الكاملة، من حقوق أساسية، وحرقات عامة، وأن تعبر هذه المجلة كذلك أو فوق ذلك، بجدارة عن المكانة المرموقة لهذه الكلية العريقة، التي تبوات درجات راقية، منذ كانت مؤسسة حديثة النشأة، بين جامعات العام قاطبة.

ولا غرو في أن ما يستحق التسجيل في هذه التواطئة، لتدشين هذا الإصدار الجديد، الذي نطمح معكم وبكم، أن يكون مميزاً ومفيداً، هو التأكيد على أنه مع ولادة أي منبر ثقافي جديد، يعُبد للمعرفة طريق، ووسيلة إضافية للتعبير والحرية، ومساحة حقيقية لممارسة الديمقراطية الحقيقية، بما

يتاح فيها من فضاءات واسعة للحوار وتبادل الأفكار ، وتلاقح الآراء، والاستمزاغ والاستراء، وألق الإبداع والارتقاء، وكاريزما القدوة والافتداء.

وسنبذل ما في وسعنا من جهد وسُبل متاحة، وبكل مسؤولية وصدق، لكي تكون هذه المجلة الأكاديمية الثقافية، منبراً لجميع الأقسام المستنيرة، التي تحرص على توخي الحقيقة فيما تكتب، وتعبّر بشفافية عما تعتقد، وتنتقد بموضوعية ما لا تعتقد، وتستلهم فيما تبحث قيم الماضي التليد، والتاريخ المجيد، والحاضر الجديد، والمستقبل البعيد، وتتماهى مع رؤى وطموحات بلادنا، وما ترنو إليه أمتنا، من نهضة وسلام ، ومحبة ووثام.

ولا براح في أن هذا كله، وفوق ذلك الكثير، مما هو بالذكر جدير، يستوجب بالضرورة تضافر جهود العامة والخاصة، وعلى المستويات كافة، ممن تقع على عاتقهم مسؤولية النهوض بالشأن العام في بلادنا، سيما الشأن التوعوي الثقافي، والأكاديمي المعرفي، والأخذ في اعتبارهم ما يكتسيه الحراك الثقافي من أهمية جوهرية، وضرورة دعمه، وتوفير سُبل نجاحه، وترسيخ تقاليدده، وبالقدر نفسه ما ينبغي على الأساتذة والباحثين من تفاعل واهتمام، فهم المعين الخُصب، والمصدر الذي لا ينضب لتغذية الحراك الثقافي، فبقدر ما يقدمونه من بحوث ومقالات وتعليقات، وما يزودون به هذه المجلة الأكاديمية من مادة علمية ومعرفية، معمقة وثرية، بقدر ما يكون لهذه المجلة من قيمة معرفية، وقدرة على المنافسة الأكاديمية، تستطيع بها مقاربة بل مضاهاة الكثير من المجالات الأكاديمية الأخرى، في ليبيا وخارجها.

ولا يساورنا أدنى شك فيما سيكون لهذه المجلة ، إذا ما توفر لها كل أو جُل ما أسلفنا ذكره من مكانة ثقافية منمارة، ونتائج ممتازة، في استعادة هذه الجامعة العريقة، لحيوتيتها الثقافية، وما عُرفت به من مكانة علمية، منذ كانت مؤسسة أكاديمية فتيّة، بل كذلك أو فوق ذلك من مساهمة جديّة في تفعيل المشهد الثقافي على المستوى الوطني والعربي.

ونافلة الكلام، في هذا المرام، أن نهني في الختام، أنفسنا وأعضاء هيئة التدريس عامةً والباحث كافةً، بعودة مجلتهم (دراسات قانونية)، لاستئناف إصداراتها، وما تسطره أقلامهم الخبيرة، من بحوث وتعليقات قانونية، ومقالات وخواطر ثقافية، ومتابعات لنشاطات علمية، ومؤتمرات أكاديمية، ومقالات معرفية، للنهوض بهذه المجلة في مدة قياسية، من نبتة غضة، إلى سندية سامة، تُغني ملكاتنا القانونية، وتُغذي بمعينها ذائقتنا المعرفية، وتنفياً بظلالها الوارفة مؤسساتنا الأكاديمية.

وكلنا ثقة فيكم وبكم، فيما سيكون لهذه المجلة العريقة الواعدة، بإصداراتها الجديدة، من تأثير كبير في كسر حواجز الجمود، التي رانت بكلها على

الحراك الأكاديمي منذ عقود. من خلال استنهاض همم الكثير من المعنيين بهذا الشأن من الأساتذة والباحثين، سواء على المستوى الوطني أم العربي، بما سيقدم في إصدارتها الجديدة الدورية، منهم ولهم، من بحوث أكاديمية مُحكمة، ودراسات نقدية قيمة، وتعليقات قانونية عريضة تدعو إلى مزيد العمل، من أجل تحقيق الأمل، وإنجاز الأفضل، فيما هو مقبل من مستقبل.

ولا يفوتنا أن نعبر عن خالص شكرنا، وعظيم امتناننا، لكل من أسهم في إنجاز هذا الإصدار الجديد، وفي مقدمتهم عميد كلية الحقوق، الدكتور/ عاشور سليمان شوايل، ومدير مركز دراسات القانون والمجتمع، الدكتور/ سليمان محمد إبراهيم، والأساتذة الأفاضل، الذين أسهموا في تقديم البحوث والمراجعة دون مقابل، والشكر موصول لجميع من كان له سبق عهد برئاسة تحرير هذه المجلة، أو المساهمة في إصداراتها السابقة، ونلتمس في الوقت نفسه المعذرة عن أية هنات أو عيوب، أو تقصير أو قصور، قد اعتور هذا الإصدار، فوحده سبحانه وتعالى من تنزهه عن الخطأ وأحاط بكل شيء علماً، وأحصاه حرفاً ورقماً.

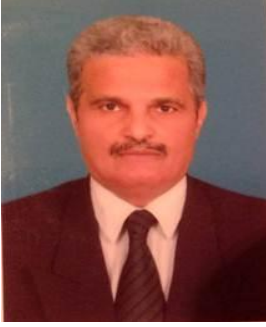
والله من وراء القصد،،،

"أ.د. سليمان الغويل"

رئيس التحرير

أولاً :

البحوث والمقالات



مقبولية الدليل الرقمي في المحاكم الجنائية

أ.د. سالم محمد الأوجلي

إن التكنولوجيا الحديثة وما صاحبها من تطور في نظم الاتصالات أحدثت تقدماً كبيراً في تبادل المعلومات في كافة المجالات، المدنية والتجارية والعسكرية، وتزايداً عظيماً في خلق الوثائق الإلكترونية، فأغلب الوثائق التي ترسل في العالم أو تستخدم سواء من قبل الجهات العامة أو الأفراد هي وثائق الكترونية، وقلما يستعمل فيها الوسائل التقليدية.

ولهذا فإن الاستخدام المكثف للوسائل الإلكترونية عبر البيئة الافتراضية ليست مستثناة من الاعتداءات و الممارسات غير المشروعة من غش واحتيال، وغيرها من الجرائم المرتكبة باستخدام وسائل الاتصال الحديثة مما أدى الى ظهور أنواع جديدة من الجرائم يجد الجناة والعصابات المنظمة في التكنولوجيا دعماً قوياً لارتكابها.

هذه الأنواع الجديدة من الجرائم والطرق الحديثة والأدوات المتطورة في ارتكابها، يتم إثباتها بالدليل الرقمي digital evidence فأصبحت هذه الوسيلة شيئاً فشيئاً جزءاً مهماً في الإثبات الجنائي ، وتكتسب أهمية متزايدة أمام المحاكم، لدرجة يمكن معها القول بأن الدليل التقليدي traditional evidence بدأ يهجر النظم الإلكترونية والبيئة الافتراضية ذات العمليات المعقدة تاركاً المجال في ذلك للأدلة الرقمية (الإلكترونية) التي تفتضي مقبوليتها في المحاكم الجنائية متطلبات وضوابط مختلفة عن الأدلة التقليدية. الأمر الذي يدعو معرفة مقبولية الدليل الرقمي في المحاكم الجنائية The admissibility of digital evidence in criminal courts ومطلباته كوسيلة لكشف واثبات جرائم التكنولوجيا. لهذا الغرض تهدف الدراسة في هذه الورقة إلى الإجابة عن تساؤلات أساسية - ما هو الدليل الرقمي؟ كيفية تنظيم الدليل الرقمي في دول أوروبا وأمريكا باعتبارها من الدول الأكثر استخداماً للتكنولوجيا الحديثة، وما هي متطلبات مقبولية الدليل الرقمي أمام المحاكم الجنائية لهذه الدول؟ لا شك في أن الإجابة عن هذه التساؤلات تقودنا إلى الحقيقة التشريعية والقضائية لهذا الموضوع ، وعلى ذلك سنقسم هذه الورقة إلى ثلاثة مطالب.

- المطلب الأول - التعريف بمقبولية الدليل الرقمي.
- المطلب الثاني - مقبولية الدليل الرقمي في محاكم دول أوروبا.
- المطلب الثالث - متطلبات مقبولية الدليل الرقمي في المحاكم الأمريكية.

المطلب الأول

التعريف بمقبولية الدليل الرقمي

الفرع الأول

تعريف الدليل الرقمي

Definition of digital evidence

الدليل في المجال الجنائي هو الوسيلة التي يستعين بها القاضي للوصول إلى اليقين القضائي الذي يقيم عليه حكمه في ثبوت الاتهام المعروض عليه أو نفيه ، وتنقسم الأدلة الجنائية التقليدية إلى عديد من التقسيمات وفقاً لطبيعة كل منها ، فتوجد الأدلة المادية والأدلة القولية والأدلة الفنية، ولكن طبيعة الدليل الرقمي تجعله يختلف اختلافاً جذرياً عن الدليل التقليدي الذي مصدره في الغالب هو التفتيش أو المعاينة التقليدية أو الاعتراف، وينتمي إلى بيئة مادية حقيقية.

أما الأدلة الرقمية فهي نتاج لاستخدام التقنية الحديثة من بيانات وأرقام وصور وغيرها في بيئة افتراضية، وتستخدم في جمعها واستخلاص المعلومات المتعلقة بالجريمة والمجرم برامج خاصة، وتقنية عالية تعتمد على نوع الدليل ونوع الجهاز ونظام التشغيل .

ويمكن تعريف الدليل الرقمي في جرائم الكمبيوتر بأنه " أي بيانات مخزنة أو منقولة باستخدام الكمبيوتر التي تدعم أو تدحض نظرية كيفية وقوع الجريمة أو توضح عنصراً حاسماً في الجريمة ⁽¹⁾ ". والبيانات المشار إليها في هذا التعريف هي مزيج أو خليط combination من الأرقام تمثل معلومات مختلفة و صور و أصوات، وهذه البيانات الرقمية المخزنة في الكمبيوتر أو المنقولة منه، يتمكن المحققون من خلالها كشف الجريمة

⁽¹⁾ Eogancasey digital Evidence and computer crimes third edition 2013 p 7.

وتحديد الفعل الإجرامي ونسبته إلى متهم معين أو نفيه عنه.⁽²⁾ بمعنى ان أجهزة الكمبيوتر الموجودة في كل مكان، والبيانات الرقمية المخزنة بها أو المنقولة عبر الهواء أو من خلال الأسلاك تعد وسائل مهمة في التحقيق، إذ من خلال فحصها وتحليلها يتم الحصول على دليل الإدانة inculpatory evidence أو دليل البراءة exculpatory evidence ، وعند النظر إلى العديد من مصادر الأدلة الرقمية فإنه يمكن تصنيف أنظمة الكمبيوتر إلى ثلاث مجموعات :

أولاً- أنظمة الكمبيوتر المفتوح open computer systems

وهي أنظمة الكمبيوتر التي يستخدمها ويعلمها معظم الناس، وتتكون من القرص المرن، وأجهزة الكمبيوتر المحمولة والأجهزة المكتبية والخادم الذي ينفذ الأوامر ، هذه الأنظمة التي تتزايد من وقت لآخر سعتها التخزينية تعد مصدراً غنياً للأدلة الرقمية، فالملف البسيط يمكن أن يحتوي على معلومات متنوعة قد ترتبط بوقائع تفيد في التحقيق في جريمة ما.

ثانياً- أنظمة الاتصالات communication systems

أجهزة الاتصال التقليدية كالتليفون وأجهزة الاتصال الحديث كالإنترنت وشبكة المعلومات تعد مصدراً للدليل الرقمي مثال ذلك نظم الاتصالات عن بعد telecommunication systems التي تنقل الرسائل الإلكترونية في العالم مع تحديد الوقت الذي أرسلت فيه والمرسل ومحتوى الرسالة، كل هذه المعلومات يمكن أن تكون مهمة في التحقيق ، إذ عندما ترسل الرسالة فإنه يمكن فحصها من خلال دراسة ملفات وسيط الخادم intermediate server والموجهات التي تتعامل في إرسال الرسالة، و الحصول منها على معلومات تفيد في كشف الجريمة، ولهذا فإن العديد من أنظمة الاتصالات يمكن إعدادها وتثبيتها لضبط حركة المرور الإلكتروني للرسائل، وإعطاء المحققون إمكانية الدخول إلى كل أنواع الاتصالات "الرسائل، النصوص، المرفقات، المحادثات التليفونية " وكشف الجرائم وضبط أدلتها.

ثالثاً - أنظمة الكمبيوتر التخزينية Embedded Computer systems

⁽²⁾ Eoghancasey op cit p 7

أجهزة الموبايل والكروت الذكية smart cards والأنظمة الأخرى التي تشتمل على أدلة رقمية، فأجهزة الموبايل قد تحتوي على اتصالات وصور رقمية، وفيديو ، ومعلومات شخصية، وأنظمة الملاحة Navigation systems يمكن أن تستخدم لتحديد مكان المركبة، والاستشعار عن بعد sensing ووحدات التشخيص Diagnostic Modules في العديد من السيارات توجد بها معلومات مفيدة في فهم الحادث، إذ تبين سرعة السيارة وحالة الفرامل والموقف خلال خمس ثوان قبل الحادث، وكذلك الحال أجهزة Microwave ovens مزودة الآن بوحدات تنقل المعلومات من الإنترنت وبعض الأجهزة المنزلية التي تسمح للمستخدمين ببرمجتها عن طريق الشبكة أو الانترنت تفيد في تحقيقات الحريق إذ يمكن عن طريق البيانات المستخدمة data recovered في الأجهزة المنزلية تحديد سبب الحريق ووقت حدوثه⁽³⁾.

لذلك فإن كثرة الدليل الرقمي ووجوده في كل مكان ubiquity of digital evidence، يجعل من النادر وجود جريمة ليس لها بعض بيانات مخزنة أو منقولة في برنامج الكمبيوتر أو الاتصالات الحديثة، فهذه البيانات المخزنة أو المنقولة تعد دليلاً رقمياً مهماً لأي تحقيق، وتستخلص منها معلومات كثيرة حول الأفراد وأنشطتهم، إذ أن استخدام الكمبيوتر الشخصي وشبكات خدمات المعلومات وما تحتويه من بيانات ومعلومات محفوظة بشكل فعال، يمكن عن طريقها معرفة العديد من المعلومات عن أنشطة الأفراد وأصدقائهم المقربين وعائلاتهم، فالمحققون المهرة يمكنهم الاستفادة من هذه المعلومات، والخوض في هذه المحفوظات السلوكية لاكتساب معرفة أعمق عن المجرم والضحية، ولكن على الرغم من أهمية الدليل الرقمي وانتشاره، فإن قليل من الناس على درجة جيدة من المعرفة بالإثبات evidential والتقنية والمسائل القانونية المتعلقة بالأدلة الرقمية، لذلك فإن الدليل الرقمي غالباً ما يتم تجاهله overlooked أو يجمع بطريقة غير صحيحة incorrectly collected أو يحلل بطريقة غير فعالة analyzed ineffectively، ولهذا ينبغي أن يتزود القائمون بتطبيق القانون الجنائي بالمعرفة الأساسية بالدليل الرقمي، والمتطلبات المهنية لاستخدامه بشكل فعال في أي تحقيق، وكل ما يتعلق بجوانبه التقنية والقانونية.

⁽³⁾ Eoghancasey op cit p 8

الفرع الثاني

تعريف مقبولية الدليل الرقمي في النظام الأنجلوسكسوني

إن عملية الإثبات الجنائي تقتضي قبول الدليل من ناحية، وتقدير قيمة الإثباتية من ناحية أخرى. وهذا يعني أنه ثمة فارق بين مقبولية الدليل *admissibility of evidence* والقيمة الإثباتية للدليل *the probative of value*. سنحاول توضيح ذلك.

أولاً- مقبولية الدليل الرقمي :

المبدأ الذي يسود غالبية التشريعات المعاصرة في الأدلة التقليدية، هو كل دليل مقبول في الإثبات الجنائي، فلا يستطيع القاضي أن يستبعد أي دليل على أنه غير مقبول في الإثبات، هذه الحرية في قبول الأدلة تعد نتيجة حتمية لمبدأ أساسي في قوانين الإجراءات الجنائية، هو حرية القاضي في تكوين عقيدته، كما أن القانون لا يتدخل في قبول الدليل وفي تقدير قيمته أو قوته الإثباتية، غير أن هذا المبدأ لا يعمل به على إطلاقه، إذ ثمة قيود ترد عليه، فقد يتدخل المشرع في قبول الدليل ويفرض شروطاً معينة لقبوله، من أهمها مشروعية الدليل وحظر الالتجاء إلى أدلة معينة، و منع القاضي أن يحكم بعلمه، أو إلزامه بأدلة معينة في إثبات بعض الجرائم، كجرائم الحدود، أو المسائل التي وضع لها القانون تنظيماً فنياً معيناً؛ هذا ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 288 من المسطرة الجنائية " يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما عدا الأحوال التي يقضي فيها القانون خلاف ذلك ".

وفكرة مقبولية الدليل الجنائي أمام المحكمة تقوم على تقييم *assessment* الدليل قبل تقديمه للمناقشة في الجلسة وتقدير مدى مقبوليته في الدعوى، بمعنى أن المقبولية تتعلق بمرحلة سابقة لجلسة المحاكمة ومناقشة الخصوم للدليل، تعرف بمرحلة مناقشة المقبولية *discussion of admissibility* تتم فيها دراسة وتقييم الدليل الرقمي، فيقبل *admit* الدليل إذا كان موثقاً فيه *reliable* وحائزاً لمتطلبات المقبولية ومقتضيات الدقة والأمانة

والمشروعية، أو غير مقبول inadmissible إذا لم تتوافر فيه متطلبات المقبولية بأن يكون على درجة من التقلب volatility أو عدم الصحة inauthentic⁽⁴⁾ وغيرها من متطلبات المقبولية، بحيث لا يمكن الاعتماد عليه it will not be able to rely في بناء أي حكم.

وفي جرائم التكنولوجيا نجد المشرع في العديد من الدول لم يترك للقاضي سلطة مقبولة الدليل الرقمي، بل وضع له ضوابط محددة لمقبوليته يجب على القاضي مراعاتها ليكون الدليل مقبولاً أمامه وصالحاً لوضعه أمام المحلفين، ويوفر قاعدة صلبة في إصدار حكم في الدعوى⁽⁵⁾، ومن الناحية العملية فإن المقبولية عبارة عن مجموعة من الاختبارات الفنية التي يشرف عليها القاضي لتقييم عناصر الدليل، وعملية التقييم هذه غالباً ما تكون معقدة خاصة عندما لا يتم التعامل مع الدليل بشكل صحيح أو أن له صفات أكثر موثوقية أو شروط أكثر رفضاً، لذلك تضع العديد من التشريعات قواعد لمقبولية الدليل يتعين مراعاتها عند تقييمه وتقرير مدى مقبوليته. وفي قضية Larraine . V. market American Insurance company تم التعرض لمقبولية الدليل الرقمي ووضعت مبادئ توجيهية عامة للوصول إلى قرار سليم بشأن مقبولية الدليل⁽⁶⁾.

ثانياً - تقدير القيمة الإثباتية للدليل :

عرفنا مما سبق بأن القاعدة التي تحكم مقبولية الأدلة، هي أن القاضي يقبل جميع الأدلة التي يقدمها الخصوم في الدعوى، فلا يوجد أدلة يحظر القانون مقداً قبولها، على أن يمارس القاضي السلطة التقديرية الكاملة في تقدير قيمة الدليل، وبناء حكمه عليه وفقاً لقاعدة " يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ...". المادة 275 إجراءات جنائية ليبي.

إلا أنه بعد تقديم الخصوم للأدلة وتقرير مقبوليتها يأتي دور القاضي في فحص الأدلة التي قدمت إليه وتقدير قيمتها الإثباتية و بناء حكمه عليها، أي تقييم حجيتها وتقدير قيمتها الإقناعية، فله أن يقتنع بدليل معين أو يهمله وفقاً لضوابط الاقتناع القضائي، ويختلف هذا الدور الذي يقوم به القاضي في هذه المرحلة عن مرحلة مقبولية الدليل، إذ أنه يأتي لاحقاً

⁽⁴⁾ prof – Murdoch watney- Admissibility of electronic evidence in criminal proceedings An outing of South Africa Legal position 2009 p5.

⁽⁵⁾ keiko. L. Sugiska Admissibility of evidence in Minnesota p.1456

⁽⁶⁾ Ibid., P. 1458.

لمرحلة مقبولية الدليل، بمعنى أن موضع الاختلاف بين مقبولية الدليل وتقدير قيمته الإثباتية، هي إطلاق الأولى بحيث يقبل أي دليل كقاعدة في الأدلة المادية (الملموسة) tangible evidence وإخضاع الأدلة الرقمية لمعايير المقبولية المقررة النظام الأنجلوسكسوني، وفي الثانية يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير قوة الدليل في الاقتناع بعد طرحه في جلسات المحاكمة، وإتاحة الفرصة لأطراف الدعوى لمناقشته، ومن خلال ذلك يؤسس القاضي قناعته من هذه الأدلة، أي أن الأدلة التي طرحت في الجلسة وأبدى فيها الخصوم كافة الدفوع والملاحظات التي يؤسس عليها القاضي حكمه تسبقها في العديد من التشريعات السائدة في النظام الأنجلوسكسوني ما يعرف بمقبولية الدليل، بحيث لا يطرح الدليل الرقمي في الجلسة إلا بعد أن تتوفر فيه متطلبات المقبولية باعتبار ذلك ضماناً أساسية لإقامة عدالة صحيحة.

المطلب الثاني

مقبولية الدليل الرقمي في محاكم دول أوروبا

إن التعاون بين دول الاتحاد الأوروبي وكذلك الدول المرشحة للانضمام إلى هذا الاتحاد في تبادل المعلومات والخبرات في كافة المجالات، يعد وسيلة مهمة لتطوير التعاون التشريعي والقضائي، وإعداد رؤية أوروبية موحدة تهدف إلى العمل كفريق واحد من المحققين الأوروبيين من مختلف التخصصات في مجال مكافحة جرائم التكنولوجيا.

ومن أجل الوقوف على درجة التطور والتجانس القانوني Legal homogeneity الذي تحقق في أوروبا، ينبغي مراجعة التشريعات السائدة الآن في أوروبا بشأن الأدلة الرقمية، وتحليل موقف هذه التشريعات منها والنهج المتبع في متطلبات مقبوليتها أمام القضاء الجنائي والنظرة العامة للأدلة الرقمية، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب.

الفرع الأول: استعراض التشريعات الأوروبية المتعلقة بالأدلة الرقمية.

الفرع الثاني: تحديد موقف التشريعات الأوروبية من الأدلة الرقمية.

الفرع الثالث: تقدير الأدلة الرقمية.

الفرع الأول

استعراض التشريعات الأوروبية المتعلقة بالأدلة الرقمية

من خلال مراجعة التشريعات الأوروبية التي تمكنا من الاطلاع عليها، لاحظنا اهتمامها بالأدلة الرقمية في المسائل الجنائية، مع انها لم تضع تعريفاً محدداً لها، ففي غالبية تشريعات الدول الأوروبية توجد نصوص خاصة بالدليل الرقمي، فقانون الإجراءات الجنائية الألماني يشتمل على مواد للأدلة الرقمية، كالمواد المتعلقة بحماية المعلومات خلال التحقيقات، وحالات تدمير المعلومات، وهذه المواد توضح الإجراءات والتدابير التي تتبع لحماية المعلومات المتحصل عليها من التحقيقات، ومن قواعد بيانات الشرطة⁽⁷⁾، وقانون الإجراءات الجنائية الأسترالي يشتمل هو الآخر على سلسلة من الإجراءات، والمتطلبات التي يجب أن تتخذ في حالة القيام بتدابير مراقبة الاتصالات الالكترونية، وفي بلجيكا يوجد قانون لجرائم الكمبيوتر يتضمن الإجراءات المتبعة في جمع الأدلة الرقمية، وفي إسبانيا تناول قانون الإجراءات الجنائية موضوع الأدلة ووسائل استنساخ الكلمات والأصوات والصور، وجمع المعلومات والبيانات وغيرها و الحفاظ عليها. وكذلك القانون الإجرائي الفنلندي أشار عند حديثه عن عبء الإثبات burden of proof إلى الأفعال التي تدعم الإجراءات التي تتخذ في الأدلة الرقمية علي غرار ما هو متبع في الأدلة التقليدية⁽⁸⁾.

في إيطاليا تم تحديث القانون الجنائي وفقاً للتشريعات الأوروبية، إذ نص القانون على تعريف الوثائق الرقمية، مثل أدوات الكمبيوتر التي تحتوي على معلومات لها قيمة اثباتية evidentiary والبرامج التي توجد بها هذه المعلومات، لذلك فإن مدونة الحكومة الإلكترونية code of electronic Government تشتمل على المعنى الدقيق للوثائق الإلكترونية electronic documents والأصل التوثيقي الإلكتروني

⁽⁷⁾cybexintellegnce on e-evidence – about the admissibility of electronic evidence in court p27.

⁽⁸⁾The same reference p-27.

electronic authentication وغيرها من المفاهيم التي تقرر بأن الوثيقة الإلكترونية هي تمثيل الكتروني للأعمال والأفعال والمعلومات بطريقة قانونية⁽⁹⁾.

وفي بريطانيا توجد أكثر من إشارة مباشرة في قانون الشرطة ومدونة الأدلة الجنائية - إلى الأدلة الرقمية وجمع المعلومات التي تحتويها أجهزة الكمبيوتر، وإلى تعريفات للمصطلحات الإلكترونية.

وفي رومانيا عرف قانون الإجراءات الجنائية الدليل كأبي عنصر واقعي factual element يستخدم لكشف و ضبط جريمة جنائية و نسبتها الى الفاعل⁽¹⁰⁾.

الفرع الثاني

تحديد موقف التشريعات الأوروبية من متطلبات المقبولية

من خلال قراءة العديد من التشريعات الأوروبية يتبين بأن الدليل الرقمي مساوياً equivalent للدليل التقليدي traditional evidence في هذه التشريعات، علاوة على ذلك توجد ثلاثة أنواع من المساواة أو التكافؤ بين الدليلين: الدليل الرقمي و الدليل التقليدي، النوع الأول وهو الأكثر شيوعاً يشير إلى معادلة (مساواة) بين الوثيقة الإلكترونية والوثيقة العادية، ففي بعض القوانين يتم تحديد نوع المستند وعلى ضوءه يقارن الأصل الإلكتروني بالورقي. النوع الثاني، يشير إلى معادلة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع اليدوي، وأعمال التوثيق الإلكتروني electronic notarial deeds بأعمال التوثيق العادية. النوع الثالث يعادل البريد الإلكتروني بالبريد العادي، وهنا يشار إلى القانون البرتغالي الذي يعادل البريد الإلكتروني بالمحادثات التليفونية⁽¹¹⁾.

ومن الناحية الواقعية توجد مجموعة من الدول الأوروبية تسعى من أجل استيعاب assimilate الوثائق الإلكترونية ومعادلتها بالوثائق الورقية، وإعطائها ذات القيمة للأدلة الوثائقية documentary evidence في المحاكمة، وتوجد مجموعة أخرى تعمل على معادلة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع العادي، وأن يكون لكليهما نفس القيمة الإثباتية أمام المحاكم⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾cyber intellegnce op cit p 28.

⁽¹⁰⁾ Ibid ., p 28.

⁽¹¹⁾ cyber intellegnce op cit p 28.

⁽¹²⁾ Ibid., p 29.

ومن وجهة نظر الممارسة القانونية، فإن غالبية القضاة الأوروبيين ينظرون إلى الدليل الرقمي معادلاً للدليل التقليدي، ويميل الممثلون للقضاء الأوروبي إلى معادلة الأدلة الرقمية بالأدلة الوثائقية التقليدية، مع أن البعض يرى بأن الأدلة الرقمية نوعاً من الدعم وليست من وسائل الإثبات، وتذهب الغالبية العظمى من المحامين في أوروبا إلى إمكانية وجود نوع من التنظيم للدليل الرقمي، وتتنوع الحجج و تنقسم الآراء في ذلك .

فمثلاً الإطار الأوروبي المنظم للأدلة الرقمية يعتبره كثيرون أمراً ضرورياً بسبب آثار وأبعاد الجرائم العابرة للحدود، إذ يسهم بقدر كبير في إثبات هذه الجرائم ويسهل التعاون الدولي بشأنها، ويعمل على توحيد وتطوير الإجراءات اللازمة للحصول على البيانات والمعلومات وحمايتها وجمع الأدلة الرقمية، بينما عدداً قليلاً من القانونيين jurists يعتبر أن تنظيم الأدلة ينبغي أن يظل خاصاً بكل دولة، والممثلون عن استراليا والدنمارك وفنلندا يروا إن التشريعات الداخلية في كل دولة تغطي كل جوانب الأدلة بما في ذلك الرقمية، ولا ينكرون الآراء التي تشير إلى أنه بدون التنظيم الأوروبي المشترك للأدلة فإن تطبيق التشريعات على جرائم التكنولوجيا العابرة للحدود سيثير العديد من الإشكاليات القانونية بين الدول.

ولذلك فإن الإطار الأوروبي المنظم للأدلة هو السبل لتنظيم الأدلة الرقمية (الإلكترونية) وأنه عنصراً إيجابياً للتطوير التشريعي the legislative evolution في هذه المسألة⁽¹³⁾، و السؤال الذي يطرح هنا، ما هي المتطلبات التي يجب الوفاء بها في الأدلة الرقمية لكي تكون مقبولة في المحاكم الأوروبية ؟ للإجابة عن ذلك نقول أنه طبقاً للنصوص القانونية توجد مجموعتان من الدول فيما يتعلق بالمتطلبات التي يجب الوفاء بها في الدليل الرقمي لقبوله في المحكمة : المجموعة الأولى من الدول التي لها قواسم مشتركة من التقاليد القانونية وضعت معياراً واسعاً broad criteria لمقبولية الأدلة تستند فيه إلى النظرة الحرة للقاضي free consideration of the judge، ومن هذه الدول استراليا، الدنمارك، السويد، وفنلندا، والمجموعة الثانية من الدول نظمت تشريعاتها بطريقة أكثر تقييداً لمقبولية الأدلة وفقاً لسلسلة من المتطلبات اللازمة للأدلة أو طرق الإثبات. وبعدها مطلب مشروعية الدليل legality of evidence هو الأكثر ذكراً في قوانين بعض الدول مثل ألمانيا، و إيرلندا و المملكة المتحدة .⁽¹⁴⁾

⁽¹³⁾ cyber intellegnce op cit p 38.

⁽¹⁴⁾ Ibid. ,p 36.

وكذلك مطلب احترام الحقوق الأساسية الذي غالباً ما تشير إليه قواعد حماية المعلومات الشخصية، ويعد أيضاً موثوقية الدليل The reliability evidence من أهم المتطلبات الأساسية التي يفحصها القاضي من أجل تقرير مقبولية الدليل، وتوجد متطلبات أخرى تنص عليها بعض التشريعات تحدد مدى مقبولية الدليل الذي استخرج ومدى فعاليته في إثبات أي ادعاء⁽¹⁵⁾.

وخلاصة القول بأن القاسم المشترك في القوانين الأوروبية أنها تشترط في متطلبات مقبولة الأدلة بأن يكون الدليل أصلياً original كلما كان ذلك ممكناً وليس نسخة، ويجب أن يكون مباشراً وليس شهادة سماعية أو قولاً مرسلًا، وتعرف هذه المتطلبات بقواعد الاستبعاد rules of exclusion التي تحكم مقبولة الأدلة الرقمية في العديد من دول أوروبا، وعلى وجه الخصوص المملكة المتحدة وإيرلندا.

وعلى الرغم من أن المتطلبات السابق ذكرها واضحة في النصوص القانونية، إلا أنه في الممارسة يظهر الحقوقيون اهتماماً أكثر بالقواعد الأساسية المتعلقة بحق حماية المعلومات التي إذا اخترقت صار الدليل مرفوضاً، والقواعد اللازمة لفحص الدليل للتأكد بأنه أصلي authenticity ولم يتم تغييره inalterability.⁽¹⁶⁾

الفرع الثالث

تقدير الأدلة الرقمية

في إطار تحليل الدليل الرقمي والعناصر المؤثرة في متطلبات مقبولة الدليل الرقمي في المحاكم وفهم ما يواجه ذلك من مشاكل، وتحديد أفضل الممارسات لحماية الضحايا ومراعاة الحقوق الأساسية، وإمكانية تطوير الدليل الرقمي ومتطلبات مقبوليته كأداة مفيدة لمكافحة جرائم التكنولوجيا، أجريت في أوروبا العديد من المقابلات مع الفنيين والقانونيين والقضاة والممثلين للسلطات القضائية والشرطة و خبراء الطب الشرعي ورجال الأعمال، خلصت نتائج تلك المقابلات إلى بيان مزايا advantages وعدم ملاءمة inconvenience استخدام الدليل الرقمي إلى الآتي :

أولاً- مزايا الدليل الرقمي :

⁽¹⁵⁾ cyber intellegnce op cit p 35.
Ibid., p 37.

1- إن الأدلة الرقمية تعرض المعلومات بشكل كامل وواضح ودقيق وموضوعي ومحايدين، لأنه يأتي من عنصر إلكتروني، فلا توجد فيها الجوانب الشخصية على الإطلاق عند مقارنتها بأدلة أخرى، مثال ذلك التصريحات التي يدلي بها الشهود يمكن أن تتناقض، علاوة على ذلك فإنها تتيح الحصول على المعلومات التي غالباً ما يستحيل الحصول عليها بالوسائل العادية وإثباتها بالأدلة التقليدية، ولذا يكون الدليل الرقمي هو أداة لجمع المعلومات واستظهار الحقيقة في الجرائم الإلكترونية⁽¹⁷⁾

2- في العديد من الوقائع يعتبر الدليل الرقمي أداة أساسية لكشف وضبط الجرائم، لأنه قد يكون هو دليل الإثبات الوحيد الموجود في الواقعة ولا يمكن الاستغناء عنه

3- سهولة وسرعة جمع الأدلة الرقمية واستخدامها وحفظها conservation وتخزينها Storage.

4- هناك اتفاق كبير بين المحترفين professionals يدعو إلى استخدام الوثائق الإلكترونية والعمل على تطوير استخدام التكنولوجيا في التجارة الدولية وإثباتها بوسائل التقنية الحديثة⁽¹⁸⁾.

ثانياً - عدم ملاءمة الدليل الرقمي :

إن الخلاف حول استخدام الدليل الرقمي ومقبوليته أمام المحاكم يتعلق بالموثوقية reliability، ومع أن الكثيرين يثقون في موضوعية ودقة الأدلة الرقمية ويعتبرونها أكثر موثوقية، وينادون باستخدامها، يرى آخرون أن عدم وجود وسائل للتحقق من أنها أصلية authenticity يجعلها أكثر عرضه للرفض، لذلك فإنها أقل موثوقية من الأدلة التقليدية، ومن غير الملائم استخدامها وقبولها للأسباب الآتية :

1- إن إعطاء قيمة قانونية لهذا النوع من الدليل أمر صعب بسبب الجهل بإجراءات معالجة البيانات، وترجم العاملون في مجال القانون هذه الصعوبة في عدم وجود لوائح ومنهجية محددة، وكذلك عدم وجود تجانس قضائي بين الأجهزة القضائية في أوروبا، لذلك فإن العاملين في مجال تقنية المعلومات أبدوا تخوفهم من ضعف الرقابة وسهولة التلاعب manipulated في هذه الأدلة مما يؤدي إلى وجود

⁽¹⁷⁾ cyber intellegnce op cit p 29

⁽¹⁸⁾ cyber intellegnce op cit p 29.

درجة عالية من التقلب وعدم التيقن من صحة الأدلة، الامر الذي يصعب معه قبولها كدليل إثبات. (19)

2- يرى البعض أن الأدلة ذات التقنية العالية تبدو غير مفهومة للقضاة وأعضاء النيابة العامة وصعبة في الشرح، إضافة إلى ذلك صعوبة الحفاظ علي البيانات والمسح الضوئي للمعلومات، وتخزينها بشكل صحيح لحفظها وبالتالي فإن الخروج من هذه المشكلة هو رفض استخدام الأدلة الرقمية في المحاكم، (3).

3- يرى العديد من خبراء الكمبيوتر بأن عدم وجود الدعم القانوني للأدلة الرقمية يجعل من الصعب قبولها كأدلة في المحكمة، فضلاً عن مطالبة القضاة بمزيد من الضوابط والضمانات لهذه الأدلة أكثر مما هو مطلوب في الأدلة التقليدية، ويفسر العديد من الخبراء بأن عدم الفهم الذي أبدته بعض الهيئات القضائية في أوروبا يعد عقبة أمام اللجان التي تقوم بتطوير آلية الحصول على الأدلة الرقمية، لذلك فإن هؤلاء الخبراء ينظرون إلى عملية الحصول على المعلومات التي توفرها الأجهزة الالكترونية وتحليلها من أجل تحويلها إلى أدلة رقمية تستغرق وقتاً طويلاً، وتكلف مبالغ كثيرة وهذا يعوق عملية استخدامها(20) .

4- إن تأمين المعلومات التي تقدمها الأدلة الرقمية بحيث تكون كاملة وحقيقية يعد أمراً صعباً في الوقت الحاضر، إذ أن الحفاظ على الأدلة إلى حين تقديمها للمحكمة بالنظر الى الوقت الطويل الذي تستغرقه المحاكمة يعد أمراً صعباً، إضافة الى ما تتطلبه من معرفة تقنية وتخصص دقيق والألمام بأحدث التقنيات (21) .

المطلب الثالث

متطلبات مقبولية الدليل الرقمي في المحاكم الأمريكية

في عام 2006 أجريت تعديلات جوهرية علي القواعد الفيدرالية للإجراءات في أمريكا، وأصبحت هذه القواعد هي المتبعة في مسائل المعلومات الإلكترونية وكيفية استخدام الأدلة الرقمية ومقبوليتها في المحاكم، و قد نصت هذه القواعد على شروط

(19) Ibid., p 29.

(20) cyber intellegnce op cit p 30

(21) Ibid ., p

لمقبولية الدليل الرقمي ، و على ذلك فإن أي دليل يمكن أن يقبل، ويمكن أن يرفض ولو كان متصلاً بالقضية لأسباب تتعلق بطبيعة الدليل أو موثوقيته أو أن الدليل غير ذي صلة بالواقعة not be relevant أو فقد قيمة الإثباتية عند استلامه، أو يحتوي على قول مرسل أو شهادة سماعية، إذ أن اكتشاف المعلومات المتعلقة بالجريمة لا يؤدي إلى افتراض قبولها، فربما يحدث العكس بأن ترفض إذا لم تتوافر فيها معايير مقبولية الأدلة الرقمية التي نصت عليها القواعد الفيدرالية للإثبات Federal Rules of Evidence. وقررتها المحكمة في القضية الشهيرة بين شركة Lorrinace و شركة Markel American Insurance التي وضعت خمسة مبادئ أساسية لمقبولية الدليل الرقمي أيأ كان نوعه : أن يكون له صلة بالواقعة relevant- أن يكون أصلي authentic موثوقا فيه- reliable - الدليل الأفضل The best evidence - ليس شهادة سماعية not hearsay - (22).

و يعد هذا الحكم سابقة قضائية مهمة لأنه يتناول بشكل مفصل متطلبات مقبولية الأدلة المستخرجة من الأجهزة الإلكترونية المختلفة كالبريد الإلكتروني ومواقع الإنترنت ومحتويات غرف الدردشة والتسجيلات المخزنة والمنقولة، وسنتناول في هذا المطلب دراسة هذه المتطلبات :

الفرع الأول

علاقة الدليل بالواقعة

يشترط في الدليل الذي تثبت به الجريمة وتنسب إلى المتهم أن يكون وثيق الصلة relevantly بالواقعة المراد إثباتها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، فكلاهما يؤدي إلى كشف الحقيقة، وإن كان في الأدلة غير المباشرة يتطلب من القاضي القيام بعملية ذهنية لاستنباط الحقيقة لأنها تنصب على غير الواقعة المراد إثباتها.

ويشترط لمقبولية الدليل الرقمي فيما يتعلق بعلاقته بالواقعة المراد إثباتها ما يشترط في غيره من الأدلة التقليدية ومن أهمها المشروعية، فلا يصح الاستناد عليه إذا تم الحصول عليه أو ضبطه بطريقة غير مشروعة .

والقاعدة العامة أن أمر التفتيش Search Warrant مطلوب للبحث عن الدليل وضبطه، فيلزم الحصول عليه قبل قيام المكلف بإجراء التفتيش سواء كان التفتيش متعلقا بشخص المتهم أم أوراقه أم متاعه أم منزله، ويتعين لإصدار أمر التفتيش أن يحدد القائم

(22) keilko. L. sugisak opcit p 1458.

به مبرر التفتيش، وبيان المكان أو الأشياء المراد تفتيشها والأشخاص المطلوب تفتيشهم،
موضحا ظروف وملابسات الجريمة المرتكبة والدليل المراد ضبطه⁽²³⁾، إلا أنه يمكن في
حالات معينة قبول الدليل الرقمي إذا تم الحصول عليه بدون إذن أو تفويض، فأوامر
التفتيش في بريطانيا والعديد من الدول الأوروبية أكثر مرونة مما عليه في الولايات
المتحدة إذ توجد في بريطانيا أنواعاً عديدة من الأوامر، مثل مذكرة تفتيش أماكن محددة،
وغير محددة، وأوامر الدخول المتعددة للأماكن⁽²⁴⁾، ولا يشترط في بعض الحالات لصحة
التفتيش حصوله بناءً على إذن، إذ توجد في غالبية التشريعات استثناءات تسمح بالتفتيش
بدون أمر، ومثال ذلك، المشاهدة (الرؤية الواضحة) plain view الرضا
consent، والحاجة الماسة أو حالة الضرورة exigency، ففي المشاهدة أو ما يعرف
بالتلبس يستطيع المحقق ضبط الدليل، وهذه الصلاحية تخوله دخول المكان الذي يوجد
به الدليل، وكذلك في حالة الرضا بالتفتيش يستطيع المحقق إجراء التفتيش دون الحصول
على أمر التفتيش، إلا أنه يجب عليه أن يجري التفتيش بطريقة صحيحة للحد من الطعن
فيه بالبطلان أثناء المحاكمة، والتفتيش بدون إذن warrantless search يمكن أن يتم
أيضاً في أي حادث طارئ emergency يهدد الحياة أو سلامة البدن أو يهدد الدليل
الرقمي بالتغيير أو التدمير، ففي الحالة الأخيرة يكون من الضروري ضبط جهاز الحوسبة
computing device حالاً للتقليل من احتمال تدمير الدليل To reduce The
potential of destruction of evidence على أن يتم التحفظ على الدليل بشكل
جيد⁽²⁵⁾.

ومن المسلم به أن التفتيش عن الأدلة الرقمية وضبطها سواء تم عملاً بالقاعدة العامة
من وجوب الحصول على إذن للتفتيش عن الأدلة الرقمية وضبطها أو وفقاً للاستثناءات
سالفة الذكر، توجد أربع مسائل يجب على المحققين مراعاتها عند تفتيش وضبط الأدلة
الرقمية⁽²⁶⁾، وهي :

- أ- قانون سرية الاتصالات الإلكترونية (ACPA).
- ب- تنفيذ متطلبات سرية الاتصالات الإلكترونية.
- ج- الوقت الذي يبقى فيه المحققون في مسرح الجريمة.

⁽²³⁾Eoghan cases op cit p 57.

⁽²⁴⁾Ibid ., p 57.

⁽²⁵⁾Eoghan cases op cit p55.

⁽²⁶⁾Ibid., p59.

د- احتياج المحققين لإعادة إدخال المعلومات.

كما يجب على القائمين بالتفتيش عن الأدلة الرقمية التركيز على أدلة الجريمة المرتكبة دون غيرها، ففي قضية (Carey سنة 1998) في أمريكا عثر المحققون على صور إباحية pornography على الآلة المراد تفتيشها بحثاً عن دليل لنشاط متعلق بالمخدرات، فهذه الصور لم تقبل في المحكمة باعتبارها خارج نطاق أذن التفتيش، إذ الطريقة الوحيدة للتعامل مع هذه المسألة هي الحصول على إذن تفتيش خاص بهذه الجريمة.

وفي عام 2009 - وضعت المحاكم الأمريكية ضوابط أكثر صرامةً للتفتيش عن الدليل الرقمي في حالة المشاهدة عن بعد (البعد الرقمية) digital dimension واقترحت طرق لتجنب المخاطر المرتبطة بانتهاكات السرية⁽²⁷⁾.

الفرع الثاني

أصلية الدليل الرقمي

Authenticity of digital Evidence

في المحاكم عموماً عند البحث في مقبولية الدليل يتم السؤال عما إذا كان الدليل المستخرج recovered evidence هو نفس أصل البيانات التي ضبطت، ذلك أن التحقق من أن الدليل الرقمي هو دليل أصلي Authentic وأنه استخرج أو تم ضبطه من كمبيوتر أو من موقع معين، وأنه نسخة مطابقة للبيانات التي وجدت بجهاز الكمبيوتر دون أن يلحقه أي تغيير منذ ضبطه وتجميعه⁽²⁸⁾، يعد أمراً ضرورياً لمقبوليته .

ولاشك في أن إجراءات الحفاظ على البيانات والوثائق وسلامتها أو ما يعرف Chain custody and integrity، يعد أمراً مهماً لإثبات أصلية الدليل الرقمي⁽²⁹⁾، ويتم إثبات الحفاظ على البيانات وسلامتها من خلال التأكد بأنها استخرجت من جهاز أو موقع معين، وأن هذه البيانات والأدلة المستمدة منها ظلت تحت المراقبة منذ لحظة تجميعها ولم ينالها

⁽²⁷⁾ Ibid., p59.

⁽²⁸⁾ Robert.M.Redis. Amissibility of electronic evidence p2.

⁽²⁹⁾ Eoghan cases op cit p60.

أي تغيير أو تدمير، ذلك أنه من خلال الحفاظ على الوثائق والبيانات يمكن الربط بين الدليل الرقمي المستمد من تلك الوثائق أو البيانات والجريمة المرتكبة، فإذا كانت هذه الوثائق والبيانات أو المعلومات لم يحافظ عليها وعلى سلامتها بشكل صحيح، فإن ذلك يؤدي إلى نتيجة مريكة وتظهر الشك في موثوقية الدليل المتحصل عليه من خلالها⁽³⁰⁾.

كما أن سلامة integrity الوثائق تساعد في إثبات أن الدليل الرقمي لم يتغير منذ تجميعه، ففي الحالات التي يكون فيها جزء من الدليل الرقمي يختلف عن الأصل، فإنه من الممكن عزل الأجزاء التي تختلف عن الأصل بحسب تغييرها والتأكد من سلامة ما تبقى منها، فعلى سبيل المثال إن الجزء السيئ الموجود على القرص الصلب الذي يحدث بسبب التكرار أو التغيير في محرك الأقراص الذي يدخل ضمن الوثائق المستخرجة يتم استبعاده، فتحديد الأجزاء السيئة وتوثيقها يساعد المحققون على معرفة وتخصيص الملفات والبيانات المهمة في القضية، إضافة إلى أن الملفات الممتزجة بأجزاء سيئة يمكن أن تكون مفيدة في القضية من خلال مقارنتها بالأصل الموجود على القرص الصلب للتأكد من أن البيانات والأدلة المستمدة منها لم تتأثر بالأجزاء السيئة، وعندما تكون هناك مخاوف Concerns من أن الدليل الرقمي قد أسيء استعماله mishandled مما يحتمل أن تكون معلومات البراءة exculpatory information قد دمرت، فإن ذلك لا يمنع المحكمة من قبول الدليل طالما أنها رأت أن الأدلة مازالت محل ثقة⁽³¹⁾.

وفي بعض القضايا يحاول الطرف المعارض أن يلقي الشك في أي نوع من الأدلة، مثل التسجيلات والوثائق وجلسات الدردشة، وتعد قضية Tank في الولايات المتحدة أول قضية مهمة في التعامل مع أصلية تسجيلات الدردشة، ولكن البعض يرى أنه مازال هناك شكوك حول أصلية وموثوقية سجلات دردشة الانترنت، مع أنه قد توجد بها معلومات مهمة، فالمحققون يعتمدون اعتماداً كبيراً على السجلات وما يرد بها، إذ أنهم قادرون على تعويض أي نقص في وجود الوثائق التي تثبت بأن الأدلة التي قدمت أصلية وموثوقة⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ Murdoch Watney-Admissibility of electronic evidence in criminal proceedings An outline of the south Africa – Legal position p.7.

⁽³¹⁾ Eoghan cases op cit p60.

⁽³²⁾ Rebert. M. Redis op cit

الفرع الثالث

موثوقية الدليل الرقمي

Reliability of digital evidence

يتطلب تقييم موثوقية Reliability الدليل الرقمي أن يكون الدليل أصلياً (حقيقياً)، ويتبع أحد النهجين في تقييم to assessing ما إذا كان الدليل الرقمي يمكن الاعتماد عليه في المحكمة: النهج الأول The first approach يقوم على التأكد من أن الكمبيوتر الذي أنتج generated الدليل يعمل بصورة عادية، والنهج الثاني The second يقوم على فحص الدليل الرقمي الحقيقي The actual digital evidence لمعرفة الأدلة الناشئة عن العبث وغيرها من الأفعال⁽³³⁾.

في الماضي كانت غالبية التشريعات في الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة تتبع النهج الأول الذي يعطي المحاكم سلطة تقييم البيانات المستخرجة من الكمبيوتر على أسس موثوقية نظام الكمبيوتر وعملية استخراج البيانات، فعلى سبيل المثال المادة 9/6/901 من القواعد الفيدرالية للإثبات بعنوان متطلبات أصلية authentication والتطابق أو التماثل identification تقضي بأن الدليل يصف العملية أو النظام المستخدم في إحداث النتيجة، ويبين أن العملية أو النظام أحدث أو أنتج نتيجة دقيقة، وفي بريطانيا فإن الجزء رقم 69 يشتمل على شرط شكلي للتأكد الايجابي positive assertion بأن الكمبيوتر المنتج للدليل يعمل بصورة صحيحة⁽³⁴⁾.

ومن المعلوم بأن موثوقية نظام أو عملية كمبيوتر معين أمر صعب في التقييم، فمن الناحية العملية المحاكم ليست مجهزة بشكل جيد لتقييم موثوقية أنظمة الكمبيوتر أو عملياتها، كما أن زيادة التنوع والتعقيد في أنظمة الكمبيوتر جعل من الصعب فحص كل

⁽³³⁾Eoghan cases op cit p61.

⁽³⁴⁾Ibid., p62.

الأجهزة والوقوف على كل تعقيدات تشغيلها، إضافة إلى ما يبديه المبرمجون ومصممو البرامج من تحفظ على موثوقية الدليل، في أنه لا يمكن أن يؤسس على أدنى مستوى من فحص أجهزة الكمبيوتر والتعرف على دقتها، ولهذا نجد أعباء كثيرة على المحاكم وازدحام العديد منها بشهود التقنية⁽³⁵⁾، كما أن صعوبة تصديق الكمبيوتر أو حتى عملية معينة في عمومها يمكن أن يعطل الموثوقية في ظروف معينة، علي اعتبار ان أنظمة الكمبيوتر توجد بها أخطاء تشغيل غير متوقعة تؤدي في بعض الأحيان إلى تلف البيانات، أو قد يحدث تعطل كارثي Catastrophic crash، لذلك فإن أجهزة الكمبيوتر ليست آمنة لكي نفترض ان الأدوات الميكانيكية منضبطة وقت العمل⁽³⁶⁾.

ولهذا فإن مسألة موثوقية الدليل وفقاً للنهج الأول مسألة معقدة، فعندما يكون هناك شك يتعلق بموثوقية الدليل الرقمي، فلا يجعله غير مقبول، ولكنه يخفض من قيمته الإثباتية لدى المحكمة، وبالتالي إذا ما جادل الخصم في الدليل الرقمي على أنه غير موثوق فيه، لوجود شك بأنه تم التلاعب فيه أو تعديله altered أو تلفيقه Fabricated قبل ضبطه وجمعه أو بعد ذلك، فإن هذا التشكيك في الدليل قد يقلل من قيمته أو وزنه، وفي هذه المسألة بالذات أصبح القضاة أكثر دراية familiar بالدليل الرقمي، ويشترطون أدلة لدعم الادعاءات غير الموثوقة⁽³⁷⁾.

وخلاصة القول أن تقييم موثوقية الدليل الرقمي الأكثر فاعلية هي التركيز على الدليل الرقمي ذاته أكثر من التركيز على العملية التي أنتجت الدليل، فهي أفضل من التأكد من كمبيوتر معين أو عملية معينة في عمومها موثوقة، وأكثر فاعلية للتعرف على التلاعب الكيدي أو تدمير عنصر معين من الدليل الرقمي، وعلاوة عن ذلك فإن عملية تطوير برامج الكمبيوتر وتعديل وظائفها لإصلاح الخلل ليست آمنة لكي نفترض أن عملية معينة في النظام الحالي قد تمت بنفس الطريقة وقت وقوع الجريمة⁽³⁸⁾.

وهذا النهج لا يمكن العمل به عندما يكون الكمبيوتر تحت سيطرة الجاني، فليس من الملائم وضع تصنيف جامد لأنواع الأدلة بشكل عام بأنها صحيحة ويستطيع المدعي أن يتمسك بموثوقيتها، إذ أن البيانات الموجودة بأجهزة الكمبيوتر والأدلة المستمدة منها يمكن

⁽³⁵⁾ Eoghan cases op cit p62.

⁽³⁶⁾ Ibid ,, p62.

⁽³⁷⁾ Ibid,, p63.

⁽³⁸⁾ Eoghan cases op cit p62.

التلاعب tampered فيها، ولهذا التلاعب علامات مثل إلغاء سجل الدخول أو التسلل للكمبيوتر، وحتى اذا تم التأكد من موثوقية نظام وعملية الكمبيوتر، فإن ذلك لا يعني بالضرورة بأنه عندما كان في متناول يد الغير لم يتم العبث فيه لإخفاء الجريمة أو تضليل المحققين⁽³⁹⁾ ، في عام 1997م اوصت لجنة القانون law commission في بريطانيا بإلغاء الجزء 69 إذ لاحظت صعوبة تقييم موثوقية أنظمة الكمبيوتر واعتبرت ذلك نقداً مهماً لهذا الجزء (69)، لأن موثوقية أجهزة الكمبيوتر تتطلب شروط معقدة في أنظمة الكمبيوتر ذاتها حتى ولو لم يشترط في الدليل المستخرج أن يكون موثقاً، لأنها قد تفشل في تحديد الأسباب الرئيسية لعدم دقة inaccuracy الدليل الرقمي⁽⁴⁰⁾ .

الفرع الرابع

الدليل الأفضل The best evidence

تقوم فكرة الدليل الأفضل على المطالبة بالدليل الأصلي original evidence عند التعامل مع محتويات الكتابة أو التسجيلات أو الصور، لضمان أن الأحكام والقرارات التي تصدرها المحاكم تستند إلى أفضل البيانات والمعلومات والأدلة المتاحة، ذلك أن ظهور التصوير والمساحات الضوئية Scanners والأجهزة الالكترونية الأخرى التي يمكن أن تصنع على نحو فعال نسخ مطابقة ومكررة identical duplicated للتسجيلات والصور وغيرها، ونسخ مقبولة بدلاً من الأصل، ولذلك عادة ما يثار سؤال حول صحة النسخة ودقتها مما يبعث الشك والريبة في هذه النسخة واعتمادها كدليل إثبات في الدعوى، وفي هذه الحالة فإن تقديم أصل الدليل الإلكتروني غالباً ما يكون مرغوباً desirable لأنه يزيل الشك أو الخطر بأن النسخة معدلة أو أن الأصل ذاته تم تغييره و نسخ منه شكل مطابق له تماماً بعد تغييره والتلاعب فيه⁽⁴¹⁾ ، لذلك فإنه وفقاً لقاعدة الدليل الأفضل المقررة بالمادة 1002 من القواعد الفيدرالية للإثبات في أمريكا لا تقبل نسخ الدليل الرقمي، إذ تقضى هذه المادة بأن الأصل يكون مطلوباً عند اثبات محتوى الرسائل أو السجلات أو الصور، وتقضى المادة 3/1003 بأنه إذا كانت المعلومات مخزنة في الكمبيوتر أو جهاز مماثل،

⁽³⁹⁾ Ibid., p62.

⁽⁴⁰⁾ Ibid., p62.

⁽⁴¹⁾ Ibid., p64.

فإن أي مطبوع منها أو مستخرج output منها مقروء بالبصر readable by sight يظهر البيانات بدقة يعد نسخة أصلية⁽⁴²⁾.

الفرع الخامس

الشهادة السماعية hearsay

الدليل الرقمي لا يمكن قبوله إذا كان قولاً مرسلأً أو مجرد إشاعة (شهادة سماعية hearsay) لأن المتكلم أو مؤلف الدليل author of the evidence غير موجود في المحكمة للتحقق من صدقه، إذ أن الدليل هو بيان أو قول داخل المحكمة يكرر فيه الشخص ما أدلى به خارج المحكمة، وكذلك الأدلة الواردة في وثيقة هي مجرد قول مكتوب في وثيقة، فإذا لم تقدم هذه الوثيقة للمحكمة لإثبات أن التصريحات الواردة بها صحيحة، فإن الدليل المستمد منها يستبعد، باعتبار أن ما احتوته هذه الوثيقة تم خارج المحكمة، فعلى سبيل المثال ان الرسالة البريدية يمكن أن تستخدم لإثبات أن أحد الأفراد أرسل رسالة، ولكن لا يمكن أن تستخدم هذه الرسالة في إثبات حقيقة البيان الذي تحتويه الرسالة، ولذلك فاذا أرسل (أ) رسالة بريدية إلى آخر يشير فيها بأنه قتل أخاه، فإن المحققين يحتاجون إلى اعتراف confession أو دليل آخر لإثبات هذه الواقعة⁽⁴³⁾، وفي إحدى القضايا نقض قاضي محكمة الاستئناف تهمة التوزيع مشيراً إلى أن البيان الصادر عن نشرة الإعلانات بأن البضاعة تم تحميلها من قبل شركة recent Zephyr مصحوباً بتسجيل في أغسطس أو أكتوبر 1993، هو مجرد أقاويل⁽⁴⁴⁾، إذ لا يوجد أي دليل على التحميل أو التاريخ المحدد، وإذا كانت القاعدة العامة في القواعد الفيدرالية للإثبات هي عدم قبول الشهادة السماعية، فإن المادة 803 قررت العديد من الاستثناءات exceptions على هذه القاعدة⁽⁴⁵⁾، باستيعاب Accommodate الدليل الذي يصور الأحداث بدقة

⁽⁴²⁾ Robert M. Redis op cit p24.

⁽⁴³⁾ Eoghan cases op cit p65.

⁽⁴⁴⁾ ibid ,, p65.

⁽⁴⁵⁾ keiko.L.sugisak op cit p1460.

تامة ويسهل التحقق منها، كما أن القواعد الفيدرالية للإثبات في أمريكا التي تحدد السجلات المنظمة للأنشطة لم تستبعد إثبات هذه السجلات بقاعدة الشهادة السماعية⁽⁴⁶⁾ .

وكذلك البيانات الإلكترونية في الأعمال التجارية، فإن الكثيرين يحاولون التغلب علي اعتراضات الشهادة السماعية بإثبات عنصر العمل التجاري في هذه السجلات لاستثنائها أيضا من قاعدة عدم قبول الشهادة السماعية⁽⁴⁷⁾ .

أ.د. سالم الأوجلي

عضو هيئة التدريس بقسم القانون الجنائي

كلية الحقوق – جامعة بنغازي

⁽⁴⁶⁾Robert . M. Redis op cit p20.

⁽⁴⁷⁾Rebert . M. Redis op cit p20.

المراجع

- 1- Eoghan Cassey Digital evidence and computer crime third edition 2011.
- 2- Keiko. L. Sugisaka Admissibility of evidence in Minnesota: New problems or evidence as usual.
- 3- Murdoch watney – Admissibility of electronic evidence in criminal proceedings: An outline of the south Africa Legal position journal of information, Law and Technology 2009.
- 4- Robert. M. medis Admissibility of electronic evidence.
- 5- Cybex intelligence on evidence . The Admissibility of electronic evidence in court www. Cybex.
- 6- Stephon mason international electronic evidence British institute of international and comparative law.



عيب الانحراف بالسلطة وقاعدة تخصيص الأهداف

د. عاشور سليمان شوايل

تمهيد:

يستند القرار الإداري المشروع على خمسة عناصر أساسية وهي { الاختصاص، الشكل، السبب، والمحل، والغاية}، أي عيب يشوب هذه العناصر يترتب البطلان للقرار الإداري {حيث يصبح قابل للإبطال أو باطل بطلاناً مطلقاً}.

وما يهمنا في هذه الدراسة هو ركن الغاية أو ما يعرف بالانحراف باستعمال السلطة . فأى قرار إداري تصدره الإدارة يجب أن يستهدف المصلحة العامة ولا يخالف الهدف الذي خصه المشرع لإصدار هذا القرار (1).

فإذا صدر القرار مخالفاً لأي من الهدفين يصبح باطلاً، لكونه مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة، فمثلاً لو أستخدم رجل الإدارة سلطاته لتحقيق غاية غير مشروعة لتعارضها مع المصلحة العامة أو مع الهدف الذي حدده المشرع لإصدار القرار، يشوب بهذا العيب والذي يعتبر من العيوب الموجبة لإلغائه (2).

فالانحراف عن الهدف المخصص للإدارة من العيوب التي تتصف بالدقة والغموض، فالقرار الإداري يصبح باطلاً حتى لو ابتغت الإدارة مصدرة القرار تحقيق المصلحة العامة لمخالفتها الأهداف المحددة والمخصصة لها بنص القانون .

ونظراً لأهمية هذا الموضوع والذي لم تعنى به كتب فقهاء القانون الإداري كثيراً رأينا أن نتناوله بالدراسة المقارنة بالقضاء والتشريع المصري والفرنسي وذلك في ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

الأول :- المقصود بقاعدة تخصيص الأهداف.

الثاني :- القضاء المصري والفرنسي وقاعدة تخصيص الأهداف.

الثالث :- صور الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف.

الرابع :- تطور موقف القضاء المقارن بشأن انحراف الإدارة بسلطتها لتحقيق أهداف مالية للدولة.

المبحث الأول

ماهية قاعدة تخصيص الأهداف

هذا الموضوع يستوجب بالضرورة تحديد مفهوم قاعدة تخصيص الأهداف وسلطة القضاء في الوقوف على حقيقة الانحراف عند هذه القاعدة الجوهرية في النظرية العامة للقرارات الإدارية، ونتناول ذلك من خلال ما يأتي:

المطلب الأول

مفهوم قاعدة تخصيص الأهداف

الأصل أن القرارات الإدارية دون استثناء، يجب أن تستهدف عند إصدارها تحقيق المصلحة العامة، إلا أن هناك قاعدة أخرى ومهمة تضاف للمصلحة العامة بل وتكملها، تقضى بضرورة التزام الإدارة باستهداف القرارات الإدارية وتحقيق الأهداف الذاتية المتخصصة التي عينها المشرع وحددها للإدارة. (3)

فالقرار الإداري يكون مشوب بعيب الانحراف بالسلطة كلما كان باعث الإدارة على اتخاذه تحقيق هدف غير الذي أراده المشرع، ولا يهم بعد ذلك أن يثبت أن الإدارة كانت تهدف من القرار الذي اتخذته تحقيق مصلحة عامة، أو كانت هذه المصلحة غير المصلحة التي حددها المشرع. (4)

حيث نجد في الانحراف عن مبدأ تخصيص الأهداف، رجل الإدارة كان حسن النية يستهدف المصلحة العامة إلا أنه استخدم الوسائل المتاحة بين يديه لتحقيق أهداف مما لا يجوز أن تتحقق بتلك الوسائل، أو لا يختص بتحقيقها. (5) وتعتبر حالة مخالفة تخصيص الأهداف أقل خطورة من حالة مجانبة المصلحة العامة، لأن رجل الإدارة في الحالة الأولى لم يتجاوز نطاق الصالح العام ليعمل على تحقيق هدف شخصي وإنما اقتصر على مخالفة الهدف الذي حدده له المشرع وجعل قراراته مرصودة على تحقيقه، وغالبا ما يسعى مصدر القرار في حالة مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف إلى تحقيق هدف لا يدخل في اختصاصه وتم تحقيقه بوسائل يسهل عملية استخدامها. (6) وبهذا الوصف نجد للقرار الإداري هدفين :-

الأول- هدف عام مرتبط بتحقيق المصلحة العامة.

والثاني-هدف خاص وهو الذي حدده القانون أو يستفاد من طبيعة الاختصاص وتختلف درجة تحديده من حالة لأخرى.

فالهدف الخاص قد يستخلص من روح التشريع أو طبيعة الاختصاص، فقد حدد المشرع مثلاً لسلطات الضبط الإداري هدفاً محدداً، وهو المحافظة على النظام العام { الأمن العام، الصحة العامة، السكنية العامة }، فإذا استعملت الإدارة سلطاتها في هذا الخصوص، لهدف آخر غير المحافظة على النظام العام كان قرارها مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة، حتى لو كان الهدف لا يجانب المصلحة العامة . (7)

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تحديد عيب الانحراف عن مبدأ تخصيص الأهداف

أن تحديد الهدف الخاص للعمل الإداري، قد يكون من خلال نص القانون الصريح أو يستدل عليه القاضي من قرائن الأحوال، أو يستنتج من طبيعة السلطة أو الاختصاص المقرر للإدارة، فقد يذكر المشرع صراحة الهدف الذي يتعين على الإدارة أن تتبعه، كقوانين الضبط الإداري الخاص التي تسمح للإدارة باتخاذ إجراءات الضبط لأغراض خاصة، كحماية الآثار أو تحقيق بعض الأغراض الاقتصادية. أو قوانين التفويض، التي تخول الإدارة إصدار قرارات لها قوة القانون، وتحدد عادة للإدارة الأهداف المفوض فيها ويمكن اتخاذ تلك القرارات لتحقيقها. (8)

وإذا لم يصرح المشرع بالهدف المخصص للإدارة، الذي يتعين أن يحققه القرار، يكون تحديد هذا الهدف متروكاً لتفسير القاضي، بأن يستدل عليه من قرائن الأحوال، فيلجأ إلى التفسير للكشف عن قصد المشرع، حيث يستعمل سلطته التقديرية، في تحديد الأهداف الخاصة للقرار بكل الوسائل الممكنة، كالرجوع إلى الأعمال التحضيرية، والمذكرات التفسيرية والإيضاحية وتتبع المناقشات التي دارت حول القانون . (9)

فالقاضي ليس له أي دور أو اجتهاد في تحديد الهدف الخاص إذا ما كشف عنه المشرع صراحة، فدوره لا يتجاوز دور الكاشف عن فحوى النص أو القانون، وأن يعمل على تحقيقه، وعلى العكس من ذلك يكون له دوراً بارزاً في استخلاص هذا العيب عندما لا يكشف عنه المشرع .

وقد يتم تحديد الهدف المخصص للإدارة، من طبيعة السلطة أو الاختصاص الممنوح للإدارة، فمثلاً سلطة الضبط الإداري تستمد طبيعتها في حماية النظام العام بعناصره المعروفة {الأمن العام - السكنية العامة - الصحة العامة}.

وسلطة تأديب الموظفين يقصد بها معاقبة المخالف لإخلاله بواجباته الإدارية، أيضاً سلطة الإدارة في إصدار قرارات نقل الموظفين { نوعياً ومكانياً } لها أغراض معينة تتصل بالصالح العام وحسن سير العمل بانتظام وأضطراد، إلا أنه ليس من بينها العقاب (10) عن مخالفة إدارية. رغم أن ذلك مما يقتضيه الصالح العام، والواقع إلا أن النشاط الذي يسند إلى الإدارة كثيراً ما يتطلب بطبيعته أن يتم بقصد تحقيق هدف معين ومخصص فإذا ما أصدرت الإدارة قرار يستهدف غرض ما، ولكنه يغير الهدف المخصص، كان القرار مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة وطلب إغائه، إذا بإمكان القاضي استخلاص كل هذه العوامل لتحديد الأهداف الخاصة للإدارة ومراقبة مدى التزامها بقاعدة تخصيص الأهداف عن إصدار قراراتها كما أن الظروف المحيطة بالقرار وكيفية اتخاذه وتوقيت إصداره كثيراً ما تكشف عن الانحراف الذي شاب استعمال الإدارة لسلطتها. ومن الناحية العملية، فإن رقابة إساءة استعمال السلطة رقابة دقيقة ومهمة القاضي الإداري فيها شاقة و عسيرة، إذ أنها لا تنحصر في فحص المشروعية الخارجية أو الظاهرية، إنما تمتد إلى البحث عن الغرض أو الهدف الحقيقي الذي اتخذت الإدارة قرارها من أجله بعيداً عن المصلحة العامة أو بالمخالفة للهدف المحدد لها .

الخلاصة أن صور الانحراف بالسلطة المتمثلة في مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف أقل خطورة من صورته المتمثلة في مجانية المصلحة العامة، لأن رجل الإدارة في الحالة الأولى لم يتجاوز نطاق الصالح العام ليعمل على تحقيق صالح شخصي، و إنما اقتصر على مخالفة الهدف الذي حدده له المشرع و جعل قراراته مرصودة على تحقيقه (11) كما إنه في حالة الانحراف على قاعدة تخصيص الأهداف، فإن مصدر القرار أو الإجراء كان حسن النية لا يبغي إلا تحقيق الصالح العام و انه استخدم وسائل بين يديه لتحقيق أغراض لا يجوز أن تتحقق بتلك الوسائل و هذا الرأي يتبناه جانب كبير من الفقه. بينما جانب آخر من الفقه يرى في هذا الاتجاه أن ذلك لا ينفي خطورة الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف و ذلك بالنظر إلى الآثار المترتبة عليها من اعتداء على حقوق الأفراد و حرياتهم العامة. و هؤلاء الأفراد لا يعنيه أن يكون الهدف المبتغى من تصرف الإدارة، قصدت به تحقيق مصلحه عامه أم لا، و إنما يعنيه ما وقع عليهم من اعتداء أو ضرر سببه خروج الإدارة عن قاعدة تخصيص الأهداف.

وبعد أن استعرضنا المفهوم وسلطة القاضي في قاعدة تخصيص الأهداف - نوضح بالمبحث التالي تطبيقات و موقف القضاء المصري و الفرنسي في ذلك .

المبحث الثاني

القضاء المصري والفرنسي وقاعدة تخصيص الأهداف

تمهيد :

لقد كان لمجلس الدولة المصري والفرنسي دور كبير في تحديد مفهوم قاعدة تخصيص الأهداف وتحديد صورها وتطبيقاتها سنحاول تبيانها في مطلبين كالآتي :

المطلب الأول

موقف القضاء المصري

لقد أكد مجلس الدولة المصري في العديد من أحكامه على ضرورة احترام الإدارة للأهداف الذي حددها المشرع عند إصدار قراراتها، وإلا قضي بإلغائها لخروجها وبعدها عن قاعدة تخصيص الأهداف، ولقد كان لمحكمة القضاء الإداري موقف يختلف عن موقف المحكمة الإدارية العليا نوضحه في الآتي :

أولاً :

محكمة القضاء الإداري :-

حيث كان موقفها واضح وصريح في هذا الشأن حيث قضت بأن " الانحراف باستعمال السلطة - كعيب يلحق القرار الإداري يتميز بطبيعته عن غيره من العيوب التي تلتحق القرارات الإدارية - لا يكون فقط حيث يصدر القرار لغايات شخصية ترمى إلى الانتقام أو إلى تحقيق نفع شخصي أو أغراض شخصية أو حزبية أو نحو ذلك، بل يتحقق هذا العيب أيضاً إذا صدر القرار مخالفاً لروح القانون، فالقانون في كثير من أعمال الإدارة، لا يكفي بتحقيق المصلحة العامة في نطاقها الواسع ، بل يخصص هدفاً معيناً يجعله نطاقاً لعمل إداري معين، وفي هذه الحالة يجب ألا يستهدف القرار الإداري المصلحة العامة فحسب، بل أيضاً الهدف الخاص الذي عينه القانون لهذا القرار عملاً بقاعدة تخصيص الأهداف التي تقيد القرار الإداري بالغاية المخصصة التي رسمت له، فإذا خرج القرار على هذه الغاية، ولو كان هدفه هو تحقيق المصلحة العامة ذاتها. كان القرار مشوباً بعيب الانحراف باطلاً ". (12)

ولقد أكد مجلس الدولة المصري في العديد من أحكامه على ضرورة احترام قرارات الإدارة للهدف الذي حدده المشرع لإصدارها، وإلا قضى بإلغائها لخروجها على قاعدة تخصيص الأهداف، ففي حكم آخر لمحكمة القضاء الإداري قضت أنه { لا يجوز اتخاذ أي من التدابير أو الإجراءات التي يجيزها الشارع، لتحقيق هدف آخر مغاير للهدف الأساسي الذي قصد إليه الشارع، ولو كان هذا الهدف محققاً للصالح العام بمعناه الشامل، وذلك تطبيقاً لقاعدة أصولية جرى المصطلح على تسميتها قاعدة تخصيص الأهداف، وجزاء مخالفة تلك القاعدة بطلان تلك القرارات لكونها مشوية بالانحراف بالسلطة، والذي يتمثل في عدم احترام الإدارة لركن الغاية من التشريع (13) .

ولقد أكدت محكمة القضاء الإداري في عدة أحكام موقفها السابق من الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف حيث قضت في حكم آخر أن {من المستقر فقهاً و قضاءً إن السلطة التقديرية التي تترخص بها الإدارة هي الموطن الأساسي لعيب أساءة استعمال السلطة، ذلك أن مبدأ المشروعية إذ يقوم على وجود قواعد تلتزم جهة الإدارة باحترامها ومراعاتها في نشاطها وتصرفاتها ... فإن عيب الانحراف بالسلطة هو عيب ملائم دائماً

للسلطة التقديرية التي يجب أن تمارسها جهة الإدارة بمعيار موضوعي يتفق مع روح القانون، الأمر الذي يخول للقضاء الإداري تحري بواعث العمل و ملابساته وأسبابه و فرض رقابته على كل ذلك للوقوف على الهدف الحقيقي الذي تنشده الإدارة ... } (14) .

والجدير بالملاحظة أن عيب إساءة استعمال السلطة لا يكون فقط حين يصدر القرار لغايات أو دوافع شخصية⁽¹⁵⁾ يرمي إلى الانتقام أو إلى تحقيق نفع شخصي أو أغراض سياسية أو حزبية ونحو ذلك، بل يتحقق العيب أيضاً إذا صدر القرار مخالفاً لروح القانون مستهدفاً غرضاً آخر غير الذي عينه له القانون عملاً بقاعدة تخصيص الأهداف (16) .

من خلال هذه الأحكام لقضاء محكمة القضاء الإداري نجده ثابت لا يتغير بشأن مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف واعتبارها انحراف استعمال السلطة بينما يختلف الأمر في قضاء المحكمة الإدارية العليا، وهو ما سوف نوضحه بالآتي:

ثانياً :

المحكمة الإدارية العليا :-

وإذا كان قضاء محكمة القضاء الإداري قد أتم منذ البداية بإدخال مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف من حالات الانحراف بالسلطة، فإن قضاء المحكمة الإدارية العليا قد

مر في هذا الشأن بمرحلتين :-

- الأولى :

كانت في البداية حيث لم تسلم المحكمة الإدارية العليا بما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري، وقدمت أحكاماً تضيق فيها من نطاق الانحراف بالسلطة، بحيث تقصره على حالة مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف، حيث كانت تشترط لقيام الانحراف بالسلطة توفر سوء النية لدى مصدر القرار الإداري، وقضت في ذلك الوقت بأنه }} إذا لم يكن لدى الإدارة هذا القصد، بدافع من هوى أو تعد أو انتقام- فلا قيام لعيب إساءة استعمال السلطة (17)}}

- الثانية :

ولكن هذا الاتجاه في قضاء المحكمة الإدارية العليا أنتقده الكثير من الفقه، حيث لم يجد استجابة بين الفقهاء في تطبيق عيب الانحراف بالسلطة ، لأن المحكمة تشترط وجود سوء النية إذا خالفت الإدارة قاعدة تخصيص الأهداف - إلا أن المحكمة الإدارية العليا في مصر عدلت في أحكامها اللاحقة عن هذا الاتجاه السابق، الذي يقوم على التضيق من نطاق عيب الانحراف بالسلطة أخذة بوضوح بقاعدة تخصيص الأهداف ، حيث قضت بأنه }} إذا ما عين

المشرع غاية محددة، فإنه لا يجوز لمصدر القرار أن يستهدف غيرها ولو كانت هذه الغاية تحقيق مصلحة عامة}} (18)

والواقع أن ما انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا من عدم اشتراط سوء نية مصدر القرار للقضاء، بالانحراف بالسلطة وهو قضاء محمود، فالى جانب ما يترتب عليه من إدخال مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف ضمن حالات الانحراف بالسلطة، فذلك يؤدي إلى أحكام رقابة القضاء على رجل الإدارة الذي ينحرف بسلطته، حيث أنه في ظل القضاء السابق الذي كان يشترط فيه وجود سوء النية ، بإمكان رجل الإدارة الإفلات من إلغاء قراره لمجرد إثباته أنه كان حسن النية عندما أصدره، وبالتالي عدم إلغاء القرار المطعون فيه، مما يؤدي إلى الأضرار بمصلحة من اعتدى القرار المشوب بالانحراف على حقوقه وحياته، فالمتضرر من القرار المشوب بعيب الانحراف لا يعنيه أن كان رجل الإدارة حسن النية أو سيئاً للنية.

المطلب الثاني

موقف القضاء الفرنسي

لقد وجدت هذه القاعدة تطبيقاً لها في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث أكد في العديد من أحكامه على إلغاء قرارات الإدارة التي يثبت فيها خروجها عن تحقيق الهدف المخصص لها ومن أحكامه المتعلقة بمخالفة قاعدة تخصيص الأهداف في فرنسا رفض أحد العمد التصريح لصاحب فندق بفتح باب ثان على الطريق العام وذلك بقصد تحقيق مراقبة أفضل على الأعمال المتعلقة بالدعارة . بينما لم تخول سلطة العمدة في منح مثل هذا التصريح لحماية الآداب العامة وإنما تحقيقاً للمصالح المتعلقة بالطريق العام . (19)

وفي حكم آخر قضى المجلس بإلغاء قرار المحافظ الصادر بتقرير المنفعة العامة للأرض المملوكة للسيد "Schewartz" لإنشاء ملاهي وحمام للسباحة ، ذلك أن القرار لا يهدف إلى المحافظة على الصحة العامة ، وإنما يهدف إلى تطوير أنشطة الترفيه الخاصة بالبلدية (20) . وفي حكم آخر قضى بإلغاء قرار المحافظ والصادر بتقرير المنفعة العامة لقطعة أرض مملوكة للسيد "Baron" وذلك للانحراف بالسلطة، حيث تبين للمجلس من الظروف المحيطة بالدعوى أن ما أعلنته البلدية من ضرورة المحافظة على الطابع الهادي للمنطقة السكنية المجاورة للأرض المذكورة ليس من الأهداف التي لأجلها يتقرر نزع الملكية للمنفعة العامة . (21)

هذه الأحكام لمجلس الدولة الفرنسي والذي ألغي بموجبها قرار المحافظ لخروج المحافظ على الهدف المخصص له قانوناً، حيث قام مجلس الدولة بإلغاء قرارات المحافظ رغم أنها تبتغى المصلحة العامة، إلا أنها تجانب قاعدة تخصيص الأهداف.

وبعد توضيحنا لموقف القضاء المصري والفرنسي، ندرس بالمبحث التالي صور

الانحراف بالإجراءات.

المبحث الثالث

صور الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف

قد يلجأ رجل الإدارة، وهو يسعى لتحقيق المصلحة العامة إلى استخدام وسائل سهلة أو مختصرة غير تلك التي اقراها المشرع لتحقيق هذه المصلحة، أو يلجأ رجل الإدارة وهو يستعمل في سلطته التقديرية إلى إصدار قرار لتحقيق مصلحة عامة، لم يكلف بتحقيقها، لأنها تنحرف عن قاعدة تخصيص الأهداف - وفي كلتا الحالتين ينحرف رجل الإدارة بقراره ويشوبه عيب الانحراف بالسلطة، وموجب إلغاء حتى ولو كان يستهدف الصالح العام لأن قراره خالف قاعدة تخصيص الأهداف .

وعلى ضوء ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي :

المطلب الأول

حالة استعمال رجل الإدارة وسائل خاطئة لتحقيق الأهداف

الإدارة ملزمة وهي تسعى لتحقيق أهدافها المحددة بالقانون، أن تتبع وسائل وإجراءات خاصة، محددة سلفاً بنص القانون، فإذا استعملت وسائل أخرى أسهل لها للوصول إلى الأهداف المحددة لها، يكون قرارها أو إجراءاتها مشوبة بعيب الانحراف بالأجراء، فما المقصود بهذا العيب؟ وما هي أهم صورته الجوهرية؟ ونخصص هذا المطلب للإجابة على ذلك بصورة تفصيلية على النحو الآتي:-

أولاً /

المقصود بالانحراف بالإجراء :

يتم هذا النوع من الانحراف عندما تستخدم الإدارة إجراءات إدارية، لا يجوز لها استعمالها من أجل تحقيق الهدف الذي تسعى إليه - أي أنها تعمدت استعمال إجراء إداري *procédure administrative* محل إجراء آخر كان يجب عليها اتخاذه في سبيل الوصول إلى هدفها.

ويعتبر الانحراف بالإجراءات *lè détournèmnt de procedure* أحد أوجه إساءة استعمال السلطة، والانحراف بها، ولكنه يحدث في ميدان الإجراءات الإدارية، إذ تلجأ

الإدارة إلى استعمال إجراء أيسر وأسهل لها من الإجراء المحدد قانوناً لإنجاز هدف معين، فيصبح قرارها في هذه الحالة مشوباً بعيب استعمال السلطة، المتمثل في الانحراف بالإجراءات. (22)

وأساس الانحراف بالإجراء هو استعمال الإدارة إجراء إداري لا ينبغي عليها استعماله، بالنسبة للغرض المشروع الذي ترمى إلى تحقيقه.

وتبدو أهمية الانحراف بالإجراء، في أنه يكشف بوضوح عن عيب الانحراف بالسلطة، دون حاجة إلى البحث عن مقاصد متخذ القرار، بمعنى أن الانحراف بالإجراء يتضمن الدليل الموضوعي على الانحراف بالسلطة. (23)

وبذلك فإن الانحراف بالإجراء يقلل من صعوبة إثبات عيب الانحراف بالسلطة، الذي يعتمد إثباته في الغالب على عناصر ذاتية يصعب الوصول إليها.

كما تبرز أهميته في انطوائه على إخلالاً بالنص الذي أنشأ الإجراء الذي استعملته الإدارة، ومن ناحية أخرى، يعتبر إخلالاً بالنص الواجب الأتباع، مما يؤدي إلى تعديل في شروط ومجال تطبيق القانون على خلاف إرادة المشرع، كما إنه غالباً ما يكون مصحوباً بالاستناد إلى أسباب غير حقيقية أو إغفال بعض الشكليات (24)، ومن هنا ظهرت خطورة الانحراف بالإجراء التي بررت أهميته في الواقع العملي.

وترتيباً على ذلك، فإن ثمة سؤال يطرح نفسه في هذا السياق، مؤد، تحديد موقف الفقه من الطبيعة القانونية لعيب الانحراف بالأجراء؟

انقسمت آراء الفقهاء في اتجاهين الأول يرى أن الانحراف بالإجراء عيباً مستقلاً عن عيب الانحراف بالسلطة - بينما يرى جانب آخر من الفقه أن الانحراف بالإجراء صورة من الانحراف بالسلطة ولتوضيح ذلك ندرس الاتجاه الأول، ثم

الاتجاه الثاني على النحو الآتي:-

الاتجاه الأول :

الانحراف بالإجراء عيب مستقل عن الانحراف بالسلطة :-

فلقد تبنى بعض الفقهاء استقلال الانحراف بالإجراء عن الانحراف بالسلطة، وسندهم في ذلك يعود إلى اختلاف طبيعة كلا منهما. حيث جانب كبير من الفقه يرى أن عيب الانحراف بالإجراءات يدخل في طائفة عدم مشروعية الإجراءات وأنه يتعلق بالمشروعية الخارجية للعمل الإداري استناداً إلى أنه يتعلق بالمشروعية الخارجية للعمل الإداري وإلى أنه يتعلق بمخالفة نطاق تطبيق القاعدة الإجرائية. (25) وبالتالي يتميز الانحراف بالإجراء

بذاتية مستقلة عن عيب الانحراف بالسلطة، استناداً إلى أن الانحراف في حالة مخالفة الإجراءات لا يقوم على سلطة، وإنما يقوم على إجراء وفقاً للمفهوم الواسع للإجراء الذي يعنى الوسيلة القانونية، كما أن الهدف الذي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقه في حالة الانحراف بالإجراء يتعلق دائماً بالمصلحة العامة، في حين أنه لا يكون كذلك على الدوام في حالة الانحراف بالسلطة، فهو قد يكون منبث الصلة بالمصلحة العامة وقد يكون متعلقاً بها، كما في حالة مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف، حيث يستخدم رجل الإدارة سلطته من أجل تحقيق غرض يتعلق بالصالح العام، ولكن لا يدخل في اختصاصه أو غير مختص بتحقيقه بالوسائل أو الإجراءات المستخدمة لتحقيقه .

وذلك على خلاف عيب الانحراف بالسلطة، الذي يستهدف فيه رجل الإدارة إما تحقيق غرض منبث المصلحة بالمصلحة العامة وبالتالي لا يدخل في اختصاصه أو اختصاص أي جهة إدارية، أو يستهدف تحقيق غرض يتعلق بالصالح العام ولكنه غير مختص بتحقيقه بهذه الوسائل.

كما يرى جانب من الفقه أن استقلال الانحراف بالإجراء عن الانحراف بالسلطة إلى أن عيب الانحراف بالإجراء يتعلق أساساً بمخالفة نطاق تطبيق القاعدة الإجرائية⁽²⁷⁾، فكل قاعدة قانونية حدد لها مجال تطبيق فيه، فإذا طبقت خارج هذا النطاق أصبح هذا التطبيق مخالفاً لمبدأ المشروعية .

وأخيراً أنتهي أنصار هذا الاتجاه في تبريرهم لاستقلال الانحراف بالإجراء عن عيب الانحراف بالسلطة، إلى أن عدم المشروعية في حالة الانحراف بالإجراء لا تكمن في الغرض المستهدف بواسطة القرار وإنما تكمن في الوسيلة المختارة من أجل بلوغ هدف محدد بواسطة القوانين واللوائح⁽²⁸⁾ .

الاتجاه الثاني :

الانحراف بالإجراء صورة من الانحراف بالسلطة :-

هذا الاتجاه يؤيده جانب كبير من الفقه المصري⁽²⁹⁾، يؤكد أنه إذا استعملت الإدارة إجراءات غير تلك المقررة قانوناً فهي بذلك تستعمل الإجراءات في غير موضعها ولغير الهدف المخصص، وبذلك تخالف قاعدة تخصيص الأهداف، ومن ثم فإن الانحراف بالإجراء ليس عيباً جديداً يختلف عن عيب الانحراف بالسلطة⁽³⁰⁾، فمنهم من يرى أن الانحراف بالإجراءات هو أحد أشكال الانحراف بالسلطة، ولكنه يحدث في مجال الإجراءات الإدارية إذ تلجأ الإدارة إلى استعمال إجراء بعينه، تراه أسهل وأيسر من الإجراء

المحدد لها قانوناً لإنجاز هدف معين.⁽³¹⁾، وأن استعمال الإدارة إجراءات في غير مجالها المحدد هو خروج عن الهدف المخصص أو المحدد قانوناً لها، ولذا يعتبر الانحراف بالإجراءات مجرد صورة لقاعدة تخصيص الأهداف وليس من مبرر لاعتباره صورة مميزة أو مختلفة عن صور الانحراف بالسلطة.⁽³²⁾، ويؤيد جانب من الفقه الفرنسي هذا الاتجاه حيث يقول (chapus) إن إلحاق الانحراف بالإجراء يعيب الانحراف بالسلطة، حيث تعتمد فيه جهة الإدارة استعمال إجراء إداري بدلاً من إجراء آخر.⁽³³⁾، وبالتالي فإن الانحراف بالإجراء ليس له ذاتية مستقلة.⁽³⁴⁾

ولقد كان دليل الفقه المؤيد لهذا الاتجاه، على أن الانحراف بالإجراء صورة لعيب الانحراف بالسلطة، أن التحقق من الانحراف بالإجراء يكشف بوضوح عن الانحراف في استعمال السلطة، دون الحاجة إلى البحث عن مقاصد متخذ القرار، بمعنى أن الانحراف بالإجراء يتضمن الدليل الموضوعي على الانحراف بالسلطة.⁽³⁵⁾

ونخلص إلى أننا نؤيد الرأي الذي يؤكد أن عيب الانحراف بالإجراء لا يمكن أن يكون عيباً مستقلاً من عيوب مشروعية القرار الإداري، حيث لا يعدو إلا أن يكون أحد صور عيب الانحراف بالسلطة المتمثلة في مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف.

ثانياً /

صور الانحراف بالأجراء :

صور الانحراف بالإجراء متعددة، فإن الإدارة قد تتحرف وهي بصدد استخدام سلطتها في مجال الوظيفة العامة { التأديب، أو النقل المكاني أو النوعي، أو فيما يتعلق بتقارير الكفاءة للموظف، أو استعمال سلطتها لفصل موظف وإلغاء الرابطة الوظيفية بين الموظف والإدارة } أو تتحرف بسلطتها للاستيلاء المؤقت أو نزع الملكية للمنفعة العامة، أو قد تستعمل سلطتها في الضبط القضائي في غير ما أعدت لها، أو قد تتحرف الإدارة بالإجراءات لغرض تحقيق مكسب مادي { الذي سوف نؤجله بالمبحث الرابع }.

نوضح ذلك بشيء من التفصيل على النحو الآتي :-

1- الانحراف بالإجراء في مجال الوظيفة العامة :-

ويحدث ذلك في عدة مناسبات، حيث تتحرف الإدارة في استعمال سلطتها في الميدان

الوظيفي، سواء باستعمال سلطتها في نقل الموظفين نقلاً نوعياً أم مكانياً، أو في مجال ترقية الموظفين، أو في نطاق وضع تقارير الكفاءة السنوية أو إنهاء خدمة الموظف، ومن أحكام القضاء الإداري نستخلص الآتي :-

أ - الانحراف في إجراءات قرارات النقل :-

حيث تظهر مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف، وذلك باللجوء الإدارة إلى نقل الموظفين نقلاً مكانياً أو نوعياً بقصد العقاب ليس تحقيقاً للغاية التي توخاها المشرع في النقل وهي تحقيق مصلحة العمل وحسن توزيع العاملين بين المستويات الوظيفية المختلفة، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا أن (الجهة الإدارية قد انحرفت بسلطتها في نقل الموظفين من مكان إلى آخر عن الغاية التي وضعت لها، واتخذتها أداة للعقاب. وبذلك تكون قد ابتدعت نوعاً من الجزاء التأديبي لم ينص عليه القانون و أوقعته على المدعى بغير سبب يبرره، إذ أن رفع المدعى لتقرير عن صناديق النذور إلى السيد رئيس الوزراء يعرض فيه مقترحاته بشأنها هو حق مشروع للمدعى ... وما كان يجوز للجهة الإدارية أن تضيق بهذا البناء وأن تتخذ من سلطة النقل المكاني أداة لمجازاة المدعى، ومن ثم كان قرارها مخالفاً للقانون مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة. (35)

وفي حكم آخر لها قضت المحكمة الإدارية العليا، بإلغاء القرار الصادر بتوقيع جزاء تأديبي مقنع على احد الموظفين حيث تبين للمحكمة من ظروف الأحوال وملاساتها أن نية الإدارة قد اتجهت إلى عقاب الموظف، لكن بغير أتباع الإجراءات والأوضاع المقررة لذلك، فانحرفت بسلطاتها في القرار لتحقيق هذا الغرض المستتر، فيكون القرار عندئذ مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة. (36)

والنقل بنوعيه سلطة خولها المشرع للجهة الإدارية تجريه وفقاً لسلطتها التقديرية، حسبما يمليه عليها صالح العمل ومقتضياته. (37)، فلا يحق لها استغلال هذه السلطة لتحقيق هدف آخر يجانب المصلحة العامة، وأتباع إجراءات أخرى لا تتناسب وهذا الهدف، فالتأديب حدد القانون أسبابه وإجراءاته، التي يجب على الإدارة إتباعها عند معاقبة الموظف، فإذا قررت الإدارة استعمال سلطتها لنقل الموظف وتستهدف من ذلك تأديبه، تكون الإدارة انحرفت بسلطتها، مخالفة الإجراءات التي يتطلب اتخاذها عند تأديب الموظفين .

ب- الانحراف بالإجراء بإلغاء وظيفة كأجراء لفصل موظف :-

قد ترتكب الإدارة انحرافاً في استعمال الإجراءات، وهي بصدد استعمال سلطة فصل

الموظف وذلك باللجوء إلى إلغاء الوظيفة التي يشغلها، في حالة تكرار أخطاء الموظف، فتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب، بدل توقيع جزاء تأديبي عليه، فالإدارة كان بإمكانها توقيع جزاء مناسب على الموظف، فتلجأ إلى إلغاء الوظيفة التي كان يشغلها، وبالتالي تقوم باستبعاد هذا الموظف، بوسيلة وإجراءات غير المقررة قانوناً، فالإدارة بهذا الإجراء قد تكون تستهدف الصالح العام، وذلك باستبعاد الموظف الذي يرتكب أخطاء إدارية، أو ممتارض، وترى أنه غير صالح للوظيفة، كان على الإدارة اللجوء إلى الوسيلة المقررة قانوناً لهذا الغرض، ومن ثم فإن لجوئها إلى إلغاء الوظيفة وهي في الحقيقة تهدف إلى عزل الموظف الذي ألغيت وظيفته، يمثل انحرافاً بالإجراء طالما أنه ليس هناك إلغاء حقيقي لهذه الوظيفة.⁽³⁸⁾، وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار أصدرته الإدارة بفصل موظف، بإلغاء الوظيفة في حين إنها كانت تهدف لذلك توقيع جزء تأديبي حيث ذهبت إلى أن القرار المطعون فيه لا يمثل قرار فصل لإلغاء الوظيفة ولكنه يمثل قرار عزل، وحيث أن الجهة الإدارية استبعدت الطاعن من وظيفته على نحو غير مشروع، فأنها تكون قد ارتكبت خطأ من طبيعة تبرر قيام مسؤوليتها⁽³⁹⁾.

وألغى مجلس الدولة الفرنسي في حكم آخر قرار جهة إدارية بفصل أحد موظفيها، بعد أن تبين له أن جهة الإدارة بعد أن تركت هذه الوظيفة شاغرة لمدة عام. قامت بإحلال موظف جديد محله وهذا ما استشف مجلس الدولة الفرنسي مداخلته، أن القرار الصادر بفصل الموظف لإلغاء الوظيفة، أنما يمثل عزل دون إتباع الوسيلة المقررة قانوناً.⁽⁴⁰⁾

وفي السياق نفسه قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن { فصل الموظف نتيجة إلغاء الوظيفة مشروط بأن يكون ثمة إلغاء حقيقي للوظيفة التي كان يشغلها الموظف}.⁽⁴¹⁾

ج- الانحراف بالإجراء عند إعداد تقارير الكفاية السنوية للموظف :-

تقارير الكفاية السنوية، إجراء خوله المشرع للإدارة كسلطة، لتقييم أداء الموظفين التابعين لها لضمان قيامهم بعملهم على أحسن وجه، والغاية منه تحقيق المصلحة العامة، والمتمثلة في حسن سير المرافق العامة، إلا أن هذا الإجراء قد تستغله الإدارة كسلطة لها في عقاب الموظف بأعداد تقرير سلبي عنه، لمعاقبته أو لحرمانه من ترقية أو لأبعاده بأي صورة، فالإدارة قد تتخذ من تقارير الكفاية السنوية ذات الدرجات المنخفضة أسلوباً للعقوبة المقنعة.⁽⁴²⁾، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه { إذا كان التقدير

بني على أسباب تبرره، فإن تقرير درجة كفاية الموظف بتقدير ضعيف هو أمر يخرج عن رقابة القضاء، لتعلقه بصميم اختصاص الإدارة، طالما أن هذا التقدير قد خلا من الانحراف أو إساءة استعمال السلطة.⁽⁴³⁾

يلاحظ أن قضاء المحكمة الإدارية العليا، يراقب مشروعية تقارير الكفاية وتقضى بإلغائها لو انحرفت سلطتها.

ويذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى متابعة تقارير الكفاية التي تحررها الإدارة لموظفيها، فيقضى بإلغائها، إذا ما أستشعر تضمنها نوعاً من الانحراف بالسلطة، التي منحها لها المشرع لكي تمارسها لتحقيق المصلحة العامة دون أهداف شخصية أو انتقامية.⁽⁴⁴⁾

ويلاحظ أنه في البداية كان مجلس الدولة الفرنسي، يمتنع عن رقابة مائة قرار تقرير الكفاية.⁽⁴⁵⁾، وكان يعتبر أن الدرجات المعطاة للموظف العام في تقارير الكفاية من الأطلاقات الإدارية التي لا يجوز للقضاء الإداري التدخل فيها.⁽⁴⁶⁾

إلا أن تحولاً مهماً ظهر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث لم يكتف بجعل رقبته على تقارير قياس الكفاية رقابة مشروعية فحسب، { الانحراف في السلطة أو الإجراء } بل أضفى على تلك التقارير رقابة مائة.⁽⁴⁷⁾

ونستنتج مما سبق أن قضاء مجلس الدولة المصري والفرنسي اتفقا على إخضاع تقرير قياس الكفاية السنوية لرقابتهما، واختلافاً حول نطاق الرقابة، فاقترنت رقابة مجلس الدولة المصري على مشروعية تقرير قياس الكفاية، بينما رقابة مجلس الدولة الفرنسي تجاوزت رقابة المشروعية إلى المائة أيضاً.

2- استخدام إجراءات الضبط القضائي لتحقيق أهداف الضبط الإداري :-

الإدارة قد تلجأ إلى استخدام إجراءات الضبط القضائي، لتحقيق هدف من أهداف الضبط الإداري، المتصلة بالمحافظة على النظام العام (الأمن العام، الصحة العامة، السكينة العامة، الآداب العامة) .

ومن الأحكام الشهيرة في مجال الانحراف بالإجراءات، حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (frampart) التي كانت وقائعها تتلخص في أن محافظاً أراد أن يصادر إحدى الصحف حماية للنظام العام، وبدلاً من استخدام وسائل الضبط الإداري، رجع إلى الإجراءات المنصوص عليها في المادة العاشرة من قانون الإجراءات الجنائية وذلك رغم أن

هذه الإجراءات تتصل بكشف الجرائم المتعلقة بأمن الدولة وتقديم مرتكبيها إلى المحاكمة.⁽⁴⁸⁾، وقد تلجأ السلطة الإدارية إلى ممارسة دور السلطة القضائية، وذلك بالتدخل لفض نزاع مدني يدخل أصلاً في اختصاص السلطة القضائية، وذلك بالفصل في المنازعات كافة التي تحدث داخل المجتمع، فإذا حاولت السلطة الإدارية الاضطلاع بهذا الدور يجعل ما يصدر عنها من قرارات في هذا الشأن خارج عن نطاق المشروعية، ومشوباً بعيب الانحراف بالسلطة، على الرغم من نبيل هذه الغاية واستهدافها لتحقيق الصالح العام في فض النزاع والسعي إلى تحقيق السلام الاجتماعي.

وسبب عدم مشروعية عمل الإدارة في هذا الخصوص إلى أن الإدارة عندما استعملت سلطتها اعتمدت على اختصاص السلطة القضائية الأصيل في فض النزاعات التي تنشأ بين الأفراد داخل المجتمع وبذلك القرارات التي تصدرها الإدارة مستعملة سلطتها، بقصد فض النزاع ذو الصبغة المدنية، يكون مصيره للإلغاء، للانحراف بسلطتها حتى وأن كانت تستهدف المصلحة العامة.⁽⁴⁹⁾، والتطبيقات كثيرة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري قرارات الإدارة مشوية بعيب الانحراف بالسلطة، منها عندما تستعمل الإدارة الصلاحية المخولة لها قانوناً من أجل تحقيق هدف يختص به القضاء العادي.⁽⁵⁰⁾، فعلى الرغم أن هذا العمل يستهدف الصالح العام رفض مجلس الدولة الفرنسي أن يعترف للإدارة بإجرائه والانحراف بسلطتها في سبيله، حيث يعدم مشروعية قرار ضبط قصد به حل نزاع بين الأفراد.⁽⁵¹⁾، واتخذ مجلس الدولة المصري نفس الموقف، حيث قضت محكمة القضاء الإداري وأعلنت عن موقفها بوضوح في حكم لها حيث ذهب إلى أن " قد بان للمحكمة، أن المصلحة العامة اقتضت إنشاء خط تنظيم في الشارع الواقع عليه نزل المدعي، وحيث أن هذا التنظيم قد تخلفت القطعة موضوع النزاع.

فأصبحت من الأملاك الخاصة التي يصح التصرف فيها، ويكون للمالك المجاور لها حق الشفعة العادي، المقرر في القانوني المدني للجار الملاصق، ومن حيث أن البلدية قد صدر عنها فعلاً للمدعي وعداً بالبيع أنه بعد صدور هذا زحمته عائلة أخرى. وانتهى الأمر بصدور القرار المطعون فيه بالإلغاء زوائد التنظيم المذكور، وإعادتها للشارع مما يحدث فيه فحواه، وانبعاجاً لا يتفق مع التنظيم، ومن حيث أن هذا التصرف قد يؤدي على فض النزاع والتزاحم بين الجانبين بشأن شراء الأرض أو الانتفاع بها، إلا أنه لا يدخل ضمن وظيفة البلدية، فض المنازعات الخاصة أو صيانة الأمن، بل إن وظيفتها هي

التنظيم الهندسي للمدينة.⁽⁵²⁾، وانتهت المحكمة في حكمها بإلغاء القرار الذي قصدت به الإدارة فض نزاع ذي صبغة خاصة.

3- الانحراف بالإجراء للاستيلاء المؤقت بقصد نزع الملكية.

الإدارة قد تلجأ إلى الاستيلاء المؤقت بدلاً من إجراءات نزع الملكية الواجب إتباعها، وذلك كي تستولي على عقار للمنفعة العامة بصفة دائمة، فكثيراً ما تلجأ الإدارة إلى إجراء الاستيلاء المؤقت الذي تقرر لها لتتمكن من الحصول مؤقتاً على ما يلزمها من أملاك الأفراد، ولكنها قد تلجأ إليها وهي في الواقع الاستيلاء الدائم، أي نزع الملكية لتفادي الإجراءات الطويلة والمعقدة التي قررها المشرع لهذا الأخير وهي إجراءات تختلف عن إجراءات الاستيلاء المؤقت.⁽⁵³⁾ "تطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه حيث أن المشرع حرص على وصف الاستيلاء بأنه مؤقت تمييزاً له على الاستيلاء نتيجة نزع الملكية ... ومن حيث أن الحكومة أصدرت القرار المطعون فيه، بالاستيلاء مؤقتاً على أرض المدعيات ... تمهيداً لنزع الملكية على ما جاء في دفاعاتها فاتجاهها واضح في أن وضع يديها منذ البداية بصفة دائمة، وسبيل ذلك إنما يكون باستصدار مرسوم خاص بنزع الملكية، أما الاتجاه إلى نظام الاستيلاء المؤقت، فهو أمر غير سليم ويجافي ما أستهدهد به الشارع من هذا النظام على ما سبق إيضاحه".⁽⁵⁴⁾

وفي حكم آخر لمحكمة القضاء الإداري قضت بأنه لا يجوز للإدارة أن تلجأ لهذا الأسلوب لتغطية خطئها، فإذا أخلت بالتزاماتها العقدية مما أسفر عنه صدور حكم نهائي بإخلائها العقار نتيجة خطئها، يمتنع حينئذ اتخاذ حاجاتها إلى العقار مبرراً للاستيلاء الذي لم يسن لدارك خطئها وإلا أنحرَف القرار الصادر بالاستيلاء عن الغاية التي شرع لها قانوناً.⁽⁵⁵⁾

وفي نفس السياق ألغت المحكمة الإدارية العليا قرار رئيس مجلس الوزراء والذي استصدرته إحدى الجامعات بنزع ملكية بعض الأطراف لاستكمال منشأتها الجامعية، حيث ثبت أن الجامعة تصرفت في أرض مملوكة لها في تاريخ سابق على تاريخ صدور قرار نزع الملكية، حيث ذهبت إلى أن في ذلك إساءة لاستعمال السلطة، وتجاوز الغاية التي حددها الدستور والقانون، ولما في ذلك من المساس بالملكية الخاصة، مع تنكيب للغاية التي قامت عليها فكرة التضحية بالمصالح الشخصية لحساب الصالح العام.⁽⁵⁶⁾

ويذهب مجلس الدولة الفرنسي في الاتجاه نفسه حيث "ألغى قرار اتخذته إحدى المدن بالاستيلاء المؤقت على قطعة أرض لإنشاء ملعب محلي عليها وأستند مجلس

الدولة في إلغاء هذا القرار إلى أن المنشآت التي تريدها المدينة من الاستيلاء المؤقت لها صفة الدوام، وبالتالي فإن كان يتعين اللجوء إلى إجراء نزع الملكية في حالة عدم توافر الاتفاق الودي. (57)

وقضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم آخر له " بوجود انحراف بالسلطة لمخالفة قاعدة تخصيص الأهداف إذا لجأت الإدارة إلى إجراءات الاستيلاء المؤقت، بقصد الاستيلاء الدائم أو نزع الملكية أو ذلك توجيهاً للسهولة وتقديراً لإتباع إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة، بما تتسم به من كثرة الأعباء المالية على الإدارة ". (58)

من خلال إحكام القضاء المصري والفرنسي نجد أنه قد فرق بين الاستيلاء المؤقت والاستيلاء الدائم، حيث لا يجوز اللجوء إلى الأول هرباً من الالتجاء إلى الثاني، وفي حالة إقدام الإدارة على ذلك يكون قرارها مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة.

المطلب الثاني

خطأ رجل الإدارة في تحديد الأهداف المكلف بها

إذا كانت القاعدة الأولى في عيب الانحراف بالسلطة، أن القرارات الإدارية وبدون استثناء يجب أن تستهدف المصلحة العامة، والقاعدة الثانية مكملتها للأولى، هي أن القرار الإداري يجب أن يستهدف إلى جانب المصلحة العامة بشكل عام، الهدف نفسه الذي حدده القانون للإدارة مصدره القرار، فلا يكفي أن يكون الهدف متعلقاً بالمصلحة العامة في أي صورة، بل يجب أن يكون هو ذلك الهدف الذي حدده القانون، طبقاً لقاعدة تخصيص الأهداف، إلا أن الإدارة قد تستعمل سلطاتها التقديرية في تحقيق أهداف عامة غير مكلفة بتحقيقها، لأن القانون لم يجعلها من بين الأهداف التي يتعين على رجل الإدارة أن يحققها وذلك باستعمال ما بين يديه من سلطات.

في هذه الصورة من صور الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف، يتصف عيب الانحراف بالسلطة بعيب عدم الاختصاص لأن رجل الإدارة يسعى لتحقيق هدفاً قد جعله القانون من اختصاص رجل إدارة آخر.

فرجل الإدارة وهو يزاول في الاختصاصات إلى منحها له القانون، لا يكلف بتحقيق كل أهداف المصلحة العامة، لأن ذلك فوق طاقته وإمكانياته، وإنما يكلف بتحقيق بعضها فقط. (60)، وهذا يعني أن كل طائفة من القرارات الإدارية لها هدف خاص يجب أن تتجه

إليه إلى جانب الهدف العام وهو المصلحة العامة، حيث عبر الفقيه (دي لوبادير) أن كل اختصاص منح لرجل من رجل الإدارة إنما كان يقصد به تحقيق هدف خاص تختلف درجة تحديده من حالة لأخرى.⁽⁶¹⁾

وفي ظل سعي الإدارة إنما كان يقصد تحقيق هدف خاص المكلف بتحقيقه من بين الأهداف المكلف بها كل رجل إدارة في حدود اختصاصه قد ينحرف في السلطة المحددة له، بدون قصد واعتقاداً منه، أن إجراءاته وقراره صحيح، ويتم في حدود الصالح العام، إلا أن الواقع يبين أن هذا الإجراء تم مخالفاً ومنحرفاً عن الهدف الخاص الذي حدده القانون لرجل الإدارة، وبالتالي يشوب هذا القرار والإجراء عيب أساء استعمال السلطة أو الانحراف بها لأنه خالف قاعدة تخصيص الأهداف.

والتطبيقات عدة سواء بالقضاء الفرنسي أو المصري، على سبيل المثال وليس الحصر منها في القضاء الفرنسي " القرار الصادر مثلاً بالسماح لطبيب بمزاولة بعض أعمال الصيدلة يعتبر مشوباً بالانحراف، وحتى وإن كان الغرض منه إغراء هذا الطبيب بالعمل في منطقة معينة [نائية مثلاً أو بعيدة عن مكان سكن الطبيب] على الرغم من أن تصرف الإدارة هنا مرتبط بالمصلحة العامة.⁽⁶¹⁾، فالإدارة في هذه القضية، كان اعتقادها سلامة قرارها لارتباطه بالمصلحة العامة، إلا أن هذا الاعتقاد كان خاطئ، ولهذا اعتبرها القضاء الفرنسي، قد انحرفت في استعمال سلطاتها.

وفي واقعة أخرى، أعتبر القضاء الفرنسي أن الإدارة قد انحرفت بسلطتها، عندما تدخلت لفض بعض المنازعات الخاصة، المرتبطة بالحقوق المدنية والتي تدخل أصلاً في اختصاص القضاء العادي، على الرغم من أن هذا العمل أو التصرف من الإدارة يعتبر عمل خير يستهدف المصلحة العامة، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رفض أن يعترف للإدارة بإجراءاته والانحراف بسلطتها في سبيله.⁽⁶²⁾، وهنا سبب انحراف الإدارة، هو اعتقادها الخاطئ بإتباع إجراء يدخل في اختصاص القضاء أساساً وحتى وأن كان يستهدف المصلحة العامة.

وفي حكم آخر أعتبر القضاء الفرنسي القرار الصادر برفض السماح (لسيرك) يعرض حفلاته مشوب بالانحراف بالسلطة على الرغم من أنه قد استهدف ازدياد الإقبال على السوق السنوية للمدينة.⁽⁶³⁾

وفي حكم آخر لمجلس الدولة الفرنسي قضى " وحيث أن قرار مدير التموين بالاستيلاء على كمية جبن مملوكة للطاعن، وإنما كان من أجل توقيع جزاء عليه لقيامه بتصدير كمية جبن بطريقة مشروعة، وبالتالي فإن الإدارة تكون قد استغلت حقها في الاستيلاء من أجل غرض آخر يختلف عن الغرض الذي تقرر هذا الحق من أجله، وبناءً عليه يكون قرار الاستيلاء مشوباً بالانحراف بالسلطة. (64)

أما بالنسبة للقضاء المصري قضى بأنه لا يجوز استخدام الإدارة لسلطتها الاستيلاء على العقارات لخدمة مرفق التعليم كوسيلة لإخفاء خطئها، حيث جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا بأن " مناط الاستيلاء على العقارات لتسيير مرفق التعليم أن يكون العقار خالياً غير أنه لا يجوز للإدارة أن تلجأ لهذا الأسلوب لتغطيته خطئها، فإذا أخلت بالتزاماتها العقدية مما أسفر عنه صدور حكم نهائي بإخلائها العقار نتيجة خطئها، يمنع حينئذ اتخاذ حاجتها إلى العقار مبرراً للاستيلاء، الذي لم يستند لتدارك خطئها والانحراف القرار الصادر باستيلاء عن الغاية التي شرع لها قانوناً. (65)

وبعد استعراضاً لهذه الصورة من الانحراف عن قاعدة تخصص الأهداف. ندرس بالمبحث التالي تطور موقف القضاء المقارن عندما تنحرف الإدارة بسلطتها وهي تسعى لتحقيق أهداف مالية للدولة.

المبحث الرابع

تطور موقف القضاء المقارن بشأن انحراف الإدارة بسلطتها لتحقيق أهداف

مالية للدولة

من أهم حالات الانحراف بالسلطة عن الهدف المخصص أن تستعمل الإدارة سلطتها لتحقيق مصلحة مالية، التي أكد مجلس الدولة الفرنسي والمصري، على إلغاء إي قرار من الإدارة استغلت فيه سلطتها، لتحقيق أغراض مالية حتى أن ارتبطت هذه الأموال بالصالح العام، إلا أن هذا الاتجاه التقليدي سرعان ما تطور إلى اتجاه حديث يقر بمشروعية القرارات المخالفة لقاعدة تخصيص الأهداف في سبيل تحقيق أهداف الإدارة المالية.

على ضوء ذلك نقسم هذا المبحث في مطلبين كالآتي:-

المطلب الأول

الاتجاه التقليدي للقضاء المقارن

تتعدد الصور والأمثلة، الخاصة بحالة خروج الإدارة عن قاعدة تخصيص الأهداف، وما يهمننا في هذا المطلب استعمال الإدارة سلطتها التي منحها المشرع وحددها القانون لها، لتحقيق أغراضا مالية لصالح الإدارة أو الدولة كعيب الانحراف بالسلطة.⁽⁶⁶⁾، ومنها:-

1- استعمال سلطات الضبط الإداري لأغراض مالية:-

من أهم الحالات الهامة، لانحراف السلطة عن الهدف المخصص أن تستعمل الإدارة سلطة الضبط الإداري لتحقيق مصلحة مالية، فغاية الضبط الإداري، المحافظة على النظام العامة داخل المجتمع وله في سبيل ذلك فرض القيود على الأفراد والحد من حريتهم لضبط النظام العام داخل المجتمع ومصطلح النظام العام لدى الفقهاء يشمل⁽⁶⁷⁾:-

أ- الأمن العام: يقصد به كل ما يطمئن به الإنسان على نفسه وماله وعرضه للوصول إلى الطمأنينة والاستقرار.

ب- الصحة العامة: هو كل ما من شأنه أن يحافظ على صحة المواطنين ويبعد عنهم الأمراض والأوبئة .

ج- السكينة العامة: يقصد بها المحافظة على الهدوء والسكون في الطرق والأماكن العامة والخاصة بالقدر الذي يحافظ على السكون والهدوء لكافة المواطنين.

وبناءً على ما تقدم فإن سلطات الضبط الإداري تمنح لرجل الضبط الإداري للمحافظة على النظام العام، وبالتالي لو استعمل رجال الضبط الإداري هذه السلطات بغية تحقيق أغراض بعيدة عن المحافظة على النظام العام، يجعل أعمالهم معيبة بعيب الانحراف بالسلطة حتى لو كانت الأغراض التي يسعون إليها مشروعة في ذاتها مثل تحقيق مصلحة مالية للدولة، سواء بزيادة الموارد أم تقليل النفقات.

وهناك أحكام عديدة للقضاء الإداري الفرنسي والمصري بهذا الخصوص منها:-

من أحكام مجلس الدولة الفرنسي، التي قضى فيها بإلغاء القرارات الإدارية لوجود انحراف بالسلطة نتيجة لانتهاك قاعدة تخصيص الأهداف ما قضى به عندما رفض عمدة إحدى المدن إعطاء تصريح ببناء سينما، لأن هذه السينما سوف تتراحم المسرح البلدي.⁽⁶⁸⁾، وعندما استعان العمدة بسلطات الضبط الإداري في تحصيل الضريبة البلدية [رغم أن الضريبة هنا يعود ريعها لصالح البلدية، إلا أن القضاء إلغاء قرار العمدة باعتباره انحراف

في استعمال السلطة]، وفي حكم آخر عندما أصدر المحافظ، أمراً بغلق مقهى لأن صاحبه لم يراعي مصالح الخزنة العامة.⁽⁷⁰⁾ وما يلاحظ في هذه التطبيقات للقضاء الفرنسي، أن الإدارة استعملت سلطات الضبط الإداري لتحقيق بعض الأرباح للإدارة وبالذات للمجالس البلدية وفي حكم آخر لمجلس الدولة الفرنسي صادر في 26 سبتمبر 1875م، تتمثل وقائع الدعوى في أن الإدارة رغبت في احتكار صناعة عيدان الثقاب. حيث كانت مصانع القطاع الخاص تتولى هذه الصناعة، وكان على الإدارة نزع ملكية هذه المصانع، ولكنها وأن هذا الإجراء سوف يكلفها مبالغ كبيرة، فما كان منها إلا أن أغلقت تلك المصانع التي ليس لديها تراخيص صحيحة استناداً على ما لها من سلطة الضبط الإداري، فطعن أصحاب هذه المصانع على هذا القرار طالبين بإلغاءه، وبالفعل قضى مجلس الدولة بإلغاء قرار الإغلاق استناداً إلى أن لجوء الإدارة إلى تلك الإجراءات لم يكن بهدف المحافظة على النظام العام، وإنما لتحقيق مصالح مالية للإدارة، وذلك هدف لا يجوز استخدام سلطات الضبط الإداري لتحقيقه.⁽⁷²⁾

ولقد ساير مجلس الدولة المصري نظيرة الفرنسي، في إلغاء القرارات الإدارية المشوبة بالانحراف بالسلطة، ممثلاً في مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف، وذلك لابتغائها تحقيق مصالح مالية للإدارة، حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأن امتناع قلم المرور عن تسليم رخصة سيارة لصاحبها بالرغم من استيفاء شروط استخراجها، وذلك بهدف تمكين جهة حكومية أخرى من الحصول على ما هو مستحقها من مبالغ مالية تجاه طالب الترخيص، يمثل انحراف في استعمال السلطة.⁽⁷³⁾

وسبب الإلغاء في هذه الحكم، أن قلم المرور ليس معنياً سوى بتحصيل المبالغ المستحقة له فقط، التي هي شرط استصدار الترخيص، وله في ذلك أن يستعمل سلطته في منع استخراج الترخيص، أما إذا استعمل تلك السلطة بهدف تحصيل مبالغ مالية مستحقة لجهات أخرى، فإنه يكون قد استعمل سلطته في غير النطاق المحدد له، ويكون قراره في هذا الشأن مشوباً بالانحراف بالسلطة، حتى ولو كان هدفه تحقيق مصالح عامة، وهي تحصيل أموال عامة.

ولقد أيدت المحكمة الإدارية العليا هذا الاتجاه، وألغت قرار ضبط إداري صادر من الإدارة العامة بإغلاق سوق خاصة يوم الاثنين من كل أسبوع، ليتحقق رواجاً لسوق عمومي.⁽⁷⁴⁾ وسبب الإلغاء في هذا الحكم أن قرار الضبط خرج عن الإطار الذي حدده القانون لإصدار، وبالتالي خرج أو انحرف عن قاعدة تخصيص الأهداف، فلم يهدف إلي تحقيق

أي من عناصر النظام العام [الأمن العام، الصحة العامة والسكينة العامة] بل كان قصد مصدر القرار نفع مادي، يعود على الإدارة جزاء رواج السوق الذي تديره. ما سردناه سابقاً يمثل الموقف التقليدي لقضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري، إلا أن هذا الاتجاه سرعان ما تطور في أحكام لاحقة نوضحه بالمطلب الآتي.

المطلب الثاني

التطور الحديث للقضاء المقارن

المبدأ العام الذي سار عليه القضاء الفرنسي والمصري بالسابق، يؤكد على رفض خروج الإدارة على قاعدة تخصيص الأهداف، لغرض تحقيق أهداف مالية، حيث لا يتردد القضاء المقارن وخاصة الفرنسي والمصري على إلغاء مثل هذه القرارات والتعويض عنها إذا اقتضى الأمر ذلك، باعتباره انحراف بالسلطة، وفي اتجاه حديث لقضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري، قد تطور في هذا، حيث قرر في بعض الأحيان أن استهداف الإدارة لمصالح مالية لا يعد سبباً للإلغاء وذلك في مناسبات عديدة، حيث خفف القضاء الإداري الفرنسي والمصري من مسلكهما السابق وذلك في مجال الخدمات التي تقدمها المجالس المحلية لها، طالما أن الحصول على الفائدة المالية يتفق ومصالحة المرفق والمنفعين به، تطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي " بأن القرار الصادر بقصر المرور في أحد الشوارع بالقرية على السيارات، التي لا تتعدى وزناً معيناً، لا ينطوي على انحرف في السلطة، حيث إنه يهدف إلى تخفيف المصاريف التي تتحملها هذه القرية. (75)

وفي حكم آخر استعملت الإدارة سلطة الضبط الإداري، لأغراض مالية للمحافظة، حيث رفضت مجلس الدولة الفرنسي إلغاء قرار العمدة يمنح مرور سيارات النقل الثقيل في أحد شوارع المدينة، ليس فقط بهدف الحفاظ على الطريق العامة، وإنما أيضاً من أجل التخفيف عن كاهل الميزانية المحلية فيما تخصصه من موارد لصيانة هذه الطرقات. (76)

وظهر هذا الاتجاه بوضوح عندما رفض مجلس الدولة الفرنسي الحكم بإلغاء قرار إداري أصدره أحد العمدة يمنع شركة للنقل بالسيارات من مباشرة نشاطها في ذات المنطقة، التي تمارس فيها شركة ترام متعاقدة مع المجلس نشاطها، حتى لا يتأثر المركز المالي للشراكة الأخيرة، ولا تنقضي بالتالي حصة المجلس البلدي في أرباحها. (77)

ولقد برز هذا المسلك أيضاً في أحكام مجلس الدولة المصري كذلك، حيث قضت محكمة القضاء الإداري أن " ... إن المحكمة ترى أن الأسباب المالية التي دعت إلى سحب

الترخيص لامتناع المدعيين عن دفع الإتاوة تدخل ضمن المصلحة العامة، ومن ثم فإن المجلس البلدي إذا استهدف من إلغائها أن يفيد مالياً لبيتسنى له مواجه نفقات إصلاح شوارع المدينة إنما استهدف هدف مشروعاً، وليس ثمة شك في أن موازنة الميزانية المحلية من أغراض المصلحة العامة.⁽⁷⁸⁾ وهنا القضاء الإداري المصري يسير على درب القضاء الإداري الفرنسي المتطور، والذي أصبح يقر بالنظرية الحديثة للمصلحة المالية، فلم يعد يرى في استخدام السلطات المحلية لتحقيق مصلحتها المالية، انحراف في استعمال السلطة، وذلك تحت ضغط الرغبة في توفير الموارد المالية اللازمة لقيام المرافق العام بواجباتها المتزايدة، نتيجة لتطور النظم الاجتماعية والاقتصادية.

ولكن رغم التطور في القضائين الفرنسي والمصري، إلا أنه حسب تقديرنا، لا يجب اعتباره اتجاهًا عامًا، ذلك أن المجال الذي يجيز للإدارة استعمال بعض سلطات الضبط لتحقيق أغراض مالية محددة، وقاصرة على السلطات المحلية فقط، بالإضافة إلى أن الغاية منه يجب ألا تكون هدفاً مالياً صرفاً، حيث يضيف القضاء أسباباً أخرى تتعلق بصالح المرفق والمنفعين به⁽⁷⁹⁾، وهناك من يرى أنه إذا كان القضاء تساهل كثيراً في قاعدة المجانية فيقبل أنواعاً من تنظيم الانتفاع المشترك بالمال العام، مقابل الحصول على إيراد منه، فذلك نتيجة الأخذ بفكرة ملكية المال العام، ونتيجة لانتفاع نشاط السلطة العامة وتعدد مجالات تدخلها مما يقتضي العمل على دعم خزانتها، ذلك بتجنبها ما تستطيع من نفقات أو مدها بسبل تدبر موارد لها تنعش بها ميزانيتها.⁽⁸⁰⁾

الخاتمة

من خلال هذا البحث يتضح لنا أن هناك غاية يجب على الإدارة أن تسعى دائماً إلى تحقيقها وهي المصلحة العامة.

إلا أن المشرع في كثير من الحالات يحدد للإدارة هدفاً خاصاً، يتعين على الإدارة استهدافه في قراراتها، وهو ما يسمى (بقاعدة تخصيص الأهداف) فإذا خالفت الإدارة الهدف المحدد لها، يصبح قرارها معيب بإساءة استعمال السلطة حتى لو كانت الإدارة تستهدف المصلحة العامة في قراراتها.

وتتعدد الصور الخاصة بحالة خروج الإدارة على قاعدة تخصيص الأهداف، منها حالة الانحراف بالإجراءات التي أعتبرها بعض الفقه صورة مستقلة، عن الانحراف بالسلطة، إلا أن الرأي الغالب والذي نؤيده اعتبار الانحراف بالإجراءات صورته أو حالة من حالات الانحراف بالإجراء أو السلطة، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي والمصري في عدة أحكام ، والانحراف بالإجراء، قد يكون في صورة خطأ رجل الإدارة في تحديد وسائل تحقيق الأهداف، أو في تحقيق الأهداف ذاتها.

وقد يأخذ هذا العيب صورة استعمال سلطة الضبط الإداري لتحقيق أهداف مالية للإدارة، حيث تواترت أحكام القضاء المقارن على إلغاء هذه القرارات، لمجانبة قاعدة تخصيص الأهداف، إلا أن القضاء الإداري في فرنسا ومصر خفف من حدة هذا القضاء المتعلق بتحقيق مصالح مالية مؤكدة للإدارة، وتحول إلى رفض الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المشوبة بهذا النوع من الانحراف بالسلطة، وبذلك يقتصر الاتجاه الجديد للقضاء الإداري في فرنسا ومصر بمشروعية مثل هذه القرارات المرتبطة، بالمصالح المالية للإدارة على مجال خدمات المجالس المحلية فقط

الله الموفق

د. عاشور سليمان شوايل

عضو هيئة التدريس بقسم القانون العام

عميد كلية الحقوق

جامعة بنغازي - ليبيا

الهوامش والمراجع

- 1- للقرار الإداري هدفان أولهما تحقيق المصلحة العامة وثانيهما تحقيق الهدف الذي حدده المشرع لإصدار هذا القرار .
- 2- راجع /
د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة - الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري -
القاهرة - دار النهضة العربية - سنة 2001م - ص 20 وما بعدها .
- 3- راجع /
د. محمد أنس جعفر - الوسيط في القانون الإداري - القاهرة - دار النهضة العربية - سنة 1987م - ص 336 .
- 4- راجع /
د. محمود عاطف البنا - الوسيط في القضاء الإداري - تنظيم رقابة القضاء الإداري -
الدعاوي الإدارية - القاهرة - دار الفكر العربي - دون سنة - ص 273 وما بعدها وانظر
ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري - الإسكندرية - دار المطبوعات الجامعية - سنة 1995م - ص 401 وما بعدها .
- 5- راجع /
د. محمود عاطف البنا - الوسيط في القضاء الإداري - القاهرة - دار الفكر العربي - دون
سنة - ص 375 وما بعدها .
- 6- راجع /
د. راغب الحلو - القضاء الإداري - المرجع السابق - ص 402 وما بعدها .
- 7- راجع /
د. عبد الحكيم فودة - الخصومة الإدارية - أحكام دعوى الإلغاء - دار المطبوعات
الجامعة الإسكندرية - سنة 1995م - ص 25 - وراجع د. طعيمة الجرف - قضاء الإلغاء
- دون ناشر - سنة 1984م - ص 264 .
- 8- راجع /
د. محمود عاطف البنا - المرجع السابق - ص 273 .

9-راجع /

د. عمر محمد السيوي - الوجيز في القضاء الإداري- منشورات دار مكتبة الفضيل للنشر والتوزيع - سنة 2013م - وراجع د. محسن خليل - قضاء الإلغاء - دون ناشر - سنة 1984م - ص 264 .

10-راجع /

د. ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري- المرجع السابق - ص 403 وما بعدها .

11-راجع /

د. سليمان الطماوي- القضاء الإداري- قضاء الإلغاء - دار الفكر العربي- سنة 1976م - ص 861 وما بعدها .

12-راجع /

حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 22 ابريل سنة 1956 م في القضية رقم 386 لسنة 8 القضائية - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لسنة العاشرة ص 299 - راجع في نفس المعنى - د. عمر السيوي - المرجع السابق - ص 315- ود. ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري- مرجع سابق - ص 402 .

13-راجع /

محكمة القضاء الإداري- قضية رقم 1631- لسنة 21 ق - مجموعة أحكام السنوات من 21 إلى 23 - ص 647 .

14-راجع /

د. طعيمة الجرف - رقابة القضاء لأعمال الإدارة - قضاء الإلغاء - القاهرة - دار النهضة العربية - سنة 1993م - ص 259 وما بعده .

15-أنظر /

محكمة القضاء الإداري- القضية رقم 353 لسنة 6 ق بتاريخ 1/12/1953م - مجموعة أحكام المحكمة - السنة 8 ص 154 .

16-راجع /

محكمة القضاء الإداري - القضية رقم 835 لسنة 6 ق - مجموعة أحكام السنة 8 - ص 727.

17-راجع /

أنظر المحكمة الإدارية العليا -في الطعن رقم (984 /973) لسنة 6 قضائية - جلسة 2-5-1964م - المجموعة العشرية - ص 118.

18-راجع /

المحكمة الإدارية العليا - طعن (1009) لسنة 16-2-1980م - مجموعة نعيم - ص550.

19-راجع /

- C.E.Juillet 1947, Dame Durand . p.685

20-راجع /

- C.E. 3-10-1980 - Schwartz . E.D.C.E . 1980 . pp . 353 .354

21-راجع /

- C.E . 16-11-1972 , sieur barod , R.P . 167

وراجع /

د. عبد الغنى بسيونى عبد الله - القضاء الإداري (قضاء الإلغاء) - منشأة المعارف الإسكندرية سنة 1997م - ص 281 وما بعدها.

22-ويطلق على هذا العيب أيضاً (عيب الانحراف بالإجراءات) عندما تستخدم الإدارة بعض الوسائل والإجراءات لتحقيق غرض تملك تحقيقه ولكن بوسائل أخرى كأن تلجأ الإدارة إلى الاستيلاء المؤقت على العقارات بدل القيام بإجراءات نزع الملكية الواجب أتباعها.

23-راجع /

د. محمود عاطف البنا - المرجع السابق - ص 274 وما بعدها - وراجع د. عمر محمد السيوى - المرجع السابق - ص 318 وما بعدها.

24-راجع /

د. محسن خليل - قضاء الإلغاء - دار المطبوعات الجامعية - سنة 1989م - ص375.

25-راجع /

د. عبد الفتاح عبد البر -الانحراف في استعمال الإجراء - مقالة بمجلة العلوم الإدارية - السنة الثالثة - سنة 1980م - ص 212 وما بعدها.

26-راجع /

د. محمود عاطف البنا - المرجع السابق - ص 276 .

27- ومن الفقه الفرنسي يرى الاستاف "mourgeon" أن الانحراف بالسلطة لا يختلط بالانحراف في استعمال الإجراء، حيث يمكن أن يوجد انحراف في استعمال السلطة دون أن يوجد انحراف في الإجراء والعكس.

28-راجع /

- Mourgeon, la repression administrative these toulous 1960 - p293.

29-راجع /

والديدموني - مصطفى أحمد - رسائل الإجراءات وأشكال القرار الإداري- جامعة القاهرة - كلية الحقوق - سنة 1986 م - ص 320.

30-راجع /

من الفقه الفرنسي Hamant (A), lexpropriation pour cause d'utilite publique libraities , paris - 1975 - p .51

31-راجع /

د. محمود عاطف البنا - الوسيط في القضاء الإداري- الطبعة الثانية - دون ناشر - سنة 1999م - ص 407 - و راجع د.طعيمة الجرف - المرجع السابق - ص 267- وراجع د. محمد أنس قاسم جعفر - الوسيط في القانون العام - القضاء الإداري- الطبعة الثانية - القاهرة - دار النهضة العربية - سنة 1990 - ص 337 وما بعدها - ومن الفقه الليبي راجع - د.عمر محمد السيوى - المرجع السابق - ص 318 وما بعدها والذي يرى ((أن الانحراف بالإجراءات ليس سوى صورة من صور مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف)).

32-راجع /

د. مصطفى أبو زيد فهمي- القضاء الإداري ومجلس الدولة - القاهرة - دار المعارف سنة 1979م - ص 372 .

33-راجع /

د. عبد الغنى عبد الله بسيونى- ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة - القاهرة دون ناشر - سنة 1983م - ص 298.

34-راجع /

د. سامي جمال الدين - القرارات التأديبية المستترة ((المقنعة)) ولاية التعقيب على مشروعيتها - منشورات دار النهضة - القاهرة - سنة 1986م - ص 373 .

35-راجع /

- chapus (R) . droit administrative – dener al 59 edition 1990 mont chrestien paris.

راجع /

- Gay (R) la nation de detournement – de procedure . malanges . Eisenmann . 1975 . p 323.

36-راجع /

د. محمود عاطف البنا - الوسيط في القضاء الإداري- المرجع السابق - ص 407 وما بعدها و راجع د. عمر محمد السيوى - المرجع السابق - ص 319 .

37-راجع /

حكم المحكمة الإدارية العليا - قضية رقم 419 لسنة 15 القضائية - جلسة 18 - ابريل - سنة 1970م - وراجع أيضاً د. ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري- المرجع السابق - ص 403 .

38-راجع /

حكم المحكمة الإدارية العليا - الصادر في 23-6-1956م - المجموعة السنة الأولى - ص 924 - ومن أحكام القضاء الفرنسي راجع.

- C.E13 Fev. 1948,louarn,Rec.p79.

- C.E - 16 Avril . 1948 ,Richard , 5 .1948,3,62.

وراجع في نفس المعنى د. محمود أبو سعود حبيب - القضاء الإداري - قضاء الإلغاء - قضاء التأديب - دار الثقافة الجامعية - سنة 1996م - ص 168.

39-راجع /

المحكمة الإدارية العليا - طعن 3928 لسنة 38ق - جلسة 26-2-1994م - غير منشور.

40-راجع /

د. فؤاد مرسي - فكرة الانحراف بالإجراء كوجه من أوجه مجاوزة السلطة ((دراسة مقارنة)) - منشورات دار الفكر العربي سنة 1972م - ص234.

41-راجع /

- C.E .27.-4-1960 Haurillan , r . p 277 .

42-راجع /

- C.E . 22 -1-1926 Lefrance Rec . p . 76

43-أنظر /

المحكمة الإدارية العليا - في الطعن رقم 245 - لسنة 3 ق - جلسة 5-12-1959م - السنة الخامسة - ص79.

44-راجع /

د. مصطفى عفيفي - فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها - ((دراسة مقارنة)) - رسالة دكتوراه كلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة 1976م - ص 13.

45-أنظر /

المحكمة الإدارية العليا - طعن رقم 1255 لسنة 104 - في جلسة 3-1-1971م - مجموعة السنة 16 مبدأ 18 - ص 17.

46-راجع /

فيكل د. أحمد حافظ نجم - السلطة التقديرية للإدارة ودعاوى الانحراف بالسلطة - مقالة منشورة بمجلة العلوم الإدارية- العدد الثاني- السنة 24 - ديسمبر سنة 1982 - ص 76.

47- حيث قضى في احد أحكامه إلى أنه ((لا يختص قاضى الإلغاء برقابة التقرير الذي يضعه رئيس المرفق ، سواء كان هذا التقرير تقدير عام أو درجة رقمية)) .

48-راجع /

- C.E 19-11-1971 ministre de la santé public. R.P.692.

49-راجع /

- C.E .2-11-1951 Sieut Bran et Autres R.P.559.

50-راجع /

حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Leca)

- C.E 20-12-1979 Leca R - P .94.

51-راجع /

- C.E 24 June 1960 , societe Fram part , G .A. no 115.

وراجع /في نفس المعنى د ماجد الحلو - القضاء الإداري- طبعة 1995 م - مرجع سابق
- ص406.

52-راجع /

د. سليمان محمد الطماوي- الوجيز في القضاء الإداري- القاهرة - منشورات دار الفكر
العربي- سنة 1978 - ص 466.

53-راجع /

د. عادل السعيد أبو الخير - الضبط الإداري وحدوده - رسالة دكتوراه- جامعة القاهرة -
سنة 1993 - ص622 وما بعدها .

54-راجع /

- C.E , 2-5-1914 - Bordeau . R . P . 639.

مشار لهذا الحكم - لدى د عادل السعيد أبو الخير - المرجع السابق - ص 624.

55-أنظر /

محكمة القضاء الإداري- قضية رقم 626 - لسنة 6 قضائية - جلسة 24-2-1952م.

56-راجع /

د. محمود عاطف البنا - الوسيط في القضاء الإداري- المرجع السابق - ص275 -
وراجع د عمر محمد السيوي- المرجع السابق - ص319 وما بعدها وراجع د. طعيمة
الجرف - رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة - قضاء الإلغاء - مرجع سابق - ص
267.

57-راجع /

حكم محكمة القضاء الإداري قضية رقم 336 لسنة 4 قضائية بتاريخ 13- يونيو سنة
1950م - مجموعة مجلس الدولة لإحكام القضاء الإداري- السنة الرابعة - ص881.

58-راجع /

حكم محكمة القضاء الإداري-في الطعن رقم 1685 لسنة 33 - بتاريخ 25 سنة
1989م - مشار لهذا الحكم لدى د ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري- مرجع سابق -
ص 407.

59-راجع /

المحكمة الإدارية العليا - طعن رقم 1606 لسنة 34 قضائية - جلسة 9- يونيو -
1990 م - مجموعة مبادئ السنة 35 - العدد الثاني-مبدأ 185 - ص 1913.

60-راجع /

- C.E .26 Juillet - 1976 CANSART . DE CANT R.P 543

61-راجع /

- C.E.4.6 - 1976- NAVALS.REC.P.297.

مشار لهذا الحكم لدى - د. عبد الغنى عبد الله بسيوني- ولاية القضاء على أعمال الإدارة
- مرجع سابق - ص 298.

62-أنظر /

محكمة القضاء الإداري- القضية رقم 1217 لسنة - 22 قضائية - مجموعة أحكام
المحكمة ثلاث سنوات - ص 275.

63-راجع /

رأى الفقيه (فيدل) مشار له لدى د. مصطفى أبو زيد فهمي- الوجيز في القضاء
الإداري- الجزء الثاني- دون ناشر - سنة 1988 - ص 633 وما بعدها.

64-راجع /

- Conseil central des pharmaciens d'officine , 22 Fevr 1950.p.117.

65-راجع /

هذا الحكم لدى د. مصطفى أبو زيد فهمي- الوجيز في القضاء الإداري-الجزء
الثاني دون الناشر - سنة 1988م. - ص 638.

66-راجع /

- Societe du ciiqu pinder : C.E 1 Juill . 1955 P .382.

67-راجع /

-Guevin . R .P. 66.- C.E , 25-4-1947.

68-راجع /

حكم المحكمة الإدارية العليا -في الطعن رقم 1685 لسنة 33 القضائية - بتاريخ 25
فبراير سنة 1989 م.

وراجع /في نفس السياق - د. ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري- مرجع سابق - ص407.

69-تمثل /

الصورة عيب الانحراف بالإجراءات، حيث يمثل حالة من حالات الانحراف بالسلطة تلجأ الإدارة فيه لاستعمال وسائل محددة من لتحقيق أهداف معينة، فتستعملها لتحقيق أهداف مالية لها.

70-راجع /

رسالتنا - مسؤولية الدولة عن الضبط الإداري- جنائياً ومدنياً - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - القاهرة 1999 - ص 20 وما بعدها . وراجع د. محمد حسنين عبد العال - الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري- الطبعة الثانية - القاهرة - دار النهضة العربية - سنة 1991 - ص10 وما بعدها.

71-راجع /

- Boulet : C.E .4. Fevr .1932 - Rec . P . 142.

72-راجع /

- Ppinty : C.E .24. Jany . 1930 - D -1931-3-121 . note.J.A.

73-راجع /

- Cortes : C.E . 28 - mai . 1937 . P. 535.

74-راجع /

د. مصطفى أبو زيد فهمي - مرجع سابق - ص 635.

75-راجع /

- C.E .26 . nov 1875 . 1 - aumonnier - حكم مجلس الدولة الغربي - carriol أشار لهذا الحكم د. طارق فتح الله خضر - دعوى الإلغاء - القاهرة - دار النهضة العربية - سنة 1997- ص209 - وراجع /في نفس المعنى د. عمر محمد السيوي - المرجع السابق - ص317 ويشير إلى أحكام أخرى.

76-راجع /

- حكم محكمة القضاء الإداري في جلسة 14-6 - 1954م- مجموعة السنة الثالثة -

ص1539.

77-راجع /

المحكمة الإدارية العليا -في الطعن رقم 109 - لسنة 2 قضائية - جلسة 16-2-1980م - مجموعة نعيم - ص 505.

78-راجع /

- C.E.6.Jan.1993.Ratto. et aures.

مشار لهذا الحكم وأحكام لدى - د. طارق فتح الله خضر - المرجع السابق- ص 210.

79-راجع /

- C.E.6.Avril.1951.Nipam et.Ribouleau; Rec.P.180.

وأشار لهذا الحكم أيضا. د. عمر محمد السيوي- المرجع السابق - ص 37. وما بعدها.

80-راجع /

- C.E . 29 . June . 1932 . Socite Des AOTOBUS

ANTIBOSR.D.P.P.177.

81-راجع /

حكم محكمة القضاء الإداري-في القضية رقم 243 لسنة 2 قضائية بتاريخ: 27 ديسمبر سنة 1946م.- مجموعة أحكام محكمة القضاء للجنة الرابعة - ص 104 - أشار لهذا الحكم بشيء من التفصيل د. ماجد راغب الحلو - المرجع السابق - ص 405 وما بعدها - كذلك د. عبد الغنى بسيوني- القضاء الإداري - الاسكندرية - دار المعارف - الطبعة الثالثة - سنة 2006 م - ص 662.

82-راجع /

د. طارق فتح الله خضر - المرجع السابق - ص 210 - وأنظر في نفس السياق د. عبد الغنى بسيوني عبد الله - القضاء الإداري- مرجع سابق - ص 670 - و د. عمر محمد السيوي - المرجع السابق - ص 318.

83-راجع /

في هذا القول :- د. محمود عاطف البنا - الوسيط في القضاء الإداري- المرجع السابق - ص 411.



نسبية الأثر المترتب على إجراءات المرافعات

د. مصطفى الدراجي

تمهيد :-

يصف البعض الفقه الإجرائي بأنه فقه تحليلي ، وأن هذه هي طبيعته الحقيقية ، التي ترجع إلى ما تتسم به قواعد الإجراءات من عدم الاستقرار ومن عدم الارتباط ، ففقه الإجراءات لا يزال حتى اليوم فقه مسائل fragmentaire أساسه استقراء كل حالة على حدة وبمناسبتها .

وأية ذلك أن ما ينشر في شأنه من أبحاث ودراسات - باستثناء المطولات والمراجع المتداولة - إنما يتناول أشتاتاً من مسائل الإجراءات ، وهو يشبه إلى حد كبير الفقه الشرعي الذي جرى على وضع الحلول لكل حالة بمناسبتها ككتب الفتاوى التي عنى بوضعها فقهاء الشريعة الإسلامية من مختلف المذاهب⁴⁸ ، وهذا لا ينتقص من شأن القانون الإجرائي ، وإنما ينسجم مع ما تتصف به قواعده الشكلية ، وهذا مادعانا إلى أن نطرق فكرة ومبدأً عاماً يجمع عليه الفقه القائم ، ألا وهو مبدأ " نسبية إجراءات المرافعات " . relative` des actes de proce`dure .

وهو مبدأ كما يقال "يسيطر على مختلف الأفكار الإجرائية"⁴⁹، نظراً لما يتمتع به هذا المبدأ وهذه القاعدة من سطوة على الأعمال الإجرائية التي تولد آثاراً إجرائية بمعزل عن إرادة الخصوم .

ولا ريب أن الأعمال الإجرائية يصممها المشرع الإجرائي آخذاً في الاعتبار الهدف الذاتي لكل عمل على حدة، والهدف العام لهذا العمل داخل المنظومة الإجرائية التي يعمل بها، ولذلك ترتبط الأعمال الإجرائية ارتباطاً لا يقبل الفصم بمنظوماتها الإجرائية، لا تحل بعضها محل البعض الآخر، ولا تقبل الانتقال من منظومة إلى أخرى، لأنها لن تعمل

(48) د: عبد الباسط جمبجي : مسائل في قانون المرافعات ، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، العدد الأول ، يناير 1962، السنة الرابعة ، ص 81 .

(49) د: أحمد هندی : سلطة المحكمة والخصوم في اختصاص الغير ، دار الجامعة الجديدة ، 2006 ، ص 7 .

إطلاقاً، وهى فى النهاية تقوم على خدمة الحق الموضوعى وليس لها هدف آخر غير ذلك
50 .

وسبب اختيارنا لهذا الموضوع هو أن كثيراً من شراح قانون المرافعات يذكرون هذا المبدأ فقط عند حديثهم أو تناولهم لقاعدة "نسبية آثار الطعن" بل وعند شرحهم لنص المادة 305 مرافعات لىبى ، 218 مرافعات مصرى .

ومن المعلوم أن هذه القاعدة الأخيرة .نسبية الطعن . ماهى إلا تطبيق من تطبيقات المبدأ السابق "نسبية الأثر المترتب على أعمال المرافعات" ، ولذلك سوف نحاول استخلاص ضوابط هذا المبدأ وجمع شتاته من كتب شروح قانون المرافعات حتى لا يكون هناك تداخل بين المبدأ وتطبيقاته ويقضى شرح هذا المبدأ إجلاء الغموض الذى يحيط بفكرة "النسبية" ، لأن هذه الفكرة تثير كثيراً من التساؤلات على الصعيد الإجرائى لما تمتع به من سطوة وهيمنة على الأعمال القضائية المختلفة .

ولذلك فستكون محاولتنا الأولى - بل الأساسية - هى الكشف عن ماهية هذا المبدأ ومفترضاته ولم يكن فى وسعنا لتحقيق ذلك إلا أن نعتمد أساساً على جهود الفقه والقضاء فى هذا المجال ، ثم إذا كان مبدأ النسبية فى مجال الإجراءات يفترض . كما سنرى . تعدداً فى أطراف الخصومة فإن هذا التعدد يثير مشكلة تتعلق بأثر هذا التعدد خاصة إذا كنا أمام التعدد الحتمى فمن المعروف أن الخصوم فى هذه الحالة " لا يتمتعون باستقلال فى مراكزهم الإجرائية " ⁵¹ ، إذ تكون الخصومة غير قابلة للتجزئة ، وإعمال مبدأ النسبية فى مثل هذه الحالة يصطدم بهذه الفكرة . عدم التجزئة . بحيث لا يستساغ فى المنطق أو القانون أن ينفرد بعض الخصوم بحل يغاير حلاً آخر فى ذات النزاع الواحد مما يتعين على الخصوم تنسيق مواقفهم فى الخصومة ⁵² ، وفى مثل هذه الحالات من المصلحة

(⁵⁰) د : نبيل إسماعيل عمر : قانون أصول المحاكمات المدنية ، ط 1 ، 1996 ، الدار الجامعية ، ص 7 .
(⁵¹) د : وجدى راغب فهمى : مبادئ القضاء المدنى ، دار الفكر العربى ، ط 1 ، 1986 ، ص 480 ، وتعدد الخصوم يكون حتماً كلما كان موضوع الخصومة غير قابل للتجزئة ، ولو لم ينص القانون على وجوب هذا التعدد .

(⁵²) لأن الخصومة هنا غير قابلة للتجزئة ، وعليه لا يحق مثلاً لأحد الخصوم ترك الخصومة دون موافقة الباقيين ، كما أن الإقرار واليمين الحاسمة فى حالة التعدد الإجبارى لاتكون لهما حجيتهما ، إلا إذا صدر من كل الخصوم المتعددين ، غير أن لكل من هؤلاء الحرية فى مباشرة حق الدفاع وتيسير الخصومة ويتعين على المحكمة الفصل فى الخصومة بحكم واحد بالنسبة للجميع ، انظر : أستاذنا د/ الكونى اعبودة : قانون علم

توحيد الإجراءات حتى لا تتعارض الأحكام فى موضوع واحد لا يتصور فيه التعارض، إضافة إلى أن التعدد فى أطراف الخصومة يؤدى إلى العديد من الإنعكاسات الإجرائية فمن الممكن للغير أن يتأثر أو يؤثر فى الخصومة المنعقدة والتي يعتبر هو أجنبيا عنها⁵³. وقد يترتب على ذلك أيضا، أن يكتسب الخصم مكنة إجرائية لم يكن ليكتسبها، لو أنه يواجه خصما واحدا كما قد يقع عليه عبء إضافي بسبب تواجده مع غيره فى خصومة واحدة.

ولذلك فإن هذا المبدأ يمس بشكل أو آخر البعض من الأصول العامة والمبادئ الكلية فى قانون المرافعات (ثبات الخصومة - تطور النزاع - الارتباط ... الخ) ، وهذه الصلة فى نواحيها المتعددة تضع الباحث أمام ضرورة محاولة التوفيق بين هذا المبدأ والقواعد العامة لقانون الإجراءات .

وسنشير فى سياق هذا البحث إلى أن الأعمال الإجرائية التي يمارسها الخصوم فى الخصومة إما أن تكون حقوقاً إجرائية أو واجبات إجرائية ، هذه الحقوق والواجبات تتمتع بكونها نسبية لا تخضع لتقدير من أحد مهما كان من تقرر له، بل إن استخدامها يجب أن يكون بالقدر اللازم لتحقيق الغاية أو المصلحة منها⁵⁴، فالحق الإجراءي كحق شخصي لا يحتج به ، ولا ينتج أثره إلا فى مواجهة شخص أو أشخاص معينين.

(5) ثم إذا كان العمل الإجراءي هو الذى يرد عليه أغلب الجزاءات الإجرائية فهل يمكن القول إن مبدأ النسبية يهيمن على فكرة الجزاء الإجراءي؟ وكيف يمكن التمسك بالجزاء فى حالة تعدد الخصوم فى الدعوى الواحدة ؟

وسوف نعرض فى ثنايا هذا البحث - كلما وردت مناسبة لذلك - لقاعدة نسبية أثر الطعن، والتي كما أسلفنا تعد تطبيقاً من تطبيقات المبدأ السابق " نسبية الأثر المترتب على أعمال المرافعات " .

القضاء ، ج 2 ، النشاط القضائي ، الخصومة القضائية والعريضة ، الطبعة الثانية ، 2003 ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، ص 108 .

(⁵³) د : نبيل اسماعيل عمر : الارتباط الإجراءي فى قانون المرافعات وآثاره الإجرائية والموضوعية ، ط 1 ، 1994 ، منشأة المعارف ، ص 198

(⁵⁴) د : أحمد إبراهيم عبد التواب : النظرية العامة للحق الإجراءي فى قانون المرافعات المصري والفرنسي ، دار الجامعة الجديدة ، ط 1 ، 2009 ، ص 144 .

ثم إذا كانت الحقيقة القضائية *la verite` judiciaire* ذات طابع نسبي⁵⁵ ومرهونة بما يقدمه الخصوم من أدلة ، فإن الحكم لا يحتج به إلا بين خصوم الدعوى التي صدر فيها ولا يحوز الحجية إلا بينهم .

أما إذا اقتصر حضور الشخص أمام المحكمة على مجرد تقديم بيانات أو تسليم مستندات في حوزته، دون أن يشارك باقى الخصوم فى تداول الطلبات القضائية⁵⁶ ، فإن ذلك لا يجعل منه خصما حقيقيا فى الدعوى القضائية، ومن ثم لا يكون الحكم الصادر فى تلك الدعوى حجة عليه فحجية الحكم لا تقوم إلا بين من كانوا أطرافا فى الخصومة أو ممثلين فيها تمثيلا صحيحا، لذلك فلا يمكن أن تكون للحكم أية حجية على من كان خارجا عن الخصومة ولم يكن ممثلا فيها أو طلب شيئا أو طلب منه شيئا⁵⁷ .

وهاتين القاعدتين الأخيرتين وهما نسبية الطعن، ونسبية حجية الشيء المحكوم فيه تناولهما الفقه فى مؤلفاته العامة بالتفصيل، كما كانتا محلا لعدد الرسائل والمؤلفات، ولذلك سوف نحيل عليها⁵⁸ .

ثم إذا كان هذا المبدأ - نسبية الأثر المترتب على إجراءات المرافعات - ينطبق على كافة الأعمال الإجرائية فى الخصومة، سواء أكان ذلك أمام محكمة الدرجة الأولى، أوحتى محكمة الطعن ويستوى أن يكون هذا العمل حقا إجرائيا، أو واجبا إجرائيا، فإنه لكى تصل هذه الدراسة إلى غايتها فإنه يجب تطبيق ذلك على جميع ما ذكرنا.

وللحديث عن كل مسألة من هذه المسائل سنقوم بقسمة البحث الذى نحن بصدد

إلى ثلاث مباحث :

المبحث الأول : مفترضات مبدأ نسبية الإجراءات والمبررات التى يقوم عليها

المطلب الأول : ماهية المبدأ ومفترضاته

المطلب الثانى : المبررات التى يقوم عليها مبدأ نسبية الإجراءات

⁵⁵ د: بشندى عبد العظيم : حماية الغير فى قانون المرافعات ، رسالة القاهرة ، 1990 ، ص 121 .

⁵⁶ د: محمود السيد التحويى : الطعن فى الأحكام القضائية ، دار الفكر الجامعى ، 2007 ، ص 23 .

⁵⁷ د: الأنصارى حسن النيدانى : مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه ، رسالة القاهرة ، 1996 ، ص 105 .

⁵⁸ على سبيل المثال : د/ أحمد السيد الصاوى : الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه ، رسالة دكتوراه القاهرة 1971 ، وانظر له أيضاً : أثر الأحكام بالنسبة للغير ، دار النهضة العربية ، بدون ، وانظر أيضاً د/ محمد محمود إبراهيم : فكرة عدم التجزئة فى قانون المرافعات المدنية ، دار الفكر العربى ، 1989 ، د/ محمود السيد التحويى : الطعن فى الأحكام القضائية ، دار الفكر الجامعى 2007 ، وسائر كتب

فقه المرافعات الليبى والمصرى .

المبحث الثانى : الأثر النسبى لإجراءات المرافعات
المطلب الأول : الطابع النسبى لأعمال المرافعات
المطلب الثانى : نسبية الحقوق الإجرائية
المبحث الثالث : الأعمال متعددة الآثار والأثر النسبى للجزاء الإجرائى
المطلب الأول : الأعمال متعددة الآثار
المطلب الثانى : الأثر النسبى للجزاء الإجرائى

المبحث الأول

مفترضات مبدأ نسبية الإجراءات والمبررات التى يقوم عليها

يتردد لفظ النسبية عادة فى مجال العقود، فنجد أن آثار العقد نسبية، شأنها شأن الآثار الأحكام القضائية لا تمس إلا أطرافها فقط ، وفى المقابل نجد مصطلح الغيرية فلا يحتج على من لم يكن طرفاً فى العقد بآثاره ، فلا يضار أويستفيد منه⁵⁹، مع مايرد على هذه القاعدة من استثناءات كالتعهد عن الغير ، والاشتراط لمصلحة الغير .
والنسبى مقابل المطلق، فإذا دل المطلق على الموجود فى ذاته وبذاته دل النسبى على ما يتوقف وجوده على غيره ، كما يرتبط من جانب آخر " بالمطلق " فالمطلق لغة ما كان بلا قيد أو وثاق وهو ما يتوقف إدراكه على غيره⁶⁰ .

ومصطلح النسبى يرتبط بالعديد من المصطلحات الأخرى ، وما يهمنى هنا هو المقصود بالنسبية فى الأعمال الإجرائية ، وما هى المفترضات والمبررات التى يقوم عليها مبدأ نسبية إجراءات المرافعات ، وهو ما سنعالجه فى مطلبين على التوالى.

(⁵⁹) د: عبد الحكيم فودة : النسبية والغيرية فى القانون المدنى ، دار الألفى ، ص 1 وما بعدها .

(⁶⁰) انظر : د / جميل صليبا : المعجم الفلسفى ، دار الكتاب اللبنانى ، ج 2 ، ص 465 ، 466 ، وانظر

أيضا : المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، ج 2 ، ص 953 .

المطلب الأول ماهية المبدأ ومفترضاته

يعتبر مبدأ نسبية الأثر المترتب على إجراءات المرافعات من أحد المظاهر العامة للطابع الشخصي للإجراءات فى الخصومة ، وخالصة هذا المبدأ أن إجراءات المرافعات ليس لها من أثر إلا بالنسبة لمن باشرها أو لمن بوشرت فى مواجهته ، فلا يفيد منها إلا من أجراها ولا يحتج بها إلا على من اتخذت إزاءه ⁶¹ .

فنسبية الإجراءات وآثارها تعنى أن الإجراء عند قبوله لا يفيد إلا من باشره وعند رفضه لا ينال غيره ⁶² ، فإذا تعدد المدعون أو المدعى عليهم وانفرد أحد هؤلاء أو أولئك بمباشرة إجراء من إجراءات الخصومة ، أو وجهه إلى خصم له دون سائر خصومه فإن هذا الإجراء لا يستفيد منه إلا من باشره ولا ينتج أثره إلا فى حق من وجه إليه ⁶³ .

وعلى هذا الأساس بنى القول بأنه إذا تعدد المحكوم عليهم ، وطعن فى الحكم بعضهم وأسقط بعضهم حقه فى الطعن بتقويت ميعاده ، فلا يستفيد من أثر هذا الطعن إلا من قام برفعه ، بينما يبقى بابه مغلقاً فى وجه من لم يقم برفعه ، بل ولو أدى الأمر فى النهاية إلى إلغاء الحكم المطعون فيه فى حق الطاعن مع صيرورته حائزاً قوة الشيء المحكوم به فى حق غيره ⁶⁴ ، ووفقاً لهذه القاعدة قضت محكمتنا العليا بأنه " لا يشترط أن يرفع الطعن من جميع المحكوم عليهم ، ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة ، إذ ليس ثمة ما يمنع من قبول البعض للحكم المطعون فيه وعدم قبوله من البعض الآخر ، ولا من فوات ميعاد الطعن فى حق البعض دون البعض الآخر ... ومؤدى ذلك أن القانون أجاز

⁶¹ د/ رمزى سيف : طرق الطعن فى الأحكام فى مشروع قانون المرافعات ، مقال منشور فى مجلة الحقوق ، السنة الثالثة ، العدد الأول يناير 1942 ، ص 129 .

⁶² السيد عبدالعل تمام : تأثير ارتباط الدعاوى على وحدة الخصومة المدنية ، رسالة القاهرة ، 1991 ، ص 275 .

⁶³ د/ محمد حامد فهمى : المرافعات المدنية والتجارية ، مطبعة فتح الله الياس ، 1940 ، ص 650 .

⁶⁴ فى هذا المعنى ، انظر تعليق الدكتور محمود جمال الدين زكى على حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض المصرية فى 25 يونيو 1992 ، منشور فى مجلة القانون والاقتصاد ، العدد 60 ص 3 .

رفع الطعن من أحدهما دون الآخر مع اتحاد الموضوع ، وهذا هو صحيح القانون إذ أن الطعن في الأحكام حق للخصوم فلا يفرض عليهم " 65 .

وقضى أيضا " إن المادة 305 مرافعات تنظم حالة تعدد الخصوم المحكوم عليهم أولهم، فإذا طعن واحد من المحكوم عليهم ولم يطعن الباقي فلا يفيد من تخلف عن الطعن من الطعن الذي أقامه محكوم عليه آخر ، كما إذا تعدد المحكوم لهم دون غيره ، فإن هذا الأخير لا يحتج عليه بالحكم الصادر في الطعن " 66 .

هذا ما قرره المادة سالفه الذكر في فقرتها الأولى، ثم أوردت استثناء من حالة ما إذا الحكم صادرا في موضوع غير قابل للتجزئة، أوفى التزام بالتضامن، أوفى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين، فإذا تعدد المحكوم عليهم واستأنف بعضهم الحكم أفاد من استئنافه سائر المحكوم عليهم، بحيث يجوز لهم الاستئناف ولو كانوا قد قبلوا الحكم الذي صدر عليهم ، أوفوتوا على أنفسهم ميعاد استئنافه، وحكمة هذا الاستثناء هي أنه متى كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة فقد وجب، بحكم طبيعته، أن يكون القضاء فيه واحدا بالنسبة لجميع الخصوم، ولو أدى ذلك إلى بعض الخروج على القاعدة التي تقضى بنسبية الآثار المترتبة على أعمال المرافعات 67 .

مفترضات مبدأ نسبية إجراءات المرافعات :

يفترض مبدأ النسبية أولاً تعدداً في أطراف الخصومة، مع ما يستتبع ذلك من توافر أهليتهم للاختصام والتقاضى، إضافة إلى " وجود مسلك إيجابي يكون جزء من مجموعة إجراءات ويرتب أثرا اجرائيا مباشرا فيها " 68 .

فعندما تضم الخصومة عدداً من الخصوم يثور التساؤل حول معرفة ما إذا كان هؤلاء الأطراف يمارسون مراكزهم الإجرائية بصفة مستقلة عن بعضهم البعض الآخر، أم أن هناك نيابة تبادلية فيما بينهم، ومما لا ريب فيه أن موضوع الدعوى إذا كان قابلاً للتجزئة، فلا يتصور أبدا وجود أى نوع من أنواع النيابة التبادلية فيما بينهم، ذلك لأن النيابة في هذه الحالة لا تقترض، فالقاعدة هي أن الخصوم مستقلين في ممارستهم لمراكزهم الإجرائية في الخصومة لأن المبدأ الذي يحكم في هذه الحالة هو " مبدأ النسبية

(65) طعن مدنى رقم 25 لسنة 19 ق ، جلسة 30 / 12 / 1973 ، المكتب الفنى ، ج 3 ، ص 110 .

(66) طعن مدنى رقم 60 لسنة 25 ق ، جلسة 27 / 4 / 1980 ، المكتب الفنى ، ج 1 ، ص 95 .

(67) د/ محمود جمال الدين زكى : التعليق السابق ، ص 4 .

(68) د/ وجدى راغب : المؤلف آنف الذكر ، ص 305 .

"69، بحيث يكتسب كل خصم مركزاً مستقلاً عن الآخر وبحيث تكون الخصومة قابلة للتجزئة يجوز الفصل فيها تبعاً أو على نحو مختلف وفقاً لدفاع كل خصم⁷⁰ .
وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا بأن " بطلان الطعن بالنسبة لبعض المطعون ضدهم ، لا يجعل الطعن برمته باطلاً بمقولة أن الحق لا يقبل التجزئة ، إذا كان النزاع يتعلق بتثبيت ملكية والحق فيه يقبل التجزئة والانقسام " ⁷¹ .
كما يفترض هذا المبدأ ثانياً أن ينفرد أحد أطراف الخصومة باتخاذ إجراء من إجراءات الخصومة دون الآخرين ، إذا ما توافرت تلك المقضيات يمكن القول بمبدأ " نسبية الأثر المترتب على أعمال المرافعات " ، بمعنى " فرديتها " ⁷² ، ومن هنا كانت العلاقة وثيقة بين مبدأ النسبية وبين فكرة الخصوم المتعددين .

المطلب الثاني

المبررات التي يقوم عليها مبدأ نسبية الإجراءات

العمل القضائي هو عادة عمل يصدر وفقاً لإجراءات وشكليات معينة ، تهدف في النهاية إلى تحقيق المساواة بين الخصوم دون اهدار للضمانات الأساسية في التقاضي ، ولذلك تنقيد المحاكم في عملها بكثير من القواعد الإجرائية ، وقواعد الإثبات ، حتى لا يؤدي ذلك إلى ضياع الحقيقة في قضية معينة ، لأن العبرة باحترام القواعد الإجرائية الأساسية التي تعتبر في ذاتها تجسيداً للعدالة المثالية ⁷³ .
ومبدأ نسبية إجراءات المرافعات ، إنما يوفر ضماناً لمصلحة القضاء وعدالته ، تحول دون الخصوم وتحاييلهم ، إذ لا يستفيد من الإجراء إلا من قام به ، ولا يضر منه إلا من اتخذ الإجراء في مواجهته ، وهذا ما يفرضه المنطق الراسخ في إطار الإجراءات ،

⁶⁹ د/ الأنصاري حسن النيداني : الرسالة السابقة ، ص 75 .

⁷⁰ د/ فتحى والى : قانون القضاء المدنى ، دار النهضة العربية ، 1987 ، ص 317 ، وفى هذا النوع من التعدد يجوز أن تنتهى الخصومة بالنسبة للبعض فقط ، لأن لكل خصم مركزاً مستقلاً ، مما يجيز له التصالح ، أو الإقرار ، أو الترك ، انظر : استاذنا د/ الكونى على اعبودة ، المؤلف آف الذكر ، ص 108 .

⁷¹ طعن مدنى ، رقم 27 لسنة 19 ق ، جلسة 23 / 2 / 1973 ، المكتب الفنى ، ج 3 ، ص 99 .

⁷² د/ أحمد مسلم : أصول المرافعات . التنظيم القضائى والإجراءات والأحكام ، مكتبة النهضة المصرية ، ط 1959 ، ص 562 .

⁷³ د/ محمد عبد الخالق عمر : قانون المرافعات ، ج 1 ، التنظيم القضائى ، دار النهضة العربية ، 1978 ، ص 57 .

لأن الأصل هو أن الخصومة أمر خاص بأطرافها، كما أن آثار هذه الإجراءات لا تنصرف إلا إلى " أطراف الرابطة الموضوعية، الذين حضروا الخصومة أو مثلوا فيها دون سواهم " 74 .

ويفسر الفقه الإجرائي نسبية الإجراءات ونسبية حجية الحكم بمبدأ المساواة بين الخصوم، ووجوب حياد القاضى، فمبدأ المساواة يوجب عدم اصدار حكم ضد شخص لم يسمعه القاضى، وحياد القاضى يعنى أن يصدر حكماً بناءً على ما يصله من أدلة فى الخصومة تقدم إليه بواسطة الخصوم، وسريان الحكم ضد الغير يعنى صدور حكم دون سماع القاضى للأدلة التى كان يستطيع هذا الشخص تقديمها إلى القاضى ولو كان طرفاً فى الخصومة 75 ، وعلى ذلك يجب أن تقتصر حجية الحكم على أطراف الدعوى الذين تمكنوا من تقديم أدلتهم ومناقشتها، دون غيرهم، إذ لا يصح أن يمتد أثر الحكم ليشمل حقوق شخص لم يتمكن من إثبات حقه أمام القاضى ولم تتح له فرصة الدفاع عنه 76 .

وإذا كان كثير من الفقهاء لجأوا إلى تشبيه الأحكام بالعقود، ذلك أن العقود لا أثر لها إلا فيما بين المتعاقدين فهى لا تضر الغير ولا تقيده، فإنهم شبهوا نسبية حجية الشئ المحكوم فيه بفكرة العقد القضائى، فعندهم أن العقد القضائى هو أساس الدعوى، ذلك أن الخصوم يتفقون ضمناً عند بدء الخصومة لحكم القاضى، وطالما أن أساس الدعوى هو العقد القضائى بين الخصوم، فإن آثار الحكم الصادر فيها يجب أن يقتصر على الأطراف 77 .

إلا أن الاستناد إلى قياس الأحكام على العقود طبقاً لفكرة العقد القضائى يعد قياساً غير موفق ، ذلك لأن فكرة العقد القضائى غير صحيحة ، لأنها تتضمن تجاهلاً للطبيعة القانونية للخصومة والفرق بينها وبين العقد ، فالخصومة لا تنشأ باتفاق الخصوم على اللجوء إلى القضاء بل كنتيجة لإرادة المدعى فقط .

وهذه الإرادة قد لا تكون حرة تماماً لأنه فى بعض الأحيان قد لا يجد الشخص وسيلة أمامه سوى القضاء للحصول على حقه ، أما المدعى عليه فلا دخل لإرادته أبداً

(74) استاذنا الدكتور الكونى اعبودة ، المؤلف آنف الذكر ، ج 2 ، ص 77 .

(75) فى هذه الأسانيد وغيرها ، انظر : د/ الأنصارى حسن ، الرسالة السابقة ، ص 104 ، هامش 2 ، 3 .

(76) د/ أحمد السيد الصاوى : أثر الأحكام بالنسبة للغير ، المؤلف آنف الذكر ، ص 13 .

(77) د/ أحمد السيد الصاوى : الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ،

فى انتاج الخصومة فهو يجد نفسه مجبراً على أن يكون طرفاً فيها حتى ولو امتنع عن المشاركة فى إجرائها ، فغياب المدعى عليه - إذا كان إعلانه صحيحاً - لا يمنع من صدور الحكم وإمكان تنفيذه سواء كان لصالحه أم ضده ، كما أن حجبة الشئى المحكوم فيه لا تستمد قوتها من إرادة الخصوم ولكن من القانون ذاته استناداً إلى الضرورة العملية التى تستوجب حسم النزاع وعدم تأييده ⁷⁸ .

ويمكن الارتكان لتبرير مبدأ نسية الإجراءات على قواعد العدالة والإنصاف خاصة " إذا تعلق العمل الإجرائى بمصالح أكثر من خصم ، وكان هؤلاء الخصوم كل منهم يدافع عن مصلحة له مستقلة عن مصلحة غيره " ، بل ولو كانت مصلحتهم متحدة أيضاً ولا يوجد بينهم تضامن ، أو كان موضوع الدعوى قابل للتجزئة ، إذ لا يصح أن يمتد أثر هذا الإجراء ليشمل جميع الخصوم حتى من تقاعس منهم ، فالخصم الذى يهمل فى الطعن فى الحكم حتى تنقضى مواعيده لا يصح له الإستفادة من طعن رفعه زميل له فى الخصومة بحجة أن مصلحتهما متحدة ، فأثار الطعن شخصية ولا عبرة باتحاد مصلحة المحكوم لهم ⁷⁹ .

ويرى جانب من الفقه أنه فى الرابطة الإجرائية لا يلزم مطلقاً وكقاعدة عامة أن يكون كل أطراف هذه الرابطة هم أطراف رابطة الحق الموضوعى أوالمتنازع عليه ، فقد يتعدد أطراف رابطة الحق الموضوعى ، ومع ذلك لا يرفع النزاع إلا من جانب بعضهم فقط ، اوضد بعضهم فقط فنتواجد حينئذ أمام المركز التالى : رابطة موضوعية منتجة لآثارها بالنسبة لأطراف متعددين ويحدث اعتداء على هذه الرابطة ، هذا الاعتداء يشكل مصلحة لرفع دعوى أمام القضاء ؛ إلا أن هذه الدعوى رفعت من جانب بعض أطراف هذه الرابطة الموضوعية فقط ، دون البعض الآخر ، هنا يلاحظ أن باقى أطراف الرابطة الموضوعية ، وكقاعدة عامة يعتبرون من الغير بالنسبة للمركز الإجرائى ، وبالنظر إلى هذا المركز المركب فإننا نجد أطرافاً بمعنى الكلمة فى رابطة الحق الموضوعى ، وهم أنفسهم يعتبرون من الغير بالنسبة للرابطة الإجرائية ، والحكم الصادر فى الخصومة فى هذه الحالة بالذات يهدد مصالح البعض الذى لا يعتبر خصماً أو ممثلاً أمام القضاء ، ولهذا ابتدع الفن الإجرائى العديد من الوسائل التى تمكن هؤلاء " الأطراف . الغير " من

(⁷⁸) د/ بشندى عبد العظيم : الرسالة السابقة ، ص 136 وما بعدها .

(⁷⁹) انظر : الاستاذ محمد العشماوى ، والدكتور عبد الوهاب العشماوى : قواعد المرافعات فى التشريع المصرى

الحد أو هدم الآثار المتولدة من الحكم الذى سوف يصدر فى مثل هذه الدعوى ، دفاعاً عن مصالحهم ، من هذه الوسائل نسبية آثار الإجراءات ، ونسبية آثار الأحكام⁸⁰ القضائية . وانطلاقاً من هذا المبدأ فإن آثار الإجراءات النافعة والضارة يجب أن تقتصر على من قام بها دون غيره ، إذ لا تنتج أثرها إلا بالنسبة له وحده دون غيره ، وهذا يدعونا إلى الحديث عن نسبية العمل الإجرائى ونسبية الحقوق الإجرائية وهو ما سنتأوله فى المبحث التالى .

المبحث الثانى

الأثر النسبى لإجراءات المرافعات

الأعمال الإجرائية التى يمارسها الخصوم فى الخصومة - كما ذكرنا - ، إما أن تكون حقوقاً إجرائية ، أو واجبات إجرائية ، هذه الحقوق والواجبات الإجرائية تتمتع بكونها " نسبية " ، لا تخضع لتقدير من أحد مهما كان من تقرر له وستحدث فى هذا المبحث عن الطابع النسبى لأعمال المرافعات ، ونسبية الحقوق الإجرائية ، وهو ما سنتأوله فى مطلبين على التوالى .

المطلب الأول

الطابع النسبى لأعمال المرافعات

يستند الفقه الفرنسى فى تعريفه للعمل الإجرائى إلى تفسير كلمة "عمل" acte ، فىرى أن هذا الاصطلاح له معنيان مستقلان فى اللغة القانونية ، فتارة يقصد به اعلان عن إرادة يهدف إلى إحداث أثر قانونى ، وتارة يقصد به المحرر lecrit اللازم لظهور هذه الإرادة إلى حيز الوجود ، وقد طبق الفقه هذا التمييز على العمل الإجرائى ، فتارة يعرفه بأنه الواقعة القانونية أو العمل القانونى الذى يهدف لإحداث آثار قانونية كواقعة

(⁸⁰) د/ نبيل اسماعيل عمر : أصول المرافعات المدنية والتجارية ، ط 1 ، 1986 ، منشأة المعارف ، ص

الإعلان مثلاً ، وتارة يقصد به المحرر اللازم لاثبات مضمون هذا العمل كورقة الإعلان

81

والعمل الإجرائى هو العمل الذى يترتب عليه القانون مباشرة أثراً اجرائياً ، ويكون جزء من خصومة⁸² ، ومن أمثلة تلك الأعمال التكليف بالحضور ، إبداء الطلبات ، أداء الشهادة ، وممارسة الحق فى الدفاع والمرافعة ، ولذلك لا تعتبر أعمالاً اجرائية تلك الأعمال التى لا ترتب آثاراً اجرائية مباشرة ، فالتنازل عن الحق الموضوعى المرفوعة به الدعوى ، أو النزول عن الدعوى لا يعتبر عملاً إجرائياً ، لأن الأثر الإجرائى المترتب على أيأ منهما وهو انقضاء الخصومة لا يعد أثراً مباشراً للتنازل وإنما أثراً مباشراً لزوال الحق الموضوعى وهو الدعوى⁸³ .

فالتنازل عن الدعوى يعتبر تصرفاً قانونياً يخضع لقواعد القانون المدنى ، سواء تم داخل مجلس القضاء أو خارجه ، وسواء تم قبل بدء الخصومة أو أثناء سيرها ، ولذلك يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للتصرفات القانونية فيجوز التمسك ببطلان هذا التنازل لوجود أى عيب من عيوب الرضا⁸⁴ .

وقواعد قانون المرافعات هى التى تنظم الأعمال الإجرائية وتضعها منسقة فى شكل منظومات إجرائية تشمل كل منظومة مجموعة القواعد الإجرائية المتصلة بوحدة الغاية المشتركة فيما بينها⁸⁵ وإذا رجعنا إلى هذه القواعد نجدها تتطلب لوجود الإجراء وصحته مجموعة من العناصر القانونية هى الإرادة ، والمحل ، والسبب ، وصلاحيه شخص الإجراء القضائى ، وقد كشف الفقه الإجرائى أن الإجراءات تنقسم فى حد ذاتها إلى أعمال مادية إجرائية ومثالها الإعلان والحضور ، وتصرفات قانونية إجرائية يقوم بها الخصوم مثل ترك الخصومة ، والإقرار القضائى ، وتوجيه اليمين الحاسمة⁸⁶ .

(81) د/ عبد الحكيم عباس قرنى عكاشة : الصفة فى العمل الإجرائى فى قانون المرافعات المصرى والمقارن ، رسالة القاهرة 1990 ، ص 9 .

(82) د/ فتحى والى : نظرية البطلان فى قانون المرافعات ، ص 70 .

(83) د/ فتحى والى : الوسيط ، المرجع السابق ، ص 131 ، 132 .

(84) د/ الأنصارى حسن : التنازل عن الحق فى الدعوى ، دار الجامعة الجديدة ، 2009 ، ص 14 .

(85) د/ نبيل اسماعيل عمر : الارتباط الإجرائى ، المؤلف آنف الذكر ، ص 38 .

(86) د/ وجدى راغب فهمى : مبادئ القضاء المدنى ، دار الفكر العربى ص 307 .

والأعمال الإجرائية تولد آثاراً إجرائية وموضوعية في خصومة قضائية⁸⁷، ويقصد بالآثر الإجرائى ما يؤثر فى الخصومة بطريق مباشر، بدايتها أوسيرها أو تعديلها وانقضائها⁸⁸.

والأصل فى الأعمال الإجرائية أنها لا تولد آثارها إلا فى دائرة الأطراف وحدهم، فمن لم ترتض إرادته انصراف الأثر الملزم للإجراء يظل بمنأى عن هذا الأثر، فالإجراء لا يفيد إلا من اتخذه ولا يضر إلا من اتخذ فى مواجهته، إذ لاتقيد هذه الأعمال إلا من قام بها ، ولا يحتج بها إلا على من اتخذت فى مواجهته، "وهذا ما يقضى به مبدأ نسبية الأعمال الإجرائية الذى ينتج من فكر فردى، يسيطر على كل القانون الخاص وبصفة خاصة القضاء المدنى " ⁸⁹ .

وهذا المبدأ ينطبق على كافة الأعمال الإجرائية سواء أمام محكمة أول درجة ، أو أمام محكمة الطعن ، حتى ولو كان هذا العمل حقاً إجرائياً ، . كما سنرى . أو كان من الواجبات والأعباء الإجرائية مع ملاحظة أن الفقه يميز بين العباء I onore والواجب القانونى obligo - dovere فى أن الأول أمر يفرضه القانون على شخص معين للقيام بعمل ما لمصلحته الذاتية ، ولا يكون هناك من جزاء قانونى على مخالفة هذا العباء ؛ إلا أن هذه المخالفة تؤدى إلى فوات المصلحة المستهدفة من العمل ، ومثال العباء عبء الحضور وعبء الاثبات ، أما الواجب القانونى فأمر يفرضه القانون على الشخص لمصلحة غير مصلحته ، إما مصلحة شخص آخر ، أو للمصلحة العامة ، ويترتب على هذا الواجب جزاء قانونى معين ⁹⁰ .

وبالرجوع إلى موضوعنا فإن مبدأ نسبية الإجراءات يطبق حتى ولو كان العمل الإجرائى من الواجبات الإجرائية داخل الخصومة ، كالحق فى الاثبات ، والحق فى طلب

(87) د/ نبيل اسماعيل عمر : الارتباط ، السابق ، ص 42 .

(88) د/ وجدى راغب : المؤلف آنف الذكر ، ص 306 .

(89) د/ أحمد ماهر زغلول ، د/ يوسف يوسف أبوزيد : أصول وقواعد المرافعات ، بدون ، ص 1524 .

(90) انظر : د/ محمود محمد هاشم : اعتبار الخصومة كأن لم تكن فى قانون المرافعات . حالاته . أحكامه . طبيعته ، مقال منشور فى مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، العدد الأول والثانى ، يناير ويوليو ، 1983 ، ص 124 ، هامش 36 .

التأجيل لأسباب معينة كالتأجيل للإطلاع ، والتأجيل لإدخال ضامن ، كل هذا لا يستفيد منه إلا من قام به ⁹¹ .

ومن هنا وكفالة لحقوق الدفاع أوجب المشرع الليبي فى المادة 148 إعلان منطوق الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات إلى من لم يحضر النطق بها من الخصوم ، كما أوجب أيضاً فى الفقرة الثانية من نفس المادة إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات ، ورتب على ذلك اعتبار العمل لاغياً ، وقد فسر الفقه المصرى مصطلح " لاغياً " بأنه باطلاً .

ويرى استاذنا الدكتور الفقيه أحمد بوزقية : أن المقصود بعبارة " لاغياً " ، أى لا يحتج بنتيجة العمل فى مواجهة من لم يتم إعلانه من الخصوم ، أو كان إعلانه به باطلاً ، فهو وحده الذى يمكنه التمسك باعتباره لاغياً وأن يطلب إعادة القيام به ، فمن لم يعلن من الخصوم مثلاً بتاريخ أداء الشهادة ، له أن يتمسك بعدم الاحتجاج فى مواجهته بنتيجتها ⁹² ، تطبيقاً لمبدأ النسبية. لأن من مقتضيات العمل الإجرائى التى تلزم لوجوده أولصحته " الإرادة " ، فباعتباره عملاً قانونياً لا بد من أن يصدر عن إرادة القائم به ، ويجب أن تكون هذه الإرادة معتد بها قانوناً ، وإلا كان منعدماً ، وتعتبر الإرادة منعدمة إذا تم العمل الإجرائى بدون علم من نسب إليه ، وأدون توكيل منه ⁹³ ، ويعتد بهذه الإرادة للخصم حتى فى تعديل أوإنهاء حق من حقوقه الإجرائية فى الخصومة ، أوالمركز القانونى للخصم مالم تكن القاعدة المنظمة لهذا الحق متعلقة بالنظام العام ، فيجوز للخصوم التصرف فى الخصومة جزئياً أوكلياً ⁹⁴ ، والأمثلة على ذلك كثيرة :

فى التعدد الاختيارى بين الخصوم فإن كل خصم يكتسب مركزاً قانونياً إجرائياً مستقلاً عن مراكز الخصوم الآخرين ⁹⁵ ، بحيث تكون الخصومة قابلة للتجزئة ⁹⁶ ، إذ

(⁹¹) الأنصارى حسن : الرسالة السابقة ، ص 81 .

(⁹²) استاذنا الدكتور : أحمد بوزقية : قانون المرافعات ، ج 1 ، الطبعة الأولى ، منشورات جامعة قاربيونس 2003 ، ص 318 ، 319 .

(⁹³) د/ سيد أحمد محمود : التقاضى بقضية وبدون قضية فى المواد المدنية والتجارية ، عين شمس ، ص 269 ، 270 ،

(⁹⁴) د/ رمزى سيف : المقال السابق ، ص 129 .

(⁹⁵) د/ سيد أحمد محمود : المؤلف آنف الذكر ، ص 307 .

(⁹⁶) د/ فتحى والى : الوسيط ، المرجع السابق ، ص 317 .

يستطيع أحدهم التصالح أو الإقرار ، أوحى ترك الخصومة فيجوز أن تنتهى الخصومة بالنسبة للبعض فقط لأن لكل خصم مركزاً مستقلاً⁹⁷ ، عن الآخر .

ولكن هل تنطبق قاعدة نسبية الإجراءات فى موضوع التضامن ؟

بداية يجب القول وكقاعدة عامة فإن الدائن يجوز له أن يطالب المدينين فى دين واحد بكامل الدين مجتمعين أو منفردين⁹⁸ ، فيستطيع مطالبة الجميع متضامنين ، كما أن له أن يختصم أحدهم فقط للمطالبة بكامل الدين ، ثم هو وشأنه مع المتضامنين معه ، إن شاء رجع عليهم كل بحسب نصيبه، "وإذا قضى الحكم بإلزام المدعى عليهما متضامنين بمبلغ الدين، وكان أحدهما قد رفع استثناءً على هذا القضاء فى الميعاد ، وقضت محكمة الاستئناف بقبوله شكلاً ، فإنه يتعين عليها أن تقضى بقبول استئناف الطاعنة الثانية شكلاً ، حتى ولو تم رفعه بعد الميعاد القانونى لينظم إلى الطاعن الأول فى طلباته " ⁹⁹ ، وحالة التضامن من الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة فى الطعن التى تقرر مبدأ نسبية الأثر المترتب على اجراءات المرافعات .

خلافاً لما عليه الفقه والقضاء المصريين ، " فإذا رفعت دعوى بطلب للحكم على المدعى عليهم بالتضامن كان كل منهم مستقلاً عن الآخر فى الخصومة ، ولا مجال للقول بنيابة المسئولين بالتزام تضامنى عن بعضهم البعض فى اجراءات الخصومة ، واعتبار الاستئناف المرفوع من أحدهما بمثابة استئناف مرفوع من الآخر " ¹⁰⁰ .

ويرى جانب من الفقه المصرى ، أن التضامن الخاضع للاستثناء من " قاعدة النسبية " ، هو التضامن الذى يجيبه الحكم المطعون فيه لا التضامن الذى يرفضه ، فالحكمة التى هدف إليها المشرع من تقرير الاستثناءات على مبدأ نسبية الطعن هى تقادى تناقض الأحكام فى الدعاوى التى يتعدد أطرافها ويؤدى هذا التناقض إلى نتائج غير مقبولة وهذه الحكمة لا تتحقق فى حالة التضامن ، إلا إذا صدر الحكم قاضياً فعلاً بتضامن المحكوم عليهم فى الالتزام المقضى به ، أما إذا كان المدعى قد طلب التضامن ولم تجبه إليه المحكمة وصدر حكماً بالالتزام بغير تضامن فإن الخشية من وقوع تضارب

(⁹⁷) استاذنا الدكتور الكونى اعبودة : المؤلف آنف الذكر ، ص 108 .

(⁹⁸) طعن مدنى 22 لسنة 23 ق ، جلسة 26 / 6 / 1977 ، ج 3 ، ص 126 .

(⁹⁹) طعن مدنى رقم 198 لسنة 39 ق ، جلسة 20 / 11 / 1994 ، المكتب الفنى ، ج 2 ، ص 68 .

(¹⁰⁰) د/ الأنصارى النيدانى : مبدأ وحدة الخصومة ، وأحكام محكمة النقض المصرية التى أشار إليها ، ص

من النوع الذى قصد المشرع إلى تفاديه بين هذا الحكم والحكم الذى قد يصدر على خلافه فى الاستئناف المرفوع من بعض المحكوم عليهم دون البعض الآخر ، هذه الخشية لا تقوم فى هذه الحالة ، ومن ثم لا يفيد المحكوم عليه الذى فوت ميعاد الاستئناف من الاستئناف المرفوع فى الميعاد من أحد المحكوم عليهم معه ¹⁰¹ .

وذلك على عكس الخصوم فى حالة التعدد الحتمى فهم لا يتمتعون باستقلال فى مراكزهم الإجرائية فى الخصومة إذ تكون الخصومة غير قابلة للتجزئة مما يجب على الخصوم تنسيق مواقفهم فيها ¹⁰² ، وهو ما قضت به المحكمة العليا بقولها " مادام الحق واحداً لا يتجزأ ، فإن كل الإجراءات التى يقصد بها صيانته ، أو الدفاع عنه يجب أن تشمل برمته وبأفراده وإن تعددوا ، لأن الضرورة واستقرار الأحكام وعدم تعارضها يقتضى بأن يكون مركز الخصوم متساوياً بالنسبة لهذا الحق " ¹⁰³ .

لأنه إذا تعدد الملتزمون بالقيام بإجراء معين ، وكان الموضوع غير قابل للتجزئة ، فإن قيام أحدهم بهذا الإجراء يفيد الباقيين ، وهو نفس الأمر فى حالة تعدد من يتخذ فى مواجهتهم الإجراء ، إذ يجب فى هذه الحالة اتخاذ الإجراء فى مواجهتهم جميعاً ، وهو ما سنبحثه بإذن الله فى المبحث المتعلق بالأعمال الإجرائية المتعدية الآثار .

ولكن وبما أننا بصدد الحديث عن الأعمال الإجرائية ، وقد ذكرنا أن مبدأ النسبية ينطبق على كافة الأعمال الإجرائية بما فيها الحقوق الإجرائية كان لزاماً علينا الحديث عن مدلول الطابع النسبى للحقوق الإجرائية للخصم ، وهو ما سنتناوله فى المطلب التالى

المطلب الثانى

نسبية الحقوق الإجرائية للخصم

تأثرت طبيعة الحق حسب المذهب السياسى الذى يعتنقه المجتمع الأمر الذى أثر فى الاعتراف بالمسئولية عن استعمال الحق ، حيث ترتب على التحرر من المذهب الفردى للمذهب الإجتماعى اعتراف الفقه والتشريع والقضاء " بنسبية الحقوق " وخضوعها لرقابة القضاء ، ويقصد بنسبية الحق الإجرائى ، كحق شخصى : أنه لا

¹⁰¹ محمد نصر الدين كامل : الإستئناف فى المواد المدنية والتجارية ، منشأة المعارف ، ص 494 .

¹⁰² د/ وجدى راغب : المؤلف آنف الذكر ، ص 480 .

¹⁰³ طعن مدنى رقم 18 ، لسنة 18 ق ، جلسة 4 / 4 / 1972 ، المكتب الفنى ، ج 4 ، ص 92 .

يحتج به إلا فى مواجهة شخص معين ، كما أن النسبية تتصرف لعدم الإطلاق فى استعماله ، وتقرير مسئولية صاحبه عن هذا الإستعمال ¹⁰⁴ .

وإذا كان الخصم هو شخص الآثار الإجرائية - وهومن تسند إليه الحقوق والواجبات والأعباء المترتبة على الإجراءات ، فتسند إليه مباشرة إجراءات الخصومة والآثار المترتبة عليها - فإنه لكى تسند إليه كافة هذه الحقوق والواجبات الإجرائية ، ويأخذ وصف الخصم الكامل يجب أن يكون كامل الأهلية ويباشر إجراءات الخصومة بنفسه ، أما إذا تخلف أحد هذه العناصر فيه وتوافر بعضها فقط ، فإنه لا يتمتع إلا ببعض الحقوق والواجبات المكونة لمركز الخصم ، وبعد فى هذه الحالة خصماً ناقصاً أو كما يقال شبه خصم ¹⁰⁵ .

وتستمد الحقوق أو المكنتات الإجرائية وجودها من وجود الشخص فى مركز قانونى إجرائى مقابلاً لفكرة المركز القانونى الموضوعى ¹⁰⁶ ، وتنقسم المراكز الذاتية للخصم إلى مراكز إيجابية تشمل المكنتات والحقوق الإجرائية ، ومراكز سلبية تشمل الواجبات والأعباء الإجرائية ¹⁰⁷ .

والحق الإجرائى يعبر عن حرية عامة إجرائية ، وهو وسيلة اختيارية للخصم له استعمالها وعدم استعمالها ¹⁰⁸ ، وهو مكنة تترجم فى صورة نشاط أو إعلان إرادى صادر من

(¹⁰⁴) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب : النظرية العامة للحق الإجرائى ، المؤلف آنف الذكر، ص 142 وما بعدها .
(¹⁰⁵) انظر : د/ وجدى راغب : مبادئ المؤلف آنف الذكر ، ص 432 وما بعدها وهامش 12 ، ص 433 ، والخصم الناقص هو كل من لا تتوافر له كل عناصر الخصم الكامل ، وهو على ثلاثة أنواع : الخصم غير العادى وهو من يباشر الإجراءات بناء على صفة استثنائية كالدائن فى الدعوى غير المباشرة والنقابة حينما تطالب بحق فردى للعامل بناء على عقد العمل الجماعى الذى تكون طرفاً فيه الخصم التبعية وهو من يشارك فى الإجراءات لا بناء على صفة أصلية فى الدعوى وإنما بناء على صفة مشتقة من صفة أحد الخصوم الأصليين كالمتدخل الإنضمامى فى الخصومة الخصم المركب وهو الخصم الذى يتقاضى عن طريق شخص آخر هو الممثل الإجرائى وهنا يشترك فى مركز الخصم الأصيل والممثل كالولى الذى يمثل القاصر فى الخصومة ، لمزيد من التفصيل فى هذه التقسيمات : استاذنا الدكتور الكونى اعبودة ، المؤلف آنف الذكر ج 2 ، ص 78 .

(¹⁰⁶) د/ فتحى والى : الوسيط ، المشار إليه سابقاً ، بند 196 .

(¹⁰⁷) د/ وجدى راغب : دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء المدنى ، مقال منشور فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يناير 1976 ، العدد الأول ، السنة الثامنة عشر ، ص 78 .

(¹⁰⁸) د/ رمزى سيف : المؤلف آنف الذكر ، بند 103 ، ص 126 .

صاحبه للمطالبة بالحماية القضائية فى الشكل المحدد فى القانون يكون محله العمل الإجرائى فهذا الأخير هو محل الحق الإجرائى ¹⁰⁹ .

والحقوق الإجرائية عديدة ومتنوعة ، كحق الالتجاء إلى القضاء ، والحق فى الطلب القضائى والحق فى الدفاع والمواجهة ، والحق فى الطعن ، والحق فى التنفيذ ، وهذه الحقوق أو المكناات يقرها المشرع الإجرائى للخصوم فى الخصومة المدنية لتحقيق الأغراض المادية والمعنوية لهم ، إذ لا يستخدمها غيرهم ولا يجوز تنازلهم عن هذا الاستخدام ¹¹⁰ ، ولذلك تتميز هذه الحقوق بأنها حقوق نسبية .

كالحق فى رفع الدعوى ، فالفقه مستقر على نسبية الطلب ¹¹¹ ، إذ لا يستفيد من الدعوى إلا من قام برفعها فقط ، فالقانون لا يبسط حمايته إلا على الأشخاص الذين يقومون بعمل ايجابى ولا يتقاعسون عن حماية مصالحهم ، أما من يتخذ موقفاً سلبياً فلا يجوز له الاستفادة من عمل غيره ولو كانت ومراكزهم واحدة أو مصالحهم مشتركة إلا إذا كانت طبيعة الدعوى تستعصى على التجزئة حفاظاً على وحدة الحل بالنسبة لجميع الخصوم ¹¹² .

ذلك أن أثر الطلب القضائى يقتصر على طرفى هذا الطلب فقط ، أى مقدم الطلب ومن قدم ضده هذا الطلب ¹¹³ ، فالشاهد فى الخصومة لا يصير بشهادته طرفاً فيها ، لأنه لم يقدم طلباً للحكم له أو يقدم فى مواجهته طلب فمجرد الشهادة ليست طلباً قضائياً ، ولذلك لا يحوز الحكم حجبية فى مواجهته فخصوم الدعوى وحدهم الذين يستفيدون أو يضارون نتيجة صدورها .

وقد قضت المحكمة العليا فى أحد أحكامها بأن " نطاق الدعوى بالنسبة للأشخاص يتحدد بطرفى الخصومة أصلياً أو بالتدخل فيها وأن سلطة المحكمة لا تتعدى هذا النطاق ولا يجوز لها أن تحكم بالحق موضوع الدعوى لشخص آخر لم يكن طرفاً فى الخصومة " ¹¹⁴ ، ولهذا ليس للقاضى أن يتجاوز فى حكمه حدود الطلب أو أن يحكم

⁽¹⁰⁹⁾ د/ نبيل اسماعيل عمر : سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء فى قانون المرافعات ، منشأة المعارف ، ص 24 .

⁽¹¹⁰⁾ د/ أحمد ابراهيم عبد التواب : المؤلف أنف الذكر ، ص 136 وما بعدها .

⁽¹¹¹⁾ د/ الأنصارى النيدانى : الرسالة المشار إليها أنفا ، ص 79 .

⁽¹¹²⁾ د/ السيد عبد العال تمام : تأثير ارتباط الدعوى ، الرسالة السابقة ، ص 279 .

⁽¹¹³⁾ د/ بشندى عبد العظيم : حماية الغير ، الرسالة السابقة ، ص 39 .

⁽¹¹⁴⁾ طعن مدنى رقم 26 لسنة 25 ق ، جلسة 17 / 2 / 1980 ، المكتب الفنى ، ج 4 ، ص 82 .

لمصلحة أوجد شخص لم يكن طرفاً في الطلب¹¹⁵ ، فالقاعدة هي أن " القضاء في الدعوى لا يتعدى لغير خصومه بنفع أضرار " ¹¹⁶ .

وحتى في حالة تعدد المضرورين من خطأ واحد - في دعوى المسؤولية المدنية - يكون لكل منهم كما قالت المحكمة العليا " دعوى شخصية خاصة به للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه " ¹¹⁷ .

ومن أمثلة ذلك أيضاً الحق في ترك الخصومة - إذا تنازل المدعى عن الخصومة مع احتفاظه بالحق الموضوعي أو أصل الحق المدعى به - ، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا الليبية بأنه " لما كان من حق المواطن الالتجاء إلى القضاء لحماية حقوقه والدفاع عنها فيجب أن يكون له كذلك مطلق الحرية في العدول عن الاستمرار في الخصومة وتركها " ¹¹⁸ ، فإذا تعدد المدعى عليهم وقبل بعضهم ترك الخصومة دون البعض الآخر ، انقضت الخصومة بالنسبة لمن قبل وظلت قائمة بالنسبة لمن لم يقبل منهم متى كان موضوع الدعوى يقبل التجزئة بطبيعته ، وإلا تعين حتى يتم الترك قبولهم جميعاً ¹¹⁹ .

وعلى ذلك إذا اختلف المدعى عليهم ، ولم يقبل الترك إلا بعضهم ، فإن الخصومة لا تنتفي إلا بالنسبة لهذا البعض ، وتستمر بالنسبة لمن لم يوافق عليه طالما كانت له مصلحة مصلحة مشروعة في الاستمرار " بأن أبدى طلبات مقابلة أودفاعاً موضوعياً " ، كأن يقبل المدعى عليه الأصلي الترك ويرفضه المتدخل تدخلاً هجومياً ، فإن الخصومة تنتفي بالنسبة للخصم الأصلي وتستمر في مواجهة المتدخل تدخلاً هجومياً¹²⁰ ، تطبيقاً لمبدأ نسبية الإجراءات .

(¹¹⁵) د/ فتحي والي : الوسيط ، المؤلف آنف الذكر ، ص 429 .

(¹¹⁶) د/ صلاح أحمد عبد الصادق : نظرية الخصم العارض في قانون المرافعات ، رسالة عين شمس ، 1986 ، ص 138 .

(¹¹⁷) طعن مدني رقم 61 لسنة 34 ق ، جلسة 20 / 3 / 1989 ، المكتب الفني ، ج 1 ، ص 118 .

(¹¹⁸) طعن أحوال شخصية رقم 15 لسنة 18 ق ، جلسة 25 / 6 / 1972 ، المكتب الفني ، ص 24 .

(¹¹⁹) د/ أحمد السيد الصاوي : المؤلف آنف الذكر ، ص 546 .

(¹²⁰) استاذنا الدكتور الكوني اعبودة : المؤلف آنف الذكر ، ج 2 ، ص 305 .

وهذه القواعد يستقر عليها الرأى حتى فى فرنسا ومصر ، فكما يجيز القانون للخصوم التنازل عن إجراء من إجراءات الخصومة ، مع إبقائها قائمة فيما عدا هذا الإجراء ، فإنه يجيز انقضائها بالنسبة للبعض ، وبقائها بالنسبة للبعض الآخر¹²¹ .

ومن أمثلة الحقوق الإجرائية النسبية الحق فى الطعن م 305 مرافعات " إذ لا يفيد من الطعن إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على من رفع عليه " ، فللطعن أثر نسبي لا يستفيد منه إلا الخصوم الذين باشروه ولا يحتج به إلا فى مواجهة من وجه إليهم ، فإذا صدر حكم ضد عدة خصوم فطعن فيه البعض ولم يطعن الآخرين حتى انقضى ميعاد الطعن فلا يستفيدون من الطعن فيما لو عدل الحكم المطعون فيه ، وهو ما ينطبق أيضاً فى حالة تعدد المحكوم لهم فطعن المحكوم عليه فى مواجهة بعض المحكوم لهم دون الآخرين فإن أثر الطعن لا يحتج به إلا فى مواجهة من رفع عليه الطعن وإذا عدل الحكم لمصلحة الطاعن فإنه لا يستطيع التمسك بهذا التعديل إلا فى مواجهة المحكوم لهم الذين وجه إليه طعنه بينما يظل ملتزماً فى مواجهة الآخرين بالحكم المعدل¹²² .

وكذا كافة الحقوق الإجرائية الأخرى داخل الخصومة كالحق فى الاثبات بكافة طرق الاثبات ، والحق فى ندب خبير ، والحق فى ابداء الطلبات العارضة والحق فى طلب التأجيل لأسباب معينة كالتأجيل للاطلاع أو التأجيل لادخال ضامن كل هذا لا يستفيد منه إلا من قام به¹²³ .

فجميع الحقوق الإجرائية التى كفلها القانون الإجرائى لأطراف الخصومة القضائية ، أوللغير ذات طابع شخصى ، وهى من هذه الناحية " قاصرة على من تقررت لصالحه هذه الحقوق " باستعمالها وحده فقط بحيث لا يستفيد منها إلا من كان يتمتع بوصف قانونى معين ، وهو كونه فى مركز قانونى إجرائى معين¹²⁴ ، وهو ما يحتم القول بكونها حقوقاً نسبية .

(121) د/ أحمد أبو الوفا : نظرية الدفوع فى قانون المرافعات ، الطبعة الأولى ، دار المعارف ، 1954 ، ص 431 .

(122) استاذنا الفقيه الدكتور أحمد بوزقبة : المؤلف آنف الذكر ، ص 242 .

(123) د/ الأنصارى النيدانى : الرسالة المشار إليها ، ص 81 .

(124) د/ أحمد ابراهيم عبد التواب : المؤلف آنف الذكر ، ص 138 .

المبحث الثالث

الأعمال الإجرائية متعددة الآثار والأثر النسبي للجزاءات الإجرائية

إذا كان مبدأ النسبية يقتضى استقلال الخصوم فى ممارستهم لمراكزهم الإجرائية بمنأى عن بقية الخصوم ؛ إلا أن الارتباط الإجرائى القائم بين ادعاءات الخصوم قد يسمح بخرق مبدأ نسبية الإجراءات ، وامتداد آثار هذه الإجراءات إلى خصوم آخرين ، لأن حالة الارتباط وكما يرى الفقهاء تؤدى إلى توليد آثار إجرائية كان من المستحيل توليدها وفقاً للقواعد العامة¹²⁵ وسنتاول فى هذا المبحث الأعمال متعددة الآثار ونتحدث أيضاً عن الأثر النسبى للجزاءات الإجرائية وهو ما سنتناوله فى مطلبين على التوالى .

المطلب الأول

الأعمال الإجرائية متعددة الآثار

يعتبر الارتباط من المسائل الخلافية فى قانون المرافعات ، لا من حيث تعريفه فحسب ، وإنما من حيث أنواعه ودرجاته ، فيذهب الاتجاه الغالب فى الفقه الإجرائى إلى أن الارتباط على درجتين بسيط وغير قابل للتجزئة ، وأن الخلاف بينهما ينحصر فى الدرجة والقوة وليس فى الطبيعة والنوع لذلك يطلق بعض الفقه على الارتباط غير القابل للتجزئة " بالارتباط الوثيق أو المدعوم " *la connexite renforcee*¹²⁶ . وهو فى النهاية صلة بين دعويين أو أكثر تؤدى إلى جعل الحكم الصادر فى إحدهما مؤثراً على الحكم الصادر فى الأخرى مما يقتضى جمعها أمام محكمة واحدة لتحقيقها والفصل فيهما معاً بحكم واحد وذلك نزولاً على مقتضيات حسن إدارة القضاء وتلافياً لصدور أحكام متناقضة أو يصعب التوفيق بينها¹²⁷ .

وهذا المطلب غنى بالأمثلة والنماذج التى يؤدى فيها الارتباط الإجرائى بين مختلف الأعمال الإجرائية إلى توليد آثار إجرائية ، ما كانت لتوجد لولا قيام الارتباط الإجرائى بين الأعمال الإجرائية بعضها ببعض حيث قد يستفيد بعض الخصوم من الإجراء رغم عدم

¹²⁵ د/ نبيل اسماعيل عمر : الارتباط الإجرائى ، السابق ، ص 206 .

¹²⁶ د/ السيد عبد العال : تأثير الارتباط على وحدة الحصومة ، السابق ، ص 25 .

¹²⁷ نفس المرجع ، ص 45 .

قيامهم به ، ذلك أن الخصم قد يستفيد من عمل قام به أحد زملائه ولكنه لا يضر منه ، خاصة إذا اتخذ في مواجهة غيره دون أن تكون له إرادة في ذلك¹²⁸ .

وقد تتولد في مواجهة شخص بعض الآثار ، رغم أنه لم تصدر منه إرادة تدل على أنه يريد الدخول في النزاع القائم بين الطرفين كما هو الحال في اختصام الغير كما سنرى .

ومن الأمثلة على استفادة بعض الخصوم من إجراء يقوم به غيره في نفس الخصومة التمسك بسقوط الخصومة بسبب عدم السير فيها بفعل المدعى أو امتناعه لمدة سنة كاملة من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها ، إذ يجوز للمدعى عليه أن يتمسك بسقوط الخصومة عن طريق الدفع أو بطلب أصلى ، فإذا عجل المدعى الخصومة بعد انقضاء مدة السنة فإن المدعى عليه يدفع بسقوط الخصومة أمام المحكمة ، كما يجوز له أن يقدم طلباً أصلياً إلى المحكمة المقامة أمامها الدعوى بالإجراءات المعتادة يطلب فيه الحكم بسقوط الخصومة ، وإذا كانت الخصومة أمام محكمة الاستئناف يقدم طلب السقوط أمامها م 257 مرافعات .

إلا أنه إذا تعدد المدعى عليهم وتمسك أحدهم فقط بالسقوط ، ويادر بهذا الإجراء بمفرده " استفاد منه باقى الخصوم " م 257 مرافعات ، فإذا تمسك أحد المدعى عليهم أو المستأنف عليهم بسقوط الخصومة سقطت بالنسبة لباقى المدعى عليهم أو المستأنف عليهم ، بما فى ذلك من تدخل فيها منهم إلى جانبه ، فالخصومة فى قانون المرافعات الليبى - فيما يتعلق بسقوطها - تعتبر وحدة لا تتجزأ ولو كان موضوعها قابلاً للتجزئة بطبيعته وأساس ذلك هو النظر إلى الحكمة من نظام السقوط وهى التخلص من الخصومة .

خلافاً لما عليه قانون المرافعات المصرى م 136 / 3 ، فالأصل أن الخصومة - عند تعدد المدعى عليهم - تقبل التجزئة من حيث سقوطها ، فإذا تمسك أحد المدعى عليهم بسقوط الخصومة حكم بسقوطها بالنسبة له دون غيره من المدعى عليهم الذين لم يتمسكوا بهذا السقوط ، وذلك على أساس أنه قد يكون من مصلحة الآخرين عدم سقوط الخصومة¹²⁹ ، فقد لا يكون من مصلحة أحد المدعى عليهم اسقاط الخصومة فى بعض

(128) د/ محمد محمود إبراهيم : فكرة عدم التجزئة فى قانون المرافعات ، ص 112 .

(129) د/ فتحي والى : الوسيط ، المؤلف آنف الذكر ، ص 601 .

الأحوال فيعمل من جانبه على تعجيلها ، ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان موضوع الخصومة غير قابل للتجزئة ، إذ يترتب على سقوط الخصومة عندئذ بالنسبة لبعض المدعى عليهم سقوطها بالنسبة للجميع .

إضافة إلى أن الإجراء - الصحيح الذى يقوم به أحد المدعين - لقطع مدة السقوط فى مواجهة المدعى عليه يؤدي إلى إنقاذ الخصومة كلها بالنسبة للجميع¹³⁰ ، وهو ما اتفق فيه القانونين المصرى واللىبى ، بحيث إذا وجه أحد المدعين أو بعضهم إجراءً قاطعاً لمهلة السقوط " استفاد منه الباقيون ، ولو لم يشتركوا فيه " ¹³¹

وكذلك أيضاً المادة 305 مرافعات تسمح هى الأخرى بقبول طعن سقط حق صاحبه فى رفعه ، مع أن القاعدة هى نسبية أثر الطعن ، فإذا كان الحكم صادراً فى موضوع غير قابل للتجزئة ، أو فى حالة التزام بالتضامن أى فى حالة تعدد الخصوم المتضامنين فى الالتزام ، كالحكم الصادر فى دعوى بطلان عقد بيع إذا تعدد البائعون أو المشترون ، أو دعوى تقرير حق ارتفاق بالمرور المرفوعة ضد مالكي العقار المراد تقرير حق الارتفاق عليه ، ففى مثل هذه الحالات إذا رفع أحد المحكوم عليهم طعناً جاز لزملائه الانضمام إليه فى طعنه حتى ولو كان ميعاد الطعن قد انقضى بالنسبة إليهم أو كانوا قد قبلوا الحكم ¹³² .

ومما تجدر الإشارة إليه ، هو أن الطاعن المتأخر إذ يسمح له برفع طعن فهو ليس حراً فى اختيار مركزه الإجرائى ، بل عليه أن ينضم إلى زميله الذى رفع الطعن فى الميعاد فى طلباته ، فلا يستطيع طلب تعديل الحكم لصالحه ، أو يتمسك بدفوع خاصة به ، بل كل ما يستطيعه هو الانضمام إلى رافع الطعن الأول ، وبالتالي تهدر إرادة الفرد واستقلاله بمركزه فى تحديد طلباته ، وذلك راجع كما يقول الفقهاء إلى المركز الشاذ الذى يوجد فيه الطاعن والذى يرجع بدوره إلى طبيعة المراكز الموضوعية المتنازع عليها ¹³³ .

بل إنه حتى ولو تم نقض الحكم المطعون فيه فإن هذا الحكم "يتعدى أثره " من لم يطعن فيه فى أحوال عدم التجزئة والتضامن وهو ما عبرت عنه محكمتنا العليا بصريح

¹³⁰ د/ وجدى راغب : مبادئ ، المؤلف آنف الذكر ، ص 569 .

¹³¹ د/ أحمد أبو الوفا : نظرية الدفوع : المؤلف آنف الذكر ، ص 345 .

¹³² استاذنا الفقيه الدكتور أحمد بوزقية : المؤلف آنف الذكر ، ص 243 .

¹³³ د/ نبيل اسماعيل عمر : الارتباط المؤلف آنف الذكر ، ص 95 .

العبارة بقولها " إن الأحكام الناقضة متعدية الأثر إلى غير من صدرت ضدّهم فى أحوال التجزئة وعدم التضامن والضمان ولو لم يكونوا قد طعنوا بالنقض ، ذلك أنه يتعذر القول بنقض الحكم المطعون فيه فى حق الطاعن وحده دون غيره من المحكوم عليهم فى هذه الأحوال وكان الحكم المنقوض صادراً بالزام المدعى عليهما على وجه التضامن فإن نقضه بالنسبة للطاعن يستتبع نقضه بالنسبة للمحكوم عليه الآخر " ¹³⁴ .

ويتبين واضحاً وجلياً أنه فى حالة تعدد الملتزمين بالقيام بإجراء معين - وخلافاً للأصل الذى يقضى بنسبية الإجراءات - ، فإن قيام أحدهم بهذا الإجراء قد يفيد الباقيين فى بعض الأحيان ويتعدى أثره إليهم ، إذ لا يقتصر عليه وحده بل يتعداه إلى غيره ممن يفيدون منه ، بل ولو كان الموضوع قابلاً للتجزئة كما فى حالة " تعدد المدعى عليهم وقدم أحدهم طلب سقوط الخصومة استفاد منه الباقيون حتى لو كان الموضوع قابلاً للتجزئة ، فالخصومة لا تقبل التجزئة فيما يتعلق بسقوطها " ¹³⁵ ، بل إن تعجيل الدعوى من أحد المدعين يمنع المدعى عليه من التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن فى مواجهة بقية المدعين الذين لم يقوموا بتعجيل الدعوى كما مر بنا .

ويتجلى هذا الأمر بوضوح إذا تعدد الخصوم فى الدعوى تعدداً اجبارياً ، أو عندما يكون موضوع النزاع غير قابل للتجزئة لا يقبل إلا حلاً واحداً بالنسبة لجميع الأطراف ، إذ يجب فى هذه الحالة أن نكون بين أمرين لا ثالث لهما : إما أن نعتبر قيام أحد الشركاء فى المصلحة بالإجراءات كافياً لانتاج آثاره ويستفيد زملاؤه منه ، وإما أن نعتبر قيام أحدهم بالإجراء لا قيمة له مطلقاً ، وكأنه لم يقم أى منهم بذلك ولا شك أن هذا الحل الأخير كما يرى البعض فيه مجافاة للعدالة وهضم لحق الطرف الذى قام بكل ما هو ضرورى من جانبه لحفظ حقوقه ، ولا يعقل أن يضار خصم بتقصير وقع من غيره لا ذنب له فيه ، ولذلك فلا يبقى إلا الأمر الأول وهو اعتبار الإجراء منتجاً لآثاره كاملة بالنسبة للخصوم جميعاً حتى من لم يقم منهم بالإجراء ¹³⁶ .

ويثور التساؤل بعد ذلك عن تعدد الخصوم الذين يتخذ فى مواجهتهم إجراء من إجراءات الخصومة هل يجب اتخاذ الإجراء فى مواجهتهم جميعاً ؟ أم يجوز اتخاذ الإجراء فى مواجهة البعض دون البعض الآخر تطبيقاً لمبدأ نسبية الإجراءات .

⁽¹³⁴⁾ طعن مدنى ، رقم 117 لسنة 36 ، جلسة 1 / 6 / 1992 ، المكتب الفنى ، ج 3 ، ص 87 .

⁽¹³⁵⁾ استاذنا الدكتور الكونى اعبودة : المؤلف آف الذكر ، ج 2 ، ص 314 ، وهامش 118 نفس الصفحة .

⁽¹³⁶⁾ د/ الأنصارى النيدانى : الرسالة السابقة ، ص 140 وما بعدها .

القاعدة وكما يرى جانب من الفقه أنه " لا يصح أن يضار خصم من إجراء لم يتخذ في مواجهته ، وإنما اتخذ في مواجهة خصم آخر " ¹³⁷ ، إذ لا يمتد أثر هذا الاجراء الذى اتخذ في مواجهة البعض إلى الخصوم الآخرين إذا كان يلحق ضرراً بهم ، هذه القاعدة يعمل بها ولو كان الموضوع غير قابلة للتجزئة .

فإذا كان الموضوع غير قابل للتجزئة - أى فى الحالات التى يوجد فيها تعدد للخصوم ، ويشكلون معاً مركزاً قانونياً واحداً ويرتبطون برباط قانونى واحد لا ينفك عنهم ويجب أن يسود بينهم حل واحد طالما أنهم فى خصومة واحدة - ¹³⁸ ، إذا اتخذ فى مواجهتهم إجراء من الإجراءات ، فإنه يجب أن يتخذ فى مواجهتهم جميعاً ، ذلك أنه إذا اتخذ الإجراء فى مواجهة البعض دون البعض الآخر فإن من حق هذا البعض الآخر أن يتمسك بالجزاء المترتب على عدم اتخاذ الإجراء فى مواجهته ، لأنه فى هذه الحالة وكما يرى البعض - وبخلاف الحالة السابقة - فإن عدم اتخاذ الإجراء فى مواجهة البعض فيه إخلال بحقوق الدفاع ، ولحماية هؤلاء يجب تمكينهم من التمسك بالجزاء الذى يترتب على عدم القيام بهذا الإجراء فى مواجهتهم ، والقول بغير ذلك يعنى الإخلال بما لهم من حق الدفاع وهو من النظام العام ، ولا يجوز حتى ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة ¹³⁹ ، ولأن الإخلال بحق الدفاع أبلغ ضرراً حتى من تناقض الأحكام ، كما يرى جانب كبير من الفقه ¹⁴⁰ .

ومن أمثلة الأعمال الإجرائية متعددة الآثار ، نجد أنه فى الحالات التى يصح فيها اختصام شخص فى الطلب المفتوح للخصومة - م 143 مرافعات - ، ومع ذلك لم يتخذ فى مواجهته أى عمل إجرائى ، ولم تصدر عنه إرادة تدل على أنه يريد الاشتباك فى الأعمال الإجرائية ، هذا الغير ووفقاً لقاعدة نسبية آثار الإجراءات ، لا يستطيع أن يفيد أضرار من الآثار المتولدة عن الخصومة القضائية ، وما كان له أن يتأثر أو يؤثر فى الخصومة باعتباره أجنبياً عنها ، ومع ذلك نتيجة لقيام الارتباط بين الأعمال الإجرائية فإن هذا الغير

(¹³⁷) د/ وجدى راغب : مبادئ المؤلف آنف الذكر ، ص 570 .

(¹³⁸) د/ محمد محمود إبراهيم : فكرة عدم التجزئة فى قانون المرافعات ، دار الفكر العربي، 1989 ، ص 68 .

(¹³⁹) د/ الأنصارى النيدانى : الرسالة السابقة ، ص 142 .

(¹⁴⁰) د/ أحمد السيد الصاوى : أثر الأحكام بالنسبة للغير ، دار النهضة العربية ، ص 14 .

تتولد في مواجهته بعض الآثار الإجرائية ، فيجد نفسه مجبراً على الدخول في تلك الخصومة¹⁴¹ ، وكل ذلك راجع إلى قيام الارتباط الإجرائي .

ومن خلال هذا الاستطراد نلاحظ الإرباك الذي أقدمته عدم التجزئة الإجرائية على المبدأ العام نسبية الأثر المترتب على إجراءات المرافعات ، لأن " استقلال الخصوم عن بعضهم في بعض الأحيان ليس استقلالاً تاماً ، وإنما يوجد نوع من الخضوع أو التبعية النسبية تساهم في المحافظة على وحدة الخصومة وبقائها متماسكة حتى يتحقق الهدف من السماح بوجود عدة خصوم في خصومة واحدة"¹⁴² .

المطلب الثاني

الأثر النسبي للجزاء الإجرائي

بما أن العمل الإجرائي سواء أكان منفرداً ، أو كان عبارة عن كتلة متتابعة من الإجراءات هو المحل الذي يرد عليه الجزاء الإجرائي فإن الجزاء الإجرائي يمكن تعريفه بأنه " وصف يصيب العمل الإجرائي ويؤدي إلى عدم انتاج هذا الإجراء لآثاره التي كان ينتجها لو لم يكن به العيب الذي ألحق به الوصف الذي استتبع أعمال هذا الجزاء " ¹⁴³ .

والجزاء الإجرائي ليس واحداً وإنما تتعدد صوره ، فقد يتعلق بالخصومة كلها كوحدة يؤثر فيها ركوداً مثل شطب الخصومة ووقفها ، أو زوالها مثل سقوطها واعتبارها كأن لم تكن ، وقد يتعلق الجزاء الإجرائي بعمل واحد من أعمال الخصومة مثل سقوط الحق في اتخاذ عمل معين لتجاوز الحدود اللازمة لمباشرة أوبطلان معين مثل صحيفة الدعوى أو الإعلان أو الحكم لتخلف مقتضى من مقتضياته الشكلية إذا لم يكن قد تحققت الغاية من هذا المقتضى بسبب تخلفه ، وكذلك انعدام عمل من الأعمال لانتفاء عنصر جوهرى لازم لوجوده مثل انعدام الحكم لصدوره من غير قاض أو في غير خصومة ¹⁴⁴ .

والقانون الإجرائي هو الذي يحدد صاحب الصفة في التمسك بالجزاء ويحدد صاحب الصفة فيمن يتمسك ضده بهذا الجزاء ، فلا يجوز التمسك بالبطلان إلا ممن شرع البطلان لمصلحته ، هذه القاعدة وإن لم ينص عليها المشرع صراحة ؛ إلا أنها تفهم ضمناً

(141) د/ نبيل اسماعيل عمر : الارتباط الإجرائي ، المؤلف آنف الذكر ، ص 98 ، ، 198 .

(142) د/ أيمن أحمد رمضان : الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات ، رسالة الإسكندرية ، 2003 ، ص 301 .

(143) د/ نبيل اسماعيل عمر : عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات ، منشأة المعارف ، ص 46 .

(144) د/ محمود محمد هاشم : المقال المشار إليه ، اعتبار الخصومة كأن لم تكن ، ص 109 .

من صدر المادة 22 من قانون المرافعات وهى من القواعد المستقرة فى الفقه والقضاء¹⁴⁵ ، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذى تسبب فيه ، وذلك حتى لا يفيد الخصم من خطأ ارتكبه أو مخالفة أسهم فيها¹⁴⁶ ، وهذه القاعدة الأخيرة " لا يتمسك بالبطلان من تسبب فيه " مقصورة على حالة بطلان الإجراء غير المتعلق بالنظام العام ، أما إذا كان بطلان الإجراء متعلقاً بالنظام العام فإنه يجوز لأي من الخصوم التمسك به بما فيهم الخصم المتسبب فى البطلان¹⁴⁷ .

ولما كانت إجراءات المرافعات "نسبية الأثر" كما عرفنا لا يستفيد بها إلا من اتخذها ولا يحتج بها إلا على من اتخذت فى مواجهته ، كان بطلانها له نفس الأثر ، بمعنى ، أنه يزيل ذلك الوجود فى حدود¹⁴⁸ ، حيث ينعكس مبدأ نسبية العمل الإجرائى على فكرة الجزاء ويهيمن على أثرها الذى تباشره فى الأعمال الإجرائية المختلفة ، ويتجلى ذلك فى قاعدة أن الجزاء نسبي فى أثره ، جزئى فى نطاقه¹⁴⁹ ، فإذا كان الإجراء باطلاً فى شق منه فقط ، أو بالنسبة لبعض الخصوم فقط فإنه يبطل بالنسبة لهذا الشق وحده أو بالنسبة لهذا الخصم وحده¹⁵⁰ .

وقد جسدت المحكمة العليا الليبية مبدأ النسبية فى كثير من أحكامها ، حيث قضت بأن " بطلان الطعن شكلاً بالنسبة لبعض المطعون ضدهم لا يجعل الطعن برمته باطلاً بالنسبة لباقي المطعون ضدهم بمقولة أن الحق لا يقبل التجزئة إذا كان النزاع يتعلق بتثبيت ملكية والحق فيه يقبل التجزئة والانقسام " ¹⁵¹ ، وقضت كذلك أيضاً فى حكم آخر لها " إذا لم يعلن المطعون ضدهما بتقرير الطعن ، فإن الطعن يكون باطلاً بالنسبة لهما ولا يؤثر ذلك على الطعن بالنسبة للباقيين " ¹⁵² .

¹⁴⁵ طعن مدنى رقم 46 ، لسنة 24 ق ، جلسة 13 / 5 / 1979 ، ج 2 ، المكتب الفنى ، ص 40 .

¹⁴⁶ طعن مدنى رقم 4 ، لسنة 18 ق جلسة 18 / 1 / 1972 ، ج 3 ، المكتب الفنى ، ص 47 .

¹⁴⁷ د/ أحمد هندی : التمسك بالبطلان فى قانون المرافعات ، دار الجامعة الجديدة ، 2005 ، ص 20 .

¹⁴⁸ د/ أحمد مسلم : أصول المرافعات ، مكتبة النهضة المصرية ، 1959 ، ص 465 ، ويقول " وهنا نتحاشى استعمال ألفاظ (نسبي) و (مطلق) التى يوصف بها البطلان فى القانون المدنى ، خشية أن تؤدى إلى فهم للبطلان وآثاره غير ما يستساغ فى قانون المرافعات " .

¹⁴⁹ د/ أيمن رمضان : الجزاء الإجرائى ، الرسالة المشار إليها ، ص 144 وما بعدها .

¹⁵⁰ د/ الأنصارى النيدانى : الرسالة السابقة ، ص 96 .

¹⁵¹ طعن مدنى رقم 8 لسنة 17 ق ، جلسة 20 / 4 / 1971 ، المكتب الفنى ، ج 1 ، ص 102 .

¹⁵² طعن مدنى رقم 32 لسنة 16 ق ، جلسة 23 / 6 / 1970 ، المكتب الفنى ، ج 1 ، ص 112 .

وعلى ذلك إذا تعدد الخصوم فى الدعوى وكان موضوعها يقبل التجزئة والانقسام ، فإن قاعدة نسبية التمسك بالجزاء تنطبق فى هذه الحالة ، إذ أن كلاً منهم يستطيع أن يتمسك ببطلان الإجراء الموجه إليه إذا كان معيباً ، أما إذا كان الإجراء قد تم صحيحاً بالنسبة له ، بينما تم باطلاً بالنسبة لغيره ، فلا يحق له والحالة هذه التمسك ببطلان الإجراء ، لأنه ليس صاحب المصلحة فى ذلك كما هو الحال حيث تعلن صحيفة الدعوى بإجراء صحيح بالنسبة إلى بعض المدعى عليهم دون البعض الآخر ، أو إذا وجه الخبير الدعوة إلى بعض الخصوم دون الآخرين ، ذلك أن الخصومة تقبل بطبيعتها التجزئة¹⁵³ . ولأن المشرع إذا كان قد افترض مقدماً وقوع الضرر لمجرد حصول المخالفة فهو افترض أن هذا الضرر لا يصيب إلا ذلك الخصم وحده ، اللهم إلا إذا كانت القاعدة التى خولفت تتعلق بالنظام العام¹⁵⁴ .

حيث يخضع التمسك بالبطلان المقرر للمصالح العام لقواعد مختلفة عن تلك التى تحكم البطلان المقرر لحماية مصالح الخصوم الخاصة ، فالتمسك بهذا النوع من البطلان ليس هو فقط الخصم المقرر بالبطلان لصالحه وحده ، وإنما كل من له مصلحة فى ذلك سواء من باشر العمل أو من بوشر ضده العمل الإجرائى¹⁵⁵ ، أى أن كل من يكون فى مركز قانونى ويتأثر ببطلان العمل الإجرائى يكون له حق التمسك بهذا البطلان ، ويكون له هذا سواء كان طرفاً أصلياً أم متدخلاً ، وسواء كان هو الذى قام بالعمل الباطل أو تسبب فى البطلان أو كان من تم العمل ضده¹⁵⁶ .

على أنه إذا كان موضوع الدعوى لا يقبل التجزئة بطبيعته أو بسبب نص فى القانون يوجب اختصام أشخاص معينين فى الدعوى كما فى دعوى استرداد المنقولات المحجوزة التى يجب أن ترفع على الدائن وعلى المحجوز عليه والحاجزين المتدخلين ، فإن الخصومة فى هذه الحالة إما أن تبقى برمتها أو تزول برمتها ، فإذا كان الإعلان باطلاً بالنسبة لأحد الخصوم فإنه يترتب عليه البطلان بالنسبة للجميع ، وقد قضت المحكمة العليا بأنه " إذا وقع إعلان الطعن باطلاً بالنسبة لأحد المطعون عليهما فإن الطعن يبطل

(153) د/ أحمد هندی : التمسك بالبطلان ، المؤلف آنف الذكر ، ص 31 .

(154) د/ أحمد أبو الوفا : نظرية الدفع ، المؤلف آنف الذكر ، ص 23 .

(155) د/ أحمد هندی : المؤلف آنف الذكر ، ص 49 ، 50 .

(156) د/ أحمد أبو الوفا : ، المرافعات المدنية والتجارية ، ط 14 ، منشأة المعارف ، ص 417 .

بالنسبة لجميع الخصوم إذا كان الحكم الذى قضى فيه الحكم المطعون فيه غير قابل للتجزئة م 344 مرافعات ، ويكون الطعن برمته غير مقبول شكلاً " 157 .

وأيضاً إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة بالنسبة لأحد هؤلاء الخصوم فإن ذلك يؤدي حتماً إلى عدم قبول الدعوى بالنسبة للجميع ، وسبب ذلك أن الدعوى لا تعد مقبولة ، إلا إذا رفعت صحيحة على جميع من يوجب القانون اختصامهم¹⁵⁸ فى الدعوى .
بينما يرى البعض أنه يجب التمييز فى أثر الجزاء فى الموضوع غير القابل للتجزئة بين فرضين تعدد متخذى الإجراء ، وتعدد الأشخاص الذين اتخذ فى مواجهتهم الإجراء .

فإذا تعدد متخذى الإجراء ، وكان الإجراء صحيحاً بالنسبة لبعضهم باطلاً بالنسبة للآخرين فإن الإجراء الذى تم صحيحاً من جانب بعضهم يجب أن يضل صحيحاً منتجاً لآثاره ، ويجب ألا يتأثر ببطلان الإجراء الذى اتخذته البعض الآخر ، وسبب ذلك لأن من قام بالإجراء صحيحاً يكون قد قام بكل ما هو ضرورى لحماية حقه ، ومن الظلم تحميله مغبة إهمال غيره ، كما أن تقرير البطلان بالنسبة للجميع ليس مما تقضيه عدم التجزئة ، ذلك أن عدم التجزئة تقتضى وحدة الحل وليس حلاً بعينه .

ولما كان تقدير البطلان بالنسبة إليهم جميعاً فيه ما فيه من الظلم فيجب تقدير الحل الآخر وهو صحة الإجراء بالنسبة للجميع¹⁵⁹ ، وينتهى هذا الرأى إلى اعتبار الإجراء صحيحاً فى هذا الفرض بالنسبة للجميع .

أما فى الفرض الآخر وحيث يتعدد من اتخذ الإجراء فى مواجهتهم ، وكان باطلاً فى مواجهة البعض صحيحاً فى مواجهة البعض الآخر ، فإن الإجراء فى هذه الحالة يكون باطلاً بالنسبة للجميع¹⁶⁰ ، فيمتد أثر البطلان حينئذ إلى جميع الخصوم .

وقد انتقد هذا الرأى ، لأنه يصطدم مع مقتضيات عدم التجزئة التى تقتضى وحدة الحل بالنسبة للجميع ، كما أن هذه التفرقة تصطدم أيضاً مع طبيعة البطلان باعتباره جزاء يصيب العمل بأكمله ، إلا إذا كان العمل مركباً من عدة عناصر تقبل التجزئة بعضها

(157) طعن مدنى رقم 46 لسنة 24 ، جلسة 13 / 5 / 1979 ، ج 2 ، ص 40 ، وطعن مدنى رقم 11 لسنة

2 ق ، جلسة 13 / 2 / 1957 ، المكتب الفنى ، ج 1 ، ص 157

(158) د/ احمد هندی : التمسك بالبطلان ، المرجع آنف الذكر ، ص 32 .

(159) د/ الأنصارى : وحدة الخصومة ، الرسالة المشار إليها ، ص 99 وما بعدها .

160 د/ أيمن أحمد رمضان : الجزاء الإجرائى ، الرسالة السابقة ، ص 317 .

صحيح وبعضها الآخر معيب ، إذ لا يلحق البطلان إلا بالجزء المعيب ، ففي حالة عدم التجزئة يجب الرجوع إلى الأصل والقول بأن تعيب أحد الأجزاء يؤدي إلى بطلان العمل المركب بكل أجزائه وبالنسبة لجميع الخصوم سواء تعدد من باشر الإجراء ، أو تعدد من بوشر الإجراء في مواجهتهم¹⁶¹ .

والصحيح في هذا الشأن أنه وفقاً للارتباط الموضوعي بين المراكز الموضوعية للخصوم والذي يقتضى وحدة الحل ، فإن الخصومة في هذه الأحوال إما أن تبقى برمتها أوتزول برمتها ، وهو ما جرى عليه قضاء المحكمة العليا في العديد من أحكامها كما مرينا.

¹⁶¹ نفس المرجع ، ص 318 .

الختاتمة

وبعد أن انتهينا وبعون من الله وتوفيقه من كتابة هذا البحث الموسوم بنسبية الأثر المترتب على أعمال المرافعات ، فإنه يمكن لنا أن نجمل أهم النتائج التى توصلنا إليها من هذه الدراسة فيما يلى :

أولاً : إن مبدأ نسبية الأثر المترتب على أعمال المرافعات ، ورغم بساطة الفلسفة التى يقوم عليها ؛ إلا أنه لا يزال يحتل الصدارة فى نطاق الإجراءات ، كواحد من أهم المشاكل الإجرائية عند تعدد الخصوم ، وإذا كان الفقه الإجرائى أدرك بنفسه غموض هذا المبدأ وعدم وضوح مدلوله ، وهى نفس المشكلة التى واجهتنا فى دراستنا هذه . التى لا نعتقد وفقاً لمعلوماتنا أنها كانت محلاً لدراسة مستقلة من جانب الفقه الإجرائى ، سواء فى ذلك المصرى أو اللبى . فاستعنا بأحكام القضاء الذى أخذ بدوره يردد نفس عبارات الفقه دون أن يوضح معناها ، ذلك أنه جرى علماء المرافعات على معالجتها عند الكلام عن الاستئناف ، كما أن أغلب أحكام القضاء التى صدرت فيها صدرت بمناسبة الطعن بالاستئناف ، فزاد الأمر غموضاً ، والتحليلات الواردة فى هذه الدراسة تفتح الباب بشكل مباشر أمام إمكانية تناولها بأبحاث أخرى .

ثانياً : تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن هذا المبدأ ، إنما يوفر ضماناً لمصلحة القضاء وعدالته ، تحول دون الخصوم وتحاييلهم ، إذ لا يستفيد من الإجراء إلا من قام به ، ولا يضر منه إلا من اتخذ الإجراء فى مواجهته ، وهذا ما يفرضه المنطق الراسخ فى إطار الإجراءات ، لأن الأصل هو أن الخصومة أمر خاص بأطرافها وحدهم ، كما أن آثار هذه الإجراءات لا تنصرف إلا إلى " أطراف الرابطة الموضوعية " ، الذين حضروا الخصومة أو مثلوا فيها دون سواهم ، وبالتالي فإن هذا المبدأ يعتبر مظهراً من المظاهر العامة للطابع الشخصى للإجراءات فى الخصومة .

ثالثاً : أن الأصل فى جميع الأعمال الإجرائية أنها لا تولد آثارها إلا فى دائرة الأطراف وحدهم دون غيرهم فمن لم ترتض إرادته انصراف الأثر الملزم للإجراء يظل بمنأى عن هذا الأثر ، فالإجراء لا يفيد إلا من اتخذ ولا يضر إلا من اتخذ فى مواجهته ، إذ لاتفيد هذه الأعمال إلا من قام بها ، ولا يحتج بها إلا على من اتخذت فى مواجهته ، وهذا ما يقضى به مبدأ نسبية الأعمال الإجرائية " الذى ينتج من فكر فردى ، يسيطر على كل القانون الخاص ، وبصفة خاصة القضاء المدنى .

رابعاً : كما تبين لنا أن جميع الحقوق الإجرائية التي كفلها القانون الإجرائي لأطراف الخصومة القضائية ، أوللغير ذات طابع شخصي ، وهي من هذه الناحية " قاصرة على من تقررت لصالحه هذه الحقوق " باستعمالها وحده فقط بحيث لا يستفيد منها إلا من كان يتمتع بوصف قانوني معين ، وهو كونه في مركز قانوني إجرائي معين ، وهو ما يحتم القول بكونها حقوقاً نسبية.

كالحق في الاثبات بكافة طرق الاثبات ، والحق في ندب خبير ، والحق في ابداء الطلبات العارضة ، والحق في طلب التأجيل لأسباب معينة كالتأجيل للاطلاع ، أو التأجيل لادخال ضامن ، كل هذا لا يستفيد منه إلا من قام به وحتى الحق في رفع الدعوى ، فالفقه مستقر على " نسبية الطلب " ، إذ لا يستفيد من الدعوى إلا من قام برفعها فقط فالقانون لا يبسط حمايته إلا على الأشخاص الذين يقومون بعمل ايجابي ولا يتقاعسون عن حماية مصالحهم ، أما من يتخذ موقفاً سلبياً فلا يجوز له الاستفادة من عمل غيره .

خامساً : واتضح لنا أيضاً ، أنه إذا كان مبدأ النسبية يقتضى استقلال الخصوم في ممارستهم لمراكزهم الإجرائية بمنأى عن بقية الخصوم ؛ إلا أن الارتباط الإجرائي القائم بين ادعاءات الخصوم قد يسمح بخرق مبدأ نسبية الإجراءات وامتداد آثار هذه الإجراءات إلى خصوم آخرين ، لأن حالة الارتباط وكما يرى الفقهاء تؤدي إلى توليد آثار إجرائية كان من المستحيل توليدها وفقاً للقواعد العامة .

ولاحظنا الإرباك الذي أقدمته عدم التجزئة الإجرائية على المبدأ العام نسبية الأثر المترتب على إجراءات المرافعات ، لأن استقلال الخصوم عن بعضهم في بعض الأحيان ليس استقلالاً تاماً ، وإنما يوجد نوع من الخضوع أو التبعية النسبية تساهم في المحافظة على وحدة الخصومة وبقائها متماسكة حتى يتحقق الهدف من السماح بوجود عدة خصوم في خصومة واحدة وهو ما بيناه بالتفصيل من خلال ثنايا هذا البحث .

سادساً : وأخيراً استبان لنا أنه لما كانت إجراءات المرافعات "نسبية الأثر" ، لا يستفيد بها إلا من اتخذها ولا يحتج بها إلا على من اتخذت في مواجهته ، كان بطلانها له نفس الأثر ، بمعنى أنه يزيل ذلك الوجود في حدود، حيث ينعكس مبدأ نسبية العمل الإجرائي على فكرة الجزاء الإجرائي ويهيمن على أثرها الذي تباشره في الأعمال الإجرائية المختلفة ، ويتجلى ذلك في قاعدة أن الجزاء " نسبي في أثره ، جزئي في نطاقه " ،

فإذا كان الإجراء باطلاً في شق منه فقط ، أو بالنسبة لبعض الخصوم فقط ، فإنه يبطل بالنسبة لهذا الشق وحده أو بالنسبة لهذا الخصم وحده .
وهكذا يظهر مبدأ نسبية الأثر المترتب على أعمال المرافعات ، حاولنا أن نسهم في بيانه ، ونأمل أن نكون قد وفقنا في ذلك ، ولو بقسط يسير في إظهار تطبيقاته في إطار فقهى إجرائى .

وأخر

دعواهم أن الحمد لله رب العالمين ،،،

د . مصطفى الدراجى

عضو هيئة التدريس بقسم القانون الخاص

جامعة عمر المختار - البيضاء

الأكاديمية الليبية - بنغازي

ثبت المراجع

- د / أحمد إبراهيم عبد التواب : النظرية العامة للحق الإجرائى فى قانون المرافعات المصرى والفرنسى ، دار الجامعة الجديدة ، ط 1 ، 2009 .
- د/ أحمد أبو الوفا : نظرية الدفع فى قانون المرافعات ، الطبعة الأولى ، دار المعارف ، 1954 .
- المرافعات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الرابعة عشر ، 1986 .
- د / أحمد بوزقية : قانون المرافعات ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، 2003 ، منشورات جامعة قاريونس بنغازى .
- د/ أحمد السيد الصاوى : الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه ، رسالة دكتوراه القاهرة 1971 .
- أثر الأخكام بالنسبة للغير ، دار النهضة العربية ، بدون
- الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، 1990 ،
- د/ أحمد ماهر زغلول ، د/ يوسف يوسف أبوزيد : أصول وقواعد المرافعات ، بدون
- د/ أحمد مسلم : أصول المرافعات . التنظيم القضائى والإجراءات والأحكام ، مكتبة النهضة المصرية ، ط 1959
- د/ أحمد هندى : سلطة المحكمة والخصوم فى اختصاص الغير ، دار الجامعة الجديدة ، 2006
- التمسك بالبطلان فى قانون المرافعات ، دار الجامعة الجديدة ، 2005 .
- د/ الأنصارى حسن النيدانى : مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه ، رسالة القاهرة ، 1996
- التنازل عن الحق فى الدعوى ، دار الجامعة الجديدة ، 2009
- د/ السيد عبدالعل تمام : تأثير ارتباط الدعوى على وحدة الخصومة المدنية ، رسالة القاهرة ، 1991

د/ الكونى اعبودة : قانون علم القضاء ، ج 2 ، النشاط القضائى ، الخصومة
القضائية والعريضة ، الطبعة الثانية ، 2003 ، المركز القومى للبحوث والدراسات العلمية
د/ أيمن أحمد رمضان : الجزء الإجرائى فى قانون المرافعات ، رسالة الإسكندرية
، 2003 .

د/ بشندى عبد العظيم : حماية الغير فى قانون المرافعات ، رسالة القاهرة ،
1990

د / جميل صليبا : المعجم الفلسفى ، دار الكتاب اللبنانى ، ج 2
د/ رمزى سيف : طرق الطعن فى الأحكام فى مشروع قانون المرافعات ، مقال
منشور فى مجلة الحقوق ، السنة الثالثة ، العدد الأول يناير 1942
د/ سيد أحمد محمود : التفاضى بقضية وبدون قضية فى المواد المدنية والتجارية
، عين شمس ، بدون .

د/ صلاح أحمد عبد الصادق : نظرية الخصم العارض فى قانون المرافعات ،
رسالة عين شمس ، 1986 .

د/عبد الباسط جميعى : مسائل فى قانون المرافعات ، مقال منشور فى مجلة
العلوم القانونية والإقتصادية ، العدد الأول ، يناير 1962 ، السنة الرابعة .
د/ عبد الحكيم عباس قرنى عكاشة : الصفة فى العمل الإجرائى فى قانون
المرافعات المصرى والمقارن ، رسالة القاهرة 1990 .

د/ عبد الحكيم فودة : النسبية والغيرية فى القانون المدنى ، دار الألفى .

د/ فتحى والى : قانون القضاء المدنى ، دار النهضة العربية ، 1987 .

- نظرية البطلان فى قانون المرافعات .

محمد العشماوى ، والدكتور عبد الوهاب العشماوى : قواعد المرافعات فى التشريع
المصرى والمقارن ، ج 1 ، سنة 1957 .

د/ محمد حامد فهمى : المرافعات المدنية والتجارية ، مطبعة فتح الله الياس ،
1940 .

د/ محمد عبد الخالق عمر : قانون المرافعات ، ج 1 ، التنظيم القضائى ، دار
النهضة العربية ، 1978 .

د/ محمد محمود إبراهيم : فكرة عدم التجزئة فى قانون المرافعات المدنية ، دار
الفكر العربى ، 1989 .

د/ محمد نصر الدين كامل : الإستئناف فى المواد المدنية والتجارية ، منشأة المعارف .

د/ محمود السيد التحيوى : الطعن فى الأحكام القضائية ، دار الفكر الجامعى ، 2007 .

د/ محمود جمال الدين زكى تعليق على حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض المصرية فى 25 يونيو 1992 ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد 60 .

د/ محمود محمد هاشم : اعتبار الخصومة كأن لم تكن فى قانون المرافعات . حالاته . أحكامه . طبيعته ، مقال منشور فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الأول والثانى ، يناير ويوليو ، 1983 .

د/ نبيل اسماعيل عمر : سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء فى قانون المرافعات ، منشأة المعارف .

- عدم فعالية الجزاءات الإجرائية فى قانون المرافعات ، منشأة المعارف ،

- الارتباط الإجرائى فى قانون المرافعات وآثاره الإجرائية والموضوعية ، ط 1 ،

1994 ، منشأة المعارف

- أصول المرافعات المدنية والتجارية ، ط 1 ، 1986 ، منشأة المعارف

- قانون أصول المحاكمات المدنية ، ط 1 ، 1996 ، الدار الجامعية.

د/ وجدى راغب : دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء المدنى ، مقال منشور فى

مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يناير 1976 ، العدد الأول ، السنة الثامنة عشر .

- مبادئ القضاء المدنى " قانون المرافعات " ، دار الفكر العربى ، الطبعة الأولى ،

1986 .



تسبب القرار التأديبي

د. مفتاح خليفة

مقدمة ..

القرار الإداري هو إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد أحداث أثر قانوني معين، وهو أن تعدل أو تلغي أو تنشأ مركز قانوني، وسواء كان القرار فردياً أو تنظيمياً فالقاعدة هي عدم إلزام الإدارة تسبب قراراتها، استناداً لقرينة السلامة المفترضة في القرار الإداري وصدوره على سبب أساسه الواقع القانوني، بحيث لا يتصور أن تصدر الإدارة قرار دون سبب، و يفترض انه صدر وفقاً للقانون و انه يهدف لتحقيق المصلحة العامة .

واشترط المشرع تسبب بعض القرارات الإدارية يعد من أهم الضمانات للأطراف، لأنه يتيح للقضاء مراقبة مشروعيتها، فضلاً عن أن معرفة الأفراد للأسباب التي دعت الإدارة لاتخاذ قراراتها يسهل عليهم الطعن فيها أمام القضاء خاصة في مجال التأديب، كما أن التسبب يجعل الإدارة أكثر حذراً و روية عند إصدارها قراراتها تجنباً للطعن فيها.

ويحتل موضوع التأديب في الوظيفة العامة أهمية بالغة في الوقت الراهن، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الدولة لا يمكنها تحقيق سياستها وأهدافها، إلا عبر جهاز إداري على قدر عال من الكفاءة الإدارية والأخلاقية.

ويعتبر التأديب أنجح وسيلة لضمان احترام قواعد النظام الوظيفي وتحقيق السير المنتظم والفعال للمرافق العامة، فهو بذلك إجراء تنظمي خاص بالوحدات الإدارية نشأ عن العلاقة القائمة بين الموظف والمرفق العام الذي ينتمي إليه، لكن في المقابل لا يجب إغفال الدور الهام الذي يلعبه الأمن الوظيفي و طمأنينة الموظف في تحفيزه للقيام بواجباته الوظيفية على أكمل وجه، لذلك فهذا الإجراء مرهون ومقيد بعدة شروط و ضمانات يجب أن يتم كفالتها للموظف العام في أي مساءلة تأديبية حتى تضمن له محاكمة تأديبية عادلة، و تعد هذه الضمانات من اهم الأسس التي يقوم عليها النظام

القانوني للتأديب في معظم التشريعات الوظيفية المعاصرة، نظرا لأن النظام التأديبي هو أخطر جوانب الوظيفة العامة الذي قد يضر بالموظف العام، إذا ما أخل بواجباته الوظيفية، فهناك ضمانات سابقة على توقيع العقوبة وأخرى معاصرة ومتزامنة مع صدور العقوبة التأديبية وأخرى تأتي لاحقة أي بعد توقيع العقوبة التأديبية.

ومن بين الضمانات المعاصرة والملازمة لصدور العقوبة التأديبية تسبب القرار التأديبي، والتي تعد من أهم الضمانات الجوهرية في المجال التأديبي فبوجودها يطمئن الموظف العام من أسباب إدانته و يتأكد من أوجه الاتهام التي تمت مواجهته بها جميعا وتحقيق دفاعه بما يحول دون انحراف أو تعسف الجهة المختصة في ممارسة سلطتها التأديبية، ويعد التسبب من الأمور التي تملئها العدالة المجردة وضمير الأنصاف والأصول العامة في المحاكمات، كما أنها تستلهم من المبادئ الأولية المقررة في القوانين الخاصة بالإجراءات سواء في المحاكمات الجنائية أو التأديبية بغض النظر عن وجود نص يقرها أم لا.

ولما كانت السلطة التأديبية المختصة ملزمة بتسبب قراراتها التأديبية فإنه لا يكفي أن تفي بهذا الالتزام بذكر أية أسباب، بل يتعين عليها أن تتقيد بمجموعة من الضوابط والقواعد حتى يتحقق الغرض من التسبب .

والهدف من إلزام السلطة التأديبية بتسبب القرار التأديبي للموظف العام هو حماية الموظف بالدرجة الأولى، وضمان عدم المساس بمستقبله حتى يتمكن الموظف من أداء مهامه دون أن يكون لديه هاجس الخوف من أن يرتكب أي خطأ قد يعرض حياته الوظيفية للخطر، كما أن تسبب القرار التأديبي وثيق الصلة بضمانة الرقابة القضائية التي تعتبر الطريق الثاني الذي يسلكه الموظف من خلال الطعن في مشروعية القرار التأديبي الصادر بحقه.

إشكالية البحث :

تتمثل إشكالية البحث في كيف نجعل من تسبب القرار التأديبي ضمانا حقيقة لمساءلة تأديبية عادلة لذا لا بد لنا من توضيح ما لمقصود بتسبب القرار التأديبي، وما هي أهميته والأساس القانوني له ، وما هي العناصر والشروط التي يجب مراعاتها عند تسبب القرار التأديبي، وأخيراً ما هو الأثر المترتب على عدم التسبب.

أهمية البحث :

يعتبر تسبب القرار التأديبي من أهم الضمانات التأديبية في مجال الوظيفة العامة، فهي الضمانة التي تكفل حق الموظف في مساواة تأديبية عادلة وتحميه من أي إجراء أو تصرف غير قانوني صادر من الإدارة مهما كانت ذريعتها فيه، وتجعل الموظف المحال على التأديب على يقين من أن تأديبه سيكون طبقاً للقانون، حتى وأن كانت الإدارة هي الخصم و الحكم في نفس الوقت.

أسباب اختيار البحث :

يرجع سبب اختيار هذا الموضوع إلى عاملين أساسيين هما :

- عامل التخصص في القانون الإداري والوظيفة العامة أحد أهم المجالات التي تدخل في إطار القانون الإداري.
- القيمة العلمية والعملية للموضوع لارتباطه بعنصر وشريحة مهمة في المجتمع وهي شريحة الموظفين، وما لهذه الشريحة من أهمية في تسيير وتفعيل نشاط المرافق العامة .

منهج البحث :

إن طبيعة الموضوع تفرض علينا ان نتبع المنهج الوصفي التحليلي كمنهج رئيسي، مع استخدامنا للمنهج التاريخي للعودة إلى تشريعات سابقة متعلقة بالوظيفة العامة سواء كان ذلك في التشريع الليبي أو التشريع المقارن، كما قمنا بتوظيف أسلوب المقارنة لإجراء مقارنات بين ما ذهبت إليه هذه التشريعات فيما يخص موضوع دراستنا.

الصعوبات التي واجهت الباحث :

الصعوبة التي واجهناها في هذا الدراسة هي عدم وجود مراجع متخصصة، فرغم الأهمية التي تكتسبها إشكالية التسبب في القرار التأديبي، إلا أن معظم المراجع والدراسات التي تحصلنا عليها لم تتطرق إلى هذا الموضوع بالشكل الذي يعكس أهميتها.

خطة البحث :

تمشياً مع إشكالية الموضوع وأهميته قسمت دراسة هذا الموضوع إلى ثلاث مباحث وفق الخطة الآتية :

- المبحث الأول : مفهوم تسبب القرار التأديبي.
 - المطلب الأول : تعريف التسبب وأهميته.
 - المطلب ثاني : الأساس القانوني للتسبب.

- المبحث الثاني : أركان وشروط صحة تسبيب القرار التأديبي .
 - المطلب الأول : اركان تسبيب القرار التأديبي.
 - المطلب الثاني : شروط صحة تسبيب القرار التأديبي.
- المبحث الثالث : الأثر المترتب على عدم تسبيب القرار التأديبي.
 - المطلب الأول : أوجه عدم مشروعية التسبيب.
 - المطلب الثاني : الجزاء المترتب على عدم التسبيب .

المبحث الأول

مفهوم تسبيب القرارات التأديبية

الهدف من إلزام السلطة الإدارية من تسبيب قراراتها التأديبية التي تتخذها ضد موظفيها هو حماية الموظف العام بالدرجة الأولى، و ضمان عدم المساس بمستقبله الوظيفي واستعمال هذه السلطة على هواها، و عليه فإن تسبيب القرار التأديبي وثيق الصلة بضمانة الرقابة القضائية التي تُعد الطريق الثاني الذي يسلكه الموظف العام من خلال الطعن على مشروعه القرار التأديبي الصادر بحقه، ومن الضمانات المعاصرة لتوقيع الجزاء التأديبي أن يصدر القرار التأديبي مسبباً، فيعتبر إخلال الموظف العام بواجباته الوظيفية أو خروجه عن مقتضياتها هو السبب في توقيع العقوبة التأديبية وهو أساس شرعيتها .

و سوف نحاول دراسة هذا المبحث من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول

تعريف التسبيب وأهميته

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين أساسيين نتكلم في الفرع الأول عن تعريف التسبيب، والفرع الثاني أهميته.

الفرع الأول :تعريف التسبيب

سوف نحدّد المعنى اللغوي لكلمة التسبيب ثم المعنى الاصطلاحي للتسبيب في القرار التأديبي.

أولاً : التعريف اللغوي

التسبب في اللغة العربية مصدر كلمة سبب و السبب بمعنى الحبل، و هو كل شيء يتوصل به إلى غيره و السبب يكون أيضا بمعنى الطريق قال تعالى: " و آتيناها من كل شيء سبباً"⁽¹⁾، و السبب هو ما يوصل به إلى الشيء، فالباب موصل إلى البيت، و الحبل طريق إلى الماء والطريق موصل إلى ما تريد⁽²⁾.

ثانياً : التعريف الاصطلاحي .

عرفه د. على خطار شنطاوي التسبب على أنه : " التزام قانون تعلن الإدارة بمقتضاه الأسباب القانونية و الواقعية التي حملتها على إصدار القرار الإداري و شكلت الأساس القانوني الذي بني عليه "⁽³⁾ .

كما عرفه د. أشرف عبدالفتاح أبو المجد بأنه: " الإفصاح عن العناصر القانونية والواقعية التي استند إليها القرار الإداري، سواء كان الإفصاح واجبا قانونيا أو بناء على التزام قضائي أو تلقائيا من الإدارة، و يعني هذا المبدأ أن الإدارة تلتزم حين إصدارها للقرار الفردي أن يتضمن هذا القرار في ذاته الأسباب التي دعت إلى اتخاذه "⁽⁴⁾.

كما عرفه أيضاً د. علي جمعة محارب بأنه: " أن يتضمن القرار بجانب الجزاء، الواقعة أو الوقائع التي أدت إلى توقيع الجزاء، بما يكفل الاطمئنان إلى صحة ثبوت الوقائع المستوجبة لهذا الجزاء، والتي كونت منها السلطة التأديبية عقيدتها واقتناعها، واستظهار الحقائق القانونية وأدلة الإدانة بما يفيد توافر ركن الجريمة التأديبية، وقيام القرار على السبب المبرر له "⁽⁵⁾.

وعرفه د. إرشيد عبد الهادي الحوري بأنه: " بيان الواقعة التي شكلت الركن المادي للمخالفة و صحة نسبتها للمخالف الذي ارتكبها مما أدى إلى توقيع الجزاء التأديبي عليه، و ليس من الضروري أن تكون هذه الأسباب بالتفصيل و إنما يكفي أن يُشار إليها و لو بإيجاز يفهم منه أن هذا الجزاء وقع لهذا السبب "⁽⁶⁾.

وأخيراً عرفه د. عبد لعزیز عبد المنعم خليفة بأن : " تسبب القرار التأديبي يعني ذكر المبررات التي لأجلها صدر لإحاطة المخاطب به بالوقائع التي عوقب لأجلها "⁽⁷⁾.

كما يمكن أن نعرف تسبب القرار التأديبي بشيء من البساطة عندما نقول أن تسبب القرار التأديبي للموظف العام هو أسباب القرار التأديبي مكتوبة، أو هو تبرير العقوبة التأديبية من خلال كتابة المبررات في صلب القرار التأديبي.

الفرع الثاني : أهمية تسبب القرار التأديبي

يعد التسبب من أفضل الضمانات التي تمخضت عنها الحضارة القانونية ولاسيما في مجال التأديب، نظراً لأن ضمانات التسبب كحق من حقوق الإنسان تجنب العدالة البشرية تحكم الرأي وسطوة العاطفة، وتقف ضد أي خلل قد يصيب نفوس البشر أو أي إنفعال من شأنه أن يؤثر على عدالتهم.

فأهمية التسبب لا تقتصر فقط على الموظف المحال على التأديب إذ تتسع لتطال السلطة التأديبية أيضاً، لذا سنتطرق لأهمية التسبب بالنسبة لطرفي العلاقة الوظيفية، الموظف العام، و السلطة التأديبية و سوف نتناول ذلك في التفصيل الآتي :

أولاً : أهمية تسبب القرار التأديبي بالنسبة للموظف العام

يركز الفقه عادة على أهمية تسبب قرارات التأديب بالنسبة للأفراد انطلاقاً من أن الفرد هو حجر الزاوية في النشاط الإداري، فهو سبب وجود الإدارة، ومن جهة أخرى فالفرد هو أول المستفيدين من ضرورة التسبب لأنه يسعى دائماً لمعرفة الأسباب التي دفعت الإدارة لاتخاذ قرارها، فالتسبب يجيب عن تساؤلات الأفراد وعن دوافع إصدار القرار وذلك من خلال وقوفه على الأسباب الحقيقية التي استندت إليها الإدارة لإصدار القرار، لكي يستطيع بعد ذلك الفرد أن يحدد موقفه من القرار، فيكون أمام أحد الخيارين، إما أن يطعن في القرار لعدم اقتناعه بالأسباب التي بررت بها الإدارة قرارها، وإما أن يفتتح بمضمون القرار وصحة أسبابه⁽⁸⁾.

كما ان التسبب يسهل مهمة الموظف في الدفاع عن نفسه لأنه يكفل ضمانات المواجهة فمن خلاله يستطيع الموظف معرفة طبيعة مخالفته وأسانيدها، وبالتالي معرفة مدي مشروعية الجزاء الذي صدر بحقه، فإذا تبين للموظف المخالف عدم مراعاة السلطة التأديبية للقواعد والضمانات الواجب إتباعها في توقيع الجزاء التأديبي، أصبح من حقه الطعن في القرار التأديبي وفق الطرق المقررة قانوناً⁽⁹⁾.

ويعد التسبب من الضمانات التي تكفل عدالة العقوبة الموقعة لأن التزام السلطة التأديبية بالتسبب يعني ذكرها للأسباب الحقيقية التي دفعتها إلي توقيع الجزاء التأديبي علي الواقعة أو الوقائع المرتكبة من قبل الموظف، والتي تعتبر أخطاء تأديبية تستوجب العقاب⁽¹⁰⁾.

كما أن تسبب القرار التأديبي يمكن الموظف المخالف من مطابقة الأخطاء التي استندت إليها الإدارة في تبريرها للقرار التأديبي إن كانت هي نفس الأخطاء التي تمت مواجهته بها، أو أن عقابه تم علي أساس مخالقات ليس له علم بها.

كما يمكن تسبب القرار التأديبي الموظف المخالف أيضاً من مراقبة تصرفات الإدارة، وذلك من خلال مقارنة قرار عقوبة موظف مذنب سبب بنفس الأسباب التي وردت في قرار تأديبي خاص بزميل له، وهذا للتأكد من تطبيق مبدأ المساواة في العقوبات التأديبية⁽¹¹⁾.

ولاشك أن التسبب يقيم جسوراً من الثقة بين الإدارة والأفراد، كما يتيح للفرد أن يكون على بينة من أمره، ليقدر كما بينا في السابق، في ضوء الأسباب جدوى الشكوى القضائية⁽¹²⁾.

ثانياً : أهمية تسبب القرار التأديبي بالنسبة للإدارة

يكتسي التسبب أهمية بالغة بالنسبة للسلطة التأديبية تكاد تصل إلي نفس الأهمية التي تكتسبها بالنسبة للموظف العام، فالتسبب يعمل علي ديمقراطية العمل الإداري: وذلك لأنه من خلال تسبب الإدارة لقراراتها، تستطيع الإدارة العمل علي إشراك المخاطبين بالقرار الإداري في وضع هذه القرارات من خلال إتاحة الفرصة لهم للقرب من الإدارة، ومعرفة الأسباب والأسانيد التي تؤسس عليها الإدارة لقراراتها، مما يمكن المخاطبين بالقرار من تحديد موقفهم اتجاه القرار وهذا من شأنه أن يحسن علاقة الإدارة بالموظفين .

وبشكل التسبب أيضاً مرجعاً إدارياً للموظفين الباقين العاملين بالإدارة، فهو يقدم صورة واضحة للظروف والوقائع التي كانت سبباً في اتخاذ القرار، مما يسهل عليهم فيما بعد مهمتهم في إصدار قرارات جديدة، وذلك من خلال الاستعانة بالقرارات التي صدرت من قبل، وبالتالي الاستفادة من الخبرات السابقة والعمل علي عدم تكرار الأخطاء السابقة في المستقبل .

والتسبب يعمل أيضاً علي التقليل من احتمالات صدور قرارات خاطئة، فهو يلعب نفس الدور الذي يلعبه تسبب الأحكام القضائية⁽¹³⁾، فهو يجعل السلطة التأديبية تترتب وتتمهل وتفكر في الأمر مما يحول دون العجلة في إصدار القرار⁽¹⁴⁾، حتى يصدر قرارها خالياً من كل شائبة تؤدي إلي بطلانه ، والتالي إخراجها أمام الرأي العام⁽¹⁵⁾.

فمراقبة الذات من أعظم الأمور في إتباع الحق والأخذ بالإجراءات القانونية السليمة، الأمر الذي يعني أن التسبب ليست ضمانة شكلية فقط، وإنما ضمانة موضوعية أيضاً بدليل الأثر الذي تتركه علي مضمون التصرف نفسه⁽¹⁶⁾.

المطلب الثاني

الأساس القانوني للتسبب :

القاعدة المستقرة في نطاق القانون الإداري أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها الإدارية ما لم يلزمها المشروع بذلك و نتيجة لذلك تتمتع الإدارة بقدر كبير من الحرية في عدم التصريح بأسباب قراراتها طالما لا يوجد نص قانوني يلزمها بذلك ، فنجد أن المحكمة العليا في حكمها بتاريخ 1966/6/25 تقول: " قد يشترط القانون تسبب بعض القرارات الإدارية، وحينئذ يصبح هذا الإجراء شكلاً أساسياً في القرار يترتب عن إهماله بطلانه، أما إذا لم يلزم المشروع الإدارة بذلك فليس عليها حرج في إخفاء تلك الأسباب "⁽¹⁷⁾، وتطبيقاً لهذه القاعدة فإن الإدارة حرة في الإدلاء بأسباب قراراتها.

وأن قضاء المحكمة العليا مستقر كما جاء في حكمها بتاريخ 1984/4/22 " أنه يكفي لصحة القرار الإداري قيامه على سبب يبرره في الواقع القانون، لأن السبب في القرار هو قيام الحالة الواقعية أو القانونية التي تحمل مصدره على التدخل بقصد إحداث اثر قانوني هو محل القرار "⁽¹⁸⁾.

وسنحاول معرفة الأساس القانوني لتسبب من خلال التعرض إلى موقف التشريعات المقارنة من تسبب القرار التأديبي ثم سنتطرق إلى موقف التشريع الليبي من التسبب وذلك علي التفصيل الآتي :

الفرع الأول : الأساس القانوني للتسبب في التشريع المقارن

سوف نتناول الأساس القانوني لتسبب القرار التأديبي في التشريع المصري والتشريع الفرنسي كنموذج للتشريع المقارن، ندرس من خلالهما رأي كل هذه التشريعات في تسبب القرار التأديبي للموظف العام، و ذلك على التفصيل الآتي :-

أولاً : في مصر

يجد تسبب القرار التأديبي أساسه في قانون العاملين المدنيين بالدولة المصرية وذلك ابتداء من القانون رقم 210 لسنة 1950 إلي غاية القانون رقم 47 لسنة 1987، فقد

نصت في مجملها علي ضرورة تسبب القرارات التأديبية، كما نجد أن قانون النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية رقم 117 لسنة 1958 وتحديداً المادة 28 منه نص علي وجوب إلزامية تسبب القرارات التأديبية والأحكام التأديبية وهذا ما نص عليه أيضاً قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972م⁽¹⁹⁾ ، كما نص قانون الخدمة المدنية الجديد رقم 18 لسنة 2015م في مادته 56 علي أن : ".....ويكون القرار الصادر بتوقيع الجزاء مسبباً " .

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر علي وجوب الالتزام بهذه الضمانة وإن لم يتم النص عليها قانوناً، فلقد الأدنى من الضمانات التأديبية التي يجب أن تتوفر في كل محاكمة تأديبية التي تملئها العدالة المجردة وضمير الأنصاف والأصول العامة في المحاكمات، ولكونها من المبادئ الأولية المقررة في الإجراءات سواء تعلق الأمر بالمحاكمات الجنائية أو التأديبية، كما اعتبرت أن القضاء التأديبي في الواقع هو قضاء عقابي عندما يتعلق الأمر بالمخالفات الإدارية، لذلك يجب تسبب القرار التأديبي بما يزرع الاطمئنان في نفس الموظف إلي صحة وثبوت الوقائع التي تم اتهامه بها⁽²⁰⁾.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه يجب علي مجالس التأديب وهي تفصل في خصومة تأديبية أن تراعي الإجراءات والضمانات التأديبية، التي من أبرزها تحقيق دفاع المتهم وإصدار القرار التأديبي مسبباً بطريقة تمكن السلطة القضائية المختصة من مباشرة رقابتها علي تلك القرارات سواء من حيث صحة الوقائع التي استندت عليها أو من حيث سلامة تطبيقها للقانون⁽²¹⁾.

وأنه بناء علي أن تلك المجالس التأديبية تفصل بحسب طبيعة موضوع ما تختص به، في منازعات وخصومات تأديبية، فإنه يتعين عليها مراعاة الإجراءات التي تتبع في المحاكمات التأديبية بما يحقق ضمانات العدالة وتحقيق دفاع المتهمين وهذه الإجراءات الواجبة الإلتباع كنظام عام للعقاب والجزاء أياً كان نوعه والذي قرره أساساً الأحكام الواردة صراحة في الدستور المواد 68.67.66 من الدستور، ومن أبرز تلك الضمانات والإجراءات أن يتمكن المتهم من إبداء دفاعه، وأن يحقق المجلس هذه الدفاع وتصدر قرارات المجلس مسببة علي نحو يكفل مباشرة السلطة القضائية المختصة بنظر الطعن فيما لحقها في الرقابة علي تلك القرارات سواء من حيث صحة تأصيلها للوقائع أو سلامة تطبيقها للقانون ومن حيث ما توصلت إليه من إدانة أو براءة أو التناسب بين ما وقعته من عقوبات تأديبية وبين الوقائع الثابتة علي المتهم الذي وقع عليه الجزاء التأديبي، ولا

يتصور عدالة أو قانوناً أو منطقاً أن يلزم المشرع المحكمة التأديبية في المادة 43 من القرار بالقانون رقم 47 بشأن تنظيم مجلس الدولة بتسبيب أحكامها ضماناً لكفالة حق الدفاع ولتحقيق الرقابة القانونية للمحكمة الإدارية العليا علي هذه الأحكام، وتتحلل قرارات مجلس التأديب من التسبيب ومن ضمان حق الدفاع⁽²²⁾ .

كما تؤكد المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ 2000/11/19 أن: "تسبيب الأحكام هو أقوى الضمانات التي فرضها القانون على القضاة تحقيقاً للعدالة، ومظهر قيامهم بما عليهم من واجب التدقيق والبحث وإمعان النظر للتعرف على الحقيقة التي يعلنونها فيما يفصلون فيه من قضاء، وبه وحده يسلمون من منظمة التحكم وهو الدليل الذي يقدمونه بين يدي الحضور و الجمهور و يدعون به الجميع إلى عدلهم"⁽²³⁾.

من خلال ما سبق نلاحظ أن القضاء الإداري ي مصر أولى أهمية بالغة لضمانة تسبيب القرار التأديبي، حيث رأى بأن تسبيب القرار التأديبي لا يقل أهمية عن تسبيب الأحكام التأديبية لان الغاية من تسبيب الأحكام التأديبية تتوفر في تسبيب القرارات التأديبية، فالتسبيب هو الضمانة التي تكفل حق الدفاع للموظف المعاقب ولكون القرار التأديبي يأتي لتوقيع عقوبات لها تأثيرها الكبير على الحياة المهنية للموظف العام، فقد نص عليها في التشريعات المختلفة بل ذهب ابعده من ذلك فقد اعتبرها تمثل الحد الأدنى من الضمانات التي يجب توفرها عند توقيع أي عقوبة تأديبية، وبالتالي فهي تكتسب الصفة الإلزامية حتى في حالة عدم النص عليها قانوناً، فقد اعتبر القضاء الإداري المصري أن تسبيب القضاء الإداري أمر مفروغ منه سواء وجد نص يلزم السلطة التأديبية بتسبيب قراراتها أم لم يوجد نص يلزمها بذلك.

ثانياً : في فرنسا

الأصل في التشريع الفرنسي أن السلطة التأديبية غير ملزمة بتسبيب قراراتها ما لم يوجد نص يلزمها بالتسبيب، وقد كان قانون التوظيف الفرنسي رقم 2249 الصادر في 19 أكتوبر سنة 1946 يشترط تسبيب القرار التأديبي الذي يتضمن توقيع عقوبتي الإنذار واللوم.

كما اشترط المرسوم الفرنسي رقم 224 الصادر في 4 فبراير لسنة 1959 ضرورة تسبيب القرار التأديبي ولم يشترط ذلك في رأي مجلس التأديب⁽²⁴⁾ .

أما المرسوم الفرنسي رقم 311 الصادر في 14 فبراير 1959 فقد نص على إلزامية تسبب رأي مجلس التأديب الذي يجب أخذ رأيه قبل توقيع العقوبات التأديبية ما عدا عقوبتي الإنذار واللوم ، وجاء القانون الفرنسي رقم 634 الصادر في 13 يوليو سنة 1963 لينص على إلزامية تسبب القرار التأديبي وأيضاً إلزامية تسبب رأي مجلس التأديب .

وعندما صدر القانون رقم 587 لسنة 1979 الذي قرر مبدأ التسبب الوجوبي لبعض الطوائف من القرارات الإدارية الفردية، وفي المقابل تضمن بعض الاستثناءات التي من شأنها إعفاء الإدارة من تسبب القرارات الإدارية التي هي ملزمة في الأصل بتسببها فقد نصت المواد الأولى والرابعة والخامسة من هذا القانون على ثلاث استثناءات وهي : السرية، الاستعجال المطلق، والقرارات الضمنية⁽²⁵⁾ .

يتضح مما تقدم أن المشرع الفرنسي اعترف صراحة بضرورة تسبب القرار التأديبي للموظف العام ، من خلال معظم القوانين المتعاقبة ، فباستثناء فرنسا الوطن الأم للقضاء الإداري وباعتبارها بلد حقوق الإنسان فهي لم تغفل عن أهمية تسبب القرار التأديبي وما يشكله من ضمانات مهمة تكفل حقوق الموظف العام أثناء المساءلة التأديبية.

الفرع الثاني : الأساس القانوني للتسبب في التشريع الليبي

يجد تسبب القرار التأديبي أساسه في المادة 165 من قانون علاقات العمل رقم 10 لسنة 2012 والتي نصت على أن " ... وفي جميع الأحوال يجب ان يكون القرار الصادر بتوقيع العقوبة مسبباً " و قد سبق القانون الخدمة المدنية رقم 55 لسنة 1976 أن نص على ضرورة تسبب القرار التأديبي .

كذلك نصت المادة 46 من القانون رقم 20 لسنة 2013 بشأن إنشاء هيئة الرقابة الإدارية على أن " ... و يجب أن يشمل قرار المجلس على الأسباب التي بني عليها " .

كما نصت المادة 32 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 6 لسنة 1992 بشأن الإدارة العامة للقانون والمتعلقة بقرارات مجلس التأديب الأعلى والتي نصت على أن " يجب أن يشتمل قرار مجلس التأديب على الأسباب التي بني عليها .. " .

وقد أكدت محكمتنا العليا في حكمها بتاريخ 1966/5/9 أنه " يتعين تسبب القرارات التي أوجب المشرع تسببها بصورة آمرة في القانون، وان مخالفة النصوص الأمرة باطلة بطلاناً مطلقاً لتعلقها بالنظام العام، و الحكمة التي أرادها المشرع هي لكي تكون الأسباب مرآة صادقة لما يختلج في نفس جهة الإدارة عند إصدارها للقرار الواجب التسبب، فتفصح عن دوافع إصداره ، وتضفي الاطمئنان على نفوس المتنازعين، بذلك يتوافر رباط منطقي وثيق بين منطوق القرار و اسبابه، و بذلك يرتفع القرار عن مظنة الشك و الشبهات "(26)، كما تؤكد المحكمة العليا في حكمها بتاريخ 1977/3/17م أن : " لما كان الأصل أن الإدارة غير ملزمة بأن تفصح عن أسباب قرارها إلا إذا ألزمها القانون ببيان الأسباب ، ففي هذه الحالة يصبح التسبب شرطاً يترتب على إغفاله بطلان القرار حتى ولو كان سببه صحيح في الواقع "(27) .

وعليه يعتبر التسبب من أهم ضمانات التأديب حيث يطمئن الموظف من أسباب إدانته ، ويتأكد من أوجه الاتهام التي تمت مواجهته بها جميعاً ، و تحقيق دفاعه، كما أن التسبب يوفر ضمانه للقضاء و بالتالي سبل الرقابة الفعالة على أسباب قرار الجزاء(28).

المطلب الثالث

تمييز التسبب عن المصطلحات المشابهة له

سنقوم بالتمييز بين التسبب والسبب ثم يليه التمييز بين التسبب وفكرة المواجهة في الإجراءات الإدارية غير القضائية وذلك علي التفصيل التي :

الفرع الأول : التمييز بين التسبب والسبب :

يقصد بالسبب في القرار الإداري الحالة الواقعية أو القانونية الخارجة عن إرادة وقصد مصدر القرار والتي تملي عليه إصداره لإحداث مركز قانوني معين "(29).

وتؤكد محكمتنا العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1977.3.12 أنه يلزم أن يتوافر في القرار الصادر عن الإدارة جميع أركان القرار الإداري ومن بينها السبب "(30) ، كذلك أكدت محكمتنا العليا في حكمها بتاريخ 2003.4.13 الذي جاء فيه : "قضاء هذه

المحكمة قد استقر علي أن القرار الإداري يجب أن يقوم علي سبب يبرره الواقع والقانون»(31) .

وقد عرف د. شريف يونس حلمي السبب بأنه :«الحالة القانونية أو الواقعية التي تدفع جهة الإدارة إلي إصدار القرار الإداري»(32).

فالسبب ركن من أركان القرار الإداري ، فغيابه يجعل القرار منعماً لأنه كأصل عام يجب أن يستند كل قرار إداري إلي أسباب صحيحة وموجودة ، أما التسبب فهو إجراء شكلي لا يرقى إلي مرتبه ركن في القرار فإذا كان التسبب واجباً قانونياً أو التزاماً فرضه القاضي الإداري فإن مخالفته تعيب القرار الإداري، أما إذا كان التسبب أمر اختياري فإن غيابه لا يعيب القرار ولكنه يضعه محل شبهة، ذلك أن قرينة السلامة التي يتمتع بها القرار الإداري قرينة بسيطة تقبل إثبات عكسها، وبالتالي فإن الرقابة علي السبب تقضي بالضرورة وجود التسبب .فكون الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها هذا لا يعني أنها غير ملزمة بالاستناد إلي أسباب صحيحة في إصدارها لقراراتها(33).

وقد يصدر القرار بدون ذكر التسبب كإجراء شكلي وفاقداً للسبب الدافع لإصداره، فيكون القرار قابلاً للإبطال لتخلف شرط التسبب كإجراء شكلي وركن السبب كشرط لصحة القرار الإداري، فركن السبب ركن يجب توفره في حالة ذكر التسبب أو عدم ذكره، فالقرار الإداري يجب أن يقوم علي سبب حقيقي وواقعي يبرره، وإن كانت جهة الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها إلا في الحالات التي يتطلب فيها القانون ذلك.

ولقد دعت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلي ضرورة التمييز بين وجوب تسبب القرار الإداري كإجراء شكلي قد يتطلبه القانون، وبين وجوب قيامه علي سبب يبرره صدقاً وحقاً فإذا كانت الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها إلا إذا أوجب عليها القانون ذلك، إلا أن القرار الإداري يجب أن يقوم علي سبب يبرره سواء تم ذكر الأسباب أم لا، و ذلك باعتبار أن القرار الإداري تصرف قانوني يجب أن يقوم علي سبب يبرره(34) .

الفرع الثاني: التمييز بين التسبب وفكرة المواجهة في الإجراءات الإدارية غير القضائية:

يقصد بالواجهة " إحاطة الموظف بالمخالفة المنسوبة إليه ، و إطلاع على الأدلة التي تشير إلى ارتكابها للإدلاء بدفاعه ، و إشعاره أن الإدارة تتجه نحو مؤاخذته إذا ما ترجحت لديها أدلة إدانته "(35) .

فمبدأ المواجهة يعتبر من أصول الدفاع و من المبادئ الأساسية في توقيع العقوبة التأديبية وتحقيق العدالة في المساءلة التأديبية .

وتعتبر المواجهة أيضاً ضماناً جوهرياً لحق الدفاع يجب أن تتسم بالصرحة والوضوح ، و مع إحاطة المتهم بكافة الأدلة ، بالإضافة إلى احترام حق المتهم الدستوري في سماعه و تحقيق دفاعه(36) .

ويرى جانب من الفقه إلى أن التسبب يعتبر ضماناً احتياطية للمواجهة بمعنى أن القرارات التي تجب فيها المواجهة لا يجب إلزام الإدارة بتسببها ، و إلا لن تكون هناك فائدة من ذلك ، فإذا كانت المواجهة تتضمن علم ذوي الشأن بأسباب القرار حتى يتمكنوا من إبداء ملاحظاتهم عليه فإن اشتراط التسبب لن تكون منه فائدة ، غير أن الراجح هو ما ذهب إليه غالبية الفقه الإداري الحديث من أن التسبب يعتبر ضماناً إضافية إلى جانب المواجهة ، ذلك أن العلم الفعلي بأسباب القرار لا يكون بديلاً عن الالتزام بالتسبب الشكلي ، و هذا ما استقر عليه قضاء المحكمة صراحة بأن التحقيق السابق لا يعوض و لا يغني عن التسبب إن الارتباط الشكلي بين التسبب و المواجهة ، راجع إلى القرارات التأديبية ذات صفة قضائية لذلك يجب أن تتوفر فيها جميع الضمانات اللازمة للموظف نظراً لخطورة الإجراءات في ذاتها ، فكلما كان الإجراء الذي ستتخذه الإدارة خطيراً فهي ملزمة بالتسبب والمواجهة معاً حتى في خارج نطاق التأديب . فالمواجهة تمكن ذوي الشأن من معرفة أسباب القرار و تمكنهم من إبداء ملاحظاتهم عليه ، إلا أنها لا تتيح لهم فرصة فحص مضمون القرار ، أما التسبب فهو الذي يمكن ذوي الشأن من الوقوف على حقيقة الأسباب و مدى الترابط بينها و بين مقدم القرار(37) .

المبحث الثاني

أركان وشروط صحة تسبب القرار التأديبي

تسبب القرار التأديبي يقوم على أركان وشروط صحة يجب أن تتوافر جميعها حتى يتحقق الغرض منها ، وبالتالي إضفاء طابع الشرعية على القرار التأديبي ، حتى لا يكون هناك أي شك من طرف الموظف في النوايا الحقيقية للسلطة التأديبية ، حيث من خلال عناصر وشروط التسبب يمكن التحقق من مدى صحة العقوبة التأديبية التي فُرضت على الموظف المخالف

وسوف نتناول دراسة هذا المبحث من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول

أركان تسبب القرار التأديبي

أركان التسبب هي في الحقيقة عناصر صحة داخلية تتعلق بمضمون التسبب ، فيجب في التسبب تحديد الوقائع الموجبة للعقوبة التأديبية وكذلك بيان الأسس القانونية المعتمد عليها ، وأيضاً الرد على ما يبديه الموظف المتهم من أوجه الدفاع الجوهرية ، وهو ما سوف نتناوله من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول : تحديد الوقائع الموجبة للعقوبة التأديبية

يتمثل أول ركن من أركان التسبب في بيان الواقعة أو الوقائع التي استندت إليها العقوبة بحيث يستطيع الموظف المتهم معرفة إصدار القرار الصادر بحقه بمجرد قراءته، لأنه من الصعب تطبيق الوصف القانوني السليم دون تحديد الأفعال الإيجابية أو السلبية التي تشكل الركن المادي للخطأ التأديبي ، فلا يمكن معاقبة الموظف إلا إذا كانت الواقعة تشكل إخلالاً بمقتضيات الوظيفة العامة، حيث يترتب على ذلك عدم جواز تطبيق أوصاف الخطأ على الموظف المعني، كما لا يجوز إعمال التكيف القانوني للجرائم الجنائية وتطبيقها على التكيف التأديبي للخطأ الذي يرتكبه الموظف⁽³⁸⁾.

ويُقصد بالأركان الواقعية للقرار تلك الاعتبارات المتعلقة بالواقع التي تحدّد بها الجوانب الأساسية لمركز ذوي الشأن والتي يؤدي وضعها في الحسبان إلى إصدار القرار

فالقرار التأديبي يجب أن يتضمن بيان الواقعة أو الوقائع التي تستوجب العقاب، فالإجراءات التأديبية تتطلب وجود فعل ينطوي على خطأ، وهذا الخطأ هو الذي يعطي للسلطة التأديبية المشروعية في ممارستها لسلطاتها التأديبية، ولذلك يجب على سلطة التأديب أن تبين الأفعال الإيجابية أو السلبية التي استخلصت منها الخطأ التأديبي، وإذا كان لسلطة التأديب أن تستند لصيغة عامة في تكييفها للجريمة التأديبية، فإذا تقرر أن الموظف قد خرج على ما يتطلبه الواجب في أعمال وظيفته، فإنه يجب عليها أن تذكر وتحدد الواقعة أو الوقائع التي قام الموظف بإتيانها فاعتبرتها خروجاً على مقتضيات الوظيفة العامة .

فالوجود المادي للأسباب شرط وعنصر جوهري لصحة التسبب، والقول بأن التسبب متحقق حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه : " يجب أن تصدر الأحكام مسببة والمراد بالتسبب المعتبر هو تحرير الأسانيد والحجج المبني عليها الحكم، والمنتجة له، سواءً من حيث الوقائع أو القانون، ولكي يتحقق الغرض من التسبب يجب أن يكون فيه بيان جلي مفصل بأن يشتمل الحكم على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة متضمناً أركان المخالفة والظروف التي وقعت فيها والأدلة المستخلصة منها ، حتى يتضح وجه الاستدلال بها ، وسلامة المآخذ ، وإلا كان قاصراً ..."(40) .

كما قرر مجلس الدولة الفرنسي أنه لا يكفي مصدر القرار أن يوقع جزاءً تأديبياً على الموظف العام مستنداً في ذلك إلى الخطأ الذي ارتكبه الموظف، بل يجب عليه أن يحدد الأفعال المنسوبة إليه تحديداً نافياً للجهالة⁽⁴¹⁾، ويتفرع عن وجوب التسبب وسلامته، أنه إذا استند القرار التأديبي على أكثر من واقعة وثبت براءة المتهم من إحداها فإن القرار يعتبر معيباً، لأن الجهة الموقعة على القرار كان يمكن أن يختلف رأياً لو أنها انتبعت إلى ذلك، كما أنه لا يكفي أن تقوم السلطة التأديبية المختصة بذكر الواقعة محل الاتهام وتحديد الظروف التي وقعت فيها، بل يجب أن يتضمن القرار التأديبي المسبب أيضاً تحديد الزمان الذي وقعت فيه المخالفة لما له من أهمية في رفع الغموض واللبس الذي يدور حولها، وكذلك في حساب مدة تقادم الدعوى التأديبية بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بتاريخ وقوع المخالفة كأساس لبداية حساب مدة التقادم⁽⁴²⁾.

الفرع الثاني : بيان الأسس القانونية المعتمد عليها

إذا كان قوام الدعوى التأديبية هو ارتكاب الموظف لمخالفة تأديبية والمتمثلة في إخلاله بواجباته الوظيفية المنصوص عليها في المادة 11-12 من القانون رقم 12 لسنة 2010م بشأن علاقات العمل ، إلا أن هذه الواجبات يجب أن تكون محددة مسبقاً بموجب القوانين واللوائح والتعليمات التي يجري العمل بها ، وإذا كانت المخالفة التأديبية لا تخضع لقاعدة " لا جريمة إلا بنص " كما هو الحال عليه بالنسبة للجريمة الجنائية، إلا أنها تخضع لقاعدة الشرعية بمعناها الواسع، والمتمثلة في إخلال الموظف بواجب من واجباته الوظيفية أو الخروج على مقتضياتها حيث يُعد الإخلال بواجب وظيفي أو أكثر هو السند القانوني الذي يجب أن يتحقق قبل توقيع العقوبة التأديبية، وعليه لا يمكن أن يعاقب الموظف تأديبياً إلا في الحدود التي يسمح بها القانون .

والمقصود بالأساس القانوني للتجريم هو : " إسناد الجريمة أو المخالفة التأديبية إلى مواد القوانين واللوائح والقرارات والتعليمات التي خولفت أحكامها ، والتزام التعبير الوارد بها في إيراد الوصف ما أمكن ، فإذا كان ما وقع من الموظف لا يشكل مخالفة لواجب أو إتياناً لحظر حدّدته التشريعات ، وإنما يشكل مخالفة إدارية في صورة من صور الخروج على مقتضى الواجب ، تعين وصفه بذلك " .

ومن ناحية أخرى لا بد أن يشتمل التسبب على النص أو القاعدة القانونية المستند إليها وأن تدخل الواقعة ضمن القانون الواجب تطبيقه ، وأن لا يكون القرار مخالفاً في أساسه للقانون أي نتيجة تفسير خاطئ ومنطبق على الواقعة محل القرار⁽⁴³⁾ .

وقد اختلف الفقه الفرنسي حول بيان الأسباب القانونية التي يستند إليها القرار الإداري، فهناك من يقصره على ذكر الأسباب الواقعية، وهناك من يتطلب أن يشتمل على الأسباب القانونية بالإضافة إلى أسبابه الواقعية، وهذا ما أكد عليه بعض الفقه الحديث بحيث لا تتبع الإدارة ما يحدث في الأعمال القضائية، وإنما تأتي في إشارتها للقاعدة التي طبقتها مجاملة دون توضيح، ولا يعتبر الخطأ في الإشارة إلى القاعدة أو عدم ذكر المادة التي يقوم عليها القرار إخلالاً جوهرياً يعيب التصرف باعتباره خطأ مادي يمكن تداركه، ويكفي لقيام الأساس القانوني للتجريم أن ينطوي الفعل الإيجابي أو السلبي للموظف على الإخلال بواجب من الواجبات المفروضة عليه، نظراً لأن المشرّع لم يحدد في المجال

التأديبي الأفعال التي تشكل مخالفات تأديبية بل اكتفى ببيان الالتزامات الوظيفية واعتبر كل خروج عليها يشكل خطأ تأديبي يعرض صاحبه للمساءلة التأديبية⁽⁴⁴⁾.

فمن خلال بيان الأساس القانوني الذي استند عليه في تطبيق العقوبة يمكن مراقبة مدى تطابق النص المشار إليه مع القدر الثابت من الوقائع، وبحث ما إذا كانت هذه العقوبة المقضى بها تدخل في هذا النص بالذات⁽⁴⁵⁾.

وبالرغم من عدم نص المشرع الليبي على ضرورة تبيان الأسانيد المعتمدة في القرار التأديبي إلا أن ذلك لا يمنع قيامه على مجموعة من الأسانيد كالإشارة إلى النص الذي منح مصدر القرار الاختصاص، بالإضافة إلى الإشارة إلى النصوص التي تحكم موضوع القرار والوقائع التي يستند إليها كما يشار في ديباجة القرار إلى الإجراءات المتخذة قبل صدوره كإجراء التحقيق الإداري وتحقيق دفاع المتهم.

الفرع الثالث : الرد على ما يبديه الموظف المتهم من أوجه الدفاع الجوهرية

في مجال الإجراءات التأديبية يقصد بالطلب ما يتقدم به الخصم في الدعوى من أوجه دفاع تستهدف إظهار الحقيقة كطلب إجراء معاينة أو سماع شهود أو ندب خبير، أما الدفع فيقصد به أوجه الدفاع الموضوعية والقانونية التي يثيرها الخصم ليحقق غايته من الخصومة⁽⁴⁶⁾.

ويعتبر الطلب جوهرياً إذا كان بإمكانه أن يغير من النتيجة التي تم الحصول عليها من دليل معين، أو إذا كان هذا الطلب متعلقاً بإظهار دليل جديد لم يتم التطرق إليه، فالطلب الجوهري بإمكانه تحقيق دفاع المتهم في نفي التهمة المنسوبة إليه، وأن يصبح ثبوتها عليه محل شك وبالتالي يجب تبرئته منها أو التخفيف من مسؤوليته عنها.

وبالتالي فهذا الشرط يقتضي أن يتناول القرار التأديبي، الرد على ما أبداه الموظف المتهم الذي يخضع للمساءلة في معرض الدفاع على نفسه⁽⁴⁷⁾، ويجب أيضاً أن تتضمن أسباب القرار التأديبي الرد على كل طلب هام أو دفع جوهري، التي من شأنها إذا صحت أن تزيل أو تضعف الأسس المنطقية أو القانونية التي اعتمد عليه القرار التأديبي، لذا يجب على السلطة التأديبية إذا أصدرت قراراً بتبرئة الموظف من التهمة المنسوبة إليه، أن تبين سبب رفضها الأخذ بأدلة الإدانة إن وجدت، وإذا ما أصدرت قراراً بالإدانة فيتعين عليها الرد ورفض الدفوع التي قدمها الموظف المتهم التي لو كانت صحيحة لأدت إلى براءته أو إضعاف الأسس المنطقية أو القانونية التي اعتمد عليها القرار التأديبي، كما أن

السلطة التأديبية ليست ملزمة بالرد على كل ما يثيره المتهم من وقائع غير منتجة، ويكفي أن تتضمن الأسباب ما يفيد ثبوت الاتهام من خلال ما قرره المتهم والشهود⁽⁴⁸⁾.

المطلب الثاني

شروط صحة تسبب القرار التأديبي

لا يكفي في التسبب الخاص بالقرار التأديبي أن تتوفر فيه عناصر يتطلبها القانون و إنما أيضا هناك شروط لصحته لا بد من توافرها و هي تعتبر شروط صحة خارجية ، و هي أن يرد التسبب في صلب القرار التأديبي وأن تكون أسباب القرار التأديبي جدية كافية و واضحة .

و هذا ما سوف نتناوله على التفصيل الآتي :-

الفرع الأول : أن يرد التسبب في صلب القرار

ويقصد به أن يرد التسبب في ذات القرار التأديبي لأن القرار يجب أن يجتمع فيه شروط صحته دون الحاجة لأي دليل على ذلك يرد من الخارج⁽⁴⁹⁾، أي أن يكون القرار مشتملاً على أسبابه حين صدوره ولا يغني عن ذلك الإحالة العامة إلى وثائق أو مستندات أخرى أو استيفاء التسبب في وقت لاحق بقرار تكميلي⁽⁵⁰⁾.

ومن الضروري أن يتضمن القرار التأديبي الأسباب التي أدت إلى حدوث النتيجة التي توصل إليها بشرط أن تكون هذه الأسباب واردة في صلب القرار، حتى يكون من السهل معرفتها و الرقابة على مدى صحتها، و بالتالي إذا تذرعت الإدارة بسبب من الأسباب فلا يكتفي القاضي بالتأكد من صحته، وإنما يتأكد أيضا من مدى إمكانية اعتماد القرار عليه و ما إذا كان السبب جدياً منتجا لأثره في اتخاذ العقوبة من عدمه، و بالتالي فالتسبب المباشر يستبعد فكرة القرار الشفوي و فكرة التسبب بالإحالة.

أولاً : استبعاد فكرة القرار الشفوي

أن اشتراط التسبب المباشر يعني اشتراط أن يتضمن القرار في ذاته الاعتبارات الواقعية و القانونية التي دفعت رجل الإدارة لاتخاذها، و هذا ما ينتج عنه استبعاد فكرة القرار الشفوي أصلا و في هذا الصدد نصت المادة الثالثة من قانون 1979/7/11م الفرنسي على أن التسبب يجب أن يكون مكتوباً وأن يشتمل على الاعتبارات الواقعية و الأسانيد القانونية التي يقوم عليها⁽⁵¹⁾.

ثانياً : استبعاد فكرة التسبب بالإحالة

التسبب بالإحالة هو" أن يحيل مصدر القرار إلى وثيقة أخرى غير القرار تتضمن أسباب قراره "(52).

ولقد رفض القضاء الإداري الفرنسي هذا النوع من التسبب في كثير من أحكامه إذ قرر أن الإحالة إلى رأي المحقق لا يمثل التسبب الذي يتطلبه القانون، وأعتبر أن مجرد الإحالة إلى رأي مجلس التأديب لا يغني عن تسبب القرار التأديبي.

وتتمثل الحكمة في عدم جواز التسبب بالإحالة وعدم مشروعيته في أن التسبب الشخصي الذي يتولاه مصدر القرار يؤكد أنه قام بفحص الأسباب القانونية و الواقعية فحصاً دقيقاً و موضوعياً و جدياً قبل أن يصدر قراره(53) .

أما القضاء الإداري المصري فلم يكن مستقراً في موقفه إزاء التسبب بالإحالة، وإذا جاءت بعض أحكامه متماشية مع المبدأ الذي أخذ به القضاء الفرنسي، مؤكده على وجوب التسبب المباشر أي أن ترد أسباب القرار التأديبي في صلبه، في حين أجازت أحكام أخرى التسبب بالإحالة إلى أوراق أو وثائق أو تحقيقات أخرى، مما حمل بعض الفقهاء إلى وضع ضوابط تحكم جواز التسبب أو عدم جوازه حيث اعتبرت أن الأصل هو التسبب المباشر واستثناءً يجوز التسبب بالإحالة و ذلك بتوفر الشروط التالية :

- أن تكون الأسباب المحال إليها مسببة تسبياً وافية .
- أن يستطيع صاحب الشأن التأكد من خلالها من التناسق بين هذه الأسباب و بين قرار التأديب .
- أن يتطابق قرار السلطة التأديبية مع النتيجة والرأي الذي خلص إليه المجلس التأديبي وبأسبابه(54).

الفرع الثاني : أن تكون أسباب القرار التأديبي جديّة كافية و واضحة

عندما اشترط المشروع تسبب القرار التأديبي إنما قصد إحاطة من يخاطبه علماً بالأسباب التي بني عليها و الأسباب التي دفعت الإدارة إلى إصداره حتى يكون بإمكانه الطعن فيه بالإلغاء والمطالبة بالتعويض عنه، و لذلك يجب أن يكون هذا التسبب كافياً و جدباً و منتجاً في فهم النتيجة التي انتهى إليها القرار، أي يجب أن يتضمن الدليل والبرهان على أن ما نسب للموظف كان حقيقياً، وهي ما يستوجب أن يكون التسبب منطقياً، أي متماشياً مع النتائج التي توصل إليها، وبالتالي لا يكفي لصحة العقوبة أن

يكون التسبب قائماً بل يجب أن يكون كاملاً وشفافاً يحقق الهدف منه، بحيث يشتمل على كافة الروابط التي تتيح للإدارة التقريب بين الاعتبارات الواقعية و القانونية للقرار، فإن جاء ناقصاً اعتبر كما لو كان معدوماً مما يؤدي إلى بطلان القرار التأديبي.

ويعني كمال التسبب ذكر الوقائع المنسوبة لصاحب الشأن و التي تمثل انتهاكاً للقانون وما ثبت منها في صالحه وما انتفى منها عنه ، وأسباب ذلك والحجج التي قدمها مع ضرورة الرد عليها وذكر السبب أو الأسباب النهائية التي بنى عليها القرار⁽⁵⁵⁾ .
وعليه فالمفروض في التسبب أن يكون على شيء من الوضوح و التأصيل والجدية ، فإذا بني القرار على أسباب عامة أو غامضة أو مجهولة عدّ قراراً خالياً من الأسباب ، و لهذا قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن القول بعدم توفر الشروط المنصوص عليها في القانون قول مرسل لا يمكن الاعتماد عليه ليكون سبباً للقرار بالمعنى الذي يقصده القانون⁽⁵⁶⁾ ، وقد تناولت محكمتنا العليا ذلك في حكمها بتاريخ 2007/3/4م الذي جاء فيه : " قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن عدم تضمّن قرار نزع الملكية للمنفعة العامة لبيان محدد ووافٍ عن المشروع ذي النفع العام والعقارات اللازمة له وحدودها طبقاً لما ورد بنص المادة 17 من قانون التطوير العمراني رقم 116 لسنة 1972م يعتبر من العيوب الجوهرية التي يترتب عليها بطلان القرار⁽⁵⁷⁾ .

لذلك يتعين أن يكون التسبب مفصلاً وإلا فلن يحقق الغرض الذي وضع من أجله، فمصدر القرار التأديبي ملزم بتسببه و لا يمكنه الاستشهاد بتسبب يأخذ صورة عامة أو يكون غير واضح⁽⁵⁸⁾ . وقد قضى القضاء الإداري الفرنسي - لاعتبارات المنفعة العامة - بإمكانية الاكتفاء بالتسبب الموجز أي بناء القرار التأديبي على أسباب مختصرة ما دامت قد استنتجت استنتاجاً مقبولاً من أصول ثابتة في الأوراق، إذ ليس بالضرورة ذكر كل التفاصيل التي أدت إلى اتخاذ هذا القرار، إنما يجب أن تكون الأسباب كافية واضحة بحيث يتمكن القاضي من مراقبة مدى مشروعيتها، فإهمال الموظف الجسيم في القيام بواجباته من الأسباب الكافية لتبرير عقوبة العزل، و لكن رغم ذلك قد يؤدي التسبب الموجز في حالات معينة إلى غموض القرار و عدم العزل، ولكن رغم ذلك قد يؤدي التسبب الموجز في حالات معينة إلى غموض القرار و عدم كفاية التسبب ، بحيث لا يعتبر هذا الأخير كافياً بمجرد ترديد نصوص القانون دون بيان مدى انطباقها على وقائع الاتهام، و هذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 19 نوفمبر 1948 بأنه : " لا يعد تسببياً الإشارة إلى القانون نفسه، فقرار الوزير بالإحالة إلى

المعاش والاكتفاء يذكر أن المدعي قد صدرت منه أفعال تعد ذنباً إدارياً أشارت إليه المادة الأولى من أحد القوانين يعد تسبباً معيماً و غير كاف «(59).

المبحث الثالث

الأثر المترتب على عدم تسبب القرار التأديبي

يعتبر التسبب من المبادئ الأساسية للنظام القضائي، و هو يقتضي من السلطة التأديبية تحديد وصف الوقائع وصفاً قانونياً و تكييفها التكييف القانوني الصحيح ، وأن تقوم السلطة التأديبية أيضاً بإسناد الوقائع إلى الأشخاص و مواد القانون بطريقة صحيحة، مع الرد على أوجه الدفاع التي يبديها الموظف المتهم، فتخلف أي عنصر من هذه العناصر يجعل التسبب معيماً و قاصراً عن أداء الدور المنوط به. وسوف نتناول دراسة هذا الموضوع من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول

أوجه عدم مشروعية التسبب

إن التسبب الصحيح هو التسبب المستوفي لجميع العناصر والشروط التي يستوجبها التسبب، فتخلف أي عنصر من عناصره أو أي شرط من شروطه يجعل التسبب معيماً.

فوجود التسبب يفترض التحقق أولاً من صحة وجود تلك الوقائع و كذلك إذا كان الوصف القانوني الممنوح لتلك الوقائع صحيح أم أن هناك فساد في الاستدلال.

وسوف نتناول شرح ذلك من خلال الفروع الآتية :-

الفرع الأول : عيب انعدام الوقائع المادية المنسوبة للموظف

تلتزم الإدارة سواء كان اختصاصها في اتخاذ القرار مقيداً أو تقديرياً أن تستند عند اتخاذها لهذه القرارات على وقائع مادية حدثت بالفعل أي صحيحة من حيث وجودها المادي⁽⁶⁰⁾.

وتعتبر رقابة القضاء الإداري على وجود الوقائع المادية التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها أول درجات الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري والحد الأدنى لهذه الرقابة في هذا الميدان⁽⁶¹⁾.

ويقصد بعبء انعدام الوقائع المادية أو انعدام الأسباب إلا يتضمن القرار أو الحكم أي سبب يبرر النتيجة المتوصل إليها، فإذا وجد في القرار أو الحكم سبب كاف أو غير كاف، سواء كان صريح أو ضمني، أو كان أساسه القانوني سليم أو معيب و سواء ردت الأسباب بشكل مختصر أو تام ، فهذا يعني أن التسبب موجود و بالتالي عدم تحقق عيب انعدام الأسباب.

ويختلف عيب انعدام الأسباب عن عيب عدم كفاية الأسباب الذي يؤدي إلى القصور في التسبب أو بما يسمى بنقصان الأساس القانوني، لان عيب انعدام الأسباب هو عيب شكلي لمخالفته للشروط الشكلية ، أما القصور في التسبب فهو عيب موضوعي وليس شكلي⁽⁶²⁾، وفي حالة ما إذا أستند القرار إلى عدة أسباب، فيجب أن تكون كل هذه الأسباب صحيحة⁽⁶³⁾.

وقد تحول مجلس الدولة الفرنسي من مرحلة الامتناع عن رقابة مادية الوقائع المبررة لاتخاذ القرار و المكونة لركن السبب فيه ، إلى فرض رقابته على هذه الوقائع في حكم Monod سنة 1907م⁽⁶⁴⁾ إذ تتلخص وقائع هذه القضية في صدور قرار إداري، يقضي بإحالة أحد المحافظين إلى التقاعد، و قد أسست الإدارة قرارها إلى واقعة تقديم المحافظ طلباً بذلك، في حين تبين أن المحافظ لم يقدم طلباً بإحالته إلى التقاعد مطلقاً، طالب المحافظ " Monod " بإلغاء قرار إحالته إلى التقاعد، لاستناده إلى واقعة لا أساس لوجودها أو صحتها، و مع ذلك لم يحكم المجلس بإلغاء هذا القرار لأن الإدارة أوضحت أن قرارها أتخذ بناء على مخالفات صدرت من الطاعن لم ترغب في كشفها.

وتبع هذا الحكم صدور أحكام أخرى أشهرها حكم "Dessay" سنة 1910 و حكم " Camino " سنة 1916م⁽⁶⁵⁾، وتتمثل حيثيات هذه القضية في صدور قرار تأديبي متضمن فصل عمدة إحدى القرى بحجة أنه لم يسهر على توفير الاحترام اللازم لجنابة أقيمت في قريته، طعن العمدة في قرار الفصل أمام مجلس الدولة الفرنسي، مثيراً في ذلك عدم صحة الوقائع المنسوبة إليه و أنه قد قام بواجبه على أكمل وجه، وقام القضاء الإداري الفرنسي بموجب هذا القرار عن البحث في ماديات الوقائع في القرار الإداري، مخالفاً بذلك موقفه التقليدي المستقر دوماً على رفضه لرقابة مشروعية الوقائع التي تدعيها الإدارة في قراراتها الإدارية، وبعد هذا القرار بمثابة نقطة تحول هامة في قضاء الإلغاء الذي مكن القاضي الإداري من إبطال قرارات إدارية عديدة إذا ثبت أن الإدارة استندت في

تبريرها إلى وقائع غير صحيحة من الناحية المادية بغض النظر عن سوء أو حسن نيتها في ذلك.

ثم قام المجلس بعد ذلك بإلغاء القرار الإداري الصادر بإحالة الطاعن إلى التقاعد في قضية " Tre`pont " لعدم ثبوت الواقعة التي اعتمدت عليها الإدارة كسبب قانوني للقرار المطعون فيه، و هي تقديم طلب من الطاعن بإحالته إلى التقاعد و أن قرار إحالته على التقاعد صدر بناء على طلب منه⁽⁶⁶⁾. وبذلك أصبح القضاء الإداري الفرنسي بهذا الاجتهاد لمجلس الدولة الفرنسي يمارس أول قيد على سبب القرار التأديبي، باعتباره أهم أوجه المشروعية الذي يمكن أن يعتمد عليه المتقاضي لإلغاء القرار التأديبي.

وفي هذا تقول المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ 1957/1/5 " إذا ثبت أن فعل المأذون قد أسس على انه ارتكب ذنباً إدارياً، هو تزوجه بعقد عرفي، فإن قرار الفصل يكون فاقداً لركن من أركانه وهو ركن السبب ، ذلك أن هذا الفصل لا يعتبر إخلالاً من المدعي بواجبات وظيفته أو سلوكه الوظيفي ، إذا لم يكن يباشر عند زواجه عمله الرسمي كمأذون ، و إنما كان مثله في ذلك كمثل أي فرد عادي، لا حرج عليه في أن يتزوج زواجاً عرفياً دون أن يوثقه متحماً في ذلك ما قد يترتب على إجراؤه على هذا النحو من نتائج الإنكار "⁽⁶⁷⁾ ، و الأمثلة كبيره على ذلك منها :

- 1) إنهاء خدمة موظف استناداً لاستقالة لم يتقدم بها .
- 2) رفض الإدارة ترخيص حمل السلاح استناداً الى أسباب لا دليل عليها .
- 3) منع شخص من السفر لأداء العمرة دون أبداء أسباب تبرر هذا المنع .

لذا فالقاضي الإداري و باعتباره قاض مشروعية ملزم بالتأكد من الوجود المادي للوقائع التي تدعيها سلطة التأديب في حق موظف ، و مدى اعتبارها سبباً كافياً لتبرير القرار التأديبي ، فغيابها سيؤثر على مشروعية تسبب القرار التأديبي للموظف العام، وعليه إذا تبين له أن الأسباب التي ادعتها الإدارة في اتخاذها لقرارها المطعون فيه غير موجودة أصلاً تعين إلغاء القرار لعدم صحة سببه .

وفي ليبيا ألغت دوائر القضاء الإداري الكثير من القرارات لعدم صحة الأسباب التي بنيت عليها من الناحية الواقعية ، ومنها حكم المحكمة العليا بتاريخ 2004/5/23م في الطعن الإداري رقم 117 لسنة 47ق والذي ألغت بموجبه المحكمة قرار كلية الاقتصاد والعلوم السياسية بجامعة الفاتح والمتعلق بإلغاء إفادة التخرج الممنوحة للطاعن، والذي

تضرعت بسبب قرارها قيام المعني بالغش والتزوير في كشف الدرجات والذي لم تستطع إثباته فعلياً أمام القاضي، كما أن أوراق الدعوى جاءت خالية من أي دليل عليه.

وقد استقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر وليبيا على فرض رقابته على الوجود المادي للوقائع التي اتخذتها الإدارة سبباً لقرارها، بغض النظر عما إذا كانت قد أصدرت هذا القرار ممارسة لسلطتها التقديرية أو المقيدة⁽⁶⁸⁾.

الفرع الثاني : عيب الخطأ في التكييف القانوني للوقائع المنسوبة للموظف

بعدما يتأكد القاضي الإداري من مشروعية الوجود المادي للوقائع المنسوبة للموظف، تمتد رقابته إلى مدى صحة التكييف القانوني الذي أعطته سلطة التأديب لتلك الوقائع و ذلك بتأكيد ما إذا كانت تلك الوقائع قابلة بأن توصف بخطأ تأديبي يستلزم عقوبة تأديبية، أو أن الوقائع التي قام بها الموظف مجرد سلوك عادي ليس فيه ما يجب أن يعاقب عليه، وبحكم طبيعة النصوص القانونية التي تحكم الأخطاء التأديبية في مجال الوظيفة العامة، فأنها تفتقر إلى التعداد والحصر القانوني الكامل لها، الأمر الذي يجعل تحديدها يتأرجح بين التقييد والتقدير وتخضع سلطة التأديب لرقابة القاضي الإداري الذي يمارس رقابته على الأخطاء التأديبية المحددة على سبيل الحصر بموجب نص قانوني، إضافة إلى تلك الأخطاء التأديبية غير المحددة قانوناً والمقدرة من سلطة التأديب، مستعيناً بذلك برقابة مشروعية التكييف القانوني للوقائع المنسوبة للموظف.

وتتطلب عملية التكييف القانوني للوقائع التي سيعاقب عليها الموظف، أن يتم إخضاع واقعة معينة أو حالة خاصة للقاعدة القانونية المراد تطبيقها، أي الانتقال من وضع العمومية والتجريد التي تكون عليه القاعدة القانونية إلى وضع الخصوصية والتجسيد للقاعدة على الواقعة التي تكون محل تكييف والمقصود بعملية التكييف هو أن يتم إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية⁽⁶⁹⁾.

وتكمن أهمية ذكر الأسباب القانونية، في القرار الصادر بالجزاء التأديبي في إمكانية مراقبة ما إذا كانت السلطة التأديبية قد طبقت النصوص القانونية تطبيقاً سليماً، وإذا كان الجزاء الذي طبقته يدخل في نطاق النص القانوني أم لا، فالخطأ التأديبي لا يخضع لمبدأ " لا جريمة إلا بنص " كما هو عليه الحال في القانون الجنائي بل أنه يخضع لمبدأ شرعية العقوبة التأديبية".

وتتصف النصوص القانونية المنظمة للمجال التأديبي في إطار الوظيفة العامة بالعمومية والتجريد، كونها لا تخص في الواقع حالات أو مراكز فردية معينة، إنما تجمع

في طياتها الخصائص والحالات الرئيسية التي تكون صالحة للتطبيق على جميع الموظفين، و هذا يجعل من عملية التكييف تتطلب من القائم بها أن يسعى أولاً للتوصل إلى تخصيص قاعدة القانون التي تنسم بالعمومية والتجريد و إعطائها معنى محددًا أكثر و أقل عمومية، ثم القيام بعد ذلك بإسقاط الواقعة الفردية على القاعدة القانونية⁽⁷⁰⁾.
وقد أكدت محكمتنا العليا في حكمها بتاريخ 1973/11/29م على مباشرة رقابتها على التكييف القانوني للوقائع بغرض ثبوتها مادياً استكمالاً لدورها في الرقابة على مشروعية السبب.

الفرع الثالث : عيب القصور في التسبب

القصور في التسبب يعني العرض غير الكامل للوقائع و هذا يعني أن الأسباب موجودة شكلاً لكنها غير كافية من الناحية الموضوعية لتحقيق الغاية التي كان يهدف إليها المشرع من خلال اشتراطه للتسبب⁽⁷¹⁾، وإذا اشترط المشرع ضرورة تسبب القرار الإداري، فيجب أن تكون هذه الأسباب واضحة ومحددة ، و بالتالي فإن بناء القرار على أسباب عامة أو مبهمة يجعله معيباً في شكله لتخلف شروط التسبب الصحيح⁽⁷²⁾، وكذلك لا يكون التسبب صحيحاً إلا إذا قام بالرد على دفاع المتهم و الاطلاع على ما قدمه من مستندات و الرد عليها⁽⁷³⁾.

المطلب الثاني

الجزاء المترتب على عدم التسبب

رتب القضاء الإداري جزاءً على الإخلال بالتسبب سواء في حالة تخلفه أو في حالة عدم الالتزام بالعناصر والشروط المطلوبة لصحته، وسوف نتناول ذلك على التفصيل الآتي :

الفرع الأول : جزاء تالف التسبب

الغرض من تنظيم الإجراءات التأديبية بقواعد قانونية يضعها المشرع هو حماية مصالح مهمة، و لكي يتم تحقيق هذا الهدف رتب القانون جزاء على مخالفة تلك القواعد، وغالباً الجزاء هو إلغاء العمل المخالف لأحكام القانون⁽⁷⁴⁾، ومن ذلك لزوم تسبب القرار التأديبي الذي يشكل ضماناً للأفراد من حيث إخضاع الأسباب المصرح بها

لرقابة القضاء من حيث صحة وجودها المادي والقانوني و صحة تكييفها وأحيانا مدى ملائمتها للقرار، فإذا أهملت الإدارة تسبب القرار كان معيبا في الشكل مستوجب الإلغاء.

وقد أصبح عنصر التسبب في العقوبات الإدارية أمراً مطلوباً من الناحية القانونية، فجميع القوانين التي نظمت العقوبات الإدارية سواء في مصر أو في فرنسا أو ليبيا قد اشترطت أن يكون القرار التأديبي مسبباً.

فالقرار التأديبي تحكمه القواعد العامة التي تحكم بطلان الشكل في القرارات الإدارية بصفة عامة، والتي تقضي بالبطلان إذا كان ما تم إغفاله هو شكل جوهري، ولما كان التسبب ضماناً مقررراً للموظف فإنه يعد بذلك شكلاً جوهرياً يرتب تخلفه بطلان الحكم أو القرار التأديبي الذي خلا منه .

وفي ليبيا نجد أن المشرع قد ألزم مجالس التأديب بضرورة تسبب قراراتها التأديبية سواء مجلس التأديب العادي الذي نصت عليه المادة 143 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 12 لسنة 2010 بشأن علاقات العمل، أو مجلس التأديب الأعلى الذي نص عليه القانون رقم 6 لسنة 1992 بشأن إدارة القانون أو مجلس المخالفات المالية الذي نص عليه القانون رقم 20 لسنة 2013 بشأن إنشاء هيئة الرقابة الإدارية، إضافة إلى نص المادة 156 من قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010 ، والذي نصت على أن: " وفي جميع الأحوال يجب أن يكون القرار الصادر بتوقيع العقوبة مسبباً " .

فخلو القرار التأديبي من أي عنصر من عناصر التسبب يؤدي إلى بطلانه، ذلك أن التسبب يعد شكلاً يتوجب توافره بالقرار التأديبي، كما أكدت المحكمة العليا في حكمها بتاريخ 2004/4/12 على ضرورة التسبب الذي جاء فيه " و حيث أن القرار المطعون به لم يتناول في أسبابه البحث فيما إذا كانت الأفعال جنائية من عدمه ، مما يكون منه القرار المطعون فيه قد جاء قاصراً في التسبب بما يوجب نقضه و دون حاجة لبحث الوجه الآخر من النص " (75).

وفي مصر فقد اعتبرت المحكمة الإدارية العليا المصرية أن الإدارة يجب عليها أن تقوم بتسبب قراراتها إذا فرض عليها القانون ذلك، وإلا فإن قرارها سيكون معيباً من الناحية الشكلية.

ويبرر الفقه المصري الجزاء المترتب على إغفال شكلية التسبب بأن ذلك يرجع إلى أهمية التسبب كضمانة تكفل للأفراد ممارسة حقوقهم و حرياتهم، كما أنه يؤثر على مضمون القرار لأن التسبب يعني التطرق لكل حالة على حدة و هو دليل على أن القرار صدر بعد التفكير المطلوب، لذلك فالتسبب يعتبر من أنجح الضمانات الممنوحة للأفراد لأنه يسمح لهم و للقضاء بمراقبة مشروعية القرار الصادر عن الإدارة ، لذلك فإن أفضل جزاء على عدم التقيد به هو إلغاء القرار الذي لا يكون مسبباً⁽⁷⁶⁾.

الفرع الثاني : جزاء القصور في التسبب

بما أن تسبب القرار الإداري يعني إحاطة الإدارة المخاطب بالقرار بدوافع إصداره، و إن كانت الإدارة غير ملزمة به كأصل عام، إلا أن المشرع ألزمها بتسبب بعض قراراتها كالقرارات التأديبية فإن صدور القرار متجاهلاً تلك الشكلية يرتب بطلانه⁽⁷⁷⁾، وهذا ما نص عليه المشرع لليبي سواءً في قانون علاقات العمل و لائحته التنفيذية أو القوانين المنظمة لأعمال مجالس التأديب المختلفة، إذ نجد أن حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر تؤكد أن التسبب ليس ضرورياً فقط لصحة الحكم التأديبي، فهو ضروري أيضاً لصحة القرارات التأديبية التي تصدر عن مجالس التأديب و اعتبرت أن القول بأن النيابة العامة أجرت تحقيقاً في الموضوع، ثبتت من خلاله الواقعة على العامل و عدم ذكر مجلس التأديب في قراره الوقائع التي ثبت من خلالها الاتهام يجعل قراره باطلاً للقصور الشديد في التسبب. كما اعتبرت انه لا يكفي لصحة العقوبة التأديبية أن يكون التسبب قائماً و إنما اشترطت فيه أيضاً أن يكون كاملاً، لأنه إذا كان ناقصاً اعتبر كأن لم يكن و بالتالي فمصيره البطلان .

وقد أوضحت محكمتنا العليا ذلك في حكمها بتاريخ 1971/3/7م الذي جاء فيه:
"..... أما إذا كانت العبارات التي أوردها القرار مبهمه لا تنهض دليلاً على ما قضى به ولا تحقق الغرض الذي قصده المشرع من تسبب القرارات ولا تتمكن بها المحكمة العليا من مراقبة تطبيق القانون، فإن هذا القرار يبطل للقصور في البيان"⁽⁷⁸⁾.

فالتسبب الكامل يعني ذكر الوقائع المنسوبة للموظف و التي تعتبر خطأً تأديبياً، والتي تم إثباتها عليه، والتي لم يتم إثباتها عليه والحجج التي أتى بها والتي تم الرد عليها و السبب الذي صدر القرار بناءً عليه .

كما جاء في حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا في مصر أن القرارات التي تصدر عن مجالس التأديب التي لم يشترط القانون أن تخضع للتصديق من طرف جهات إدارية عليا تعتبر في الواقع قريبة في طبيعتها إلى الأحكام التأديبية أكثر ما هي قريبة إلى القرارات الإدارية وبالتالي فهي تخضع لنفس القواعد والأحكام التي تخضع لها الأحكام التأديبية⁽⁷⁹⁾، و الأحكام التأديبية يجب أن تكون الأسباب فيها مكتوبة بطريقة تتضح من خلالها الأسانيد الواقعية و القانونية التي أخذت منها المحكمة عقيدتها سواء كان ذلك بالإدانة أو البراءة تحقيقاً لأوجه الدفاع الجوهرية للمتهم، والرد الذي أعطته عليها فالإخلال بهذه المعطيات يعد قصوراً في التسبب والذي بدوره يؤدي إلى بطلان الحكم.

أما في فرنسا فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي وقف تنفيذ القرار المعيب في تسببيه، فرغم أن مجلس الدولة الفرنسي لا يميل إلى تقرير وقف تنفيذ القرار لأنه معيب من الناحية الشكلية إلا انه في حالة مخالفة شكلية التسبب الجوهري، اعترف المجلس لصاحب الشأن بأحقيته في طلب وقف تنفيذ القرار الذي يتضمن هذه المخالفة، و لم يكتف المجلس بهذا فقط و إنما اعترف له أيضا بأحقيته في طلب توقيع غرامة تهديديه على الإدارة لمخالفتها أحكام التسبب الوجوبي، ورتب عليها أيضا المسؤولية الإدارية في بعض الحالات⁽⁸⁰⁾.

الخاتمة

يعتبر تسبب القرار التأديبي من بين الضمانات التأديبية الأساسية التي لا يمكن الاستغناء عنها في المجال التأديبي نظراً للأهمية البالغة التي تكتسبها، سواءً بالنسبة للموظف العام أو القضاء الإداري وعليه لا يمكن تصور صدور قرار تأديبي متضمن لعقوبة تأديبية دون أن يتم تسببه، باعتبار أن هذا الإجراء يعتبر من المبادئ العامة للقانون التي حرص القضاء الإداري على إبرازها في أحكامه، ولما كانت خاتمة أي دراسة هي تلخيص النتائج التي توصل إليها الباحث وذكر ما يراها من توصيات، لذا فإنني أشير إلى النتائج المستفادة من هذه الدراسة أولاً، ثم التوصيات التي خلصت إليها ثانياً.

أولاً : النتائج التي توصلت إليها

1. تسبب القرار التأديبي يعني أن تذكر السلطة التأديبية الأسباب الواقعية والقانونية التي دفعتها إلى إصدار القرار.
2. لا يجب الخلط بين السبب والتسبب في القرار الإداري، فالسبب هو الاعتبارات الواقعية والقانونية التي تدفع الموظف العام إلى إصدار القرار، فوجود السبب ضروري في حالة ما إذا كانت الإدارة ملزمة أو غير ملزمة بالتسريح بأسباب قراراتها، وتخلفه يؤدي إلى بطلان القرار الإداري، أما التسبب فيعني ذكر المبررات التي لأجلها صدر القرار التأديبي.
3. اتفقت كافة التشريعات المقارنة على أهمية التسبب إذ لم يغفل المشرع الفرنسي والمصري والليبي النص صراحةً على وجوب تسبب القرار التأديبي. فهو يندرج في ركن الشكل.
4. للتسبب أهمية مزدوجة فمن خلاله يتأكد الموظف من سلامة الأسباب التي أدت إلى توقيع العقوبة عليه، فيكون أمامه خياران: إما الاقتناع بالأسباب التي صرحت بها السلطة التأديبية، أو اللجوء إلى طريق الطعن في مشروعية القرار.

ثانياً : التوصيات

1. أدعو المشرع على أن ينص على التسبب بشكل واضح مع ذكر الشروط والعناصر التي يجب أن تتوفر فيه حتى يتحقق الغرض الذي من أجله تم النص على إلزامية التسبب في القرارات التأديبية ، وحتى لا تكون الجهة التأديبية ملزمة بأي تسبب فقط.

2. يجب على الإدارة أن تتقيد بالتسبيب القانوني الصحيح فلا يهم إن جاء التسبيب موجزاً أو مفصلاً بقدر ما يهم اشتماله على الشروط والعناصر الأساسية اللازمة لصحته.

د. مفتاح خليفة عبد الحميد

عضو هيئة التدريس بقسم القانون العام
كلية الحقوق – جامعة بنغازي / فرع المرج

هوامش البحث

1. سورة الكهف ، آية 84 .
2. د. على محمود علي : النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي في مراحلها المختلفة ، دراسة مقارنة بدون دار نشر ، بدون مكان نشر ، 2003م ، ص23 .
3. د. علي خطار شنطاوي : موسوعة القضاء الإداري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2008م ، ص561 .
4. د. أشرف عبدالفتاح : موقف قضاء الإلغاء لسلطة الإدارة في تسبيب القرارات الإدارية ، الشركة العربية للتسويق والتوريدات ، القاهرة ، 2008م ، ص73 .
5. د. علي جمعة أمحارب : التأديب الإداري في الوظيفة العامة ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2004م ، ص515 .
6. د. رشيد عبدالهادي : التأديب في الوظائف المدنية والعسكرية ، دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والكويتي ، دار النصر للطباعة الإسلامية ، القاهرة ، 2001م ، ص541 .
7. د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة : إجراءات تأديب الموظف العام ، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة ، 2008م ، ص102 .
8. د. أشرف عبدالفتاح : موقف قضاء الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبيب القرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص141 .
9. د. عماد ملوخيا : الضمانات التأديبية للموظف العام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2012م ، ص340 .
10. د. مشعل محمد العجمي : الضمانات التأديبية للموظف العام ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، عمان ، 2011م ، ص46 .
11. د. عمراوي حياة : الضمانات المقررة للموظف العام خلال المساءلة التأديبية ، بدون دار نشر ، بدون مكان نشر ، 2011م ، ص121 .
12. د. عمر السيوي : الوجيز في القضاء الإداري ، مكتبة الفضيل ، بنغازي ، 2014م ، ص254 .
13. د. أشرف عبدالفتاح : موقف قضاء الإلغاء من سلطة التأديب ، مرجع سابق ، ص139 وما بعدها.

14. د. علي جمعة أمحارب : التأديب الإداري في الوظيفة العامة ، مرجع سابق ، ص514 .
15. د. عماد ملوخيا : الضمانات التأديبية للموظف العام ، مرجع سابق ، ص340 .
16. د. مشعل محمد العجمي : الضمانات التأديبية للموظف العام ، مرجع سابق ، ص109 .
17. حكم المحكمة العليا بتاريخ 1966/6/25م في الطعن الإداري رقم 73 لسنة 74 ق .
18. حكم المحكمة العليا بتاريخ 1984/4/22م في الطعن الإداري رقم 10 لسنة 74 ق .
19. د. محمد إبراهيم الدسوقي : حماية الموظف العام إدارياً ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010م ، ص351 .
20. حكم المحكمة الإدارية العليا ، أشار إليه د. حمد محمد الشلماني : ضمانات التأديب في الوظيفة العامة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007م ، ص221 .
21. حكم المحكمة الإدارية العليا ، أشارت إليه د. شيماء عبدالغني محمد : مدى إعمال قواعد المسؤولية الجنائية في مجال المسؤولية التأديبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002م ، ص251 .
22. د. ممدوح طنطاوي : الأدلة التأديبية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2003م ، ص270 .
23. حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 2001/11/19م في الطعن الإداري رقم 4471 لسنة 44 ق ، مجلة حياة قضايا الدولة ، السنة 45 ، العدد 2 ، أبريل ويونيو ، 2001م .
24. د. محمد إبراهيم الدسوقي : حماية الموظف العام إدارياً ، مرجع سابق ، ص350 وما بعدها .
25. د. أنس فوزي عبدالمجيد : الاستثناءات الواردة على مبدأ التسبب الهجومي للقرارات الإدارية في فرنسا ، مجلة الشريعة والقانون ، كلية القانون ، جامعة الإمارات العدد 5 ، السنة 2012م ، ص315 .
26. طعن انتخابي رقم 73 ل74 ق ، م.م.ع ، السنة الثانية ، العدد الرابع ، ص12 .
27. حكم المحكمة العليا بتاريخ 1977/3/17م في الطعن الإداري رقم 40 لسنة 23 ق ، م.م.ع ، السنة 13 ، العدد 4 ، ص41 .
28. د. محمد إبراهيم الدسوقي : حماية الموظف العام إدارياً ، مرجع سابق ، ص349 .

29. د. محمد عبدالله الحراري : أصول القانون الإداري ، المركز القانوني للبحوث والدراسات العلمية ، طرابلس ، 2003م ، ص162 .
30. حكم المحكمة العليا بتاريخ 17/3/1977م .
31. حكم المحكمة العليا بتاريخ 13/4/2003م في الطعن الإداري رقم 84 لسنة 46 ق .
32. د. شريف يونس حلمي : القرار الإداري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006م ، ص72 .
33. د. أشرف عبدالفتاح : موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبيب القرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص74 وما بعدها .
34. حكم المحكمة الإدارية العليا ، أشار إليه د. شريف يونس حلمي : الوظيفة العامة ، مرجع سابق ، ص74 .
35. د. مشعل محمد العجمي : الضمانات التأديبية للموظف العام ، مرجع سابق ، ص74 .
36. المرجع السابق ، ص76 .
37. د. أشرف عبدالفتاح : موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبيب القرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص80 .
38. د. بدري مباركة : ضمانات تسبيب القرار التأديبي في مجال الوظيفة العامة ، مجلة دراسات قانونية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية ، العدد 8 ، الجزائر ، 2008م .
39. د. أشرف عبدالفتاح : موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبيب القرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص227 .
40. حكم المحكمة الإدارية العليا ، أشار إليه د. عماد ملوخيا : مرجع سابق ، ص373 .
41. د. أشرف عبدالفتاح : موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبيب القرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص228 .
42. د. بدري مباركة : ضمانات تسبيب القرار التأديبي في مجال الوظيفة العامة ، مرجع سابق ، ص123 .
43. د. حيدر نجيب أحمد : حقوق وضمانات الموظف العام عند تطبيق الجزاء التأديبي ، مجلة الفتح ، كلية الحقوق ، جامعة ديالا ، العدد 7 ، العراق ، 2007م ، ص81 .

44. د. بدري مباركة : ضمانات تسبب القرار التأديبي في مجال الوظيفة العامة ، مرجع سابق ، ص 127.
45. د. عمر عيسى العطية : ضوابط تسبب الأحكام الجنائية ، المكتب الفني للإصدارات القانونية ، الإسكندرية ، 1999م ، ص 180 .
46. د. محمد ماجد ياقوت : شرح الإجراءات التأديبية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004م ، ص 705 .
47. د. عماد ملوخيا : الضمانات التأديبية للموظف العام ، مرجع سابق ، ص 340 .
48. د. حمد محمد الشلماني : ضمانات التأديب في الوظيفة العامة ، مرجع سابق ، ص 126 .
49. د. نبيل إسماعيل عمر : تسبب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2001م ، ص 41 .
50. د. خليفة سالم الجهمي : أحكام القضاء الإداري ، مكتبة الفضيل ، بنغازي ، 2009م ، ص 271 .
51. د. عمراوي حياة : الضمانات المقررة للموظف العام خلال المساءلة التأديبية ، مرجع سابق ، ص 50 .
52. د. أشرف عبدالفتاح : موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبب القرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 216 .
53. د. علي خنطار شنتاوي : موسوعة القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 769 .
54. حكم محكمة القضاء الإداري ، أشار إليه د. عمراوي حياة ، مرجع سابق ، ص 51 .
55. د. بدري مباركة : ضمانات تسبب القرار التأديبي في مجال الوظيفة العامة ، مرجع سابق ، ص 13 .
56. د. مصطفى فهمي بوزيد : القضاء الإداري ومجلس الدولة قضاء الإلغاء ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2004م ، ص 342 .
57. حكم المحكمة العليا بتاريخ 2007/3/4م في الطعن رقم 55 لسنة 57 ، أشار إليه د. خليفة سالم الجهمي : في أحكام القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 273 .
58. د. حمد محمد الشلماني : ضمانات التأديب في الوظيفة العامة ، مرجع سابق ، ص 175 .

59. د. بدري مباركة : ضمانات تسبب القرار التأديبي في مجال الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص131 وما بعدها .
60. د. عمر السيوي : الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص282 .
61. د. عبدالغني بسيوني : القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996م، ص638 .
62. د. يوسف محمد المصاورة : تسبب الأحكام، دار الطباعة والنشر، عمان، 2010م، ص192 .
63. د. علي جمعة أمحارب : التأديب الإداري في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص516.
64. د. عبدالغني بسيوني : القضاء الإداري، مرجع سابق، ص638 .
65. المرجع السابق، ص639 .
66. المرجع السابق، ص640 .
67. حكم المحكمة العليا بتاريخ 1957/1/5م، أشار إليه د. عمر السيوي : الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص286.
68. المرجع السابق ، ص284 .
69. د. خليفة سالم الجهمي : الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م، ص328 .
70. المرجع السابق، ص329 .
71. د. يوسف محمد المصاورة : تسبب الأحكام، مرجع سابق، ص173 .
72. د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة: دعوى الإلغاء في مجلس التأديب، مرجع سابق، ص118.
73. د. عماد ملوخيا : الضمانات التأديبية للموظف العام، مرجع سابق، ص342 .
74. د. محمد ماجد ياقوت : شرح إجراءات التأديبية، مرجع سابق، ص12 .
75. حكم المحكمة العليا بتاريخ 2004/4/18م في الطعن الإداري رقم 112 لسنة 47 ق.
76. د. أشرف عبدالفتاح : موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبب القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص348 .
77. د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة: المسؤولية الإدارية في مجال الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م، ص171 .

78. حكم المحكمة العليا بتاريخ 1971/3/7م في الطعن الإداري رقم 25 لسنة 16 ق، أشار إليه د. خليفة الجهمي، مرجع سابق، ص272 .
79. حكم المحكمة الإدارية العليا ن أشار إليه د. خالد عبدالفتاح محمد: الوسيط في تأديب أعضاء هيئة التدريس بالجامعات، المركز القانوني للإصدارات القانونية، القاهرة، 2009م، ص183 .
80. د. أشرف عبدالفتاح: موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبيب القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص353.



التعارض بين النصوص

دراسة في ضوء القانون رقم 10 لسنة 1984م

بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما

د. سعد العبار

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الموفق للصواب، الهادي إلي طريق الحق وسبل الفلاح، بين أحكام شريعته الغراء لمن أراد الاستضاءة بنورها، وبحث أسرارها، والسير على هداها، والصلاة والسلام على سيدنا محمد بن عبد الله خاتم الأنبياء وصفوة المرسلين، والمبعوث رحمة للناس أجمعين، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين، وبعد:

فإن القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما⁽¹⁶²⁾ وإن كان متأخراً في صدره، قياساً إلي قوانين الأحوال الشخصية التي أصدرتها البلاد العربية، إلا أن هذا أكسبه مزايا لم تكن لسابقه، وربما يعود ذلك إلي استفادة واضعيه من التجارب القانونية للدول الأخرى، ومن مشاريع القوانين المصاغة في ليبيا، والتي لم يكتب لها حظ من الصدور، في صورة نصوص قانونية.

فالدارس لنصوص هذا القانون يلمس آثاراً لتلك التجارب القانونية السابقة، تظهر له من خلال تحليله ونقده لنصوص هذا القانون، سيما مشروع قانوني الأحوال الشخصية الليبيين لسنة 1967م وسنة 1972م، وكذلك القوانين المصرية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، وهذا كله أكسب القانون جودة في الصياغة، وحسناً في الترتيب والتقسيم⁽¹⁶³⁾،

¹⁶² - جاء هذا القانون في خمس وسبعين مادة، وتم إصداره في 19. 4. 1984م، على أن يعمل به من تاريخ نشره، وقد نشر في الجريدة الرسمية في العدد 6، السنة 22، الصادر في 13 يونيو 1984م.

¹⁶³ - وإن كان الأمر لا يخلو من بعض الهنات لعل أوضحها عنوان القانون للباب الثالث باسم آثار انحلال الزواج، مع أن بعض ما أدرج في هذا الباب من مسائل لا علاقة لها بالعنوان، مثل حقوق الأولاد من نسب ورضاعة وحضانة، والتي تثبت لهم قبل انحلال الزواج وبعده، وكذلك الأمر بالنسبة لنفقة الأقارب، والتي لا علاقة لها بانحلال الزواج، إذ ليست أثراً له.

فكان يتخير من المصطلحات أدقها⁽¹⁶⁴⁾، ومن الحلول الفقهية أنجعها وأكثرها ملاءمة لمجتمعنا الليبي وأقواها دليلاً، وهذا ما نلاحظه من خلال الممارسة العملية، إذ رغم تطبيق هذا القانون ما يربو على ثلاثين سنة، فإن النقاشات الفقهية بصدده هي أقل مما نلاحظه بخصوص غيره من فروع القانون، مما يميزه بالثبات والاستقرار، وهذه ميزة افتقدتها الكثير من القوانين الليبية المستمدة من الفقه الإسلامي، وبالأخص في المجال الجنائي، إذ انحصر نطاق التعديل في هذا القانون في مسائل معينة، وظل القانون متماسكاً بأركانه، عصياً على الهدم بالإلغاء وتوالي التعديلات.

كما أن حسن صياغة نصوص هذا القانون قد ألقى بظلاله على أطراف الخصومات، إذ كان الخصم غالباً ما يسلم لخصمه في الدعوى، ويتقبل حكم محكمة أول درجة، قناعة منه- ويضاف لهذا عوامل أخرى- بعدالة الحكم، لقناعته بعدالة مصدر النصوص القانونية ذاتها، ومع هذا فإن القانون، باعتباره عملاً وضعياً بشرياً، سواء من حيث الصياغة أو من حيث التخير من بين الاجتهادات الفقهية الواردة فيه، لا يخلو من مثالب اعتورته، وبالأخص من حيث التجانس بين نصوصه، يظهر لنا ذلك من خلال تعارض بعض هذه النصوص مع بعضها الآخر، فيعطى نص ما حكماً لمسألة ويعطيها غيره حكماً آخر، مما لا سبيل معه أحياناً للتوفيق بين النصين، باستعمال إحدى وسائل تفسير النصوص، وهذا ما لمسناه من خلال تدريس نصوص هذا القانون، ويرجع سبب ذلك في الغالب لعدم إحكام صياغة النصوص، وليس إلي تفضيل اجتهاد فقهي على غيره.

وبناء عليه فسنحاول في هذا البحث إلقاء الضوء على بعض حالات التعارض بين نصوص القانون رقم 10 لسنة 1984م، وذلك في مباحث ثلاثة، نتناول في أولها حالات التعارض بين النصوص المتعلقة بالزواج، وفي ثانيها نعرض لحالات التعارض بين النصوص المتعلقة بالفرقة بين الزوجين، ونخصص ثالثها لحالات التعارض بين النصوص المتعلقة بحقوق الأولاد، ولكن الأمر يقتضينا قبل هذا كله أن نحدد ما نقصده بالتعارض بين النصوص القانونية، وهذا ما سنولي له عنايتنا في مبحث تمهيدي، يسبق تلك المباحث

164- إلا من بعض الخلل في تخير المصطلحات، نلاحظه حتى في عنوان القانون ذاته (أحكام الزواج والطلاق وآثارهما) ورغم أن الزواج والطلاق هما أساس القانون، لكنه احتوى على مسائل أخرى، لا تقل أهمية عنهما، كالتطبيق والفسخ وحقوق الأولاد، وكان ينبغي عنوانه القانون بالزواج والفرقة بين الزوجين وآثارهما، لأن الفرقة أعم من الطلاق.

الثالثة، على أمل أن يوفقنا المولى سبحانه وتعالى إلي الصالح من القول والعمل، وأن يهدينا سبل الرشاد، إنه أكرم مسئول وأفضل مأمول، إنه نعم المولى ونعم النصير.

مبحث تمهيدي

مفهوم التعارض بين النصوص

الأصل أن القوانين تصدر لتبقى، ولتطبق في مدى زمني لا منته، ولكن تطبيقها يكشف عما بها من عيوب، تتزايد بازدياد حالات تطبيقها أمام القضاء، وتقدمها من حيث الزمن، وهذا ما استوجب إيجاد سبل لتلافي هذه المعاييب، بالتوسع في التفسير أو بالتوفيق بين النصوص أو بالتعديل أو بالإلغاء أو بقياس ما لم يرد له حكم في النصوص على ما ورد أو باستعمال إحدى الحيل القانونية أو غير ذلك، بل إن كثيراً من القوانين تواجه عقبات ومعارضات عند إصدارها، لتتأخرها مع توجهات المجتمع وخياراته، وبقدر حسن الاختيار من بين الاجتهادات الفقهية والقانونية وحسن الصياغة يكتسب القانون حظه من الثبات والاستقرار والاحترام والهيبة في نفوس المخاطبين به.

ومع أن الصياغة القانونية عملية فنية، تلي مرحلة اختيار الاجتهاد الفقهي أو القانوني، وتحديد ما يرغبه المشرع من وضعه للقانون ومقصده من وراء ذلك، إلا أنها ليست فقط إفراغاً لإرادة المشرع في شكل مواد قانونية مسلسلة، بل إنها تتجاوز ذلك لتلقي بظلالها على تطبيق القانون ومدى احترامه، بل وبقائه مطبقاً لمدى زمني أطول، وبهذا فإن عملية الصياغة ليست فقط مسألة شكلية، بل هي جوهر القانون وصلبه، ولكنها باعتبارها عملاً بشرياً فإنها لا تخلو غالباً من مثالب تعورها، كسوء اختيار المصطلحات وركاكة الأسلوب والأخطاء اللغوية وعدم التنسيق بين النصوص وسوء الترتيب والتقسيم والتبويب وعجز النصوص عن مواجهة مسألة يفترض بيان حكمها بطريق أولي والإغراق في بيان التفاصيل وضرب الأمثلة أو العمومية المفرطة باستعمال عبارات واسعة فضفاضة، بل وأحياناً التعارض بين نصوص القانون ذاته، وهذا كله يصم المشرع الوضعي بالعجز والقصور وسوء الاختيار، وهذه نقائص يفترض تنزيهه عنها، لأنها توقع القضاة والمتقاضين في الحيرة والتناقض، بسبب ما قد يصدر من أحكام تعوزها الدقة وتنسم بالتناقض، وما قد يؤدي إليه ذلك من تعطيل الفصل في القضايا، أو نظر الدعوى أمام أكثر من درجة للنقاضي، وما في ذلك من إضاعة للجهد والوقت.

وعموماً التناقض بين النصوص يقصد به هنا ورود نصين في ذات القانون، ينطبقان على ذات المسألة، ويعطى كل منها حكماً لا يتفق ما يعطيه النص الآخر، مما يصعب بل ويستحيل معه أحياناً التوفيق بين النصين باستعمال إحدى وسائل التفسير القانونية المعروف، ومثال ذلك أن يقرر نص أن المهر الواجب في حالة مخصوصة هو مهر المثل، في حين يقرر غيره أن المهر الواجب في ذات الحالة هو المهر المسمى، أو يقرر القانون في نصوصه الخاصة بالشهادة مثلاً أن شهادة الكتابي على الزواج جائزة، إن كانت الزوجة كتابية، ويقرر القانون عينه في نص آخر أن شهادة الكتابي على الزواج غير مقبولة، ولو كانت الزوجة كتابية، وبالنظر لعدم إمكانية التوفيق بين هذه النصوص المتعارضة، ولو بحمل أحدها على العموم والآخر على الخصوص، أو بالتفسير الموسع أو المضيق لمصطلحات كل منهما أو أحدهما، فإن الأمر يؤول إلي تطبيق نص وإغضاء الطرف عن الآخر، وإلا شاب التناقض الحكم.

هذا والتعارض المقصود هنا هو ما يقع بين نصوص القانون رقم 10 لسنة 1984م، وليس بين أحد نصوص هذا القانون ونص ورد في قانون آخر، كما هو الحال فيما وقع من تعارض بين نص المادة 398 مكررة (أ) من قانون العقوبات، والتي تعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أصوله أو فروع أو أخوته ... مع نص المادة رقم 71 من القانون رقم 10 لسنة 1984م، والتي تلزم بالإففاق على الصغير والأب والأم الفقيرين فقط، دون أن تلزم الشخص بالإففاق على إخوته وأخواته، ولذا لا يتصور صدور حكم بالإففاق عليهم، حتى يتم اعتبار عدم تنفيذه امتناعاً يجيز الحكم بالحبس على من لم يمتثل للحكم القضائي، ورغم هذا التعارض فلكل من القانونين مجال تطبيقه، مما يحول دون صدور أحكام متناقضة، ويمكن تبرير هذا التعارض بسوء الصياغة، وعدم التناغم بين نصوص فروع القانون، رغم انتمائها لنظام قانوني واحد.

كما ينبغي استبعاد التعارض بين نصوص قوانين تنظم مسألة واحدة، ولكن بصور مختلفة، كما هو الحال في قانون شؤون القاصرين⁽¹⁶⁵⁾ والقانون رقم 10 لسنة 1984م

¹⁶⁵ - القانون رقم 17 لسنة 1992م بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، منشور في الجريدة الرسمية، س30، ع36، 25.12.1992م.

وقانون حدي السرقة والحرابة⁽¹⁶⁶⁾، فكل منها حدد سن الأهلية بحسب ما يكفل التطبيق الأفضل لنصوصه، وبحسب اعتبارات لا علاقة لها باعتبارات القانون الآخر، ونظراً لأن لكل من هذه القوانين مجالاً يطبق فيه، لا يتداخل ولا يتقاطع مع مجال القانون الآخر، فلا تتناقض إذاً بينها، باعتبار أن كل منها قانون خاص بحكم وقائع لا علاقة لها بما يحكمه الآخر.

كما أن التعارض المقصود هنا يستبعد منه ما قد يظهر من تعارض بين قانون خاص وقانون عام، وباعتبار أن القانون رقم 10 لسنة 1984م هو القانون العام الذي يحكم مسائل الزواج والفرقة بين الزوجين وآثارهما، فإن صدور قانون خاص ينظم مسألة جزئية لا يعد مناقضاً له في حكمه، وإن ورد نصه على ذات الموضوع، لأن المسألة لا تخرج عن أحد اعتبارين:

الأول هو التعارض المطلق بين النص الجديد ونص القانون رقم 10 لسنة 1984م، مما يستوجب اللجوء إلى تطبيق القواعد الأساسية في إلغاء النصوص القانونية، والتي بمقتضاها تعتبر الأحكام السابقة المتعارضة مع الأحكام اللاحقة ملغاة، بحسبان أن إرادة المشرع قد اتجهت ضمناً إلى إلغاء أحكام القانون القديم، المتعارضة مع القانون اللاحق، على النحو الذي تقضي به المادة الثانية من القانون المدني، باعتبارها قاعدة عامة تسري على جميع حالات التعارض بين نصوص القوانين المتعاقبة.

الثاني اعتبار الحكم اللاحق حكماً عاماً، يغلب في عموميته على حكم القانون رقم 10 لسنة 1984م، كما لو صدر قانون يعدل سن الأهلية في شأن العقود كافة، ويجعلها 21 سنة، فإن الحكم الذي يتضمنه هذا التشريع اللاحق لا يلغى الحكم الخاص السابق النص عليه في التشريع القديم (القانون رقم 10)، والذي يحدد سن الأهلية، في مادته السادسة بعشرين سنة للجنسين، حيث يظل الحكم الخاص السابق سارياً في نطاق خصوصيته، ولا يحد منه الحكم العام، إذ أن الحكم الخاص لا يلغى إلا بموجب حكم خاص مماثل له ومتعارض معه، ولا يحد من تطبيقه النص العام، الذي يسري في مجاله، وخارج حدود النص الخاص.

¹⁶⁶ - القانون رقم 13 لسنة 1995م في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة، منشور في الجريدة الرسمية، س34، ع6، 28. 03. 1996م.

وينبغي من باب أولى استبعاد حالات التعارض التي ينص المشرع بنفسه على استبعادها، ونقصد بها هنا نصه الصريح على إلغاء نص ما في القانون رقم 10 لسنة 1984م، كما هو الحال في تعديله المتكرر لنص المادة 13 من هذا القانون بالقانون رقم 22 لسنة 1991م⁽¹⁶⁷⁾ ثم بالقانون رقم 9 لسنة 1994م⁽¹⁶⁸⁾، مما يستبعد تماماً تطبيق النص القديم للمادة 13، ولا يجعل من مجال للتطبيق إلا لنص القانون اللاحق، ومنذ صدوره، مما لا يظل معه أي مجال للتعارض بين هذه النصوص، باعتبار أن التطبيق سيكون فقط للنص اللاحق، وسيكون حكم النص السابق الملغى كالعدم تماماً فيما يخص ما يجد من وقائع بعد التعديل، سيما وأن التعارض الذي نحن بصدده يقتضي ورود ذات النصين في نفس القانون، أما الإلغاء فيقتضي ورود النصين في قانونين مختلفين، باعتبار أن الاختلاف في زمن صدور هو الأساس في أحكام إلغاء النصوص القانونية، ليكون اللاحق في الصدور ملغياً صراحة أو ضمناً للسابق منها.

كما لا ينبغي اعتبار تكرار النصوص المقررة لذات الأحكام، سواء وردت في ذات القانون أو في قوانين متعاقبة، من باب التعارض، وإن عدّ ذلك تزيدياً، وأحياناً سوءاً في الصياغة، وحشواً دون مبرر، وهذا التكرار نلاحظه في نصوص القانون رقم 10 لسنة 1984م في حالات عدة، منها تكرار الأحكام الخاصة بالنفقة الواردة في المادتين 17/أ و 18/أ في المادة 23، وتكرار الحكم الوارد في المادة 28 والقاضي بوجود إثبات الطلاق بحكم المحكمة في المادة 35/ب، وتكرار الأحكام الواردة في المادة 8 في المادة 9، وتكرار الأحكام الواردة في المادة 32/أ في الفقرة ب من ذات المادة، وغير ذلك⁽¹⁶⁹⁾، وقد كان الواجب تحاشي هذا التكرار، لما قد يؤدي إليه أحياناً من تناقض في تفسير النصوص، واضطراب في وجهات نظر شراح القانون.

وبهذا ليتحقق التعارض الذي نقصده هنا لا بد من توافر الشروط التالية:

- ورود كلا النصين في القانون رقم 10 لسنة 1984م.
- عدم إلغاء أحد النصين أو تعديله بقانون لاحق، لأن إلغاء أحدهما يخرج النص الملغى من دائرة التطبيق، ولا يكون عندئذ قابلاً للتطبيق إلا النص غير الملغى.
- معالجة كلا النصين لذات المسألة، كالمهر مثلاً أو الحضانة أو شروط تعدد الزوجات.

¹⁶⁷- منشور في الجريدة الرسمية، س29، ع 22، 19. 11. 1991م.

¹⁶⁸- منشور في الجريدة الرسمية، س32، ع 5، 23. 3. 1994م.

¹⁶⁹- زبيدة: ص346.

- تعارض الحكم الوارد في أحد النصين مع الحكم الوارد في الآخر.
- تعذر التوفيق بين حكمي النصين باستعمال وسيلة من وسائل تفسير النصوص القانونية.

المبحث الأول

التعارض بين النصوص المتعلقة بالزواج

بالسير مع ترتيب القانون لنصوصه يمكن حصر هذه الحالات فيما يتعلق بالتعارض بين النص الخاص بإثبات الشروط العقدية والنص الخاص بإثبات عقد الزواج نفسه، والتعارض بين اعتبار زواج المتعة باطلاً وبين اعتباره فاسداً، واختلاف ما يترتب على تكيفه من آثار، والتعارض بين نص المادة 16 من هذا القانون والنصوص المتعلقة بآثار الزواج الباطل، والتعارض بين نص المادة 7 الخاصة بالولاية وغيره من نصوص القانون المتعلقة بذات الموضوع، فهذه إذا مسائل أربعة، نتناولها بالإيضاح تباعاً، وذلك كما يلي:

1- إثبات عقد الزواج والشروط العقدية:

لم يذهب أحد من الفقهاء إلي اشتراط توثيق عقد الزواج في ورقة رسمية أو عرفية ليكون هذا العقد معتداً به شرعاً، فالكتابة والتوثيق لا تتوقف عليهما صحة العقد، لأنه ينعقد صحيحاً بمجرد صدور الصيغة ممن هما أهل لذلك، مستوفية لشروط الانعقاد والصحة⁽¹⁷⁰⁾، لأن الطابع العام للعقود بما فيها عقد الزواج في الفقه الإسلامي هو الرضائية لا الشكلية، ومع هذا فإن الحاجة دعت إلي التوثيق علاجاً لما قد استجد من أحداث، ومنعاً للاحتيال وادعاء الزوجية زوراً وبهتاناً، وإثباتاً لحقوق الزوجين⁽¹⁷¹⁾ ومنعاً للأضرار الاجتماعية والصحية المترتبة على تزويج الصغار، بل ولضرورة إمكان عمل إحصاءات دقيقة لعقد الزواج تفيد في برامج التنمية⁽¹⁷²⁾، ومع هذا ليس من المقبول حرمان من لم يوثق عقده بالكتابة - وقد انعقد صحيحاً من الناحية الشرعية- من كل الضمانات والحقوق المترتبة على هذا العقد⁽¹⁷³⁾.

¹⁷⁰- عمر عبد الله: ص 104، مذكور: ص 56.

¹⁷¹- الجروشي والعبار: ج 1، ص 43.

¹⁷²- بدران: ص 79، عمر عبد الله: ص 105.

¹⁷³- مذكور: ص 56، شريف العالم: ص 47.

وجمعاً بين الأمرين فقد سعى المشرع الليبي إلي توثيق عقد الزواج بالكتابة، وإلزام ذوي الشأن بذلك، جرياً على ما استقر عليه الفقه من أن لولي الأمر تخصيص القضاء في الزمان والمكان والحادثة⁽¹⁷⁴⁾، ولكن دون أن يمس ذلك مشروعية هذا العقد، ولهذا نصت المادة 5 من القانون رقم 10 لسنة 1984م على ثبوت عقد الزواج بحجة رسمية أو بحكم من المحكمة، وبناء عليه فإن الزواج يثبت بالكتابة في وثيقة عقد الزواج، وإقرار الزوجين، ويثبت كذلك بأي دليل كالشهادة والقرائن وغيرها، فمن لم يوثق زواجه بالكتابة أمكنه إثباته، ولكن بحكم قضائي، إذ لا تكفى الشهادة لوحدها أو الإقرار خارج مجلس القضاء، بل لا بد من إثباتهما أمام القاضي، فهذا النص يرتب جزاء مدنياً على من يمتنع عن إتباع الإجراءات الخاصة بتوثيق عقده، وذلك بإلزامه بحكم المحكمة بكتابة عقده وتسجيله وفق الإجراءات الخاصة بذلك⁽¹⁷⁵⁾.

ويبدو أن توجه المشرع الليبي كان في غاية التوفيق، لتجنبه إيقاع المتقاضين في حرج لو حصر إثبات عقد الزواج بوثيقة عقد الزواج فقط، كما جرى عليه العمل في بعض البلاد العربية والإسلامية، لأنه لا يمكن عقلاً قبول إثبات القتل العمد بالبينة والإقرار والقرينة وعدم ثبوت الزواج بهذه الوسائل، رغم أن القتل أشد خطراً في المجتمع من الزواج⁽¹⁷⁶⁾، إذ ما حكم هذا الزواج لو لم يتم تسجيله في تلك البلدان؟ لا شك أنه صحيح شرعاً، لكنه إن لم يسجل سيعتبر غير صحيح قانوناً، مما يوقع تناقضاً بين حكم الشرع وحكم القانون.

وقد كان المنطق يقتضي أن ينسحب حكم المادة 5 على إثبات الزواج وعلى ما ارتبط به من شروط، باعتبارها جزء من العقد، وقد شملتها صيغته التي تراضى عليها العاقدان، ولكن الفقرة 2 من المادة 3 من ذات القانون نصت على عدم الاعتداد بأي شرط إلا إذا نص عليه صراحة في عقد الزواج، رغم أن الزواج نفسه بحسب المادة 5 من ذات القانون يثبت بأي دليل.

إذ بحسب نص الفقرة 2 من المادة 3 الشرط لا يثبت بالإقرار ولا بالشهادة ولا بالقرينة ولا حتى بالكتابة في وثيقة عرفية أو رسمية أخرى غير عقد الزواج، فالوسيلة

¹⁷⁴ - عمر عبد الله: ص 105، شريف العالم: ص 47.

¹⁷⁵ - الجروشي والعبار: ج 1، ص 43.

¹⁷⁶ - المرجع السابق: نفس الموضوع.

الوحيدة للاعتداد به هي النص عليه في وثيقة عقد الزواج⁽¹⁷⁷⁾، ولا شك أن هذا ينطوي على تناقض، إذ كيف يثبت الزواج بالبينة والإقرار والقرينة، ولا تثبت شروط الزواج بأي من هذه الوسائل؟ وكيف يقبل عقلاً أن يثبت كل العقد بهذه الأدلة، ولا يثبت بها الشرط، مع أنه جزء من العقد؟¹⁷⁸، ولتوضيح ذلك لنا أن نتصور زواجا لم يفرغ في وثيقة عقد الزواج، فلجا المتضرر من ذلك إلي القضاء، وأثبت أنه قد تزوج من فلانة بشهادة شاهدين عدلين، وأنه قد اشترط عليها ترك العمل، أو كانت الزوجة هي طالبة إثبات زواجها من فلان هذا، وأنها قد اشترطت عليه أن تكمل تعليمها أو أن يوفر لها مسكناً بمواصفات معينة، وقد أثبت الشهود حصول العقد أمامهم وتراضي العاقدين على ذلك العقد والشرط كذلك، ومع هذا يأتي حكم القاضي بثبوت عقد الزواج وعدم الاعتداد بالشرط، لعدم النص عليه في وثيقة عقد الزواج.

ومع أن الحكمة تبدو واضحة من إيراد نص الفقرة 2 من المادة 3، ممثلة في سعي المشرع إلي قطع المنازعات، نظراً لتزايد عدد الشروط المقترنة بعقد الزواج، رغبة من كل طرف في هذه العلاقة في حماية حقوقه ومصالحه وتأمين مستقبل حياته وفق ظروفه الخاصة⁽¹⁷⁹⁾، سيما بعد أن فضّل القانون في الفقرة الأولى من ذات المادة العمل برأي الحنابلية في شأن الشروط، باعتباره القول الفقهي الأكثر توسعة على الناس، والأكثر اتفاقاً مع النصوص الشرعية⁽¹⁸⁰⁾، ولكن هذا كله لا يبرر التشدد في إثبات الشروط، فلا حاجة ولا مصلحة ظاهرة في ذلك، إذ كان يكفي ترك الأمر لذوي الشأن وللقضاء ليتبين أمامه مدى قدرة مشتري الشرط على إثباته بوسيلة شرعية، ولذا نرى أنه لا حاجة لورود نص الفقرة 2 من المادة 3، وإفراد إثبات الشروط في عقد الزواج بنص خاص، بل نرى -رفعاً للتعارض بين النصوص- الاكتفاء في إثبات الزواج وشروط بنص المادة 5 من هذا القانون.

2- زواج المتعة والزواج المؤقت:

أقام جانب من الفقه، وإن كان قليل الأنصار، تفرقة من حيث المصطلح والآثار بين الزواج المؤقت وزواج المتعة، فالنكاح المؤقت عند هؤلاء هو عقد زواج اقترن بصيغة تدل

¹⁷⁷- المرجع السابق: ج1، ص44.

¹⁷⁸- المرجع السابق: ج1، ص43.

¹⁷⁹- العقيلي: ص61، الجروشي والعبار: ج1، ص42، شريف العالم: ص46.

¹⁸⁰- شريف العالم: ص44.

على تأقيت الزواج بوقت محدد، سواء طال هذا الوقت أم قصر، وقد صوروا النكاح المؤقت بأنه ما ينشأ بلفظ من الألفاظ التي يصح انعقاد الزواج بها، مع الإشهاد عليه، ولكن صيغته كانت مؤقتة، كما لو قال الرجل لمن أراد الزواج بها: تزوجتك لمدة يوم أو شهر أو سنة... (181)، وهذا الشرط مخالف لمقتضى العقد، لأنه يخرج عن مقاصد الشرع من الزواج من دوام عشرة وإقامة أسرة وتربية أولاد وسكن ومودة ورحمة بين الزوجين، وهذا كله لا يتحقق على وجهه الأكمل إلا إذا كان العقد على سبيل التأييد (182)، أما زواج المتعة فصورته عندهم أن يقول لها: أعطيك كذا على أن أمتع منك يوماً، أو شهراً، أو سنة...، أو يقول رجل غريب عن البلدة لامرأة مواطنة خالية من الزواج وعدته: أمتع بك مدة إقامتي في هذا البلد، نظير أن أعطيك كذا، فتقبل (183).

والفارق بين العقدين أن الزواج المؤقت يكون بلفظ من الألفاظ التي ينعقد بها الزواج، كلفظ الزواج والنكاح والهبة وما اشتق منها، أما المتعة فلا تكون إلا بلفظ المتعة وما اشتق منه، أو بأحد الألفاظ التي لا ينعقد بها عقد الزواج، كلفظ الإجارة والوصية والعارية وما اشتق منها، كما أن المدة في الزواج المؤقت تكون محددة في العقد، لكنها في المتعة يمكن أن تكون غير محددة، كتعاقد مع امرأة مدة إقامته ببلدها، ولم يكن يعرف حين التعاقد مدة إقامته على وجه التحديد، كما أن النكاح المؤقت بخلاف المتعة لا بد فيه من شهادة الشهود (184).

ومع هذا فهذه التفرقة في المصطلح، وما رتب عليها من تمايز في الآثار، لا تستند إلي دليل يعتد به، لأن الزواج المؤقت من زواج المتعة، أو على الأقل هو في معناه (185)، وهذا ما جعل كبار شراح الفقه الحنفي كابن الهمام (186) والكاساني (187) يقررون أنه لا فارق بين نكاح المتعة والنكاح المؤقت إلا هذه التسمية الشكلية، إذ الاثنان يقبلان ذات الآثار، فمن حيث الحكم فإن قول زفر بن الهذيل، القاضي بأن هذا النكاح صحيح، وإن اقترن به شرط فاسد (188)، هو المفتى به في المذهب الحنفي، لأن العقد قام مستوفياً لشروط الانعقاد والصحة، متوافر الأركان، ولكن اقترن به شرط فاسد، هو شرط التأقيت، فيفسد هذا الشرط

181- ابن الهمام: ج2، ص387، الميداني: ج3، ص20، الكاساني: ج2، ص556.

182- عمر عبد الله: ص91، الجروشي والعبار: ج1، ص58، أبو زهرة: ص46.

183- ابن الهمام: ج2، ص387، الميداني: ج3، ص21.

184- ابن عابدين: ج2، ص293.

185- الميداني: ج3، ص21، الكاساني: ج2، ص558.

186- ابن الهمام: ج2، ص387.

187- الكاساني: ج2، ص558.

188- ابن الهمام: ج2، ص387، الكاساني: ج2، ص558.

وحده، وبطل العقد صحيحاً⁽¹⁸⁹⁾، ومن حيث الآثار فإنه بالنظر لرأى الشيعة الإمامية، القاضي بشرعية هذا الزوج⁽¹⁹⁰⁾، فإن الفقه متفق على أن الدخول في هذا العقد يعتبر شبهة دائرة لحد الزنا، وأن الدخول فيه يترتب آثار النكاح الفاسد، مما يوجب التفرقة بين الزوجين، ولو جبراً عنهما بحكم القاضي، ومع هذا فإن العقد يقبل آثار النكاح الفاسد بعد الدخول من ثبوت حرمة مصاهرة وعدة ونسب، إذ لو كان باطلاً ما قبل شيئاً من هذا⁽¹⁹¹⁾. وعلى الرغم من كل هذا فإن القانون رقم 10 لسنة 1984م ينص في مادته 11/د على عدم انعقاد زواج المتعة والزواج المؤقت، وهذا العطف - المقتضي لغة للمغايرة- يوحي بأن العقدين مختلفان، رغم أنهما في الحقيقة شيء واحد، وإن أفردت كل من صورتيه بمصطلح يخصها⁽¹⁹²⁾، ويربط نص الفقرة المشار إليها من المادة 11 بنص الفقرة الأولى من المادة 12، والتي تحدد المحرمات من النساء⁽¹⁹³⁾، ونص المادة 16، نرى أنه

¹⁸⁹- ابن الهمام: ج2، ص387، الكاساني: ج2، ص558.

¹⁹⁰- الهذلي: ج3، ص23 وما بعدها.

¹⁹¹- الكاساني: ج2، ص651.

¹⁹²- صيغة الفقرة المشار إليها تنطوي على مدخل آخر للنقد، إذ تنص على وجوب أن يكون الإيجاب والقبول منجزين، وهذا يعني أن الزواج لا ينعقد إن علق الإيجاب على حصول أمر في المستقبل، أو أضيف إلي زمن مستقبل، ومثال الحالة الأولى ربط وجود الإيجاب بحصول أمر في المستقبل، ولو كان محقق الحصول، كقوله: تزوجتك إذا جاء شهر رمضان، ومثال الحالة الثانية إضافة الإيجاب إلي زمن مستقبل، كقوله: تزوجتك في أول الشهر القادم، والظاهر من إرادة العاقدين، والتي عكستها صيغة العقد، أن الزواج إن أبرم يراد منه أن يكون على سبيل الدوام والاستقرار لا التأقيت، وهو بهذا يختلف تماماً عن نكاح المتعة (النكاح المؤقت) الذي يراد عقده في الحال ولكن لمدة معينة، وبهذا فإن عبارة الفقرة د من المادة 11 توحى بأن التأقيت هو نتيجة لكون الصيغة غير منجزة، وهذا غير صحيح، إذ أنها بنصها تقرر أنه يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا منجزين، وتضيف "غير دالين على التأقيت"، وكأن الدلالة على التأقيت هي نتيجة لعدم التتجيز، وهذا فهم لا نراه موافقاً للصواب.

¹⁹³- بحسب نص المادة 12 يشترط لإنعقاد الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً، وألا تكون مشركة، وألا يكون الزوج غير مسلم إن كانت المرأة مسلمة، وهذا النص يدعوننا لإثارة ملاحظات ثلاث، هي:

- كان ينبغي القول "كون المرأة غير ذات دين سماوي" بدلاً من اشتراط عدم كونها مشركة، لأن العبارة الأولى أعم وأبعد عن إثارة الخلاف في التفسير، إذ الحرمة تشمل المجوسية والملحدة وكل من ليست كتابية أو مسلمة، ولا تقتصر على المشركة. أنظر عمر عبد الله: ص169، أبو زهرة: ص99.

- كون المرأة مشركة والزوج غير مسلم بالنسبة للمرأة المسلمة هما من حالات التحريم المؤقت، ولذا لم يكن هناك من داع لذكرهما على انفراد، لدخولهما في حالات المحرمات على سبيل التأقيت، المذكورات على سبيل الإجمال في الفقرة الأولى من ذات المادة.

لا مناص من اعتبار نكاح المتعة (الزواج المؤقت) فاسداً، ولكن نص الفقرة د من المادة 11 يقرر عدم انعقاده، مما يعني بطلان هذا الزواج، وعدم ترتيبه أي أثر، لا قبل الدخول ولا بعده، وهذا تناقض نراه غير ممكن الرفع إلا بتعديل نص المادة 11/د، وإقرار أن عدم التأقيت هو شرط صحة، وليس شرط انعقاد، ليكون القانون متسقاً مع نفسه، إذ كيف يقرر القانون أن عقداً ما باطل رغم أنه لا يعرف شيئاً في نصوصه يسمى العقد الباطل؟⁽¹⁹⁴⁾.

3- نص المادة 16 وآثار الزواج الباطل:

يتحدد نوع الزواج بحسب توافر أركانه وشروطه، ومن ثم يختلف ما يترتب عليه من آثار بحسب نوعه⁽¹⁹⁵⁾، وبهذا فالدقة تقتضي تخير المصطلحات الأكثر دلالة على المقصود، لأن الخلاف إن أثير بسببها لن يكون نظرياً فقط، بل سينعكس على آثار العقد، وعلى حكمه الشرعي.

- بحسب نص هذه المادة التحريم سواء كان قطعياً، وهو ما كانت المرأة فيه محرمة على الرجل تحريماً لا شبهة فيه، ولا خلاف فيه بين العلماء، ويكاد العلم به يكون من الضروريات عند العامة، وهو شرط انعقاد عند الفقهاء، وبذا فهو سبب مبطل للعقد، أو كان التحريم ظنياً، وهو ما كانت المرأة فيه محرمة بدليل يختلف فيه العلماء، والعقد في حال وجوده فاسد، فإن هذين النوعين من التحريم يعتبران، بحسب النص القانوني المذكور، من شروط الانعقاد، والعقد على امرأة انطوت تحت أي منهما سبب لبطلان العقد، أي أن عدم التحريم قطعياً كان أم ظنياً هو قانوناً من شروط الانعقاد، وهذا إن انطبق على التحريم القطعي فإنه لا يتوافر في حال التحريم الظني، لأنه أحد شروط صحة العقد لا انعقاده، يضاف إلي هذا أن العقد في الحالتين، أي سواء كانت المرأة محرمة تحريماً قطعياً أم ظنياً، هو عقد باطل، رغم أن القانون لا يعرف أصلاً بحسب نص المادة 16 منه العقد الباطل، لاكتفائه بفساد العقد وصحته. عمر عبد الله: ص 169، الجروشي والعبار: ج 1، ص 80.

194- تنص المادة 16 على أن الزواج إما صحيح وإما فاسد، وحتى لو تجاوزنا الخلاف حول المقصود بفساد العقد هنا، أهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، حسب الاصطلاح الحنفي، وهذا يقتضي وجود عقد باطل في مواجهته، إن حصل الخلل في ركن العقد، أو احد شروط انعقاده، فلم يكن مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه، أو قلنا بأن العقد الفاسد هنا هو ما يراه الجمهور كذلك، باعتباره شاملاً لكل صور العقد غير الصحيح، ويستوي عندئذ وصفه بالفساد أو البطلان، فإن نص ذات المادة في فقرتها أ، ب يجعلنا نرجح - بالنظر للآثار التي رتبها القانون على العقد الصحيح والعقد الفاسد- أن المقصود بالفساد هنا هو ما شرع بأصله دون وصفه، أي الفاسد حسب وجهة نظر الأحناف، مما يجعلنا نتساءل عن حكم العقد إن حصل خلل في ركنه أو أحد شروط انعقاده، فإن قلنا بأنه عقد باطل فقد أضفنا نوعاً من العقود لا يعرفه القانون، وإن قلنا أنه ليس عقداً أصلاً غلبتنا الحيرة في إيجاد جزاء مدني في حال اختلال ركن العقد كلبية، أو عدم توافر شروط انعقاده كلها، إذ ما هو الجزاء في هذه الحالة؟

195- العقبلي: ص 79، الجروشي والعبار: ج 1، ص 45، أبو زهرة: ص 147، بدران: ص 173.

وبالنسبة لتحديد أركان عقد الزواج، باعتبارها ما يتوقف وجود العقد على وجودها، فقد فضل القانون في المادة 11/أ التحديد الحنفي لها، والذي يرى أن العقد لا ركن له إلا الصيغة، لأن وجودها يستلزم وجود العاقدين والمعقود عليه⁽¹⁹⁶⁾، مشيحاً بهذا عن تحديد الجمهور، والذي يرى أن العقد لا يكون صحيحاً تماماً إلا إذا توافرت له أركان ثلاثة هي العاقدان والمعقود عليه والصيغة⁽¹⁹⁷⁾، والحق أن ما يراه الحنفية هو ما يتفق مع التعريف الاصطلاحي للركن بأنه ما يتوقف وجود الشيء على وجوده، وكان جزء من حقيقته، لأن العاقدين والمعقود عليه ليسا جزء من العقد، ولكن هذا الخلاف لا أثر كبير له في الواقع، لأن الحنفية، وإن لم يعتبروا العاقدين والمعقود عليه ركنين للعقد، لكنهم جعلوهما من الأمور الأساسية فيه، واشترطوا فيهما شروطاً، جعلوا تخلفها سبباً لبطلان العقد، فآل رأيهم في النهاية إلي التوافق مع ما يراه الجمهور⁽¹⁹⁸⁾.

أما بصدد الشروط، فإن تعدادها ومدى شرعيتها، وبالتالي نوع العقد في حال توافرها أو تخلفها فقد اختلف فيه بين الفقهاء، كل بحسب مذهبه⁽¹⁹⁹⁾، وبالتالي انقسم العقد الصحيح إلي لازم وغير لازم وموقوف، بحسب توافر شروط النفاذ واللزوم، وانقسم العقد غير الصحيح عند الأحناف إلي فاسد وباطل، بحسب توافر الركن وشروط الانعقاد وشروط الصحة، أما عند الجمهور فلا فرق بصدد العقد غير الصحيح بين الفاسد والباطل.

وعند تحديده لأنواع الزواج وآثاره في المادة 16 منه أعرض القانون عن كل هذه التقسيمات الفقهية، واكتفى بنص موجز قرر فيه أن العقد إما صحيح وإما فاسد، وحدد في فقرتين مستقلتين آثار العقد الصحيح وآثار العقد الفاسد⁽²⁰⁰⁾، وإزاء نص هذه المادة يمكننا إبداء الملاحظات التالية:

¹⁹⁶ - الميداني: ج3، ص3، ابن عابدين: ج2، ص429، الكاساني: ج2، ص485.

¹⁹⁷ - الشريبي الخطيب: ج3، ص139، بل هي عند المالكية خمسة أركان هي الزوج والزوجة والولي والصدوق والصيغة. ابن جزئ: ص169.

¹⁹⁸ - شعبان: ص86، الجروشي والعبار: ج1، ص45، العقيلي: ص51، زبيدة: ص124.

¹⁹⁹ - أنظر شعبان: ص131 وما بعدها.

²⁰⁰ زبيدة: ص181.

- كان ينبغي على القانون التمييز بين نوعي العقد غير الصحيح، أي العقد الفاسد والعقد الباطل، وإفراد كل منهما باصطلاح معين، لاختلافها من حيث الآثار⁽²⁰¹⁾، فالعقد الباطل لا يترتب أي أثر⁽²⁰²⁾ لا قبل الدخول ولا بعده، أما العقد الفاسد فعلى الرغم من أنه لا يترتب أي أثر قبل العقد، إذ لا يجب فيه للمرأة مهر ولا نفقة، وليس عليها عدة بعد التفريق بينها وبين زوجها، ولا تثبت به حرمة مصاهرة ولا توارث، ولكن إن حدث دخول بناء على هذا العقد، فإنه وإن كان الدخول في ذاته معصية، ولكن لا يجب به حد الزنا، بل يعاقب الزوجان بما يكفي لتعزيرهما، لوجود شبهة العقد، وهي شبهة دائرة للحد، ومع هذا فالدخول يترتب بعض الآثار بالنسبة لوجوب مهر للمرأة وثبوت النسب وحرمة المصاهرة والعدة بعد المفارقة أو التفريق بين الزوجين⁽²⁰³⁾.

- نص المادة 16 يتناقض مع ما قرره القانون في نصوص أخرى، سيما المادتين 11 و12، فالمادة 11 حددت ركن العقد وشروطه، والجزاء المقرر فقها إن تخلف الركن أو شرط الانعقاد هو البطلان لا الفساد، كما أن المادة 12 تنص على أن الزواج لا ينعقد في أحوال معينة تخص المحرمات من النساء، والجزاء المقرر فقها على الزواج بإحدى المحارم في أحوال معينة هو بطلان العقد لا فساد، ولكن القانون لم يذكر العقد الباطل من بين أنواع العقد، مما يثير التساؤل عن حكم العقد في حال مخالفة نص إحدى هاتين المادتين.

- اكتفى القانون في نص هذه المادة بذكر نوعين من الزواج، هما العقد الصحيح والعقد الفاسد، وعرف العقد الصحيح بأنه ما توافرت شروطه وأركانه، أي ما اجتمع له كل الأركان والشروط، وعرف العقد الفاسد بأنه ما اختل بعض شروطه وأركانه، ولنا أن نتساءل هنا عن حكم العقد إن اختلت كل الشروط، ولم يتوافر للعقد ركن صحيح، أي عن عدم ذكر القانون للباطل من بين أنواع العقود عدم اعتباره له عقداً أصلاً؟ فإن كان الأمر كذلك فنحن لم نخرج من الإشكال، لأن الواجب كان يقتضي بيان الجزاء على مخالفة نص

²⁰¹- قارن العقيلي: ص79، زبيدة ص182، وعدم التمييز بين الفاسد والباطل يدل على عدم الدقة في الاصطلاح، وربما سببه أنه لا فرق في الحكم بين الزواج الفاسد والزواج الباطل قبل الدخول الحقيقي، إذ أن كليهما لا يترتب أي أثر قبل الدخول، ولكن لما اختلفت آثارهما بعد الدخول فقد وجب إفراد كل منهما باسم خاص به. أنظر عمر عبدالله: ص118، شعبان: ص99، وقارن أبو زهرة: ص58.

²⁰²- إلا ما قيل بصدد الاستبراء وحرمة المصاهرة إن حدث دخول عند بعض الفقهاء.

²⁰³- ابن جزى: ص183.

هذه المادة، وخاصة أن الاصطلاح الفقهي والقانوني جرى على استعمال هذا المصطلح في الأحوال التي يقع فيها خلل جوهري في أركان العقد أو شروطه، يعجز معه العقد في حال إبرامه عن أداء وظيفته، وتحقيق المراد منه شرعاً وقانوناً، لينقلب إلي شكل أجوف، لا تنتج صيغته إلا إطاراً فارغاً يتناقض في مضمونه مع مقاصد العقد الصحيح وغاياته، أو أن القانون أراد التسوية بين فساد العقد وبطلانه، وترتيب ذات الآثار عليهما، وهذا ما لا يتفق مع أي من الآراء الفقهية الواردة في الموضوع.

- نص المادة 16 يتناقض مع نص المادة 11/أ، إذ الظاهر أن القانون استمد تقسيمه لأنواع العقد من الفقه الحنفي، وكذلك استمد منه بيانه لمكونات العقد الأساسية، ممثلة في اعتبار الصيغة ركناً وحيداً للعقد، ولكن القانون لم يسر مع هذا التقسيم على إطلاقه، ليميز مثل الأحناف بين نوعي العقد غير الصحيح إلي فاسد وباطل⁽²⁰⁴⁾، بل اعتبر كل العقود غير الصحيحة فاسدة، مرتبة لذات الآثار بعد الدخول، سواء كان الخلل الذي لحقها في الشروط أو في الركن، بمعنى سواء كانت غير مشروعة بأصلها وبوصفها، أو كانت مشروعة بأصلها دون وصفها، وهذا ما لم يقل به أي من فقهاء الجمهور، ولا حتى الأحناف أنفسهم، مما يستوجب تعديل نص المادة 16، والتوفيق بينها وبين نص المادة 11/أ⁽²⁰⁵⁾.

4- شروط الولي:

بحسب نص المادة 9 يشترط لصحة الزواج اجتماع رأي الولي والمولي عليه، وهذا الولي (والمقصود به هنا من كانت ولايته متعدية) هو العصابة بنفسه على ترتيب الإرث، ويشترط فيه بحسب نص المادة 7 أن يكون عاقلاً بالغاً، وبهذا فلا يشترط حسب نص هذه المادة، بل وكل المواد المتعلقة بالولاية المتعدية أن يكون الولي رشيداً، إذ لا مانع قانوناً من أن يبرم السفية المحجور عليه زواج ابنته، دون الحاجة للحصول على إذن من المحكمة، أو إذن من وليه هو نفسه.

وبإلقاء نظرة على الفقرة ب من المادة 10 نتبين أن المحجور عليه للسفه لا ينعقد زواجه إلا من وليه، وبعد صدور إذن من المحكمة المختصة، ضماناً لمصلحة المحجور عليه، والظاهر من هذا أن القانون، بالنسبة للولاية القاصرة، أي حق الشخص في تزويج

²⁰⁴- في التمييز بينهما أنظر ابن عابدين: ج2، ص350 وما بعدها.

²⁰⁵- الجروشي والعبار: ج1، ص79.

نفسه، قد أخذ برأي الشافعية القاضي بأن الرشد شرط لصحة الزواج، وبهذا فالزواج لا يكون صحيحاً إلا بعد إذن الولي⁽²⁰⁶⁾، وغاية القانون من هذا هي حماية مصلحة المحجور عليه، كي لا يفني ماله في المهور وتكاليف الزواج، وإن كنا نرى أن القانون قد تشدد في حمايته هذه، لدرجة ضيق فيها على المحجور عليه، وساواه بالمجنون، مع أن المجنون فاقد للأهلية أما السفية فالحجر عليه لا يمس إلا ماله⁽²⁰⁷⁾.

أما بصدد الولاية المتعدية، أي سلطة تزويج الغير، فإن القانون اقتصر في المادة 7 على اشتراط كمال الأهلية في الولي، دون أن يرد في هذا النص اشتراط الرشد، مما يستفاد منه أن القانون قد فضل هنا، بعكس ما قرره بشأن الولاية القاصرة، الأخذ برأي المالكية والأحناف⁽²⁰⁸⁾، والذي مفاده أن السفية المحجور عليه له حق تزويج غيره، وهذا لا شك تناقض بالغ الوضوح، إذ كيف يعطى القانون للسفية المحجور عليه الحق في تزويج غيره دون إذن وليه (أي ولي السفية)، ولا يمنحه ذات الحق إن رغب في تزويج نفسه؟ والقانون هنا يقترب بل يتطابق مع رأي المالكية بخصوص نوعي الولاية، رغم تناقضه في ذاته، لأن السفية المحجور عليه عندهم زواجه موقوف على إجازة وليه، إن عقد لنفسه، والزواج صحيح نافذ، إن عقد لغيره، فكيف يُقبل أن يكون له الحق في تزويج غيره، دون التوقف على إذن من أحد، ولا يثبت له الحق في تزويج نفسه إلا بإذن وليه؟ سيما إذا ما لاحظنا أن الولاية غايتها حماية حقوق المولى عليه، وبالتأكيد من عجز عن حماية حقوقه هو عن حماية حقوق غيره أعجز⁽²⁰⁹⁾.

المبحث الثاني

التعارض بين النصوص المتعلقة بالفرقة بين الزوجين

هذه الحالات يمكن حصرها في تعارض النص المجيز للتعويض عن العدول عن الخطبة مع النصوص الخاصة بفسخ الزواج والطلاق، والتعارض المتعلق بالإجبار على الإنفاق في شأن الزوجة والزوج، والتعارض بين النص الخاص بالتطبيق للضرر وغيره من

206- الشرييني الخطيب: ج3، ص169، الشيرازي: ج2، ص33.

207- الجروشي والعبار: ج1، ص63 في الحاشية.

208- أنظر ابن جزئ: ص171، ابن عابدين: ج2، ص295.

209- الجروشي والعبار: ج1، ص143.

نصوص هذا القانون، وأخيراً التعارض بين بعض آثار الفسخ سيما ما تعلق منها بالمهر ونص المادة 16.

1- التعويض عن فسخ الخطبة والتعويض عن الطلاق وعن فسخ الزواج:

بعد اتفاق الفقه المعاصر على أن الخطبة ليست زواجا، بل هي وعد بالزواج⁽²¹⁰⁾، اتفق على أن العدول عنها حق لكلا طرفي الخطبة⁽²¹¹⁾، لأن في حملهما على إنشاء حياة زوجية دون توافر رضاها بالعيش معاً ضرر أكبر يفوق ضرر العدول عن الخطبة، ومن القواعد العامة في الفقه أن الضرر الأكبر يدفع بارتكاب الضرر الأدنى⁽²¹²⁾، ولكن ما الحكم إن ترتب على عدول أحد الخاطبين ضرر لحق الطرف الآخر، كما لو تركت الخاطبة وظيفتها بطلب من الخاطب، أو أعدت جهازاً بمواصفات معينة بناء على طلبه، أو قام هو بإعداد مسكن معين، أو نشأ عن عدوله أو عدولها ضرر معنوي، سببه التعريض للأقارب والافتراءات، أو ترتب على العدول صدمة نفسية ناجمة عن جرح الشعور والأحاسيس؟

بالبحث في كتب القدامى لم نعثر على حكم لهذه المسألة، إذ لا يوجد بها نص صريح يحكمها⁽²¹³⁾، مما يقتضي تخريج الحكم بالاعتماد على أمرين، هما طبيعة الخطبة ذاتها والقواعد الفقهية⁽²¹⁴⁾، فمن حيث طبيعتها الخطبة هي مجرد وعد بالزواج، والراجح لدى الجمهور والفقه المعاصر أن الواعد لا يلزم قضاء بالوفاء بوعده، رغم ما في عدوله دون مبرر من منافاة للخلق الفاضل⁽²¹⁵⁾، لأنه لا ينبغي للإنسان من الوجهة الأخلاقية إخلاف وعده إلا لضرورة ملحة، لما يترتب على ذلك من إلحاق الأذى بالغير، وتقويت الفرص عليه⁽²¹⁶⁾، ونتيجة لهذا فالعدول عن الخطبة هو حق لكلا الخاطبين⁽²¹⁷⁾، ومادام الأمر

²¹⁰ - العقيلي: ص 39، عمر عبدالله: ص 35، شريف العالم: ص 23، العطار: ص 6، زبيدة: ص 100.

²¹¹ - عمر عبد الله: ص 53، شريف العالم: ص 33، الجروشي والعبار: ج 1، ص 28.

²¹² - العطار: ص 148، زبيدة: ص 103.

²¹³ - العطار: ص 164، شعبان: ص 79.

²¹⁴ - الجروشي والعبار: ج 1، ص 31.

²¹⁵ - مذكور: ص 22، بدران: ص 32.

²¹⁶ - شعبان: ص 76، 77.

²¹⁷ - ومع هذا فالغالب أن دعاوى التعويض عن العدول عن الخطبة في مصر رفعت من قبل نساء، لأن العدول عن الخطبة ضرره على المرأة أكبر مما قد يلحق الرجل، ولأن كبرياء الرجل يحول بينه وبين طلب التعويض من فتاة لا ترغب في الزواج به. العطار: ص 164.

كذلك فلا يُلزم من عدل منهما عن الخطبة بالتعويض، لأن من استعمل حقه الشرعي لا يطالب بالتعويض، فالجواز الشرعي ينافي الضمان⁽²¹⁸⁾، وكلما جاء الفعل استعمالاً لحق أو موافقاً للأمر أو النهي الشرعيين أو كان مأذوناً فيه فإنه لا يعد تعدياً ولا يوجب تعويضاً⁽²¹⁹⁾، لأن تسويغ الشارع لذلك الفعل أو الترك يقتضي رفع المؤاخذه عنه، وإلا لم يكن جائزاً، فالتعويض يستدعى سبق التعدي، والجواز يأبى وجوده، فيتأفيا⁽²²⁰⁾.

ولكن من ناحية أخرى القاعدة أنه لا ضرر ولا ضرار⁽²²¹⁾، وهذه إحدى القواعد الخمس التي عليها مدار الفقه، ومفادها أن من أضر بغيره يلزم بالتعويض، إذ الضمان شرعاً يترتب على سببه، دون النظر لقصد الفاعل أو باعته على القيام بما قام به⁽²²²⁾، لأن حقوق الغير مضمونة شرعاً في حالي العمد والخطأ، وحالي العلم والجهل⁽²²³⁾، ويجب الضمان ولو كان الفعل المسبب له مباحاً شرعاً، بشرط عدم مراعاة متطلبات الحيطة والتبصر، لأن المباح بخلاف الواجب مقيد بوصف السلامة، وهذا ما توجبه نظرية التعسف في استعمال الحق⁽²²⁴⁾.

وبناء عليه يتوجب التمييز بين حالتين:

- أ- أن يكون لمن عدل عن الخطبة دخل في إحداث الضرر الذي لحق بالطرف الآخر، كما لو حمل الخاطب المخطوبة على ترك وظيفتها ثم عدل عن الخطبة، أو طلبت منه إعداد مسكن بمواصفات رغبته فيها ثم عدلت عن الخطبة.
- ب- ألا يكون لمن عدل عن الخطبة دخل في إحداث الضرر اللاحق بالطرف الآخر، بل كانت هي من تلقاء نفسها من ترك العمل، أو هو من قام بنفسه بإعداد ذلك المسكن دون طلب من خطيبته⁽²²⁵⁾.

²¹⁸- شعبان: ص 80، زبيدة: ص 104.

²¹⁹- العبار: ص 209.

²²⁰- المرجع السابق: ص 208.

²²¹- وهذه القاعدة بنصها حديث شريف، أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، والدارقطني في كتاب الأقضية والأحكام، وابن ماجه في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر جاره.

²²²- الشاطبي: ج 1، ص 150، 259.

²²³- الدسوقي: ج 3، ص 451، ابن رشد: ج 2، ص 311، ولمزيد من التفصيل أنظر العبار: ص 203.

²²⁴- الشاطبي: ج 2، ص 347، ابن رشد: ج 2، ص 237.

²²⁵- العقبلي: ص 45، مذکور: ص 23، شريف العالم: ص 37، شعبان: ص 80، زبيدة: ص 105.

ونظراً لأن من عدل عن الخطبة في الحالة الأولى قد سبب بتعديه أو بتعسفه في استعمال حقه في العدول عن الخطبة ضرراً للطرف الآخر فإنه يلزم بالتعويض، ولكن ليس بسبب العدول في حد ذاته، بل بسبب ما رتبته تدخله من ضرر، لأنه حال بمسلكه بين الطرف الآخر وبين الزواج، ولأن الضرر ما كان ليحدث لولا تسببه في إحداثه، ولا يحكم بالتعويض على من عدل عن الخطبة في الحالة الثانية، لأنه لم يصدر منه ما يوجب⁽²²⁶⁾، وهذا التمييز بين الحالتين هو ما استقر عليه القضاء في مصر⁽²²⁷⁾ بحسب ما قضت به محكمة النقض المصرية سنة 1939م، عند ما قررت أن:

- الخطبة ليست بعقد ملزم.

- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض.

- إذا اقترن العدول عن الخطبة بأفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية⁽²²⁸⁾.

وهذه الأحكام هي بذاتها التي قررتها المادة الأولى/د من القانون رقم 10 لسنة 1984م، عندما نصت على أنه إذا سبب العدول عن الخطبة ضرراً تحمل المتسبب فيه التعويض عنه.

وكان ينبغي تطبيق ذات الأحكام المقررة في حال "فسخ الخطبة" على أحوال الطلاق وفسخ الزواج، ولكن القانون رقم 10 اقتصر على إقرار التعويض في حالة واحدة، بنص صريح، ممثلة في التعويض في حال التطليق للضرر (المادة 39)، ورغم أن القضاء استقر في بلادنا على جواز التعويض في كل حالات الطلاق والتطليق، بل والفسخ إن كان لذلك موجب، دونما نص صريح يخوله ذلك، إلا أن هذا يثير التساؤل عن السند القانوني لهذه الأحكام، وعن جدوى أفراد التعويض عن الخطبة بنص خاص.

لسنا بحاجة لبذل كثير من الجهد لإقرار أن التعويض في حال الطلاق أو التطليق أو الفسخ، إن كان هناك تعدٍ ممن أصدره أو تسبب فيه، جائز شرعاً بالاستناد للقواعد العامة للضمان في الفقه الإسلامي⁽²²⁹⁾، وجائز كذلك قانوناً بالاستناد إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، وبالأخص نص المادة 166 من القانون المدني، والتي قررت أن كل خطأ

²²⁶ - عمر عبد الله: ص 54، مذكور: ص 23، الجروشي والعبار: ج 1، ص 32، شعبان: ص 81.

²²⁷ - أنظر الأحكام المشار إليها عند العطار: ص 177 وما بعدها.

²²⁸ - المجموعة الرسمية: س 41، ع 15، رقم 101.

²²⁹ - لمزيد من التفصيل أنظر العبار: ص 195 وما بعدها.

سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، أما عن جدوى إفراد التعويض عن العدول عن الخطبة وعن التطلق للضرر بنصين خاصين فالأمر لا يقبل إلا أحد هذين الاحتمالين:

إما أن المشرع أراد العزوف عن القواعد العامة في شأن المسؤولية التقصيرية، وإفراد التعويض عن العدول عن الخطبة وعن التطلق للضرر بأحكام خاصة، وبناء على هذا الفهم فالتعويض لا يكون جائزاً إلا في حال توافر إحدى هاتين الحالتين، وإما أن هذين النصين (1/د، 39) هما مجرد تطبيق لما تقره القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، مما يعد معه إيرادهما تكراراً وتزييداً يأباهما حسن الصياغة، ويفترض تنزيه المشرع الوضعي عنه.

فالأخذ بالقول الأول يلزم عنه التعارض بين ما ورد في هذين النصين من إجازة للتعويض في هاتين الحالتين، لأن التعويض، إن كان سنده هو الضرر، فهذا يتوافر وبصورة أوضح في حال التعسف في استعمال الطلاق وفسخ العقد بسبب أتى من قبل أحد الزوجين، كالردة مثلاً أو التطلق بسبب الغيبة الطويلة أو الامتناع عن الإنفاق ظلماً وتعدياً أو غير ذلك من أسباب التطلق، إذ كيف يقبل إقرار التعويض إن عدل الخاطب عن الخطبة بعد أن طلب من خطيبته ترك عملها، ولا يقر التعويض إن تم فسخ العقد لردته عن الإسلام، أو بعد أن طلب منها ترك العمل، أو بعد حكم القاضي بالتطلق على زوج حمل زوجته على ترك عملها، ثم تنصل من التزاماته الزوجية، بأن تغيب دون عذر مقبول عن بيت الزوجية، أو امتنع عن الإنفاق دون مبرر، أو حتى قام بتطبيق زوجته تعدياً دونما ذنب اقترفته؟

ولذا لا يستقيم التناغم بين أحكام هذين النصين، وإقرار شرعية التعويض بشأن بقية حالات الطلاق والتطلق والفسخ، إلا بالقول بأن حكمهما مجرد تطبيق للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، مما لا حاجة معه لإيرادهما، ورغم ما في هذا القول من إتهام للمشرع الوضعي بسوء الصياغة والتكرار، لكن الأمر لا يستقيم إلا مع الإقرار بذلك، مما يستحسن معه إلغاء هذين النصين، فيما يخص إقرار التعويض، وترك الأمر للقواعد العامة في شأن التعويض عن الفعل الضار، ورغم ما في هذه النتيجة من مجافاة لأصول تفسير النصوص القانونية، إلا أن ما يخفف من غلوئها أمرين:

- استقرار العمل في القضاء على الحكم بالتعويض في حال التعنت أو قصد الإضرار عند إيقاع الطلاق.

- نص المادة 49/ب بشأن المخالعة، والقاضي بأنه في حال الرجوع عن الإيجاب في المخالعة من جانب الزوج تعنتاً على القاضي الحكم بالمخالعة مقابل تعويض مناسب.

2- الإيجاب على الإنفاق:

يجب للزوجة على زوجها النفقة وتوابعها، في حدود يسر الزوج واستطاعته (المادة 17)، ويجب للزوج على زوجته النفقة وتوابعها، في حال عسر الزوج ويسر الزوجة (المادة 18)⁽²³⁰⁾، فالنفقة إذا تجب كأصل على الزوج، كلما كان موسراً، ولا تجب على زوجته إلا بشرطين، هما عسر الزوج ويسر الزوجة، حيث يجب عليها عندئذ الإنفاق عليه وعلى أولادها منه (المادة 40/ب)، فإن امتنع الملزم بالإنفاق (وهو الزوج بحسب الأصل والغالب من الأحوال) عن الإنفاق، دون سبب يبرر ذلك، فإنه يجبر على الإنفاق، فالزوج الموسر يحق لزوجته طلب التطلق، إذا لم يكن له مال ظاهر، يمكنها أخذ نفقتها منه، لأنها بالإنفاق من ماله تحصل على حقها في النفقة، فيندفع ظلم زوجها لها، مما لا يكون معه من مبرر للتطلق، ومع هذا فالزوجة الموسرة لا يكون لها حق طلب التفريق للإعسار بالنفقة، ولا منع نفسها عن زوجها، لعدم إنفاقه عليها إن كان زوجها معسراً، بل إنها تجبر على الإنفاق عليه وعلى أولادها منه، وسند هذا الحكم فقه المدرسة الظاهرية⁽²³¹⁾.

وبهذا يحق للزوجة طلب التطلق لعدم الإنفاق في حالتين هما: كون الزوج موسراً، ولكن ليس له مال ظاهر، أو كونه معسراً وزوجته كذلك، ومع هذا ليس للزوجة طلب التطلق للإعسار بالنفقة إن:

- علمت بعسر زوجها قبل الزواج، لاعتبار ذلك العلم رضا منها بحالة الزوج المالية، ورضاها بحاله لا يكون زوجها ظالماً لها.

²³⁰- يبين القانون في هاتين المادتين حقوق كل من الزوجين تجاه الآخر، ولكنه باستثناء حق النفقة أشار إليها بصورة مجملة، فجاءت عباراته مبهمه، أقرب ما تكون للوعظ والإرشاد والخطاب الإعلامي منها إلي التحديد القانوني، كما أن بعضها ذكر في غير موضعه، كالحضانة والإرضاع، إذ اعتبرا من حقوق الزوج على زوجته مع أنهما ليسا كذلك، يضاف لهذا إغفال القانون كلية لحقين جوهريين هما حق التأديب والمعاشرة الجنسية، ومع هذا فحل المعاشرة باعتباره جوهر عقد الزواج ليس بحاجة أصلاً لنص قانوني لإقراره، لأن النصوص الخاصة بالنسب والعدة تكفي لإقرار شرعيته قانوناً، وبالنسبة لحق التأديب يمكن إقراره بالإستناد لنص المادة 72/ب من القانون. أنظر العقيلي: ص148، 149.

²³¹- ابن حزم: ج10، ص92.

- نشأ سبب الإعسار بعد الزواج بسبب خارج عن إرادة الزوج، كسرقة أمواله أو احتراقها، لأن العدل يقتضي عدم مضاعفة مصائبه بتطليق زوجته عليه بعد فقدانه لأمواله⁽²³²⁾.

ومع هذا فإنه في حالة إعسار الزوج، وثبوت عجزه عن الإنفاق، مع عدم قدرة زوجته كذلك على الإنفاق، فإنها لا تطلق عليه، بل على القاضي منحه أجلاً مناسباً، ترك القانون تحديده للقاضي، بحسب ما يتبين له من ملاسبات الدعوى، وظاهر صياغة النص يوحي بأن الزوج الموسر الممتنع عن الإنفاق، والذي ليس له مال ظاهر، تطلق عليه زوجته دون منحه أجلاً، وإن كان الأولى منحه مهلة قبل التطلاق، إبقاء للزوجية ما أمكن، وفي كل الأحوال التطلاق لعدم إنفاق يقع رجعيّاً، يحق للزوج بعده مراجعة زوجته خلال عدتها، بشرط إثبات يسره، لأن التطلاق سببه عدم الإنفاق، فوجب إزالة ذلك السبب، لتعود زوجته إليه، ولكن إن عاودت الزوجة شكواها بسبب الامتناع عن الإنفاق طالبة التفريق بينها وبين زوجها أُعتبر ذلك اضراًً من الزوج بزوجه، فتطلق عليه للضرر، ويقع التطلاق في هذه الحالة بائناً.

هذه هي أحكام التطلاق لعدم الإنفاق بحسب نص المادة 40، والظاهر منها أنها ستطبق فقط في حال امتناع الزوج عن الإنفاق، وكأنه الوحيد الملزم بالإنفاق، ورغم أن هذا هو الأصل والغالب من الأحوال، ولكن بالعودة لنص المادة ذاتها، وبالأخص فقرتها الثانية، نرى أن الزوجة قد تلزم، وإن كان ذلك على سبيل الاستثناء، بالإنفاق على زوجها وأولادها منه، إن كان زوجها معسراً وهي موسرة، وهذا النص هو مجرد تكرار لما ورد في المادة 18 من ذات القانون، وهذا كله يعني أنه ليس من المستبعد قانوناً امتناع الزوجة عن الإنفاق على زوجها، ولكنه وإن كان له الحق في هذه النفقة سيعجز عن الوصول لحقه، لأن نص المادة 40 يواجه فقط حالة امتناع الزوجة عن الإنفاق على زوجته، وعبارته دالة بوضوح على هذا الفهم، وتنطق صراحة بذلك، فهي تقرر:

أ- إذا امتنع الزوج ...

ج- للزوجة طلب التطلاق... وهذا يعني أن لها وحدها طلب التطلاق.

د- وللزوج أن يراجع زوجته... والرجعة حق للزوج دون الزوجة.

ه- لا تطلق الزوجة إذا طراً الإعسار... وهذا يعني أنه لا حق للزوج في طلب التطلاق، بل لها كأصل هذا الحق، ونص هذه الفقرة مجرد استثناء على ذلك الأصل.

و- لا تطلق الزوجة على زوجها المعسر...فطلب التطلاق إذاً هو حق للزوجة وليس للزوج.

ز- يعتبر التطلاق لعدم الإنفاق رجعيًا...وهذا نتيجة لإعطاء الزوجة فقط الحق في طلب التطلاق.

وبهذا يظهر لنا التعارض بين نص المادة 40 ونص المادة 18 من نفس القانون، إذ بينما تمنح المادة الأخيرة الزوج حقاً، سبق أن أقرته المادة 17 للزوجة، تبين المادة 40 وسيلة يمكن للزوجة باللجوء إليها حماية حقها، ولا تعطى الزوج الحق في استعمال ذات الوسيلة، ومع هذا كله فهذا التناقض سهل الرفع، ويكون ذلك بتعديل نص المادة 40، وبيان أحكام الامتناع عن الإنفاق باستعمال لفظ الزوج، ليدل بعمومه على الزوج (الرجل) وعلى زوجه (زوجته) معاً، لأن التوسع في تفسير النص الحالي، لتطبيقه على حالات امتناع الزوجة عن الإنفاق، يعتبر خروجاً عن حرفيته، وتفسيراً لا تحتمله عباراته، وإن كان قصد الشارع قد اتجه إلي انطباقه على كل حالات الامتناع عن الإنفاق، سواء كان الممتنع الزوج أم الزوجة.

3- التطلاق للضرر:

أجاز القانون رقم 10 لسنة 1984م في المادة 39 منه التطلاق للضرر وسوء العشرة، ولكن بعد إتباع الإجراءات المنصوص عليها في المواد 35، 36، 37، 38، فإن لم يتفق الزوجان على إيقاع الطلاق بحسب نص المادة 36، ولم يفلح الحكمان في التوفيق بين الزوجين وإزالة أسباب الخلاف بحسب نص المادة 38، تولت المحكمة الفصل في النزاع بحسب إجراءات حددتها المادة 39 من ذات القانون، بعد تعديلها بالقانون رقم 22 لسنة 1991م، وذلك بأن تعقد جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين، فإن تعذر ذلك وثبت للمحكمة وقوع الضرر حكم القاضي بالتطلاق، اعتماداً على تقرير الحكمين، والذي حدد مصدر الضرر ومقداره، فإن كان المتسبب في الضرر هو الزوجة حكمت المحكمة بسقوط حقها في مؤخر الصداق والحضانة ومتجمد النفقة والسكنى، مع تعويض زوجها عما لحقه من ضرر، أما لو كان المتسبب في إحداث الضرر هو الزوج حكمت المحكمة للزوجة بمؤخر الصداق مع تعويض مناسب لها، وهذا كله دون إخلال بالحقوق الأخرى التي تثبت لأحد الزوجين بناء على الطلاق، فإذا عجز طالب التفريق عن إثبات دعواه،

واستمر الشقاق بين الزوجين، بما يستحيل معه استمرار الزوجية، حكمت المحكمة بالتطليق مع إسقاط حقوق طالب التفريق.

وبالإمعان في هذا النص يتضح لنا أن الحكم سيكون في غير صالح الزوجة في حالتين هما:

- كونها السبب في إحداث الضرر بزوجها.
- طلبها التفريق وعجزها عن إثبات قيام زوجها بإحداث الضرر وأنها لم تكن هي السبب في إحداثه.

وفي هاتين الحالتين تحكم المحكمة بتطليق المرأة وسقوط حقها في مؤخر الصداق والنفقة والحضانة، مع إلزامها بأداء تعويض مناسب لزوجها⁽²³³⁾، ولاشك أن حق المرأة في مؤخر الصداق ثابت لتأكده بالدخول وفق نص المادة 19/هـ، وكذلك حقها في النفقة لتأكده بالعقد الصحيح وفق نص المادة 23، إلا أنه يمكن اعتبار سقوطهما عن الزوج بموجب نص المادة 39 استثناء على نص هاتين المادتين، وخاصة أن لسقوط مؤخر الصداق والنفقة عن الزوج مبرراً مقبولاً، وهو ثبوت حق الزوج في التعويض، لأن الزوجة إن نالت حقها فيهما وجب عليها أداء تعويض مناسب للزوج، فهي إذا ستقبض حقها في المهر والنفقة ثم تعيده للزوج في صورة تعويض، بل وربما أكثر مما قبضته، ولكن ما لم نجد له تبريراً مقبولاً هو سقوط حقها في حضانة أولادها بموجب نص المادة 39، لأن الحضانة وفق الراجح في الفقه حق للمحضون وللحاضنة، وحق المحضون هو المقدم عند التعارض، فكيف يسقط حقه في الحضانة بسبب إضرار أم المحضون بزوجها أو عجزها عن إثبات إضراره بها، مع أنها صالحة للقيام بشؤون الصغير، وهو في حاجة إليها؟⁽²³⁴⁾.

²³³- في بعض الأحيان يؤدي تطبيق نص المادة 39 إلي نتائج شاذة وغير مقبولة قانوناً، ومنها الحالة التي يكون فيها الزوج هو طالب التفريق، مدعياً إضرار زوجته به، ورغم أنه ثبت للمحكمة أنه هو مصدر الضرر إلا أن الزوج أصر على التطليق، واكتفت الزوجة بنفي الضرر، ولم تتقدم بطلب تعويض من زوجها أو متعة، فالتطبيق الحرفي لنص المادة 39 يلزم القاضي بالحكم على الزوج (المدعى) بالتعويض ومؤخر الصداق والمتعة، وهذا في حقيقته حكم بما لم يطلبه الخصوم، وهذا ما يتعارض مع القواعد العامة المستقرة قانوناً من أن الحكم لا يكون إلا بناء على طلب صاحب المصلحة فيه، وأنه ليس للقاضي التصدي من تلقاء نفسه لإثبات حق لم يطلبه صاحبه، بل إن النتيجة تزداد شذوذاً إذا ما كان كلا الزوجين مدعياً في نفس الدعوى، وعجزاً معاً عن إثبات قيام الطرف الآخر بإحداث الضرر، فهل سيحكم القاضي على كل منهما بأداء تعويض لشريكه في الحياة الزوجية. العقيلي: ص 229.

²³⁴- الجليدي: ج2، ص165.

إذ لى يكون للأم الحق في اسقاط حقها في الحضانة لا بد أن تكون الحضانة حقاً لها، ولكنها قانوناً ليست كذلك، إذ هي حق للزوج وحده بحسب نص المادة 18/د، والذي حدد حقوق الزوج على زوجته، فقرر أن الزوج يحق له على زوجته حضانة أولادها منه والمحافظة عليهم ... وهذا يؤكد أن الحضانة حسب هذا النص هي حق مطلق للزوج وحده، أو أن الحضانة حق مشترك للأبوين في حال قيام الحياة الزوجية، فإن افترقا فهي للأم ثم لأبها ثم للأب حسب نص المادة 62/ب، وأياً ما كان فالحضانة لا تكون حقاً للأم وحدها إلا بعد الفرقة، ولذا لا حق لها ولا لغيرها في اسقاطها قبل ثبوت أحقية الأم لوحدها فيها.

4- آثار الفسخ:

الفرقة بين الزوجين نوعان، فهي إما طلاق وإما فسخ⁽²³⁵⁾، والفارق بين نوعي الفرقة يتعدى الاصطلاح ليلقي بظلاله على حالات وقوع كل منهما وآثار ذلك⁽²³⁶⁾، فالفسخ هو نقض لعقد الزواج في الحال، بسبب خلل وقع فيه وقت عقده، أو بسبب طراً

²³⁵- العقيلي: ص175، بدران: ص295.

²³⁶- يظهر الفارق بين الفرقة التي تعتبر فسخاً وتلك التي تعتبر طلاقاً من وجوه سبعة هي:

- الطلاق إنهاء لعقد الزواج في اللحظة التي صدر فيها بينما الفسخ هو رفع للعقد من الأصل وجعله كأن لم يكن منذ إنشائه.
- الطلاق حق للزوج، يوقعه إن شاء، ولو دون سبب قارن العقد فجعله غير صحيح أو غير لازم، ودون سبب طراً بعد العقد فأوجب الحيلولة دون استمراره، بينما الفسخ لا يكون إلا بأسباب معينة، قارنت إنشاء العقد، أو طرأت عليه بعد إبرامه وأوجب الحيلولة دون استمراره.
- لا ينقص عدد الطلاقات التي يملكها الزوج بفسخ العقد، وبحسب الطلاق من عدد الطلاقات التي يملكها الزوج.
- لا يقع الطلاق إلا في العقد الصحيح، بينما يقع الفسخ في العقد الصحيح والعقد الفاسد.
- الفسخ قاطع للرابطة الزوجية في الحال وبمجرد حدوثه، دون توقف ذلك على انقضاء العدة، بينما الطلاق قاطع للرابطة الزوجية في الحال إذا كان بائناً، ويتوقف انقطاع هذه الرابطة على انتهاء العدة إذا كان رجعيّاً.
- إن حصل الفسخ قبل الدخول فلا تستحق المرأة شيئاً من المهر، سواء كانت الفرقة بسبب من قبلها أو من قبل الزوج، أما الطلاق فإنه إن وقع قبل الدخول فالمرأة تستحق نصف المهر إن كان هناك مسمى، وتستحق المتعة عند عدم التسمية.
- يقع الطلاق شرعاً دون توقف على حكم قضائي، أما الفسخ فلا يقع إلا بحكم قضائي، لأن الزوجين قد يختلفان في وجود سببه، ولذا لو طلق زوجته فلا توارث بينهما بعد انتهاء العدة، ولو لم يصدر حكم قضائي بإثبات الطلاق، أما لو قام الزوج بفسخ العقد فالتوارث يقع بين الزوجين ولو انتهت العدة، إذا لم يصدر حكم قضائي بالفسخ. العقيلي: ص177، عمر عبدالله: ص500، شعبان: ص364، بدران: ص295، 296.
- الجليدي: ج2، ص14، أبو زهرة: ص278.

عليه بعد عقده يمنع بقاءه واستمراره⁽²³⁷⁾، وبعبارة أخرى هو رفع للعقد من أصله، وجعله كأن لم يكن، أما الطلاق فهو قاطع لاستمرارية عقد الزواج⁽²³⁸⁾، فحقيقة الطلاق أنه إنهاء للزواج وتقرير للحقوق السابقة، أما الفسخ فهو عارض يمنع إبقاء النكاح أو يكون تداركاً لأمر اقترن بإنشاء العقد وجعله غير لازم⁽²³⁹⁾، وعموماً أسباب الفسخ قد تكون مقارنة لوجود العقد وقد تطرأ بعد إبرامه⁽²⁴⁰⁾، ولما لم يكن هناك من أثر فيما يخص آثار الفسخ بين هاتين الطائفتين من الأسباب، فقد ذكرها القانون دون التمييز بين مشتملتهما، وذلك كما يلي:

أ- عدم انعقاد العقد صحيحاً، لاختلال ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته، كأن تبين أن الزوجة أخت الزوج رضاعاً، أو أن العقد عليها قد أبرم قبل انقضاء عدتها من الطلاق أو الوفاة، أو أن العقد قد تم دون شهود، أو بدون رضا أحد الزوجين⁽²⁴¹⁾.

ب- إخلال أحد الزوجين بما اشترطه عليه الآخر، كما لو اشترطت الزوجة عدم الزواج عليها بأخرى أو عدم نقلها من بلدتها أو تركها تستمر في عملها، أو اشترط الزوج خلوها من العيب فبانته غير ذلك.

ج- حصول اتصال جنسي من قبل أحد الزوجين بأحد المحارم، كاتصال الزوج بأماً زوجته أو بنتها، أو اتصال الزوجة بابن الزوج أو والده، لأن هذا الاتصال يوجب حرمة المصاهرة، وهي مانعة من الزواج ابتداءً، وكذلك لو حدث سببها أثناء الزوجية، إذ الشرع يمنع استمرار هذه العلاقة بعد هذا الاتصال، مما يوجب فسخ العقد بعد حدوث سببه.

د- رفض الزوج الدخول في الإسلام بعد إسلام زوجته، بعد إن كانا غير مسلمين حين إبرام العقد، أو رفض الزوجة، إن كانت غير ذات دين سماوي، اعتناق دين سماوي بعد إسلام زوجها، لأن عدم توافر أحد أسباب التحريم كما هو شرط لإنشاء العقد هو شرط

²³⁷- شريف العالم: ص242، الجليدي: ج2، ص16.

²³⁸- عمر عبد الله: ص496.

²³⁹- أبو زهرة: ص277.

²⁴⁰- أنظر ذلك مفصلاً عند عمر عبدالله: ص497، مذكور: ص335، شريف العالم: ص242 وما بعدها.

²⁴¹- الجليدي: ج2، ص20.

كذلك لبقائه، أما لو أسلم الزوج وظلت زوجته على ديانتها السابقة، إن كانت يهودية أو مسيحية، فلا يفسخ الزواج، لجواز العقد على الكتابية⁽²⁴²⁾.

هـ- ردة الزوجة عن دينها إن كانت مسلمة، أو ردتها لدين غير سماوي إن كانت كتابية، حيث يفسخ عقد زواجها مع زوجها المسلم، وكذلك الأمر في حال ردة الزوج، لأن الردة كما تحرم إنشاء الزواج فإنها سبب يحول دون استمرار الرابطة الزوجية إن حدثت بعد إبرام العقد.

يضاف لهذه الحالات حالتان نص عليهما القانون في المادة 15 منه وهما:

- عدم الكفاءة إذا زوّجت البالغة العاقلة نفسها أو زوجها وليها من غير كفاء، حيث يحق لكل من الزوجة والولي على انفراد طلب فسخ العقد لعدم الكفاءة، ما لم تحمل الزوجة حملاً ظاهراً أو تنقض سنة بعد النكاح أو يسبق منها الرضا صراحة أو ضمناً (المادة 15/د).

- نقصان المهر عن مهر المثل إذا زوّج الولي المرأة، وذلك ما لم تحمل حملاً ظاهراً أو تنقض سنة بعد النكاح أو ترضى الزوجة بالمهر، أما الولي فلا يحق له طلب فسخ العقد لنقصان المهر عن مهر المثل (المادة 15/هـ)، لأنه لو طالب بالفسخ لمنعه الزوج بزيادته للمهر إلي مهر المثل، ولكن الزوجة قد تهبه له بعد الزواج، مما لا يكون معه لتمسك الولي بالكفاءة في المال أي أثر⁽²⁴³⁾.

يضاف للحالات السابقة حالة غفل القانون عن النص عليها صراحة، ولكن يمكن تخريج حكمها بالاستناد لنص المادة 72/ب، والتي تلزم - في حال عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه- بالحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون رقم 10 لسنة 1984م، وتتمثل هذه الحالة في فسخ العقد بسبب خيار

²⁴²- بحسب نص المادة 46 لو كان الزوجان غير مسلمين ودخلا الإسلام، أو دخل الزوج الإسلام وكانت زوجته كتابية، فلا يحتاجان إلي عقد جديد بل يظل زواجهما السابق سارياً، ما لم يوجد ما يمنع انعقاده شرعاً، فإن أسلمت الزوجة وامتنع زوجها عن الدخول في الإسلام فُسخ العقد، فإذا أسلم الزوج أثناء العدة جاز له ترجيع زوجته، ومع هذا لو كانت الزوجة غير كتابية وأسلم زوجها فإن زواجها لا يفسخ إلا بعد عرض الإسلام عليها ورفضها الدخول فيه.

²⁴³- الجروشي والعبار: ج1، ص163.

البلوغ أو الإفاقة، وذلك إذا زوّج غير الأب أو الجد الصغير أو الصغيرة، إذ يجوز لهما بعد البلوغ أو الإفاقة من الجنون فسخ العقد أو الإبقاء عليه⁽²⁴⁴⁾.

والظاهر مما سبق أن العقد الذي توافر أحد أسباب فسخه يختلف وصفه الشرعي بحسب سبب الفسخ، فهو قد يكون غير لازم، كما في حالة اختلال الكفاءة أو نقصان المهر عن مهر المثل، أو يكون باطلا لاختلال أحد أركانه أو أحد شروط انعقاده، كما في حال ثبوت أن الزوجين أخوان من الرضاعة، أو يكون فاسداً، كما لو تم العقد دون شهود⁽²⁴⁵⁾، وبهذا كان ينبغي عند بيان آثار الفسخ ترتيبها بحسب نوع العقد، لأن العقود من حيث جواز فسخها تنقسم إلى نوعين: واجبة الفسخ إن نشأت باطلة أو فاسدة، وجائزة الفسخ إن نشأت صحيحة غير لازمة⁽²⁴⁶⁾، كما أن العقود الفاسدة يختلف ما يترتب عليها من آثار بحسب ما إذا تم فسخها قبل الدخول أو بعده، ولكن القانون ترك كل هذه التقسيمات، ولم يميز بين أسباب الفسخ بحسب ما إذا كانت مقارنة لإبرام العقد أو طرأت عليه بعد نشوئه، ودون تمييز بين العقود القابلة أو الواجبة الفسخ بحسب حكمها الشرعي، وأجمل آثار الفسخ في المادة 45/ج، بقوله "الفسخ بعد الدخول أو ثبوت الخلوة يوجب للمرأة المسمى أو مهر المثل، أما إن وقع الفسخ قبل الدخول فلا تستحق شيئاً"، والظاهر من هذا أن فسخ العقد قبل الدخول والخلوة يسقط به كل المهر، سواء كان الفسخ بسبب من جهة الرجل، كما لو ارتد عن الإسلام، أو بسبب من جهة المرأة، كما لو ارتدت الزوجة عن الإسلام، أو رفضت الدخول فيه بعد إسلام زوجها ولم تكن كتابية، أو طلبت فسخ العقد لعيب في الزوج، أو لأنه غير كفاء، إذ يستوي الأمر بشأن عدم وجوب شيء من المهر، سواء كان من أخل بالشرط الذي اشتراطه عليه الطرف الآخر في العقد الزوج أم الزوجة، وعدم إيجاب شيء من المهر على الزوج إن حدث الفسخ قبل الدخول والخلوة توجه مقبول، لأن المهر يجب بالعقد، وقد تم نقضه من أساسه، والمهر إنما يتأكد بالدخول الحقيقي أو الخلوة الصحيحة⁽²⁴⁷⁾، وأي منهما لم يحدث.

²⁴⁴ - بصدد أحكام هذه المسألة أنظر عمر عبدالله: ص226.

²⁴⁵ - مذكور: ص335.

²⁴⁶ - أبو زهرة: ص278.

²⁴⁷ - تأكد المهر بالخلوة اختلف فيه الفقهاء، وهو يتأكد قانوناً بحسب نص المادة 19/هـ بالدخول أو الوفاة فقط.

أنظر الكاساني: ج2، ص584.

وبحسب نص المادة 45/ج فإنه بعد الدخول أو الخلوة يجب للمرأة المسمى أو مهر المثل، سواء كان الفسخ بسبب من جهتها أو بسبب من جهة الزوج، بمعنى سواء كان من اتصل جنسياً بأصول أو فروع الآخر الزوج أو الزوجة، وسواء كان من ارتد عن الإسلام أو رفض الدخول فيه بعد إسلام شريكه في الحياة الزوجية الزوج أو الزوجة، وسواء كان من أخل بما اشترطه عليه الطرف الآخر في العقد الزوج أو الزوجة، ويبدو لنا مجافاة هذا النص للعدالة، إذ كان ينبغي إلزام الزوج بالمهر كله إن حدث الفسخ بعد الدخول، وإلزامه بنصف المهر أو المتعة إن حدث الفسخ قبل الدخول ويسبب من جهته، كما لو ارتد هو عن الإسلام، أو ارتكب ما يوجب حرمة المصاهرة، أو أخل بما اشترطته عليه الزوجة من شروط، كي لا يستفيد من فعله غير المشروع، أو من عدم احترامه لشروط العقد⁽²⁴⁸⁾.

يضاف إلي هذا أن نص المادة 45/ج ينطوي على تعارض مع نصين آخرين من ذات القانون، تناقضاً يصعب معه التوفيق بينها، حيث يتناقض مع نص المادة 19/هـ، ومع نص المادة 16، فنص المادة 45/ج يوجب كل المهر بالدخول الحقيقي أو الخلوة الصحيحة، سواء كان الفسخ سببه من جهة الزوج أو الزوجة، وسواء كان الفسخ قد وقع لخلل في ركن العقد، أو في أحد شروط صحته، أو لاختلال الكفاءة، أو لنقصان المهر عن مهر المثل، وبمعنى آخر سواء كان العقد غير لازم أم باطلاً أم فاسداً، وهذا الأمر يثير ملاحظتين هما:

- إيجاب المهر بالخلوة في العقد الفاسد لم يقل به أحد من الفقهاء، لأن من قال بوجوب المهر بالخلوة الصحيحة ولو لم يحصل فيها اتصال جنسي، وهم الحنفية والحنابلة، قصر ذلك على العقد الصحيح فقط⁽²⁴⁹⁾.

- نص هذه المادة يتعارض مع نص المادة 19، فنص المادة 45/ج يقرر وجوب كل المهر بالخلوة الصحيحة ولو كان العقد فاسداً، ونص المادة 19/هـ يقرر أن المهر لا يجب كله إلا بالعقد الصحيح، وهذا سبب أول للتناقض، وأن المهر لا يتأكد إلا بالدخول أو

²⁴⁸- شريف العالم: ص244.

²⁴⁹- تابع هذه المسألة مفصلة عند عمر عبدالله: ص278-282، الجليدي: ج2، ص36، ابن عابدين: ج2، ص341، ابن قدامة: ج6، ص726.

الوفاء، أي أنه لا يتأكد بالخلوة ولو كان العقد صحيحاً فما بالك لو كان العقد فاسداً، وهذا كان سبب ثاب للتناقض⁽²⁵⁰⁾.

ولا يقف الأمر عند هذا بل إنه بحسب نص المادة 45/ج تستحق المرأة بعد الدخول أو الخلوة (ولو كان العقد فاسداً، كما لو تم فسخه بسبب الإخلال بأحد شروط صحته) المهر المسمى في حالة تسمية مهر ومهر المثل (كله) عند عدم التسمية أو فسادها، وهذا يتعارض مع نص المادة 16 من ذات القانون، والتي عندما حددت آثار العقد الفاسد أوجبت للمرأة بعد الدخول في هذا العقد الأقل من المسمى ومهر المثل، لا مهر المثل كله، ففي هذا العقد الفاسد، إن تم فسخه بعد الدخول، هل يثبت للمرأة في حال تسمية مهر كل المسمى بحسب نص المادة 45/ج، أم الأقل من المسمى ومهر المثل بحسب نص المادة 16؟⁽²⁵¹⁾.

المبحث الثالث

التعارض بين النصوص المتعلقة بحقوق الأولاد

هذه الحالات من التعارض أقل مما لاحظناه في المبحثين السابقين، إذ تقتصر على حالتين هما التعارض بين النصوص في شأن تكييف حق الحضانة وتحديد صاحب الحق فيها، والتعارض بين نص المادة 55/ب والنص الخاص بشأن تحديد أقصى مدة الحمل.

1- تكييف الحضانة:

اختلف الفقهاء في شأن تكييف الحضانة، باعتبارها الحق في تربية الطفل ورعايته والقيام بشؤونه في سن معينة⁽²⁵²⁾، أهي حق للحاضنة أم هي حق للمحزون؟ وبحسب التكييف كان يتم تنزيل الأحكام الشرعية للحضانة، إذ يرى جانب فقهي أن الحضانة حق للحاضنة وحدها، مدللين على رأيهم بأن لها الحق في إسقاطها عنها، ولو كانت الحضانة حقاً لغيرها ما سقطت بإسقاطها لها، لأن الإنسان يملك إسقاط حقه لا حق غيره⁽²⁵³⁾، بينما يرى جانب آخر من الفقه أن الحضانة حق للمحزون نفسه، وعلى هذا لا يملك من

²⁵⁰- شريف العالم: ص 151، الجروشي والعبار: ج 1، ص 192، الجليدي: ج 2، ص 36.

²⁵¹- الجليدي: ج 2، ص 36، 37، زبيدة: ص 293.

²⁵²- عمر عبد الله: ص 545.

²⁵³- المرجع السابق: ص 559.

تقضي مصلحة الصغير أن يكون في حضنته أن يتمتع عند ذلك، ولذا فالحاضنة تجبر على القيام بها إذا تعينت، بأن لم يوجد غيرها صالحاً للقيام بها⁽²⁵⁴⁾، ولكن أغلب الفقهاء يرون أن الحضانة يتعلق بها حقوق ثلاثة، هي حق المحضون وحق الحاضنة وحق الأب أو من يقوم مقامه إذا لم تكن الحضانة حقاً له، فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق ثبتت كلها، فإن تعارضت يقدم حق المحضون لأنه أقواها⁽²⁵⁵⁾، وهذا التكييف يترتب عليه النتائج التالية⁽²⁵⁶⁾:

- في حال تعين الحاضنة، وذلك بأن لم يوجد غيرها يصلح للقيام بالحضانة، فإنها تجبر على القيام بها مراعاة لحق الولد، ولا تجبر على الحضانة في حال عدم تعيينها، لأنه لا ضرر على الصغير في حال إسقاطها لحقها فيها، لوجود من يحل محلها، إذ تنتقل الحضانة لمن يليها في الترتيب، وهذا ما يراه المالكية، أما الحنفية فيقررون أن الحاضنة لا تجبر على الحاضنة في كل الأحوال، بل ينتقل الحق فيها إلي من يليها في الترتيب، ويبدو لنا أن المذهب الحنفي أقرب للقبول، لرعايته لمصلحة المحضون، لأن مصلحته لن تتحقق على الوجه الأكمل مع هذا الإجمار، إذ الغاية من الحضانة هي الرعاية والمودة وتحقيق مصلحة المحضون، وهذا ما قد يعجز عنه من أسقط حقه فيها، فلا مبرر إذاً لإجباره عليها، أو ربما لا يرغب في تحقيقه، وهنا أيضاً - رعاية لمصلحة الصغير - لا داعي لإجباره عليها⁽²⁵⁷⁾.

- إن خالعت الأم زوجها، وجعلت الحضانة مقابلاً لافتداء نفسها، كان الخلع صحيحاً، ولكنها مع هذا لا تسقط عنها، إذا كان في سقوطها إضرار بالمحضون، فإن لم يلحقه ضرر سقط حق الأم فيها، وعندئذ تنتقل الحضانة إلي من يليها في الدرجة، لأن الأم، وإن ملكت إسقاط حقها، فإنها لا تملك إسقاط حق من يليها في الترتيب⁽²⁵⁸⁾، بينما يرى المالكية انتقال الحضانة للأب بشرطين:

أ- ألا يلحق المحضون ضرر.

²⁵⁴- ابن جزى: ص195.

²⁵⁵- العقيلي: ص167، شريف العالم: ص300 وما بعدها، مذكور: ص466.

²⁵⁶- الجلبيدي: ج2، ص271، عمر عبدالله: ص560، شعبان: ص614.

²⁵⁷- الكاساني: ج3، ص455.

²⁵⁸- شريف العالم: ص249، أبو زهرة: ص334.

ب- أن يكون عند الأب من النساء من تصلح للقيام بالحضانة⁽²⁵⁹⁾.

- إن كانت المرضعة امرأة أخرى ليست هي الحاضنة فعليها إرضاع الصغير عند الحاضنة، كي لا يفوت حقها في الحضانة.

- لا يحق للأب أخذ الطفل من الحاضنة وإعطائه لغيرها إلا بسبب شرعي، كسقوط حقها في الحضانة أو عدم صلاحيتها للقيام بها.

والظاهر أن هذه الآثار انبنت على هذا التكييف المزدوج للحق في الحضانة، إذ انبنى على اعتبارها حقاً للصغير عدم إسقاط الحضانة عن الأم لو خالعت الأب على إسقاطها، وإجبار الحاضنة على القيام بها، إذا تعينت لها، وانبنى على أن في الحضانة حقاً للحاضنة عدم أحقية الأب في إعطاء المحضون لغير الحاضنة، وعدم أحقيته في الانتقال بالصغير من البلد محل الحضانة، لما في ذلك من تفويت لحقها فيها، وإلزام المرضعة غير الحاضنة بإرضاع الصغير في مكان الحضانة، وعند الحاضنة أو في بيتها، ورده إليها مباشرة بعد الإرضاع، ولكن القانون يرى في المادة 18/د منه، عند بيانه لحقوق الزوج على زوجته، أن حضانة الأولاد والمحافظة عليهم وإرضاعهم حق للزوج على زوجته، وهذا التكييف لم يُسبق إليه، ولم نر أحداً من الفقهاء قال به، أما عند تناوله للأحكام التفصيلية للحضانة فإننا نراه يعرض عن هذا التكييف، ويكون أقرب للتكييف الراجح في الفقه، إلا ما يظهر لنا من نص المادة 62/ب من اعتبار الحضانة حال قيام الزوجية حقاً مشتركاً بين الأبوين، إذ الغالب في هذا القانون أن الحضانة حق للمحضون، وهذا ما تنطبق به عبارات نصوصه، وذلك كما يلي:

- للمحكمة ألا تنقيد بالترتيب الوارد في الفقرة السابقة لمصلحة المحضون (المادة 62/ج).

- إذا تركت الأم بيت الزوجية لخلاف مع زوجها استحققت الحضانة، ما لم تر المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون (المادة 63/أ).

- إذا كان المحضون صغيراً لا يستغني بنفسه عن وجود أمه ألزمت بحضانتها (المادة 63/ب).

- تعود الحضانة لمن سقطت عنه متى زال سبب سقوطها، إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون (المادة 66/ج).

- لا تسقط الحضانة بسكنى من له الحق فيها مع من سقطت حضانتها، إلا إذا كان هناك ضرر للمحضون (المادة 67/أ).

- لا يؤثر سفر الولي أو الحاضنة ... على حق الحاضنة في الحضانة، إلا إذا أضر السفر بمصلحة المحضون (المادة 67/ج).

فالظاهر من هذه النصوص أن الحضانة حق للمحضون، وأن حقه فيها مقدم على حق غيره عند التعارض، أو بعبارة أخرى تقرير الأحكام بصدد الحضانة روعي فيه تحقيق مصلحة الصغير، ولو تعارض ذلك مع مصلحة الحاضنة، ولكن هناك نصوص أخرى تنطق أو يستنتج منها أن الحضانة حق للحاضنة ومنها:

- إن افترق الزوجان فالحضانة تعود للأم ثم لأمها (المادة 62/ب).

- إذا تركت الزوجة بيت الزوجية لخلاف مع زوجها استحققت حضانة أولادها (المادة 63/أ).

- تستحق الأم الكتابية حضانة أولادها المسلمين، ما لم يتبين منها تنشئة الأولاد على غير دين أبيهم المسلم (المادة 64).

- بعد الفرقة بين الزوجين أو إذا كانت الحاضنة غير الأم، استحققت أجرة حضانة تكون من مال المحضون إن كان له مال، وإلا وجبت على أبيه الموسر (المادة 69).

وجمعاً بين كل هذه النصوص نخلص إلي أن الحضانة حق مشترك بين المحضون والحاضنة، مع تقديم حق المحضون على غيره عند التعارض، وإذا كان يجب أحياناً مراعاة حق الأب في رؤية أبنائه بعد الفرقة بين الزوجين فهذا لا يجعل له حقاً في حضانتهم، بل ينبغي على الحاضنة ممارسة حقها في الحضانة دون تعسف، ودون قصد الإضرار بالولي، ولكن مع هذا لم يثبت أن الحضانة بعد الفرقة بين الزوجين حق للأب، إلا إذا آلت إليه بحسب الترتيب الفقهي للحاضنين، بأن سقطت عن سبقه، أو لم تتوافر فيمن سبقه شروط استحقاقها، والأب عندئذ يكون حاضناً كغيره ممن استحق الحضانة، وهذا يعني أن هناك تعارضاً - وإن لم يكن له أثر كبير في بيان أحكام الحضانة- بين نص المادة 18/د وبين النصوص الأخرى المتعلقة بالحضانة.

2- أقصى مدة الحمل:

أثير خلاف - أكثر مما أثير بصدد أقل مدة الحمل- بين العلماء بشأن أقصى

المدة الحمل، وذلك لسببين هما:

- عدم وجود نص شرعي صريح يحكم المسألة⁽²⁶⁰⁾.
- الحرص على إثبات نسب الولد لأبيه، حفظاً للأعراض، وبعداً عن نشر الرذيلة في المجتمع.

وقد تراوحت تقديرات الفقهاء لأقصى مدة الحمل ما بين تسعة أشهر إلى خمس سنوات، إذ ذهب الظاهرية إلى أنها تسعة أشهر، ورأى الحنفية أنها سنتان، بينما قال الشافعية والحنابلة أنها أربع سنوات، وذهب بعض المالكية إلى أنها سنة قمرية واحدة، وقال أغلبهم أنها خمس سنين، وقيل غير ذلك⁽²⁶¹⁾، وكل هذه الأقوال لا سند لها من الكتاب أو السنة، لأن القائلين بها اعتمدوا فيها على بعض الوقائع والأخبار بل والحكايات التي تخبر أن بعض النسوة حملن في مثل هذه المدة، وهذا ما لا يصح الاعتماد عليه في إثبات الأحكام الشرعية⁽²⁶²⁾، ولذا صار من المحتم الرجوع في هذا الصدد لأهل الخبرة من الأطباء، والذين اتفق رأيهم على أن أقصى مدة الحمل سنة واحدة شمسية، دفعاً لكل خلاف⁽²⁶³⁾، وبذا وجب عدم سماع دعوى النسب إذا أتت المرأة بولد بعد سنة من غيبة زوجها أو طلاقها منه أو وفاته، لأن القول بثبوت النسب لمدة أكثر من سنة دفع بعض من لا أخلاق لهن من النساء إلى ادعاء نسب أولاد غير شرعيين إلى أزواجهن، سيما بعد وفاتهم، وفي هذا من الفساد ما لا يخفى⁽²⁶⁴⁾، وبهذا الحكم أخذ القانون، حيث قرر في المادة 53/أ بأن أقصى مدة الحمل هي سنة واحدة قمرية، وقد أكد هذا الحكم في المادة 55/أ، ولكنه في الفقرة ب من ذات المادة قرر أن المعتدة من طلاق أو وفاة إذا أخطرت،

أثناء عدتها، المحكمة المختصة بحملها، في مواجهة ذوي الشأن، وتحققت المحكمة من ثبوت الحمل حكمت المحكمة بثبوت النسب إلى من نسب إليه، أيًا كانت مدة الحمل التي وُلد بعدها.

²⁶⁰- عمر عبد الله: ص 520.

²⁶¹- الشيرازي: ج 2، ص 120، ابن عابدين: ج 2، ص 623 وما بعدها، ابن الهمام: ج 3، ص 310، ابن حزم: ج 10، ص 317.

²⁶²- شعبان: ص 559، شريف العالم: ص 272.

²⁶³- عمر عبد الله: ص 521.

²⁶⁴- شعبان: ص 560.

ولا شك أن التعارض واضح بين نص هذه الفقرة والحكم العام المقرر لأقصى مدة الحمل، المنصوص عليه في المادة 53/أ، وهذا التعارض يظهر من ناحيتين:

- أنه يتناقض مع ما استقر عليه رأى ذوى الخبرة من الأطباء من أنه لا حمل مشروع بعد مضي سنة من الوفاة أو الطلاق.

- أن الحكمة من تحديد أقصى مدة الحمل أريد منها في الأساس سد الباب في وجه نسوة توفى أزواجهن، فادعين الحمل منهم بعد الوفاة بسنين عديدة، وهذا النص ينقض هذه الحكمة من أساسها.

الخاتمة

ها قد فرغنا بفضل المولى عز وجل من إبداء ما ظهر لنا من ملاحظات حول تعارض بعض نصوص القانون رقم 10 لسنة 1984م مع بعضها الآخر، ومع كل ما قلناه، مما قد يوحي بأننا اجتهدنا في بيان عيوب هذا القانون وأغفلنا ما له من محاسن، فالأمر في حقيقته على خلاف ذلك، إذ يكفيه فخراً أن معاييه عُدَّت وحُصرت، فهو من القوانين الليبية ذات الأساس الشرعي القليلة التي صمدت أمام معاول التعديل والإلغاء، إذ بعد أكثر من ثلاثين سنة من التطبيق لا يزال صامداً في وجهها، ولكن هذه الملاحظات هي مما أبانتها لنا دراستنا النظرية له، بالمقارنة بين نصوصه وتحليلها بقصد الربط بينها، وهي تظل وجهة نظر، يمكننا أن نختم هذا البحث بأن نضيف إليها ملاحظتين عامتين هما:

- حسن السياسة التشريعية يقتضي مراجعة القانون، بعد دخوله حيز التطبيق، كل عشرين أو ثلاثين سنة، ولو لم يكن هناك من سبب ظاهر يدعو لهذا، وذلك لمواكبة التطورات التي حدثت في المجتمع، والتغيرات التي طالت بنيته وركائزه، وما جدّ فيه من عادات وأعراف، ولتحقيق التناغم بين قانون ما وبقية فروع النظام القانوني في الدولة، ولملاحقة التطور القانوني الذي كشفت عن جوانبه الدراسات التي أجريت بعد إصدار القانون، أو لتلافي العيوب التي أبان عنها تطبيقه، وهذا كله يعني أن على المشرع مراجعة القانون رقم 10 لسنة 1984م برمته، لتحقيق الأهداف المنوه عنها هنا.

- كل هذه الملاحظات لا تقلل من حسن صياغة القانون، وهي بذاتها قابلة للنقد والأخذ والرد، إذ لا يقبل أن نبيح لأنفسنا نقد قانون، صدر بعد دراسات أستاذية منها في صياغته، وتناولته أياد متخصصة بالبناء، ونحجب هذا الحق عن غيرنا، بدعوى جدوى أو سلامة ما أبديناه من ملاحظات، أو ما وجهناه لنصوصه من دعاوي التعارض والتضارب، فالقصور قد يكون من قبلنا في فهم هذه النصوص أو العجز عن تبين الحكمة التشريعية أو الغاية التي تغياها المشرع، فكان توافقا أو ذا حكمة خفية لطيفة ما رأيناه من تعارض.

وأخيراً نأمل أن نكون قد وفقنا في الوصول لما هدفنا إليه، آمليين أن يمدنا الله
بعونه، لتلافي ما قصرنا فيه، أو جانبنا صوابه، إذ ما الكمال إلا للخالق جلت قدرته، وآخر
دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

د . سعد خليفة العبار

عضو هيئة التدريس بقسم الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق – جامعة بنغازي

قائمة المصادر

أولاً الكتب القديمة:

- ابن جزئ (محمد بن أحمد): قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، 1968م، دار العلم للملايين، بيروت.
- ابن حزم (علي بن أحمد): المحلى، ط1، 1355هـ، إدارة الطباعة المنيرية، مصر.
- الدسوقي (محمد عرفة): حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية، مصر.
- ابن رشد (محمد بن أحمد): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت.
- الشاطبي (إبراهيم بن موسى): الموافقات في أصول الشريعة، ط2، 1975م، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.
- الشربيني (محمد الخطيب): مغني المحتاج إلي معرفة ألفاظ المنهاج على متن المنهاج ليحيى بن شرف النووي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1958م، مصر.
- الشيرازي (إبراهيم بن علي): المذهب في فقه الإمام الشافعي، ومعه النظم المستعذب في شرح غريب المذهب، لمحمد بن بطلال الركي، شركة مكتبة أحمد بن سعد نبهان، اندونيسيا.
- ابن عابدين (محمد أمين): رد المحتار على الدر المختار "حاشية ابن عابدين"، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ابن قدامة (عبد الله بن أحمد): المغني على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين الخرقى، مكتبة الجمهورية العربية ومكتبة الكليات الأزهرية، مصر.
- الكاساني (علاء الدين أبي بكر بن مسعود): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش، ط3، 2000م، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الميداني (عبد الغني الغنيمي): اللباب في شرح الكتاب على المختصر المشتهر باسم الكتاب لأحمد محمد القدوري، ط4، 1991م، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، حمص- بيروت.
- الهذلي (جعفر بن الحسن): شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري، 1978م، دار مكتبة الحياة، بيروت.

- ابن الهمام (محمد بن عبد الواحد السيواسي): شرح فتح القدير، وبهامشه شرح العناية على الهداية، لمحمد بن محمود البابرتي، وحاشية سعدي جلبي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر.

ثانياً الكتب الحديثة:

- بدران (بدران أبو العينين): الزواج والطلاق في الإسلام، 1967م، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.

- الجروشي (سليمان محمد)، العبار (سعد خليفة): شرح قانون الأحوال الشخصية الليبي، ط1، 2009م، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية.

- الجليدي (سعید محمد): أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، 1993م، منشورات كلية القانون، جامعة ناصر.

- أبو زهرة (محمد): الأحوال الشخصية، ط3، 1957م، دار الفكر العربي، القاهرة.

- شريف العالم (عبد السلام محمد): قانون الزواج والطلاق رقم 10 لسنة 84 وأسانيده الشرعية، ط1، 1990م، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي.

- شعبان (زكي الدين): الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ط5، 1989م، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي.

- العبار (سعد خليفة): ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة، دراسة فقهية مقارنة، ط1، 1999م، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي.

- عبد الله (عمر): أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، ط3، 1961م، دار المعارف، مصر.

- العطار (عبد الناصر توفيق): خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، 1976م، مطبعة السعادة، مصر.

- العقيلي (أحمد خليفة): الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ط1، 1990م، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، مصراتة.

- مذكور (محمد سلام): الوجيز لأحكام الأسرة، 1978م، دار النهضة العربية، القاهرة.

ثانياً:
التعليقات



تعليق على حكم المحكمة العليا الليبية بشأن مدى شمول الغرامة المضافة إلى عقوبة السجن بالتخفيف وفقا للمادة 29 من قانون العقوبات²⁶⁵

أ.د. موسى مسعودة ارحومة

الوقائع :

اتهمت النيابة العامة المطعون ضده لأنه بتاريخ 18 - 8 - 2005م حاز مواد مخدرة بقصد الاتجار، وقدمته إلى غرفة الاتهام طالبة إحالته إلى محكمة الجنايات بمقتضى المواد 1، 2، 7، 35 من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية رقم 7 لسنة 1990م وتعديلاته والغرفة قررت ذلك .

قضت محكمة الجنايات غيابيا بمعاينة المطعون ضده بالسجن ثلاث سنوات وتغريمه بخمسة آلاف دينار ، وعند القبض عليه أعيدت محاكمته ، فصدر بحقه حكم بالحبس مع الشغل لمدة سنة واحدة وتغريمه ألف دينار مع نشر الحكم ومصادرة المخدر المضبوط .

الإجراءات :

صدر الحكم الطعين بتاريخ 26 - 2 - 2007م ، وبتاريخ 18 - 4 - 2007م قررت النيابة العامة الطعن عليه بالنقض . قدمت نيابة النقض مذكرة برأيها القانوني انتهت فيها إلى قبول الطعن شكلا وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه مع الإعادة . وكان من بين ما تتعاه النيابة العامة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون؛ بدعوى أن عقوبة الغرامة المقررة في نص المادة 35/1 من القانون رقم 7 لسنة 1990م بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية هي عقوبة تكميلية ، ومن ثم لا تسري عليها ظروف التخفيف المنصوص عليها في المادة 29 عقوبات ، ولما كانت المحكمة المطعون في حكمها قد نزلت بعقوبة الغرامة عن الحد الأدنى فإن حكمها يكون معيبا متعين النقض.

²⁶⁵ - طعن جنائي رقم 1314 / 54 ق ، جلسة 26-11-2008م، مجلة المحكمة العليا ، س44 ، ع3 ، مبدأ رقم 1

انتهت المحكمة العليا في جلستها بتاريخ 16-11-2008م إلى قبول الطعن الذي تقدمت به النيابة العامة شكلا وفي الموضوع برفضه ؛ حيث جاء في أسباب حكمها ردا على الوجه الثاني من أسباب الطعن بالنقض (وحيث إنه عما تتعاه النيابة العامة في الوجه الثاني من نعيها وهو أن الغرامة الواردة في مادة التجريم هي عقوبة تكميلية لا تسري عليها ظروف التخفيف المنصوص عليها في المادة 29 عقوبات فإن هذا النعي غير سديد ذلك أن الغرامة الواردة في هذه المادة (مادة التجريم) هي عقوبة أصلية حسب نص المادة 17 عقوبات ومن ثم يسري عليها ما يسري على كافة العقوبات الأصلية الأخرى - ----) .

التعليق :

إن المبدأ السابق - وهو موضوع التعليق - يثير مسألتين مرتبطتين ببعضهما أوثق ارتباط ؛ تتعلق الأولى بطبيعة الغرامة في القانون الليبي (فقرة أولى)، في حين تتعلق الثانية بنطاق تخفيف العقوبة في ضوء المادة 29 ع.ل (فقرة ثانية).
أولا : طبيعة الغرامة في القانون الليبي :

تصنف العقوبات في كثير من التشريعات المعاصرة - بما فيها التشريع الليبي - من حيث الأصالة والتبعية إلى ثلاث فئات، وهي: عقوبات أصلية وتكميلية وتبعية²⁶⁶،

²⁶⁶ - في حين حصرها مشروع قانون العقوبات الليبي الجديد في طائفتين : وهما العقوبات الأصلية والتكميلية ، وهذا الاتجاه نراه محمودا ، وبحسب لواضعي هذا المشروع ؛ باعتباره يجسد مبدأ قضائية العقوبة (للمزيد : تراجع المذكرة التوضيحية المرفقة ، ص 6 من المشروع المذكور) .
والعقوبات الأصلية هي المقررة أصلا للجريمة ، وتكفي للحكم بها بمفردها، ولايستلزم أن يكون تطبيقها مقرونا بعقوبة أخرى معها ، أما العقوبات التكميلية - كما يدل اسمها - هي التي لا يصح توقيعها بمفردها وإنما بالإضافة إلى عقوبة أصلية أو مكملتها لها ، وهي قد تكون وجوبية أو جوازية، وفي الحالة الأولى يتعين على المحكمة النطق بها وإلا كان حكمها معيبا مستوجبا للنقض للخطأ في تطبيق القانون ، أما في الحالة الثانية فأغفال النطق بها في الحكم لا يعيبه ، كل ما في الأمر أن هذا الإغفال يترتب عليه عدم جواز تنفيذها ، في حين أن العقوبات التبعية هي التي يتبع تنفيذها تلقائيا العقوبة الأصلية المحكوم بها بقوة القانون دونما حاجة للنطق بها في الحكم ، وهي شأنها شأن العقوبات التكميلية لا توقع منفردة . (يراجع مؤلفنا: الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي - الجزء الثاني ، الجزء الجنائي ، الطبعة الأولى 2014 م ، ص 35 ، 36) ؛ محكمة عليا طعن جنائي رقم 29/178 قق ، جلسة 27 ينيلير 1983م ، مجلة المحكمة العليا ، عدد 3 ، س 20 ، ص 202) .

وتجدر الإشارة في هذا المقام بأن القانون الجزائري الصادر بالأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966م جاءت صياغته أكثر دقة ووضوحا فيما يخص هذا التصنيف مقارنة بالقانون الليبي ؛ وذلك من

ومناطق تقسيم الجرائم من حيث النوع (جنايات - جنح - مخالفات) هو العقوبة الأصلية عملاً بالمواد (53، 54، 55 عقوبات ليبني).

وبالرجوع إلى المادة (17) من قانون العقوبات الليبي الحالي الصادر 1953م نجدها قد عدت العقوبات الأصلية وحصرتها في: الإعدام والسجن المؤبد والسجن والحبس والغرامة. كما استحدثت المشرع الليبي أنواعاً أخرى من العقوبات الأصلية ورد النص عليها في قوانين خاصة، وهي القطع في جريمتي السرقة والحراية المعاقب عليهما حداً بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996م بشأن إقامة حدي السرقة والحراية²⁶⁷، وعقوبة الجلد في جريمة الزنا المعاقب عليها حداً بموجب القانون رقم 70 لسنة 1973م في شأن إقامة حد الزنى وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات²⁶⁸، وكذلك عقوبة الجلد في جريمة القذف بموجب القانون رقم 52 لسنة 1974م في شأن حد القذف²⁶⁹، وعقوبة الدية في القتل الخطأ بدون مركبة آلية بموجب القانون رقم 6 لسنة 1994م في شأن القصاص والدية وتعديلاته.²⁷⁰

غير أن إيراد عقوبة الغرامة ضمن العقوبات الأصلية في المادة (17 سألقة الذكر) يثير لأول وهلة شيئاً من اللبس لدى البعض؛ إذ قد يعن لقائل أن يقول إن نص المادة المذكورة كان صريحاً في اعتبارها عقوبة أصلية أسوة بالعقوبات الأخرى التي ذكرت من ضمنها - وهو ما يبدو أن محكمتنا الموقرة قد فهمته من سياق هذا النص - ولكن سرعان ما يزول هذا اللبس عند قراءة نصوص المواد 53، 54، 55 عقوبات ليبني؛

خلال نص المادة 04 منه (معدلة بالأمر رقم 69-74 المؤرخ في 16 سبتمبر 1969م).

<https://ar.wikisource.org/wiki/>

1- صادر في 13 / 12 / 1996م، منشور بالجريدة الرسمية، العدد 6، س34 بتاريخ 28 / 3 /

1996م؛ موسوعة التشريعات الليبية، ج 6، ملحق 3، ص 25.

2- منشور بالجريدة الرسمية، العدد 43، س11، بتاريخ 6-11-1973م؛ موسوعة التشريعات

الليبية، ج 6، ملحق 1، ص 35.

3- منشور بالجريدة الرسمية، العدد 52، بتاريخ 6-11-1974م؛ موسوعة التشريعات الليبية، ج 6،

ملحق 1، ص 56.

4- صادر بتاريخ 29 يناير 1994م.

يراجع موقع وزارة العدل: aladel.gov.ly/home/?p=1321

وكان مشروع قانون العقوبات الجديد قد حصر العقوبات الأصلية (بالترتيب) في الإعدام - القطع -

الجلد - السجن المؤبد - السجن - الحبس - الغرامة - العمل لصالح المجتمع.

حيث حصرت عقوبة الغرامة كعقوبة أصلية في الجرح والمخالفات دون الجنايات، ففي هذه الأخيرة تكون عقوبة تكميلية متى ما أضيفت إلى عقوبة السجن . وهذا مستفاد ضمناً من نص المادة الأخيرة؛ إذ لم يرد ذكر للغرامة ضمن العقوبات الأصلية المقررة للجنايات، ما يعني أن نص المادة 17 / عقوبات ليبي وإن جاء مطلقاً في اعتبار الغرامة عقوبة أصلية لكن هذا الإطلاق مقيد بموجب النصوص المذكورة؛ إذ لا يستقيم الجمع بين هذه النصوص والمادة 17 المشار إليها، وإلا يعد هذا عبثاً من المشرع لا ينبغي أن ينسب إليه.²⁷¹

وبناء عليه، فإن الغرامة تعد عقوبة أصلية في الجرح والمخالفات سواء بمفردها أو مضافة لعقوبة الحبس أو كانت على سبيل البدل بينها وبين هذه الأخيرة. في حين هي عقوبة تكميلية في الجنايات متى كانت مضافة إلى عقوبة السجن، وهذا ينسحب على الغرامة المنصوص عليها في المادة 35 من القانون رقم 7 لسنة 1990م بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية (مادة التجريم) خلافاً لما ذهب إليه المحكمة العليا في حكمها موضوع التعليق، وهو الرأي السائد في الفقه والذي تعززه أحكام القضاء، بما في ذلك الأحكام السابقة لهذه المحكمة²⁷² .

1- تجدر الإشارة هنا إلى أن النهج الذي تبناه المشرع الجزائري كان أكثر انضباطاً ؛ إذ حدد العقوبات الأصلية في كل من الجنايات والجرح والمخالفات بدلاً من إيرادها مجتمعة ، وقد حصر الغرامة كعقوبة أصلية في الطائفتين الأخيرتين طبقاً للمادة 05 منه (معدلة بالقانون رقم 82- 04 المؤرخ في 13 فيفري 1982م). كما عدد في المادة 9 منه (معدلة بالقانون رقم 89 - 05 المؤرخ في 25 أبريل 1989م) العقوبات التكميلية ضمن الأحكام العامة ، وجعلها محصورة في 6 عقوبات ليس من بينها الغرامة ، ما يعني أنها تعد في القانون المذكور عقوبة أصلية فقط في النطاق المشار إليه وليست عقوبة تكميلية . في حين لم ينظم المشرع الليبي أحكام هذه العقوبات (التكميلية) بالقسم العام ، وإنما أوردتها في نصوص منفردة من القسم الخاص من قانون العقوبات وفي بعض القوانين المكمل له ، وهذا الأسلوب نراه معيباً . ويبدو أن واضعي مشروع قانون العقوبات الليبي الجديد قد أدركوا هذا القصور في التشريع الحالي؛ فجاء النص على الغرامة ضمن العقوبات الأصلية ولم تذكر ضمن العقوبات التكميلية الواردة على سبيل الحصر (مادة 14 من المشروع) ، وذلك على غرار ما ذهب إليه المشرع الجزائري على النحو الذي تقدم وهذه الصياغة أكثر دقة ، بحيث لا تسمح بأي تأويل خاطئ يخرج النصوص عن مراميها .

²⁷² - طعن جنائي رقم 178 / 29 ق الذي سبقت الإشارة إليه ، إذ قضت بأنه " ولما كانت عقوبة الغرامة المقررة في المادة 37 من قانون المخدرات هي عقوبة تكميلية وجوبية وفقاً لما سلف بيانه مضافة إلى العقوبة الأصلية وهي السجن وكان الحكم المطعون فيه قد قضى على الطاعن بالحبس سنة ونصف مع الشغل بدلاً من السجن إعمالاً لحكم الفقرة

ثانيا : نطاق إعمال المادة 29 ع.ل:

في إطار السلطة التقديرية للقاضي الجنائي يجوز له تخفيف العقوبة أو استبدالها بعقوبة أخف متى ما استدعت ظروف الجريمة رأفته، وهذا التخفيف ينصب على العقوبات الأصلية دون سواها²⁷³، بحيث يستعاض عن عقوبة الإعدام بالسجن المؤبد والسجن بدلا من السجن المؤبد، والحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر بدلا من السجن (مادة 29 / 1 ع.ل). كما تجيز الفقرة الأخيرة من المادة ذاتها للقاضي إذا توافرت الظروف المذكورة النزول بالعقوبة في مواد الجنايات والجنح إلى نصف الحد الأدنى الذي يعينه القانون²⁷⁴.

وفي المقابل ، ثمة طائفة أخرى من العقوبات الأصلية لا يجوز أن يجري عليها التخفيف أو الاستبدال، ألا وهي العقوبات الحدية وذلك بصريح النص، ومن ثم لا تملك المحكمة إعمال حكم المادة 29 سالفه الذكر بشأنها²⁷⁵. بمعنى آخر، أن مكنة التخفيف أو الاستبدال قاصرة على العقوبات الأصلية الواردة في قانون العقوبات المبينة حصرا في المادة 17 عقوبات سالفه الذكر. ولما كانت الغرامة كما أسلفنا عقوبة أصلية في الجنح والمخالفات دون الجنايات فإن التخفيف طبقا للمادة المذكورة لا يشملها عندما تكون مضافة إلى عقوبة السجن في الجنايات - كما هو الحال في المادة 35 من القانون رقم 7 لسنة 1990 م التي جرى تطبيقها على الواقعة موضوع الدعوى بوصفها عقوبة تكميلية؛

الأولى من المادة 29 عقوبات وأبقى على عقوبة الغرامة في حدها الأدنى وهو خمسمائة دينار دون أي تخفيض فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ."

²⁷³ - د . سليمان عبد المنعم ، النظرية العامة لقانون العقوبات - دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية 2003 م ، ص 791.

²⁷⁴ - وبالمقارنة نجد أن القانون الجزائري قد وسع من ناحية من نطاق تطبيق الظروف المخففة بحيث تشمل أيضا المخالفات ، ومن ناحية أخرى اتجه إلى تقييد الاستفادة من هذه الظروف في أحوال معينة ، كما استبعد تطبيقها في أحوال أخرى (لمزيد من التفصيل : يراجع بالخصوص : قريمس سارة ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة ، السنة الجامعية 2011 / 2012 م ، ص 129 وما يليها) .
على الرابط : biblio.univ-alger.dz/jspui/bitstream/1635/.../1/GRIMES_SARA

²⁷⁵ - تراجع بالخصوص المواد : (6) من القانون رقم 70 لسنة 1973م بشأن إقامة حد الزنى وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات ، (11) من القانون رقم 52 لسنة 1974م بشأن إقامة حد القذف ، (15) من القانون رقم 13 لسنة 1996م بشأن إقامة حدي السرقة والحراية .

حيث إن سلطة المحكمة في التخفيف كان يتوجب قصرها على عقوبة السجن فحسب، ومن ثم فإن النيابة العامة كانت على صواب حينما أسست طعنها بالنقض على الخطأ في تطبيق القانون بشمول عقوبة الغرامة هي الأخرى بالتخفيف .

وتأسيساً على ما تقدم كله :

فإن ما ذهبت إليه المحكمة الموقرة بتبنيها لهذا المبدأ وتطبيقه على واقعة الحال لا يتفق وصحيح القانون ، ويتعارض مع ما سبق أن قررته بصدده واقعة مشابهة في ظل قانون المخدرات الملغي²⁷⁶.

ولما كانت المبادئ التي ترسيها هذه المحكمة ملزمة قانوناً لجميع المحاكم عملاً بالمادة 31 من القانون رقم 6 لسنة 1982م بإعادة تنظيم المحكمة العليا ، فإن هذا الذي انتهت إليه قد يفضي إلى تعارض أحكام المحاكم الدنيا بصدده هذه المسألة وتباينها ، وهو أمر غير محمود ، ويمس هيبة القضاء في بلادنا ، ويزعزع الثقة في أحكامه ، عليه نهيب بمحکمتنا الموقرة العدول عن المبدأ محل التعليق من خلال دوائرها المجتمعة والعودة إلى المبدأ السابق .

والله من وراء القصد

أ.د. موسى مسعود المرحومة

عضو هيئة التدريس بقسم قانون الجنائي والسياسة الجنائية

كلية الحقوق - جامعة بنغازي



مدى اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية تعليق

على حكم المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2013/02/26
في قضية الطعن الدستوري رقم (59/28 ق)

د. خليفة سالم الجهمي

(أولاً) الحكم

المبدأ: أنه وإن كانت الرقابة الدستورية وفقاً لنص المادة 23 من القانون رقم 6 لسنة 1982 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا مقصورة على مراقبة مدى التزام القانون محل الطعن لأحكام الدستور، ولا تمتد إلى رقابة النصوص الدستورية في ذاتها، إلا أنه متى نص الدستور على طريقة معينة وإجراءات محددة لتعديل النصوص الدستورية تعين على السلطة التشريعية عند إصدار التعديل التزامها، فإن طعن في نص التعديل بأنه مؤسس على إجراءات تخالف الإجراءات والأوضاع الواردة بالإعلان الدستوري، فإن اختصاص الدائرة الدستورية أن تتصدى لمراقبة مدى التزام تلك السلطة للقيود الواردة بالدستور إعمالاً للمبدأ الأساسي في التقاضي الذي مقتضاه أن القضاء هو صاحب الولاية العامة في الفصل في المنازعات إلا ما استثني بنص خاص، ولو قيل بغير ذلك لكان للسلطة التشريعية أن تتحلل من القيود الواردة بالدستور بشأن التعديل، وهو إطلاق لسلطاتها وفتح لباب مخالفة النصوص الدستورية وهو ما لا يستقيم قانوناً.

الوقائع: أقام الطاعنون الطعن الدستوري المائل طالبين الحكم بعدم دستورية التعديل الدستوري رقم 3 لسنة 2012 الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي بتاريخ 2012/7/5 الذي تضمن في مادته الأولى "تعديل الفقرة (2) من البند (6) من التعديل الدستوري رقم 1 لسنة 2012 بحيث يجرى نصها على النحو الآتي: انتخاب الهيئة التأسيسية بطريق الاقتراع الحر المباشر من غير أعضاء المجلس بصياغة مشروع دستور دائم للبلاد تسمى الهيئة التأسيسية من ستين عضواً على غرار لجنة الستين التي شكلت لإعداد دستور استقلال ليبيا عام 1951..". وذلك تأسيساً منهم على القول بأن التعديل الدستوري المطعون فيه جاء مخالفاً للإعلان الدستوري وللنظام الأساسي للمجلس الوطني الانتقالي

حيث لم يصدر هذا التعديل عن المجلس الوطني الانتقالي بأغلبية ثلثي أعضائه، وإنما صدر بأغلبية ثلثي الحاضرين بالمخالفة لنص المادة (36) من الإعلان الدستوري، كما أنه خالف نص المادة (17) من الإعلان الدستوري بنصه على تشكيل لجنة الستين المنتخبة على غرار نظام الاتحاد الفيدرالي الصادر به دستور سنة 1951.

الأسباب : وحيث إن دفع إدارة القضايا بعدم اختصاص المحكمة بنظر الطعن في غير محله، ذلك أنه وإن كانت الرقابة الدستورية وفقاً لنص المادة 23 من القانون رقم 6 لسنة 1982 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا مقصورة على مراقبة مدى التزام القانون محل الطعن لأحكام الدستور، ولا تمتد إلى رقابة النصوص الدستورية في ذاتها، إلا أنه متى نص الدستور على طريقة معينة وإجراءات تخالف الإجراءات والأوضاع الواردة بالإعلان الدستوري، فإن من اختصاص الدائرة الدستورية أن تتصدى لمراقبة مدى التزام تلك السلطة للقيود الواردة بالدستور إعمالاً للمبدأ الأساسي في التقاضي الذي مقتضاه أن القضاء هو صاحب الولاية العامة في الفصل في المنازعات إلا ما استثني بنص خاص، ولو قيل بغير ذلك لكان للسلطة التشريعية أن تتحلل من القيود الواردة بالدستور بشأن التعديل، وهو إطلاقاً لسلطاتها وفتح لباب مخالفة النصوص الدستورية مما لا يستقيم قانوناً.

وحيث إن حاصل ما ينهيه الطاعنون على التعديل الدستوري رقم 3 لسنة 2012 الصادر بتاريخ 2012/7/5 عن المجلس الوطني الانتقالي الذي تضمن في مادته الأولى " تعدل الفقرة (2) من البند (6) من التعديل الدستوري رقم 1 لسنة 2012 بحيث يجرى نصها على النحو الآتي : انتخاب الهيئة التأسيسية بطريق الاقتراع الحر المباشر من غير أعضاء المجلس بصياغة مشروع دستور دائم للبلاد تسنى الهيئة التأسيسية من ستين عضواً على غرار لجنة الستين التي شكلت لإعداد دستور استقلال ليبيا عام 1951.. " أن هذا التعديل لم يصدر عن المجلس الوطني الانتقالي بأغلبية ثلثي أعضائه، وإنما صدر بأغلبية ثلثي الحاضرين بالمخالفة لنص المادة (36) من الإعلان الدستوري، كما أنه خالف نص المادة (17) من الإعلان الدستوري بنصه على تشكيل لجنة الستين المنتخبة على غرار نظام الاتحاد الفيدرالي الصادر به دستور سنة 1951.

وحيث قدم المستشار المقرر تقريره الذي أثبت فيه انتقاله إلى مقر المؤتمر الوطني العام وإطلاعه على محضر اجتماع المجلس الوطني الانتقالي رقم 83 لسنة 2012 بتاريخ 2012/7/5 الذي أصدر فيه قراره بالتعديل الدستوري رقم 3 لسنة 2012 المطعون فيه.

وحيث أثبت التقرير أن التعديل الدستوري المطعون فيه صدر بموافقة تسعة وأربعين عضواً من الأعضاء الحاضرين وعددهم خمسة وخمسون، في حين أن مجموع أعضاء المجلس في تلك الفترة مائة واثنان، ولما كان نص المادة 36 من الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي في 2011/8/3 يوجب أن يوافق على تعديل نصوصه بأغلبية ثلثي أعضائه وكان عدد من وافق على التعديل المشار إليه دون هذه الأغلبية، فإن إجراء التعديل يكون قد تم دون تحقق شروطه مما يصمه بمخالفة القاعدة الدستورية المقررة لصحة التعديل.

وحيث إن العيب اللاحق بهذه الإجراءات ينصرف بطريق اللزوم إلى النتيجة المترتبة عليها وهي صدور النص المطعون فيه، ولا يغير من ذلك صدور قرار المؤتمر الوطني العام رقم 9 لسنة 2013 بشأن الشروع في انتخاب الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور بطريق الاقتراع الحر المباشر، ذلك أنه لا يعدو كونه قراراً تنفيذياً للنص محل الطعن لم تتبع فيه إجراءات التعديل الدستوري ولم يتخذ شكله ولم يتضمن التصريح بتعديل النص المعني ولا يرفي إلى مرتبة التعديل الدستوري بما يتعين معه القضاء بعدم دستورية هذا التعديل فلذلك الأسباب:

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً، وبعدم دستورية التعديل رقم 3 لسنة 2012 للفقرة (2) من البند (6) من المادة (30) من الإعلان الدستوري⁽¹⁾.

(ثانياً) التعليق

يثير هذا الحكم الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الليبية السؤال عما إذا كان من الجائز إخضاع التعديلات الدستورية للرقابة التي تمارسها المحكمة العليا على دستورية القوانين بحسب قانون تنظيمها رقم 6/1982 المعدل بالقانون رقم 17/1994؟ والواقع أن هذا السؤال يتعلق بقواعد الاختصاص القضائي للمحاكم والإجابة المبدئية على ذلك لا تخرج عن ثلاثة فروض:

الفرض الأول - وهو يتجسد في وجود نص صريح يخول القضاء الدستوري الاختصاص بالرقابة على التعديلات الدستورية وبالتالي فمن غير المتصور في هذا الفرض حدوث أي

(1) نشر هذا الحكم بالجريدة الرسمية الصادرة في 2013/7/18 س 2 ع 10 وما بعدها.

إشكالية من حيث مباشرة القضاء الدستوري لاختصاصه بالرقابة على التعديلات الدستورية لأنه لا اجتهاد في موضع النص.⁽²⁾

الفرض الثاني- ويتمثل في وجود نص صريح يمنع القضاء الدستوري من مد اختصاصه إلى الرقابة على التعديلات الدستورية، ومن ثم فلا يتصور في هذا الفرض أيضا أن يثور الجدل حول انتقاء اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية إذ أن عدم التقيد بهذا المنع يعد خروجاً عن حدود الاختصاص المقرر قانوناً.⁽³⁾

الفرض الثالث- وهو يتجلى في عدم وجود نص صريح يخول أو يمنع القضاء الدستوري الاختصاص بالرقابة على التعديلات الدستورية، ففي هذا الفرض يثور النقاش حول مدى اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية إزاء غياب النص الصريح على منح القضاء الدستوري هذا الاختصاص أو منعه عنه، مما يحتمل معه ظهور الاجتهاد القضائي والفقهي في اتجاهين متضادين وهما القول من ناحية باختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية والقول من ناحية أخرى بعدم اختصاصه بذلك طالما أن المشرع قد أمسك عن النص صراحة على منح أو المنع مما يمكن معه بروز الاتجاهين السابقين.

وبمطالعة نصوص قانون إعادة تنظيم المحكمة العليا الليبية رقم 1982/6 المعدل بالقانون رقم 1994/17 يتبين أنه يندرج ضمن الفرض الثالث سالف البيان إذ نص في المادة (23) منه على أن " تختص المحكمة العليا دون غيرها منعقدة بدوائرها المجتمعة برئاسة رئيسها أو من يقوم مقامه بالفصل في المسائل الآتية:

(أولاً) الطعون التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية مباشرة في أي تشريع يكون مخالفاً للدستور.

(ثانياً) أية مسألة قانونية جوهرية تتعلق بالدستور أو بتفسيره تثار في قضية منظورة أمام أية محكمة.

ويتضح من فقرات هذه المادة أنه لم يرد بها نص صريح يخول المحكمة العليا أو يحظر عليها ممارسة الاختصاص بالرقابة على التعديلات الدستورية مما يفتح الباب أمام

⁽²⁾ من الدول التي يوجد بها نص صريح يخول قضاءها الدستوري الاختصاص بالرقابة على التعديلات الدستورية تركيا بموجب دستورها السابق لسنة 1961 المعدل سنة 1971 ودستورها الحالي لسنة 1982.

⁽³⁾ من الدول التي بها نص صريح يمنع القضاء الدستوري لديها من ممارسة الاختصاص بالرقابة على التعديلات الدستورية الهند بموجب دستورها الصادر سنة 1950 المعدل سنة 1976.

الاجتهاد في مسألة الاختصاص بنظرها الطعن في التعديل الدستوري محل هذا التعليق، ولكن ما هو الأساس القانوني الذي يمكن أن يتركز عليه هذا الاجتهاد؟ وما هو النطاق الذي يمكن أن يمتد إليه اختصاصها في هذا الشأن؟ ذلك ما نحاول أن نبحث الإجابة عليه في هذا التعليق بروح موضوعية ومنهجية علمية مبدئين وجهة نظرنا الخاصة في الوضع المناسب لذلك وعلى النحو الوارد فيما يلي:

(1) الأساس القانوني للاختصاص بالرقابة على التعديلات الدستورية

لم يولي الفقه الدستوري المقارن اهتمامه بمناقشة مدى اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية إلا بمناسبة صدور قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 2003/469 بتاريخ 2003/3/26 القاضي بعدم اختصاصه بالرقابة على التعديل الدستوري الذي أقره البرلمان الفرنسي بهيئة مؤتمر بمجلسيه في 2003/3/17،⁽⁴⁾ والذي كان موضوعه ينصب على توسيع نظام اللامركزية في الدولة وهو ما بدا للبعض أن ذلك مخالفا لنص المادة 5/89 من الدستور الفرنسي التي تحظر المساس بالطابع الجمهوري للحكومة⁽⁵⁾ وقد اعتمد المجلس الدستوري في إعلان عدم اختصاصه بنظر هذا التعديل الدستوري على ما نصت عليه المادة 61 من الدستور الفرنسي⁽⁶⁾ باعتبارها لم تخوله الاختصاص بالرقابة على التعديلات الدستورية سواء أكانت تلك التعديلات قد صدرت عن طريق البرلمان بمجلسيه أم بطريق الاستفتاء من قبل الشعب⁽⁷⁾ وقد جدد المجلس تأكيده على عدم اختصاصه بالرقابة على التعديلات الدستورية في قراره الصادر برقم

J.O.du 29 mars 2003,p.5570 (4)

(5) تنص الفقرة الخامسة من المادة 89 من الدستور الفرنسي الصادر بتاريخ 1958/10/4 على انه لا يجوز تعديل الطابع الجمهوري للحكومة.

(6) حددت المادة 61 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 وتعديلاته اختصاصات المجلس الدستوري بنصها على أنه "يجب عرض القوانين الأساسية قبل إصدارها، واقتراحات القوانين المنصوص عليها في المادة 11 قبل عرضها على الاستفتاء، والنظام الأساسي لمجلسي البرلمان قبل تطبيقها، وذلك على المجلس الدستوري الذي يفصل في مدى مطابقتها للدستور".

(7) يلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي قد سبق له أن قرر عدم اختصاصه بالرقابة على القوانين الاستثنائية باعتبارها صادرة مباشرة من الشعب صاحب السيادة وذلك بموجب قراره الصادر برقم 62/20 في تاريخ 1962/11/6 ، ومن ثم فإنه يتمتع عليه من باب أولى مد اختصاصه إلى الرقابة على التعديلات الدستورية التي تجري عن طريق الاستفتاء لذات الحكمة وهو ما يخرج هذا النوع من التعديلات الدستورية عن نطاق البحث.

2005/515 في تاريخ 2005/5/19 والمتعلق بتعديل المادة الثالثة من الدستور الفرنسي المنظمة للاستفتاء على معاهدة الاتحاد الأوروبي . ماسترخت (8).

وقد ثار الخلاف في الفقه الدستوري حول هذا القرار وتشعبت به السبل في هذا الصدد إلى اتجاهين أحدهما يعارض اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية، بينما يؤيد الاتجاه الآخر اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية، وقد ساق كل اتجاه منهما الحجج والمبررات التي يدعم بها رأيه، وهو ما نعرضه فيما يأتي لنقف من خلال ذلك على وجهة النظر التي يمكن أن تكون الأجدر بالاتباع.

- الفقه المعارض للرقابة على التعديلات الدستورية:

ذهب جانب من الفقه الدستوري إلى معارضة أن تكون رقابة التعديلات الدستورية مما يدخل في اختصاص القضاء الدستوري، وأنكر على هذا القضاء مد اختصاصه الرقابي إلى التعديلات الدستورية باعتبارها تخرج عن حدود ما هو مخول له قانونا من اختصاص بالرقابة على دستورية القوانين أو التشريعات متبنيا في ذلك الأسانيد والحجج الرئيسية الآتية:

1- أن تخويل القضاء الدستوري الاختصاص بالرقابة على التعديلات الدستورية في ظل عدم وجود نص صريح يخوله ذلك والقول بانضواء هذه التعديلات في معنى القوانين التي تخضع لرقابة القضاء الدستوري غير منطقي للاختلاف القائم بين التعديلات الدستورية والقوانين العادية، وذلك سواء من حيث موضوعها إذ تتناول التعديلات الدستورية على عكس القوانين العادية تقرير الحقوق والحريات وتنظيم السلطات العادية، أو من حيث إجراءات سن كل منهما إذ يتطلب وضع التعديلات الدستورية خلافا للقوانين العادية إجراءات أكثر صرامة وتعقيدا، أو من حيث السلطة المختصة بإقرارها إذ يعود الاختصاص بإقرار التعديلات الدستورية دون القوانين العادية إلى السلطة التأسيسية وحدها التي لا معقب عليها.(9)

(8) ., du 21 mai 2005، p.8849

(9) د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه حقوق أسيوط

2- إن السلطة التأسيسية هي صاحبة الاختصاص الأصيل بممارسة السيادة سواء من حيث وضع الدستور أو تعديله، وهو ما يسوغ لها وضع القيد وكذلك تعديله، الأمر الذي يحول دون السماح لسلطة أخرى أوجدتها وهي القضاء الدستوري أن تتولى الرقابة على ما تسنه من قواعد دستورية لما في ذلك من اعتداء سلطة مؤسسة تعد فرعاً - وهي القضاء الدستوري - على سلطة تأسيسية تعد أصلاً - وهي سلطة التعديل - مما يشكل خطراً على فكرة الأمن.⁽¹⁰⁾

3- إن الإقرار باختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية دون أفراد تنظيم قانوني خاص لذلك ينبئ بظهور إشكاليات إجرائية هامة يتعذر تجاوزها، فهل يعمل بالقواعد المطبقة بشأن الرقابة على القوانين البرلمانية أو التشريعات العادية في هذا الصدد؟ ثم ما هو مصير قرار القضاء الدستوري الصادر بهذا الخصوص في مواجهة السلطات الدستورية التي تعتبر أن الحجية الممنوحة لتلك القرارات والأحكام لا تشمل هذه الحالة.⁽¹¹⁾

وفي الحقيقة فإن هذه الحجج والمبررات ليست حاسمة ولا قاطعة وبالتالي فهي غير عسيرة على تنفيذها والرد عليها حسبما يلي:

- أن اصطلاح القوانين أو التشريعات الوارد في النصوص المنظمة لاختصاص القضاء الدستوري جاء عاماً ومطلقاً والقاعدة الأصولية أن على إطلاقه ما لم يرد ما يقيد، ومن ثم فإنه لا يوجد مت يمنع الأخذ بالمفهوم الواسع لمعنى تلك القوانين والتشريعات بحيث تنصرف ألي القوانين الصادرة بالتعديلات الدستورية⁽¹²⁾ وذلك بغض النظر عن إجراءات إقرارها أو مرتبتها في سلم تدرج القواعد القانونية أو نوعية الموضوعات التي تتناولها، إذ أن ذلك كله لا يغير من انضوائها في المعنى العام للقوانين أو التشريعات.

- أن القول بوحدة السلطة التأسيسية بوصفها صاحبة الاختصاص الأصيل بممارسة السيادة سواء عند وضع الدستور أو تعديله بحيث يسوغ لها وضع القيد وكذلك تعديله، فهذا القول غير مسلم به من غالبية الفقه الدستوري الذي يذهب إلى ثنائية السلطة التأسيسية وليس

⁽¹⁰⁾ د. رجب محمود طاجن، قيود تعديل الدستور، دار النهضة العربية القاهرة ط2/2008 ص268 وما بعدها.

⁽¹¹⁾ المرجع السابق ص 270 وما بعدها.

⁽¹²⁾ أنظر على سبيل المثال التعديل الدستوري الذي أجري على دستور المملكة الليبية المتحدة لسنة 1951

حيث صدر به القانون رقم لسنة 1963 والمتضمن إلغاء النظام الاتحادي واعتبار الدولة الليبية دولة موحدة وبسيطة.

وحدثها حيث يميز بين سلطة تعديل الدستور وبين سلطة وضع الدستور أو إصداره، فهذه الأخيرة يطلق عليها السلطة التأسيسية الأصلية أما الأولى فيطلق عليها السلطة التأسيسية المنشأة وهي سلطة مؤسسة شأنها شأن السلطات الأخرى التشريعية والتنفيذية والقضائية، وهذا التمايز بين السلطتين المذكورتين يعود إلى عاملين: الأول - وقت تدخل كل منهما والثاني - ضوابط ممارسة كل منهما لاختصاصاتها، فبالنسبة للعامل الأول تباشر السلطة التأسيسية الأصلية وظيفتها في وقت يتسم بالفراغ القانوني أي لا يوجد فيه دستور تستمد منه اختصاصها إذ هي تظهر في وقت تكون الدولة فيه خالية من أي قاعدة دستورية كما في حالة ميلاد دولة جديدة أو عند الاطاحة بالدستور نتيجة ثورة، بينما تمارس السلطة التأسيسية الأصلية هي سلطة غير مقيدة ولا مشروطة لأنها تقوم بوظيفتها في ظل انتفاء أي نصوص دستورية تحكمها، بينما السلطة التأسيسية المنشأة فهي سلطة مقيدة ومشروطة في ممارسة اختصاصها بالضوابط المنصوص عليها في الدستور القائم الذي تستمد منه وجودها (13) ومن ثم فإنه لا يسوغ القول بأنها تملك وضع القيد وكذلك تعديله باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل في ممارسة السيادة لعدم التماثل بينها وبين السلطة التأسيسية الأصلية.

-ان الزعم بظهور إشكاليات إجرائية هامة يتعذر تجاوزها سواء فيما يتعلق بمدى جواز أعمال القواعد المطبقة بشأن الرقابة على القوانين البرلمانية أو التشريعات العادية أو فيما يتعلق بحجية قرارات واحكام القضاء الدستوري في مواجهة السلطات الدستورية بحسبانها جميعا لا تشمل الرقابة على التعديلات الدستورية إذ أن اندراج تلك التعديلات في اختصاص القضاء الدستوري لا يقضي بالضرورة إفرادها بتنظيم إجرائي خاص ويصح سريان ذات القواعد الإجرائية المعمول بيها في شأن الرقابة على دستورية القوانين

(13) د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، دار النهضة العربية القاهرة 1971 ص 108 وما بعدها، د. محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، دار الفكر العربي القاهرة 1971 ص 104 وما بعدها، د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية القاهرة ط3/1983 ص 743 وما بعدها، د. جابر جاد نصار، القانون الدستوري، بدون دار نشر ط/2004 ص 47 وما بعدها، د. فتحي فكري، القانون الدستوري -الكتاب الأول - بدون دار نشر ط/2008-2009 ص 411 وما بعدها.

البرلمانية أو التشريعات العادية وذلك لعدم الاختلاف بين تلك التعديلات وهذه القوانين والتشريعات في الطبيعة وإنما في الدرجة.⁽¹⁴⁾

وهكذا يبدو لنا أن الحجج والمبررات المقول بها لرفض امتداد اختصاص القضاء الدستوري إلى رقابة التعديلات الدستورية أضعف من أن تصمد أمام النقد ولعل هذا ما دفع جانب آخر من الفقه الدستوري إلى تقديم الحجج والمبررات التي تؤيد اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية وذلك على الوجه الآتي:

- الفقه المؤيد للرقابة على التعديلات الدستورية:

ذهب جانب آخر من الفقه الدستوري إلى تأييد اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية لما يرى في ذلك من فائدة محققة تتمثل في التأكد من التزام نواب الشعب (البرلمان) أو السلطة التأسيسية المنشأة (سلطة تعديل الدستور) بالضوابط والقيود المقررة في الدستور لتعديل بعض نصوصه، وقد دعم هذا الاتجاه الفقهي رأيه بالأسانيد والحجج التالية:

- من مقومات مبدأ المشروعية تنظيم رقابة قضائية على سائر أعمال السلطات العامة في الدولة للتأكد من احترامها لهذه المشروعية، مما يتطلب الاعتراف للقضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية لضمان التزام سلطة تعديل الدستور بالضوابط والقيود المقررة في الدستور لإجراء تلك التعديلات، وإلا فما فائدة وضع ضوابط وقيود لممارسة سلطة التعديل لاختصاصها إذا كانت مخالفة هذه الضوابط والقيود لا يقبلها جزاء قانوني.⁽¹⁵⁾

- إن النصوص المنظمة للقضاء الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين لا تمنعه من مد اختصاصه إلى الرقابة على التعديلات الدستورية لورود اصطلاح القوانين الخاضعة لرقابته دون تحديد لهذه القوانين أو تخصيصها بنوع معين منها مما يسوغ معه اندراج قوانين التعديلات الدستورية في المعنى الواسع لاصطلاح القوانين التي تخضع لتلك الرقابة لا سيما وأن إجراءات إصدار هذه التعديلات لا تختلف كثيرا عن إجراءات سن

⁽¹⁴⁾ يلاحظ أن الرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا المصرية على دستورية القوانين تنصرف أيضا إلى اللوائح وهي تخضع في ذلك الإجرائية التي تسري على رقابة القوانين سواء بسواء لعدم الاختلاف بينها وبين القوانين في الطبيعة وإنما في الدرجة.

⁽¹⁵⁾ د. عبد الحفيظ علي الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، دار النهضة العربية القاهرة ط1/2006ص

القوانين العادية فهي جميعا تعد عملا تشريعيا للبرلمان الأمر الذي لا يوجد معه ثمة ما يمنع من اخضاعها كلها إلى اختصاص القضاء الدستوري للتحقق من مشروعيتها ومدى احترامها للضوابط والقيود المنصوص عليها في الدستور.⁽¹⁶⁾

- إن فكرة الدولة القانونية تقتضي خضوع الكافة حكاما ومحكومين للقواعد القانونية النافذة التزاما بمبدأ المشروعية، وبالتالي فإنه إذا ما أصدرت السلطة التشريعية قانونا يتعارض مع قواعد الدستور فإن القاضي الدستوري لا يتردد في الحكم بعدم دستورية هذا القانون ويكون لهذا الحكم حجيتة في مواجهة السلطة التشريعية ويمثل لها مانعا دستوريا لمعاودة إصداره طالما لم يتم تطهيره مما علق به من عيب دستوري، وذلك دون أن يمتد هذا الالتزام بالحجية إلى سلطة تعديل الدستور التي يمكنها التحاليل على حكم القضاء الدستوري وتبني تلك النصوص التشريعية المقضي بعدم دستورتها وإصدارها في صورة تعديل دستوري، وعندئذ ستمثل الرقابة على التعديلات الدستورية ضمانا هامة لحماية حقوق المواطنين وحيرياتهن الأساسية للحيلولة دون التحاليل على الموانع الدستورية الناتجة عن قرارات وأحكام القضاء الدستوري.⁽¹⁷⁾

وفي تقديرنا الخاص أن هذا الاتجاه الفقهي يفضل عن سابقه لقوة الأسانيد التي أبداها لتعزيز رأيه والتي تدور في مجملها حول الحفاظ على المشروعية الدستورية وكفالة الحقوق الأساسية والحريات العامة بحسبان أنه الأصلية مما لا سلطة ذات سيادة مطلقة خارج إطار الدستور وهي السلطة التأسيسية الأصلية مما لا يمكن اخضاعها لأي رقابة فإنه في المقابل لا يمكن التسليم بوجود سلطة ذات سيادة مطلقة داخل إطار الدستور كما هو الشأن بالنسبة للسلطة التأسيسية المنشأة أو سلطة تعديل الدستور التي تستمد وجودها من الدستور نفسه ويتعين عليها بالتالي الالتزام في أداء وظيفتها بالقيود والضوابط المنصوص عليها في الدستور، وضمان عدم اخلالها بذلك لا يتأتى بغير اخضاعها لرقابة القضاء الدستوري وإلا ظلت مخالفتها لتلك القيود والضوابط بلا جزاء قانوني وهو ما يعترض مع مبدأ المشروعية وفكرة دولة القانون، ولهذا فإننا لا نتردد من حيث المبدأ في الانضمام إلى الفقه المؤيد لاختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية، بيد أنه ينبغي في نظرنا أن يتم ذلك بموجب نص صريح يخول هذا القضاء

⁽¹⁶⁾ د. وليد محمد الشناوي، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الرابع

عشر لكلية الحقوق المنصورة حول مستقبل النظام الدستوري في مصر، ص 24 وما بعدها.

⁽¹⁷⁾ د. عبد الحفيظ الشيمي، مرجع سابق ص 134 وما بعدها.

الاختصاص بالرقابة على التعديلات الدستورية منعا لأي جدل قد يثور حول مسألة على هذا القدر من الأهمية لا سيما وأن الأصل في قواعد الاختصاص القضائي أن الاختصاص لا يفترض، كما أن النصوص المنظمة لاختصاص محكمتنا العليا في الرقابة على دستورية القوانين أو تشريعات غير مستمدة من قواعد الدستور نفسه وإنما من قانون إعادة تنظيمها الصادر برقم 1982/6 بعد تعديله بالقانون رقم 1994/17 ومن غير المنطقي الركون إلى نص تشريعي أدنى من الدستور يخول يحق لنا التساؤل عن الحد الذي يمكن أن يتسع له نطاق اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية؟ ذلك هو ما نحاول معالجته في الفقرة القادمة.

(2) نطاق اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية

يغطي ميدان الرقابة على دستورية القوانين تقليديا مسألتين يعبر عنهما في صيغة سؤالين وهما: هل تبني القانون وفقا للأصول المرعية؟ وهل تم احترام المبادئ والقواعد الدستورية؟⁽¹⁸⁾ إذن فإن نظم الرقابة الدستورية تبسط رقابتها على القوانين في الأصل على جوانبها الشكلية والموضوعية معا وتوصف الرقابة في هذه الحالة بالرقابة الشاملة، أما إذا اقتصرت تلك الرقابة على الجوانب الموضوعية دون الشكلية فيمكن وصفها بالرقابة الجزئية.⁽¹⁹⁾

وعلى ضوء ذلك فإن الرقابة على التعديلات الدستورية تقوم إذا سلمنا جدلا باختصاص القضاء الدستوري بذلك على التأكد من مدى احترام سلطة تعديل الدستور بالضوابط والقيود المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية لمشروعية هذا التعديل باعتباره لم يصدر مباشرة من الشعب بطريق الاستفتاء وإنما صدر بواسطة ممثليه في البرلمان، وذلك كله للتحقق من الالتزام بتلك الضوابط والقيود التي قررها في الأصل صاحب السيادة ومصدر كل السلطات وهو الشعب في وثيقة الدستور تأسيسا على أن القضاء الدستوري هو الأمين على الشرعية الدستورية من خلال ما يمارسه من دور رقابي في مطابقة التعديلات الدستورية والنصوص القانونية للقيود والضوابط المقررة في القواعد الدستورية.

⁽¹⁸⁾ الأستاذ دومينيك روسو، وقائع الاجتهاد الدستوري للعام 2004-2005، مجلة القانون العام وعلم السياسة الفرنسية R.D.P. 1 ع 2005 ص 254 (النسخة العربية ترجمة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ببيروت).

⁽¹⁹⁾ د. حنفي علي جبالي، المخالفات الشكلية للدستور في الدعوى الدستورية، مجلة الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية ع4 (أكتوبر 2003).

ويقسم الفقه الدستوري ضوابط وقيود تعديل الدستور إلى نوعين⁽²⁰⁾:

أولهما- القيود الموضوعية: وهي التي تنصب على عدم المساس بموضوعات معينة في وثيقة الدستور بحيث لا يطالها أي تعديل لاحق على نفاذها إما بصورة دائمة كعدم جواز المساس بنظام الحكم الجمهوري أو الملكي في الدولة، وإما بصورة مؤقتة كحظر تعديل بعض نصوص الدستور خلال مدة محددة تالية لبدء سريانها تحقيقاً للاستقرار المؤسسي والسياسي في الدولة، وكذلك في خلال فترة حدوث بعض الظروف الخاصة التي تهدد الوجود القانوني للدولة كما في حالة الحرب وفرض الأحكام العرفية وإعلان الطوارئ.

وثانيهما- القيود الشكلية: وهي التي تتعلق بالإجراءات اللازمة لتبناها لتعديل نصوص الدستور ابتداءً من تحديد السلطة المختصة بإجراء التعديل كتحويله إلى السلطة التشريعية، وانتهاءً بطريقة إقرار التعديل الدستوري كاشتراط حصوله بأغلبية موصوفة، مروراً بالهيئة التي تتولى اقتراحه وإعداده كضرورة تقديمه من عدد معين من أعضاء البرلمان، وغير ذلك من الإجراءات والأشكال التي تتبناها كل دولة للقيام بالتعديلات الدستورية حسب الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية الخاصة بها.⁽²¹⁾

ولعله من نافلة القول الإشارة إلى أن وجود ضوابط وقيود لتعديل الدستور سواء أكانت تلك القيود شكلية أم موضوعية هي المناط في اعتبار دستور دولة ما دستوراً جامداً وليس مرناً يصدر ويعدل بذات الآلية التي تصدر بها وتعديل القوانين العادية، بحسبان أن المفترض الأولى لقيام الرقابة على دستورية القوانين هو وجود دستور جامد⁽²²⁾. تكون فيه قواعد الدستور أسمى وأعلى مرتبة بالنسبة لبقية القواعد القانونية الأخرى في الدولة ويقوم

(20) د. رجب طاجن، مرجع سابق ص 49 وما بعدها.

(21) يعبر أ.د. عبد الرزاق السنهوري عن ذلك بقوله " حتى يكون التشريع دستورياً يتعين أن يكون قد استوفى الشكل الذي أوجبه الدستور ومن أهم مسائل الشكل في التشريع هي الإجراءات التي ينبغي اتباعها وهذه الإجراءات تجد أساسها في نصوص الدستور وتتعلق بالزمان والمكان وكيفية عرض مشروع القانون والأغلبية اللازمة لإقراره ونظام اجتماع الهيئة التشريعية ونصاب صحة انعقادها وطريقة التصويت ونحو ذلك " أنظر مقالته: مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة، مجلة مجلس الدولة المصري في ثلاثين عاماً 1950/1980 المكتب الفني بمجلس الدولة المصري القاهرة 1992.

(22) د. فتحي فكري، مرجع سابق ص 408 وما بعدها، يقرر سيادته بأن جمود الدستور لا يعني منع تعديله طالما قامت دواعيه وبرزت مبرراته، أي أن المقصود بجمود الدستور هو الجمود النسبي وليس المطلق حتى يفي بالحاجات التي تقتضيها.

بينها تدرجا في القوة يتبوأ الدستور موقع الصدارة فيها⁽²³⁾. مما يجعل قواعده هي المقياس والمرجع في الوقوف على مدى دستورية النصوص القانونية الأخرى من خلال مطابقتها لقواعد الدستور.

وعلى الرغم من أن الاتجاه الفقهي المؤيد للرقابة على التعديلات الدستورية قد انفق على ضرورة قيام القضاء الدستوري بممارسة هذه الرقابة على تلك التعديلات شأنها في ذلك شأن القوانين والتشريعات العادية إلا أن الرأي قد تفرق به حول النطاق الذي يمكن أن تتسع له هذه الرقابة وهل يشمل ذلك الرقابة على التعديلات الدستورية من حيث الشكل ومن حيث الموضوع معا، أم أن ذلك يقتصر على جانب واحد منهما دون الآخر؟

ويكاد يكون الإجماع منعقدا بين أنصار هذا الاتجاه الفقهي على شمول الرقابة على التعديلات الدستورية لجوانبها الشكلية، أي انصرافها إلى رقابة السلامة الشكلية للتعديلات الدستورية عن طريق التحقق مما إذا كان التعديل الدستوري قد تم إجراؤه على نحو يتسق ويتطابق مع الضوابط والقيود الشكلية المنصوص عليها في الدستور مثل اشتراط أغلبية موصوفة لإقراره⁽²⁴⁾. ويشير مشايخي هذا الاتجاه الفقهي إلى أن الرقابة على التعديلات الدستورية من حيث الشكل لا تتعارض مع حرية وتقدير سلطة تعديل الدستور لأن الرقابة على الجوانب الشكلية تستهدف التأكد من أن سلطة تعديل الدستور بوصفها سلطة مفوضة ومشروطة قد مارست اختصاصها في إطار القيود والضوابط المقررة في القواعد الدستورية ويشبه البعض منهم هذا النوع من الرقابة الشكلية كما لو أنها رقابة لتصحيح الخطأ المادي الذي وقع فيه المشرع الدستوري.⁽²⁵⁾

وفي المقابل فقد نشب الخلاف بين أنصار الاتجاه الفقهي المؤيد للرقابة على التعديلات الدستورية من حيث انصرافها إلى الجوانب الموضوعية لتلك التعديلات فبينما ذهب فريق أول منهم إلى رفض أي رقابة على موضوع التعديلات الدستورية، ذهب فريق آخر منهم إلى الاعتراف بالرقابة على التعديلات الدستورية في حدها الأدنى فحسب، في حين ذهب فريق أخير منهم إلى جعل الرقابة على موضوع التعديلات الدستورية بمثابة امتداد للرقابة على النواحي الشكلية.⁽²⁶⁾

(23) أنظر في تفصيل ذلك د. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية، منشأة المعارف الإسكندرية 1997.

(24) د. وليد الشتاوي، مرجع سابق ص 32.

(25) د. عبد الحفيظ الشيمي، مرجع سابق ص 145 وما بعدها.

(26) أنظر في تفصيل ذلك د. عبد الحفيظ الشيمي، مرجع سابق ص 152 وما بعدها.

ودون الخوض في تفاصيل هذا الاختلاف الفقهي فإن المنطلق القانوني المجرد يدعو في تقديرنا إلى معاملة القيود الموضوعية معاملة القيود الشكلية لتعديل الدستور من حيث رقابة القضاء الدستوري سواء بسواء لعدم وجود فارق بينهما بحيث يكون بمقدور القضاء الدستوري مراقبة موضوع التعديلات الدستورية إذا كان ثمة وجود لمثل هذه القيود الموضوعية في الدستور كما هو الشأن بالنسبة لنص المادة (89) من الدستور الفرنسي لسنة 1958 التي تحظر المساس بالطابع الجمهوري للحكومة⁽²⁷⁾. لأن إخراج القيود الموضوعية لتعديل الدستور من رقابة القضاء الدستوري مؤداه انتقاء الجزاء على مخالفة سلطة التعديل لتلك القيود، ويلاحظ بعض الفقه الدستوري⁽²⁸⁾. قيام شيء من التناقض عندما يفرض الدستور قيودا موضوعية على التعديلات الدستورية من ناحية، ثم ينص صراحة من ناحية أخرى على حظر بسط القضاء الدستوري رقابته على موضوع التعديلات الدستورية كما هو الحال في الدستور التركي لسنة 1982 الذي نص على حظر تعديل المواد الثلاثة الأولى منه المتعلقة بتكريس شكل الدولة الجمهوري وإبراز خصائص الجمهورية التركية ولكنه يستبعد في نفس الوقت رقابة المحكمة الدستورية لموضوع التعديلات الدستورية.

ويصدق ما سبق أن ذكرناه بخصوص ضرورة النص صراحة على منح القضاء الدستوري الاختصاص بالرقابة على التعديلات الدستورية سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع لعدم وجود فارق قانوني بين القيود الشكلية والقيود الموضوعية للتعديلات الدستورية وذلك لذات الأسباب السالف بيانها، والسؤال الذي يثور الآن هل كان الاجتهاد الذي انتهت إليه المحكمة العليا في حكمها محل التعليق يتناغم مع ما توصل إليه الفقه والقضاء الدستوري المقارن، هذا ما نتناوله في الفقرة القادمة من خلال تقديرنا الخاص لذلك.

(27) وفقا للرأي الراجح في الفقه الفرنسي فإن المقصود بالنص في الدستور على عدم المساس بالطابع الجمهوري

للحكومة هو أن يكون منصب رئيس الدولة عن طريق الانتخاب وليس عن طريق الوراثة المطبقة في النظام

الملكي، أنظر في ذلك: Vedel(G): Droit constutionnel, Sirey. Paris. 1989, P.278.

(28) د. وليد الشناوي، مرجع سابق ص 59 وما بعدها.

(3) تقديرنا الخاص

يمكن تقييم الاجتهاد القضائي لمحكمة العليا بمد اختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين أو التشريعات إلى التعديلات الدستورية رغم عدم وجود نص صريح يمنحها أو يمنع عليها هذا الاختصاص من خلال النقاط الآتية:

- الدستور الليبي المؤقت بين المرونة والجمود:

يقوم التمييز بين الدساتير المرنة والدساتير الجامدة تحوطها جملة من الضوابط والقيود اللازمة لتعديلها أو إلغائها تكون أكثر صرامة وأشد تعقيداً مما تخضع له القوانين العادية في هذا الشأن وهو ما يؤكد سمو وعلو القواعد الدستورية على نصوص القوانين العادية، الأمر الغير متحقق بالنسبة للدساتير المرنة التي يمكن تعديلها أو إلغائها بنفس الطريقة التي يجري بها سن القوانين العادية إنشاء وإلغاء وتعديلاً مما لا يقيم فارقاً بينهما وبين قواعد الدستور وينتقي عنها بالتالي أي سمو أو علو شكلي بهذا الخصوص⁽²⁹⁾ وباستقراء أحكام الإعلان الدستوري الليبي الصادر بتاريخ 2011/8/3 يتبين أنه من الدساتير المؤقتة الجامدة استناداً إلى تضمينه عدداً من الضوابط والقيود الشكلية نصت عليها المادة (36) منه والتي قضت بأنه لا يجوز إلغاء أو تعديل أي حكم وارد بهذه الوثيقة إلا بحكم آخر صادر عن المجلس الوطني الانتقالي المؤقت وأغلبية ثلثي أعضاء المجلس " ومن ثم فإن الناي بالتعديلات الدستورية التي تجري عن أي رقابة من شأنه جعل الإخلال بتلك الضوابط والقيود أو مخالفتها مجردة من الجزاء القانوني، وهذا هو أحد الأسس التي تبنهاها الحكم محل التعليق في بسط اختصاص المحكمة مصدرته إلى الرقابة على التعديل الدستوري رقم 2013/3 إذ أشار في حيثياته إلى ما مؤداه (أن عدم إخضاع التعديل الدستوري المطعون فيه لولاية القضاء عموماً يعني أن تتحلل سلطة تعديل الدستور من القيود الواردة بالدستور في هذا الشأن وهو إطلاق لسلطتها وفتح لباب مخالفة النصوص الدستورية مما لا يستقيم قانوناً) ولعل وجه الضعف الوحيد الذي ينطوي عليه هذا الأساس هو أن المحكمة العليا ليست هي المحكمة صاحبة الولاية العامة في الفصل في المنازعات

⁽²⁹⁾ أنظر في تفصيل ذلك د. محمد أبو بكر عبد المقصود، القيود الواردة على سلطة تعديل الدستور، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الرابع عشر لكلية حقوق المنصورة حول مستقبل النظام الدستوري في مصر، ص 13 وما بعدها.

وفقاً للتنظيم القضائي الليبي⁽³⁰⁾ بل أن اختصاصها جاء محددًا على سبيل الحصر بالمسائل المنصوص عليها في قانون إعادة تنظيمها رقم 1982/6 وتعديلاته، وفضلا على ذلك فإنه الاختصاص بالرقابة دستورية القوانين ليست اصلا وإنما استثناء والقاعدة أن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره.

. الدستور الليبي المؤقت بين القيود الشكلية والموضوعية:

يتضح من أحكام الإعلان الدستوري المشار إليه خلوه من أية ضوابط أو قيود موضوعية تتعلق بتعديل نصوصه في حين أورد في المادة (36) سالفة البيان ضوابط وقيود شكلية لتعديل نصوصه منها ما يتصل بسلطة التعديل حيث أناط الاختصاص في ذلك بالمجلس الوطني الانتقالي المؤقت⁽³¹⁾، ومنها ما يتعلق باشتراط حصول التعديل بأغلبية مرصوفة هي ثلثي عدد أعضاء المجلس، وذلك فضلا عن تتطلب صدور التعديل في صورة كتابية، مما يتعين معه على سلطة التعديل احترام هذه القيود والنزول على مقتضاها وأي إخلال منها بذلك يجعل عملها معيبا في شكله ولعل ذلك ما تحقق في التعديل الدستوري الثالث لسنة 2013 حسبما كشف عنه الحكم موضوع التعليق إذ صدر دون توافر الأغلبية الموصوفة لإجرائه، وقد جعلت المحكمة العليا ذلك أحد أسانيدها في مد اختصاصها الرقابي على دستورية القوانين إلى الرقابة علة التعديل الدستوري المذكور بقولها (متى نص الدستور على طريقة معينة وإجراءات ند محددة لتعديل النصوص الدستورية تعين على السلطة التشريعية عند إصدار التعديل التزامها، فإن طعن في نص التعديل بأنه مؤسس على إجراءات تخالف الإجراءات والأوضاع الواردة بالإعلان الدستوري فإن من اختصاص الدائرة الدستورية أن تصدى لمراقبة مدى التزام تلك السلطة للقيود الواردة بالدستور) وهذا السند ولئن كان لازما لانعقاد الاختصاص للمحكمة العليا بالرقابة الشكلية على التعديلات الدستورية إلا أنه ليس كافيا في غياب النص الصريح

⁽³⁰⁾ يلاحظ أن المحكمة صاحبة الولاية العامة بالفصل في المنازعات طبقاً لقانون نظام القضاء الليبي هي المحكمة الابتدائية ومن ثم فإنه يطلق عليها مسمى المحكمة الكلية أي أن ما لا يتم النص على اختصاص أي محكمة به من المنازعات يدخل في اختصاص المحكمة الابتدائية أو الكلية (انظر في تفصيل ذلك مؤلفنا، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع بنغازي ط/2012).

⁽³¹⁾ ويستلزم ذلك بحكم الضرورة أيلولة هذا الاختصاص لمن يحل محله من بعده وهو ما قرره الفقرة الخامسة من المادة (30) من الإعلان الدستوري بعد تعديله بموجب التعديل الدستوري رقم 2012/1 بنصها على أن " يحل المجلس الوطني الانتقالي المؤقت في أول انعقاد للمؤتمر الوطني العام وتؤول كافة اختصاصاته إلي المؤتمر الوطني العام .." (الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2012/5/29 س 1 ع 8 ص 425 وما بعدها).

الذي يخولها اختصاصا على هذا القدر من الأهمية بحسبان أن الاختصاص لا يفترض وفقا للأصول العامة في قواعد الاختصاص القضائي.

. التعديلات الدستورية بين القانون والدستور:

سبق أن أشرنا إلى أن هناك جانب من الفقه يأخذ بالمعنى الواسع لاصطلاح القوانين أو التشريعات الخاضعة للرقابة التي يباشرها القضاء الدستوري بحيث تشمل التعديلات الدستورية، بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى الأخذ بالمفهوم الضيق لاصطلاح القوانين أو التشريعات التي تسري بشأنها رقابة القضاء الدستوري بحيث لا تصدق إلا على القوانين العادية ولا تنصرف إلى التعديلات الدستورية، ويستفاد من الحكم موضوع التعليق أنه قد تبني ضمنا المفهوم الواسع لاصطلاح القوانين والتشريعات الخاضعة للرقابة التي تباشرها المحكمة العليا على دستورية القوانين دون أن يعلن ذلك صراحة باعتبار أن لفظ القوانين والتشريعات الوارد بالمادة (23) من قانون إعادة تنظيمها رقم 1982/6 المعدل بالقانون رقم 1994/17 الذي يخولها الاختصاص بالرقابة الدستورية جاء عاما ومطلقا والقاعدة الأصولية أن العام يعمل به على عمومه ما لم يرد ما يخصصه والمطلق يعمل به على إطلاقه ما لم يرد ما يقيد، ومن ثم فإنه لا يوجد ما يمنع من الأخذ بالمفهوم الواسع لمعنى تلك بغض النظر عن إجراءات إقرارها أو مرتبتها في سلم تدرج القواعد القانونية أو نوعية الموضوعات التي تتناولها إذ أن ذلك كله لا يغير من انضوائها في المعنى العام للقوانين أو التشريعات، وفي تقديرنا الخاص أن هذا السند قد يكون لازما وكافيا لتبرير مد المحكمة العليا لاختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين إلى التعديلات الدستورية من حيث الشكل وإن لم تعلن ذلك صراحة في أسباب حكمها.

ويمكن أن نتلمس مثل هذا الفهم في اجتهاد المحكمة العليا المصرية عندما مدت اختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين إلى اللوائح بجميع أنواعها رغم عدم وجود نص صريح يخولها ذلك بقانون إنشائها الصادر برقم 1969/81، وقد أسست المحكمة ما ذهبت إليه بهذا الخصوص على القول "إن الهدف من الرقابة على دستورية القوانين لا يتحقق على الوجه الذي يعنيه المشرع في المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة العليا وفي مذكرته الإيضاحية إلا إذا انبسطت رقابة المحكمة على التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها، سواء أكانت تشريعات أصلية صادرة من الهيئة التشريعية أو كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري... ذلك أن

التشريعات الفرعية تعتبر قوانين من حيث الموضوع وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل لصدورها من السلطة التنفيذية⁽³²⁾.

ولقد كرس المشرع المصري هذا الاجتهاد القضائي عند إنشائه المحكمة الدستورية العليا التي حلت محل المحكمة العليا الآنف ذكرها حيث نص في المادة (175) من دستور مصر الدائم لسنة 1971 على أن " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح..." ولعل صراحة هذا النص وإقرانه القوانين باللوائح هو الذي منع المحكمة الدستورية العليا المصرية من مد اختصاصها إلى الرقابة على التعديلات الدستورية وهو ما عبرت عنه في أحد أحكامها بالقول " إن الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا كلاهما إذ قصرنا ولاية المحكمة الدستورية العليا - في مجال الرقابة على الشرعية الدستورية - على النصوص القانونية دون غيرها سواء في ذلك التي أقرتها السلطة التشريعية أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها الدستورية، فإن حالة إخضاع الدستور لهذه الرقابة تكون مجاوزة حدود هذه الولاية وهو ما لا تختص به المحكمة الدستورية العليا"⁽³³⁾.

ومع ذلك فإنه ولئن كانت المحكمة الدستورية العليا المصرية قد امتنعت عن مد اختصاصها الرقابي إلى التعديلات الدستورية إلا أنه في اعتقادنا إنها قد اقتربت من ممارسة هذا الاختصاص حينما باشرت رقابتها الدستورية - خلافا للمجلس الدستوري الفرنسي - على القوانين الاستثنائية وكذلك القوانين الأساسية أو ما يطلق عليه المشرع المصري القوانين المكملة للدستور⁽³⁴⁾. إذ قررت في حكمها الصادر بتاريخ 1986/6/21

⁽³²⁾ الحكم الصادر بتاريخ 1971/7/3 في الدعوى الدستورية رقم 4/ق (مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا منذ إنشائها سنة 1970 وحتى نوفمبر 1976 - القسم الأول - الأحكام الصادرة في الدعاوي الدستورية للأستاذ المستشار ياقوت العشماوي ص 23 وما بعدها) ولقد عادت المحكمة العليا المصرية إلى ترديد هذا القضاء في حكمها الصادر بتاريخ 1976/4/3 في الدعوى الدستورية رقم 4/14 ق (المجموعة السابقة ص 399 وما بعدها) وأنظر في التعليق على هذا الحكم د. عاطف محمود البناء، الرقابة القضائية على دستورية اللوائح، مجلة القانون والاقتصاد التي تصدرها كلية الحقوق القاهرة س 48 ع 1 و 2 ص 218 وما بعدها.

⁽³³⁾ الحكم الصادر بتاريخ 1994/2/5 في الدعوى الدستورية رقم 15/23 ق (المجموعة الرسمية لأحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية، الجزء السادس ص 140 وما بعدها).

⁽³⁴⁾ يقرر الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر بأن مفهوم القوانين المكملة للدستور ينصرف فحسب إلى القوانين التي تتصل بنظام الحكم في الدولة أي إلى القوانين الأساسية كما عرفها المشرع والفقهاء الدستوري الفرنسي (أنظر مؤلفه: رقابة دستورية القوانين - دراسة مقارنة - بدون دار نشر ط/2004 ص 340).

في الدعوى الدستورية رقم 56/6 ق اختصاصها بمراقبة دستورية القانون رقم 33/1978 بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي والذي جرت موافقة الشعب عليه في استفتاء عام⁽³⁵⁾. كما أعلنت في حكمها الصادر بتاريخ 2000/6/3 في الدعوى الدستورية رقم 153/21 ق خضوع القوانين المكملة للدستور لاختصاصها الرقابي.⁽³⁶⁾

(35) المجموعة الرسمية لأحكام المحكمة الدستورية العليا، ج3 ص 353 وما بعدها، ومما ساقته المحكمة سندا لهذا القضاء قولها " إن الموافقة الشعبية لا تصحح ما قد يشوب النصوص التشريعية المقننة لتلك المبادئ من عيب مخالفة الدستور، وإنما تظل تلك النصوص على طبيعتها كعمل تشريعي أدنى من الدستور فتتقيد بأحكامه وتخضع بالتالي لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية " بينما يؤكد الأستاذ الدكتور المرحوم سليمان الطماوى أن الاستفتاء يجعل القوانين الاستثنائية في مرتبة الدستور.... فإذا كان القانون الذي أقره الشعب بالاستفتاء إلى مرتبة القانون الدستوري (أنظر مؤلفه: السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة، دار الفكر العربي القاهرة ط3/1986 ص65 وما بعدها).

(36) الجريدة الرسمية المصرية الصادرة بتاريخ 2000/6/17 ع24 ولقد حددت المحكمة في هذا الحكم مفهوم القوانين المكملة للدستور بقولها "إن شرطين يتعين اجتماعهما معا لاعتبار مشروع قانون معين مكملا للدستور أولهما- أن يكون الدستور ابتداء قد نص صراحة في مسألة عينها على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقا للقانون أو في الحدود التي بينها القانون أو طبقا للأوضاع التي يقرها، فإن هو فعل دل ذلك على أن هذا التنظيم بلغ في تقديره درجة من الأهمية والنقل لا يجوز معها أن يعهد به إلى أداة أدنى ، وثانيهما - أن يكون هذا التنظيم متصلا بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتوائها وإدراجها تحت نصوصها، وتلك هي القواعد الدستورية بطبيعتها التي لا تخلو منها في الأعم أية وثيقة دستورية، والتي يتعين كي يكون التنظيم التشريعي مكملا لها أن يكون محدداً لمضمونها مفصلا لحكمها مبينا لحدودها، بما مؤداه أن الشرط الأول وإن كان لازما كأمر مبدئي يجب التحقق من توافره قبل الفصل في أي نزاع حول ما إذا كان مشروع القانون المعروض يعد أو لا يعد مكملا للدستور، إلا أنه ليس شرطا كافيا بل يتعين لاعتبار المشروع كذلك أن يقوم الشرطان معا متضافرين لكل مشروع قانون لا تربطه أية صلة بالقواعد الدستورية الأصلية بل يكون غريبا عنها مقمما عليها، ودلالة اجتماع هذين الشرطين أن معيار تحديد القوانين المكملة للدستور والتي يتعين أن يؤخذ فيها رأي مجلس الشورى قبل تقديمها إلى السلطة التشريعية، لا يجوز أن يكون شكليا صرفا ولا موضوعيا بحتا، بل قوامه مزوجة بين ملامح الشكلية وما ينبغي أن يتصل بها من العناصر الموضوعية على النحو المتقدم".

وفي الختام فإننا نود الإشارة إلى أن بعض أوجه النقد التي ابديناها في هذا التعليق لا تعني التقليل من قيمة اجتهاد محكمتنا العليا في هذا الخصوص بقدر ما تهدف إلى إيجاد دعائم لهذا الاجتهاد المحمود ومحاولة تشييده على أساس قانوني متين ليكون لبنة في بناء قضاء دستوري حديث يستجيب للتطورات الحاصلة في الفقه والقضاء الدستوري المعاصر ويصون الحقوق الأساسية والحريات العامة للأفراد ويتناغم مع مستجدات الشأن العام في البلاد، ولعل ذلك ما دفعنا إلى ضرورة التأكيد على هذا الاجتهاد والمطالبة بوضع إطار دستوري مناسب له في صلب الوثيقة الدستورية الدائم للبلاد وذلك تكريسا لفكرة دولة القانون وإعلاء لمبدأ المشروعية، والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل.

د. خليفة سالم الجهمي

المستشار في المحكمة العليا

بنغازي - ليبيا



تعليق على حكم المحكمة العليا في طعن جنائي رقم 29 276 ق الصادر بتاريخ 17-1-1985م.

جلسة 29 ربيع الثاني. 1394 و.ر. ، 17 يناير 1985م. هذا الحكم
منشور بمجلة المحكمة العليا، السنة 22، العدد الثاني، ص 254.

أفريحة حامد القطراني

أولاً الحكم:

1. عرض المبدأ (محل التعليق)

(من المقرر ان استخلاص القصد الجنائي مسالة موضوعية لمحكمة الموضوع
تقديرها بحسب ما يقدم من دلائل متى كانت مستمدة من أصول ثابتة في الدعوى
ومن شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي توصلت إليها .
وكان الحكم المطعون فيه قد رد علي دفاع الطاعن بعدم العلم بأن ما زرعه نبات
مخدر بقوله : ولا ينال من ذلك ادعاؤه بعدم العلم بأن ما زرعه منتج لنبات مخدر
لأنه ثبت بما لا يدع مجالاً للشك وباللزام العقلي أنه على علم تام بأن ما زرعه
من بذور هي لنبات القنب الهندي - الحشيش - فقد ثبت من اعتراف المتهم
الصريح أنه تعاطي هذه النباتات مخلوطاً بالشاي بعد طبخه وثبت من تقدير
الخبير أن ما تعاطى منه المتهم هو لنبات - الحشيش - المخدر فلا يعقل ألا
يشعر المتهم بمدى فاعلية المخدر بعد تعاطيه لاسيما وقد نفى أنه سبق له تعاطي
المخدرات الأمر الذي يقطع بأنه يعلم أن ما زرعه هو نبات القنب الهندي -
الحشيش - فأن هذا الذي قرره الحكم يؤدي باستدلال سائغ إلى النتيجة التي
توصل إليها من توفر ركن العلم لدى الطاعن بأن ما زرعه هو لنبات القنب
الهندي المخدر مما يكون معه في هذا الشأن في غير محله).

2. الوقائع :

اتهمت النيابة العامة الطاعن بأنه بتاريخ 1981/06/27م. وما قبله بدائرة مركز الامن الشعبي بالأوسط:

زرع وفي غير الأحوال بها قانوناً نباتاً من النباتات المخدرة الواردة في الجدول رقم 5 والمبينة بالوصف بتقرير خبير التحليل الكيماوية التابع للمركز الوطني للبحوث التشريعية والجنائية وكان ذلك بقصد التعاطي والاستعمال الشخصي. وقدمت النيابة القضية إلى غرفة الاتهام التي أحالت الطاعن إلى محكمة الجنايات لمعاقبته بالمواد 28،37،42 من القانون رقم 23-71م. بشأن المخدرات ومحكمة جنايات طرابلس بعد أن نظرت الدعوى قضت بمعاقبته بالسجن لمدة ثلاث سنوات وبتغريمه خمسمائة دينار عما نسب إليه وبمصادرة المادة المخدرة المضبوطة وبلا مصاريف جنائية.

3. الإجراءات

صدر الحكم في 1982/02/26م. وقرر الطاعن الطعن عليه بالنقض في نفس التاريخ وتحصل محاميه على شهادة سلبية بعدم إيداع الحكم حتى 1982/02/28م. وبعد إخطاره بإيداعه برأيها القانوني أبدت فيها الرأي بقبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً.

حددت جلسة 1984/12/27م. لنظر الطعن وتلا المستشار المقرر تقرير التخليص ثم حجزت الدعوى للحكم بجلسة اليوم.

4. الأسباب:

وحيث إن الطعن حاز أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً. وحيث يعني الطاعن على الحكم المطعون فيه بالقصور في التسبيب، ذلك إن محاميه دفع بانتفاء القصد الجنائي لديه على أساس أنه لا يعلم حقيقة النبات الذي زرعه بأنه نبات مخدر وقد قصر الحكم في الرد على هذا الدفع، الأمر الذي يعيبه ويوجب نقضه.

وحيث إن استخلاص القصد الجنائي مسألة موضوعية لمحكمة الموضوع تقديرها بحسب ما يقدم لديها من دلائل متى كانت مستمدة من أصول ثابتة في الدعوى ومن شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها.

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون قد رد على دفاع الطاعن بعدم العلم بأن ما زرعه نبات مخدر بقوله : ولا ينال من ذلك ادعاؤه بعدم العلم بأن ما زرعه منتج لنبات المخدرات لأنه ثبت بما لا يدع مجالاً للشك وباللزام العقلي أنه على علم تام ما زرعه من بذور هي لنبات القنب الهندي - الحشيش - فقد ثبت من اعتراف المتهم الصريح أنه تعاطي منه المتهم هو لنبات مخلوطاً بالشاي بعد طبخه وثبت من تقرير الخبير إن ما تعاطي منه المتهم هو لنبات الحشيش المخدر فلا يعقل ألا يشعر المتهم بمدى فاعلية المخدر بعد تعاطيه لاسيما وقد نفى أنه سبق له تعاطي المخدرات الأمر الذي يقطع بأنه يعلم ما زرعه هو لنبات القنب الهندي - الحشيش.

فأن هذا الذي قرره الحكم يؤدي باستدلال سائغ إلى نتيجة التي توصل إليها من توفر ركن العلم لدى الطاعن بأن ما زرعه هو لنبات القنب الهندي المخدر مما يكون معه نعيه في هذا الشأن في غير محله. وحيث أنه متى كان ذلك فأن الطعن يكون على غير أساس ويتعين رفضه موضوعاً.

ثانياً : التعليق

من خلال مطالعة نصوص قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي رقم 7 لسنة 1990م، والقانون رقم 23 لسنة 1971م، بشأن المخدرات والذي ألغي بالقانون المذكور ونلاحظ أن المشرع أخذ سياسة تتسم بالتشدد إلى حد ما في مواجهة هذه الافة، حيث أنه وسع من نطاق التجريم فعاقب علي طائفة من الأفعال لم تكن محلاً للعقاب في المراحل السابقة للسياسة التشريعية . ويكشف التطور التشريعي لقوانين المخدرات في ليبيا عن مدى حرص المشرع على قطع كل صلة بين الأفراد وبين الجواهر المخدرة، إلا في الأحوال التي تقتضي فيها مصلحة المجتمع ذلك ، حيث التزم خطة عامة مفادها التدرج في العقوبة على أساس اختلاف القصد من ارتكاب الجريمة ، فهو يغلظها إذا كان الباعث قصد التجار أو الترويج ويخففها إذا أنتقى هذا القصد.

وتعتبر جميع الجنايات المعاقب عليها بموجب في القانون المخدرات والمؤثرات العقلية جرائم عمديه تشترط لقيامها توافر القصد الجنائي فهو العنصر المميز

جميع الجرائم العمدية عن الجرائم غير العمدية، فالأولى تفوق الثانية عدداً وهي بطبيعة الحال أشد خطورة منها واقوى منها كشفاً عن نفسية الجاني والأصل في الجريمة أن تكون عمدية إلا إذا نص المشرع صراحةً على خلاف ذلك (1).

وللقصد الجنائي أهمية واضحة فما من دعوى جنائية إلا وتثور فيها مشكلة القصد الجنائي للتحقق من توافره أو للقول بانتقائه، فالبحث فيه جزء أساسي من مهمة القاضي الجنائي بصدد كل حالة تعرض عليه (2)، فهو انعكاس نفسي لكل العناصر المادية للجريمة (3)، ويفترض في توافره لدى الجاني توافر عنصران هما توافر العلم لدى الجاني لكل واقعة تدخل في بنيان الجريمة والعلم الذي يعتد به في نظرية القصد الجنائي هو ما يتعلق بالواقع دون القانون، أما العنصر الثاني فهو توافر الإرادة لدى الجاني أي إرادة تحقيق النتيجة الإجرامية وإرادة كل واقعة تعطي الفعل دلالاته الإجرامية، فالقصد الجنائي إنما يتمثل فيه وجه تحدي الجاني لأوامر المشرع ونواهيه، لان الجريمة ليست إلا خروجاً على أوامره المشرع ونواهيه (4).

من هنا يكتسي القصد الجنائي أهمية أكثر من الخطأ غير العمدي.

وقد يتطلب المشرع بجانب القصد العام قصداً من القصد الخاصة والقصد الخاص، هو قصد إضافي أو شرط تجريم في بعض الجرائم (5). حيث لا يكتفي فيها القصد العام، إنما يجب إضافة إلى ذلك أن يتجه هذا القصد إلى النتيجة الإجرامية التي تشكل الغرض البعيد لكل جريمة من هذه الجرائم.

ومدلول القصد الجنائي في جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية لا يختلف عن مدلوله في القواعد العامة في قانون العقوبات، فيعرف بأنه العلم بعناصر الواقعة المكونة لنموذجها التجريمي وإرادة تحقيقها، ويقضي علم الجاني بأن موضوع سلوكه مادة مخدرة أو مؤثر عقلي أي العلم بكنه المادة وارتكاب الفعل عن إرادة حرة.

وسنعرض في هذه الورقة البسيطة التعليق على أحد أحكام المحكمة العليا والذي يدور حول مسألة ذات أهمية في دراسة نظرية القصد الجنائي ألا وهي مسألة استخلاص القصد الجنائي، وتبدو أهمية دراسته في أنه أدق من عملية استخلاص الخطأ غير العمدي مع أن كليهما يكونان الركن المعنوي للجريمة، وباعتباره أدق وأهم واجبات القاضي التي لا تستقيم بغيرها إمكان تطبيق القانون ولا تقدير العقوبة، وفي أنه يثير العديد من المشاكل العلمية خاصة في جرائم المخدرات حتى تجد بين أحكام النقض عدداً كبيراً قد قُبل الطعن

في الحكم الصادر في هذا النوع من الجرائم لمجرد القصور في استظهار القصد والذي لا تجده في استظهار ماديات الجريمة.

واستخلاص القصد الجنائي تتفاوت أهميته من جريمة إلى أخرى تفاوتاً كبيراً، ولا نهدف من هذا التقديم دراسة القصد الجنائي بجميع جوانبه فهو يشكل نظرية عامة مترامية الأطراف وكان لزاماً علينا أن نسلط الضوء على تعريف القصد وبيان عناصره بشكل موجز ونحن نتطرق للتعليق على حكم المحكمة العليا والذي يدور حول مسألة استخلاصه.

وقد رأينا أن نعالج هذا الموضوع في ثلاث فقرات متتالية، مخصصين الفترة الأولى منها للكلام على ماهية استخلاص القصد الجنائي، وثانيها نتعرض فيها للتمييز بين مسألة توافر القصد الجنائي واستخلاصه، أما الفقرة الثالثة سنطرح فيها كيفية استخلاص القصد الجنائي ومدى التزام قاضي الموضوع ببيان القصد واستخلاصه، ومدى رقابة المحكمة العليا في ذلك وعلى النحو التالي:

الفقرة الأولى

ماهية استخلاص القصد الجنائي

تعتبر جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية جرائم عمديه يلزم لقيامها توافر القصد الجنائي بعنصرية العلم والإرادة، حيث أنها لا تخرج عن المبادئ التي تقرها القواعد العامة في قانون العقوبات - كما أسلفنا القول - فهو بحسب طبيعته نشاط داخلي تتجه فيه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة، لذلك كثيراً ما يكون السلوك الإجرامي غير كاف وحده للدلالة على وجوده مما يلزم على القاضي استخلاصه من وقائع الدعوى المعروضة عليه وملاستها. وسنحدد معنى الاستخلاص لغة واصطلاحاً للوقوف على ماهيته.

أولاً: التعريف اللغوي للاستخلاص:

كلمة استخلاص من جذر خلص - خلوصاً وخلصاً، ما استخلص منه معنى العبارة مجرداً من الزوائد والفضول وما يستخرج من المادة حاوياً لخصائصها⁽⁶⁾.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للاستخلاص:

يراد بالاستخلاص في نطاق القصد الجنائي استخراجها من الوقائع المعروضة على القاضي، ومن وجود ما يكفي للدلالة على توافره لدى المتهم،

ويعتبر الاستخلاص مرادفاً للاستظهار والاستنتاج، ويعتبر من المسائل الموضوعية التي ستقل بالفصل فيها قاضي الموضوع بدون معقب عليه من المحكمة العليا، على أن تكون الأدلة التي عولت عليها المحكمة تؤدي في مجموعها إلى ما رتبته الحكم عليها، حيث استقر قضاء المحكمة العليا الليبية على إن (استخلاص القصد مسألة موضوع لمحكمة الموضوع تقديرها بحسب ما يقوم لديها من دلائل متى كانت مستمدة من أصول ثابتة في الدعوى) (7).

كذلك قضت أيضاً (بأن استخلاص القصد الجنائي هو مسألة واقع لا مسألة قانون) (8).

كما ذهبت محكمة النقض المصرية إلى ذات المعنى (بأن استظهار القصد الجنائي في زراعة نبات الخشخاش من أطلاقات محكمة الموضوع تستخلصه من ظروف الدعوى وعناصرها المطروحة على بساط البحث) (9).

ويشمل استخلاص القصد بنوعيه العام والخاص، في حال اشتراط المشرع القصد الخاص لقيام الجريمة ويتحقق وجود القصد بتوافر عنصر العلم، فحتى يقوم القصد الجنائي في حق الجاني وهو العلم بكنه المادة والمقصود بذلك ماهيتها ولو جهل مع ذلك أثرها ومفعولها التخدير.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا (بأن جرائم المخدرات هي جرائم عمدية يتحقق القصد فيها بالعلم بأن الشيء من المواد المخدرة، والعلم المذكور مسألة موضوعية من شأن محكمة الموضوع أن تستخلصه من وقائع الدعوى) (10).

والقاعدة أن العلم المكون للقصد الجنائي فما عدأ قصد الاتجار لا يفترض إنما يجب إثباته في جميع الأحوال ويقع على النيابة العامة بوصفها المدعي في الدعوى الجنائية.

وقصارى القول أن القصد الجنائي من أركان الجريمة الأساسية فيجب أن يكون ثابتاً بشكل فعلي ولا يصح افتراضه افتراضاً قد لا يتفق، والحقيقة في واقعة الدعوى ، إذا أن هناك فارقاً بين افتراض القصد واستخلاصه، فالعلم حالة نفسية لا سبيل إلى إدراكها والتحقق منها إلا من الظروف المحيطة وهذه الظروف تختلف من حالة لأخرى، ومتى استظهر الحكم من وقائع الدعوى هذا العلم استخلاصاً صريحاً وسائغاً يقبله ويقرره المنطق كان قضاؤه سليماً (11).

أما الافتراض فهو استخلاص فهو تحكمي يجانب المنطق ويجافي الواقع في كثير من الأحيان ويسد منافذ الدفاع على المتهم ولو ساندته الظروف وأيده الواقع.

الفقرة الثانية

التمييز بين توافر القصد الجنائي واستخلاصه

من البيانات الجوهرية التي يجب أن تتضمنها الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة في جميع الجرائم بصفة عامة هو بيان مدى توافر القصد الجنائي من عدمه، ويتعين على محكمة الموضوع أن تتأكد من وجوده وتبينه في حكمها بألفاظ واضحة غير مبهمة وإلا كان حكمها معيباً مستوجب النقض ، فيترتب على إغفاله بطلان الحكم، كما يبطل الحكم كذلك إذا أغفل الرد على الدفع بعدم توافره، حيث إن نجاح الدفاع في نفي توافر القصد بشطريه العام والخاص لا تقوم الجريمة لان القصد الجنائي يشكل ركناً من أركان الجريمة العمدية لا تقوم لها قائمة إلا بتوافره، فعدم بيان توافر القصد المطلوب في جُل جرائم المخدرات بياناً، كافياً صحيحاً يعد من أسباب الطعن بالنقض في الحكم بما أقتضي إلغاء وإعادة الفصل في الدعوى من جديد بمعرفة هيئة أخرى، هذا عن وجود القصد في ذاته باعتباره فكرة قانونية مجردة فهي من المسائل القانونية والتي تخضع لرقابة المحكمة العليا باعتبارها الرقيب على تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً .

أما مسألة استخلاص القصد فهي من المسائل الموضوعية التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع باعتباره نشاطاً ذهنياً يقوم به هذا الأخير .

ويتعين علينا ونحن بصدد بين الفارق بين مسألة توافر القصد كفكرة قانونية مجردة ومسألة استخلاص القصد التطرق للتمييز أساساً بين المسألة القانونية والمسألة الموضوعية لتطبيق ذلك على الفكرتين محل الدراسة .

فمسألة تعد مسألة موضوعية عندما تتعلق بوقائع الدعوى بالتالي تخضع لحرية القاضي في تكوين عقيدته من حيث ثبوت التهمة أو عدم ثبوتها وتقييمه للأدلة المطروحة في الدعوى ، والتي لا يجوز أن تكون سبباً للطعن بالنقض ، أما المسألة القانونية فهي التي يمكن أن يبنى عليها الطعن بالنقض سواء أكان وجه الطعن هو الخطأ في تطبيق القانون أو تأويله ، أم أكان بطلان إجراء من الإجراءات أثر في الحكم⁽¹²⁾.

ومن هنا يتعين وضع حد فاصل بين المسائل الموضوعية التي يجب استبعادها من دائرة رقابة المحكمة العليا، والمسائل القانونية التي يلزم الفصل فيها التعرض للموضوع في حدود ما انتهت إليه محكمة الموضوع في حكمها من حيث الثبوت المادي والمعياري يكمن فيما إذا كانت المسألة تتطلب تحقيقاً موضوعياً للواقعة التي انتهى الحكم إلى ثبوتها أو نفيها كانت مسألة موضوعية حيث لا يجوز مجادلة محكمة الموضوع فيما انتهت إليه من تحقيقها أو تقييم عقيدتها التي خلصت إليها من بحثها الأدلة الثابتة، وعلى الأخص إذا كان في ظروفها ما يسمح باحتمال انتقائه.

أما إذا كانت المسألة تتعلق بالتكليف القانوني أو بالضوابط التي استندت إليها محكمة الموضوع في الانتهاء إلى ما حكمت به فإنها تكون مسألة قانونية، وبالتالي فإن سلطة القاضي التقديرية تخضع لرقابة محكمة النقض من حيث مراقبة أعمال قاضي الموضوع للنصوص القانونية على الوقائع المعروضة عليه، وتكون محكمة النقض مقيدة بما أثبتته الحكم من وقائع، من ثم فإن المسائل الموضوعية تعتبر جدرلاً موضوعياً يخرج عن نطاق اختصاص محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون لا محكمة وقائع، فلها أن تشرف على الأسباب التي حدت بالقاضي إلى تكوين رأيه دون أن تتعرض لثبوت الوقائع بالذات أو نفيها.

وتأسيساً على هذا المعيار: تعتبر مسألة توافر القصد مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا، أما استخلاص القصد فهي مسألة موضوعية من أطلاقات محكمة الموضوع دون معقب عليها من المحكمة العليا بشرط إن يكون سائغاً يتفق مع المقدمات التي أوردتها وغير مجافي للوقائع⁽¹³⁾.

فمحكمة النقض تراقب قاضي الموضوع فيما يتعلق بتوافر القصد الجنائي من حيث كونه مسألة قانونية تتعلق بتوافر أحد أركان الجريمة، أما ما يتعلق باستظهار القصد من الوقائع فهي من أطلاقات السلطة التقديرية له، وبالتالي نخلص بطبيعة الحال إلى أن توافر القصد فكرة تسبق في الوجود فكرة استخلاصه، حيث أن المحكمة تبين توافر القصد لدى المتهم ثم نستخلص بعد ذلك دلائل وجوده من الوقائع دون معقب عليها في هذه الأخيرة من المحكمة العليا.

وصفوة القول أن المسألة تكون موضوعية كلما تعلقت بالواقعة من حيث ثبوتها وليس من ناحية تكييفها القانوني أو تقدير الآثار القانونية المترتبة عليها.

الفترة الثالثة

كيفية استخلاص القصد الجنائي

إذا كانت مسألة استخلاص القصد الجنائي مسألة موضوعية تختص محكمة الموضوع بتقديرها وفقاً لظروف الدعوى بلا معقب عليها فأنها تتقيد في سلطتها هذه بقيدتين أولهما:

أن يكون استخلاصها سائغاً وله أصل ثابت في الأوراق وهذا ما سار عليه قضاء المحكمة العليا الليبية ومحكمة النقض المصرية، حيث قضت هذه الأخيرة بأن (استظهار القصد الجنائي في الجريمة زراعة نبات الخشخاش من أطلاقات محكمة الموضوع تستنتج من ظروف الدعوى وعناصرها المطروحة على بساط البحث ما دام موجب هذه العناصر وتلك الظروف لا يتنافى عقلاً مع ذلك الاستنتاج) (14).

ثانيهما: في حالة دفع المتهم بانتفاء القصد الجنائي فتلتزم المحكمة أن تتصدى لعنصر العلم المكون للقصد استقلاً، فهنا يتعين عليها أن تورد هذا الدفاع الجوهري، وأن ترد عليه بأسباب صحيحة ومنطقية ومستمدة من أوراق الدعوى ووقائعها الثابتة وعلى الأخص إذا كان في ظروفها ما يسمح باحتمال انتفائه.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن (الأصل أن المحكمة لا تلزم بالتحدث استقلاً عن ركن العلم طالما أن ما أوردته كاف في الدلالة على أن المتهم كان يعلم بأن ما يحزره مخدراً ألا أنه إذا ما بني دفاع الطاعن على نفي ركن العلم وتمسك بذلك فإنه يكون من المتعين أن تبين المحكمة ما يبزر اقتناعها بتوافر هذا العلم لديه، بشرط أن يكون استخلاصها سائغاً وحكمها مبنياً على وقائع ثابتة في الدعوى وليس لها إن تقييم قضاءها على أمور لا سند لها من الأوراق) (15).

ويلاحظ أن محكمة الموضوع تواجهها مشقة أكثر في استظهار الركن المعنوي (القصد الجنائي في جرائم المخدرات) منها في استظهار الركن المادي للجريمة، حيث أنه بالإضافة إلى إسناد الفعل المادي إلى المتهم، وتواجهها مشقة البحث

في حقيقة نواياه من هذا الفعل، والنية أمر داخلي يبطنه المتهم، ويضمه في نفسه مع خائنة الأعين وما تخفي الصدور، لذلك كانت مشقة استخلاصه كبيرة نظراً لجسامة المسؤولية في هذه الجرائم وخطورة العقوبة المقررة لها، لذلك رأينا أن المحكمة العليا أعطت محكمة الموضوع حيز من السلطة التقديرية في استخلاص القصد فلها أن تستدل على توافره بمختلف السبل مستعينة بكل العناصر وما أحاط بالواقعة من ظروف وملابسات، فهي غير ملزمة بالتحدث عن القصد استقلالاً إلا إذا تعرض الدفاع لنفيه.

والطريق الطبيعي لاستظهار هذه الحالة لدى المتهم هو استنتاج المجهول من المعلوم أو هي النتائج التي تحتم على القاضي أن نستنتجها من الوقائع المعروفة عليه، وأفضل السبل التي تستعين بها محكمة الموضوع في الجرائم المخدرات في استخلاص القصد الجنائي هي جسامة الكمية المضبوطة أو مما تتطمئن إليه من أقوال الشهود أو مسلك المتهم عندما افتضح أمره من ارتباك وقلق، كذلك من اعتراف المتهم بأنه تعاطي مادة مخدرة كما هو الحال في الحكم المطعون فيه، فعن طريق هذه الوقائع المختلفة تستطيع المحكمة أن تستدل على وجود القصد الجنائي من عدمه حيث أن القاضي في هذا الحكم قد استظهر القصد لدى الجاني استظهاراً كافياً ورد على دفاع الطاعن بعدم العلم بأن ما زرعه نباتاً مخدراً مما جعل نعيه في غير محله.

الخلاصة

أن استخلاص القصد الجنائي من المسائل التي تدخل في إطار سلطة القاضي التقديرية بدون معقب عليها من المحكمة العليا على خلاف المسألة القانونية ومثلها مسألة توافر القصد، إلا أن سلطتها في ذلك ليست مطلقة بل مقيدة بأن يكون هذا الاستخلاص متماشياً مع مقتضيات العقل والمنطق، بحيث تكون النتيجة التي وصلت إليها تؤدي لها المقدمات التي ساققتها في حكمها ولها ان تستدل على توافر القصد بشتى السبل والقرائن وهي ليست ملزمة بالتعرض استقلالاً للقصد الجنائي إلا في حال تمسك الطاعن بانتقائه ففي هذه الحالة يتعين عليها الرد على ذلك وبطريقة صحيحة ومنطقية.

تم بحمد الله

أ. فرحة حامد إدريس

عضو هيئة التدريس بقسم القانون الجنائي

كلية الحقوق – جامعة بنغازي

الهوامش والمراجع

- (1) وقد نص على ذلك بصراحة قانون العقوبات الليبي في مادته 1/36 وقانون العقوبات الايطالي في مادته 42.
- (2) د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، سنة 1984. ص 10.
- (3) د. بنية صالح، النظرية العامة للقصد الجنائي، الطبعة الأولى، 2004، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 20.
- (4) المرجع السابق، ص 344.
- (5) المرجع السابق، ص 345.
- (6) الكشف - قاموس عربي - إعداد، صالح شلهوب - دار أسامة للنشر والتوزيع - ص 249.
- (7) محكمة عليا، جلسة 1983/2/23، م.م.ع، السنة 20، العدد 4، ص 124.
- (8) محكمة عليا، جلسة 1956/2/29، م.م.ع، السنة 24، العدد 3، ص 398.
- (9) محكمة عليا، جلسة 1984/5/17، م.م.ع، السنة 22، العدد 1، ص 121.
- (10) محكمة عليا، جلسة 1987/1/14، م.م.ع، السنة 15، العدد 1، ص 170.
- (11) انظر المادة 381 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.
- (12) وتعتبر أيضاً من المسائل الموضوعية استظهار علاقة السببية وتقدير حسن النية أو سوءها، واستخلاص إن المتهم ليس هو المقصود بالإذن الصادر من النيابة بالتفتيش، والمنازعة الموضوعية في اختلاف وزن ما ضبط وما حُلل في تقدير الخبير.
- (13) وقد سبق الإشارة إلى الحكم فيما سلف في ص 4 من هذا التعليق.
- (14) محكمة النقض المصرية، جلسة 1989 /7/25، ص 1911، سنة 59 ق.

ثالثاً:

المتابعات



تقرير متابعة عن حلقة نقاش بعنوان : قانون مكافحة الإرهاب ” مَحَدِّدَاتُ التَّقْوِيمِ وَمُسَبِّبَاتُ التَّفْعِيلِ ”

د. جازية جبريل شعيتير

«الَّذِينَ إِن مَكَتَاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ»²⁷⁷

توطئة :

في إطار إعادة تفعيل مناشط الكلية الأكاديمية الثقافية ، وبمناسبة مرور السنة الميلادية على إصدار مجلس النواب لقانون مكافحة الإرهاب رقم 3 لسنة 2014م ، وفي ظل غياب تام لتفعيله او مجرد العلم الحقيقي به ، تضطلع كلية الحقوق بالقيام بدورها الأصيل في التصدي لهذه المهمة الأكاديمية ذات البعد الوطني ، وهي : نشر الثقافة القانونية ، وذلك تحت شعار " الوعي القانوني واجب وطني " ، من خلال اضطلاعها بتنظيم حلقة نقاش تتناول فيها بالتحليل والنقد هذا القانون الجديد.

أهداف حلقة النقاش :

1. تحليل قانون مكافحة الإرهاب رقم 3 لسنة 2014م الصادر عن مجلس النواب ، من حيث جوانبه الإجرائية والموضوعية .
2. تقويم قانون مكافحة الإرهاب من حيث : الكفاءة والفاعلية والجودة والملاءمة .
3. تسليط الضوء على دور مؤسسات المجتمع المدني ووسائل الإعلام في توعية المواطن بالقانون .

محاورة حلقة النقاش :

1. إشكالية تحديد مفهوم الإرهاب .
2. الجريمة الإرهابية .
3. الجهود الدولية لمكافحة الإرهاب .
4. الصياغة القانونية للتشريع محل النقاش .
5. السياسة التشريعية للقانون وعلاقته بغيره من القوانين الداخلية ذات الصلة .
6. تجارب الدول الأخرى في سن قوانين مماثلة .
7. مدى ملائمة وفاعلية إنشاء لجنة وطنية لمكافحة الإرهاب (المادة 29) .
8. قانون الإرهاب وحقوق الإنسان .
9. إشكالية إنشاء نيابة مختصة ودائرة قضائية مختصة لجرائم الإرهاب (المادة 24، المادة 25) .

إجراءات الحدث الأكاديمي :

المدعوون :

1. أعضاء من السلطة التشريعية.
2. أعضاء من السلطة التنفيذية المختصة.
3. ممثلون عن مؤسسات المجتمع المدني.
4. شخصيات من السلطة القضائية.
5. نخبة من الخبراء في مجال العلوم الإنسانية والسياسية والإعلامية.

المستهدفون :

1. أعضاء هيئة التدريس بالكلية في الأقسام العلمية : العام، الخاص، الشريعة، الدولي.
2. طلبة الدراسات العليا بالكلية.
3. كافة المواطنين المهتمين بالشأن القانوني.

المكان :

قاعة الاجتماعات بكلية الحقوق في مقرها المؤقت " مدرسة الخنساء الثانوية للبنات " خلف شيل المالطي.

الزمان :

يوم الثلاثاء الموافق 6 أكتوبر 2015م من الساعة العاشرة صباحاً إلى الساعة الثانية ظهراً.

إدارة الجلسة :

أ.د. أحمد الجهاني أستاذ بقسم القانون الجنائي بالكلية رئيس الجلسة ، ود. جازية شعيتير وكيل الكلية مقرر الجلسة .

وقام السيد عميد الكلية د. عاشور شوايل ، بإلقاء الكلمة الافتتاحية مرحباً فيها بالسادة الحضور ومقدراً فيهم اهتمامهم الذي جعلهم رغم مشاغلهم يتواجدون للمساهمة في هذا الحدث الاكاديمي لإثرائه ، ومبيناً أهمية اللقاء الذي ينعقد في ظل الظروف غير الطبيعية التي تعيشها الكلية ، التي لم توهن العزم عن الاضطلاع بدورها الاكاديمي وفي حدود الإمكانيات المتاحة ، التي يعلمها الجميع ، ومتمنياً النجاح لهذا العمل المهم ، على أن يكون خطوة أولى لدراسة القوانين والتشريعات كافة ، الصادرة في المرحلة الانتقالية للدولة الليبية . وقد قامت السيدة رئيس قسم القانون الجنائي د. أحلام النهوي بإلقاء كلمة عن قسم القانون الجنائي ، أكدت فيها على أن ظاهرة الارهاب ليست وليدة اليوم ، ولكن الجديد هو اتساع نطاقها وازدياد ضحاياها ، فلا يخفى على أحد ما يشهده العالم اليوم من تفشي ظاهرة الإرهاب بكل صوره ، وما يمثله ذلك من اعتداء صارخ على مشاعر الإنسانية وقيم التمدن والتحضر التي أكتسبها الإنسان خلال تاريخه الطويل ، فظاهرة الإرهاب باتت تضرب كل المجتمعات على حد سواء ، وما تتعرض له بلادنا هذه الأيام كفيل بإدراك حجم الظاهرة وتداعياتها على جميع الصُعد الامنية ، والاقتصادية ، والسياسية .

كما أكدت السيدة رئيس قسم القانون الجنائي على أن مواجهة الإرهاب باتت امراً ملحاً ينبغي معه تسخير الإمكانيات المتاحة كافة ، الامنية ، والقضائية ، والسياسية ، والاجتماعية ، والنفسية ، والتربوية ، والإعلامية ، من اجل محاصرته تمهيداً للقضاء عليه . وحيث إن مجلس النواب في الآونة الاخيرة قد قام بإصدار قانون رقم 3 لسنة 2014م بشأن مكافحة الإرهاب ، ومن هنا أصبح من الواجب على هذه الكلية أن تكون سباقة . كما عودتنا دائماً . في التصدي لمهمة تسليط الضوء على هذا القانون في محاولة لتحليله ، ولإجلاء غموضه وملابساته .

المناقشة التي دارت خلال الحلقة :

افتتح الجلسة السيد أ. أحمد الجهاني أستاذ القانون الجنائي بالكلية، مؤكداً على أن الجميع يرفض استخدام القوة والعنف والتهديد والاخلال الجسيم بالأمن العام، والجميع يرفض تعريض حياة الناس وحررياتهم للخطر ويرفض عدم المحافظة على الممتلكات العامة، ولكن التعريف بمفهوم الإرهاب هو نقطة خلاف على مستوى وطني ودولي، القانون المعروض للنقاش تعرض بجرأة للتعريف بالعمل الارهابي ،وقد لا نتفق مع بعض عناصر التعريف ؛لأن هذا الجرم لا تختص به أي دولة معينة أو تشريع بعينه ،حيث أن له بُعداً دولي يجب ان يؤخذ في الاعتبار؛ فالإرهاب ظاهرة دولية ليس حكراً على دولة بعينها، وعلى مستوى دولي لم يتم الاتفاق على تحديد الارهاب ،وهذا ما يظهر للسطح عند وضع اتفاقية أو إعلان دولي بشأن السلوك الذي يجب ان يتم الاتفاق على مكافحته.

وقام بسرد بعض الملاحظات العامة :

أولاً: الأسلوب التشريعي وفن الصياغة غير معهود، لأنه لم ينتهج نهج التشريع الليبي في السابق من حيث عنونة المواد والتبويب، كما ان الصياغة غير واضحة، له نهج تشريعي معين يختلف عن نهج التشريع الليبي، المأخوذ عن الإيطالي، وإذا كان الهدف المنشود للفقہ الجنائي هو إصدار قانون عقوبات شامل فيه كل ما هو محظور ويتم توزيعه على المواطنين، لنحقق العلم الحقيقي بالمجرم والذي يُعد ما خلاه مباحاً وفقاً للأصل العام في الأفعال، فإن هذا القانون الأخير " قانون الإرهاب " سيكون نشاز عن التشريع الليبي والذي يشار إليه بالدقة وحسن الصياغة.

ثانياً: هذا القانون لم يأخذ بنهج القوانين الجنائية من حيث العقوبات، والنص عليها من حدين أقصى وادنى، وبالتالي فهو قد سلب القاضي سلطته في تقدير العقوبة، وهنا يصبح القاضي عبارة عن آلة لتطبيق القانون وليس له سلطة تقديرية في اختيار العقوبة المناسبة، وكلما وضع القاضي في هذه الوضعية كلما أمتنع عن تطبيق القانون؛ من خلال تحوله إلى محامي خفي للمتهم ، فيبحث عن أي ثغرات إجرائية يعمل من خلالها على تعطيل النص القانوني، ولعل من أهم القوانين التي امتنع القاضي فيها عن تطبيق القانون وتحول إلى محامي: قانون الأسلحة والذخائر والذي نص على عقوبة الإعدام ولم تطبق إطلاقاً،

كذلك قانون شرب الخمر، الذي نص على أن الحياة عقوبتها الإعدام. لذلك كان يفضل ان يعطى القاضي سلطة تقديرية في العقوبة لضمان تطبيق القانون.

ثالثاً: هذا القانون تم إصداره على عجل، وكان الأولى تكليف لجنة مختصة بصياغته، أو طلب ذلك من إحدى كليات الحقوق في البلاد. وواضح أن القانون قد أخذ من مشروع القانون المصري، الذي ظل في أدرج السلطة التشريعية إلى أن قتل النائب العام في مصر، فصدر قانون مكافحة الإرهاب المصري بعد صدور القانون الليبي، ولكن اثار النقل واضحة للعيان فعلى سبيل المثال: المادة 9 تنص على السجن المشدد، رغم أن القانون الليبي لا يعرف هذه العقوبة، القانون المصري ينص على الاشغال الشاقة مؤقتة أو مؤبدة. ولضغوطات المنظمات الحقوقية أخذ المشرع يبتعد عن هذا المصطلح ويستبدله بمصطلح السجن المشدد، ومن هنا فلا مناص من القول انها واقعة غش وقد ضبطت .

وتحدث السيد يونس فنوش عضو مجلس النواب مثبياً على كل ما قاله د. الجهاني؛ سواء ما تعلق بالصياغة، أو الشكل، أو حتى الاستساح عن القانون المصري، فمجلس النواب منذ بداية عمله لم يتبن نهجاً علمياً في إدارة أعماله، كان من الواضح منذ البداية ان الاغلبية الساحقة غير مؤهلة على الإطلاق لتولي الشؤون القانونية، والسياسية، والاقتصادية، وقلت منذ البداية: علينا الاستعانة بالخبراء والمختصين لسن القوانين، ثم يتولى المجلس التصويت عليه وإصداره، ولكن حتى لجنة التشريع في المجلس مكونة من برلمانيين من بينهم قانونيين يحملون شهادات في القانون " محامين، قضاة "، لكنهم ليسوا مختصين بالمعنى الحقيقي، لأنهم يفتقرون للتخصص بفن التشريع والصياغة .

كما أكد على ان القانون قد قدم من قبل الحكومة السابقة " حكومة السيد النثي " بإشراف وزير العدل "السيد صلاح المرغني، وكان ذلك اول الأمر للمؤتمر الوطني، وعندما قدم لمجلس النواب، تم إصداره وسط حالة عاطفية لمجلس النواب تتمثل في كونهم الجسم لشرعي الذي يواجه التيارات المعادية لبناء الدولة، ويواجه الإرهاب والإرهابيين .

وأعترف أن الخطأ مبتدأه، كون مجلس النواب قد وضع القانون بين أيدي اناس غير مختصة، لدى ظهر غير مناسب من حيث الصياغة عموماً، ومن حيث الانسجام مع النسيج التشريعي .

وفي صدد الحديث عن مثالب القانون اكد أ.د. موسى ارحومة أستاذ القانون الجنائي بالكلية ضعف اللغة العربية للقانون إذا قورن بنظيره المصري، ولذلك فهو يتفق مع د. الجهاني كونه غش، ولكنه غش غير أمين، مشوه ومنحرف، فعلى سبيل المثال لا الحصر

: في المادة الأولى من القانون، يعبر عن الشروع بلفظ المحاولة، ويأتي بمصطلح الاشتراك والمساهمة وبينهما أو العطف وكأنه لا يعي أن الاشتراك جزء من المساهمة مما لا يستقيم أن يجتمع اللفظان معاً .

وفي تعداده للأسلحة غير التقليدية لم يشر القانون للأسلحة النووية ، ومن حيث مد نطاقه المكاني أقتصر على الطائرات ولم يشر للسفن . وعبر عن مصطلح تحويل الاموال بمصطلح الإحالة ، كما أستخدم لفظ افتعال بطاقة مزورة بدلاً عن استعمال بطاقة مزورة . ويقرر القانون الأحكام العامة في قانون العقوبات ،سواء في العقاب على الشروع أو في مسؤولية الشريك عن الجريمة ، رغم عدم لزوم ذلك ، وينص على العمدية علماً بأن الجرائم عمدية ما لم ينص على خلاف ذلك ،ويؤكد على أن يعمل بالتشديد وجوباً حال توافر الظروف المنصوص عليها ، وكأنه يتصور وفقاً للقواعد العامة أن يكون إعمال التشديد جوازياً.

تطرق القاضي سعد عقيلة إلى مسألة أكثر أهمية وهي سياسة سن قانون حول تجريم الارهاب في وضعية ينقاسم فيها الجميع تهمة الإرهاب : فئة بأسم الله ،وفئة بأسم الوطن ، فهل هناك جدوى حقيقة من اتخاذ السلطة التشريعية كمطرقة ضد الآخر ؟، المواطنين يهتمهم في المقام الأول إيقاف الاقتتال ،وتجنب الانقسام الحقيقي ،وهذا لن يكون بدون البحث عن آليات السلام الحقيقي ، والتأكيد على أن حرية العقيدة ،وحرية الرأي ،مرجعيات أساسية في تحديد مفهوم الإرهاب .

بينما تساءل **د. زاهي المغربي أستاذ العلوم السياسية بكلية الاقتصاد** عن مدى استجابة قانون مكافحة الإرهاب للأوضاع التي نعيشها الان ؟، وماهي الأمور التي ننصح بها لتفعيل الجوانب الإيجابية لهذا القانون ؟، هذا إذا كان بالإمكان أصلاً تفعيل أي قانون في هذا البلد، كما تساءل عن دورنا في تحقيق الاهداف العامة للقانون سواء على مستوى تشريعي، أو تنفيذي، أو مؤسسات مجتمع مدني، أو على مستوى الأفراد ؟

القاضي غيث الورفلي، أشار إلى أن تحديد مفهوم الارهاب له جانب سياسي ،وينتضح خلاله تأثير القوة الكبرى، كما ان مفهوم الارهاب يجب أن يفرق بين النزاع المسلح ،وبين الكفاح المسلح ضد الغازي والمحتل، ولا يسوي بين الفعلين في التجريم، كما أن القانون لم يشر إلى إرهاب الدولة وهو ما يسمى بالإرهاب الشامل، ولذا كان يفضل أن يكتفي المشرع بتطبيق قانون العقوبات بدلاً من استحداث قانون استثنائي.

أستاذ إبراهيم هويدي ،رئيس جمعية اصدقاء البيئة ،ورئيس منظمة الدفاع الاجتماعي والامان الاجتماعي ،وعضو مجموعة الحراك المدني لنهضة بنغازي أكد أن محاور النقاش دقيقة ومهمة وحساسة ، وجريمة الإرهاب شائكة وأخطر جريمة في العالم، كما أكد على أن هذه الجلسة لن تجدي نفعاً إذا اقتصرنا على مناقشة بنود القانون، فالعملية فلسفية عدلية، والتقييم والتقييم للنص خارج الرؤية المجتمعية هو أزمة بذاته، كما أشار إلى أن المجتمع المدني بائس وضعيف، وبهمه جداً أن يستمع لحوار أكاديمي حول مفصليات هامة جداً : الأمن القومي، قانون العقوبات، حقوق الإنسان .

أستاذ طارق شلوي، رئيس جمعية ليبيا الثقافية الاجتماعية، ورئيس جمعية روح فبراير للأعمال الإنسانية والرعاية التلطيفية، ومنسق مجموعة الحراك المدني لنهضة بنغازي، أبدى ملاحظات حول القانون وهي :.

أولاً: تجاهل القانون أساس الارهاب وهو الجانب الفكري والتحريض عليه واستخدام المُحرّض للدين الحنيف واستخدامه لمنابر المساجد، وهو ما يجب تجريمه في حد ذاته. ثانياً: الحاجة لسجون خاصة، حيث اثبت الارهاب انه ينشط ويجند عناصر جديدة داخل السجون، فيجب أن تخصص سجون للإرهابيين يعمل داخلها على الفصل بين السجناء، والتركيز فيها على إعادة التأهيل والادماج مع المجتمع .

ثالثاً: الارهاب ظاهرة العصر ،وهي ظاهرة اجتماعية وليست حرب تقليدية بين جيشين ،فهي تتطلب ادوات مواجهة جديدة، على سبيل المثال البدء بالمناهج الدراسية؛ لإلغاء المناهج التي تحث على العنف والتكفير واستباحة الدماء، ولتعزيز ثقافة الحوار في المناهج الجديدة.

د. المبروك الفاخري مستشار في المحكمة العليا، أشار إلى أن القانون لم يحصر الارهاب ولكنه عدد بعض الاعمال الارهابية، كما أنه استغرب نص القانون على عقوبة السجن لمدة عشرين سنة، فالقانون الليبي يحدد السجن بأقصى مدى 15 سنة ثم ينتقل للسجن المؤبد، وأستغرب أن لا يتضمن القانون عقوبة الإعدام في مواجهة الافعال الإرهابية الماسة بالحق في الحياة ، تماشياً مع قانون العقوبات وقانون القصاص والدية.

من جهته أقر الأستاذ عصام التاجوري المحامي والناشط الحقوقي بأن السياسة التشريعية مبنية على أساس إدارة القانون في وزارة العدل فهي المختصة بصياغة القوانين، ومن ثمة لا يجوز أن يكون ديدن السلطة التشريعية بعد فبراير " مجلس انتقالي، مؤتمر وطني، مجلس نواب " تفرد شخصين بالتلاعب في مسودات القوانين التي تقدم من

مجموعة الدعم والمشورة، أو من الحكومة، أو من غيرها من الجهات. وهذا القانون بالذات قد تم إعداده بشكل سري لأن من قدمه للسلطة التشريعية يخشى الارهاب المتجذر في مفاصل الدولة؛ بنقل الفئدة التي ترعاه مناصب وكلاء وزارات سيادية. واستغرب عدم التقييد بالتعريف الوارد في اتفاقية مكافحة الارهاب العربية، رغم توقيع ليبيا عليها، كما دعا إلى تقييم السياسة التشريعية في كل القوانين.

د. آمال العبيدي عضو هيئة تدريس علوم سياسية بكلية الاقتصاد أشارت إلى أن السيد المرغني حينما أحال مشروع القانون إلى المؤتمر الوطني كان يتضمن مذكرة إيضاحية هي الركيزة العامة التي يجب ان يفهم القانون من خلالها، فيها تأكيد على التزامات ليبيا الدولية خاصة باتفاقية منظمة الوحدة الأفريقية لمنع ومكافحة الإرهاب، ومن بين الأمور التي تري الدكتور أنها مؤثرة في صناعة التشريع، ذلك الكم الهائل من وكلاء الوزارات، كل له رؤى ومشارب وأيدولوجيات، وهو ما ينعكس على جملة القوانين التي لا يربط بينها سياسة تشريعية واحدة، كما يجب أن يؤخذ في الاعتبار طبيعة البيئة المحيطة بالسلطة التشريعية التي تصدر القوانين، والحكومة التي تحيل مشروعات القوانين. وأخيراً أكدت على أن المؤسسات الأمنية ينبغي أن تسهم في صياغة هذه القوانين لتضع تصور لآليات تنفيذ التدابير الأمنية .

ومن المسائل الإجرائية المفصلية التي قد تصيب القانون في مقتل ويجعله حاملاً لمسببات موته قبل تطبيقه، هو نصوص المواد 24، 25، المتعلقة بالنيابة المختصة والدائرة القضائية المختصة، وهو ما يعرض أي دعاوى حول جرائم الارهاب للحكم بعدم الاختصاص متى احيلت من قبل النيابة العامة او نظرت أمام القضاء العادي .

أ فريحة القطراني عضو هيئة تدريس بقسم القانون الجنائي بكلية أشارت إلى أن منظمة «هيومن رايتس ووتش» الأميركية قد طالبت بتاريخ 13 مايو 2015م، مجلس النواب بسرعة تعديل قانون مكافحة الإرهاب، منعاً لاستخدامه كأداة لتقييد حرية التعبير وحقوق التجمع السلمي والحركة . وذكرت المنظمة في بيان لها أن قانون مكافحة الإرهاب يتعارض والتزامات ليبيا بموجب القانون الدولي واتفاقات حقوق الإنسان.

وقد أرسلت المنظمة الدولية خطاباً إلى وزارة العدل التابعة للحكومة المعترف بها دولياً في مارس 2015 يتضمن تفاصيل أوجه القصور الموجودة في القانون، مطالبةً بتعديلها. وبين هذه التعديلات:

أولاً: يحتوي القانون على عقوبات مغلظة تصل إلى السجن مدى الحياة لأعمال لم يحددها القانون بدقة بل جاء تعريفها غامضاً، وذكرت المنظمة في بيانها أن تلك الأحكام تؤدي لقمع حرية التعبير والتجمع وتكوين الجمعيات.

ثانياً: يتضمن القانون تعريفاً فضفاضاً لـ «الأعمال الإرهابية» تثير مخاوف من استخدامه لتهديد الحريات الفردية وحرية التظاهر السلمي.

ثالثاً: يسمح القانون بإقرار عقوبة السجن مدى الحياة لإنشاء أو قيادة منظمة إرهابية، وعقوبة السجن عشرة أعوام مع الشغل للانضمام لمنظمة إرهابية، دون الحاجة لأدلة على العنف.

رابعاً: يضم القانون أحكاماً تسمح بمحاكمة أي فرد بموجب قانون الإرهاب عند قيامه بأي جرائم جنائية عادية مثل الجنح.

وأخيراً: يسمح القانون للمحاكم بتحديد حرية الحركة للأفراد الذين يحاكمون بموجب قانون الإرهاب وممارسة الحقوق الشرعية في التعبير وغيرها.

وأكدت المنظمة أنه بموجب القانون الدولي لا يُسمح بفرض قيود على حقوق الإنسان إلا في حالات الضرورة ووجود خطر طارئ يهدد الدولة، وفي ظروف استثنائية وموقته.

د. عبير أمينة عضو هيئة تدريس علوم سياسية بكلية الاقتصاد طالبت بعدم تقويم التشريع بعيداً عن سياقه الزمني وظروف البلاد في ذلك الحين، كما تساءلت عن جدوى مناقشته كنشاط بحثي محض، وطالبت بضرورة التركيز على دعوة مؤسسات المجتمع المدني للضغط على جهات الاختصاص لتغييره وتعديله، خاصة أن كثير من مواده فيها مساس بحقوق وحرريات الإنسان هذا من جهة، ومن جهة أخرى هو قانون غير واقعي لأنه فاقد آليات التنفيذ.

الاستاذة نهلة الورفلي عضو هيئة تدريس بقسم القانون الجنائي ركزت في مشاركتها على الفرق بين المجرم العادي والإرهابي، فالإرهابي يتوسل الاعتداء على الضحية لإيصال رسالة سياسية أو ايدلوجية لجهة ما، فجريمته ليست غاية في ذاتها. كما نبهت إلى دور وسائل الإعلام في انتشار الإرهاب؛ فالإعلامي أفضل صديق للإرهابي، ولذا يجب أن يعد شريكاً للإرهابي في الجريمة .

الاستاذ عبدالقادر رضوان . النائب العام السابق وجه الانتباه إلى ان إي تشريع جنائي يجب ان يأخذ واضعيه في الاعتبار أن كل إجراء من إجراءات الاتهام يجب ان يقابله إجراء من إجراءات الدفاع، لذلك يتوجب مبدئياً أن يحترم القانون الجنائي مبدأ الشرعية،

من حيث الالتزام بالصياغة الواضحة الدقيقة، والإيجاز غير المخل، حتى لا يفتح باباً للتكهن بانه قال اكثر مما أراد او أراد أكثر مما قال ، وهنا أستشهد بالعبارة الموجودة على محكمة النقض الإيطالية " الثثرة تضيع الحقيقة " مبدياً أسفه على أن المشرع وقع في قانون مكافحة الارهاب في مشكلة التعريف ،وهو ما سيرتب عليه وقوع القاضي في إشكالية التطبيق .

د. هالة الأطرش رئيس قسم القانون الدولي بالكلية تناولت السياسة التشريعية لسن القانون، مشيرة إلى أن كل الدول العربية قد أصدرت قانون مكافحة الإرهاب، ومن هنا اصدرت السلطة التشريعية الليبية قانون مكافحة الارهاب، خاصة في ظل الفوضى التشريعية، وذلك كنوع من الدعاية السياسية دأبت عليها كل سلطة تشريعية تولت هذه المهمة الجسيمة، وينبغي الوقوف للتساؤل عن مدى صدوره وفقاً لآمال الشعب، وعن مدى ما اعتراه من خروقات بشأن حقوق الإنسان وعيوب الصياغة، واخيراً مدى تضمنه لآليات تساعد على إمكانية تطبيقه .

د. رجاء بوهادي عضو هيئة تدريس بقسم القانون الجنائي بالكلية تناولت قانون الارهاب بالقياس مع المبادئ القانونية الحاكمة للقانون الجنائي ، حيث أكدت أن المشرع وهو يواجه الارهاب عليه الموازنة بين مبدأ الاقليمية الراسخ في القانون الجنائي سواء بشقه الإيجابي أو السلبي، وبين مبدأ العالمية الذي يُعد حالياً أكثر أهمية لأنه من ضرورات التعاون الدولي، كما يثر إصدار هذا القانون التساؤل حول علاقته بقانون حد الحرابة المنصوص عليه منذ سبعينات القرن الماضي ،والى أي مدى يُعد الارهاب نوعاً من الحرابة ؟وماهي أوجه الاختلاف بينهما ؟ أيضاً تساءلت عن المعيار الذي أستند إليه المشرع لتحديد الارهاب؟، حيث أن قوانين الارهاب في العالم تنتهج معيارين : اما ان تعتمد طبيعة الحق المعتدى عليه او ان تعتمد طبيعة السلوك العدائي، فالقانون الأمريكي مثلاً تبني المعيار الأول وافر ان العمل الارهابي هو أي عمل عدائي في مواجهة المواطن الأمريكي ،بينما قرر المشرع الليبي تبني المعيار الثاني .

أجلول المسلماني معيد بقسم القانون الجنائي بالكلية أكد على استحالة تنفيذ القانون ،لأنه من حيث الواقع لا توجد سلطة تنفيذية لتطبيق أحكام القضاء التي تصدر بهذا الشأن في ظل انقسام السلطات العامة في ليبيا ،ولذلك فهو يفضل أن يتم التعاون الدولي بتفعيل الاتفاقيات الموجودة سابقاً سواء على مستوى عربي، أو افريقي، أو دولي، خاصة مع دول

الجوار، حيث إن تنسيق الجهود الدولية مع دول الجوار خطوة مهمة للقضاء على الإرهاب.

أ محمد نوح معيد بقسم القانون المدني بالكلية اشاد بالعمل التشريعي لمكافحته القانونية للإرهاب ،ولكنه عاب عليه قصر مفهوم الإرهاب على الافعال الصادرة عن الشخص الطبيعي ،مع انه كان يجب النص بمد التجريم على الافعال الصادرة عن الاشخاص المعنوية، ومن جهة اخرى تسأل عن مدى الضرورة القاضية بإنشاء نيابة مختصة ودائرة مختصة، لأن في هذا الانشاء خروج على مبدأ القضاء الطبيعي، فهل هناك حاجة ملحة لهذا الاستثناء المعرض للطعن عليه بان المحاكمة ليست عادلة.

وعند هذه النقطة تدخل السيد رئيس الجلسة أ.د. أحمد الجهاني ليسأل القضاة المتواجدين: عن حكمهم فيما لو حركت الدعوى من قبل النيابة العامة على احدى الجرائم المنصوص عليها في القانون مع وجود نص المادة 24 القاضي بإنشاء نيابة مختصة، فإذا دفع المحامي بعدم الاختصاص النوعي هل سيقبل القاضي الدفع؟ أم يركن لمبدأ أن النيابة العامة لها الاختصاص العام والاصيل؟، وكان رد القضاة بالأجماع : أن التقيد بالاختصاص النوعي من النظام العام الذي يجب معه الحكم بعدم الاختصاص ،ولذلك فإن القانون يحمل مسببات عدم تفعيله، خاصة وانه بعد مرور السنة الميلادية لم تنشأ هذه النيابة أو هذه الدوائر التخصصية، ولعل من المجدي قفل باب اللجوء إليها لكونها ماسة بمبدأ القاضي الطبيعي وكونها تعيق تطبيق القانون وتحول دون تحقيقه لأهدافه .

التعقيب الختامي :

رفع السيد رئيس الجلسة على تمام الساعة الثانية ظهراً ، بعد إعطاء عميد الكلية كلمة الشكر للسادة الحضور، والإعلان عن عزم الكلية على تبني نشاط أكاديمي أكبر . مؤتمر، ندوة . للإحاطة بجوانب القانون رقم 3 لسنة 2014م لمكافحة الإرهاب الموضوعية والإجرائية كافة.

ويمكن تلخيص بعض النتائج التي أسفرت عنها حلقة النقاش، وتعداد أهم التوصيات التي توافق عليها السادة المناقشين وهي .:

النتائج : ركزت حلقة النقاش على تقويم القانون وإجراء مراجعة تحليلية متخصصة لمواده ولظروف سنه ولمدى إمكانية تطبيقه، وقد تبين من خلال مناقشة قانون مكافحة الارهاب رقم 3 لسنة 2014م بوضعه الحالي، افتقاره لمقومات التنفيذ ومن ثم قصوره عن تحقيق الاهداف المرجوة من سنه، سواء المقومات المتعلقة بالمبنى، من حيث اللغة العربية السليمة، والصياغة القانونية الرصينة، أو مقومات المعنى، من حيث الشمولية في الإحاطة بكل صور التجريم، والشمولية في النص على الجزاء الجنائي المنوع الذي يحقق الردع العام والخاص ويعطي للقاضي سلطة في تفريده بما يلائم كل حالة على حدة ، ومن حيث النص بوضوح على آليات تنفيذ سلسلة وممكنة .

التوصيات : ضرورة التواصل مع البرلمان والحكومة والهيئات القضائية والادعاء العسكري والمنظمات الحقوقية لتقديم مخرجات التقويم لها من اجل الضغط؛ لتعديله شكلاً سواء من حيث اللغة العربية السليمة، أم من حيث الصياغة القانونية الرصينة، ومحاولة تفعيله موضوعاً سواء بإنشاء تلك الجهات القضائية المختصة " النيابة، دائرة القضاء"، أم بإلغاء النص عليها والعودة لمبدأ القاضي الطبيعي ذو الاختصاص الشامل .

د . جازية جبريل شعيتي

عضو هيئة التدريس بقسم القانون الجنائي

كلية الحقوق – جامعة بنغازي

رابعاً:
ملحق القوانين
واللوائح

القوانين

قانون

رقم (3) لسنة 2014م

بشأن مكافحة الإرهاب⁽¹⁾

مجلس النواب:

بعد الاطلاع:

- على الإعلان الدستوري المؤقت الصادر في 3/أغسطس/2011م وتعديلاته.
- وعلى القانون رقم (10) لسنة 2014م في شأن انتخاب مجلس النواب في المرحلة الانتقالية وتعديله.
- وعلى القانون رقم (6) لسنة 2006م بشأن نظام القضاء وتعديلاته.
- وعلى قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية وتعديلاتها والتشريعات المكملة لها.
- وعلى القانون رقم (11) لسنة 2014م بإنشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد.
- وعلى المعاهدات الدولية التي ليبييا طرفا فيها.
- وعلى القانون رقم (7) لسنة 2012م بشأن جهاز المخابرات الليبية.
- وعلى ما عرضته حكومة تصريف الأعمال.
- وعلى ما خلص إليه مجلس النواب في اجتماعه العادي الحادي والعشرين المنعقد بتاريخ 2014/9/9م.

صدر القانون الآتي

الباب الأول

المادة (1)

- في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بكل عبارة من العبارات التالية المعنى المبين قرينها:
- أ- **الإرهابي:** هو الشخص الطبيعي الذي يرتكب أو يحاول ارتكاب جريمة إرهابية بأي وسيلة مباشرة أو غير مباشرة أو يشترك أو يساهم في نشاط منظمة إرهابية.
- ب- **منظمة إرهابية:** هي مجموعة ذات هيكل تنظيمي مؤلفة من ثلاثة أشخاص أو أكثر تكونت لأي مدة كانت تعمل بصورة متضافرة بقصد ارتكاب إحدى الجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون داخل التراب الليبي أو خارجه.
- ج- **تمويل الإرهاب:** كل جمع أو إمداد بشكل مباشر أو غير مباشر بأموال أو أسلحة أو ذخائر أو مفرقات أو مهمات أو آلات أو معلومات أو غيرها يقصد استخدامها أو العلم بأنها ستستخدم كلها أو بعضها في ارتكاب أي جريمة إرهابية أو من قبل شخص إرهابي أو منظمة إرهابية.

(1) منشور في الجريدة الرسمية، السنة 4، العدد 1، سنة 2015م، ص:5.

- د- الأموال: العملة الوطنية والعملات الأجنبية المتداولة والأوراق المالية والأوراق التجارية وكل ذي قيمة من عقار منقول مادي أو معنوي وجميع الحقوق المتعلقة بأي منها والصكوك والمحركات المثبتة لكل ما تقدم بما في ذلك الإلكترونية والرقمية.
- ه- الأسلحة التقليدية: الأسلحة والذخائر والمفرقات المنصوص عليها قانوناً.
- و- الأسلحة غير التقليدية: أسلحة جرثومية أو بيولوجية أو كيميائية.
- ز- طائرة في حالة طيران: تعتبر الطائرة في حالة طيران من اللحظة التي يتم فيها إغلاق جميع أبوابها الخارجية بعد صعود الركاب حتى اللحظة التي يتم فيها فتح أحد هذه الأبواب من أجل نزولهم وفي حالة الهبوط الاضطراري يتم اعتبار الطائرة في حالة طيران حتى تتولى السلطات المختصة مسؤوليتها عن الطائرة وما على متنها من أشخاص وحمولة.
- ح- طائرة في الخدمة: تعتبر الطائرة في الخدمة منذ بدء إعداد الطائرة قبل الطيران بواسطة أفراد الخدمات الأرضية أو بواسطة طاقم الطيران للقيام برحلة معينة حتى مضى أربع وعشرين ساعة على أي هبوط للطائرة.
- ط- الأشخاص المتمتعون بحماية دولية: الأشخاص الآتي ذكرهم عندما يتواجدون في دولة أجنبية.
- رئيس الدولة أو عضو بهيئة تؤدي مهام رئيس الدولة بموجب دستور الدولة المعنية وكذلك أفراد أسرته المرافقين له.
 - رئيس حكومة أو وزير خارجية أفراد والمرافقين له.
 - أي ممثل أو موظف لدولة أو موظف أو شخص معتمد لدى منظمة دولية حكومية وكذلك أفراد أسرته المرافقين له.
- ي- التجميد: هو فرض حظر مؤقت على إحالة الأموال أو تبديلها أو التصرف فيها أو نقلها وغير ذلك من أوجه التصرف أو إخضاعها للحراسة أو السيطرة المؤقتة بناءً على أمر صادر من محكمة أو سلطة مختصة أخرى.

المادة (2)

العمل الإرهابي

كل استخدام للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع بهدف الإخلال الجسيم بالنظام العام أو تعويض سلامة المجتمع أو مصالحه أو أمنه للخطر متى كان من شأن هذا الاستخدام إيذاء الأشخاص أو إلقاء الرعب بينهم أو تعويض حياتهم أو حرياتهم أو حقوقهم العامة أو أمنهم للخطر أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بالمواد الطبيعية أو بالآثار أو بالأموال أو المباني أو بالأماكن العامة أو الخاصة أو استغلالها أو الاستيلاء عليها أو منع أو عرقلة السلطات العامة أو مصالح الحكومة أو الوحدات المحلية أو البعثات الدبلوماسية والفتنصالية أو المنظمات والهيئات الإقليمية والدولية في ليبيا من ممارسة كل أو بعض أوجه نشاطها أو منع أو عرقلة قيام مؤسسات أو دور العبادة أو مؤسسات ومعاهد العلم لأعمالها أو تعطيل تطبيق أي من أحكام الدستور أو القوانين واللوائح وكذلك كل سلوك من شأنه الإضرار بالاتصالات أو بالنظم المعلوماتية أو بالنظم المالية أو المصرفية أو بالاقتصاد الوطني أو بمخزون الطاقة أو بالمخزون الأمني من السلع والمواد

الغذائية والمياه أو بسلامتها إذا ارتكب بقصد ارتكاب أحد الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون.

المادة (3)

الجريمة الإرهابية

هي كل جريمة منصوص عليها في هذا القانون وكذلك كل جريمة ترتكب بقصد تحقيق أحد أهداف العمل الإرهابي أو تمويل الأعمال الإرهابية المبينة في هذا القانون.

المادة (4)

مع عدم الإخلال بالقوانين السارية وبأي عقوبة أشد تسري أحكام هذا القانون على الأفعال المجرمة في تلك القوانين والمنصوص عليها في أحكام هذا القانون.

المادة (5)

يُعاقب على الشروع في أي من الجنايات والجنح في جرائم الإرهاب وتكون عقوبة الشروع هي العقوبة المقررة للجريمة التامة.

المادة (6)

يُعاقب على المساهمة في ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بذات العقوبة المقررة للفاعل الأصلي حتى لو لم ينتج عنها أثر.

الباب الثاني

المادة (7)

الجرائم الإرهابية وعقوبتها والتدابير الاحترازية

مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد يعاقب كل من قام بعمل إرهابي طبقاً لأحكام هذا القانون بالسجن المؤبد.

المادة (8)

يُعاقب بالسجن المؤبد كل من أنشأ أو أسس أو نظم أو أدار منظمة إرهابية أو تولى زعامة أو قيادة فيها ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأموال والأسلحة والأدوات والمستندات والأوراق وغيرها مما يكون قد استعمل أو أعد لاستعماله في جرائم الإرهاب أو في اجتماعات منظمة وتقتضي المحكمة بمصادرة أموال المنظمة والأموال المتحصلة من جرائم الإرهاب أو المخصصة للصرف منها على المنظمة كما تقتضي المحكمة بحل المنظمة وإغلاق مقارها وأماكنها في الداخل والخارج.

المادة (9)

يعاقب بالسجن المشدد الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات كل من انضم عمداً بأي عنوان كان داخل تراب الدولة الليبية أو خارجه إلى تنظيم إرهابي له علاقة بجرائم إرهابية بقصد ارتكاب إحدى الجرائم الإرهابية المنصوص عليها في هذا القانون وتشدد العقوبة وتكون لمدة لا تقل عن عشرين سنة كل من تلقى تدريبات عسكرية أو أمنية داخل تراب الدولة الليبية أو خارجه أو كان من القوات المسلحة أو الشرطة.

المادة (10)

يعاقب بالسجن المؤبد أو السجن المشدد لمدة لا تقل عن عشرين سنة :

- 1- كل من قام بتمويل إرهابي أو عمل إرهابي مع علمه بالغرض من التمويل.
- 2- كل من قدم لمنظمة إرهابية أو لأحد رؤسائها أو مديريها أو أعضائها أو لإرهابي سكناً أو مأوى لاستخدامه في الاجتماعات أو لإعداد الأعمال الإرهابية أو غير ذلك من التسهيلات مع علمه بالغرض الذي يستخدم فيه السكن أو المأوى أو المكان أو التسهيلات.
- 3- كل من أخفى أشياء أعدت للاستعمال في ارتكاب جريمة من جرائم الإرهاب مع علمه بذلك.

المادة (11)

يعاقب باعتباره شريكاً في الجريمة الإرهابية كل من يتعمد ارتكاب إحدى الأفعال الآتية:

- 1- توفير بأي وسيلة كانت أسلحة أو متفجرات أو ذخيرة وغيرها من المواد أو المعدات أو وسائل النقل أو التجهيزات أو المون لفائدة تنظيم إرهابي أو أشخاص لهم علاقة بالجرائم الإرهابية المنصوص عليها في هذا القانون.
- 2- وضع كفاءات أو خبرات على ذمة تنظيم إرهابي أو أشخاص لهم علاقة بالجرائم الإرهابية المنصوص عليها في هذا القانون.
- 3- إفشاء أو توفير أو تقديم معلومات بشكل مباشر أو غير مباشر لفائدة تنظيم إرهابي أو أشخاص لهم علاقة بالجرائم الإرهابية المنصوص عليها في هذا القانون.
- 4- صنع أو افتعال بطاقة تعريف وطنية أو جواز سفر أو غير ذلك من الرخص أو الشهادات لفائدة تنظيم إرهابي أو أشخاص لهم علاقة بالجرائم الإرهابية المنصوص عليها في هذا القانون.
- 5- إخفاء أو تسهيل إخفاء أشياء استعملت في ارتكاب جريمة من الجرائم الإرهاب أو تحصلت منها مع علمه بها.

- 6- كل من أتلف أو اختلس أو أخفي مستنداً أو محرراً من شأنه تسهيل كشف الجريمة أو إقامة الدليل على مرتكبها أو عقابه مع علمه بذلك ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأموال والأشياء محل الجريمة.
- 7- كل من ساعد الجاني في جريمة إرهابية ولو بطريق الامتناع أو مكنه من الهرب سواء قبل أو بعد القضاء عليه.

المادة (12)

يعاقب بالسجن مدة عشرين سنة كل من يعتمد ارتكاب أحد الأفعال التالية:

- 1- اختطاف شخص يتمتع بحماية دولية.
- 2- القبض على شخص يتمتع بحماية دولية أو إيقافه أو سجنه أو حجزه دون إذن قانوني.
- 3- إلحاق ضرر بمباني رسمية أو محلات سكنية خاصة أو وسائل نقل لهيئات أو أشخاص يتمتعون بحماية دولية من شأنه أن يعرض حياتهم وحریتهم أو حياة الأشخاص المقيمين معهم أو حریتهم للخطر.
- 4- القبض على شخص أو إيقافه أو سجنه أو حجزه بدون إذن قانوني إذا صاحب هذه الأفعال تهديداً بقتل الرهينة أو إيدائها أو استمرار احتجازها من أجل إكراه طرف ثالث سواء كان دولة أو منظمة دولية حكومية أو شخصاً طبيعياً أو معنوياً أو مجموعة من الأشخاص على القيام والامتناع عن القيام بعمل معين كشرط صريح أو ضمني للإفراج عن تلك الرهينة.

المادة (13)

يعاقب بالسجن المؤبد كل من يعتمد ارتكاب أحد الأفعال الآتية:

- 1- السيطرة أو الاستيلاء على طائرة مدنية في حال خدمة بأي وسيلة كانت.
- 2- الاعتداء بالعنف على شخص موجود على متن طائرة مدنية في حالة طيران إذا كان من شأن هذا الاعتداء أن يعرض سلامتها الطائرة للخطر.
- 3- تدمير طائرة مدنية في الخدمة أو إلحاق الضرر بها تصيرها غير صالحة للطيران أو تعرض سلامتها للخطر أثناء الطيران.
- 4- وضع أو التسبب في وضع بأي وسيلة كانت أجهزة أو مواد من شأنها أن تدمر طائرة مدنية في الخدمة أو تلحق بها أضرار أو تصيرها غير صالحة للطيران أو تعرض سلامتها للخطر أثناء الطيران.
- 5- تدمير مرافق ملاحية جوية أو إلحاق أضرار بها أو تعطيل عملها بما من شأنه أن يعرض سلامة الطائرات إلى الخطر أثناء الطيران.
- 6- استعمال طائرة في الخدمة بغرض إحداث إصابة بدنية خطيرة أو إلحاق ضرر بالغ بالممتلكات أو البيئة.

وتطبق ذات العقوبة إذا كان محل الجريمة سفينة تجارية أو نفطية أو إحدى وسائل النقل البري العام أو الخاص بغرض تحقيق مطالب.

المادة (14)

يعاقب بالسجن المؤبد كل من تعمد ارتكاب أحد الأفعال التالية:

- 1- دخول مقر أحد البعثات الدبلوماسية أو القنصلية أو مقر أحد الهيئات أو المنظمات الدولية أو الإقليمية في ليبيا عنوةً أو بمقاومة السلطات المختصة فيها بهدف ارتكاب عمل إرهابي.
- 2- كل من سعى لدى دولة أجنبية أو لدى جمعية أو هيئة أو منظمة أو جماعة أو عصابة يكون مقرها خارج ليبيا أو لدى جمعية أو هيئة منظمة أو جماعة أو عصابة يكون مقرها خارج ليبيا أو لدى أحد من يعملون لمصلحة هذه الدولة أو أي من الجهات المذكورة وكذلك كل من تخابر مع تلك الدولة أو الجهة للقيام بعمل إرهابي في ليبيا أو خارجها أو ضد أي من مواطنيها أو مصالحها أو ممتلكاتها أو مقر ومكاتب بعثاتها الدبلوماسية أو القنصلية أو أي من الجهات التابعة لها في الخارج أو ضد أي من العاملين فيما تقدم أو ضد أي من المتمتعين بالحماية الدولية.
- 3- القيام بأي أعمال عدوانية تؤدي إلى الإضرار بالوحدة الوطنية.
- 4- تشكيل محاكم خارج نظام القضاء المعمول به في الدولة.
- 5- تعطيل العمل بأحكام الدستور أو القوانين و الاعتداء الحريات و الحقوق العامة التي يكفلها الدستور.
- 6- ابتزاز الدولة الليبية أو أي دولة أخرى انطلاقاً من الأراضي الليبية لتحقيق مطالب.
- 7- التجنيد خارج سلطة الدولة لتشكيل جماعات مسلحة غير الجيش و الشرطة.
- 8- فرض نمط من الحكم على جزء من الإقليم الليبي بالمخافة للنظام السياسي الشرعي للدولة.
- 9- السيطرة على الموارد الاقتصادية للدولة أو الأضرار بالبيئة أو الموارد الطبيعية أو بالاتصالات أو بالنظم المعلوماتية أو النظم المالية أو المصرفية أو الاقتصاد الوطني أو بمخزون الطاقة أو المخزون الأمني من السلع أو المواد الغذائية أو المياه أو بسلامتها أو بالخدمات الطبيعية في الكوارث والأزمات.
- 10- عرقلة سير العملية الانتخابية والاستفتاءات بقصد فرض أفكار أو آراء بالقوة.
- 11- كل ليبي تعاون بغير إذن كتابي من السلطة المختصة مع القوات المسلحة لدولة أجنبية أو أي جماعات مسلحة أو جمعية أو هيئة أو منظمة أياً كانت تسميتها يكون مقرها خارج ليبيا بهدف ارتكاب أعمال إرهابية حتى لو كانت أعمالها غير موجهة لليبية.

المادة (15)

يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد عن عشر سنوات كل من قام بالدعاية أو الترويج أو التضليل للقيام بالعمل الإرهابي سواء بالقول أو بالكتابة أو بأي وسيلة من وسائل البث أو النشر أو بواسطة الرسائل أو المواقع الإلكترونية التي يمكن للغير الاطلاع عليها وتشدد العقوبة لتكون السجن مدة لا تزيد عن خمسة عشر سنة إذا كان الترويج داخل دور العبادة أو بين القوات المسلحة أو الشرطة أو في الأماكن الخاصة بهذه القوات.

المادة (16)

يعاقب بالسجن المشدد كل من استخدم أو سهل استخدام مؤسسات الدولة أو المعدات المملوكة لها أو انتحل صفة الموظف العام أو ارتدى زياً رسمياً لأي من الجهات التابعة لها وذلك لاستعمالها في ارتكاب أي عمل إرهابي.

المادة (17)

يعاقب بالسجن المؤبد كل من ساهم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في صنع أو تدريب على صنع أو استعمال الأسلحة التقليدية أو غير التقليدية والأدوات والمعدات والوسائل السلوكية واللاسلكية والوسائل الإلكترونية كذلك أية مادة لها القدرة على إزهاق الأرواح أو إحداث إصابات بدنية خطيرة أو أضرار مادية جسمية بأي وسيلة بما في ذلك إطلاق أو نشر المنتجات الكيميائية السامة أو العوامل البيولوجية أو الإشعاعات والمواد المشعة وذلك لاستعمالها في ارتكاب أي عمل إرهابي مع علمه بذلك.

المادة (18)

يحكم وجوباً بتشديد العقوبة المستوجبة للجريمة الإرهابية أو دون أن يمنع ذلك من تطبيق ظروف التخفيف الخاصة بالأحداث إذا:

- 1- ارتكبت الجريمة ممن عهد إليهم القانون بمهمة معاينتها وزجر مرتكبيها فاعلين أصليين كانوا أو مساهمين.
- 2- ارتكبت ممن عهد إليهم بإدارة المنشآت والمؤسسات والمرافق والأماكن الحيوية بالدولة أو بحراستها أو من العاملين فيها فاعلين أصليين كانوا أو مساهمين.
- 3- ارتكبت باستخدام الأحداث.
- 4- ارتكبت ممن كان عائداً في الجرائم الإرهابية أو من أحد الدعاة الذين تتبعهم العامة.
- 5- ارتكبت في الحالات الطارئة والظروف الاستثنائية التي تمر بها الدولة.

المادة (19)

يعاقب بالحبس الذي لا تقل مدته عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن خمس سنين كل من قام بجمع معلومات دون مقتضي عن أحد القائمين على تنفيذ أو تطبيق أحكام هذا القانون يكون من شأنها أن تستخدم في تهديده أو الإعداد لإلحاق الأذى به أو بمصالحة أو التعدي عليه أو على ذويه أو على أحد أصوله أو فروعه بأي صورة من صور الإيذاء.

المادة (20)

يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين كل من علم بوجود جريمة من جرائم الإرهاب أو بالإعداد أو التحضير لها ولم يتم إبلاغ السلطات المختصة.

المادة (21)

يعفى من العقوبة في حالة تعدد الجناة في الجريمة الإرهابية كل من بادر بإبلاغ السلطات المختصة بإرشادات أو معلومات مكنت من تفادي تنفيذها ويجوز للمحكمة أن تقضي بهذا الإعفاء إذا حصل الإبلاغ بعد اكتشاف الجريمة ومكن السلطات من القبض على باقي الجناة أو تفادي أن تؤدي الجريمة المرتبكة إلى قتل نفس بشرية.

المادة (22)

يجوز للمحكمة أن تقضي في الحكم الصادر بالإدانة في جريمة من جرائم الإرهاب المنصوص عليها في هذا القانون بتدبير أو أكثر من التدابير الآتية:

- 1- إبعاد الأجنبي عن الأراضي الليبية ويمنع من دخول الأراضي الليبية مدة عشر سنوات إذا كانت الجريمة المدان فيها جنحة ومدى الحياة إذا كانت الجريمة المدان فيها جناية.
- 2- حظر الإقامة في مكان معين أو منطقة معينة.
- 3- حظر التردد على أماكن أو محال معينة.
- 4- الالتزام بالإقامة في مكان معين.
- 5- حظر العمل في أماكن معينة أو مجال أنشطة معينة.
- 6- حظر حيازة أو استخدام وسائل اتصال معينة.
- 7- الالتزام بالاشتراك في دورات إعادة التأهيل الخاصة بمكافحة الإرهاب.

الباب الثالث

المادة (23)

الأحكام الإجرائية

تباشر إجراءات جمع الاستدلالات والتحقيق في جرائم الإرهاب طبقاً للأحكام المقررة في قانون الإجراءات الجنائية وذلك فيما عدا ما هو منصوص عليه في المواد التالية.

المادة (24)

تنشأ نيابة خاصة لجرائم الإرهاب في النيابة العامة كنيابة تخصصية لهذا النوع من الجرائم ضمن النظام القضائي القائم بالدولة.

المادة (25)

تخصص دائرة أو أكثر من دوائر محاكم الجنايات للنظر في الجرائم الإرهابية داخل إطار النظام القضائي القائم بالدولة.

المادة (26)

لا تنقضي الدعوى الجنائية في جرائم الإرهاب ولا تسقط العقوبة المحكوم بها بمضي المدة.

الباب الرابع

التعاون القضائي

المادة (27)

يكون التعاون الدولي في مكافحة الإرهاب من تبادل المعلومات والمساعدات والإنابات القضائية واستلام وتسليم المجرمين ونقل المحكوم عليهم واسترداد الأموال وتنفيذ الأحكام وغير ذلك من صور التعاون الدولي وذلك كله طبقاً للاتفاقيات الثنائية والدولية التي تكون ليبييا طرفاً فيها.

المادة (28)

في تطبيق أحكام التعاون الدولي لا تعد جرائم الإرهاب المنصوص عليها في هذا القانون من الجرائم السياسية أو المالية أو الجرائم المتصلة بجريمة سياسية أو مالية.

المادة (29)

تستحدث لجنة وطنية لمكافحة الإرهاب تسمى " اللجنة الليبية لمكافحة الإرهاب " وتتكون من قاضي بدرجة مستشار بمحاكم الاستئناف " رئيس اللجنة " وممثل لرئاسة الحكومة " نائب " وخبراء من عدة وزارات " العدل - الداخلية - الدفاع - الخارجية - الشؤون الاجتماعية - المالية - المواصلات - الاتصالات - الصحة - خبير في علم المفاوضات - وزارة الأوقاف - جهاز المخابرات العامة " وتتولى هذه اللجنة القيام بعدة مهام :

- 1- إعداد دراسة وطنية تشخص ظاهرة الإرهاب وتمويله والظواهر المرتبطة به بهدف الوقوف على خصائصها وأسبابها وتقييم مخاطرها واقتراح سبل مكافحتها وتحديد الأولويات الوطنية في التصدي لهذه الظاهرة.
- 2- التنسيق مع كل الجهات لمساعدة ضحايا الإرهاب لضمان العلاج الجسدي والنفسي للضحايا الذين هم في حاجة إلى ذلك.
- 3- توفير الحماية اللازمة للشهود والمبلغين عن هذه الجرائم.
- 4- إعداد تقريراً سنوياً عن نشاطها يتضمن اقتراحاتها لتطوير الآليات الوطنية لمكافحة الإرهاب.
- 5- تنشيط التعاون مع نظيراتها بالدول الأجنبية في إطار الاتفاقيات الدولية الإقليمية والثنائية المصادقة عليها ويكون هذا التعاون مبنياً على مبدأ المعاملة بالمثل مع التزام نظيراتها بالدول الأجنبية بالتشريعات المنظمة لها وبالالتقيد بالسر المهني وعدم إحالة المعلومات لديها إلى طرف آخر واستغلالها لأغراض غير مكافحة الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون.
- 6- العمل على تنفيذ قرارات الهيئات الأممية المتخصصة ذات الصلة بمكافحة الإرهاب في إطار الوفاء بالتزامات ليبيا الدولية.
- 7- اقتراح التدابير اللازمة التي ينبغي اتخاذها بخصوص تنظيمات أو أشخاص لهم علاقة بالجرائم الإرهابية.
- 8- دعم المجهود الدولي الرامي إلى مكافحة الإرهاب والمساعدة على وضع البرامج والسياسات التي تهدف إلى منع الإرهاب واقتراح الآليات الكفيلة بتنفيذها.
- 9- تيسير الاتصال بين مختلف الوزارات المعنية بهذا المجال وتنسيق جهودها وتمثيلها عند الاقتضاء على الصعيدين الداخلي والخارجي والتعاون مع المنظمات غير الحكومية المعنية بمكافحة الإرهاب ومساعدتها على تنفيذ برامجها في هذا المجال.
- 10- نشر الوعي الاجتماعي بمخاطر الإرهاب عن طريق الحملات وإقامة المؤتمرات والندوات وتنظيم الدورات التدريبية في مجال مكافحة الإرهاب.
- 11- المساهمة في تنشيط البحوث والدراسات لتحديث التشريعات المنظمة للمجالات ذات العلاقة بالإرهاب بما يحقق تنفيذ برامج الدولة في التصدي لهذه الظاهرة.

المادة (30)

يعمل بأحكام هذا القانون من تاريخ صدوره ويلغي كل حكم يخالفه وينشر في الجريدة الرسمية.

مجلس النواب

صدر في مدينة طبرق

بتاريخ 1435/11/19هـ.

الموافق 2014/09/19م.

قانون رقم (59) لسنة 2012م بشأن نظام الإدارة المحلية

المجلس الوطني الانتقالي المؤقت،
بعد الاطلاع على الإعلان الدستوري المؤقت الصادر في 2011م/2012م، وتعديلاته.
وعلى النظام الأساسي للمجلس الوطني الانتقالي المؤقت.
وعلى اللائحة الداخلية لعمل المجلس الوطني الانتقالي المؤقت.
وبناء على ما عرضه معالي وزير الحكم المحلي.
وعلى ما أقره المجلس الوطني الانتقالي المؤقت في اجتماعه المنعقد يوم الثلاثاء الموافق
2012/06/12م.

أصدر القانون الآتي

المادة (1)

نطاق سريان القانون

تسري أحكام هذا القانون على كافة وحدات الإدارة المحلية في كافة أرجاء الدولة.

المادة (2)

تعريفات

في مقام تطبيق أحكام هذا القانون، يقصد بالتعبيرات والكلمات الآتية المعاني الواردة قرين كل منها، ما لم تدل القرينة على عكس ذلك:
الدولة: الدولة الليبية.

الوزير: وزير الحكم المحلي.

المجلس: مجلس المحافظة أو المجلس البلدي أو المحلي الأعلى للإدارة المحلية، أو المجلس الأعلى للتخطيط الإقليمي، بحسب الحال.

الوحدة: وحدة الإدارة المحلية مهما كانت تسميتها.

المحافظ: رئيس مجلس المحافظة المنتخب وفقاً لأحكام هذا القانون.

العميد: رئيس المجلس البلدي المنتخب وفقاً لأحكام هذا القانون.

الوكيل: وكيل ديوان المحافظة أو وكيل ديوان البلدية، وهو الشخص التنفيذي المشرف على تنفيذ كافة النشاطات في الوحدة.

القانون: قانون نظام الإدارة المحلية.

اللائحة التنفيذية : اللائحة التنفيذية لقانون نظام الإدارة المحلية.

التشريعات: القوانين، واللوائح، والقرارات، وأدلة الإجراءات المنظمة لوحدات الإدارة المحلية بحسب الأحوال.

المادة (3)

مكونات النظام

يتكون نظام الإدارة المحلية في ليبيا من المحافظات، والبلديات، والمحلات.

المادة (4)

إنشاء وحدات الإدارة المحلية

أ- تنشأ المحافظات ويحدد نطاقها الجغرافي، وتعين مقارها، ويتم تسميتها، ودمجها، وإلغاؤها بقانون.

ب- تنشأ البلديات وفروعها وتحدد نطاقها الجغرافي وتعين مقارها، وتسميتها، ودمجها، وإلغاؤها بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير.

ج- تنشأ المحلات وتحدد نطاقها وتسميتها، ودمجها، وإلغاؤها بقرار من الوزير بناء على عرض المحافظ.

د- يراعى في إنشاء الوحدات الإدارية الظروف الطبيعية والسكانية والاقتصادية والعمرانية والأمنية لكل وحدة محلية، كما يراعى تحقيق تكامل وحدات الخدمات والإنتاج.

المادة (5)

الشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة.

تتمتع المحافظات والبلديات بالشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة.

المادة (6)

الاختصاصات العامة لوحدات الإدارة المحلية

تمارس وحدات الإدارة المحلية، في حدود السياسة العامة، والخطط العامة للدولة إنشاء وإدارة جميع المرافق العامة الواقعة في دائرتها، والإشراف على موظفيها تحت التوجيه العام لوزارة الحكم المحلي.

كما تتولى هذه الوحدات، كلا في نطاق اختصاصها، جميع الاختصاصات التي تتولاها
الوزارات بمقتضى القوانين واللوائح المعمول بها، وذلك فيما عدا المرافق الوطنية أو ذات
الطبيعة الخاصة، التي يصدر بها قرار من مجلس الوزراء.
وتحدد اللائحة التنفيذية المرافق التي تتولى المحافظات إنشائها وإدارتها والمرافق التي
تتولى إنشائها وإدارتها وحدات الإدارة المحلية الأخرى، وتبين اللائحة التنفيذية ما تبشره
كل من المحافظات والبلديات وباقي الوحدات من الاختصاصات المنصوص عليها في هذه
المادة.

وتباشر المحافظات جميع الاختصاصات المتعلقة بالمرافق العامة التي لا تختص بها
الوحدات الأخرى في المحافظة.

المادة (7)

مجالس المحافظات والبلديات

يكون لكل محافظة وبلدية مجلس يشكل وفقا للأحكام المبينة في هذا القانون ويحمل اسم
منطقتها ويكون مقره عاصمتها.

المادة (8)

عضوية المجالس

يشترط في من يتم اختياره لعضوية المجلس ما يلي:

- 1- أن يكون كامل مواطنا ليبيا متعتها بكامل حقوقه المدنية ما لم يكن الحرمان بسبب
قضية سياسية ضد النظام البائد.
- 2- أن يكون كامل الأهلية وألا يقل عمره عن خمس وعشرين سنة ميلادية.
- 3- ألا يجمع بين عضوية المجلس وأي عمل أو منصب رسمي آخر.
- 4- أن يقدم قبل مباشرة عضويته بالمجلس إقرارا بما في ذمته المالية وذمة زوجته وأولاده،
يتضمن بيانا وافيا بممتلكاتها الثابتة والمنقولة.
- 5- ألا يكون قد فصل من الدولة بقرار تاديبى نهائي، ما لم يكن الفصل بسبب قضية
سياسية ضد نظام الطغيان المباد.
- 6- ألا يكون محمود السيرة حسن السمعة مؤمنا بمبادئ وأهداف ثورة 17 فبراير.
- 7- ألا يكون قد سبق الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلفة بالشرف أو بالأخلاق ما لم يرد
إليه اعتباره.

8- ألا يكون ممن أنتسب في السابق لتشكيلات الحرس الثوري أو اللجان الثورية أو جهاز الأمن الداخلي أو جهاز الأمن الخارجي أو قام بتعذيب أو قتل أو إيذاء المعارضين لنظام حكم الطغيان المباد، أو شغل إحدى الوظائف القيادية العليا في ذلك النظام ما لم يكن قد قام بالاشتراك في ثورة 17 فبراير أو التحق بصفوفها بعد قيامها.

9- ألا تكون قد حصل على أية أموال مملوكة للدولة بالأسباب غير المشروعة أو تحصل على أموال من أي شخص بواسطة الرشوة أو بمناسبة مزاولته لمهامه الوظيفية التي كانت قد أوكلت إليه ضمن مؤسسات نظام الطغيان المباد.

المادة (9)

مدة عضوية المجالس المحلية

مدة مجالس المحافظات والبلديات أربع سنوات ما لم تحل قبل ذلك، ويعمل الأعضاء على سبيل التفرغ.

المادة (10)

اليمين القانونية

يقسم المحافظون، وعمداء البلديات، وأعضاء مجالس المحافظات، وأعضاء المجالس البلدية ومختارو المحلات علنا في قاعة جلسات المجلس اليمين القانونية بالصيغة التالية: (أقسم بالله العظيم أن أؤدي مهام عملي بكل أمانة وإخلاص وأن أحترم القانون واللوائح الداخلية للمجلس وأن أراعي مصالح الشعب الليبي رعاية كاملة وأحافظ على استقلال ليبيا وأمنها وحدة أراضيها) وذلك بحضور الوزير أو من يكلفه، ويقعون على وثيقة القسم التي تحفظ في ملفات المجلس، وذلك قبل مباشرة عملهم.

المادة (11)

مكونات مجالس المحافظات

يشكل مجلس المحافظة على النحو التالي:

أ. عدد من الأعضاء عن البلديات الواقعة في نطاق المحافظات يجري انتخابهم بالاقتراع السري العام المباشر، على أن يكون من بينهم عضو على الأقل عن النساء وعضو من ذوي الاحتياجات الخاصة من الثوار.

ب. المحافظ وتكون له رئاسة المجلس، ويتم انتخابه بالاقتراع السري من قبل أعضاء المجلس.

ت. تبين اللائحة التنفيذية معيار انتخاب أعضاء مجلس المحافظة نسبة إلى عدد السكان، كما تبين الشروط الإضافية الواجب توفرها فيهم، والمعاملة المالية والوظيفية لهم، وكذلك آلية وإجراءات انتخابهم.

المادة (12)

اختصاصات مجالس المحافظات

يتولى مجلس المحافظة، في حدود السياسة العامة للدولة، الإشراف والتوجيه، والرقابة والمتابعة، على الشؤون الإدارية والمالية على مستوى المحافظة، والإشراف العام على أعمال البلديات، ومختلف المرافق والأعمال التي تدخل في اختصاص المحافظة وفقا للقانون.

كما يتولى الإشراف على تنفيذ الخطط بالتنمية المحلية ومتابعتها وذلك على النحو المبين بالقانون واللائحة التنفيذية.

ويباشر المجلس في إطار القانون، والخطة العامة، والميزانية المعتمدة، على الأخص ما يأتي:

- أ- انتخاب رئيس للمجلس، واستجوابه، وطلب عزله.
- ب- انتخاب رؤساء لجان المجلس، واستجوابهم، وسحب الثقة منهم.
- ج- المصادقة على ميزانية المحافظة بعد اعتماد مجلس الوزراء لمخصصات وزارة الحكم المحلي.
- د- إصدار التوصيات في شأن المقترحات والخطط المتعلقة بصيانة النظام والأمن المحلي.
- هـ- اقتراح إنشاء مناطق حرة وشركات استثمار مشتركة مع رأس مال عربي أو أجنبي.
- و- القيام بمشروعات مشتركة مع المحافظات الأخرى أو مع الوحدات المحلية أو الأشخاص الاعتبارية الأخرى بالمحافظة، وذلك بعد موافقة جهات التخطيط المختصة وبمراعاة أحكام القانون النافذة بالخصوص.
- ز- الاختصاصات المتعلقة بمشروعات المجالس البلدية داخل نطاق المحافظة والتي لا تتمكن تلك المجالس من القيام بها.
- ح- دراسة وإعداد الخطط والبرامج الخاصة بمحو الأمية وتنظيم الأسرة في نطاق المحافظة وتوفير الاحتياجات اللازمة لذلك ومتابعة تنفيذها.

- ط- الإشراف على النشاط الثقافي الأهلي والاحتفالات والمهرجانات.
- ي- الاختصاصات الأخرى التي تسدها القوانين أو اللوائح النافذة، أو التفويضات أو التعليمات الصادرة عن مجلس الوزراء أو الوزير.

المادة (13)

تسهيلات التعاون في مجالات التنمية البشرية والدفاع

- يعمل مجلس المحافظة على تقديم كل ما يمكن للمحافظة تقديمه من تسهيلات لإنشاء أو تسير المرافق الآتية :
- أ- مرافق الصحة العامة.
- ب- إنشاء الجامعات والكليات والمعاهد داخل المحافظة بالاتفاق بين مجلس المحافظة ومجلس الجامعة المختص والوزير المختص، على أن يكون المحافظ ورئيس الجامعة مسئولين عن الأمن بالجامعات وذلك على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية.
- ت- الأراضي التي تطلبها وزارة الدفاع ووزارة المواصلات.
- ث- المرافق المركزية التي تقع بدائرة المحافظة لخدمة البيئة والنهوض بالمجتمع المحلي.
- ج- التسهيلات القانونية والإدارية لمشروعات القطاع الخاص والاستثمار التي تؤدي إلى خلق فرص عمل بالمحافظة.
- ح- التسهيلات الأخرى التي تبينها اللائحة التنفيذية.

المادة (14)

اختصاصات المحافظ

- أ- يعتبر المحافظ ممثلاً للسلطة التنفيذية بالمحافظة ويشرف على تنفيذ السياسة العامة للدولة وعلى مرافق الخدمات والإنتاج في نطاق المحافظة.
- ب- رئاسة مجلس المحافظة والإشراف على أعماله وإصدار القرارات التنفيذية باسمه.
- ج- تمثيل المحافظة أمام القضاء والغير.
- د- إقرار القواعد العامة لنظام تعامل أجهزة المحافظة مع المواطنين في كافة المجالات وتنفيذ أدلة إجراءات المحافظة.
- هـ- إحالة التقارير والميزانيات، والحسابات الختامية للمحافظة، ومكوناتها.
- و- تمثيل المجلس في المؤتمرات الداخلية والاشترك في الندوات والمناقشات والدراسات التي تجريها الحكومة.

- ز- تنظيم الشؤون الوظيفية والإدارية على مستوى المحافظة والإشراف عليها.
- ح- تمثيل المحافظة في اجتماعات المجلس الأعلى للإدارة المحلية واجتماعات مجالس الأقاليم الاقتصادية.
- ط- المسؤولية العامة عن كفالة الأمن الاجتماعي والغذائي لمواطني المحافظة ورفع كفاءة الإنتاج الزراعي والصناعي والنهوض به وله أن يتخذ عن طريق أجهزة المحافظة، كافة الإجراءات الكفيلة بتحقيق ذلك في حدود القوانين واللوائح.
- ي- المحافظة على الأمن والأخلاق والقيم العامة بالمحافظة في إطار السياسة التي يضعها وزير الداخلية، واعتماد الخطط الخاصة بالحفاظ على أمن المحافظة.
- ك- الإشراف العام على المرافق الوطنية بدائرة المحافظة وكذلك جميع أعمال الوزارات التي لم تنقل اختصاصاتها الي الوحدات المحلية فيما عد الهيئات القضائية والجهات المعاونة لها وذلك بإيذاء الملاحظات واقتراح الحلول الأزمة في شأن الإنتاج وحسن الأداء.
- ل- الاختصاصات الأخرى التي تسنها القوانين أو اللوائح ، أو التفويضات أو التعليمات الصادرة عن مجلس الوزراء أو الوزير .
- م- يبلغ المحافظ قرارات المجلس وتوصياته واقتراحاته الي المجلس الأعلى للإدارة المحلية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدوها .

المادة (15)

الصلاحيات الخاصة للمحافظ

- للمحافظ أن ينفذ بالطريق الإداري التدابير اللازمة لمعالجة المواقف الخطيرة والمفاجئة التي يطلع عليها رسميا أو شخصيا ، وعلى الأخص :
- أ- الإجراءات الكفيلة بحماية أملاك الدولة العامة ، والأملاك الخاصة ، وإزالة ما يقع عليها من تعديات بالطريق الإداري .
- ب- المباشرة بفرض الحجر الصحي وتنفيذه ، والبدء بمكافحة الأوبئة والجائحات الي حين تولي الجهات المختصة الأخرى لمسئوليتها .
- ج- إدارة الأزمات والكوارث الطبيعية الي حين تولي الجهات المختصة الأخرى لمسئوليتها
- د- صرف المساعدة العاجلة والايواء الفوري من صندوق الخدمات الاجتماعية الي حين تولي الجهات المختصة الأخرى لمسئوليتها

هـ- إيقاف الاعتداءات وإلغاء إجراءاتها ، ورد المظالم التي يطلع عليها مباشرة أو تقع أمامه، وذلك قبل إبلاغ الجهات المختصة عنها .

ويبلغ المحافظ الوزير فوراً بالمواقف الخطيرة والإجراءات المتخذة بشأنها لاعتمادها.

المادة (16)

المسؤولية الإدارية للمحافظ

يكون المحافظ مسئولاً أمام عن مباشرته لاختصاصاته المنصوص عليها في هذا القانون، ويلتزم بتقديم تقارير دورية إليه عن نتائج الأعمال في مختلف الأنشطة التي تزاولها المحافظة، وأية موضوعات تحتاج الي تنسيق مع المحافظات الأخرى أو الوزارات المعنية، على أن يعرض الوزير على رئيس مجلس الوزراء ، تقريراً دورياً عن نتائج الأعمال في المحافظات.

المادة (17)

تفويض الاختصاصات

أ- يجوز لكل وزير ممن لم تنتقل اختصاصات وزاراتهم الى الوحدات المحلية أن يفوض المحافظ في بعض اختصاصاته.

ب- يجوز للمحافظ أن يفوض بعض اختصاصاته إلي أي من أعضاء مجلس المحافظة، أو رؤساء الهيئات أو المصالح العامة في نطاق المحافظة حسب الاختصاصات

المادة (18)

إجراءات مجالس المحافظات

أ- يتعهد مجلس المحافظة بمقر المحافظة دورياً كل شهر بناء على دعوة المحافظ وفي حالة عدم دعوة المجلس للانعقاد، ينعقد المجلس وجوباً بعد اسبوع واحد من التاريخ المحدد للاجتماع الدوري.

ب- يجوز انعقاد مجلس المحافظة في جلسة غير عادية بدعوى من الوزير، أو من المحافظ أو من ثلثي أعضائه.

ج- في حالة تعذر اجتماع المجلس لظروف قاهرة يجوز أن يأخذ المجلس قرارات تمبريرية بموافقة جميع الأعضاء.

د- يجوز ان يدعم المجلس إلى بعض جلساته خبراء أو مستشارين، أو ممثلين عن منشآت المجتمع المدني، عندما يقتضي الأمر ذلك، وأن يشركهم في المداولات دون أن يكون لهم حق التصويت.

هـ- يبلغ المحافظات قرارات المجلس إلى الوزير خلال خمسة عشر يوماً من إصدارها، فإذا لم يعترض عليها خلال شهر اعتبرت نافذة .

المادة (19)

النصاب والتصويت

أ- لا يصح انعقاد مجلس المحافظة إلا بحضور الأغلبية البسيطة لأعضائه، والمكونة من نصف الأعضاء وعضو.

ب- تتخذ قرارا المجلس بالتصويت المباشر وذلك بأغلبية ثلثي الأعضاء الحاضرين، وعضو.

المادة (20)

مطالب المظاهرات والاعتصامات

ينظر المجلس، وجوباً، في مطالب المظاهرات، والاعتصامات، وعرائض منظمات المجتمع المدني التي تحيلها البلديات، مع توصيات مجالسها البلدية بشأنها ويتخذ التوصيات اللازمة بالخصوص.

المادة (21)

اللجان المتخصصة ومجلس شورى المحافظة

أ- يختار المجلس من بين أعضائه بطريق الاقتراع المباشر رؤساء وأعضاء اللجنة المتخصصة بالمجلس .

ب- يختار مجلس المحافظة مجلساً للشورى يضم عدداً يساوي نصف عدد أعضاء مجلس المحافظة من الخبراء والمستشارين المشهود لهم بالكفاءة والاهتمام بالشؤون المحلية للمشاركة في الاجتماعات التي يراها المجلس دون أن يكون لهم حق التصويت.

ت- تبين اللائحة التنفيذية الشروط الواجب توافرها في أعضاء مجلس شورى المحافظة، والمعاملة المالية والوظيفية لأعضائه .

المادة (22)

تنظيم المحافظة

يتكون الجهاز الإداري لمحافظ من المحافظ والمكاتب واللجان والأجهزة التابعة له، وديوان المحافظة ويصدر الوزير قراراً بالتقسيمات التنظيمية والاختصاصات النمطية لوحدات نظام الإدارة المحلية.

المادة (23)

العلاقة بين المحافظة والبلديات

في نطاق المحافظة تكون العلاقة بين المحافظ والبلديات طبقاً للقواعد المقررة في هذا القانون ولائحته التنفيذية وعلى الأخص ما يأتي :

أ- حق إصدار القرارات والتعليمات والمنشورات واجهة التنفيذ .

ب- الإشراف العام على العمل والرقابة على المشروعات .

ج- التصديق أو الاعتراض على القرارات التي تصدر من المجالس البلدية في الحدود التي تقررها اللائحة التنفيذية .

د- الموافقة على اقتراحات المجالس البلدية بإنشاء أو إلغاء أو دمج المحلات في نطاق المحافظة أو تغيير أسمائها، وتبليغها إلى الوزير، لاعتمادها أو ورفضها.

المادة (24)

أ- البلدية هي وحدة نظام الإدارة المحلية التنفيذي والتي تهدف إلى تقديم الخدمات مباشرة للمواطنين.

ب- تضم كل محافظة بلدية أو أكثر.

ت- تضم البلدية في نطاقها عددا من المحلات، ويجوز أن تضم عددا من الفروع البلدية.

ث- يعاد النظر في الحدود الإدارية للبلديات، كما دعت الحاجة، بنفس أداة الإنشاء .

المادة (25)

اختصاصات البلدية

تختص البلدية بوجه عام بتنفيذ اللوائح البلدية، وإنشاء وإدارة المرافق العامة المتعلقة بشؤون التخطيط العمراني والتنظيم والمباني والشؤون الصحية، والاجتماعية، ومرافق المياه، والإنارة، والصرف الصحي والطرق والميادين والجسور والوسائل المحلية للنقل العام والنظافة العامة والحدائق وأماكن الترفيه العام والملاجئ والعقار والمساحات والأسواق العامة والموافقة على الترخيص بإنشاء المشروعات السياحية والاستثمارية داخل حدودها، وللبلدية أن تتشئ وتدير في دائرة اختصاصاتها بالذات أو بالواسطة المؤسسات التي تراها كفيلة بتنفيذ اختصاصاتها وذلك على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

كما تتولى البلدية على الأخص المهام الآتية :

- أ- شؤون السجل المدني.
- ب- تنظيم الحرس البلدي والأسواق المحلية والسلخانات.
- ج- إنشاء وإدارة الطرق والجسور المحلية.
- د- إصدار الرخص المحلية.
- هـ- مراقبة البيئة والصحة العامة.
- و- إنشاء وإدارة حضانات المشاريع الصغرى بالتعاون مع الجهات المختصة.

المادة (26)

المجلس البلدي

يشكل المجلس البلدي على النحو التالي :

- أ- عدد من الأعضاء يجري انتخابهم بالاقتراع السري العام المباشر في النطاق الإداري للبلدية، على أن يكون من بينهم عضو على الأقل عن النساء وعضو من ذوي الاحتياجات الخاصة من الثوار.

ب- العميد وتكون له رئاسة المجلس، ويتم انتخابه بالاقتراع السري من قبل أعضاء المجلس.

ج- تبين اللائحة التنفيذية معيار انتخاب أعضاء مجالس البلدية نسبة إلى عدد السكان، كما تبين الشروط الإضافية الواجب توافرها فيهم، والمعاملة المالية والوظيفية لهم، وكذا آلية وإجراءات انتخابهم.

المادة (27)

اختصاصات ومهام مجالس البلدية

يخص المجلس البلدي بتنظيم وتطوير خدمات البلدية، وعلي الأخص ما يلي :

- 1- الإشراف على تنفيذ التشريعات والتعليمات المتعلقة بشئون البلدية، ومتابعة سير العمل بها وفقا للتشريعات النافذة.
- 2- الإشراف على إدارة البلدية وأعمال ديوانها ومتابعة تنفيذ قراراتها والإشراف على سير العمل بفرع البلدية والمحلات الواقعة في نطاقها.
- 3- اقتراح اللوائح البلدية
- 4- اقتراح وتنفيذ الميزانية وتحديد أولويات الصرف داخل البلدية ومتابعة تنفيذ وتطابق الصرف مع التشريعات النافذة وإقرار الحساب الختامي للبلدية .
- 5- استثمار الموارد الذاتية للبلدية وتنميتها وتطوير بما يكفل تحسين مستوى الخدمات المحلية والموافقة المبدئية على منح الرخص الاستثمارية والخيرية.
- 6- اقتراح توزيع الاعتمادات المخصصة للاستثمارات بعد اعتمادها.
- 7- اقتراح فرض الرسوم ذات الطابع البلدي وتعديلها والإعفاء منها والغاؤها وتحديد طرق تحصيلها والعمل على جبايتها.
- 8- متابعة مشروعات التنمية في نطاق البلدية وتقديم التقارير عنها إلى مجلس المحافظة، والاهتمام بالمشروعات الصغرى والمتوسطة في نطاق البلدية ودراسة جدواها الاقتصادية.

- 9- متابعة الأعمال التي تتولاها الأجهزة التنفيذية وتقييم مستوى أدائها وحسن إنجاز الاعمال على مستوى البلدية.
- 10- تزويد المحلات بما يلزمها من أجهزة إدارية وفنية لمباشرة اختصاصها، وتقديم العون والدعم المالي للمحلات التي لا تفي مواردها عن سداد احتياجاتها وفي حدود ما يقرره المجلس.
- 11- اقتراح الاشتراك مع بلديات أخرى في نطاق المحافظة في إنشاء أو إدارة أعمال أو أية مرافق أخرى.
- 12- الاختصاصات الأخرى التي تسندها اليها القوانين واللائحة التنفيذية لهذا القانون.

المادة (28)

مجلس شورى البلدية

يختار مجلس البلدية مجلسا للشورى يضم عددا يساوي نصف عدد أعضاء المجلس البلدي من الخبراء والمستشارين المشهود لهم بالكفاءة وسن لهم الدراية والخبرة بالشؤون المحلية، يتم اختيارهم من قبل المجلس للمشاركة في الاجتماعات التي يراها المجلس دون أن يكون لهم حق التصويت.

وتبين اللائحة التنفيذية الشروط الواجب توفرها في أعضاء مجلس شورى البلدية، والمعاملة المالية والوظيفية لأعضائه.

المادة (29)

انعقاد المجلس البلدي

يكون انعقاد المجلس البلدي صحيحا بحضور الأغلبية البسيطة لأعضائه وتتخذ قرارات المجلس بالتصويت السري المباشر وذلك بأغلبية الحاضرين المطلقة، ويجوز اتخاذ القرارات بالتوافق ما لم يعترض أي عضو على ذلك.

المادة (30)

محاضر الاجتماعات

بعد أمين سر الاجتماع محضر الاجتماع من واقع المداولات، متضمنا بيانات الاجتماع وتشمل رقم الاجتماع، وتاريخه، وزمان ومكان انعقاده.

تدرج في المحضر وقائع الاجتماع وفق الترتيب الآتي:-

أ- إقرار جداول الأعمال.

ب- التصديق على محضر الاجتماع السابق، والتحفظات عليه.

ت- المداولات والقرارات والتوصيات التي تخص الموضوعات المؤجلة من الاجتماع السابق.

ث- المداولات والقرارات والتوصيات التي تخص البنود الدائمة.

ج- المداولات والقرارات والتوصيات التي تخص الموضوعات الجديدة.

ح- المداولات والقرارات الأخرى.

ويجوز إضافة أي بند لجداول أعمال المجلس في الحالات الآتية.

إذا تقدمت مجموعة من منظمات المدني بعريضة تحوي مطالب محلية.

إذا تقدم ما لا يقل عن 2% أو (500) مواطن من السكان الليبيين

بعريضة موقعة يطالبون فيها بأمر معين ذا طابع محلي.

وإذا تظاهر ما لا يقل عن 1% أو (200) مواطن مطالبين بأمر معين

ذا طابع محلي.

ويتولى المقرر تجهيز المحضر للتوقيع في الاجتماع التالي ويوقع

المحضر من قبل العميد والمقرر.

المادة (31)

شفافية القرارات

تنشر قرارات المجالس البلدية خلال شهر واحد من تاريخ إصدارها في

كافة وسائل الإعلام داخل نطاق اختصاص المجلس.

المادة (32)

لجان المجلس البلدي

يختار المجلس البلدي من بين أعضائه رؤساء وأعضاء اللجان المتخصصة في أول اجتماع يعقده المجلس.

المادة (33)

العميد

العميد هو المسؤول التنفيذي الأول بالبلدية ويشرف مباشرة على تنفيذ خطة العمل المعتمدة وفقا للميزانية المخصصة لها حسب التشريعات النافذة، وله اختصاصات الوزير المالية والإدارية في التشريعات النافذة بالنسبة لأجهزة البلدية وميزانيتها والمرافق لها.

أ- ينتخب المجلس البلدي العميد من بين أعضائه، في أول اجتماع انعقاده العادي.

ب- يحل محل العميد في رئاسة المجلس عند غيابه المؤقت أكبر الأعضاء سنا.

ت- إذا خلا مكان العميد انتخاب المجلس من يحل محله إلى نهاية مدة المجلس.

المادة (34)

مهام عميد البلدية

يتولى العميد تنفيذ الاختصاصات الواردة في هذا القانون، ولوائح البلدية، تحت الإشراف المباشر للمجلس والتوجيه العام للمحافظ وفقا لأحكام اللائحة التنفيذية.

المادة (35)

مهام ديوان البلدية

يتولى ديوان البلدية تنفيذية قرارات وتعليمات المجلس البلدي والعميد ويخضع لرئاسة الوكيل، ويتولى الاختصاصات التنفيذية بالبلدية عن طريق تقسيماته التنظيمية، وذلك على النحو تبينه اللائحة التنفيذية.

المادة (36)

تبعية الفروع البلدية

يتبع الفرع البلدي ديوان البلدية ويخضع الفرع البلدي لسلطته في التوجيه والإشراف المباشر، ويقدم خدماته إلى المحلات الواقعة في نطاقه الإداري.

المادة (37)

اختصاصات ومهام الفرع البلدي

يمارس الفرع البلدي الاختصاصات المتعلقة بالخدمات البلدية والمراقبة التي تسند لها إليه البلدية، وتنشأ على مستوى الفرع البلدي مكاتب خدمات لتقديم الخدمات في نطاق الفرع البلدي، وعلى الأخص ما يلي:-
تنفيذ السياسة المحلية وفق القرارات والتعليمات داخل الفرع البلدي.
تنظيم الأنشطة الاقتصادية والإنتاجية والخدمية.
القيام بما يكلف به من مهام.

المادة (38)

إدارة الفرع البلدي

يدار الفرع البلدي برئاسة رئيس فرع بلدي، يقدر بتكليفه قرار من المجلس البلدي.

المادة (39)

المحلة

المحلة هي أحد مكونات نظام الإدارة المحلية، ويكون لكل محلة مختار، ويصدر بتعيينه قرار من المحافظ بناء على عرض من عميد البلدية، ويتم مراعاة الكفاءة ونظام الجدارة في اختياره، على أن يكون مواطناً ليبيا مقيماً داخل نطاق المحلة أتم الأربعين سنة شمسية من عمره.

المادة (40)

اختصاصات مختار المحلة

يتولى مختار المحلة منح العلم والخبر، وفض المنازعات المحلية والقيام بأعمال الصلح في المنازعات المدنية والأحوال الشخصية وفقا للتشريعات النافذة، والمشاركة في أعمال الدفاع المدني.

المادة (41)

تفرغ مختاري المحلات ورؤساء الفروع البلدية

يباشر رؤساء الفروع البلدية ومختارو المحلات أعمالهم على سبيل التفرغ، وتحدد معاملتهم المالية والوظيفية وفقا للقانون.

المادة (42)

المجلس الأعلى للإدارة المحلية

يشكل مجلس أعلى للإدارة المحلية برئاسة الوزير أو من بنّيه وعضوية المحافظين وعمداء البلديات يختص المجلس بالنظر في كل ما يتعلق بشؤون مكونات نظام الإدارة المحلية من حيث دعمها وتطويرها.

المادة (43)

أمانة المجلس الاعلى للإدارة المحلية.

يكون المجلس الاعلى للإدارة المحلية أمانة عامة، تتولى الشؤون المشتركة للوحدات المحلية وكذلك دراسة وبحث الموضوعات الواردة من تلك الوحدات، كما تتولى تنظيم الاشتراك في المؤتمرات الدولية والمحلية المتعلقة بالإدارة المحلية وشؤون التدريب للعاملين بالأجهزة المحلية وتقديم المشورة لوحدات الإدارة المحلية والعمل على توحيد الرأي القانوني الصادر في المسائل المتعلقة بشؤون الإدارة المحلية وتصميم التجارب الرائدة في بعض المحافظات.

المادة (44)

الأقاليم الاقتصادية

يتكون الإقليم الاقتصادي من محافظة أو أكثر ويكون لكل إقليم مجلس خاص للتخطيط الإقليمي وذلك على النحو الذي يصدر به قرار من مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير، ووزير التخطيط.

يكون مجموع مجالس الأقاليم الاقتصادية المجلس الأعلى للتخطيط الإقليمي، الذي يختص بتنسيق خطتها طبقاً للتعليمات، والطرق، والمواعيد، الصادرة عن وزارة التخطيط ووزارة الحكم المحلي، وإحالتها إلى المجلس الأعلى للإدارة المحلية.

المادة (45)

المجلس الأعلى للتخطيط الإقليمي

يشكل المجلس الأعلى للتخطيط الإقليمي على النحو التالي :

- رئيس المجلس الأعلى للتخطيط الإقليمي، وتكون الرئاسة بالتناوب سنوياً بين محافظي المحافظات المكونة للأقاليم.
- محافظ المحافظات المكونة للأقاليم .
- الخبراء الذين ترى الوزارات التابعين لها ضمهم إلى المجلس ووافق عليهم الوزير .

المادة (46)

اختصاصات المجلس الأعلى للتخطيط الإقليمي .

يختص المجلس الأعلى للتخطيط الإقليمي بالآتي:-

- 1- التنسيق بين خطط المحافظات وإقرار الأولويات التي يقترحها مجلس التخطيط الإقليمي والتي تتخذ أساساً في وضع بدائل لخطة الإقليم وذلك على ضوء الموارد المتاحة محلياً ومركزياً.
- 2- النظر في التقارير الدورية لمتابعة تنفيذ الخطة ودراسة التعديلات التي يقترحها مجلس التخطيط الإقليمي ، ووفقاً للظروف التي تواجه تنفيذها .

3- عرض ما يصدره المجلس من توصيات على المجلس الأعلى للإدارة المحلية لاتخاذ اللازم بشأنها.

المادة (47)

مجلس التخطيط الإقليمي

تشكل مجالس التخطيط الإقليمي بقرار من الوزير بعد التشاور مع وزير التخطيط ويصدر بتنظيمها وتحديد العلاقة بينها وبين إدارات التخطيط بالمحافظات قرار من الوزير بالاتفاق مع وزير التخطيط.

المادة (48)

اختصاصات مجالس التخطيط الإقليمي

تختص مجالس التخطيط الإقليمي بالآتي:

- 1- القيام بالبحوث والدراسات اللازمة لتحديد إمكانيات وموارد الإقليم الطبيعية والبشرية ووسائل تطويرها واستخدماتها المثلى، واقتراح المشروعات اللازمة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للإقليم.
- 2- إعداد وإحالة مشروعات الخطط والبرامج التنفيذية.
- 3- القيام بإعداد تصوير بالملاكات الفنية اللازمة للقيام بالدراسات والبحوث وأعمال التخطيط على مستوى الإقليم.

المادة (49)

الموارد المالية للمحافظات

تتكون الموارد المالية للمحافظة مما يأتي:

- أ- نسبة مئوية تبلغ (10%) من حصيلة إجمالي الضرائب المركزية، المحصلة في دائرة المحافظة.
- ب- نسبة مئوية تبلغ (10%) من كافة الرسوم الجمركية ورسوم خدمات العبور (الترانزيت) ورسوم الموانئ والمطارات المحصلة في دائرة المحافظة.
- ج- (50%) من ثمن بيع المباني والأراضي المعدة للبناء والأراضي الفضاء المملوكة للدولة، الواقعة في دائرة المحافظة.
- د- إيرادات أموال المحافظة ومرافقها.

هـ - دعم الحكومة المركزية وفقا للمادة (85).

و - الرسوم والأداءات ذات الطابع المحلي.

ز - التبرعات والهبات والوصايا التي يقبلها المجلس على أن يكون قبول التبرعات والهبات والوصايا من الجهات الأجنبية وهنا بموافقة مجلس الوزراء.

ويتولى مجلس المحافظة توزيع جزء من موارده المشار إليها في الفقرتين (أ) و(ب) من هذه المادة على المجالس البلدية الداخلة في دائرة اختصاصه بالنسبة التي يقررها، مع مراعاة ظروف كل بلدية واحتياجاتها.

المادة (50)

صندوق الخدمات الخيرية

يجوز لمجلس المحافظة أن ينشئ صندوقا للخدمات الخيرية تتكون موارده من الآتي:-

أ. الرسوم التي يفرضها مجلس المحافظة لصالح الصندوق في الحدود التي يصدر بها قرار من الوزير.

ب. نسبة من أرباح المشروعات التي تمولها المحافظة ويخصص ربعها للصندوق.

ت. التبرعات والهبات والوصايا المقدمة للصندوق التي يوافق عليها مجلس المحافظة.

ث. فائض الموارد المحلية السنوي.

ج. الموارد الأخرى التي تخصص للصندوق بقرار من مجلس المحافظة.

ح. ويصدر بتنظيم الصندوق والغائه وتصفية أمواله قرار من الوزير بناء على عرض

المجلس ويجوز للجنة التصفية أن تخصص بعض أموال الصندوق للجمعيات الخيرية المحلية.

المادة (51)

الموارد المالية للبلدية

تشمل المالية للبلدية الآتي :

أ - حصيلة الرسوم المحصلة لقاء الخدمات البلدية.

ب - عوائد المتاحف والمعارض والحدائق والملاهي وما إليها.

ج - ريع العقارات التي تؤجرها البلدية.

- د- دخل المعارض المكتبات والملاعب التي تملكها البلدية.
- هـ- حصة البلدية من حصيلة الضرائب المركزية المخصصة للمحافظة.
- و- حصة البلدية من حصيلة الجمارك ورسوم العبور والمطارات والموانئ الموجودة داخل نطاق المحافظة.
- ز- حصيلة الاستثمارات البلدية.
- ح- (50%) من أثمان المباني والعقارات التي تبيعها البلدية.
- ط- الغرامات والتسويات التي يتم تحصيلها لقاء الصلح.
- ي- القروض والهبات والوصايا التي يجيزها مجلس المحافظة.
- ك- حصيلة بيع المنتجات السياحية والإعلانية والمطبوعات التي تصدرها البلدية.
- ل- ريع الأسواق العامة المفتوحة والسلاخانات والحمامات ووسائل المواصلات العامة التي تسيرها البلدية.
- م- نسبة 10% من قيمة الركاك الذي يعثر عليه داخل البلدية وفي أراضي غير مملوكة للدولة وكذلك في الشواطئ داخل نطاق البلدية، بما يتوافق مع التشريعات النافذة.
- ن- قيمة مبيعات للبضائع المصادرة من قبل الحرس البلدي.
- س- الدعم و الإعلانات التي تمنحها الحكومة.
- ع- الموارد الأخرى التي يصدر بها قرار من المجلس.

المادة (52)

أنواع الرسوم والعوائد والإتاوات

تبين اللائحة التنفيذية لمبدأ القانون الخاصة بأنواع الرسوم والعوائد والإتاوات ذات الطابع البلدي والأحوال التي تفرض فيها وأسس فرضها وقواعد النظام منها وأحوال تخفيضها.

المادة (53)

التحصيل

يتبع في تحصيل الرسوم والعوائد والإتاوات والإيجارات التي تعود لبلديات وفي حفظها وصرفها والإعفاء منها القواعد المقررة في شأن أموال الدولة.

المادة (54)

السنة المالية

تبدأ السنة المالية لمجالس المحافظات والمجالس البلدية مع بداية المالية للدولة وتنتهي بنهايتها.

المادة (55)

الميزانية التسييرية

أ- يكون لكل مجلس ميزانية تسييرية، يضع المجلس مشروعها شاملة لإيراداته ومصروفاته وفقا للقواعد المعمول بها في الدولة
ب- يضع مجلس المحافظة ميزانيته التقديرية من واقع مشروعات الميزانيات التقديرية للمجالس البلدية، ويعينها الي المجلس الأعلى للإدارة المحلية لدراستها وتضمينها في ميزانية وزارة الحكم المحل في المواعيد المقررة وبالطرق المحدد لذلك.

المادة (56)

الميزانية التنموية

يضع مجلس المحافظة مشروع ميزانيته التنموية من واقع مشروعات المحافظة ويحليها إلى مجلس التخطيط الإقليمي، لدراستها وتضمينها في الميزانية التنموية لوزارة الحكم المحلي في المواعيد المقررة وبالطرق المحددة لذلك.

المادة (57)

توزيع الدعم

يتولى المجلس الأعلى للإدارة المحلية توزيع دعم الاتفاق العام على مجالس المحافظات و المجالس البلدية ويصدر بذلك قرار من الوزير.

المادة (58)

العمل بميزانية السنة المالية السابقة

عند تأخر اعتماد الميزانية، يعمل بميزانية السنة المنقضية للمجالس المحلية، وذلك بأن تفتح، تلقائياً اعتمادات مالية شهرية مؤقتة على أساس جزء من أثني عشر جزء من تلك الميزانية، وذلك بقرار من مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير .

المادة (59)

حساب الاحتياطي العام

يقوم كل مجلس بفتح حساب للاحتياطي العام وفقاً لإحكام اللائحة التنفيذية.

المادة (60)

الحسابات الختامية

على كل مجلس أن يضع حسابه الختامي عن العام المنقضي خلال على الأكثر من انتهاء السنة المالية.

المادة (61)

الارتباط بالالتزامات مستقبلية

لا يجوز للمجلس الارتباط بمشروع بترتب عليه اتفاق مبلغ في سنة أو سنوات قادمة إلا في حدود الشروط والأوضاع الواردة في قانون النظام المالي ولوائحه.

المادة (62)

القروض

يجوز للمحافظة، وللبلدية، عقد قروض محلية بما لا يجاوز ربع (25%) من داخلها المتوقع خلال السنة المالية، على أن يتم تسديدها قبل نهاية السنة المالية.

المادة (63)

التصرف بالمجان

لا يجوز لمجلس المحافظة أو المجلس البلدي دون موافقة مجلس الوزراء التصرف بالمجان في مال من أموالها الثابتة أو المنقولة أو تأجير بإيجاز اسمي أو بأقل من أجر المثل بقصد تحقيق غرض ذي نفع عام إلا إذا كان التصرف أو التأجير لإحدى الوزارات أو المصالح الحكومية أو الهيئات العامة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو شركات القطاع العام أو الجمعيات والمؤسسات الخاصة ذات النفع العام.

المادة (64)

الرقابة المالية

أ- يكون لكل محافظة أو بلدية مراقب مالي يشرف على حساباته وعلى عمليات الدفع والقبض الخاصة به وإعداد حساباته الختامية.
ب- تخضع الإجراءات المالية للمحافظة والبلدية لرقابة ديوان المحاسبة وأجهزة الشفافية وفقاً للقانون المالي للدولة.

المادة (65)

الإعفاء من الضرائب والرسوم

تعفى المحافظات والبلديات من الضرائب والرسوم.

المادة (66)

الإفصاح

تنشر ميزانيات المحافظات وحساباتها الختامية، بعد اعتمادها، في الجريدة الرسمية ضمن الميزانية العامة للدولة وفقاً للتشريعات النافذة.

المادة (67)

سريان أحكام التشريعات الوظيفية والضمنية

تسري على العاملين بالمحافظات، ومكوناتها أحكام التشريعات الوظيفية والضمنية النافذة.

المادة (68)

نقل الموظفين الذين يقدمون خدمات محلية إلى ملاك المحافظة

أ- ينقل إلى ملاك وظائف المحافظة كافة الموظفين المدنيين، القائمين بخدمات محلية كما ينقل إليه كافة شاغلي الوظائف المساندة بعقود بنفس أوضاعهم الوظيفية، وذلك بعد أخذ رأي الوزارات المعنية والجهة المختصة بشؤون الخدمة المدنية، بمخصصاتهم المالية.

ب- لا يسري هذا الحكم على موظفي الهيئات المدنية النظامية ولا على موظفي الشركات أو الهيئات أو المصالح أو المؤسسات أو المشروعات العامة أو الهيئات القضائية والجهات المعاونة لها القائمة في دائرة اختصاص المحافظة.

المادة (69)

الوظائف المحجوزة

تحجز نسبة لا تقل عن (5%) من وظائف ملاكات المحافظات والبلديات لذوي الاحتياجات الخاصة من الثوار.

المادة (70)

اختصاصات المحافظ بالنسبة للعاملين المدنيين بالمحافظة

يكون المحافظ رئيساً لجميع العاملين المدنيين في نطاق المحافظة في الجهات التي نقلت اختصاصاتها إلى الوحدات المحلية ويمارس بالنسبة لهم جميع اختصاصات الوزير المالية والإدارية.

المادة (71)

اختصاصات المحافظ بالنسبة للعاملين بفروع الوزارات التي لم تنقل

اختصاصاتها

يختص المحافظ بالنسبة للعاملين المدنيين بفروع الوزارات والجهات التي لن تنقل اختصاصاتها إلى الوحدات المحلية فيما عدا الهيئات القضائية والجهات المعاونة لها بما يأتي:

أ- اقتراح نقل إي موظف من المحافظة إذا تبين أن وجوده فيها لا يتلاءم مع المصلحة العامة.

ب- إبداء الرأي في ترقية ونقل العاملين بالمحافظة قبل صدور القرار من السلطة المختصة.

ج- طلب التحقيق مع العاملين التابعين للهيئات العامة التي تمارس نشاطها في نطاق المحافظة واقتراح توقيع الجزاءات التأديبية عليهم من السلطة المختصة ويخطر المحافظ السلطة المختصة بما اتخذته من إجراء أو صدر من قرارات في الأحوال السابقة خلال سبعة أيام من تاريخ إصداره لها.

المادة (72)

اختصاصات العميد والوكيل بالنسبة للعاملين المدنيين بالبلدية

يكون العميد رئيساً أعلى لجميع العاملين المدنيين في نطاق البلدية ويمارس بالنسبة لهم اختصاصات الوزير المالية والإدارية، ويكون للوكيل بالنسبة لهم سلطات وكيل الوزارة، وفقاً للتشريعات النافذة.

المادة (73)

اللائحة التنفيذية

يصدر مجلس الوزراء بناء على عرض من وزير الحكم المحلي اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

المادة (74)

مشمات اللائحة التنفيذية

بالإضافة إلى الأحكام التفصيلية التي أحالتها عليها هذا القانون، تشمل اللائحة التنفيذية ما يلي:

- أ- تحديد المحلات، والفروع البلدية.
- ب- إجراءات اجتماعات المجالس.
- ج- نظام سير العمل بدواوين المحافظات والبلديات.
- د- نظام السلامة العامة بالمحافظة.
- هـ- نظام الجودة الشاملة بالمحافظة.
- و- واجبات ومسؤوليات أعضاء المجالس.
- ز- حل المجالس، وانتهاء العضوية بها.

المادة (75)

التنظيم الإداري الموحد لوحدات الإدارة المحلية

يصدر الوزير قراراً بالتنظيم الموحد للمحافظات والبلديات ومكوناتهما كما يصدر دليل الإجراءات، وأوصاف الوظائف بهما.

المادة (76)

الرقابة على الأعمال الإدارية.

تخضع الأعمال الإدارية للمحافظات والبلديات لرقابة ديوان المحاسبة وكافة أجهزة الشفافية.

المادة (77)

التصديق على قرارات مجالس المحافظات والمجالس البلدية

يكون التصديق على قرارات مجالس المحافظات أو المجالس البلدية أو رفضها جملة واحدة.

المادة (78)

النظر في الطعون الانتخابية

تعتبر الطعون المتعلقة بانتخابات مجالس المحافظات البلدية طعوناً انتخابية، وفقاً للتشريعات النافذة.

المادة (79)

سريان اللوائح البلدية

يستمر العمل باللوائح البلدية بما لا يتعارض وأحكام هذا القانون والإعلان الدستوري، إلى أن تعدل أو تستبدل أو تلغى وفقاً لأحكام هذا القانون.

المادة (80)

استمرارية المجالس المحلية

إلى أن يتم اعتماد وإصدار هذا القانون وتكوين مجالس المحافظات ومجالس البلديات تستمر المجالس المحلية المعتمدة بموجب قرار المجلس الوطني الانتقالي رقم (176) لسنة 2011م في العمل .

المادة (81)

تاريخ نفاذ القانون

يعمل بهذا القانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، وعلى كافة الجهات المعنية تنفيذه ويلغى كل حكم يخالفه.

المجلس الوطني الانتقالي المؤقت - ليبيا

صدر في طرابلس

بتاريخ 2012/07/18

الأحكام القضائية

طعن جنائي 1314 / 54 ق

بالجلسة المنعقدة علنا صباح يوم الاربعاء الموافق
26.11.1376م، بمقر المحكمة العليا بمدينة
طرابلس.

برئاسة المستشار الأستاذ :- د. صالح مصطفى البرغثي. " رئيس
الدائرة

وعضوية المستشارين الأساتذة:- حسن محمد أميدة.

عبد القادر جمعة راضوان.

حسين عمر الشيتوي.

د. سعد سالم العسبلي.

وبحضور المحامي العام

بنيابة النقض الأستاذ:- محمد مسعود الجديدى.

ومسجل الدائرة الأخ:- عبد الرحيم الدوكالي.

غرامة - عقوبة المنصوص عليها بمادة 35 من القانون رقم 7 لسنة
1990م، بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية

أن مقتضى احكام المادة 17 من قانون العقوبات أن عقوبة الغرامة
المنصوص عليها في المادة 29 من قانون العقوبات هي عقوبة أصلية
يسري عليها ما يسري على سائر العقوبات الاصلية الاخرى من حيث
التخفيف وغيره.

عقوبة أصلية تسري عليها أحكام ظروف التخفيف المنصوص عليها في
المادة 29 عقوبات - أساس ذلك وأثره.

وإذ كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد استعمل في حق المطعون
ضده ظروف التخفيف باستبدال عقوبة الحبس بعقوبة السجن، ونزل
بعقوبة الغرامة من خمسة آلاف دينار إلى ألف دينار ذهاباً منه بأن
عقوبة الغرامة يلحقها التخفيف باعتبارها عقوبة أصلية فإنه لا يكون قد
خالف القانون.

الوقائع

اتهمت النيابة العامة المطعون ضده لأنه بتاريخ 18.8.2005 بدائرة مكافحة المخدرات بنغازي:-

حاز مواد مخدرة بقصد الاتجار وعلى النحو الثابت بالأوراق.

وقدمته إلى غرفة الاتهام طالبة إحالته إلى دائرة الجنايات لمعاقبته بمقتضى المواد 1،2،7،35 من قانون مكافحة المخدرات رقم 7 لسنة 1990م وتعديلاته والغرفة قررت ذلك ودائرة الجنايات أصدرت حكمها غيابيا بمعاقبة المطعون ضده بالسجن ثلاث سنوات وتغريمه بخمسة آلاف دينار، وعند القبض على المتهم أعيدت محاكمته فأصدرت دائرة الجنايات حكمها بمعاقبته بالحبس مع الشغل لمدة سنة واحدة وتغريمه ألف دينار مع نشر الحكم ومصادرة المخدر المضبوط.

وهذا هو الحكم المطعون فيه بالإجراءات

صدر الحكم بتاريخ 26.2.2007 وبتاريخ 18.4.2007 قرر أحد أعضاء النيابة العامة بمكتب المحامي العام بنغازي بمحكمة الطعن على الحكم وذلك على الطريق النقض لدى قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم كما أودع بذات التاريخ ولدى نفس القلم مذكرة بأسباب الطعن موقعة منه من المودع لديه.

وحيث قدمت نيابة النقض مذكرة برأيها القانوني انتهت فيها إلى قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه مع الإعادة.

وحيث حدد لظر الطعن جلسة 8.10.2008 وتلا المستشار المقرر تقريره ثم حجز الطعن للحكم بجلسة اليوم.

الأسباب

تنعى النيابة العامة على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون من وجهين:-

الوجه الأول:- فيما يختص بعقوبة الحبس التي أنزلتها المحكمة بدلاً من عقوبة السجن المؤبد أو السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات طبقاً لنص المادة 1/35 من القانون رقم 7 لسنة 1990م ذلك أن مقتضى

نص المادة 29 التي اهتمت بها المحكمة المطعون في قضائها في الجرائم المعاقب عليها بعقوبة السجن فأما ان يحكم القاضي بعقوبة الحبس الذي لا تقل مدته عن ستة أشهر بدلاً من السجن وإما أن يبقي على عقوبة السجن بشرط إلا ينزل بها عن نصف الحد الأدنى وفي واقعة الحال فإن المشرع قد وضع الحد الأدنى للسجن وهو عشر سنوات فكان لزاماً على المحكمة ألا تنزل بأقل من نصف الحد الأدنى الذي وضعه المشرع.

الوجه الثاني:- فيما يخص عقوبة الغرامة وهي عقوبة تكميلية فإن الحد الأدنى المقرر في نص المادة 1/35م من القانون رقم 7 لسنة 1990م هو خمسة آلاف دينار ومن ثم فإن ظروف التخفيف المنصوص عليها في المادة 29 عقوبات لا تسري عليها ولما كانت المحكمة المطعون في حكمها قد نزلت بعقوبة الغرامة عن الحد الأدنى فإن حكمها يكون معيباً متعين النقض.

وخلصت النيابة إلى قبول طعنها شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه مع الإعادة.
والمحكمة

بعد تلاوة تقرير التلخيص وسماع رأي نيابة النقض والاطلاع على الأوراق والمداولة.

وحيث أن طعن النيابة العامة قد حاز أو ضاعه الشكلية فهو مقبول شكلاً.

وحيث أنه يبين من مطالعة أوراق الدعوى أن الحكم المطعون فيه بعد أن لخص وقائع الدعوى على نحو لا يخرج عما سبق طرحه في ديباجة هذا الحكم فقد تعرض لمدى ثبوت الاتهام قبل المطعون ضده ومعاقبته بقوله ((والمحكمة استناداً إلى الدليل المستمد من معلومات التي أدلى بها المصدر أن المتهم يتاجر بالمخدرات وإلى إقرار المتهم استدلالاً بأنه يتاجر بالمخدرات إلى عرضه إلى المصدر بيع المخدرات له وما أسفر عنه الكمين الذي أعد للمتهم ونتج عنه بيعه المخدر للمصدر حيث بعد إتمام البيع ضبط المصدر والمتهم وضبط المخدر مع المصدر والمباغ

المالي المرقم بالمحضر بجيب المتهم وإلى إثبات الخبرة القضائية للمادة المضبوطة أنها من المواد المخدرة " ثم يضيف الحكم عند تقديره للعقوبة وهي الحبس سنة مع شغل وغرامة ألف دينار :- ((لذلك قضت (رأي المحكمة) بالعقوبة المقدرة على النحو الوارد بالمنطوق وقدرت له العقوبة اهتداءً بالمادة 29 عقوبات وابدلت السجن بالحبس اعتقاداً من المحكمة بعدم عودة المتهم لارتكاب مثل هذا الجرم مستقبلاً)).

وحيث أنه عما تتعاه النيابة العامة على الحكم من الخطأ في تطبيق القانون في الوجه الأول من مناعيها فإن هذا النعى غير سديد ذلك أن المحكمة المطعون في حكمها قد استعتمت في حق المتهم نص المادة 1/29 عقوبات ونزلت بعقوبة السجن إلى الحبس الذي لا تقل مدته عن ستة أشهر طالما أن العقوبة التي وضعها المشرع للجريمة هي السجن في حدها الأدنى وليس كما تقول النيابة العامة في نعيها وقد بررت المحكمة المطعون في حكمها ذلك قولها: ((اعتقاداً من المحكمة عدم عودة المتهم لارتكاب مثل هذا العمل المجرم مستقبلاً)).

وهو تبرير كاف لإعمال نص المادة 29 يخرج الحكم عن النعى بالخطأ في تطبيق القانون.

وحيث أنه عما تتعاه النيابة العامة في الوجه الثاني من نعيها وهو أن الغرامة الواردة في مادة التجريم هي عقوبة تكميلية لا تسرى عليها ظروف التخفيف المنصوص عليها في المادة 29 عقوبات فإن هذا النعى غير سديد ذلك أن الغرامة الواردة في هذه المادة (مادة التجريم) هي عقوبة أصلية حسب نص المادة 17 عقوبات ومن ثم يسرى عليها ما يسرى على كافة العقوبات الأصلية الأخرى ومن ثم فإن هذا النعى غير سديد ويتعين الالتفات عنه ومن ثم يكون نعى النيابة برمته حرياً بالرفض.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول طعن النيابة العامة شكلاً وفي الموضوع برفضه.

أحكام المحكمة العليا بدوائرها مجتمعة في الطعن المدني رقم 53/811 ق

بالجلسة المنعقدة علناً صباح يوم الاثنين 20 صفر 1434 هـ الموافق
23.12.2013 ميلادية، بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس.
برئاسة المستشار الأستاذ :- يوسف مولود الحنيش.
وعضوية المستشارين الأساتذة:-

محمد إبراهيم الورفلي. عزام علي الديب.

صالح عبد القادر الصغير. فوزي خليفة العايد.

عبد السلام أحمد بحيح. المبروك عبد الله الفاخري.

د. سعد سالم العسبلي. د. حميد محمد القماطي.

فرج أحمد معروف. علي عمران التواتي.

د. نور الدين علي العكرمي. بشير سعد الزياتي.

وبحضور المحامي العام بنيابة النقض الأستاذ :- أحمد الطاهر
النعاس.

وأمين سر الجلسة السيد / أسامة علي المدهوني،

مسؤولية طبية - قيامها أو نفيها - عرضها على المجلس الطبي
والالتزام بما يرد في تقريره غير لازم - أساس ذلك - أثره.

أن مقتضى أحكام المادة السابعة والعشرين من القانون رقم 17 لسنة
1996م، بشأن المسؤولية الطبية أن الأحكام المتعلقة بالخبراء
المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون
الإجراءات الجنائية تسرى على المجلس الم1كور بما لا يتعارض مع
أحكام القانون رقم 17 لسنة 1986م، المذكور ، وإذ كان ذلك وكان
القانون المذكور وأن كان قد بين كيفية الاستعانة بالمجلس الطبي، إلا
أنه لم ينص على أن هذا المجلس يختص دون غيره بتحديد قيام
المسؤولية الطبية ولم يرتب أي جزاء على اعتماد المحكمة في أثبات
هذه المسؤولية أو نفيها على دليل آخر يخالف ما ينتهي إليه المجلس

الطبي مما يتعين معه العدول عن المبادئ التي تقضي بالزام المحكمة بعرض دعاوى المسؤولية الطبية على المجلس الطبي والالتزام بما يرد في تقريره وإرساء مبدأ مفاده أحقية المحكمة في اختيار طريق الإثبات الذي تراه.

بعد الاطلاع على الأوراق وتلاوة تقرير التلخيص وسماع المرافعة الشفهية، ورأي نيابة النقض، وبعد المداولة.

الوقائع

أقام المطعون ضده الأول عن نفسه وبصفته ولياً على أبنه القاصر الدعوى رقم 6 لسنة 2004م، أمام محكمة باب بن غشير الجزئية على الطاعن والمطعون ضده الثاني بصفتيهما، وقال بياناً لها إنه بتاريخ 16/10/1994م، رزق بطفل، وأثناء عملية الوضع، وبفعل الطبيب المشرف على المولود بقوة المشرف على الولادة والطاقم التابع له تم جذب المولود بقوة من يده اليسرى ناحية الكتف، فحصل له شلل على النحو الوارد في تقرير الطبيب، وبالتالي توافرت المسؤولية التقصيرية في حق المدعي عليهما، وخلص إلى طلب إحالة المدعي على الطبيب الشرعي لتقدير نسبة العجز أو عدمه وإلزام المدعي عليهما متضامنين بأن يدفع له مائة ألف دينار تعويضاً عن الضررين المادي والأدبي، وقضت المحكمة برفض الدعوى فأستأنف المطعون ضده الأول هذا الحكم أمام محكمة جنوب طرابلس الابتدائية التي قضت بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف وإلزام المستأنف ضدهما بأن يدفعاً للمستأنف عن نفسه وبصفته ثلاثين ألف دينار جبراً للأضرار التي لحقت به. " وهذا هو الحكم المطعون في".

الإجراءات

صدر الحكم المطعون فيه بتاريخ 10/6/2006م، وتم إعلانه بتاريخ 19/7/2006م، وقرر محامي الطاعن بصفته الطعن عليه بطريق النض لدى قلم كتاب المحكمة العليا بتاريخ 7/8/2006م، مسدداً الرسم ومودعاً الكفالة ومذكرة بأسباب الطعن وسند وكالته وصورة رسمية من

الحكم المطعون فيه، ثم أودع بتاريخ 2006/8/14م، أصل ورقة إعلان الطعن معاندة للمطعون ضدهما بصفتيهما بتاريخ 2006/8/9م، وأودعت نيابة النقض مذكرة أبدت فيها رأيها بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه، وبالجلسة المحددة لنظر الطعن تمسكت برأيها.

وبالنظر إلى من بين مناعى الطاعن بصفته على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون لعدم اعتماده على تقرير المجلس الطبي واستناده إلى تقرير الطبيب الشرعي بالمخالفة لأحكام المادة 27 من القانون رقم 17 لسنة 1986م، بشأن المسؤولية الطبية، فقد قررت الدائرة إحالة القضية إلى دوائر المحكمة مجتمعة للعدول عن أي من المبدئين الواردين في الطعن الجنائي رقم 364 لسنة 36 ق وما صدر بعده من مبادئ مماثلة من أن اختصاص المجلس الطبي في تقرير قيام المسؤولية الطبية وفقاً للقانون رقم 17 لسنة 1986 قاصر على الدعوى التأديبية، وما ورد بالطعن المدني رقم 191 لسنة 41 ق وما صدر موافقاً له من مبادئ من أن المجلس الطبي يختص بتقرير مدى قيام المسؤولية المدنية من عدمه وإقرار ما تراه في ذلك.

وأودعت نيابة النقض مذكرة أبدت فيها رأيها بالعدول عن المبادئ التي قررت اعتبار المجلس الطبي هو المختص بتحديد المسؤولية عن الأخطاء الطبية دون غيره وعلى إطلاقها، وكذلك المبادئ التي تقرر بأن اختصاص المجلس الطبي قاصر على تحديد المسؤولية الطبية وإرساء مبدأ مفاده أن المجلس الطبي يعد خبيراً متخصصاً لتحديد الخطأ الطبي، وأن على المحكمة الموضوع الإحالة إليه لتحديد تقدير مدى وجود الخطأ الطبي، ولا ينبغي طرح تقريره والركون إلى وسائل إثبات أخرى إلا في حالات محددة، وخلال الجلسة تمسكت النيابة برأيها.

الأسباب

وحيث إن الأصل العام في التقاضي حرية القاضي في استخلاص الدليل من المصدر الذي يراه، وحرية في الأخذ بالدليل أو طرحه وفقاً

لما يقتنع به، ولا يحوز الخروج عن هذا الأصل العام إلا بنص صريح في القانون يحدد طريقاً معيناً للإثبات، وينص على أن القاضي ملزم بالاستناد إليه دون غيرها.

وحيث إن المادة السابعة والعشرين من القانون رقم 17 لسنة 1986م، بشأن المسؤولية الطبية تنص على:-

" يختص بتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية لمجلس طبي يتبع أمانة الصحة، ويتكون من عدد من ذوي التخصصات العالية في المنصوص عليها في قانون المرافعات والإجراءات الجنائية، وذلك بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون".

وكما هو واضح من هذا النص، فإنه وإن كان قد بين طريقاً لتقدير مدى قيام المسؤولية الطبية يتمثل في الاستعانة بالمجلس الطبي، إلا أنه لم ينص على أن الاختصاص بذلك ينعقد حصرياً للمجلس الطبي دون غيره، كما لم يرتب النص المذكور أي جزاء على اعتماد المحكمة في إثبات المسؤولية الطبية أو نفيها على دليل آخر يخالف ما ينتهي إليه تقرير المجلس الطبي. ثم جاءت الإحالة في عجز المادة إلى الأحكام المتعلقة بالخبراء المنصوص عليها في قانوني المرافعات والإجراءات الجنائية، وهذه الأحكام حاسمة في عدم النص على إلزام القاضي بأن يستعين بخبير معين أو أن يؤسس قضاءه على ما ينتهي إليه تقرير ذلك الخبير.

ومما يدعم هذا الرأي أنه كثيراً ما ترد في الواقع العملي حالات يتعذر فيها الاستناد في تقرير مدى قيام المسؤولية الطبية إلى تقرير المجلس الطبي، كما لو فشل المجلس في إحالة تقريره إلى المحكمة في الموعد المحدد وفقاً للمادة 4 من قرار إنشائه رقم 182 لسنة 1989م، أو لم يتمكن من الحصول على المعلومات المطلوبة أو من الاطلاع وفحص الوثائق والمستندات ذات العلاقة بالقضية، أو إذا كان هناك حكم جنائي يثبت أو ينفي نسبة الخطأ إلى الطبيب، فضلاً عن أن قانون المسؤولية الطبية ينص على عدد من الأخطاء الطبية التي لا يحتاج إثباتها أو نفيها إلى أي تقرير فني من أية جهة كامتناع الطبيب عن علاج

المريض أو الانتطاع عن علاجه، أو إجراء عملية جراحية دون أن تكون هناك موافقة كتابية من المريض، أو وصف العلاج قبل إجراء الكشف على المريض وتشخيص مرضه، أو تحرير تقرير طبي مخالف للحقيقة، أو إدلاء الطبيب بمعلومات أو شهادة كاذبة مع علمه بذلك. وترتيباً على ما تقدم، فإنه بقدر ما للمحكمة من حق في إحالة الحالة المعروضة عليها إلى المجلس الطبي والأخذ بتقريره في تحديد مدى قيام المسؤولية الطبية، فإنه لا إلزام عليها بالإحالة إلى المجلس ولا بالأخذ بتقريره، ولها أن تستند في تحديد مدى قيام المسؤولية الطبية إلى أي دليل يؤدي إلى ذلك.

فلهذه الأسباب

قررت المحكمة - بدوائرها مجتمعة - العدول عن المبادئ التي تقضي بإلزام المحكمة بعرض قضايا المسؤولية الطبية على المجلس الطبي والالتزام بما يرد في تقريره بشأن مدى قيام المسؤولية الطبية، وإرساء مبدأ مفاده حق المحكمة في اختيار طريق الإثبات الذي تراه مؤدياً إلى ذلك.

خامساً: المرفقات

(الراحلون)

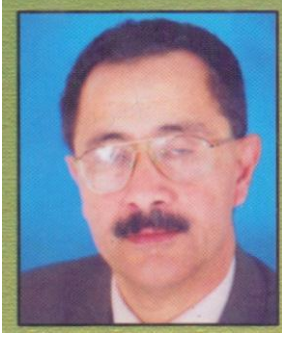
لا غرو في أن ثمة شخصيات وأن غابت عنا، ستبقى مآثرها باقية بيننا، سيما أولئك الذين أعطوا فأجزلوا العطاء، بصدق وسخاء وحصافة وانتماء، فكان لهم علينا وعلى الوطن حق الوفاء، وذكر ما كان لهم من مناقب وإثراء، ستبقى نبراساً للعمل والاقتداء ونحن إذ ننعي هذه التلة من زملاء، نحسبهم جميعاً من الشهداء، ولنا والوطن فيما تركوا من معارف وطلبة نجباء، أنبل مواساة، وأفضل عزاء، قال تعالى: (وقال الذين أوتوا

العلم والإيمان لقد لبثتم في كتاب الله إلى يوم البعث).

وبقلوب بالإيمان عامرة، وبقضاء الله وقدره مؤمنة، لا نملك سوى أن نتذكر ونذكر بقوله تعالى: (لقد جعل الله لكل شيء قدراً)، وقوله تعالى: (فإذا جاء أجلهم لا يستأخرون ساعة ولا يستقدمون)، وقوله تعالى: (وما كان لنفس أن تموت إلا بإذن الله كتاباً مؤجلاً) صدق الله العظيم.

- فكل شيء بقضاء وقدر.....والمنايا عبر أي عبر.
- فحكم المنية في البرية جاري..... ما هذه الدنيا بدار قرار بينما نرى الإنسان فيها مخيراً..... أفيته خيراً من الأخبار طُبعت على كدرٍ وانت تريدها..... صفواً من الأقدار والأكدار.

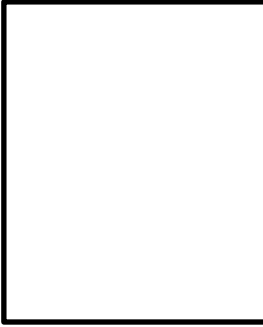
• نبكي على الدنيا وما من معشر..... جمعهم الدنيا فلم يتفرقوا. فأجزل الله لهم جميعاً الثواب والمغفرة، وجعلهم من النفوس الراضية المطمئنة وأنعم عليهم بالنعيم والجنة. مصداقاً لقوله تعالى: (يا أيها النفس المطمئنة. إرجعي إلى ربك راضية مرضية فادخلي في عبادي وادخلي جنتي) " صدق الله العظيم".



- الدكتور / فرج صالح المريش .
عضو هيئة التدريس بقسم القانون الجنائي.



- الأستاذ الدكتور / عبد السلام الشريف العالم.
عضو هيئة التدريس بقسم الشريعة الإسلامية.



- الأستاذ الدكتور / سالم ارجيعة الزوي.
عضو هيئة التدريس بقسم القانون الخاص.



- الأستاذ الدكتور / أحمد عمر بوزقية
عضو هيئة التدريس بقسم القانون الخاص.



- الأستاذ الدكتور / سليمان محمد الجروشي.
عضو هيئة التدريس بقسم الشريعة الإسلامية.



- الأستاذ الدكتور / عبد الله زايد الكاديكي.
عضو هيئة التدريس بقسم القانون العام.



- الأستاذ الدكتور / عبد القادر محمد شهاب.
عضو هيئة التدريس بقسم القانون الخاص.

(" إنا لله وإنا إليه راجعون ")

نموذج خاص بتقديم المقترحات والملاحظات

ترحب إدارة تحرير مجلة دراسات قانونية بأية ملاحظات أو مقترحات يقدمها الأساتذة والكتاب والقراء، من شأنها تدارك ما قد يعثر إصدارات المجلة من عيوب، أو يشوبها من مثالب، سواء أكانت نتيجة قصور أما تقصير عن إدارة المجلة، أم تتعلق بما يكتنف الأعمال المنشورة فيها من أخطاء، وكل ما من شأنه النهوض بموضوعات هذه المجلة، وإصدارها في أبهى حُلة ، ونأمل أن تقدم الملاحظات والمقترحات على النحو الآتي :

- ملاحظات شكلية، تتعلق بإخراج المجلة وطباعتها ؛

- ملاحظات موضوعية، تتعلق بالمادة العلمية المنشورة بالمجلة ؛

- ملاحظات بشأن تبويب المجلة وكيفية تصنيف موضوعاتها .

اقتراحات أخرى : -----

نموذج مشاركة بالمجلة

- الاسم الثلاثي : -----
- جهة العمل : -----
- التخصص: -----
- مجالات الكتابة والاهتمام المعرفي: -----
- الوظيفة : ----- الدرجة العلمية : -----
- عنوان المراسلة : المدينة : ----- الشارع: -----
- الهاتف : ----- البريد الالكتروني : -----
- نوع المشاركة

دراسة علمية بحث تعليق مقالة عرض كتاب

- موضوع الدراسة محل المشاركة :

إقرار :

أقر بموجب هذا الطلب، بأن ما يتضمنه العمل المقدم للمشاركة ، إنما يعبر عن رأيي الخاصة، ولا صلة له البتة بتوجهات المجلة، ولا يعبر عن وجهة نظر إدارة تحريرها أو الجهة التابعة لها. وبأن العمل المقدم لم يسبق نشره أو تقديمه للنشر لأية جهة أخرى، ولن أعيد نشره بدون إذن كتابي من إدارة هذه المجلة، وأنه غير مستل أو متضمن في أية دراسة أو بحوث سابقة، وأتحمّل المسؤولية كاملة جراء أي مخالفة للقواعد المنظمة لحقوق المؤلف والملكية الفكرية .

1. اسم / مقدم نموذج المشاركة : -----
2. التوقيع / -----
3. التاريخ: / /

Consultative body:

- Prof. Muftah EL Mehdawi.
- Prof. Abdallah Zaid EL kadiki.
- Prof. Mussa Massoud Irhouma.
- Prof. Ahmed S. EL Gehani.
- Prof. Omar Mohammed EL siwi.
- Dr. Saad Kh. AL Abbar.
- Dr. Suliman Mohammed Ibrahim.

Journal of Legal Studies

Published by the Faculty of Law
Benghazi University

- **General supervisor / Dr. Ashour Soliman
Shuwail - Dean of the Faculty of Law.**
- **Editor / Prof. Suliman Saleh ELghwil -
Head of the Department of Public Law.**
- **Managing Editor / Dr. jazia Gebril Shateer
- Vice-Dean of the Faculty of Law.**