

مجلة البحوث القانونية

مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون - جامعة مصراتة



تقرأ في هذا العدد

المسؤولية الجنائية والعقاب عن جريمة غسيل الأموال في القانون الليبي

الأفعال الإجرامية المخلة بإقامة العدالة أمام القضاء الدولي الجنائي الدائم

دور الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي

التكييف القانوني للعقود النفطية في القانون الليبي

إثبات النسب أول ضمان لحقوق الطفل

منهجية إعداد الاستشارة القانونية بين النظرية والتطبيق

حقوق ملاك الطوابق والشقق في التشريع الليبي

السنة الرابعة

العدد الأول

أكتوبر 2016 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وقل اعملوا فسيرى الله عملكم واملكم والمؤمنون﴾

من الآية 105 من سورة التوبة

مجلة البحوث القانونية

مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن كلية القانون / جامعة مصراته

جميع الحقوق محفوظة للمجلة

المراسلات: باسم رئيس التحرير - كلية القانون - جامعة مصراته - ليبيا

الإيداع

كلية القانون مطرارة

رقم الإيداع المحلي 2013/134م

دار الكتب الوطنية بنغازي – ليبيا

هاتف:

9097074 – 9096379 – 9090509

بريد مطور:

9097073

البريد الإلكتروني:

Nat-Liba@hotmail.com

مجلة البحوث القانونية

رئيس التحرير

د. علي أحمد علي اشكورنو

مدير التحرير:

أ. عبدالمنعم محمد الفرجاني

هيئة التحرير

أ. محمد عبدالله عبدالعالي

أ. عبدالحكيم احمد اروحية

أ. مصعب إبراهيم مخلوف

اللجنة الاستشارية للمجلة

أ. د. محمد محمد مصطفى سليمان

د. عمر إبراهيم صافار

د. محمد نجيب الكبيسي

قواعد النشر في المجلة

- تعنى المجلة بنشر البحوث والدراسات القانونية والشرعية والمقارنة ، شريطة ألا تكون منشورة في السابق.
- تقبل المجلة البحوث في مجال تخصصها باللغة العربية والأجنبية.
- تخضع البحوث المقدمة للنشر في المجلة للتقييم العلمي ولهيئة التحرير أن تطلب من المعني التعديلات الواردة في نتائج التقييم قبل الموافقة على النشر.
- تقبل المجلة أعمال المؤتمرات والندوات المقامة في مجال تخصصها ويجوز إصدار أعداد خاصة من المجلة بذلك.

ضوابط ومواصفات قبول البحوث للنشر:

- تقدم البحوث والدراسات مطبوعة على وجه واحد على ورق مقاس A4 بخط حجم 13 وبهوامش حجم 11 وهوامش جانبية من كل الجوانب (4.25).
- أن يراعى في البحث الأصول العلمية للبحث العلمي وقواعده.
- تحمل الصفحة الأولى من البحث عنوان البحث، واسم الباحث ثلاثياً ودرجته العلمية، ووظيفته ومكانها.
- لا يزيد عدد صفحات البحث عن 30 صفحة مطبوعة.
- الأبحاث المقدمة للنشر لا ترد سواء نشرت أو لم تنشر.
- الآراء في البحوث والدراسات والمقالات المنشورة في المجلة تمثل وجهة نظر كاتبها، وهم وحدهم المسؤولون عنها.

فهرس المحتويات

| الموضوع | الصفحة |
|--|--------|
| 1- المسؤولية الجنائية والعقاب عن جريمة غسيل الأموال في القانون الليبي -دراسة مقارنة- | |
| د. شحاته سالم | 1 |
| 2- الأفعال الإجرامية المخلة بإقامة العدالة أمام القضاء الدولي الجنائي الدائم | |
| د. أشرف محمد..... | 48 |
| 3- دور الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي | |
| د. مصطفى العربي | 67 |
| 4- التكييف القانوني للعقود النفطية في القانون الليبي "دراسة تحليلية مقارنة في ضوء أحكام التحكيم التجاري الدولي" | |
| د. عز الدين بوخريج | 108 |
| 5- إثبات النسب أول ضمان لحقوق الطفل - دراسة تحليلية مقارنة - | |
| د. محمد الطشاني..... | 148 |
| 6- منهجية إعداد الاستشارة القانونية بين النظرية والتطبيق | |
| أ. محمد عبدالعالي | 193 |
| 7- حقوق ملاك الطوابق والشقق في التشريع الليبي - دراسة في ضوء أحكام القانون المدني والقانون 19 لسنة 1985م بتنظيم الملكية المشتركة للمباني - | |
| د. علي اشكورفو | 239 |

الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير الأنام، وعلى آله وصحبه الطيبين الكرام.

أما بعد ، ، ،

بتوفيق من الله، وصلنا إلى إصدار عدد المجلة السابع، الذي يحتوي على أبحاث ودراسات تعددت مواضيعها، وتخصصاتها، كتبها أساتذة أجلاء، من حيث التخصص والدرجة العلمية، وهو ما يعكس جهد المصمم الصادق.

وهيأة التحرير، ترى أن هذه الافتتاحية مقاماً للتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان، لكافة الأساتذة الذي تقدموا بنتائجهم العلمي للنشر على صفحات هذه المجلة، وكذلك الذين قاموا بتقييم هذه الأعمال ومراجعتها، ممن لم يألوا جهداً ولم يبتغوا أجراً، هدفهم المساهمة في الدور العلمي والثقافي لهذه المجلة، سائلين الله للجميع أن يديم عطائهم العلمي، وتواصلهم الفكري، وأن تكون هذه المجلة في مستوى تطلعات وطموح المهتمين بها المتابعين لأعدادها والمطلعين على ما فيها.

والشكر موصول لإدارة جامعة مصراته، على دعمها اللامتناهي لهذه المجلة، والذي كان حافزاً لبذل مزيد من الجهد والعطاء، وتخطي العديد من الصعاب.

وهيأة التحرير إذ تقدم هذا العدد لقارئها الأعزاء، تأمل أن تتحقق الاستفادة مما نشر فيه، وتلتبس العذر عن كل خطأ أو قصور يروونه، وتذكرهم بأنها لازالت على العهد معهم بأن تكون الأعداد القادمة من المجلة أفضل، وأنها ترحب بكل ملاحظاتهم وانتقاداتهم التي من شأنها الرقي بالمجلة شكلاً وموضوعاً، وتقبلها بالرضى وسعة الصدر، والعمل بمحتواها.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل

وإلى اللقاء في عدد قادم بإذن الله تعالى

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

هيأة التحرير

المسؤولية الجنائية والعقاب عن جريمة غسل الأموال في القانون الليبي - دراسة مقارنة -

د. شحاته إسماعيل أحمد سالم*

مقدمة:

ظهرت جريمة غسل الأموال في ظل مناخ ملائم من حرية انتقال الأشخاص والأموال والخدمات وفره تحرير التجارة الدولية، وما صاحبه من تطور تقني في أدوات وشبكات الاتصال، واستخدامها على نطاق واسع في التواصل بين الأفراد، وإجراء الصفقات التجارية، والمعاملات المالية والبنكية.

وجوهر غسل الأموال: إجراء مجموعة من العمليات المالية والتجارية على الأموال المحصلة من الأنشطة الإجرامية، لتمويه طبيعة مصدرها غير المشروع. ويمثل غسل الأموال الامتداد الطبيعي لكل الأنشطة الإجرامية التي تدر ربحاً، كالاتجار في المخدرات، والاتجار في الأسلحة، والاتجار في البشر، والفساد الإداري، والسرقة والنصب والاحتيال... الخ، فهو الوسيلة التي تمكن مرتكبيها من الانتفاع بالأموال المحصلة منها، إذ يحمل استخدامها دون تمويه وإخفاء مصدرها غير المشروع خطر البحث عن الجريمة التي أثمرتها ومن ثم؛ تدعو الحاجة إلى غسلها لقطع الصلة بينها وبين مصدرها غير المشروع، على نحو يجعل من الصعب اقتفاء أثرها وتعبق مصدرها(1).

*- عضو هيئة التدريس كلية القانون جامعة عمر المختار.

1- MANACORDA (Stefan), la reglementation du blanchiment e capituaux en driot international : les cordonnees du system R,S,C. , NO.2 , avril – juin 1995, P. 251;

وتؤدي أنشطة غسل الأموال إلى أضرار جمة بالنواحي الاقتصادية والسياسية والأمنية والاجتماعية في الدول التي تنتشر فيها، فمن الناحية الاقتصادية تؤدي إلى: تقليص حجم الاستثمار، وتقلب أسعار الصرف، ونقص حجم الدخل القومي، وزيادة معدل التضخم، وعجز ميزان المدفوعات، ويزرتب عليها من الناحية الاجتماعية الاختلال في بنیان المجتمع وزيادة البطالة، وانتشار ثقافة الربح السريع وتدني قيمة العمل الشريف، أما آثارها في الجانب السياسي والإداري والاستيلاء وغيرها من الجرائم المرتبطة بالوظيفة العامة، أما من الناحية الأمنية؛ فتؤدي إلى زيادة معدلات الجريمة وزعزعة امن واستقرار الدول، كما أنها تهدد الأمن العالمي، فأنشطة غسل الأموال قد تستخدم من قبل الإرهابيين والمنظمات الإجرامية لتمويل أنشطتها أو إخفاء أرباحها، لذا لجأت الدول إلى تجريم عمليات غسل الأموال؛ لحماية الدول من آثارها الضارة، وحرمان الجناة من الاستفادة من المال الذي يمثل الدافع الأساسي لارتكاب الجريمة⁽¹⁾، والأموال غير المشروعة، الأموال المغتصبة من جريمة بصورة مباشرة أو غير مباشرة سواء أكانت ثابتة أو منقولة. مالية أو معنوية⁽²⁾.

JEREZ (Paulina L), Proposed Brazilian money Laundering legislation: Analysis and Recommendations, AM. U. INT'L L.& POL'Y 1997, vol. 12:2,p. 331. Available at [http:// digitalcommons.wcl.american.edu/.../viewcontent.cg...9last](http://digitalcommons.wcl.american.edu/.../viewcontent.cg...9last) visit December 2012).

1- ALLDRIDGE (Peter), The Moral Limits of the Crime of Money Laundering, BUFFALO CRIMINAL LAEW REVIEW, VOL.5 2001, p.287. available at <http://www.docstoc.com/.../THE-MORAL-LIMITS-OF-THE-CRIME...>(last visit December 2012)

2- انظر نص المادة الأولى من القانون 12/يناير - 2005 ميلادي بشأن مكافحة غسل الأموال.

أولاً: مشكلة البحث وأهميته:

أصدر المشرع المصري قانون مكافحة غسل الأموال رقم 80 لسنة 2002م، المعدل بالقانون رقم 78 لسنة 2003 والقانون رقم 181 لسنة 2008 والقرار بالقانون رقم 36 لسنة 2014؛ لحماية المجتمع المصري من أخطار جريمة غسل الأموال، وتنفيذاً للالتزامات الدولية في تجريمها وأيضاً أصدر المشرع الليبي قانون مكافحة غسل الأموال بتاريخ 12 يناير 2005م ميلادي لحماية المجتمع الليبي من أخطار جريمة غسل الأموال. وتتمثل مشكلة البحث في مدى فاعلية النصوص التي تضمنها كل من القانونين المصري والليبي؛ وتأسيساً على ذلك؛ سأصوغ مشكلة البحث في شكل سؤال رئيس يتفرع منه مجموعة من الأسئلة على النحو التالي:

ما مدى المسؤولية الجنائية والعقاب لجريمة غسل الأموال في القانون المصري والليبي؟
يتفرع عن هذا السؤال السابق مجموعة من الأسئلة الفرعية تمثل في الآتي:

- هل يجوز اتحاد الجاني في جريمة غسل الأموال والجريمة الأصلية المحصل منها المال؟ وما مدى إمكانية معاقبة الجاني عن جريمة غسل الأموال المحصلة من جريمة مرتكبة في الخارج، وهل يشترط إدانة مرتكب الجريمة الأصلية للعقاب على غسل الأموال المحصلة منها؟

- هل يمكن مساءلة الأشخاص الاعتبارية جنائياً عن جرائم غسل الأموال؟ وما نوع هذه المسؤولية؟

- ما هي العقوبات المقررة لجريمة غسل الأموال في القانون المصري والليبي والفرنسي، وما هي الظروف المشددة للعقاب عليها، وهل يجوز إعفاء الجاني من العقاب؟

من خلال الأسئلة السابقة تتضح أهمية الدراسة في عقد المقارنة بين قانون مكافحة غسل الأموال المصري والليبي، وتشريعات مكافحة غسل الأموال في التشريع الفرنسي؛ ومدى فاعلية نصوص قانون مكافحة غسل الأموال في مواجهتها، وبيان أوجه القصور التي تكتنف التشريع المصري والليبي، والأوجه التي يمكن الاستفادة من التشريعات المقارنة. بالنسبة للمسؤولية والعقاب للجريمة.

ثانياً: منهج البحث:

- تتطلب دراسة هذا الموضوع تنوع مناهج البحث، وعدم اقتصرها على منهج واحد وذلك لخدمة أهداف البحث، لذا سوف نتبع في دراستنا مناهج البحث التالية:
- 1- المنهج الاستقرائي: والذي يعتمد على استقراء آراء الفقه وأحكام القضاء، حول الموضوعات التي يناقشها البحث، للوقوف على نقاط الخلاف، وبيان الراجح منها، والخروج بقاعدة عامة.
 - 2- المنهج التحليلي: وذلك بهدف تحليل النصوص القانونية القائمة، للوقوف على مدى ملاءمتها للموضوعات التي يناقشها البحث.
 - 3- المنهج المقارن: وذلك بمقارنة القانون المصري مع القانون الليبي بالقانون الفرنسي وصولاً لأفضل الحلول لموضوع البحث.

ثالثاً: خطة البحث:

- المسؤولية الجنائية والعقاب لجريمة غسل الأموال تقوم بمعالجة موضوع البحث ونستهل الدراسة بمبحث تمهيدي عن ماهية جريمة غسل الأموال وخصائصها ثم نقسم الدراسة إلى مبحثين.
- المبحث الأول: المسؤولية الجنائية الناشئة عن جريمة غسل الأموال وينقسم إلى مطلبين:

المطلب الأول: المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي.

- والمبحث الثاني: العقوبات المقررة لجريمة غسل الأموال، وينقسم إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: العقوبات الأصلية.

المطلب الثاني: العقوبات التبعية والتكميلية.

المطلب الثالث: تطبيق العقوبات.

المبحث التمهيدي

ماهية جريمة غسل الأموال وبيان خصائصها

تمهيد وتقسيم

بداية قبل البدء في دراسة المسؤولية الجنائية والعقاب لجريمة غسل الأموال، التمهيد لذلك من خلال مبحث تمهيدي يتضمن: تعريف جريمة غسل الأموال وبيان خصائصها وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: ماهية جريمة غسل الأموال.

المطلب الثاني: بيان خصائص جريمة غسل الأموال.

المطلب الأول

مفهوم جريمة غسل الأموال

تقسيم:

سأبين في هذا المطلب تعريف غسل الأموال لغة، واصطلاحاً وتشريعاً

أولاً- التعريف اللغوي لغسل الأموال:

1- غسل: غسل الشيء يغسله غسلاً وغسلاً وقيل الغسل المصدر من غسلت، و شيء مغسول وغسيل⁽¹⁾، وقيل: غسل الشيء غسلاً: نظفه بالماء، الغسل المغسول⁽²⁾، فكلمة (غسل) هي مصدر الفعل غسل وتطلق على إزالة الوسخ عن الشيء وتنظيفه، أما (الغسيل) فيقصد به: الشيء المغسول وهو اسم مفعول من الفعل غسل ومما سبق يتضح أن كلمة غسل أدق لغة في التعبير عن المعنى المراد من كلمة غسيل⁽³⁾.

2- الأموال: ورد في لسان العرب (المال): ما ملكته من جميع الأشياء، والجمع أموال: وعلى ذلك فغسل الأموال لغة: تعبير مجازي يراد به تنظيف المال المحصل من جريمة من صفته غير المشروعة، فالمال الناتج من جريمة يعد مالاً قذراً، يتم إدخاله في عمل يقره القانون لفصله عن مصدره غير المشروع، وإضفاء المشروعية عليه، كالشيء المتسخ القذر إذا وضع في الماء النقي وغسل أصبح نظيفاً وزال عنه الوسخ والقذارة.

1- لسان العرب، ابن منظور، دار المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، ج5 مادة (غ س ل) ص 2356-2357.

2- المعجم الوجيز، طبعة وزارة التربية والتعليم، سنة 2004، ص 450.

3- ويفضل رأي استخدام كلمة غسيل بدلاً من غسل؛ معللاً بذلك استخدامها بين الفقهاء والباحثين. د. خالد حمد محمد الحمادي، غسيل الأموال في ضوء الإجراء المنظم، بدون ناشر، 2005 هامش ص 73. وهذا القول محل نظر؛ لأن كلمة غسيل يقصد بها: الشيء المغسول أما كلمة غسل فهي: مصدر الفعل غسل، والتجريم ينصب على فعل الشيء ولا ينصب على محله، إضافة إلى أن شيوع استخدام الخطأ لا يصححه.

ثانياً- التعريف الاصطلاحي لغسل الأموال:

تعددت تعريفات غسل الأموال وعرف بعض الفقهاء غسل الأموال بأنه مجموعة من عمليات تجميع الأرباح المحصلة من الجرائم وإخفاء مصدرها غير المشروع، بهدف إعادة إدخالها مرة أخرى في الدائرة المالية المشروعة⁽¹⁾.

وبالنظر الاقتصادية نفسها عرفها بعض الفقهاء⁽²⁾ بأنها (تحويل ونقل الأموال التي تم الحول عليها بطرق غير مشروعة، أو المتهربة من الالتزامات القانونية، إلى شكل أو أشكال أخرى من أشكال الاحتفاظ بالثروة؛ للتغطية على مصدرها، والتجهيل بها حتى تأخذ شكل الأموال المشروعة بعد ذلك).

وفي تعريف آخر عرفها بعض الفقهاء بأنها: (العملية التي يتم فيها إخفاء مكان، أو مصدر، أو استعمال الدخل غير المشروع؛ لكي يبدو مشروعاً)⁽³⁾.

ثالثاً- التعريف التشريعي لجريمة غسل الأموال:

في فرنسا عرفت المادة (1-324) من قانون العقوبات الفرنسي، جريمة غسل الأموال بأنها واقعة تسهيل التسويغ الكاذب بأية وسيلة لمصدر الأموال أو الدخول الخاصة بمرتكب جنائية أو جنحة، أنتجت له ربحاً مباشراً أو غير مباشر. كما يعد غسلًا

1- DELMAS – MARTY (Mirille), criminalite economique et atteintes a la dignite de la personne, sous la direction de Europe , editions de la maison des sciences de L'homme, paris , 195, p.43.

2- د. السيد أحمد عبد الخالق ، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لغسيل الأموال مجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق – جامعة المنصورة ، العدد 22 أكتوبر 1997 ، ص3.

3- Paulose Jr (Mathew), United StatesV. McDougald : The Anathema To 18U.S.C x 1956 And National Efforts against Money Laundering , Fordham International Law Journal, Vol. 21, Issue 1, 1997, Article 8,p. 257. Available at <http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj> last visit december 2012)

للأموال تقديم المساعدة في عملية توظيف أو إخفاء أو تحويل الناتج المباشر أو غير المباشر لجناية أو أجنحة.

وعرف المشرع المصري جريمة غسل الأموال في الفقرة (ب) من المادة الأولى من القانون رقم 80 لسنة 2002 بشأن مكافحة غسل الأموال بعد تعديلها بالقرار بالقانون رقم 36 لسنة 2014 بأنه كل فعل من الأفعال المنصوص عليها في المادة (2) من هذا القانون ونصت المادة الثانية على أن (يعد مرتكباً لجريمة غسل الأموال كل من علم أن الأموال متحصلة من جريمة أصلية وقام عمداً بأي مما يلي:

1- تحويل متحصلات أو نقلها، وذلك بقصد إخفاء المال أو تمويه طبيعته أو مصدره أو مكانه أو صاحبه أو صاحب الحق فيه أو تغيير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك عرقلة التوصل إلى مرتكب الجريمة الأصلية.

2- اكتساب المتحصلات أو حيازتها أو استخدامها أو إدارتها أو حفظها أو استبدالها أو إيداعها أو ضمانها أو استثمارها أو التلاعب في قيمتها أو إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية لها أو لمصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها.

وعرف المشرع الليبي جريمة غسل الأموال بنص المادة الثانية من القانون 2005 بشأن مكافحة غسل الأموال: يعد مرتكباً جريمة غسل الأموال كل من أتى سلوكاً من أنماط غسل الأموال بشأن مكافحة السلوك التالية:

1- تملك الأموال غير المشروعة أو حيازتها أو استعمالها أو استغلالها و التصرف فيها على أي وجه أو تحويلها أو نقلها أو إيداعها أو إخفائها بقصد تمويه مصدرها غير مشروع.

2- الاشتراك فيما سبق بأي صورة من صور الاشتراك.

3- تكون الأحوال غير المشروعة إذا كانت متحصلة من جريمة بما في ذلك الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية الدولية لمكافحة الجريمة المنظمة.

المطلب الثاني

خصائص جريمة غسل الأموال

تقسيم:

توجد مجموعة من الخصائص أو السمات المميزة لجريمة غسل الأموال، والتي تميزها عن غيرها من الجرائم التي تتشابه معها في الركن المادي، كجريمة إخفاء الأشياء المحصنة من جنابة أو جنحة، نتناولها فيما يلي:

أولاً - جريمة غسل الأموال تابعة:

تعد جريمة غسل الأموال تابعة، تقع لاحقة لنشاط إجرامي أصيل، يمثل شرطها المفترض، شأنها في ذلك شأن جريمة إخفاء الأشياء المحصلة من جنابة أو جنحة، تنصب على الفائدة أو المنفعة التي حققها الجاني من جريمة أخرى سابقة عليها، ومن ثم؛ يلزم لقيام جريمة غسل الأموال ارتكاب جنابة أو جنحة عادت على فاعلها بمنفعة مباشرة أو غير مباشرة⁽¹⁾.

ثانياً- جريمة غسل الأموال بين الجرائم المنظمة والجرائم العادية:

إن الجريمة المنظمة هي: الجريمة التي يتم الترتيب لها وتنفيذها وفقاً لخطة محكمة معدة سلفاً، توزع فيها الأدوار بين مجموعة من الأفراد الذين ينتمون لجماعة إجرامية. فصفة المنظمة صفة تلحق بالجريمة وكيفية تنفيذها ولا تلحق بفاعلها.

1- GATTEGNO (Patrice) droit penal special , Dalloz,Paris , 3edition , 1999, n.552,p. 290-291 .

وتأسيساً على ما تقدم؛ فإن جريمة غسل الأموال قد تكون جريمة منظمة وقد تكون جريمة عادية، ولكن يغلب عليها الطابع المنظم؛ لأنها عادة ما يتم ارتكابها وفقاً لخطة مدروسة توزع فيها الأدوار بين مجموعة من الجناة، الذين ينتمون لجماعة إجرامية؛ بهدف إتمام مراحلها بدقة وإتقان.

ثالثاً- جريمة غسل الأموال جريمة مالية واقتصادية:

تعد جريمة غسل الأموال جريمة مالية؛ لأنها تقوم على الأموال المحصلة من الأنشطة الإجرامية؛ كما أنها يترتب على جريمة غسل الأموال مجموعة من الآثار الضارة بالمصالح المالية والاقتصادية للدول التي تنتشر فيها مثل الاستثمار، الدخل القومي، والادخار، التضخم، وسعر الصرف وميزان المدفوعات ومن ثم فإنها تمثل إحدى الجرائم الاقتصادية؛ لأضرارها بالأنظمة المالية للدولة، ومخالفاتها للتنظيمات والأحكام القانونية التي تصدرها كوسيلة لتحقيق سياستها الاقتصادية⁽¹⁾.

ويترتب على عد جريمة غسل الأموال من الجرائم الاقتصادية النتائج الآتية:

1- تشديد العقوبة؛ لأن الجاني في الجرائم الاقتصادية يكون مدفوعاً بالأناية لتحقيق كسب غير مشروع فهو يستهين بخطورة آثار فعله بالنسبة للمجتمع فيلزم إرهابه بعقوبة رادعة⁽²⁾.

2- سريان قانون العقوبات على جرائم غسل الأموال المرتكبة في الخارج، فالاتجاه الحديث في قانون العقوبات الاقتصادي هو: المعاقبة على الجرائم الاقتصادية المرتكبة

1- د. عبد الرؤوف مهدي ، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية في القانون ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة 1974 ، بند 38 ص 83.

2- د. محمود محمود مصطفى ، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، مطبعة جامعة القاهرة، ط3، سنة 1979 ، بند 53 ، ص 90

في الخارج؛ لأنها تشكل خطراً على المصالح الاقتصادية للدولة التي تقع فيها سواء وقعت من مواطن أو أجنبي.

3- إقرار المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية عن جريمة غسل الأموال، فالراجح لدى علماء قانون العقوبات الاقتصادي إقرارها ضمناً لنجاح السياسة الاقتصادية. وقد أقرت غالبية تشريعات مكافحة غسل الأموال المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية، ومنها القانون المصري والليبي الذي إعتترف بالمسؤولية الجنائية المباشرة للشخص الاعتباري عن جرائم غسل الأموال.

رابعاً - جريمة غسل الأموال جريمة عبر وطنية:

يعد البعد الدولي لجريمة غسل الأموال سمة مميزة لها، فغالباً ما يتم ارتكاب عناصرها أو التخطيط لها أو الإشراف على تنفيذها أو تحقق أثارها في أكثر من دولة.

خامساً - جريمة غسل الأموال جريمة بسيطة:

ذهب رأي إلى أن جريمة غسل الأموال جريمة مركبة، تتكون من فعلين مستقلين، أولهما: ارتكاب جريمة أصيلة ينتج عنها مال، والآخر: فعل الغسل. وهذا الرأي محل نظر؛ لأن الجريمة غسل الأموال جريمة بسيطة، لا يتكون ركنها المادي من عدة أفعال، وإنما يتكون من فعل واحد. أما ارتكاب جريمة أصيلة ينتج عنها مال، فإنه يمثل شرطها المفترض ولا يعد جزء من ركنها المادي، والشرط المفترض الذي يتطلبه القانون في جريمة معينة لا يجعل منها جريمة مركبة (1).

1- د. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، دار النهضة العربية، 2005-2006 ص 282 وما بعدها.

المبحث الأول

المسؤولية الجنائية الناشئة عن جريمة غسل الأموال

تمهيد وتقسيم:

قد ترتكب جريمة غسل الأموال من شخص طبيعي، وقد ترتكب من أحد العاملين في المؤسسات المالية أو مديرها باسم الشخص الاعتباري أو لحسابه، فتعد في هذه الحالة مرتكبة من قبل الشخص الاعتباري، وفي هذا البحث سنتناول القواعد المتعلقة بالمسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية، والشخص الطبيعي المسؤول عن الإدارة عن جريمة غسل الأموال..

ونقسم المبحث إلى مطلبين:

- المطلب الأول: المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية.
- المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي.

المطلب الأول

المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية عن جرائم غسل الأموال

تقسيم:

سنتناول المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية عن جرائم غسل الأموال، في ثلاثة فروع: أولها: للحديث عن الاعتراف بالمسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية، أما الثاني: فلشرح شروط المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية، والفرع الثالث: يستعرض المسؤولية الجنائية للمسؤول عن الإدارة الفعلية.

الفرع الأول: الاعتراف بالمسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية:

يقصد بالأشخاص الاعتبارية: مجموعة من الأشخاص والأموال أسبغ عليها القانون الشخصية القانونية⁽¹⁾. أو هي مجموعة من الأموال أو الأشخاص الطبيعيين متحدو الهدف أضفى عليها القانون الأهلية ليتعامل مع الناس معاملة البشر⁽²⁾. وعلى الرغم من أن المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية قد أقرتها التشريعات الانجلوسكسونية وفي مقدمتها التشريع الانجليزي من منتصف القرن التاسع عشر، إلا أن الاتجاه السائد في الأصل اللاتيني هو عدم مساءلة الأشخاص الاعتبارية جنائياً، عما يقع من ممثليهم من جرائم، أثناء قيامهم بأعمالهم، ولو كان ذلك لحساب الشخص الاعتباري، وإنما يسأل عن هذه الجرائم الأشخاص الطبيعيون الذين يرتكبونها⁽³⁾.

غير أن المشرع الفرنسي تحول عن هذا المبدأ واتجه إلى الاعتراف بالمسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية في قانون العقوبات الفرنسي الجديد⁽⁴⁾، فنص في المادة (121-2) على أنه (فيما عدا الدولة تسأل الأشخاص الاعتبارية جنائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابها بواسطة أجهزتها أو ممثليها طبقاً للقواعد الواردة في المواد (121-4) إلى (121-7) وذلك في الحالات التي ينص عليها القانون أو اللائحة. ومع ذلك؛ فإن

1- د. محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، القسم العام، بدون ناشر، 1999-2000 رقم 578، ص 887.

2- د. عبدالوهاب عمر البطراوي، أساس المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي الخاص، مجلة الأمن القانوني، أكاديمية الشرطة دبي، السنة 13، العدد الأول، يناير 2005، ص 272-273.

3- د. شريف سيد كامل، المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 50.

4- RENOUT (hard), droit penal general ,10 edition , paris 2005-2006 p. 174.

المحليات وتجمعها لا تسأل جنائياً إلا عن الجرائم التي ترتكب أثناء مزاوله الأنشطة التي يمكن أن تكون محلاً للتفويض في إدارة مرفق عام عن طريق الاتفاق، والمسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية لا تستبعد معاقبة الأشخاص الطبيعيين الفاعلين أو الشركاء عن الأفعال نفسها (ففي فرنسا يقر المشرع الفرنسي علاوة على إقراره لمبدأ المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية الخاصة⁽¹⁾ المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية العامة أيًا كان شكلها عن جريمة غسل الأموال في المادة(324-9)، إلا أنه استبعد من نطاق المسؤولية الجنائية بصفة مطلقة كل من الدولة والبلديات، والتجمعات المحلية التابعة لها، بالنسبة للأنشطة المتعلقة بالمرافق العامة، التي لا تقوم بحماية المصالح العامة الجماعية والفردية وتوقيع العقاب، فمن غير المنطقي ان تقوم الدولة بمعاقبة نفسها، كما ان مبدأ الفصل بين السلطات، والحصانة الجنائية للدولة المستمدة من فكرة السيادة، تتنافى مع فكرة إقرار المسؤولية الجنائية للدولة⁽²⁾.

وفي مصر كان المشرع يعترف فقط بالمسؤولية الجنائية غير المباشرة للأشخاص الاعتبارية عن جريمة غسل الأموال بنصه في المادة (16) من قانون مكافحة غسل الأموال على أنه (في الأحوال التي ترتكب فيها الجريمة بواسطة شخص اعتباري يعاقب المسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري المخالف بذات العقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون إذا ثبت علمه بها وكانت الجريمة قد وقعت بسبب إخلاله بواجبات وظيفته. ويكون الشخص الاعتباري مسؤولاً بالتضامن

1- STOLOWY (Nicole), la disparition du Principe de specialite dans la mise en cause penale des personnes morales, J.C.P n24, 10 juin 2004, p.953 .

2- renout (hard) op.cit, p. 178 ; STOLOWY (Nicole), op.cit., p.953.

عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت الجريمة التي وقعت بالمخالفة لأحكام هذا القانون قد ارتكبت من أحد العاملين به باسمه ولصالحه. إلا أن القانون 181 لسنة 2008 أضاف للمادة (16) من قانون مكافحة غسل الأموال فقرة ثالثة تنص على أنه (وتأمر المحكمة في الحكم الصادر بالإدانة بنشر الحكم على نفقة الشخص في جريدين يوميتين واسعتي الانتشار، ويجوز للمحكمة أن تقضي بوقف نشاط الشخص الاعتباري لمدة لا تتجاوز سنة) وبهذا التعديل يكون المشرع المصري قد اعترف بالمسؤولية الجنائية المباشرة للشخص الاعتباري عن جريمة غسل الأموال، وقد أكد المشرع مسلكه هذا بنصه على توقيع عقوبتي الغرامة وإلغاء الترخيص على الشخص الاعتباري ذاته، وذلك بمقتضى التعديل الذي أدخله القرار بالقانون رقم 36 لسنة 2014 على المادة (16) من قانون مكافحة غسل الأموال فقد نصت بعد تعديلها على أنه (..... ويعاقب الشخص الاعتباري بغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا يتجاوز خمسة ملايين جنيه، ويكون مسؤولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت الجريمة التي وقعت بالمخالفة لأحكام هذا القانون قد ارتكب من أحد العاملين به باسمه ولصالحه، ويجوز للمحكمة ان تقضي بمنع الشخص الاعتباري من مزاولة نشاطه لمدة محددة أو بإلغاء الترخيص الممنوح له بمزاولة النشاط).

وأقر المشرع الليبي مبدأ المسؤولية الجنائية المباشرة للأشخاص الاعتبارية عن جرائم غسل الأموال طبقاً لما جاء بنص المادة الثالثة من قانون غسل الأموال لسنة 2005 مع عدم الإخلال بالجزاءات غير الجنائية المنصوص عليها في أي قانون آخر، تكون المنشآت المالية والتجارية والاقتصادية في الدولة مسئولةً جنائياً عن جريمة غسل الأموال إذا ارتكبت باسمها أو لحسابها وتعاقب المنشأة التي ترتكب الجريمة باسمها أو

لحسابها بغرامة تعادل ضعف المال محل الجريمة مع مصادرة المال وفي حالة العودة يحكم عليها بالإضافة إلى ذلك سحب الترخيص وغلق المنشأة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: شروط المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية:

يشترط لقيام المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية، ثلاثة شروط هي: ارتكاب جريمة غسل الأموال أو إحدى الجرائم الملحقة بها، وأن ترتكب هذه الجريمة بواسطة أجهزة أو ممثلي الشخص الاعتباري أو أحد العاملين به، وأن يتم ارتكابها لحساب الشخص الاعتباري.

أولاً- ارتكاب جريمة غسل الأموال أو إحدى الجرائم الملحقة بها:

يشترط لقيام المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري على أن ينسب إليه ارتكاب جريمة غسل الأموال أو إحدى الجرائم الملحقة بها، إلا أن بعض تشريعات مكافحة غسل الأموال تقصر المسؤولية الجنائية للأشخاص على جرائم غسل الأموال فقط دون الجرائم الملحقة بها.

ففي قانون العقوبات الفرنسي وبالنظر إلى المواد المتعلقة بجريمة غسل الأموال ن نجد أن المادة (324-9) تنص على أنه (تسأل الأشخاص الاعتبارية جنائياً وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة (121-2) عن الجرائم الواردة في المادتين (234-1، 234-2) ونلاحظ من النص السالف أن المشرع الفرنسي حصر نطاق مسؤولية الأشخاص الاعتبارية في جريمة غسل الأموال دون الجرائم الملحقة بها.

وقد نهج المشرع المصري نهجاً مخالفاً للمشرع الفرنسي في المادة (16-2) من قانون مكافحة غسل الأموال على مساءلة الأشخاص الاعتبارية جنائياً عن ارتكاب أحد العاملين فيه جريمة من الجرائم الواردة في المادة (8، 9، 11) من قانون مكافحة غسل

1- نص المادة الرابعة ثانياً من القانون المذكور .

الأموال، وتشمل أيضاً مسؤوليته التضامنية فيما يحكم من عقوبات مالية إذا كان أحد العاملين في الشخص الاعتباري قد ساهم مساهمة تبعية في ارتكاب جريمة الغسل الواردة في المادة الثانية؛ لأنه لا مبرر للتفرقة بين الحالتين على الرغم من وحدة صفة مرتكبي هذه الجرائم⁽¹⁾، خاصة وان المشرع قد أقر المسؤولية المباشرة للشخص الاعتباري.

ثانياً- ارتكاب الجريمة بواسطة أجهزة أو ممثلي الشخص الاعتباري أو أحد العاملين به:
حتى يمكن نسبة الجريمة إلى شخص اعتباري، فإنه يجب ان ترتكب جريمة غسل الأموال، بمعرفة أحد أفراد أو أعضاء الشخص الاعتباري أو أحد ممثليه، فالشخص الاعتباري كائن غير ملموس مادياً، ولا يستطيع مباشرة أي نشاط إجرامي إلا عن طريق أحد ممثليه ن فهم بالنسبة له بمنزلة العقل الذي يدبر واليد التي تنفذ.
ويقصد بأجهزة الشخص الاعتباري: المؤسسة الجماعية التي يعطيها القانون أو النظام الأساسي، وظيفة توجيه وإدارة والتصرف والرقابة على الشخص الاعتباري، فهي تشمل كل شخص طبيعي أو أكثر يخول لهم القانون أو النظام الأساسي، إدارة الشخص الاعتباري والتصرف باسمه⁽²⁾، كالرئيس أو المدير أو مجلس الإدارة أو الجمعية العامة للشركاء أو الأعضاء.

1- د. ابراهيم حامد طنطاوي، المواجهة التشريعية لغسل الأموال في مصر دراسة مقارنة النهضة العربية 2003، بند 78 ص 124

2- د. عبد الرزاق الموافي، المسؤولية الجنائية لمدير المنشأة الاقتصادية الخاصة دار النيل للطباعة المنوفية 1999.

أما الممثلون فيقصد بهم: الأشخاص الطبيعيون الذين لديهم السلطة القانونية أو الاتفاقية في التصرف باسم الشخص الاعتباري⁽¹⁾. فقد يكون المدير العام بمفرده أو المدير الإداري أو الرئيس أو رئيس مجلس الإدارة⁽²⁾. وبناءً على ذلك؛ لا يسأل الشخص الاعتباري جنائياً عن الجريمة التي ترتكب من الموظف العادي الذي يعمل لديه، إلا في الحالات التي يكون فيها مفوضاً من قبل الشخص الاعتباري للتصرف باسمه⁽³⁾. والمشرع الفرنسي فحصر الأشخاص الذين يترتب على ارتكابهم جريمة الغسل، مسؤولية الشخص الاعتباري في أجهزته وممثليه⁽⁴⁾.

والمشرع المصري في المادة 16 من قانون مكافحة غسل الأموال، قرر المسؤولية غير المباشرة للشخص الاعتباري عن جرائم غسل الأموال، التي تقع من أحد العاملين به، إلا أنه من الناحية العملية لا يكفي ذلك لانعقاد المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري، فيلزم لذلك أن يكون العامل في الشخص الاعتباري قد قام بنشاطه بناءً على تكليف من أحد أجهزته أو ممثليه المعبرين عن إرادته وموافقتهم، فإذا قام بذلك خلصة، أو دون علمه، فلا يكفي ذلك لانعقاد مسؤوليه الشخص الاعتباري ولو كان ما تم لحسابه.

ثالثاً- ارتكاب الجريمة لحساب الشخص الاعتباري:

يشترط لقيام المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري أن تكون الجريمة قد وقعت لحسابه، ويعني ذلك: أن تكون الجريمة قد ارتكبت بهدف تحقيق مصلحة له كتحقيق

1- د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية ، ط6 ، 1996، بند 326، ص 489.

2- د. محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق، بند 582 ، ص 897 .

3- د. شريف سيد كامل، تعليق على قانون العقوبات الفرنسي الجديد-القسم العام، دار النهضة العربية القاهرة، ط1، 1998، بند 59، ص 113.

4- د. عمر محمد سالم، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، ص48.

ربح، أو تجنب إلحاق الضرر به، يستوي أن تكون المصلحة مادية أو معنوية، مباشرة أو غير مباشرة، محققة أو احتمالية، أي يكفي أن تكون هذه الأفعال قد ارتكبت بهدف ضمان تنظيم أعمال الشخص الاعتباري، أو حسن سيره أو تحقيق أغراضه، حتى ولو لم يحصل الشخص الاعتباري في النهاية على أي فائدة⁽¹⁾، ومن ثم؛ فإنه لا تحوز مساءلة الشخص الاعتباري عن الجريمة التي يرتكبها أحد أجهزته أو ممثليه أو احد العاملين لديه، إذا كان ذلك لحسابه الشخصي، بهدف تحقيق مصلحته الشخصية، حتى ولو ترتب على ذلك التصرف النفع للشخص الاعتباري، أو كان الهدف منه إلحاق الضرر به، والمعيار في اعتبار الفعل تم لحساب الشخص الاعتباري هو: إذا كان الفعل قد تم في نطاق المهمة المسندة لجهاز أو ممثل الشخص الاعتباري من اجل السير المنتظم له، ويكون هدفه النهائي هو تنفيذ أغراضها.

والمشرع المصري في المادة (16) من قانون مكافحة غسل الأموال يشترط أن: ترتكب الجريمة باسم الشخص الاعتباري ولصالحه، فقد ترتكب الجريمة باسم الشخص الاعتباري ولكن لا تكون لصالحه، كأن يعتمد أحد العاملين في الشخص الاعتباري إلى ارتكاب الجريمة باسم الشخص الاعتباري ولكن يهدف إلى تحقيق أهداف خاصة له، وفي هذه الحالة لا تتحقق مسؤولية الشخص الاعتباري.

والمشرع الليبي في المادة الثالثة من قانون مكافحة غسل الأموال يشترط أن ترتكب الجريمة باسم الشخص الاعتباري ولحسابه لأن الجريمة قد ترتكب باسم الشخص الاعتباري ولكن لا تكون لحسابه في هذه الحالة لا تتحقق مسؤولية الشخص الاعتباري.

الفرع الثالث: المسؤولية الجنائية للمسؤول عن الإدارة الفعلية:

لا تحول المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية دون قيام المسؤولية الجنائية للأشخاص الطبيعيين الذين يتولون إدارة الشخص الاعتباري⁽¹⁾. سواء كانوا فاعلين أصليين، أم شركاء في جرائم غسل الأموال التي يسأل عنها الشخص الاعتباري. ولقد أصبح مبدأ ازدواج المسؤولية الجنائية بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي وتعددتها عن الجريمة ذاتها، من أهم المبادئ القانونية التي أخذت بها تشريعات مكافحة غسل الأموال، فقد نص المشرع الفرنسي في المادة (2/121) على أن المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري لا تحول دون مسؤولية الأشخاص الطبيعيين الذي يرتكبوا الأفعال نفسها سواء كانوا فاعلين أم شركاء.

وقد سار المشرع المصري على النهج نفسه فنصت المادة (16) من قانون مكافحة غسل الأموال رقم 80 لسنة 2002 على أنه (في الأحوال التي ترتكب فيها الجريمة بواسطة شخص اعتباري يعاقب المسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري المخالف بذات العقوبة المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون إذا ثبت علمه بها، وكانت الجريمة قد وقعت بسبب إخلاله بواجبات وظيفته.

1- ففضى بأنه (من المقرر أن من يرتكب الجريمة من عمال الشخص الاعتباري وممثليه يسأل عن فعله شخصياً ولو كان قد ارتكبه لمصلحة الشخص الاعتباري الذي يمثله وباسمه). نقض 22 أكتوبر 1992، طعن رقم 19196، مجموعة أحكام النقص، س، 43، رقم 136، ص 892.

المطلب الثاني المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي

تقسيم:

نصت المادة (16) من قانون مكافحة غسل الأموال رقم 80 لسنة 2002 على مسؤولية المدير الفعلي للشخص الاعتباري عن جريمة غسل الأموال، ويقصد به: الشخص الذي يبدو كمدير للشخص الاعتباري فهو رئيس مجلس الإدارة في شركات الأموال، والمدير في شركات الأشخاص، غير أنه ليس بالضرورة أن يكون المدير الفعلي هو الشخص المعين وفقاً لتعدد تأسيس الشخص الاعتباري، فيعد مديراً فعلياً الشخص الذي يقوم بعمل المدير القانوني، ويمارس سلطاته ويتصرف منفرداً، أو باتفاق مع هذا الأخير، دون أن يكون لرأيه سند قانوني، أو المدير الذي يكون قرار تعيينه باطلاً وكذلك الأشخاص الذين لا يريدون الظهور كمديرين قانونيين، وخاصة الذين يمنعون قانوناً من حق الإدارة⁽¹⁾.

شروط المسؤولية الجنائية للمسؤول عن الإدارة الفعلية:

أولاً- تحقق المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري عن إحدى جرائم غسل الأموال: يشترط لقيام المسؤولية الجنائية للمسؤول عن الإدارة الفعلية، ارتكاب الشخص الاعتباري لجريمة غسل الأموال، أو إحدى الجرائم الملحقة بها، وقد سبق بيان هذا الشرط في المطلب السابق.

ثانياً- إخلال الشخص الطبيعي بواجبات وظيفته:

تقوم المسؤولية الجنائية للمسؤول عن الإدارة الفعلية على وقوع جريمة غسل الأموال أو إحدى الجرائم الملحقة بها؛ نتيجة لإخلال الشخص الطبيعي بواجبات

وظيفته⁽¹⁾، أي القيام بعمل أو الامتناع عن عمل يشكل خروجاً على القواعد القانونية والتنظيمية للعمل في الشخص الاعتباري؛ يترتب عليه ارتكاب جريمة غسل الأموال أو إحدى الجرائم المرتبطة بها، كقيام العامل في المؤسسة المالية بتسهيل إجراءات معاملة مالية تنطوي على غسل أموال، أو قيامه بالامتناع عن الإخطار عن العمليات المالية.

ثالثاً- العلم بوقوع إحدى جرائم غسل الأموال:

ينبغي لقيام مسؤولية الشخص المسؤول عن الإدارة الفعلية، أن يعلم بوقوع إحدى جرائم غسل الأموال، ومن ثم تنتفي مسؤوليته إذا وقعت الجريمة بسبب الإهمال، حتى ولو كان ما قام به يعد خطأ جسياً.

المبحث الثاني

العقوبات المقررة لجريمة غسل الأموال

تمهيد وتقسيم:

نبين العقوبات التي أقرتها تشريعات مكافحة غسل الأموال لكل من الشخص الطبيعي الاعتباري على ارتكاب جريمة غسل الأموال، وحالات تشديد العقاب إذا توافرت ظروف معينة تقتضي تشديد العقاب، أو تقرير حالات للإعفاء منه؛ مكافأة للجاني على المساهمة في كشف جرائم غسل الأموال.

وتمثل العقوبة الجزاء الجنائي الذي يقرره المشرع على ارتكاب الجريمة، وترصد معظم تشريعات مكافحة جرائم غسل الأموال لمرتكبيها عقوبات أصيلة: سالبة

1- ففضى بأنه (... حيث أن الأصل أن الأشخاص الاعتبارية لا تسأل جنائياً عما يقع من ممثليها من جرائم أثناء قيامهم بأعمالها، وأن الذي يسأل هو مرتكب الجريمة منهم شخصياً، وأنه لا يجوز الحكم بعقوبة إلا على من ارتكب الجريمة أو شارم فيها إعمالاً لمبدأ شخصية العقوبة...) نقض 28 مايو 2003، طعن رقم 24480، مجموعة أحكام النقض، س 54، رقم 89، ص 699.

للحرية، وأخرى مالية، كما أنها قررت عقوبات تبعية وتكميلية تطبق على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين، وقد وضعت غالبية تشريعات غسل الأموال ظروفًا مشددة للعقاب على جريمة غسل الأموال، وكذلك حالات للإعفاء من العقاب، وعلى هدى ذلك سأقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: الأول يتناول العقوبات الأصلية والثاني يستعرض العقوبات التبعية والتكميلية، أما الثالث فيعالج تطبيق العقوبات، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

العقوبات الأصلية

تقسيم:

تضع معظم تشريعات مكافحة غسل الأموال عقوبتين أصيلتين لجريمة غسل الأموال، إحداهما سالبة للحرية تتخذ صورة: السجن أو الحبس، والأخرى عقوبة مالية هي: الغرامة وتتفاوت التشريعات فيما بينها في تحديد نوع العقوبة السالبة للحرية ومدتها، وقيمة الغرامة وعلى ما سيأتي بيانه:

الفرع الأول: العقوبات السالبة للحرية:

تختلف تشريعات غسل الأموال في نوع العقوبة السالبة للحرية التي تقرها لجريمة غسل الأموال، ولكن تدور هذه العقوبة بين الحبس، والسجن، مع اختلاف التشريعات في تحديد مددهما.

في فرنسا فيعاقب المشرع على جريمة غسل الأموال العامة، المنصوص في المادة (324-1) من قانون العقوبات الفرنسي، بعقوبة سالبة للحرية، تتمثل في: الحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات، في حالة الغسل البسيط، أما في حالة اقترانها بظرف مشدد، فإن عقوبة الحبس تتضاعف إلى عشر سنوات، وتعاقب المادة (234-6) من قانون العقوبات الفرنسي على الشروع، بالعقوبة المقررة للجريمة التامة.

هذا بالنسبة لجريمة غسل الأموال العامة، أما بالنسبة لجريمة غسل الأموال المتحصلة من الاتجار غير المشروع في المخدرات، المنصوص عليها في المادة (222-38) فيعاقب على ارتكابها أو الشروع في ذلك، بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات، وجريمة غسل الأموال المنصوص المادة (222-39) يعاقب عليها بالحبس مدة لا تزيد خمس سنوات، وتصل مدة الحبس إلى عشر سنوات إذا كان الأشخاص المشار إليهم في المادة السابقة قصر.

وتعاقب المادة (415) من قانون الجمارك على جريمة غسل الأموال المحصلة من الجرائم الجمركية بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات، سواء وقعت هذه الجريمة تامة أو في مرحلة الشروع.

ويعاقب أيضاً على جريمة غسل الأموال في حالة مخالطة جماعة أشرار طبقاً للمادة (1-2-450) من قانون العقوبات الفرنسي، بعقوبة الحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات.

وفي مصر يعاقب المشرع المصري على جريمة غسل الأموال أو الشروع فيها، طبقاً للمادة (14) من قانون مكافحة غسل الأموال رقم 80 لسنة 2002 المعدل بالقانون رقم 78 لسنة 2003 والقانون لسنة 2008، بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات، وقد جعلها عقوبة وجوبية، والملاحظ أن المشرع ساوى في العقاب بين الجريمة التامة والشروع فيها، والمساواة في العقوبة بين الجريمة التامة والشروع لا يمنع القاضي من استعمال سلطته في أفراد العقاب عند النطق بها، فله أن يوقع على الجاني في حالة

الشروع عقوبة أخف من تلك المقررة للجريمة التامة، وله فضلاً عن ذلك تطبيق الظروف القضائية المخففة المنصوص عليها في المادة (17) من قانون العقوبات⁽¹⁾.

وبين المشرع الليبي في المادة الرابعة أولاً من قانون مكافحة الأموال يعاقب كل من تملك الأموال غير المشروعة أو حيازتها أو استعمالها أو التصرف فيها بالسجن وبغرامة تعادل قيمة المال محل الجريمة مع مصادرة المال وإذا كان الجاني مساهماً في الجريمة المتحصلة منها الأموال سواء بصفة فاعلاً أو شريكاً عوقب بعقوبة الجريمة ذات الوصف الأشد مع زيادة حديها إلى الثلث فضلاً إذا كان الجاني يعلم أن الأموال المتحصلة من الجريمة عقوبتها أشد دون أن يكون مساهماً فيها فتوقع عليه العقوبة المقررة لتلك الجريمة. وكذلك يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة كل من أبلغ السلطات المختصة بسوء نية وب قصد الإضرار بالغير عن وقوع جريمة غسل الأموال⁽²⁾.

الفرع الثاني: العقوبات المالية:

تكاد تجمع معظم التشريعات مكافحة غسل الأموال عرى فرض عقوبة الغرامة، بوصفها عقوبة أصلية لجريمة غسل الأموال؛ لما لهذا العقوبة المالية من أثر كبير في حرمان الجاني من ثمار جريمته:

بالنسبة لعقوبة الغرامة في القانون الفرنسي، فإنها تعد عقوبة أصلية إلى جانب العقوبة السالبة للحرية، فيعاقب المشرع الفرنسي على جريمة غسل الأموال العامة المنصوص عليها في المادة (1-324) من قانون العقوبات بالغرامة التي لا تزيد على 375.000 ألف يورو في حالة الغسل البسيط أما في حالة الغسل المشدد فتتضاعف

1- د. أحمد فتحي سرور ، مضبطة الجلسة السابعة والسبعين ، مجلس الشعب ، جلسة 2002/5/19 ص 32,33 .

2- نص المادة الخامسة الفقرة رابعاً من القانون المذكور .

الغرامة ليصل مقدارها إلى 750,000 ألف يورو، هذا بالنسبة لجريمة غسل الأموال العامة جرائم غسل الأموال المحصلة من الاتجار غير المشروع في المخدرات فيعاقب على جريمة غسل الأموال المنصوص عليها في المادة (222-38) بغرامة قدرها 750,000 يورو، وجريمة غسل الأموال المنصوص عليها في المادة (222-39) يعاقب بغرامة قدرها 75,000 ألف يورو.

ويعاقب على غسل الأموال في حالة مخالطة جماعة الأشرار بغرامة قدرها 75,000 الف يورو، طبقاً للمادة (450-2-1) من قانون العقوبات الفرنسي.

ولم يأخذ المشرع الفرنسي بالغرامة النسبية إلا في جرائم غسل الأموال المحصلة من الجرائم الجمركية، حيث تعاقب المادة 415 من قانون الجمارك الفرنسي، الصادر في 23 ديسمبر 1988 – والتي تم تعديلها أيضاً بموجب المادة 4 من القانون رقم 392 لسنة 1996، الصادر في 13 مايو سنة 1996م. والمادة 44 من القانون رقم 1576 لسنة 2002، بالغرامة التي تتراوح قيمتها بين ما يعادل قيمة الأموال التي انصبت عليها الجريمة، سواء وقعت هذه الجريمة تامة أو في مرحلة الشروع، وخمسة أضعاف هذه القيمة، أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية التي ترتكب غسل الأموال، فإنه يحكم عليها بغرامة تعادل خمسة أضعاف الغرامة المقررة للأشخاص الطبيعيين عن الجريمة ذاتها، وذلك طبقاً للمادة (131-38) من قانون العقوبات الفرنسي.

أما بالنسبة لعقوبة الغرامة في القانون الليبي فإنه تعد عقوبة أصلية إلى جانب العقوبة السالبة للحرية فيعاقب المشرع الليبي على جريمة غسل الأموال بالغرامة لا تتجاوز عشرة آلاف دينار ولا تقل عن ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل مسؤول أو موظف في منشأة مالية أو تجارية أو اقتصادية يعلم بوقوع سلوك في منشأته يتصل

بجريمة غسل الأموال ويمتتع عن الإبلاغ عنه إلى الجهة المختصة⁽¹⁾ وكذلك يعاقب كل من يخالف أحكام المادة الثامنة من هذا القانون بغرامة لا تزيد عن عشرة آلاف دينار ولا تقل عن خمسمائة دينار ويتم التحفظ على الأموال محل هذه المخالفة⁽²⁾.

المطلب الثاني

العقوبات التبعية والتكميلية

تقسيم:

بجانب العقوبات الأصلية المقررة لجريمة غسل الأموال تفرض غالبية تشريعات مكافحة غسل الأموال، بعض العقوبات التبعية والتكميلية، على مرتكبيها من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، وذلك على النحو التالي:

- الفرع الأول: العقوبات التبعية.

- الفرع الثاني: العقوبات التكميلية.

الفرع الأول: العقوبات التبعية:

فقد قرر المشرع الفرنسي عقوبات تضاف إلى العقوبات الأصلية، وتوقع على الشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري، حال ارتكابه جريمة غسل الأموال، حيث نصت المادة (7-324) من قانون العقوبات الفرنسي على مجموعة من العقوبات توقع على الشخص الطبيعي الذي يرتكب الجريمة العامة لغسل الأموال، وكذلك نصت المادة

1- انظر المادة الخامسة من القانون المذكور.

2- نص المادة الثامنة من القانون المذكور يحدد المصرف المركزي الحد الأعلى للمبالغ التي يسمح بإدخالها إلى الدولة نقداً دون الحاجة إلى الإفصاح عنها وعن مصدرها ويخضع ما يزيد على هذا الحال إلى نظام الإفصاح الذي يضيفه المصرف المركزي.

(9-324) من القانون ذاته على مجموعة العقوبات التي توقع على الشخص الاعتباري، على النحو التالي:

أولاً- العقوبات التي توقع على الشخص الطبيعي:

وردت هذه العقوبات بنص المادة (7-324) من قانون العقوبات الفرنسي وقد أورد المشرع الفرنسي النص على هذه العقوبات لتدعيم الردع المقصود من العقوبات الأصلية، فضلاً عن كونها عوامل وقائية تحول دون تكرار ارتكاب الجريمة مستقبلاً من الفاعل نفسه⁽¹⁾، وهذه العقوبات هي:

1- حظر مباشرة الوظيفة العامة أو مباشرة النشاط المهني أو الاجتماعي، الذي وقعت الجريمة بسبب أو بمناسبة مباشرته، وذلك على النحو الوارد تفصيلاً بالمادة (131 - 27) وقد يكون هذا الحظر نهائياً كما في الحالة المنصوص عليها في المادة (2-242) أو مؤقتاً ولمدة خمسة أعوام فأكثر في الحالة المنصوص عليها في المادة (1-324).

2- الحرمان من إجرار أو حمل أحد الأسلحة التي يستوجب حملها ترخيصاً من الجهات المختصة لمدة خمس سنوات، وهي عقوبة مؤقتة.

3- الحرمان من إصدار شيكات، فيما عدا الشيكات التي تمكن الساحب من الحصول على أمواله لدى المسحوب عليه، والشيكات المتعددة، وحظر استخدام بطاقات الدفع، ويكون الحظر في هذه الحالة لمدة لا تزيد على خمس سنوات.

4- وقف رخصة القيادة لمدة لا تزيد على خمس سنوات، ويجوز ان يقتصر الوقت على القيادة خارج نطاق النشاط المهني.

1- د. محمود كبيش، السياسة الجنائية، في مواجهة غسل الأموال دار النهضة العربية القاهرة ، سنة

- 5- إلغاء رخصة القيادة، وعدم السماح باستصدار رخصة جديدة لمدة لا تزيد على خمس سنوات.
- 6- مصادرة سيارة أو أكثر من السيارات المملوكة للمحكوم عليه.
- 7- مصادرة سلاح أو أكثر من الأسلحة التي يملكها المحكوم عليه أو يكون له حق التصرف فيها.
- 8- مصادرة الأشياء التي استخدمت أو كانت معدة للاستخدام في ارتكاب الجريمة والأشياء التي نتجت عنها، باستثناء الأشياء القابلة للاستيراد.
- 9- حظر مباشرة الحقوق المتعلقة بالمواطنة والحقوق المدنية والعائلية⁽¹⁾ وذلك وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة (131 - 26).
- 10- الحرمان من الإقامة وفقاً لنص المادة (131 - 31) ويكون الحظر في مواجهة المحكوم عليهم الأجانب، وذلك لمدة لا تزيد على عشر سنوات.
- 11- حظر مغادرة الأراضي الفرنسية لمدة لا تزيد على خمس سنوات.
- ويعاقب المشرع المصري على جريمة غسل الأموال بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات ومن المعلوم أن السجن من العقوبات المقررة للجنايات، ويترتب على الحكم على مرتكب جريمة غسل الأموال بعقوبة الجنائية؛ أن يقرر المشرع المصري لها عقوبات تبعية تقع بقوة القانون نتيجة لارتكابها، ونص على هذه العقوبات في المادة (25) من قانون العقوبات، والتي تنص على أن (كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً
-
- 1- وهي تتعلق بحقوق الترشح والانتخاب، ومزاولة وظيفة قضائية، أو تولي أمام المحاكم أو تمثيل احد الخصوم أو الدفاع عنه أمام القضاء، والحق في الشهادة أمام المحاكم إلا لمجرد التبليغ، والحق في الوصاية أو القوامة، ولكون جريمة غسل الأموال جنحة؛ فلا يجوز أن تزيد مدة الحرمان من هذه الحقوق عن خمس سنوات، وللمحكمة أن تقضي بحرمان المحكوم عليه من استعمال كل أو بعض هذه الحقوق المادة (131-26)

حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية....) والعقوبة المشار إليها هي دائماً عقوبات جنائيات فهي تتبع عقوبات الجنائيات فقط.

وهذه العقوبات توقع بقوة القانون، أي دون حاجة إلى أن ينص عليها القاضي في حكمه، وهي تتبع كل حكم بعقوبة جنائية وهي عقوبات لا تقبل التجزئة، وبحسب أحكام القانون المصري يتم حرمان الجاني المحكوم عليه بعقوبة السجن في إحدى جرائم غسل الأموال من الآتي:

1- القبول في أية خدمة بالحكومة، وذلك حسبما ورد بنص الفقرة الأولى من المادة (25) عقوبات من حرمان المحكوم عليه بعقوبة جنائية من القبول في أية خدمات بالحكومة مباشرة أو بصفة متعهدة أو ملتزم، أيا كانت أهمية الخدمة، وهذا الحرمان مؤبد فلا ينقضي بانقضاء العقوبة الأصلية.

2- الحرمان من التحلي برتبة أو نيشان، ويلاحظ أن الرتب المدنية قد ألغيت ويحظر الدستور إنشاؤها، فتتصرف هذه العقوبة إلى الرتب العسكرية فقط، كما يعني تقرير عدم أهليته لأن تمنح له مستقبلاً فهو حرمان مؤبد، والتحلي برتبة أو نيشان يقصد به التزين بالرتب والنياشين في الاحتفالات العامة.

3- الشهادة أمام مدة العقوبة، إلا على سبيل الاستدلال.

4- إدارة أشغاله الخاصة وأملاكه مدة العقوبة⁽¹⁾.

ثانياً- العقوبات التي توقع على الشخص الاعتباري:

استبدل المشرع الفرنسي العقوبات التكميلية بالعقوبات التبعية، ولم ينص قانون

العقوبات الفرنسي الجديد على عقوبات تبعية، توقع على الشخص الاعتباري، إضافة إلى

العقوبات الأصلية، لذلك نص المشرع صراحة على الإحالة للقواعد العامة بشأن تطبيق

1- د. محمود نجيب حسنى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص 833.

هذه العقوبات على الشخص الاعتباري، وذلك طبقاً لما جاء بنص المادة (324-9) من قانون العقوبات الفرنسي، والمادة (131-9) من القانون ذاته، ويتمتع وفقاً لذلك قاضي الموضوع بسلطة واسعة في إفراد هذه العقوبات والتي تتمثل في الآتي:

1- الحل: وهي بالنسبة للشخص الاعتباري، تماثل الإعدام بالنسبة للشخص الطبيعي، ويتم توقيعها بحسب السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولخطورة هذه العقوبة يتم توقيعها في حالتين فقط هما: الأولى: أن يكون الشخص الاعتباري قد وجد بغرض ارتكاب الجريمة، أي أن يكون الشخص الاعتباري قد أسس بغرض ارتكاب جريمة غسل الأموال وليست الجرائم الملحقة، ولم يكون ذلك مشهراً بشكل رسمي، وإلا فإن الشخص الاعتباري لن يحصل على التراخيص القانونية لممارسة نشاطه والتمتع بالشخصية القانونية. أما الحالة الأخرى: فهي انحراف الشخص الاعتباري عن ممارسة نشاطه، وارتكاب جنائية أو جنحة يعاقب عليها عند ارتكابها من شخص طبيعي بالحبس مدة لا تزيد عن خمس سنوات، وهو ما ينطبق على جرائم غسل الأموال.

2- حظر مباشرة النشاط المهني أو الاجتماعي وذلك بصفة مؤبدة أو لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، على أن يكون هذا الحظر -حسبما جاء بالمادة (324-9-2) محصوراً في النشاط الذي ارتكبت أثنائه أو بمناسبة جريمة غسل الأموال.

3- الوضع تحت رقابة القضاء: وذلك لمدة خمس سنوات على الأكثر، وفقاً لنص المادة (131-46) من قانون العقوبات الفرنسي، وهذه الرقابة القضائية تدرج في مفهوم التدابير، وقد أدرج المشرع الفرنسي جريمة غسل الأموال في عداد جرائم الأموال التي يتم بمناسبة ارتكابها وضع الشخص الاعتباري تحت رقابة القضاء.

4- الغلق: وذلك لمدة لا تزيد على خمس سنوات، ويشمل المؤسسات التابعة للمشروع كافة أو أحد أو أكثر منها الذي استخدم في ارتكاب جريمة غسل الأموال.

5- استبعاد الشخص الاعتباري من المشاركة في الأسواق العامة، سواء ذلك كان نهائياً أو مؤقتاً لمدة لا تزيد على خمس سنوات، على أن يشمل هذا الحظر عدم مشاركة المشروع بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في المشروعات العامة التابعة للدولة أو مؤسساتها.

6- الحرمان من دعوة الجمهور إلى الادخار أو الاستثمار نهائياً لمدة لا تزيد على خمس سنوات، وذلك بالطبع يكون مقصوراً على الشخص الاعتباري الذي كان مرخصاً له القيام بذلك النشاط.

7- حظر إصدار الشيكات: وهي مماثلة للعقوبة التي توقع على الشخص الطبيعي، وهي مستحدثة فيما يتعلق بانطباقها على الشخص الاعتباري وذلك في ظل قانون العقوبات الفرنسي الجديد، وهي عقوبة لها طابع التدابير، وهي عقوبة مؤقتة لمدة لا تزيد على خمس سنوات.

8- مصادرة الشيء الذي استخدم، أو كان معداً للاستخدام في ارتكاب الجريمة أو الأشياء المحصلة منها.

9- نشر الحكم: سواء بالإصاغة على الجدران، أو بواسطة الصحف المكتوبة، أو بأية وسيلة من وسائل الإعلام، مسموعة، أو مقروءة أو مرئية.

وعقوبات الحل والوضع تحت المراقبة القضائية، لا توقعان على الأشخاص الاعتبارية العامة التي ترتكب جريمة غسل الأموال، ولا تطبقان أيضاً على الأحزاب و التجمعات السياسية أو النقابات المهنية، وكذلك لا توقع عقوبة الحل على مؤسسات تمثيل الأشخاص⁽¹⁾.

1- المادة (131-2) من قانون العقوبات الفرنسي.

وفي مصر تنص المادة (16) من قانون غسل الأموال بعد تعديلاً بالقرار بالقانون رقم 36 لسنة 2014 على أنه (.... ويعاقب الشخص الاعتباري بغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز خمسة ملايين جنيه، ويكون مسؤولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت الجريمة التي وقعت بالمخالفة لأحكام هذا القانون قد ارتكبت من أحد العاملين به باسمه ولصالحه، ويجوز للمحكمة ان تقضي بمنع الشخص الاعتباري من مزاولة نشاطه لمدة محددة أو بإلغاء الترخيص الممنوح له بمزاولة النشاط، وتأمّر المحكمة في الحكم الصادر بالإدانة بنشر الحكم على نفقة الشخص الاعتباري في جريدين يوميّتين واسعتي الانتشار.

من خلال النص السابق يتضح أن المشرع قرر عقوبات أصلية وتبعية وتوقع على الشخص الاعتباري حال ارتكابه لجريمة غسل الأموال، فقد أضاف المشرع بمقتضى القرار بالقانون رقم 36 لسنة 2014 إلى العقوبات التي توقع على الشخص الاعتباري عقوبتي الغرامة وإلغاء الترخيص بمزاولة النشاط.

- **عقوبة الغرامة:** قرر المشرع المصري عقوبة مالية أصلية توقع على الشخص الاعتباري حال ثبوت ارتكابه لجريمة غسل الأموال، تتمثل في الغرامة التي لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز خمسة ملايين.

- **إلغاء التراخيص:** إضافة التعديل الذي أدخله القرار بالقانون رقم 36 لسنة 2014 على العقوبات التي توقع على الشخص الاعتباري، عقوبة إلغاء الترخيص الممنوح للشخص الاعتباري بمزاولة النشاط نهائياً، وهي تعد عقوبة بدنية تمس وجود الشخص الاعتباري، فهي بمنزلة الإعدام بالنسبة للشخص الطبيعي؛ لأنه يترتب عليها فناء الشخص الاعتباري، وهي تماثل عقوبة الحل في القانون الفرنسي.

- منع الشخص الاعتباري من مزاوله نشاطه: أجاز المشرع للمحكمة ن تقضي بمنع الشخص الاعتباري من مزاوله نشاطه لمدة محددة لم يقدرها النص، وترك للمحكمة سلطة تقديرية في تحديدها.

- نشر الحكم الصادر بالإدانة: ألزم المشرع المصري المحكمة التي تنتظر الدعوى، عند ثبوت مسؤولية الشخص الاعتباري عن جريمة غسل الأموال، أن توقع عليه عقوبة تبعية هي نشر الحكم الصادر بالإدانة على نفقة الشخص الاعتباري في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار.

وأيضاً وضح المشرع الليبي طبقاً لنص المادة الرابعة ثانيا عقوبات التي توقع على الشخص الاعتباري

بجانب العقوبة الأصلية توقع على الشخص الاعتباري في حالة ثبوت ارتكابه لجريمة غسل الأموال تتمثل في الغرامة التي تعادل ضعف المال محل الجريمة انه في حالة العود يحكم بالإضافة إلى ذلك بسحب الرخصة.

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية:

بجانب العقوبات الأصلية المقررة لجريمة غسل الأموال، تقرر معظم تشريعات مكافحة غسل الأموال المصادرة بوصفها عقوبة تكميلية وجوبية في غالبية التشريعات، الهدف منها حرمان الجناة من التمتع بثمره جرائمهم⁽¹⁾؛ لذلك تعد المصادرة تدبيراً قمعياً،

1- RIDER (Nancy), Returning Forfeited Assets to Victims, UNITED STATES ATTORNEY'S BULLETIN, NOVEMBER 2007, VOL. 55N. 6,P, 30 .

الأصل فيه أنه يواجه الجريمة الأصلية مصدراً جريمة غسل الأموال، أو بغرامة إضافية في حالة تعذر الحكم المصادرة لعدم ضبط الأموال المغسولة⁽¹⁾.

وتتضمن المصادرة إيلاًماً ذا طبيعة مالية، يتمثل في نزع ملكية المال محل المصادرة جبراً عن المالك، وإضافته إلى أملاك الدولة دون مقابل وحلولها محله في الملكية⁽²⁾.

وفي فرنسا طبقاً للمادة (131-21) تقع المصادرة على الأشياء التي استخدمت في ارتكاب الجريمة، أو كانت معدة للاستخدام فيها، أو الأشياء المحصلة منها. وإذا لم يضبط الشيء المراد مصادرته، ولم يمكن تقديمه للجهات المختصة، يؤمر بمصادرة قيمته، فالمشروع الفرنسي يأخذ بالمصادرة البديلة، عند تعذر تنفيذ المصادرة؛ لعدم ضبط الأموال، أو في حالة تبديلها، أو التصرف فيها إلى الغير حسن النية.

وكذلك تعاقب المادة (415) من قانون الجمارك على جريمة غسل الأموال بمصادرة المبالغ محل الجريمة أو ما يعادلها -عند تعذر ضبطها- وبالغرامة التي تتراوح قيمتها بين ما يعادل قيمة الأموال التي انصبت عليها الجريمة، سواء وقعت هذه الجريمة تامة أو في مرحلة الشروع. فيأخذ المشرع الفرنسي بالغرامة البديلة عند عدم إمكانية الحكم بالمصادرة.

1- د. محمد عبداللطيف عبدالعال، جريمة غسل الأموال، دار النهضة العربية القاهرة بدون نشر ص 181.

2- د. محمود نجيب حسنى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، 1977م، ص 834؛ وكذلك الدكتور علي فاضل حسن، نظرية المصادرة في القانون الجزائري المقارن، 1973م، ص 67 د. أحمد عوض بلال، محاضرات في الجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، ط 1996، ص 287 وما بعدها.

وفي القانون الليبي قرر مسؤولية الشخص الاعتباري بعقوبة تكميلية وهي مصادرة المال وهذا يعني أيضاً أن المصادرة عقوبة تكميلية وجوبية يتعين أن يحكم بها القاضي إلى جانب العقوبات الأصلية وإلا كان الحكم باطلاً أيضاً وتوسيع عقوبة المصادرة يفترض أن تكون الأموال محل الجريمة وأيضاً في حالة العود يحكم بالإضافة إلى ذلك غلق المنشأة⁽¹⁾.

وفي القانون المصري تنص المادة (14) من قانون مكافحة غسل الأموال، في فقرتها الثانية على أنه (ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأموال المضبوطة أو بغرامة إضافة تعادل قيمتها في حالة تعذر ضبطها أو في حالة التصرف فيها إلى الغير حسن نية) وهذا يعني أن المصادرة عقوبة تكميلية وجوبية، يتعين أن يحكم بها القاضي إلى جانب العقوبات الأصلية، وإلا كان حكمه باطلاً⁽²⁾، وتوقيع عقوبة المصادرة يفترض أن تكون الأموال محل الجريمة، قد تم ضبطها حيث يقصر القانون المصادرة على الأشياء المضبوطة، وعلّة ذلك أن يصادف الحكم بالمصادرة محلاً يكون قابلاً للتنفيذ وتمكين القضاء من معاينة الشيء المضبوط، والتحقق من توافر شروط المصادرة⁽³⁾.

أما إذا لم تضبط الأموال محل الجريمة، فإنه في هذه الحالة ينبغي توقيع غرامة إضافية تعادل قيمتها، فهذه الغرامة الإضافية هي غرامة بديلة عن المصادرة، حال تعذر ضبط الأموال التي كان يجب أن تكون محلاً للمصادرة وهو ما يطلق عليه بعض الفقهاء

1- نص المادة الرابعة - ثانياً من القانون المذكور.

2- د. شريف سيد كامل، السياسة الجنائية، المرجع السابق، ص 155.

3- ففضى بأن (إذا كان الثابت من الحكم أن الخمر التي حكم بمصادرتها لم تضبط على ذمة الفصل في الدعوى، فإن القضاء بالمصادرة يكون قد وقع على خلاف ما تقضي به المادة 30 من قانون العقوبات). نقض 8 فبراير 1955، طعن رقم 2400، مجموعة أحكام النقض، س 6، رقم 168 ص

(المصادرة الحكيمة)⁽¹⁾، ويلحق بتعذر الضبط، التصرف في الأموال التي كان يجب أن تكون محلاً للمصادرة إلى الغير حسن النية، تطبيقاً للقاعدة العامة في تقييد المصادرة⁽²⁾.

المطلب الثالث

تطبيق العقوبات

تقسيم:

يتضح من فحص تشريعات مكافحة غسل الأموال، أن معظم هذه التشريعات تمنح القاضي سلطة تقديرية لإفراد العقاب، تختلف هذه السلطة من تشريع لآخر، فبعضها وهو الاتجاه الأغلب في التشريعات الأجنبية والعربية ويجعل الأفراد بين الحدين الأدنى والأقصى لمقدار العقوبة، وبعضها الآخر يجعل الأفراد في الاختيار بين العقوبة السالبة للحرية والغرامة، هذا بالنسبة لمسألة تخفيف العقوبة، وقد يكون هناك بعض الظروف التي تحيط بالجريمة وتسدعي معاملة الجاني بقسوة، فأقرت بعض التشريعات ظروفًا مشددة لجريمة غسل الأموال، وهو ما سنستعرضه بالشرح والتحليل:

الفرع الأول: الظروف المشددة:

تقرر بعض تشريعات مكافحة غسل الأموال ظروفًا مشددة للعقاب على جريمة غسل الأموال، وغالباً ما ترجع هذه الظروف إلى: خطورة الجاني التي تتمثل في انتمائه إلى عصابة إجرامية منظمة، أو توافر صفة فيه تمكنه من إجراء عمليات غسل الأموال بسهولة ويسر، كأن يكون أحد العاملين بالمؤسسات المالية؛ مما يجعل وقوعها منه أشد

1- د. حسام الدين محمد أحمد، المرجع السابق، بند 148، ص 173؛ د. عبدالفتاح عبداللله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 2001، ص 332 وما بعدها.

2- د. عوض محمد عوض: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، طبعة سنة 2000، ص 584.

خطراً من وقوعها من غيره، وقد ترجع هذه الظروف إلى وسيلة ارتكابها، كأن يتم ارتكابها من خلال جمعيات ومؤسسات خيرية، أو إلى طبيعة الجريمة الأصلية، كأن تكون العقوبة المقررة لها أشد من العقوبة المقررة لجريمة غسل الأموال، وسنتناول ذلك بالتفصيل على النحو التالي:

في فرنسا يقرر المشرع الفرنسي مجموعة من الظروف المشددة، لجريمة غسل الأموال، يرتبط بعضها بوسيلة ارتكابها، أو خطورة فاعلها، وبعضها الآخر يرتبط بخطورة الجريمة الأصلية المحصل منها المال أو العلم بها.

والظروف المشددة المرتبطة بخطورة فاعلها وطريقة ارتكابها، أوردها القانون

الفرنسي في الحالتين، نصت عليها المادة (324-2) هما:

- الأولى: ارتكاب الجريمة بطريق الاعتياد، أو استخدام بعض تسهيلات ممارسة نشاط مهني، والاعتياد يتطلب تكرار أفعال الغسل أكثر من مرة، واستخدم تسهيلات ممارسة نشاط مهني يقع من شخص يعمل في جهة أو مؤسسة هيئة أو مجال يسهل له إجراء عمليات غسل الأموال، كأن يكون الجاني موظفاً في مؤسسة مالية أو يعمل محامياً.

- والثانية: ارتكاب الجريمة من قبل عصابة إجرامية منظمة، وفي هاتين الحالتين يضاعف المشرع العقوبة، فيصل الحبس إلى عشر سنوات، والغرامة إلى 750,000 ألف يورو.

أما الظروف التي ترتبط بخطورة الجريمة فقد نصت عليها المادة (324-4)

بقولها (إذا كانت الجناية أو الجنحة التي تحصل منها المال محل الغسل معاقباً عليها، بعقوبة سالبة للحرية تزيد مدتها عن مدة العقوبة المقررة في المادتين (324-1، 324-

2) فإن مرتكب الغسل يعاقب بالعقوبات المقررة لهذه الجناية أو الجنحة، إذا كان عالماً

بها، وإذا كانت هذه الجناية أو الجنحة قد توافر لها ظروف مشددة، عوقب فاعل الغسل بالعقوبة المرتبطة بالطرف المشدد الذي يعلم به.

فالمشرع الفرنسي في هذه الحالة يشدد العقاب إذا كانت الجريمة المحصل منها المال معاقباً عليها بعقوبة أشد من جريمة غسل الأموال، ويشترط لإعمال التشديد، علم الجاني بأن الأموال محصلة من جريمة تزيد عقوبتها على العقوبة المقررة لجريمة غسل الأموال، ويشدد العقاب أيضاً إذا اقترن بالجريمة الأصلية ظرف مشدد كان يعلم به الجاني. وأيضاً في قانون مكافحة غسل الأموال الليبي قرر المشرع ظروف مشددة للعقاب كما فعلت غالبية تشريعات مكافحة غسيل الأموال في حالة الاعتياد يحكم بسحب التراخيص وغلقت المنشأة طبقاً للمادة الرابعة.

وفي قانون مكافحة غسل الأموال المصري، لم يقرر المشرع ظروفاً مشددة للعقاب، كما فعلت غالبية تشريعات مكافحة غسل الأموال؛ لذا أطلب المشرع المصري بتقرير ظروف مشددة للعقاب كما فعلت غالبية تشريعات مكافحة غسل الأموال، وذلك إذا كانت الجريمة المحصل منها المال معاقب عليها بعقوبة أشد من العقوبة المقررة لجريمة غسيل الأموال، وفي حالة ارتكاب الجريمة من قبل جماعة إجرامية منظمة، وفي حالة الاعتياد، وكذلك استغلال مهنة أو وظيفة تسهيل ارتكاب جريمة غسل الأموال، وارتكاب جريمة غسل الأموال بهدف تمويل الإرهاب، وكذلك العقاب على غسل الأموال المحصلة من جنحة بالعقوبة المقررة للجنحة المحصل منها المال والتفرقة في العقاب بين الجريمة التامة والشروع فيها، إذ أنه لا يستساغ أن يعاقب بعقوبة الجريمة التامة من وقف عمله عند حد الشروع فقط.

الفرع الثاني: الإعفاء من العقاب:

تقرر معظم تشريعات مكافحة الأموال حالات لإعفاء الجاني من العقاب عند إبلاغه عن جريمة غسل الأموال، وترجع علة تقرير الإعفاء إلى أن جريمة غسل الأموال غالباً ما تُجرى في سرية من قبل عصابة إجرامية منظمة، بعيداً عن سلطات الضبط، لذا يعد إعفاء الجاني المبلغ من العقاب إحدى وسائل السياسة الجنائية الحديثة لمكافحة مثل هذا النوع من الجرائم، تشجيعاً للإبلاغ والكشف عنها، وذلك بمكافأة الجاني بإعفائه من العقاب، إذا قام بإبلاغ السلطات المختصة عنها.

وفي قانون مكافحة غسل الأموال المصري قررت المادة (17) حالتين للإعفاء من العقاب في جريمة غسل الأموال، فنصت على أنه: في حالة تعدد الجناة في جريمة غسل الأموال، إذا بادر أحدهم بإبلاغ أي من السلطات المختصة بالاستدلال أو التحقيق، بالجريمة وباقي الجناة فيها قبل أول علم لأي من هذه السلطات بها، أو أبلغ بعدم علم السلطات بالجريمة وأدى تبليغه إلى ضبط باقي الجناة أو الأموال محل الجريمة، تقضي المحكمة -متى قدرت توافر هذه الشروط- بإعفاء الجاني المبلغ من عقوبتي السجن والغرامة المقررتين في الفقرة من المادة (14) من هذا القانون، دون غيرهما من العقوبات التكميلية في الفقرة الثانية من المادة ذاتها.

ويتضح من النص السابق أن نطاق الإعفاء المقرر في هذه المادة مقصور من حيث العقوبات على العقوبات الأصلية -عقوبتي السجن والغرامة- المقررتين بالمادة (14) من قانون مكافحة غسل الأموال، غير ممتد إلى غيرهما من العقوبات التبعية والتكميلية.

أما نطاق الإعفاء من حيث الأشخاص فإنه مقصور على مرتكب جريمة غسل الأموال المنصوص عليها في المادة الثانية من قانون مكافحة غسل الأموال، أو الشروع

فيها؛ لأن الإعفاء لا يشمل إلا العقوبات الأصلية الواردة في المادة (14) من القانون السالف الذكر، وهذه المعلومات مقررة لمرتكبي جريمة غسل الأموال فقط. وفي قانون مكافحة غسل الأموال الليبي قررت المادة السادسة على أن يعفى من العقاب كل من يبلغ عن جريمة غسل الأموال قبل اكتشافها من الجهات المختصة.

الخاتمة

لقد عرضت هذه الدراسة لمنهج المسؤولية الجنائية والعقاب لجريمة غسل الأموال ومن خلال هذا البحث خلصت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات:
أولاً- النتائج:

- 1- جريمة غسل الأموال جريمة تابعة، تقع على الأموال المحصلة من جريمة أخرى، سابقة عليها أو معاصرة لها.
- 2- تعد جريمة غسل الأموال إحدى الجرائم الاقتصادية؛ لأنها تؤثر تأثيراً ضاراً في اقتصاد الدولة التي تقع فيها.
- 3- تمثل جريمة غسل الأموال إحدى الجرائم العالمية؛ فغالباً ما يتم ارتكابها عبر أكثر من دولة.
- 4- منهج المشرع المصري والليبي في العقاب على جرائم غسل الأموال المحصلة من جريمة مرتكبة في الخارج يضيق من نطاق التجريم؛ لأنه يشترط أن يكون الفعل مجرمًا في التشريع المصري والأجنبي؛ مما يؤدي إلى جعل مصر وليبيا مرتعاً خصباً لغاسلي الأموال المحصلة من أفعال غير مجرمة في الخارج حتى ولو كانت مجرمة في التشريع المصري والليبي. مثل الأموال المحصلة من أعمال الدعارة في الدول التي تبيح الدعارة بترخيص.
- 5- جرمت غالبية تشريعات مكافحة غسل الأموال ومنها المشرع المصري والليبي بعض الأفعال التي تقع من موظفي المؤسسات المالية بغرض منع معرفة أو عرقلة التوصل إلى عمليات غسل الأموال، ومنها الإخطار عن العمليات المشتبه فيها وإمسك سجلات لقيود العمليات وإفشاء المعلومات المتعلقة بالإخطارات.

- 6- اعتراف المشرع المصري والليبي بالمسؤولية الجنائية المباشرة للشخص الاعتباري عن جريمة غسل الأموال. وقرر عقوبات جنائية توقع على الشخص الاعتباري حال ارتكابه جريمة غسل الأموال. تتمثل في: الغرامة. وإلغاء الترخيص وسحب الترخيص في القانون الليبي الممنوح للشخص الاعتباري بممارسة النشاط. ومنع الشخص الاعتباري من ممارسة نشاطه لمدة مؤقتة. فضلاً عن عقوبة تبعية تتمثل في نشر الحكم الصادر بالإدانة في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار كما جاء في القانون المصري.
- 7- ساوى المشرع المصري في العقاب على جريمة غسل الأموال المحصلة من جنابة والمحصلة من جنحة. ولم يفرق بينهما؛ مما يجعل مرتكب الجريمة الأصلية المحصل منها الأموال إذا كانت جنحة في وضع أفضل من الغاسل. ولم يقرر المشرع المصري ظروفاً للعقاب كما فعلت غالبية التشريعات ومنها المشرع الليبي.
- 8- ألزمت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بجريمة غسل الأموال الدول الأطراف بالقيام بمحاكمة الشخص عن جريمة غسل الأموال. إذا امتنعت عن تسليمه لكونه أحد مواطنيها.
- 9- ألزمت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بجريمة غسل الأموال الدول الأطراف بتنفيذ الأوامر الصادر بضبط وتجميد الأموال المحصلة من جريمة غسل الأموال، وعدم التذرع بالسرية المصرفية للنكوص على هذا الالتزام.
- 10- ألزمت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بجريمة غسل الأموال الدول الأطراف باتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الأحكام الأجنبية بمصادرة الأموال المغسولة، وقد وضعت الدول تطبيقاً لالتزاماتها الدولية شروطاً فضفاضة لتنفيذ أحكام المصادرة الأجنبية. تتضمن سلطة تقديرية واسعة لرفض تنفيذ الحكم الأجنبي بالمصادرة. وتفرغ الالتزامات الدولية من مضمونها، فتجعل الأحكام الأجنبية مرهوناً بالعلاقات السياسية بين البلدين.

ثانياً: التوصيات:

لقد خلصت من هذه الدراسة إلى بعض التوصيات أهمها على النحو الآتي:

1- أطالب المشرع الليبي والمصري الاكتفاء في حالة العقاب على جريمة غسل الأموال المحصلة من جريمة مرتكبة في الخارج بأن يكون الفعل المحصل من المال معاقباً عليه في ليبيا ومصر أو في مكان ارتكابه؛ وذلك لتجنب استفادة الجاني من عدم الفعل في مصر أو ليبيا أو الخارج.

2- أطالب المشرع المصري والليبي بربط العقاب في جريمة غسل الأموال بالعقوبة المقررة للجريمة المحصل منها الأموال وظروفها، لأن المشرع قرر لجريمة غسل الأموال عقوبة تزيد كثيراً عن العقوبة المقررة للجريمة الأصلية المحصل منها المال، مثل جرائم غسل الأموال المحصلة من جرائم سرقة الموال واغتصابها، وجرائم الفجور والدعارة، والجرائم الواقعة على الآثار، والعقاب على غسل الأموال المحصلة من جنحة بالعقوبة المقررة للجنحة المحصلة منها المال، والتفرقة في العقاب بين الجريمة التامة والشروع فيها، إذ أنه لا يستساغ أن يعاقب بعقوبة الجريمة التامة من وقف عمله عند حد الشروع فقط.

3- أطالب المشرع المصري بتقرير ظروف مشددة للعقاب كما فعلت غالبية تشريعات غسل الأموال ومنها المشرع الليبي، وذلك إذا كانت الجريمة المحصل منها المال معاقب عليها بعقوبة أشد من العقوبة المقررة لجريمة غسل الأموال، وفي حالة ارتكاب الجريمة من قبل جماعة إجرامية، وفي حالة الاعتياد، وكذلك استغلال مهنة أو وظيفة تسهل ارتكاب جريمة غسل الأموال، وارتكاب جريمة غسل الموال بهدف التمويل.

4- أطالب المشرع المصري والليبي بتجريم فتح حسابات مجهولة أو بأسماء وهمية، وكذلك تجريم الإهمال الجسيم في التثبت من شخصية العميل؛ لتفويت الفرصة على الجاني في التدرع بالخطأ لنفي مسؤليته.

- 5- أطالب المشرع المصري والليبي أن يعاقب الجاني بغرامة تعادل مثلي الأموال محل الجريمة، ويعاقب بالسجن المؤبد إذا اقترنت جريمة غسل الأموال بأحد الظروف الآتية:
- أ- ارتكاب الجريمة من قبل جماعة إجرامية منظمة.
- ب- الاعتقاد على ارتكاب جرائم غسل الأموال.
- ج- استغلال الجاني لمهنة أو وظيفة تسهل ارتكاب جريمة غسل الأموال.
- د- ارتكاب جريمة غسل الأموال بهدف تمويل الإرهاب.

المراجع

1- د. إبراهيم حامد الطنطاوي:

- المواجهة التشريعية لغسل الأموال في مصر - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2003.

2- د. أحمد عوض بلال:

- محاضرات في الجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

3- د. أحمد فتحي سرور:

- الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، ط16، 1996.

4- د. حسام الدين محمد احمد:

- شرح القانون رقم 80 لسنة 2002 بشأن مكافحة غسل الأموال في ضوء الاتجاهات الحديثة، دراسة مقارنة لتشريعات الدول العربية ودول الاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2003.

5- د. شريف سيد كامل:

- المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية، دار النهضة العربية القاهرة، 1997.

- تعليق على قانون العقوبات الفرنسي الجديد - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1998.

6- د. عبد الرازق الموافي عبد المطلب:

- المسؤولية الجنائية لمدير المنشأة الاقتصادية الخاصة، دار النيل للطباعة، المنوفية، 1999.

7- د. علي فاضل حسن:

- نظرية المصادر في القانون الجنائي المقارن 1973 ص 67.

8- د. عمر محمد سالم:

- المسؤولية للأشخاص المعنوية، بدون ناشر، 1995.

9- د. عوض محمد عوض:

- شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط 2000.

10- د. فتوح عبد الله الشاذلي:

- شرح قانون العقوبات - القسم العام، ط 2001.

11- د. محمد عبد اللطيف عبد العال:

- جريمة غسل الأموال ووسائل مكافحتها في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

12- د. محمد عيد الغريب:

- شرح قانون العقوبات - القسم العام - النظرية العامة للجريمة، بدون ناشر، 1999-2000.

13- د. محمود كبيش:

- السياسية الجنائية في مواجهة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2001.

14- د. محمود نجيب حسني:

- شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 1977.

الأفعال الإجرامية المخلة بإقامة العدالة أمام القضاء الدولي الجنائي الدائم

د. أشرف عمران محمد*

مقدمة:

مُنحت المحكمة الجنائية الدولية الدائمة صلاحية حماية مكانتها ومصداقيتها وذلك بتجريم كل ما من شأنه إفساد المناخ القضائي وإفراغه من محتواه فكان تجريم بعض الأفعال المخلة بإقامة العدالة في نص المادة (70) من نظام روما الأساسي. وهذه الأفعال المجرمة تختلف عن الأفعال المنصوص عليها في المادة (71/ف1) من نظام روما الأساسي المتعلقة بسوء السلوك أمام المحكمة الجنائية الدولية التي جاء فيها: "للمحكمة أن تعاقب الأشخاص المائلين أمامها الذي يرتكبون سلوكا سيئا، بما في ذلك تعطيل إجراءاتها أو تعمد رفض الامتثال لتوجيهاتها، بتدابير إدارية خلاف السجن مثل الإبعاد المؤقت أو الدائم من غرفة المحكمة، أو الغرامة، أو بأية تدابير مماثلة أخرى تنص عليها القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات"، فهذه الأفعال غير مجرمة، وكل ما تملكه المحكمة هو تطبيق بعض التدابير لمجابهة أفعال سوء السلوك أمامها مثل الإبعاد المؤقت أو الدائم من غرفة المحكمة، أو الغرامة أو أية تدابير إدارية مماثلة أخرى.

وتبدو أهمية هذه الدراسة في كونها تسلط الضوء على اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالجرائم المخلة بإقامة العدالة، وهو اختصاص موضوعي للمحكمة إلى

*- أستاذ القانون الجنائي المساعد بكلية القانون ترهونة - جامعة الزيتونة.

جانب اختصاصها بالجرائم الدولية الخطيرة المنصوص عليها في المادة (5) من نظام روما الأساسي المتمثلة في: (جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية جرائم الحرب، جريمة العدوان)، فكثير من الدراسات القانونية المتخصصة في مجال المحكمة الجنائية الدولية الدائمة تهمل الحديث عن الجرائم المخلة بإقامة العدالة أمام المحكمة الجنائية الدولية وتقتصر الاختصاص الموضوعي للمحكمة على الجرائم الدولية الواردة في نص المادة (5) سالف الذكر وهي مغالطة يجب تجنبها ، فالجرائم المخلة بإقامة العدالة أمام المحكمة الجنائية الدولية لا تقل أهمية عن الجرائم الدولية سألقة الذكر فهي أفعال تعيق سير العدالة السليم ومن تم إفلات الجناة من العقاب كشهادة الزور مثلاً التي تغير مسار الحقيقة بإدانة إنسان بريء، أو تدمير الأدلة والعبث بها لغرض عدم الوصول إلى الجناة وإدانتهم، أو ممارسة الإكراه على أحد مسؤولي المحكمة للقيام بعمله بصورة غير نزيهة وهو ما يعني تبرئة جانٍ أو إدانة بريء.

إن دراسة موضوع الأفعال الإجرامية المخلة بإقامة العدالة أمام القضاء الدولي الجنائي الدائم يثير بعض التساؤلات التي يقع على عاتقنا الإجابة عليها بدقة وحرص شديد لأهمية هذا الموضوع في تحقيق العدالة الجنائية التي ينشدها المجتمع الدولي بأسره، وتتمثل هذه التساؤلات في: هل الجرائم الواردة في نص المادة (70/ف1) من نظام روما الأساسي تستوعب كل الأفعال المخلة بإقامة العدالة؟ وما هي العقوبات المطبقة على هذه الجرائم؟ وما مدى نجاعتها في تحقيق الغاية منها؟ وهل طبق مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في تجريم الأفعال المخلة بإقامة العدالة أمام المحكمة الجنائية الدولية والعقاب عليها بشكل سليم؟ وما هو دور الدول الأطراف في الاختصاص بهذه الجرائم، فهل تختص هي الأخرى بنظر هذه الجرائم كما هو الحال بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في المادة (5) من نظام روما الأساسي؟ وهل تخضع الجرائم المخلة بإقامة العدالة

للتقادم؟ أم أنها لا تتقادم عملاً بنص المادة (29) من نظام روما الأساسي، كل هذه التساؤلات ستتم الإجابة عليها طبقاً للمنهج التحليلي النقدي في إطار خطة البحث التالية:

- مقدمة

- المطلب الأول: الجرائم المخلة بإقامة العدالة والعقاب عليها.

- المطلب الثاني: إجراءات المعاقبة عن الأفعال الإجرامية المخلة بإقامة العدالة.

- خاتمة

المطلب الأول

الجرائم المخلة بإقامة العدالة والعقاب عليها

إلى جانب الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية والمتمثل في نظر الجرائم الواردة في المادة الخامسة من نظام روما الأساسي، هناك اختصاص موضوعي آخر يقع أثناء قيام المحكمة بمهمتها في إقامة العدالة، وهو ما أطلق عليه نظام روما الأساسي (الأفعال الجرمية المخلة بإقامة العدالة) في المادة (70) منه والتي سنتعرف عليها في (الفرع الأول) ومن تم معرفة العقوبة المطبقة على هذه الجرائم في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تحديد الجرائم المخلة بإقامة العدالة

حددت المادة (1/70) من نظام روما الأساسي الأفعال الإجرامية المخلة بإقامة

العدالة⁽¹⁾ والتي ترتكب عمداً⁽¹⁾ والمتمثلة في:

1- يطلق الدكتور: محمود شريف بسيوني على هذه الجرائم اسم (الجرائم المرتكبة ضد إدارة العدالة) د.محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، نادي القضاة، مصر، 2001م، ط1، ص180.

- أولاً: الإدلاء بشهادة زور بعد التعهد بالتزام الصدق عملاً بالفقرة 1 من المادة 69: تتمثل شهادة الزور في الإدلاء بشهادة لإخفاء الحقيقة أو إنكارها أو تغييرها أو السكوت عن كل أو بعض الوقائع التي يعلمها الشاهد، ولذلك فرض نظام روما لأساسي على الشاهد التعهد بالتزام الصدق في المادة (1/69) منه أمام المحكمة الجنائية الدولية، فإذا تبينت المحكمة أن شهادته التي أدلى بها أمامها هي شهادة زور محاولة منه لتغيير مسار الحقيقة فأنها تتخذ إجراءاتها لإدانته عملاً بنص المادة (70) من نظام روما الأساسي.

- ثانياً: تقديم أدلة يعرف الطرف أنها زائفة أو مزورة: يستوي في هذا الفعل أن تقدم الأدلة الزائفة أو المزورة من أي شخص كان، كأن يكون المتهم، أو المجني عليه مثلاً، أو الخبير، أو المترجم.

- ثالثاً: ممارسة تأثير مفسد على شاهد، أو تعطيل مثوله أو إدلائه بشهادته أو التأثير عليهما، أو الانتقام من شاهد لإدلائه بشهادته⁽²⁾، و تدمير الأدلة أو العبث بها أو التأثير على جمعها.

1- د. شريف سيد كامل، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ط1، ص55.

2- في الواقع أهتم نظام روما الأساسي بحماية الشهود في نص المادة (68) منه وذلك بفرض بعض التدابير مما يبعدهم عن مغبة التأثير عليهم أو الانتقام منهم أو إفساد الأدلة والعبث بها وتتمثل هذه التدابير في: (1) تتخذ المحكمة تدابير مناسبة لحماية أمان المجني عليهم والشهود وسلامتهم البدنية والنفسية، وكرامتهم وخصوصيتهم. وتولى المحكمة في ذلك اعتباراً لجميع العوامل ذات الصلة، بما فيها السن، ونوع الجنس على النحو المعرف في الفقرة 3 من المادة 7، والصحة، وطبيعة الجريمة، ولكن دون حصر، عندما تنطوي الجريمة على عنف جنسي أو عنف بين الجنسين أو عنف ضد الأطفال. ويتخذ المدعي العام هذه التدابير وبخاصة في أثناء التحقيق في هذه الجرائم والمقاواة عليها، ويجب ألا تمس هذه التدابير أو تتعارض مع حقوق المتهم أو مع مقتضيات إجراء محاكمة عادلة ونزيهة.

- رابعاً: إعاقة أحد مسؤولي المحكمة أو ترهيبه أو ممارسة تأثير مفسد عليه - بغرض إجباره على عدم القيام بواجباته، أو القيام بها بصورة غير سليمة، أو لإقناعه بأن يفعل ذلك.

يعتبر هذا الفعل من الوسائل غير النزيهة التي تلحق ضرراً بالإجراءات وتعتبر انتهاكاً لحقوق الإنسان وتثير شكوكاً في الحصول على الأدلة⁽¹⁾، ويتم ذلك مثلاً بإجبار أحد قضاة المحكمة بإصدار حكم يخالف الحقيقة وذلك من خلال إكراهه من خلال التهديد بالقتل أو الإيذاء الجسدي أو التهديد بالشرف أو السمعة.

- خامساً: الانتقام من أحد مسؤولي المحكمة بسبب الواجبات التي يقوم بها ذلك المسؤول أو مسؤول آخر.

الانتقام بسبب المهام أو الواجبات التي يقوم بها أحد مسؤولي المحكمة الذي قد يكون: (المدعي العام، أو مسجل المحكمة، أو أحد رؤساء دوائر المحكمة)، وذلك بغرض

(2) استثناء من مبدأ علانية الجلسات المنصوص عليه في المادة 67، لدوائر المحكمة أن تقوم، حماية للمجني عليهم والشهود أو المتهم، بإجراء أي جزء من المحاكمة في جلسات سرية أو بالسماح بتقديم الأدلة بوسائل إلكترونية أو بوسائل خاصة أخرى. وتنفذ هذه التدابير بشكل خاص في حالة ضحية العنف الجنسي أو الطفل الذي يكون مجنيا عليه أو شاهداً، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك، مع مراعاة كافة الظروف، ولا سيما آراء المجني عليه أو الشاهد.

(3) لوحدة المجني عليهم والشهود أن تقدم المشورة إلى المدعي العام والمحكمة بشأن تدابير الحماية المناسبة والترتيبات الأمنية وتقديم النصح والمساعدة على النحو المشار إليه في الفقرة 6 من المادة 43.

(4) يجوز للمدعي العام، لأغراض أية إجراءات تسبق الشروع في المحاكمة، أن يكتفم أية أدلة أو معلومات يمكن الكشف عنها بموجب هذا النظام الأساسي فيقدم بدلاً من ذلك موجزاً لها إذا كان الكشف عن هذه الأدلة يؤدي إلي تعريض سلامة أي شاهد أو أسرته لخطر جسيم، وتمارس هذه التدابير بطريقة لا تمس حقوق المتهم أو تتعارض معها أو مع مقتضيات إجراء محاكمة عادلة ونزيهة.

1- د. علاء علي الدليمي، صلاحية المدعي العام القانونية لدى المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة والدائمة 'دراسة قانونية'، دار غيداء للنشر والتوزيع، الأردن، 2013م، ط1، ص208.

التأثير على سير العدالة وإفساد العمل القضائي الذي يجب أن يحاط بقدر كبير من الحماية، لضمان استقلال المحكمة في القيام بأعمالها بكل مصداقية ونزاهة، ومنعاً من إصدار أحكام لا تمت للواقع بصلة.

- سادساً: قيام أحد مسؤولي المحكمة بطلب أو قبول رشوة فيما يتصل بواجباته الرسمية. تتمثل الرشوة في فرض مقابل أو فائدة لأداء عمل أو للامتناع عن عمل ما أعمال الوظيفة، وهي ممارسة غير مقبولة ناتجة عن التعسف في استعمال السلطة، واستغلال الموظف لسلطته التقديرية وخيانتته للأمانة سعياً وراء الإثراء غير المشروع، فقبول الرشوة أو طلبها من قبل أحد مسؤولي المحكمة يساهم بشكل جدي في الإخلال بسير العدالة، والمساهمة في إفلات الجناة من المحاكمة عن أكثر الجرائم خطورة .

ومن المعلوم أن هذه الرشوة تشكل إخلالاً من جانب مسؤول المحكمة بمهام وظيفته المسندة إليه بموجب نظام روما الأساسي، كالإفصاح عن معلومات وأدلة ومستندات سرية رأت المحكمة أن تحيطها بالسرية تحقيقاً للعدالة وحماية الشهود والضحايا، أو تفتيق بعض الأدلة أو تزييفها⁽¹⁾.

وبهذا يمكن القول أن الغاية من تجريم الأفعال سالفة الذكر تكمن في ضمان مصداقية قرارات وأحكام المحكمة الجنائية الدولية⁽²⁾، التي يجب أن تبنى على أدلة ووقائع سليمة، وإلى حماية الشهود والعاملين في المحكمة من الفساد أو التهريب، ومع ذلك توجد بعض الأفعال الأخرى التي كان على نظام روما الأساسي تجريمها واعتبارها

1- د. منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009م، ط1، ص250.

2- فيدا نجيب حمد، المحكمة الجنائية الدولية نحو العدالة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان)، 2006م، ط1، ص 188.

ضمن الأفعال المخلة بإقامة العدالة، وتتمثل في فعل الافتراء على النفس أو الغير، وفعل اختلاق الجريمة (البلاغ الكاذب)، أو التقصير في التبليغ عن الجريمة، أو رفض القيام بما يستوجب قانوناً كرفض الخبير أو المترجم القيام بواجبهما، أو الامتناع عن أداء الشهادة.

هكذا انتهينا من تحديد الجرائم المخلة بإقامة العدالة أمام المحكمة الجنائية الدولية، ولكن ما هي العقوبة التي فرضها نظام روما الأساسي نتيجة إتيان أحد هذه الأفعال؟ وهو ما سنحاول الإجابة عليه في (الفرع الثاني).

الفرع الثاني

العقاب على الجرائم المخلة بإقامة العدالة

بينت المادة (3/70) من نظام روما الأساسي العقوبة التي تنطبق على الأفعال سابقة الذكر حيث يجوز للمحكمة الجنائية الدولية أن توقع عقوبة السجن لمدة لا تتجاوز خمس سنوات أو عقوبة الغرامة، أو العقوبتين معاً، فهذه العقوبة تنطبق على جميع الأفعال المذكورة سلفاً وبالتالي لم يحدد نظام روما الأساسي العقوبة المناسبة لكل صورة من صور الجرائم المذكورة على حدة، بل ترك للمحكمة السلطة التقديرية في اختيار العقوبة المناسبة للجريمة المناسبة، وهذا فيه إخلال كبير بمبدأ شرعية العقوبة.

كما لا تنطبق العقوبات الواردة في المادة (77) من نظام روما الأساسي ولا أي من القواعد المندرجة تحتها، باستثناء أمر المصادرة الوارد في الفقرة 2 (ب) من المادة 77، التي يجوز أن يؤمر بها بالإضافة إلى السجن أو الغرامة أو كليهما⁽¹⁾.

ويجوز فرض الغرامات على كل جريمة بصورة منفصلة، ويمكن أن تكون هذه الغرامات تراكمية. ولا تتجاوز القيمة الإجمالية بأي حال من الأحوال ما نسبته 50 في

1- راجع القاعدة (2/166) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

المائة من قيمة ما يمكن تحديده من أصول سائلة أو قابلة للتصريف، وأموال يملكها الشخص المدان، بعد خصم مبلغ مناسب يفي بالاحتياجات المالية للشخص المدان ومن يعولهم، ولدى فرض الغرامة، تعطي المحكمة للشخص المدان مهلة معقولة يدفع خلالها الغرامة، ويجوز أن تسمح المحكمة له بتسديدها كمبلغ إجمالي دفعة واحدة أو على دفعات خلال تلك الفترة⁽¹⁾.

في حالة عدم تسديد الشخص المدان الغرامة المفروضة عليه، يجوز للمحكمة اتخاذ تدابير التنفيذ المنصوص عليها في نظام روما الأساسي، والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية بحيث تحيل المحكمة نسخاً من حكم الغرامة إلى أي دولة يبدو أن للشخص المحكوم عليه صلة مباشرة بها إما بحكم جنسيته أو محل إقامته الدائم أو إقامته المعتادة، أو بحكم المكان الذي توجد فيه أصول وممتلكات المحكوم عليه أو التي يكون للضحية هذه الصلات بها. وتبلغ هيئة الرئاسة الدولية حسب الاقتضاء بأي مطالبات من طرف ثالث أو بعدم ورود مطالبة من شخص تلقى إخطاراً⁽²⁾.

وفي الحالات التي يستمر بها عدم التسديد عمداً، يجوز للمحكمة، بناء على مبادرة منها أو بطلب من المدعي العام، ونتيجة اقتناعها باستفاد جميع تدابير الإنفاذ المتاحة، وكما لاذ أخير، أن تفرض مدة سجن وفقاً للفقرة 3 من المادة 70، وتراعي المحكمة في تحديد فترة السجن قيمة ما سدد من الغرامة⁽³⁾.

1- راجع القاعدة (4-3/166) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

2- راجع القاعدة (5/166) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

3- راجع القاعدة (5/166) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

نخلص مما تقدم أن ارتكاب أحد الأفعال الإجرامية المخلة بإقامة العدالة المنصوص عليها في المادة (1/70) من نظام روما الأساسي، يستوجب حتماً توقيع عقوبة السجن لمدة لا تتجاوز خمس سنوات أو عقوبة الغرامة، أو العقوبتين معا طبقاً للسلطة التقديرية للمحكمة مع تطبيق عقوبة المصادرة التي من الممكن الاستفادة منها في حالة ارتكاب جريمة الرشوة من أحد مسؤولي المحكمة المتمثلة في نقود أو أي فوائد مادية أخرى، ولئن تعرفنا على الجانب الموضوعي (التجريم والعقاب) للأفعال الإجرامية المخلة بإقامة العدالة أمام القضاء الدولي الجنائي الدائم، يبقى معرفة الجانب الإجرائي المتمثل في إجراءات المعاقبة على الأفعال المخلة بإقامة العدالة في (المطلب الثاني).

المطلب الثاني

إجراءات المعاقبة عن الأفعال الإجرامية المخلة بإقامة العدالة

بعد التعرف على الجرائم المخلة بإقامة العدالة والعقاب عليها، يجب علينا معرفة إجراءات المعاقبة على الأفعال المجرمة المخلة بإقامة العدالة المتمثلة في ممارسة الاختصاص في (الفرع الأول)، وإجراءات الملاحقة والتحقيق والمحاكمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إجراءات ممارسة الاختصاص بالجرائم المخلة بإقامة العدالة

يجوز للمحكمة الجنائية الدولية، قبل أن تقرر إن كانت ستمارس الاختصاص، التشاور مع الدول الأطراف التي قد يكون لها اختصاص بالنسبة للجريمة⁽¹⁾ * وفق المعايير التالية⁽¹⁾:

1- دريدي وفاء، المحكمة الجنائية الدولية ودورها في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق، باتنة، الجزائر، 2009 م، ص 115.

- (أ) مدى إمكانية وفعالية إقامة الدعوى في الدولة الطرف.
- (ب) مدى جسامة الجريمة المرتكبة.
- (ج) إمكانية ضم التهم المنصوص عليها في المادة 70 إلى التهم المنصوص عليها في المواد من 5 إلى 8 من نظام روما الأساسي .
- (د) ضرورة التعجيل بإجراءات المحاكمة.
- (هـ) الصلات بتحقيق جاز أو بمحاكمة أمام المحكمة.
- (و) الاعتبارات المتعلقة بالأدلة.

يمكن القول أن الاختصاص بنظر هذه الجرائم يكون للمحكمة الجنائية الدولية والدول الأطراف في نظام روما الأساسي فقط⁽²⁾، وتكون مفاضلة الاختصاص بين المحكمة الجنائية الدولية والدولة الطرف في نظام روما الأساسي بالنظر إلى المعايير السابقة مجتمعة، فمثلاً بالنظر إلى المعيار المتعلق بمدى إمكانية وفعالية الدولة الطرف على إقامة الدعوى فإذا كانت الدولة غير قادرة على إقامة الدعوى على هذه الجرائم بالنظر إلى عدم فعالية قضائها الوطني لأي سبب كان حرب أو ما شابه ذلك فهنا تختص المحكمة الجنائية الدولية بنظر هذه الجرائم، يتم النظر أيضاً إلى جسامة الجريمة

*- لقد تم وضع هذا القيد لعدم موافقة أغلبية الدول أثناء مناقشات اعتماد نظام المحكمة الجنائية الدولية، حيث رأت بعض الوفود ترك هذه المسألة للقضاء الوطني وبالأخص فيما يتعلق بجريمة الرشوة، بالإضافة إلى رفض الدول تسليم مواطنيها للمحكمة لارتكابهم جرائم تمس العدالة، وفي النهاية تم التوصل إلى حل مفاده الاعتماد على المعايير التي تضمنتها القاعدة (162) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية

William Bourdon , La Cour pénal internationale, éd. du seuil, Paris, 2000, p.208.

- 1- راجع القاعدة (2-1/162) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.
- 2- يوسف محمد غومة، النطاق القانوني لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، غير منشورة، 2012م، ص142.

المرتكبة، والنظر إلى إمكانية ضم التهم المنصوص عليها في المادة 70 إلى التهم المنصوص عليها في المواد من 5 إلى 8 من نظام روما الأساسي.

فإذا كانت الدولة الطرف هي من تنظر الدعوى عن أي من الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية طبقاً لمبدأ الاختصاص التكميلي فإنه يمكنها ضم الجرائم المخلة بإقامة العدالة إلى ملف الدعوى للبحث فيها، أما إذا كان الاختصاص منعقداً للمحكمة الجنائية الدولية فهنا تختص هي بالنظر في الجرائم المخلة بإقامة العدالة إلى جانب الجرائم الدولية سالفة الذكر، وتطبيق هذا المعيار بالفعل سيحقق المعيار الذي يليه وهو التعجيل في إجراءات المحاكمة بدون تأخير لا مبرر له، ويتم النظر أيضاً إذا كانت المحكمة هي من تنظر الدعوى فيتم منحها الاختصاص بنظر هذه الجرائم، كما أن لاعتبارات الأدلة دور كبير في الاختصاص بنظر الجرائم المخلة بإقامة العدالة فمثلاً توافر الشهود في الدولة الطرف يتيح لها نظر هذه الجرائم بسهولة ويسر.

وبما أن الجرائم المخلة بإقامة العدالة يمكن أن يرتكبها بعض موظفي المحكمة، وبما أن هؤلاء يتمتعون بالحصانة استناداً إلى اتفاقية امتيازات وحصانات المحكمة الجنائية الدولية التي دخلت حيز النفاذ في 22 يونيو 2004م، لذلك فإن تنازل المحكمة الجنائية الدولية عن ممارسة اختصاصها في هذه الحالة، يجب أن يقترن برفع الحصانة عن مرتكب الفعل، لتتمكن المحاكم الوطنية للدولة التي تنازلت المحكمة عن ممارسة اختصاصها من ممارسة هذا الاختصاص على الصعيد العملي⁽¹⁾.

وتنظر المحكمة بعين العطف في الطلب المقدم من الدولة المضيفة (هولندا) بتنازل المحكمة عن سلطتها في ممارسة الاختصاص في الدعاوى حيث ترى الدولة

1- د. براء منذر عبداللطيف، النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008م، ط1، ص310.

المضيفة أن لهذا التنازل أهمية بالغة⁽¹⁾، وإذا قررت المحكمة عدم ممارسة اختصاصها، يجوز لها أن تطلب من الدولة الطرف أن تمارس هذا الاختصاص، عملاً بالفقرة 4 من المادة 70⁽²⁾.

حيث ورد في المادة (4/70) من نظام روما الأساسي ما يلي: "(أ) توسع كل دولة طرف نطاق تطبيق قوانينها الجنائية التي تعاقب على الأفعال الجرمية المخلة بسلامة عملية التحقيق أو العملية القضائية فيها لتشمل الأفعال الجرمية المخلة بإقامة العدل، المشار إليها في هذه المادة، التي ترتكب في إقليمها أو التي يرتكبها أحد رعاياها. (ب) بناء على طلب المحكمة، متى رأت ذلك مناسباً، تحيل الدولة الطرف الحالة إلى سلطاتها المختصة لأغراض المقاضاة، وتتناول تلك السلطات هذه الحالات بعناية وتكرس لها الموارد الكافية للتمكين من معالجتها بصورة فعالة".

وهذا يعني أن ممارسة الاختصاص بالجرائم المخلة بإقامة العدالة يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة الجنائية الدولية -طبقاً للمعايير السابقة- التي لها أن تطلب من الدولة الطرف نظر هذه الجرائم بشرط أن ترتكب أي منها في إقليم دولة طرف أو من أحد رعاياها⁽³⁾، مع النظر بعين العطف إلى الطلب المقدم من الدولة المضيفة للمحكمة الجنائية الدولية وهي هولندا، وبهذا فإذا تحدد الاختصاص بهذه الجرائم فإن القضاء المختص يتخذ إجراءاته بخصوص الملاحقة والتحقيق والمحاكمة وهو ما سنوضحه في (الفرع الثاني).

1- د. حمدي رجب عطية، الجرائم الدولية والتشريعات الوطنية واختصاص المحكمة الجنائية الدولية، دار محيسن للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة ، 2002م، ط1، ص 158 وما بعدها .

2- راجع القاعدة (4-3/162) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

3- William A. schabas, An Introduction To The International Criminal Court, Cambridge University, New York, Second Edition, 2004. p.66.

الفرع الثاني

إجراءات الملاحقة التحقيق والمحاكمة

عند الادعاء بارتكاب إحدى الجرائم المخلة بإقامة العدالة أمام دائرة المحاكمة، يجوز للمدعي العام أن يطلب شفويا إلى هذه الدائرة أن تأمر بإلقاء القبض فوراً على الشخص المعني⁽¹⁾، لضمان حضوره ومن تم محاكمته عما هو موجه له من اتهام.

ويجوز للمحكمة أن تطلب إلى إحدى الدول تقديم أي شكل من التعاون أو المساعدة القضائية بخصوص هذه الجرائم. وتشير المحكمة في أي من هذه الطلبات إلى أن أساس الطلب هو التحقيق أو الملاحقة على الجرائم المخلة بإقامة العدالة⁽²⁾.

ويجوز للمدعي العام أن يبدأ ويجري التحقيقات، فيما يتعلق بالجرائم المحددة في المادة (70)، بمبادرة منه، استنادا إلى المعلومات التي تزوده بها دائرة المحكمة أو أي مصدر آخر موثوق به، و يجوز للدائرة التمهيدية أن تتخذ دون عقد جلسة أي من القرارات المتعلقة باعتماد التهم استنادا إلى طلبات كتابية، ما لم تستلزم مصلحة العدالة غير ذلك.

كما يجوز للدائرة الابتدائية أن تأمر، حسب الاقتضاء ومع مراعاة حقوق الدفاع، بضم التهم المتعلقة بالجرائم المخلة بالعدالة إلى التهم الموجهة بموجب المواد 5 إلى 8 المتعلقة بالجرائم الدولية⁽³⁾.

وإذا مارست المحكمة اختصاصها بالجرائم المخلة بإقامة العدالة فإن عليها أن تطبق مدة التقادم حيث تخضع هذه الجرائم لتقادم مدته خمس سنوات من تاريخ ارتكاب

2- راجع القاعدة (169) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

3- راجع القاعدة (1/167) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

1- راجع القاعدة (165) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

الجريمة، شريطة ألا يكون قد شرع خلال هذه الفترة بأي تحقيق أو ملاحقة قضائية، وتنقطع مدة التقادم إذا شرع خلال هذه الفترة في أي تحقيق أو ملاحقة أمام المحكمة أو من قبل دولة طرف لها ولاية قضائية على الدعوى عملاً بالفقرة 4 (أ) من المادة 70، ويخضع إنفاذ العقوبات المفروضة فيما يتعلق بالجرائم المحددة في المادة 70، لتقادم مدته عشر سنوات من التاريخ الذي أصبحت فيه العقوبة نهائية. وتنقطع مدة التقادم باحتجاز الشخص المدان أو أثناء وجود الشخص المعني خارج إقليم الدول الأطراف⁽¹⁾.

إن تنقضي الدعوى الجنائية عن الجرائم المخلة بإقامة العدالة بمضي خمس سنوات من تاريخ ارتكاب الجريمة ما لم تنقطع مدة التقادم بالشروع في أي تحقيق أو ملاحقة خلال الخمس سنوات، وتنقضي أيضا العقوبة بالتقادم بمضي عشر سنوات من التاريخ الذي أصبحت فيه العقوبة نهائية ما لم تنقطع مدة التقادم باحتجاز الشخص المحكوم عليه أو تواجده خارج إقليم الدول الأطراف وهذا بخلاف ما نصت عليه المادة (29) من نظام روما الأساسي بخصوص الجرائم الواردة في نص المادة الخامسة من نظام روما الأساسي والمتمثلة في: (جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية جرائم الحرب، جريمة العدوان)، حيث لا تخضع هذه الجرائم للتقادم حيث جاء فيها ما يلي: "لا تسقط الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة بالتقادم أيا كانت أحكامه".

وكان من الأجدر أن لا تتقادم الدعوى الجنائية والعقوبة بخصوص الجرائم المخلة بإقامة العدالة أمام المحكمة الجنائية الدولية فهي لا تقل أهمية عن الجرائم الدولية سالفة الذكر فهي أفعال تعيق سير العدالة السليم ومن تم إفلات الجناة من العقاب وتغيير مسار الحقيقة، وعلى الرغم من أن التقادم تم النص عليه في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، ورغم نص المادة (51/ف5) من نظام روما الأساسي الذي جاء فيه: "في حالة

2- راجع القاعدة (164) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

حدوث تنازع بين النظام الأساسي والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، يعتد بالنظام الأساسي، إلا أن نظام روما الأساسي حسم المسألة في المادة (70/ف2) منه التي أحالت إلى المبادئ والإجراءات المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات فيما يتعلق بالجرائم المخلة بإقامة العدالة حيث جاء فيها: "تكون المبادئ والإجراءات المنظمة لممارسة المحكمة اختصاصها على الأفعال الجرمية المشمولة بهذه المادة هي الإجراءات المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.....".

جدير بالذكر أنه لا يحاكم أي شخص أمام المحكمة على سلوك يشكل إحدى الجرائم المخلة بإقامة العدالة إذا أدين بارتكابها أو برئت ساحتها منها من قبل هذه المحكمة أو محكمة أخرى⁽¹⁾.

1- راجع القاعدة (168) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

الخاتمة

وبهذا نكون قد توصلنا إلى ختام هذه الدراسة التي خلصنا من خلالها إلى بعض النتائج والتوصيات التي نأمل أن تساهم بشكل كبير في دفع عجلة العدالة الجنائية التي ينشدها المجتمع الدولي بأسره وتتمثل هذه النتائج والتوصيات في الآتي:

◆ تكمن الغاية من تجريم الأفعال المخلة بإقامة العدالة في ضمان مصداقية قرارات وأحكام المحكمة الجنائية الدولية، التي يجب أن تبنى على أدلة ووقائع سليمة، وإلى حماية الشهود والعاملين في المحكمة من الفساد أو التهيب.

◆ توجد بعض الأفعال الأخرى التي كان على نظام روما الأساسي تجريمها واعتبارها ضمن الأفعال المخلة بإقامة العدالة، وتتمثل في فعل الافتراء على النفس أو الغير، وفعل اختلاق الجريمة (البلاغ الكاذب)، أو التقصير في التبليغ عن الجريمة، أو رفض القيام بما يستوجب قانوناً كرفض الخبير أو المترجم القيام بواجبهما، أو الامتناع عن أداء الشهادة.

◆ أن ارتكاب أحد الأفعال الإجرامية المخلة بإقامة العدالة المنصوص عليها في المادة (1/70) من نظام روما الأساسي، يستوجب حتماً توقيع عقوبة السجن لمدة لا تتجاوز خمس سنوات أو عقوبة الغرامة، أو العقوبتين معا طبقاً للسلطة التقديرية للمحكمة مع تطبيق عقوبة المصادرة التي من الممكن الاستفادة منها في حالة ارتكاب جريمة الرشوة من أحد مسؤولي المحكمة المتمثلة في نقود أو أي فوائد مادية أخرى.

◆ لم يحدد نظام روما الأساسي العقوبة المناسبة لكل جريمة من الجرائم المخلة بإقامة على حدة، بل ترك للمحكمة السلطة التقديرية في اختيار العقوبة المناسبة للجريمة المناسبة، وهذا فيه إخلال كبير بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

◆ أن ممارسة الاختصاص بالجرائم المخلة بإقامة العدالة يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة الجنائية الدولية -طبقاً للمعايير التي حددها نظام روما الأساسي- التي لها أن تطلب من الدولة الطرف نظر هذه الجرائم بشرط أن ترتكب أي منها في إقليماً أو من أحد رعاياها، مع النظر بعين العطف إلى الطلب المقدم من الدولة المضيفة للمحكمة الجنائية الدولية وهي هولندا.

◆ كان من الأجدر أن لا تتقدم الدعوى الجنائية أو العقوبة بخصوص الجرائم المخلة بإقامة العدالة أمام المحكمة الجنائية الدولية فهي لا تقل أهمية عن الجرائم الدولية المنصوص عليها في نظام روما الأساسي فهي أفعال تعيق سير العدالة السليم ومن تم إفلات الجناة من العقاب وتغيير مسار الحقيقة.

المراجع

أولاً : المراجع العربية:

(أ) الكتب:

- د. براء منذر عبداللطيف، النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008م، ط1.
- د. حمدي رجب عطية، الجرائم الدولية والتشريعات الوطنية واختصاص المحكمة الجنائية الدولية، دار محيسن للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2002م، ط1.
- د. شريف سيد كامل، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ط1.
- د. علاء علي الدليمي، صلاحية المدعي العام القانونية لدى المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة والدائمة "دراسة قانونية"، دار غيداء للنشر والتوزيع، الأردن، 2013م، ط1.
- فيدا نجيب حمد، المحكمة الجنائية الدولية نحو العدالة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان)، 2006م، ط1.
- د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، نادي القضاة، مصر، 2001م، ط1.
- د. منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009م، ط1.

(ب) الرسائل العلمية:

- دريدي وفاء، المحكمة الجنائية الدولية ودورها في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق، باتنة، الجزائر، 2009م.

■ يوسف محمد غومة، النطاق القانوني لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، غير منشورة، 2012م.

(ج) الوثائق الدولية:

■ وثيقة الأمم المتحدة رقم (A/conf.183/9) تتضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

■ وثيقة الأمم المتحدة رقم (ICC-ASP/1/3) تتضمن القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

■ William A. schabas, An Introduction To The International Criminal Court, Cambridge University, New York, Second Edition, 2004.

■ William Bourdon, La Cour pénal internationale, éd. du seuil, Paris, 2000.

دور الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي

د. مصطفى إبراهيم العربي*

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على من بعثه الله رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد: فقد أفرز التطور العلمي الهائل في مجال التكنولوجيا ووسائل الاتصال أنماطاً جديدةً من الجرائم التي لم تألفها الخبرات التقليدية لأجهزة حماية العدالة الجنائية، وهي المعروفة بالجرائم المعلوماتية (Cyber Crimes)، والتي تعرّف بأنها: "أية جريمة لها علاقةً بالتكنولوجيا وأجهزة الحاسوب وشبكة المعلومات الدولية، المعروفة بالإنترنت"⁽¹⁾.

فهذه الجرائم تعتمد بالدرجة الأولى على استخدام الحاسوب أو ما في حكمه (الهواتف الذكية، أجهزة المعلومات اللوحية والتي من أمثلتها: iPad, Notepad)، وعلى شبكة المعلومات الدولية التي تقوم بمهمة الوسيط بين الأجهزة لنقل البيانات أو المعلومات، الأمر الذي فرض تحدياً جدياً أمام أجهزة حماية العدالة الجنائية، قد تعجز عن مواجهته إذا ما اعتمدت على الأدلة الجنائية التقليدية.

ولهذا يتعين على هذه الأجهزة الانتقال من مرحلة التعامل مع البيئة التقليدية للإجرام إلى مرحلة التعامل مع البيئة الافتراضية لهذا الإجرام، بما يعنيه ذلك من

*- أستاذ القانون الجنائي بكلية القانون/ جامعة المرقب.

1- Bernadette H. Schell and Clemens Martin, cybercrime: a reference hand book, contemporary world issues, US, 2004, p2.

الاستعداد للتعامل مع نوع جديدٍ من الأدلة، هو الأدلة الرقمية (Digital Evidences)، التي تتميز بخصائص من أهمها أنها ذات طبيعةٍ معنويةٍ أو غير ملموسة.

■ مجال الإثبات بالدليل الرقمي:

قد يعتقد البعض أن مجال الإثبات بالدليل الإلكتروني ينحصر فقط في الجرائم المعلوماتية دون الجرائم التقليدية، وهذه الفكرة مغلوطةٌ إن وجدت؛ ذلك أن هذا النوع من الأدلة يصلح لإثبات كلا النوعين، بل إن الجرائم المعلوماتية في حاجة -أحياناً- إلى اللجوء إلى الدليل التقليدي لإثبات وقائع من شأنها أن تسهم في كشف الحقيقة، وبيان ذلك على النحو الآتي:

■ الإثبات في الجرائم التقليدية:

يصلح الدليل الإلكتروني أيضاً في إثبات هذا النوع من الجرائم شأنه شأن الدليل التقليدي؛ ففي كثير من الأحيان قد تفيد الرسالة الإلكترونية المرسلة عبر الإيميل من الجاني إلى المجني عليه أو إلى غيره في إثبات بعض الجرائم التقليدية كالقتل والسرقة، وهو حال الصور والفيديوهات الملتقطة بواسطة الكاميرات الرقمية المثبتة داخل المحال التجارية أو المنازل أو المؤسسات الحكومية.

■ الإثبات في الجرائم المعلوماتية:

يلعب الدليل الإلكتروني الدور البارز في كشف الحقيقة في الجرائم المعلوماتية؛ وذلك بسبب ارتكابها في البيئة الافتراضية، أي البيئة غير المادية أو غير الملموسة، فهي إما أن تستهدف مالا معنوياً (معلومات أو بيانات) أو ترتكب بواسطة وسائل إلكترونية (برامج وتطبيقات إلكترونية)، غير أن هذا لا يعني بأي حال من الأحوال أن الدليل التقليدي لا يصلح لإثبات هذا النوع من الجرائم، فإذا كان الإثبات الجنائي في عمومه يستهدف إثبات أمرين، هما: حصول الواقعة ونسبتها إلى فاعلها، فإن الدليل الإلكتروني

وإن أفاد في إثبات الأمر الأول، إلا أنه قد يعجز -أحياناً- عن إثبات الأمر الثاني الذي قد يفيد الدليل التقليدي في إثباته.

فنحن دائماً في إثبات الجرائم المعلوماتية نحتاج -كما يشير إلى ذلك جانب من الفقه- إلى الإجابة عن هذا التساؤل: Who was at the keyboard when the crime was committed? الجريمة⁽¹⁾؟

قد يفيدنا الدليل الإلكتروني في الإجابة عن هذا التساؤل (صورة رقمية أو فيديو رقمي يحمل التوقيت والتاريخ والشخص الذي كان يجلس خلف تلك اللوحة)، لكن شهادة الشهود أو الاعتراف أو البصمات قد تفيد أيضاً في معرفة ذلك الشخص.

ومن ناحية أخرى قد يفيد الدليل التقليدي في إثبات حصول الأمر الأول، الذي يستهدف الإثبات في عمومته إلى إثباته، وهو حصول الواقعة؛ فقد يعترف الجاني بارتكابه للجريمة الإلكترونية أو قد يدلي الشهود بأقوالهم بما يفيد إثبات ارتكاب ذلك الجاني لتلك الجريمة، والأمر في نهايته يرجع إلى تقدير القاضي وما يطمئن إليه وجدانه.

خلاصة القول إن الدليل أياً كان نوعه (تقليدياً أو إلكترونياً) يصلح لإثبات كلا النوعين من الجرائم (التقليدية والإلكترونية)، وغاية ما في الأمر أن الدور البارز لكليهما ينحصر في نوع معين من هذه الجرائم، فالدليل التقليدي يؤدي دوره البارز في إثبات الجرائم التقليدية، ويؤدي الدليل المغاير دوره البارز في إثبات الجرائم الإلكترونية.

1- Carole E. Chaski, Ph .D, "Who's At the Keyboard? Authorship Attribution in Digital Evidence Investigations", International Journal of Digital Evidence, volume: 4, Issue: 1, 2005, P1.

أهمية البحث:

يكتسي بحث هذا الموضوع أهمية خاصة؛ بحكم كونه ينصب على استجلاء معالم دليل جديد من أدلة الإثبات الجنائي، الذي لا يخفي دوره في الكشف عن الحقيقة في الكثير من الجرائم الإلكترونية والتقليدية منها -كما أشرنا- والتي قد تعجز الأدلة التقليدية عن كشفها.

فهذا النوع من الأدلة يقدم -إضافةً إلى المعلومات العامة حول الجريمة المرتكبة، والذي قد تقدمه الأدلة التقليدية أيضاً- البيانات الأكثر عمقاً أو تفصيلاً أو دقة، وهو ما يطلق عليه بالبيانات حول البيانات (Metadata). فعلى سبيل المثال تقدم الرسائل الإلكترونية المكتوبة على جهاز الحاسوب والمرسلة عبر الإيميل إلى شخص آخر بواسطة شبكة المعلومات الدولية، معلومات ليس فقط حول مضمون الرسالة، وإنما أيضاً معلومات جزئية أخرى حول اسم المرسل وعنوانه وتاريخ إنشاء الرسالة والتعديلات التي أجريت عليها وتاريخ آخر حفظ لها⁽¹⁾. وهذه المعلومات الجزئية هي التي قد تعجز الأدلة التقليدية (الرسائل المكتوبة بخط اليد، شهادة الشهود، الخبرة) عن توفيرها، الأمر الذي رشح هذا النوع من الأدلة الجديدة لأنه يكون موضوع البحث في هذه الورقة.

إشكالية البحث:

نظمت التشريعات المختلفة موضوع الإثبات الجنائي من وقت ليس بالقريب؛ أي في الفترة التي سبقت ظهور الكمبيوتر ثم استغلاله لارتكاب أغراض غير مشروعة، حيث لم يكن في ذهن السلطات التشريعية وقت ذلك التنظيم إلا مسألة الحصول على

1- Mark L. Krotoski, "Effectively using Electronic Evidence before and at Trial", United States Attorneys, Washington, DC, US, November, Vol.59, No.6, 2011, P52..

الدليل المادي (التقليدي) لإثبات الجرائم التقليدية، فلم يكن بذهنها أن اختراع هذه الآلة يمكن أن يفرز أنماطاً من الإجرام تختلف في طبيعتها عن الأنماط التقليدية، فهذه الجرائم المستحدثة تميّزت بطبيعتها المعنوية أو غير المادية؛ حيث غالباً ما يكون محلها أو ناتجها أموالاً معنوية تتمثل في معلوماتٍ أو بياناتٍ غير ملموسة، وهذه الأنماط قد لا يجدي الدليل التقليدي نفعاً في إثباتها، وهو ما دعا إلى الحاجة إلى الاعتماد على الدليل الرقمي أو المعنوي في إثباتها، ومن هنا تبرز لنا إشكالية البحث التي تتجسد في التساؤل الآتي: ما مدى مشروعية الاستناد إلى الدليل الرقمي في إثبات الجرائم في ظل تشريع لم ينظم المشرع فيه مسألة الاستناد إلى هذا الدليل بنصوص صريحة؟

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تحقيق غايتين:

- الأولى تتمثل في التعريف بالأدلة الجنائية الرقمية أو الإلكترونية.
- الثانية وتتمثل في بيان حجية هذه الأدلة في الإثبات الجنائي.

منهج البحث:

سيعتمد الباحث في هذا الدراسة على المنهج الوصفي، مع عدم استبعاد المنهج التحليلي كلما تطلّب الأمر ذلك.

خطة البحث:

ستتم معالجة هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى مبحثين، يخصص أولهما للتعريف بالأدلة الجنائية الرقمية، ويخصص الثاني لبيان حجيتها في الإثبات الجنائي.

المبحث الأول

التعريف بالدليل الجنائي الرقمي

سيتم في هذا المبحث تعريف الدليل الجنائي الرقمي وبيان خصائصه (المطلب الأول)، تم بيان أنواعه ومصادره (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف الدليل الجنائي الرقمي وبيان خصائصه

سيُقسم هذا المطلب إلى فرعين، يتم في أولهما تعريف الدليل الجنائي الرقمي، ويتم في الثاني بيان خصائصه.

الفرع الأول

تعريف الدليل الجنائي الرقمي

يعرّف الفقه الأدلة الجنائية الرقمية أو الإلكترونية بعدة تعريفات، وكلها تحمل ذات المعنى، ولهذا نكتفي بإيراد بعضها.

فتعرّفها فرقة العمل العلمي المعنية بالدليل الرقمي (SWGDE)⁽¹⁾، بأنها: "المعلومات أو البيانات ذات القيمة الثبوتية التي تُحزّن أو تُرسل في شكل رقمي".

1- (SWGDE): اختصاراً يشير إلى فرقة العمل العلمي المعنية بالدليل الإلكتروني (Scientific Working Group on Digital Evidence) وهي منظمة أو هيئة دولية تعنى بالدليل الرقمي، أنشئت عام 1998م في الولايات المتحدة الأمريكية، بمشاركة العديد من الوكالات والمكاتب الأمريكية التي تُعنى باستتباب الأمن ومكافحة الجريمة، مثل مكتب مختبر الكحول والتبغ والأسلحة النارية والمتفجرات المعروف بـ (ATF)، ومكتب التحقيقات الفدرالية (FBI)، التابعين لوزارة العدل الأمريكية، ومصّلحة الجمارك الأمريكية (US Customs)، بالإضافة إلى وكالة ناسا (NASA) لعلوم الفضاء.

وللحصول على معلومات أكثر حول هذه الفرقة، راجع موقعها على شبكة الإنترنت، ورابط الموقع هو: <https://www.swgde.org>. تاريخ الزيارة: 2015/9/28م.

ويعرفها جانبٌ من الفقه بأنها: "بياناتٌ أو ملفاتٌ في شكلٍ رقميٍّ تتعلق بدعوى مدنيةٍ أو جنائية"⁽¹⁾.

ويعرفها جانبٌ آخر من الفقه بأنها: "معلوماتٌ يقبلها المنطق والعقل ويعتمدها العلم، يتم الحصول عليها بإجراءاتٍ قانونيةٍ وعلمية، بترجمة البيانات الحاسوبية المخزنة في أجهزة الحاسوب وملحقاتها وشبكات الاتصال، ويمكن استخدامها في أي مرحلة من مراحل التحقيق أو المحاكمة؛ لإثبات حقيقة فعلٍ أو شيءٍ أو شخصٍ له علاقةٌ بجريمةٍ أو جانٍ أو مجنيٍّ عليه"⁽²⁾.

الملاحظ من كل هذه التعريفات إذاً أن جوهر أو مضمون الدليل الرقمي أو الإلكتروني يتمثل في بياناتٍ أو معلوماتٍ غير ملموسةٍ تتم معالجتها بواسطة أجهزة الحاسوب أو ما في حكمها.

ويقصد بتلك البيانات مجموعة من الأرقام التي تمثل المعلومات من مختلف الأنواع، بما في ذلك النصوص والصور والصوت والفيديو، وهي تنتقل بواسطة أجهزة الكمبيوتر عبر الهواء، وكذلك الأسلاك الموجودة تحت سطح الأرض⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن مصطلح (الرقمي) لا يعني أن موضوع هذا الدليل هو الأرقام أو أنه ينصب على الأرقام؛ وإنما يشير هذا المصطلح إلى الطريقة التي تُسجَل بها تلك البيانات أو المعلومات التي هي موضوع هذا الدليل؛ حيث يشير إلى استخدام النظام الرقمي الثنائي (10) وهي الصيغة التي تُسجَل بها تلك البيانات داخل أجهزة

1- Amelia Phillips and others, E-Discovery: An Introduction to Digital Evidence, Cengage Learning, US, 2013, p3.

2- د. محمد الأمير البشري، "الأدلة الجنائية الرقمية: مفهومها ودورها في الإثبات"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، ع33، مج17، 2002م، ص102.

3- Eoghan Casey, Digital Evidence and Computer Crime, Academic Press, London, 2011, p7.

الحاسوب وما في حكمها، أيّ كان نوع تلك البيانات (أشكالاً، حروفاً، رموزاً)؛ حيث يمثّل الرقم (0) وضع الإغلاق Off، ويمثّل الرقم (1) وضع التشغيل On.

الفرع الثاني

خصائص الدليل الإلكتروني

يتميّز الدليل الجنائي الرقمي بمجموعةٍ من الخصائص يمكن بيان أهمها على النحو الآتي:

أولاً: الدليل الرقمي دليل غير مادي:

أي لا يمكن إدراكه بالحواس فهو مجرد بياناتٍ أو معلوماتٍ ذات هيئةٍ إلكترونيةٍ غير ملموسة، وهذا على عكس الأدلة التقليدية التي يمكن إدراكها بالحواس، كما هو الحال بالنسبة للمحركات المزورة والنقود والطابع المزيفة والمخدرات والأسلحة المضبوطة والشعر والدماء⁽¹⁾.

والسبب في ذلك يرجع إلى البيئة التي يمكن أن يستخلص منها الدليل؛ فبينما يستخلص الدليل التقليدي من البيئة المادية المحسوسة، يستخلص الدليل الرقمي من البيئة الافتراضية أو المعنوية غير المحسوسة.

ثانياً: الدليل الرقمي دليل متغير أو غير مستقر:

فهو عرضة للتغيير المستمر، إما بفعل الأنشطة التي يجريها مستخدم الكمبيوتر على البيانات التي تخصه، وإما بفعل العمليات الأوتوماتيكية التي تجريها بعض البرامج المُحمّلة على أجهزة الكمبيوتر، كما هو الحال بالنسبة للمسح الأتوماتيكي الذي تجريه

1- د. موسى مسعود ارحومة، "الإشكاليات الإجرائية التي تثيرها الجريمة، المعلومات عبر الوطنية"، بحث مقدم إلى المؤتمر المغاربي الأول حول: المعلوماتية والقانون الذي نظّمته أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا خلال الفترة 28 - 29/10/2009م، ص3.

برامج مضادات الفيروسات على بعض الملفات المخزنة على تلك الأجهزة، وبرامج مسح الملفات العالقة⁽¹⁾.

وهذا بدوره سيؤدي إلى صعوبة الحصول على هذا النوع من الأدلة إن لم تكن الأنظمة التشريعية تسمح لأجهزة العدالة بإمكانية التعقب السريع لها.

ثالثاً: الدليل الرقمي دليل عابر للحدود:

ففي أغلب الأحيان لا يمكن أن يوجد هذا الدليل في حيزٍ محدد، كما هو شأن الأدلة التقليدية؛ وإنما قد يتواجد في أكثر من مكان، سواء كان ذلك داخل حدود الدولة الواحدة أو خارجها. والسبب في ذلك يرجع إلى ارتباطه بالبيئة الافتراضية التي تتعدى في ذاتها حدود الدولة الواحدة، فعن طريق الشبكة العنكبوتية -وهي وسيلة الاتصال الدولية التي لا تعرف حدوداً لتبادل المعلومات والبيانات بين البشر- يمكن أن ينتقل الدليل من دولة إلى أخرى وبكل يسرٍ وسهولة.

كما تمنح بعض التطبيقات المتاحة داخل حدود الدولة الواحدة فرصةً أيضاً لتبادل المعلومات والبيانات (رسائل، صور، فيديو) وانتقالها من مكانٍ إلى آخر، كما هو الحال بالنسبة لتطبيق البلوتوت (Bluetooth)، والأشعة تحت الحمراء (InfraRed)، و(NFC)⁽²⁾؛ حيث تسمح هذه التطبيقات لمستخدمي أجهزة الاتصال الذكية -على وجه

1- Timothy J. Shimeall, Jonathan Spring. Introduction to Information Security:

A Strategic – Based Approach, Steve Elliot, USA, (1) Edition, 2014, p283.

2- (NFC) هو اختصار للتطبيق الإلكتروني المعروف بـ Near Field Communication، وهو تقنية اتصال لاسلكي قصيرة المدى تسمح بتبادل البيانات بين الأجهزة الإلكترونية خلال مسافة 10سم تقريباً. راجع المعلومة على شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني:

http://www.gsmarena.com/glossary.php3?term=nfc . تاريخ الدخول: 2015/10/4م.

الخصوص- بتبادل الرسائل والصور والفيديوهات وغير ذلك من أشكال البيانات، وببسرٍ وسهولةٍ، وفي وقتٍ سريعٍ⁽¹⁾.

رابعاً: الدليل الرقمي دليل قابل للإتلاف:

فهو عرضةٌ للتلاعب به أو إتلافه، سواء كان ذلك من قبل التدخل المقصود لصاحب المصلحة في عدم التمسك بهذا الدليل في الإثبات، أو كان نتيجةً للتعامل الإلكتروني بين الأجهزة التي يمكن أن يُخزّن عليها ذلك الدليل. ومثال ذلك: ما يحصل للبيانات المخزنة على بطاقات الائتمان المغناطيسية، حينما تكون هذه البطاقات قريبةً جداً لبعض الأجهزة الإلكترونية كالهواتف الذكية؛ حيث يؤدي هذا التفاعل إلى فقد تلك البيانات⁽²⁾.

غير أن هذه الخصيصة لهذا النوع من الأدلة لا تشكل عائقاً كبيراً أمام جهات التحقيق أو المحاكمة في الاستناد إلى هذه الأدلة في القضايا الجنائية، وذلك لسببين:

- الأول: يتمثل في تعدد مصادر الأدلة الإلكترونية؛ حيث لا يقتصر مكان وجود الدليل على الأداة الإلكترونية التي أدخلت أو عُولجت أو أرسلت منها البيانات أو المعلومات، وإنما يتعداه إلى حيزٍ آخر على جهازٍ أو أداةٍ أخرى، في الحالة التي يتبادل فيها صاحب ذلك الجهاز أو الأداة الإلكترونية المعلومات أو البيانات مع شخصٍ آخر عبر شبكة الإنترنت أو عبر التطبيقات التي تتيح تبادل هذه المعلومات بين الأطراف في أماكن متقاربة، والمشار إليها سابقاً؛ حيث سيتواجد الدليل الإلكتروني في الأجهزة التي أُدخلت منها البيانات وتلك التي أُرسلت إليها.

1- وتثير هذه الخاصية للدليل إشكاليةً قانونيةً تتعلق بمدى إمكانية البحث عن الدليل الرقمي وضبطه، حينما يتعدى حدود الدولة الواحدة. وستتم مناقشة هذه الإشكالية في حينها.

2- Timothy J. Shimeall, Jonathan Spring, Op. cit.

كما قد يتواجد هذا الدليل لدى ما يسمى بالطرف الثالث أو مزود الخدمة، وهو الشركات أو الوكالات التي تقدم خدماتٍ عبر شبكة الإنترنت؛ لتسهيل تأمين المعلومات أو تبادلها أو تخزينها، كما هو الحال بالنسبة لشركة قوقل (Google) والياهو (Yahoo) والفيس بوك (Facebook) التي تقدم خدماتٍ لفتح حسابات على شبكة الإنترنت، ولا شك أن هذه الشركات على درايةٍ بكل المعلومات والأنشطة الإلكترونية التي يجربها صاحب الإيميل أو الحساب على حسابه على شبكة الإنترنت، استناداً إلى توقيعه على اتفاقية بنود الخصوصية التي تشترطها هذه الشركات لفتح حسابات على تلك الشبكة⁽¹⁾.

- الثاني: يتمثل في إمكانية استرجاع (Recovery) الدليل المفقود أو المتلاعب فيه إلكترونياً عن طريق استخدام برامج أو تطبيقاتٍ مصممةٍ لهذا الغرض.

خامساً: الدليل الرقمي يحتوي على معلومات أكثر تفصيلاً عن الوقائع:

فبالمقارنة مع الأدلة التقليدية يمكن أن يقدم الدليل الجنائي الرقمي -إضافة إلى المعلومات أو البيانات العامة حول الجريمة- ما يعرف بالبيانات الأكثر عمقاً أو تفصيلاً حول الوقائع (Metadata)؛ أي البيانات حول البيانات، وهو ما من شأنه أن يساعد كثيراً أجهزة العدالة في الكشف عن الحقيقة.

فعلى سبيل المثال لا تعطي الصورة الملتقطة بواسطة كاميرا رقمية معلوماتٍ عامةٍ حول مضمون الصورة فحسب (السماء وما فيها من سحب مثلاً، والأرض وما عليها من أشجارٍ أو جبالٍ، والأشخاص وصفاتهم)، ولكنها تعطي أيضاً -وفي ذات الوقت- معلوماتٍ تفصيليةٍ أخرى حول هذه الصورة، تتمثل في نوع الكاميرا التي التقطت بها الصورة، وتاريخ (يوم/ شهر/ سنة) وساعة (ساعة/ دقائق/ ثواني) الالتقاط،

1- Eoghan Casey. OP. Cit, P 489.

وإحداثيات الموقع أو المكان (GPS Coordinates) الذي التقطت فيه الصورة⁽¹⁾، والأمر ذاته ينطبق أيضاً على الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الإيميل؛ حيث لا تكفي هذه الرسائل بتقديم المعلومات العامة حول مضمون الرسالة، ولكنها تقدم أيضاً معلومات أكثر عمقاً حول اسم المرسل وعنوانه وتاريخ إنشاء الرسالة والتعديلات التي أجريت عليها⁽²⁾، وهو ما من شأنه أن يفيد كثيراً أجهزة التحقيق في الكشف عن الحقيقة.

المطلب الثاني

أنواع الدليل الجنائي الرقمي ومصادره

سيقسم هذا المطلب إلى فرعين، يتم من خلالهما بيان أنواع الدليل الجنائي الرقمي، وتحديد مصادره.

الفرع الأول

أنواع الدليل الجنائي الرقمي

تصنف الأدلة الجنائية الرقمية عدة تصنيفات، لعل من أبرزها تصنيفها إلى أدلة ثابتة (Persistent Evidence) وأدلة قلقة أو متغيرة (Volatile Evidence). ولبيان هذين النوعين من الأدلة الرقمية نعرض أولاً للأساس الذي بُني عليه هذا التقسيم، ثم نبين مضمون هذا التقسيم.

أولاً: أساس التقسيم:

يعتمد هذا التقسيم على نوعي الذاكرة المستخدمة في أجهزة الحواسيب لتخزين البيانات أو المعلومات، وهما: ذاكرة القراءة فقط (Read Only Memory)، ويرمز لها

1- Amelia Phillips and Others, Op, Cit, P4.

2- Mark L. Krotoski, OP. cit.

باختصار (ROM)، وذاكرة القراءة والكتابة (Random Access Memory)، ويرمز لها باختصار (RAM)، وتسمى أيضاً بذاكرة الوصول العشوائي.

ويستخدم النوع الأول من الذاكرة لتخزين البيانات والتعليمات بشكل دائم أو مستقر، ولا يمكن لمستخدم الجهاز محو تلك البيانات أو التعليمات، وإنما يمكن فقط توجيه وحدة المعالجة المركزية لقراءتها.

ويستخدم النوع الثاني من الذاكرة للتخزين المؤقت للتعليمات والبيانات، بحيث تُفقد إن لم تُخزن في النوع الأول من الذاكرة- في حالة إطفاء الجهاز بطريقة غير صحيحة أو في حالة انقطاع التيار الكهربائي عن الجهاز بشكل مفاجئ.

ثانياً: مضمون التقسيم:

استناداً إلى الاختلاف الوظيفي بين نوعي الذاكرة المشار إليهما، فقد قسم الفقه الدليل الجنائي الرقمي إلى دليل رقمي ثابت أو دائم، ودليل رقمي قلق أو متغير.

أ- الدليل الرقمي الثابت:

ويقصد به كل البيانات أو المعلومات التي تُخزن على ذاكرة القراءة (ROM)، وهي التي تبقى عندما يُطفأ الجهاز بطريقة غير صحيحة أو في الحالة التي يُفصل فيها التيار الكهربائي عنه بشكل مفاجئ.

ومثالها: الوثائق والمستندات والصور وسجل الدردشة أو تاريخ المتصفح والتسجيل الصوتي أو المرئي ورسائل البريد الإلكتروني⁽¹⁾.

ب- الدليل الرقمي المتغير:

1- Central Board of Direct Taxes, Department of Revenue, Government of India, "Digital Evidence – Investigation Manual", chapter 2, 2014, P12.

وهو البيانات أو المعلومات التي تخزن في الذاكرة العشوائية للجهاز (RAM)، والتي ستُفقد أو تضيع في حالة ما إذا أُطفئ الجهاز بشكل غير صحيح، أو إذا فصل عنه التيار الكهربائي بشكل غير متوقع.

ومثالها: معلومات الوقت، وخدمات وعمليات التشغيل، والمواقع الموجودة على شبكة المعلومات الدولية التي تم الدخول إليها، والأنشطة التي أُجريت على شبكات التواصل الاجتماعي، والصور التي تمت مشاهدتها مؤخراً على جهاز الكمبيوتر⁽¹⁾. ونظراً لأن الذاكرة العشوائية قد تحتوي على بيانات أو معلومات حاسمة في الكشف عن الحقيقة في بعض القضايا الجنائية، لهذا يُنصح المحققون الجنائيون بتوخي الحذر في التعامل مع هذه البيانات وكيفية استردادها؛ حتى لا تضيع أو تتلف دون مبرر.

الفرع الثاني

مصادر الدليل الجنائي الرقمي

مصادر الدليل الرقمي متنوعة وكثيرة، ويمكن تقسيمها -تسهيلاً للعرض- إلى قسمين: قسمٌ يشمل الأدوات الإلكترونية ذات العلاقة بمعالجة البيانات وتخزينها، وقسمٌ يتعلق بخدمات شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت).

أولاً: المصادر المتعلقة بالأجهزة الإلكترونية **Electronic Devices**:

ويقصد بها أية أداة إلكترونية صالحة لمعالجة البيانات وتخزينها، ومن أمثلتها:
 أ- أجهزة الكمبيوتر، سواءً كانت ثابتة (PC) Personal Computers أو محمولة Laptop Computers.
 ب- أجهزة الاتصال المحمولة Handheld Devices وتشمل الموبايلات والأجهزة اللوحية.

1- Shahid Jamal Tubrazy, The Discovery of Digital Evidence and Forensic Laws, SJ Tubrazy Publication, (1) Edition, 2015, P54.

ويلاحظ أنه نظراً لما شهده التطور العلمي في مجال صناعة هذه الأجهزة وتزويدها ببعض التطبيقات التي من شأنها تسهيل التعامل مع البيانات وتبادلها فإنها مرشحة لأن تكون من أخصب مصادر الدليل الرقمي.

ومن صور الدليل الرقمي المُتصوّر وجودها في هذه الأدوات: المستندات أو الوثائق الإلكترونية، إرسال البريد الإلكتروني E-mail Messages، الرسائل القصيرة، سجل المكالمات (الصادرة والواردة)، تاريخ تصفح الإنترنت وسجلات الدردشة، جدول المواعيد.

ج- أدوات التخزين الإلكترونية Storage Devices ، ومثالها:

1- الأقراص الصلبة الخارجية Hard Drives التي تتميز بسعتها التخزينية الكبيرة.
2- أجهزة الوسائط القابلة للإزالة Removable Media ومثالها: الأقراص المضغوطة (Compact Disc) التي يرمز لها باختصار (CD)، والأقراص الرقمية متعددة الاستخدام (Digital Versatile Disc) ويرمز لها باختصار (DVD)، والأقراص المرنة (Floppy Disks)⁽¹⁾.

3- ذاكرة البيانات المعروفة بـ Flash Drives أو Flash Memory، أو USB Drives

4- بطاقات الذاكرة Memory Cards

وهي بطاقات صغيرة الحجم لتخزين البيانات، وتستخدم عادةً مع كاميرات التصوير وأجهزة الكمبيوتر والهواتف الجوّالة وأجهزة تشغيل ملفات الصوت (Digital Music Players) وأجهزة تشغيل ألعاب الفيديو (Video Game Consoles)⁽²⁾.

1- U.S. Department of Justice, office of Justice Programs, National Institute Justice, "Electronic Crime Scene Investigation: A Guide for First Responders, Second Edition, 2001, P4.

2- Op. Cit, P6.

د- آلات التصوير الرقمية Digital Cameras

وتشمل آلات التصوير المستعملة في النقاط الصور الثابتة وتلك المستعملة في تسجيل الفيديو أو الصور المتحركة، وعادة ما تكون مزودةً بخاصية تحديد المواقع المعروفة بـ(GPS) اختصاراً لمصطلح (Global Positioning Systems).

هـ- أجهزة الفاكس Facsimile Machines:

ويمكن أن يكون الدليل المتحصل منها متعلقاً بالملفات المخزنة، وأرقام الهواتف، وسجلات الاستقبال والإرسال⁽¹⁾.

و- أجهزة تحديد المواقع (GPS):

وتستخدم عادةً مع كاميرات التصوير لتحديد الموقع الذي التقطت فيه الصورة أو سُجِّل فيه الفيديو، ومع السيارات أيضاً لمعرفة الأماكن والاتجاهات وتسهيل الوصول إليها.

ز- الماسحات الضوئية والناسخات Scanners and Copiers

هذه الأدوات عادةً ما تكون مزودةً بذاكرةٍ صغيرةٍ لتخزين البيانات المكتوبة على الأوراق؛ بغرض نسخها أو تحميلها وإرسالها لجهاز الكمبيوتر لتخزينها. ولهذا السبب فهي قد تفيد كثيراً في كشف الأنشطة غير المشروعة المتعلقة بتزوير الوثائق، كإنشاء فواتير دفع مزورة⁽²⁾.

ثانياً: المصادر المتعلقة بخدمات شبكة المعلومات الدولية:

تتيح شبكة المعلومات الدولية لمستخدميها إمكانية الولوج إلى المواقع الإلكترونية للحصول على المعلومات وتبادلها، وهي في خدمتها هذه تعتمد على وسائل إلكترونية

1- Central Board of Direct Taxes. Op. Cit, P12.

2- Op, Cit, P11.

مهمتها تسهيل الوصول إلى تلك المواقع وتخزين بياناتٍ عن المستخدمين والأجهزة التي تم الولوج من خلالها إلى تلك المواقع، ونحاول فيما يلي الإشارة إلى بعض هذه الوسائل:
أ- عنوان الإنترنت:

عنوان الإنترنت (Internet Protocol Address) ويُرمز له باختصار (IP)، هو المسؤول عن تبادل حزم البيانات والمعلومات عبر الإنترنت وتوجيهها إلى أهدافها، وهو يوجد بكل جهازٍ متصلٍ بشبكة الإنترنت، ويتكون من أربعة أجزاء، كل جزءٍ يرمز أو يشير إلى عنصرٍ معين، حيث يشير الجزء الأول -ابتداءً من اليسار إلى اليمين- إلى المنطقة الجغرافية التي يوجد بها الجهاز المستخدم، ويشير الجزء الثاني لمزود الخدمة، ويشير الثالث إلى مجموعة الحاسبات المرتبطة، ويشير الأخير إلى الحاسب الآلي الذي تم الاتصال منه⁽¹⁾.

وبنتبع هذه المعلومات عبر عنوان (IP) المشار إليه تستطيع سلطات التحقيق - في القضايا الجنائية- أن تحدد موقع ورقم الجهاز الذي ارتكبت بواسطته الجريمة، وهذا قد يساعد كثيراً في معرفة الجاني مرتكب تلك الجريمة.

ب- ملفات الكوكي (Cookies):

ملف الكوكي هو ملفٌ نصيٌّ صغيرٌ يوضع على القرص الصلب بالجهاز المتصل بالإنترنت بواسطة خادم صفحة الويب (Web Page Server)، لحفظ بيانات مستخدم الإنترنت؛ بغية تسهيل إعادة الدخول مجدداً أو الزيارة إلى المواقع التي تمت زيارتها.

1- د. أسامة بن غانم العبيدي، "التفتيش عن الدليل في الجرائم المعلوماتية"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، مج29، ع58، 2013م، ص116.

وهو على هذا الأساس يتيح لسلطات التحقيق الاطلاع على بيانات المستخدم؛ لتسهيل الوصول إلى كشف الحقيقة.

ج- البروكسي (Proxy):

البروكسي هو جهاز حاسوب أو مجموعة من الحاسبات التي تعمل كوسيط بين جهاز كمبيوتر العميل أو الزبون (Client) وخادم الويب (Web Server) بحيث يمكن الأول من تقديم طلبات غير مباشرة للحصول على مصادر أو خدمات (صفحات ويب، مقاطع فيديو، صور، ملفات) من الثاني، وفي هذه الحالة يقوم البروكسي بتلقي تلك الطلبات والتحقق من مدى تنزيلها مسبقاً وحفظها في الذاكرة المؤقتة (Cache) لديه، بحيث يرسلها مباشرة إلى العميل دون الاتصال بخادم الويب إذا ما كانت محفوظة بتلك الذاكرة، وإلا يقوم بعملية الاتصال بهذا الخادم لتوفير المطلوب وإرساله للعميل، وفي هذه الحالة يقوم بحفظ ما تم توفيره بذاكرته المؤقتة؛ حتى إذا ما أعاد العميل إرسال الطلب استجاب له مباشرة دون الحاجة للاتصال بخادم الويب.

وعلى هذا فإن خادم البروكسي يمكن أن يفيد سلطات التحقيق في الكشف عن الحقيقة في الجرائم الجاري التحقيق بشأنها من خلال تزويدها بمعلومات عن المواقع التي زارها الجاني وتاريخ الزيارة، وكذلك ملفات الصوت والفيديو والنصوص المكتوبة التي قام بطلبها وتاريخ الطلب وبم تتعلق، وذلك من خلال فحص الذاكرة المؤقتة (Cache) للبروكسي.

د- خدمة البريد الإلكتروني Electronic Mail:

تقوم بعض الشركات والمؤسسات الحكومية والخاصة والمؤسسات التعليمية بتوفير خدمة البريد الإلكتروني على شبكة المعلومات الدولية؛ بغية تسهيل عملية

الاتصال بالمستخدمين وتبادل المعلومات بينهم وحفظها، بحيث يمكن الرجوع إليها في أي وقت وبكل يسر وسهولة.

ومن أمثلة خدمات البريد الإلكتروني الموجودة على شبكة المعلومات الدولية: خدمة بريد (Gmail) الذي توفره شركة القوقل (Google)، وخدمة بريد الياهو (yahoo mail) الذي توفره شركة الياهو (yahoo)، وخدمة بريد الهوت ميل (Hotmail) الذي توفره شركة مايكروسفت (Microsoft).

وتتمثل أهم الخدمات التي يقدمها البريد الإلكتروني للمستخدمين في الآتي:

1. حفظ إيميلات وأرقام تليفونات المستخدمين الآخرين، الذين لصاحب الإيميل المقصود علاقة بهم.

2. إمكانية تبادل الملفات النصية وملفات الصور والصوت والفيديو وحفظها.

3. إمكانية إرسال الرسائل الإلكترونية وحفظها.

ولاشك أن كل هذه البيانات أو المعلومات من شأنها أن تفيد كثيراً رجال التحقيق

في الكشف عن الحقيقة.

هـ- خدمة مزامنة المعلومات Synchronize Information Service:

تتيح بعض الشركات أيضاً تطبيقات عبر شبكة المعلومات الدولية، من شأنها أن

تمنح المستخدم إمكانية حفظ نسخة من الصور الرقمية الخاصة به في مكان واحد؛

لتنظيمها وتحريرها ومشاركتها مع الآخرين. ومثال ذلك تطبيق أو برنامج بيكاسا

(Picasa) الذي صُمم من قبل شركة قوقل (Google) وقُدّم للمستخدمين كخدمة

مجانية- عام 2004م.

غير أن الاستفادة من خدمات هذا التطبيق تتطلب أولاً فتح حساب لدى الشركة

مقدمة هذا التطبيق، ولهذا يتعين ملاحظة أن تلك الشركة ستكون على علم ببيانات

المستخدم التي زامنها مع ذلك التطبيق، بل وبكل نشاط إلكتروني يقوم به المستخدم عبر الحساب الإلكتروني الذي قام بفتحه على موقع تلك الشركة، وذلك استناداً إلى توقيعه على اتفاقية بنود الخصوصية بينه وبين تلك الشركة.

وعلى هذا فإن هذا التطبيق سيقدم معلوماتٍ وافرةً لسلطات التحقيق تساعد في كشف الحقيقة عن الجريمة الجاري التحقيق بشأنها، شريطة اتباع الإجراءات القانونية التي يضعها المشرع للاطلاع على مثل تلك المعلومات.

وبهذا نكون قد انتهينا من موضوع التعريف بالدليل الجنائي الرقمي، وننتقل الآن لبحث حجبه في الإثبات الجنائي.

المبحث الثاني

حجية الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي

سيُعالج تحت هذا العنوان مسألتان، الأولى: تتعلق بمشروعية الإثبات بالدليل الرقمي في المسائل الجنائية، والثانية: تتعلق بإجراءات البحث عن هذا الدليل، وذلك من خلال المطالبين الآتين.

المطلب الأول

مشروعية الإثبات بالدليل الرقمي في المسائل الجنائية

يُثار التساؤل حول مدى مشروعية الاستناد إلى الأدلة الرقمية في الإثبات في المجال الجنائي، ونعتقد أن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي التمييز بين الجرائم عموماً وجرائم الحدود على وجه الخصوص.

الفرع الأول

مدى إمكانية الاستناد إلى الدليل الرقمي في إثبات الجرائم عموماً

يتنازع الإثبات عموماً ثلاثة أنظمة، هي: نظام الإثبات المقيد، ونظام الإثبات الحر، ونظام الإثبات المختلط، ويكاد يجمع الفقه على أن المبدأ الذي تبناه المشرع الليبي بالنسبة للجرائم عموماً هو مبدأ الإثبات الحر.

وقد دلّت على ذلك المادتان (275، 266 ج ج)؛ حيث منحت الأولى للقاضي الحرية في تكوين عقيدته من أي دليل شاء، ولا يحد من هذه الحرية إلا سلطان القانون والضمير، وذلك بقولها: "يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته، ..."، وعزّزت الأخيرة هذا الموقف بعدم اختزالها أدلة الإثبات في أدلة معينة، وإنما تركت للقاضي الحرية أيضاً في أن يؤسس اقتناعه من أي دليل يراه لازماً لكشف الحقيقة، ولو لم يكن من الأدلة التي نظم المشرع إجراءات الحصول عليها؛ حيث قالت: "للمحكمة أن تأمر، ولو من تلقاء نفسها أثناء نظر الدعوى، بتقديم أي دليل تراه لازماً لظهور الحقيقة"⁽¹⁾.

هذا وقد استقر قضاء المحكمة العليا على الأخذ بهذا المبدأ في العديد من أحكامها، ففي حكم لها قالت: "من المقرر أن لقاضي الموضوع سلطة تقدير الدليل إثباتاً ونهياً حتى يكون عقيدته في الدعوى ولا يتقيد بأدلة معينة، فله أن يعتمد على أقوال

1- عن سيادة هذا المبدأ في التشريع الليبي، راجع: د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ج2، منشورات المكتبة الجامعية، الزاوية، ليبيا، ط2، 2000م، ص150. د. موسى مسعود رحومة، حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، مصراته، ليبيا، ط1، 1988م، ص29.

المجني عليه، ولو كان هو الشاهد الوحيد في الدعوى، ولو كان صغيراً لا يجوز تحليفه، طالما اطمأن إلى هذه الأقوال وكان لها أصلها الثابت في الأوراق⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس فإن الباحث لا يرى أن هناك إشكالاً يمكن أن يُثار في إثبات الجرائم عموماً استناداً إلى الدليل الرقمي؛ حيث يستطيع القاضي أن يكون عقيدته من أي دليل شاء، سواء كان دليلاً من الأدلة التقليدية أو دليلاً من الأدلة الرقمية، شريطة أن يكون الدليل قد تم الحصول عليه بطريقة مشروعة.

ويؤيد ذلك ما يراه جانب من الفقه من أن المشرع الليبي قد أقر صراحةً في بعض القوانين الخاصة- إمكانية الاستناد إلى الدليل الرقمي لإثبات بعض الجرائم، ويشير في هذا الصدد إلى القانون رقم (1) لسنة 1373 ور بشأن المصارف، الذي أجازت مادته 2/97 الاستناد إلى المستندات والتوقيعات الرقمية التي تتم في إطار المعاملات المصرفية في إثبات ما تضمنته من بيانات، ولاشك أن هذه البيانات قد تصلح لإثبات بعض الجرائم التي قد ترتكب إلكترونياً، كما هو الحال بالنسبة لغسل الأموال⁽²⁾.

1- المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 29/142ق، جلسة 1984/12/6م، مجلة المحكمة العليا، س22، ع2، 1986، ص141.

2- أ. طارق محمد الجملي، الدليل الرقمي في مجال الإثبات الجنائي، ورقة عمل قُدمت إلى المؤتمر المغربي الأول حول المعلوماتية والقانون، الذي نظّمته أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، خلال الفترة: 28-29/10/2009م، ص9.

ويجري نص المادة 2/97 المشار إليه بالمتن على النحو الآتي: يُعتدّ بالمستندات والتوقيعات الرقمية التي تتم في إطار المعاملات المصرفية وما يتصل بها من معاملات أخرى، وتكون لها الحجية في إثبات ما تتضمنه من بيانات".

الفرع الثاني

مدى إمكانية الاستناد إل الدليل الرقمي في إثبات جرائم الحدود

باستثناء جريمتي الخمر⁽¹⁾ والردة⁽²⁾، فإنه يمكن القول بعدم إمكانية الاستناد إلى الدليل الرقمي في الإثبات بالنسبة لجرائم الحدود الأخرى، وهي: الزنا والقذف والسرقة والحرابة؛ ذلك أن هذه الجرائم -على خلاف الجرائم عموماً- تخضع لنظام الإثبات المقيد وليس الحر؛ حيث أخضع المشرع مسألة إثباتها إلى طرق الإثبات المحددة بالشريعة الإسلامية، ولم يجز إمكانية إثباتها بغير تلك الطرق⁽³⁾، وهو ما يتعيّن معه

1- مرّت جريمة شرب الخمر في التشريع الليبي بالعديد من التعديلات التشريعية التي جعلت منها جريمة قلقة الصفة إن صح التعبير؛ فأحياناً يخلع عليها المشرع صفة الجريمة الحدية وأحياناً ينزعها عنها هذه الصفة، إلى أن أصدر بشأنها التعديل التشريعي الأخير؛ حيث اعتبرها من النوع الأول، شأنها شأن غيرها من جرائم الحدود، وذلك بموجب المادة الرابعة من القانون رقم (21) لسنة 2016م بشأن تعديل القانون رقم (4) لسنة 1423م في شأن تحريم الخمر؛ حيث نص على عقاب شارب الخمر بالجلد ثمانين جلدة حداً، وذلك بقوله: 'يعاقب كل مسلم عاقل بالغ قاصداً ارتكاب الفعل، إذا شرب خمرأ خالصةً أو مخلوطةً عن علم واختيار، بالجلد ثمانين جلدة حداً،...".

2- جرّم المشرع الليبي الردة بموجب المادة (1/291) من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم (20) لسنة 2016م بشأن تعديل بعض نصوص قانون العقوبات، وذلك بقوله: 'يعاقب بالإعدام حداً كل مسلم مكلف ارتد عن الإسلام بقول أو فعل، وتسقط العقوبة بتوبة الجاني في أي مرحلة قبل تنفيذ الحكم".

والردة هي الرجوع إلى الكفر بعد الإسلام، بلفظ صريح يقتضيه اللفظ، أو بفعل يتضمن ذلك. والأصل في تجريمها قول المولى عزّ وجلّ: ﴿وَلَا يَزَالُونَ يُقَاتِلُونَكُمْ حَتَّى يَرُدُّوكُمْ عَنْ دِينِكُمْ إِنِ اسْتَطَاعُوا وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فِيمَتُّ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [سورة البقرة، الآية 215]، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "من بدل دينه فاقتلوه". راجع: شرح الزركشي علن مختصر الخرقى، تقديم: عبد المنعم خليل إبراهيم، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، م، ص84. د. الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 5، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2015م، ص447.

3- راجع نصوص المواد: (6) من القانون رقم (22) لسنة 2016م بتعديل بعض أحكام القانون رقم (70) لسنة 1973م في شأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات، والتي جرى نصها على النحو الآتي:

القول بعدم إمكانية إثباتها استناداً إلى الدليل الرقمي؛ باعتباره من غير تلك الطرق المحددة بالنصوص ذات العلاقة.

أما بالنسبة لجريمتي شرب الخمر والردة فالأمر على ما يبدو مختلفٌ عن الجرائم الحديثة السابقة؛ إذ الملاحظ أن المشرع لم يقيد مسألة إثباتهما بطرق معينة، وإنما أجاز للقاضي أن يؤسس اقتناعه من أي دليلٍ شاء، شريطة أن يكون مطروحاً أمامه بالجلسة، وتمّ الحصول عليه بطرق مشروعة.

يدل على ذلك نص المادة السابعة من القانون رقم (21) لسنة 2016م بشأن تعديل القانون رقم (4) لسنة 1423م في شأن تحريم الخمر؛ حيث أفاد النص هذا المعنى بقوله: "تثبت جريمة شرب الخمر المنصوص عليها في المادة (4) من هذا القانون بالإقرار أمام السلطة القضائية ولو مرةً واحدة، أو بشهادة رجلين، أو بأية وسيلةٍ من وسائل الإثبات الأخرى، ويراعى في صحة الإقرار والشهادة وشروطهما اتباع المشهور من أيسر المذاهب"؛ فإجازة المشرع إثبات هذه الجريمة بأية وسيلةٍ من وسائل الإثبات الأخرى من غير الإقرار والشهادة، فيها إشارة صريحة لإخضاع مسألة إثبات هذه

"تثبت جريمة الزنا المنصوص عليها في هذا القانون باعتراف الجاني أو بشهادة أربعة شهود. ويراعى في صحة الإقرار والشهادة وشروطهما اتباع المشهور من أيسر المذاهب"، و (5) من القانون رقم (52) لسنة 1974م في شأن إقامة حد القذف، والتي جرى نصها على النحو الآتي: "مع عدم الإخلال بحكم المادة (7) يثبت القذف بإقرار القاذف ولو مرةً واحدة أم للسلطات القضائية أو بشهادة رجلين، ويراعى في صحة الإقرار والشهادة وشروطهما اتباع المشهور من أيسر المذاهب"، و (9) من القانون رقم (12) لسنة 1435م في شأن إقامة حدي السرقة والحراية، والتي جرى نصها على النحو الآتي: "تثبت جريمة السرقة والحراية المنصوص عليهما في المادتين الأولى والرابعة من هذا القانون باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق أو المحاكمة، أو بشهادة رجلين، ولا يُعد المجني عليه شاهداً إلا في الحراية إذا كان شاهداً لغيره. ويراعى في صحة الإقرار والشهادة وشروطهما اتباع المشهور من أيسر المذاهب".

الجريمة لنظام الإثبات الحر الذي فيه لا يتقيد القاضي بطرق معينة من طرق الإثبات. والأمر ذاته ينطبق على جريمة الردة؛ إذ الملاحظ بشأنها أيضاً أن المشرع لم يورد أي نص بالقانون رقم (20) لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات، يشير إلى إخضاع إثبات هذه الجريمة لوسائل معينة، وهو ما يستتبع معه القول بإرجاع حكم هذه المسألة للأصل العام الذي يحكم الإثبات بالنسبة للجرائم عموماً، وهو مبدأ الإثبات الحر، وبالتالي فليس هناك ما يمنع من القول بإمكانية الاستناد إلى الدليل الرقمي في إثباتها.

زد على ذلك أن هذه الجريمة أصبحت في الوقت الحاضر من الجرائم الملحوظ ارتكابها بشكل كبير بواسطة الكمبيوتر والإنترنت؛ إذ كثيراً ما نلاحظ على شبكات التواصل الاجتماعي وجود الأقوال المخرجة من الدين الإسلامي التي تصدر عن بعض معتنقي هذا الدين الحنيف؛ قصد التنصّر أو التشيع أو الإلحاد والعياذ بالله، وهو ما يجعل من مسألة الاستناد إلى الدليل الرقمي في إثباتها أمراً مفيداً؛ تحقيقاً للغاية من الإثبات وهي الكشف عن الحقيقة.

المطلب الثاني

إجراءات البحث عن الدليل الرقمي

تتمثل إجراءات البحث عن الأدلة بشكل عام في المعاينة وندب الخبراء والتفتيش وضبط الأشياء وسماع الشهود والاستجواب والمواجهة⁽¹⁾، وإذا كانت أغلب هذه الإجراءات لا تتمتع بخصوصية فيما يتعلق بالبحث عن الدليل الرقمي، فإن التفتيش والضبط قد تكون لهما هذه الخصوصية، باعتبار أن تنفيذهما يتم في البيئة الافتراضية

1- د. عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ج1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008م، ص322.

للدليل وليس التقليدية، وينصبان على أشياء معنوية (بياناتٍ أو معلوماتٍ إلكترونية) وليس على أشياء مادية؛ الأمر الذي يستدعي تخصيصهما بشيءٍ من البحث في هذه الدراسة. وعلى هذا فإن هذا المطلب سيقسم إلى ثلاثة فروع، يُخصص أولها لبيان موقف الفقه من مدى إمكانية التفتيش عن الدليل الرقمي وضبطه، ويُخصص الثاني لبحث الإشكاليات المتعلقة بتنفيذهما، ويُخصص الأخير لبيان الصعوبات العملية المتعلقة بالتفتيش عن الدليل الرقمي وضبطه.

الفرع الأول

موقف الفقه من مدى إمكانية التفتيش عن الأدلة الرقمية وضبطها

نود أن نشير بدايةً إلى أنه لا خلاف في الفقه حول إمكانية إجراء التفتيش والضبط حينما يكون محلها المكونات المادية للحاسب الآلي وملحقاته أو ما في حكمه؛ حيث يخضع التفتيش والضبط في هذه الحالة للقواعد العامة التي تحكم تفتيش الأماكن والأشخاص، بحسب ما إذا كان الجهاز موجوداً بمنزل المتهم أو غيره، أو بمكانٍ عام، أو موجوداً بحوزة شخصٍ خارج المنزل، إذ يخضع التفتيش والضبط في الحالة الأولى لشروط تفتيش الأماكن، ويخضع في الحالة الثانية لشروط تفتيش الأشخاص، ولم يقل أحدٌ من الفقه بعدم إمكانية اتخاذ هذين الإجراءين في هاتين الحالتين؛ باعتبار أن محلها شيءٌ ماديٌّ ملموسٌ يتمثل في جهاز الحاسب أو ما في حكمه، وإنما أُثير الخلاف حول مدى إمكانية مباشرة هذين الإجراءين حينما يكون محلها شيئاً معنوياً أو غير ملموسٍ، متمثلاً في البيانات أو المعلومات ذات العلاقة بإثبات الجريمة.

وقد انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى اتجاهين: اتجاهٌ يقول بعدم إمكانية اتخاذ هذين الإجراءين في مثل هذه الحالة، واتجاهٌ يقول بالإمكانية، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً: الاتجاه الرافض لإمكانية التفتيش عن الدليل الرقمي وضبطه:

تخلص حجة هذا الاتجاه في القول بأن البيانات أو المعلومات الإلكترونية لا تصلح لأن تكون محلاً للتفتيش والضبط؛ على اعتبار أنها أشياء معنوية والتفتيش والضبط لا يردان إلا على الأشياء المادية⁽¹⁾.

يُضاف إلى ذلك أن التشريعات المختلفة حينما نصت على هذين الإجراءين ضمن إجراءات جمع الأدلة لم تكن تستهدف إلا التفتيش عن الأشياء المادية وضبطها؛ لأنها وقت إصدارها لم يكن للأشياء المعنوية وجودٌ يذكر.

ثانياً: الاتجاه المؤيد لإمكانية التفتيش عن الدليل الرقمي وضبطه:

تعتمد حجة هذا الرأي على الانطلاق من التفسير الغائي للنصوص وإهمال التفسير الحرفي؛ لأنه هو الذي يساعد على الكشف عن الإرادة الحقيقية للمشرع من وراء إصدار النص، ولاشك أن الإرادة الحقيقية للمشرع من وراء إصدار النصوص المتعلقة بإجراءات جمع الأدلة هي الكشف عن الحقيقة، وبالتالي فإن تلك الإجراءات إذا ما أدت إلى هذه الغاية فإنه ينبغي عدم تقييدها دون مبررٍ أو مسوغٍ قانوني إذا كان محلها البيانات أو المعلومات الإلكترونية⁽²⁾.

1- راجع: د. موسى مسعود ارحومة، الإشكاليات الإجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية، مرجع سبق ذكره، ص7.

2- راجع: د. علي محمود علي حمودة، الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، الذي نظمته أكاديمية شرطة دبي في الفترة من 26-28/4/2003م، ص17.

والبحث منشور على شبكة المعلومات الدولية، ورابط الموقع هو: <http://www.f-law.net/law/threads/11333>. تاريخ الزيارة: 2015/12/10م.

وعلى هذا ينبغي عدم الوقوف على المعنى الحرفي للفظ (شيء) الوارد في النصوص المتعلقة بتلك الإجراءات، وتفسيره تفسيراً ضيقاً يعيق عملية الحصول على الدليل للكشف عن الحقيقة في بعض الجرائم، وإنما ينبغي تفسيره تفسيراً يضمن تحقق الغاية من وراء إصداره. ولهذا فإن ذلك اللفظ ينبغي أن لا يقتصر على الأشياء المادية فحسب، وإنما يمتد ليشمل أي شيء ولو كان معنوياً، بحيث يشمل أيضاً البيانات أو المعلومات الإلكترونية.

وبناءً على ذلك يرى جانب من الفقه الليبي أن نص المادة 2/75 ج (1) يجيز للمحقق أن يباشر التفتيش في أي مكان، ولو كان هذا المكان متمثلاً في الوسط الافتراضي للدليل وليس الوسط التقليدي، أخذاً بالمعنى الواسع للفظ المكان الوارد بالنص، ويجيز له كذلك ضبط كل ما يفيد في كشف الحقيقة ولو تمثل محل الضبط في المخزجات الرقمية؛ أخذاً بعموم عبارة (ضبط كل ما يفيد في كشف الحقيقة) (2).

يضاف إلى ذلك أن الأخذ بالمفهوم الواسع للفظ الشيء هو الذي ينسجم وسياسة المشرع الليبي في تحديد مفهوم المادة حينما اعتبر شتى أنواع الطاقة مالا يمكن أن يكون محلاً لجريمة السرقة، الأمر الذي يُستفاد منه وفقاً لوجهة نظر أصحاب هذا الرأي - أن المشرع الليبي لا يفاضل بين الأشياء المادية والأشياء المعنوية في تطبيق أحكام القانون الجنائي متى كانت الغاية من تطبيق النص متوافرة (3).

1- يجري نص هذه المادة على النحو الآتي: "وللمحقق أن يفتش أي مكان ويضبط فيه الأوراق والأسلحة والآلات وكل ما يحتمل أنه استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها أو وقعت عليه، وكل ما يفيد في كشف الحقيقة".

2- أ. طارق محمد الجملي، مرجع سبق ذكره، ص12.

(3) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

وما يراه الباحث هو ترجيح وجهة النظر الثانية على الأولى؛ لسلامة الحجة التي ساقها أنصارها؛ إذ إن الأخذ بالمفهوم الضيق للفظ الشيء فيه تعطيلٌ لتطبيق بعض النصوص الإجرائية المتعلقة بالبحث عن الدليل دون مسوِّغ، بل إن في الأخذ بالتفسير الحرفي للنصوص وإهمال البحث عن غاية المشرع ومراده من وراء إصدارها فيه إعاقةٌ لهذه النصوص عن القيام بدورها في حماية المصالح الاجتماعية التي قرّر المشرع بسط الحماية الجنائية عليها، والمثال على ذلك نص المادة الرابعة من قانون العقوبات الليبي التي تقرر سريان أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في الأراضي الليبية جريمةً من الجرائم المنصوص عليها فيه⁽¹⁾.

فلاشك أن في الأخذ بالتفسير الحرفي للفظ (الأرض) تعطيلاً لتطبيق نصوص القانون الجنائي على ما يرتكب من جرائم في الإقليمين المائي والجوي؛ لأن التفسير الحرفي للفظ الأرض يقتصر على اليابسة، ولا يمتد إلى الماء أو الجو، وهذا ما لم يقل به أحدٌ من الفقه ولا اعتمده أحكام القضاء.

نخلص من كل ذلك إلى القول بإمكانية التفتيش عن الدليل الرقمي وضبطه؛ تأييداً لوجهة النظر السابقة.

الفرع الثاني

الإشكاليات المترتبة على تنفيذ التفتيش عن الدليل الرقمي وضبطه
أثير حول تنفيذ التفتيش عن الدليل الرقمي وضبطه بعض الإشكاليات، لعل من أهمها:

(1) يجري نص هذه المادة على النحو الآتي: تُسري أحكام هذا القانون على كل ليبيٍّ أو أجنبيٍّ يرتكب في الأراضي الليبية جريمةً من الجرائم المنصوص عليها فيه، ...".

- الإشكالية المتعلقة بمدى إمكانية إجراء التفتيش عن الدليل الرقمي وضبطه حينما يكون جهاز المتهم الإلكتروني متصلاً بغيره من الأجهزة الأخرى.
- الإشكالية المتعلقة بمدى إمكانية إجراء التفتيش عن الدليل الرقمي وضبطه في الحالة التي يكون فيها جهاز المتهم (محل التفتيش) محمياً بكلمات سرٍ تمنع من الولوج إلى البيانات الإلكترونية.
- الإشكالية المتعلقة بمدى إمكانية تحريز الدليل الرقمي بعد ضبطه.

ولبحث هذه الإشكاليات سيقسم هذا الفرع إلى ثلاث فقراتٍ على النحو الآتي:

أولاً: الإشكالية الأولى (اتصال جهاز المتهم محل التفتيش والضبط بغيره من الأجهزة):

قد يكون جهاز المتهم في بعض الحالات متصلاً بغيره من الأجهزة داخل حدود الدولة أو خارجها، الأمر الذي يترتب عليه مساسٌ بحقوق غير المتهم في المحافظة على الخصوصية في حالة إذا ما امتدَّ التفتيش إلى جهاز هذا الغير داخل حدود الدولة، ومساسٌ بسيادة الدول في الحالة التي يمتدَّ فيها التفتيش إلى أجهزة موجودة خارج نطاق حدود دولة المتهم. فهل بالإمكان إجراء التفتيش والضبط رغم ذلك؟

نعتقد أن الإجابة عن هذا التساؤل تختلف باختلاف الحالتين المشار إليهما، وذلك

على النحو الآتي:

أ- تفتيش أجهزة غير المتهم داخل حدود دولة المتهم:

في هذه الحالة يرى جانبٌ من الفقه -وهو ما يؤيده الباحث- أن تفتيش غير المتهمين للبحث عن الدليل الرقمي وضبطه لا يختلف عن التفتيش عن الدليل التقليدي وضبطه بالنسبة لغير المتهمين، وبالتالي يمكن إجراء هذا التفتيش والضبط ولكن بالشروط المقررة لتفتيش منازل غير المتهمين أو أشخاصهم، والتي من بينها ضرورة

استصدار إذن من القاضي الجزئي لتفتيش منزل غير المتهم إذا كان من يباشر التحقيق هو النيابة العامة⁽¹⁾.

بيد أن انتظار النيابة العامة بعض الوقت للحصول على الإذن قد يجعل من التفتيش إجراءً عقيماً أو غير مثمر في بعض الأحيان؛ وذلك بسبب ما قد يتعرض له الدليل الرقمي من عبث من قبل المتهم أو غيره بالمحو أو التعديل أو التدمير. لهذا يوصي جانب من الفقه بضرورة منح جهة التحقيق الرخصة في اتخاذ هذين الإجراءين في حالة الضرورة دون استصدار الإذن المطلوب⁽²⁾.

ب- تفتيش أجهزة غير المتهم الواقعة خارج حدود دولة المتهم:

عالجت بعض التشريعات هذه الإشكالية عن طريق نصوص خاصة في قوانين مكافحة جرائم الحاسوب؛ حيث أجازت لسلطة التحقيق إجراء التفتيش لأجهزة غير المتهمين الموجودة خارج حدود الدولة التي يوجد بها جهاز المتهم، دونما حاجة لانتظار استصدار إذن بالتفتيش من سلطات الدول الأخرى، شريطة أن يكون التدخل لإجراء التفتيش مؤقتاً، وأن تكون البيانات محل التفتيش ضرورية لكشف الحقيقة⁽³⁾.

1- د. موسى مسعود ارحومة، الإشكاليات الإجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية، مرجع سبق ذكره، ص9.

2- المرجع السابق، الصفحة نفسها.

3- ومن أمثلة هذه القوانين الخاصة: قانون مكافحة جرائم الحاسوب الآلي الهولندي (مادة 125)، وقانون الأمن الداخلي الفرنسي (مادة 17)، وقانون التحقيق البلجيكي (مادة 88).

راجع: د. أسامة بن غانم العبيدي، مرجع سبق ذكره، ص93، ود. موسى مسعود ارحومة،

المرجع السابق، ص11.

ويبرّر جانب من الفقه هذه المعالجة بأن العالم الافتراضي الذي يجري فيه التفتيش لا يعرف الحدود، وبالتالي لا تحتاج الدول - لإجرائه خارج حدودها- لاستصدار إذنٍ من الدول التي تتواجد فيها الأجهزة محل التفتيش⁽¹⁾.

غير أن هذا التبرير لا يبدو مقنعاً وفقاً لتصور الباحث؛ ذلك أن الضابط في القول بتجاوز التفتيش لحدود الدولة هو بالمكان الذي يتواجد فيه الجهاز محل التفتيش، بحيث إذا وُجد خارج حدود الدولة مُنفذة التفتيش، فإن تفتيش ذلك الجهاز دون إذنٍ من تلك الدولة يُعدّ تعدياً على سيادتها، وبالتالي فلا مفرّ وفقاً لتصور الباحث- من اللجوء إلى نظام المساعدة القانونية المتبادلة التي تسمح للدول بإجراء التفتيش والضبط في مثل هذه الحالة، وذلك من خلال الاتفاقيات (الثنائية ومتعددة الأطراف) التي تُعقد بينها في هذا المجال، بما يعنيه ذلك من التنازل عن قدرٍ من السيادة يسمح بمباشرة هذين الإجراء ينفي مثل تلك الحالة، أو وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل.

وتعد الاتفاقية الأوروبية بشأن الجرائم الإلكترونية الصادرة عن مجلس الاتحاد الأوروبي في 2001/11/23م والمعروفة باتفاقية بودابست، وكذلك الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات التي وُقعت من قبل مجلسي الداخلية والعدل العرب بتاريخ 2010/12/21م بمقر الأمانة العامة لجامعة الدول العربية بالقاهرة⁽²⁾، تُعدّان مثالين بارزين للاتفاقيات متعددة الأطراف التي أقرت نظام المساعدة القانونية المتبادلة في مجال البحث عن الدليل الإلكتروني وضبطه، حيث أُلزمت المادتان: 1/25 من اتفاقية

1- راجع: د. موسى مسعود ارحومة، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

2- سيشار إلى الاتفاقية الأولى باتفاقية بودابست، والثانية بالاتفاقية العربية، ويلاحظ أن كلا الاتفاقيتين أقرتا قواعد موضوعية وإجرائية فيما يتعلق بمكافحة الجرائم الإلكترونية، غير أن هذه القواعد غير ملزمة إلا للدول الأطراف في كل اتفاقية دون غيرها من الدول الأطراف في المجتمع الدولي.

بودابست و1/32 من الاتفاقية العربية الدول الأطراف فيهما بتبادل المساعدة بأقصى قدرٍ ممكنٍ لجمع الأدلة الإلكترونية للإثبات في القضايا الجنائية.

كما أجازت الاتفاقيتان لأي دولة طرفٍ بدون الحصول على تفويضٍ من دولة طرفٍ أخرى- أن تصل إلى المعلومات الإلكترونية بغض النظر عن موقعها الجغرافي، متى كانت هذه المعلومات متوفرةً للعامّة، وهو ما يُسمى بالمصدر المفتوح للمعلومات (Open Source)، وأجازتا أيضاً للدول الأطراف أن تصل أو تستقبل من خلال تقنية المعلومات في إقليمها- المعلومات الإلكترونية الموجودة لدى الدولة الطرف الأخرى، بشرط حصولها على الموافقة الطوعية والقانونية من الشخص الذي يملك السلطة القانونية لكشف تلك المعلومات (مادة 32 من اتفاقية بودابست، و40 من الاتفاقية العربية).

ونظراً لأن الحصول على تلك الموافقة قد يتأخّر أحياناً مما قد يجعل من التفتيش إجراءً عقيماً؛ بسبب ما قد يقوم به المتهم أو غيره من عبثٍ بالدليل الرقمي (محوً أو إتلافاً أو تعديلاً)، فقد حثّت الاتفاقيتان الدول الأطراف فيهما على ضرورة إنشاء جهازٍ متخصصٍ ومتفرغٍ على مدار الساعة؛ لضمان المساعدة الفورية لجمع الأدلة الإلكترونية في الجرائم (مادة 25 من اتفاقية بودابست، و43 من الاتفاقية العربية).

ثانياً: الإشكالية الثانية (حماية جهاز المتهم محل التفتيش والضبط بكلمات سر):

قد يكون جهاز المتهم أو التطبيق الموجود على الجهاز لتخزين البيانات أو المعلومات المراد التفتيش عنها أو ضبطها محمياً بكلمات سرٍ تمنع من الولوج إليها، فهل يمكن إجبار صاحب كلمة السر على الإفصاح عنها؛ حتى يتم الولوج إلى تلك البيانات؟ يلاحظ أن الإجابة عن هذا التساؤل تختلف باختلاف صاحب كلمة السر، كونه المتهم أو غيره، كمزود الخدمة الذي يحتفظ بنسخةٍ إلكترونية من أسماء الدخول وكلمات السر للمستخدمين.

أ- الحالة التي يكون فيها المقصود بالإفصاح عن كلمة السر هو المتهم: يرى جانبٌ من الفقه أنه لا يجوز إجبار المتهم في مثل هذه الحالة على الإفصاح عن كلمة السر؛ بهدف الولوج إلى المعلومات محل التفتيش أو الضبط؛ لأن في ذلك إخلالاً بحق الدفاع وإهداراً لمبدأ افتراض البراءة الذي يعطي للمتهم الحق في عدم تقديم دليلٍ ضد نفسه، بل والحق في التزام الصمت⁽¹⁾.

ولكن إذا أمعنا النظر في معطيات هذه الحالة لتبين لنا عدم وجود أي إهدارٍ لحق المتهم في الدفاع عن نفسه؛ لأن هذا الإلزام لا يعدو أن يكون إلا مقتضىً من مقتضيات تنفيذ التفتيش أو الضبط، كما هو الحال بالنسبة لتفتيش منزل المتهم أو غيره أو تفتيش الحقيبة التي يحملها، عندما يكون المنزل مقللاً بمفاتيح هي بحوزة صاحب المنزل وتكون الحقيبة محميةً بأرقام سرية لا يعرفها غيره، فالقول بأن إجبار المتهم على الإفصاح عن كلمة السر للولوج إلى المعلومات يشكل إخلالاً بحقه في الدفاع يقتضي القول أيضاً بأن إجباره على تقديم مفاتيح المنزل أو الأرقام السرية للحقيبة يشكل انتهاكاً لحق الدفاع، وهذا ما لم يقل به أحد، وإلا لامتنع إجراء التفتيش والضبط في الحالتين الأخيرتين؛ لأن المنازل والحقائب وما مثلها غالباً ما تكون محمية بمفاتيح أو أرقام سرية.

ب- الحالة التي يكون فيها المقصود بالإفصاح عن كلمة السر هو غير المتهم: يرى جانبٌ من الفقه بأنه بالإمكان إجبار غير المتهم على الإفصاح عن كلمة السر لتيسير الدخول إلى المصدر الإلكتروني للمعلومة محل التفتيش أو الضبط؛ لأن الإكراه الواقع على غير المتهم لا يمس حقوق الدفاع، خلافاً للوضع بالنسبة للمتهم⁽²⁾.

1- د. علي محمود حمودة، مرجع سبق ذكره، ص 19.

2- د. موسى مسعود ارحومة، المرجع السابق، ص 9.

ويؤيد الباحث وجهة النظر هذه شريطة أن يحترم الغير (مزود الخدمة) ما يفرضه مبدأ المحافظة على سرية المعلومات من قيود، أهمها عدم الإفصاح عن أية معلومة تتعلق بالمستخدمين إلا بإذن من الجهات القضائية المختصة.

ثالثاً- الإشكالية الثالثة (مدى إمكانية تحريز الدليل الرقمي بعد ضبطه):

بيّنت المادة (44) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي الكيفية التي يتم بها تحريز المضبوطات، وذلك بقولها: "توضع الأشياء والأوراق التي تُضبط في حُرزٍ مغلقٍ وترتبط كلِّها أمكن، ويُختم عليها، ويُكتب على شريطٍ داخل الختم تاريخ المحضر المحرَّر بضبط تلك الأشياء، ويُشار إلى الموضوع الذي حصل الضبط من أجله".

ولاشك أن الغاية من ضوابط التحريز التي أشار إليها النص هي المحافظة على الدليل وتوقّي احتمال العبث به؛ حتى لا تضعف قوته الإثباتية أمام القضاء⁽¹⁾.

وقد يُخيّل للبعض أن الدليل المقصود بالتحريز في هذا النص هو الدليل المادي (التقليدي) فحسب ودون الدليل الإلكتروني؛ لأن طبيعة الدليل المادي هو التي تنفق وضوابط التحريز المشار إليها، فهي تتطلب أن يكون الدليل مادياً أو محسوساً وليس معنوياً أو غير محسوس.

غير أن هذه النظرة سرعان ما تتلاشى إذا ما عرفنا أن هناك من الوسائل الإلكترونية ما يمكنه تحقيق فكرة التحريز بالنسبة للدليل الإلكتروني. فقط ينبغي أن نرقى بمستوى التفكير إلى أن التحريز بالنسبة لهذا الدليل سيكون بطريقةٍ تتفق وطبيعته.

وهذه الطريقة ستعتمد على فصل المعلومات الإلكترونية عن مصدرها ونقلها إلى أداة تخزين خارجية (USB, CD مثلاً) أو طباعتها على ورقٍ إذا كانت في شكل

1- د. عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، مرجع سبق ذكره، ص 347.

نصوص مكتوبة، ثم تحرّز تلك الأداة التخزينية أو الورق المطبوع بالطريقة التي حدّدها النص⁽¹⁾.

الفرع الثالث

الصعوبات العملية المتعلقة بالتفتيش عن الدليل الرقمي وضبطه

يمكن أن يُشار إلى أهم هذه الصعوبات على النحو الآتي:

أولاً: نقص الخبرة لدى جهات التحقيق والمحاكمة:

يتطلب البحث عن الدليل الإلكتروني في مختلف الجرائم مهارةً فنيةً في إدارة التحقيق وإجراء المحاكمة، تتمثل في الإلمام بتقنيات الحاسب الآلي وشبكات الاتصال ولغة التخاطب بين مستخدمي تلك التقنيات؛ فعن طريق الإلمام بهذه الأصول الفنية تستطيع جهات التحقيق والمحاكمة أن تناقش المتهمين والشهود والخبراء وأن تبحث عن الدليل الفني وتستخلصه من الوقائع وتقدر مدى كفايته للإدانة، وبالتالي فإن الجهل بهذه الأصول سيعيق التحقيق ويجعله عقيماً في مواجهة الجرائم، خصوصاً الإلكترونية منها.

ثانياً- الإحجام عن التبليغ عن الجرائم الإلكترونية أو التأخر فيه:

المجني عليه في الجرائم الإلكترونية قد يكون شخصاً معنوياً متمثلاً في مصرفٍ أو شركةٍ تجارية، وهذا الشخص المعنوي قد يحجم عن الإبلاغ عن الجريمة الإلكترونية التي ترتكب ضده أو يتأخر في هذا الإبلاغ.

ويرجع ذلك إلى عدّة أسباب، لعل من أهمها:

أ- الخشية من فقدان الزبائن؛ بسبب انعدام تقنهم في الجانب الأمني لحفظ البيانات أو المعلومات بهذه المؤسسة.

1- راجع: أ. طارق محمد الجملي، مرجع سبق ذكره، ص12.

ب- التأخر في اكتشاف الجرائم، ومن ثم التأخر في الإبلاغ عنها بعد أن يكون الدليل قد فُقدَ أو تم العبث به.

ج- انعدام الثقة لدى هذه المؤسسات بالمقدرة الفنية للسلطات القضائية في حسن إدارة التحقيق والمحاكمة في هذه الجرائم.

ثالثاً: اختلاف السياسات التشريعية للدول:

وذلك فيما يمكن أن يطلق عليه بالواجهة الجنائية الإلكترونية ضد الجرائم عموماً والجرائم الإلكترونية على وجه الخصوص، وذلك من الناحيتين: الموضوعية والإجرائية.

فبعض هذه الدول لازال يعتمد على النصوص التقليدية في مواجهة الجرائم الإلكترونية وفي مسألة البحث عن الدليل الإلكتروني بالنسبة لمختلف الجرائم (التقليدية والإلكترونية)، وبعضها أصدر قانوناً خاصاً لتنظيم كل هذه المسائل.

ولاشك أن الاختلاف في السياسات التشريعية لهذه الدول في معالجة هذه المسائل سيخلق فجوة بينها تؤثر سلباً على مكافحة الجرائم بوجه عام.

رابعاً- تواضع مستوى التعاون الدولي في شأن إجراءات البحث عن الأدلة الإلكترونية وقد أشار مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية المنعقد في البرازيل في الفترة من 12-19/4/2010م إلى هذه الصعوبة؛ حيث لاحظ أن عدداً كبيراً من اتفاقيات المساعدة القانونية المتبادلة القائمة يستند إلى إجراءات رسمية معقدة ومستهلكة للوقت.

ويُضاف إلى ذلك أن عدداً كبيراً من الدول -في تصور الباحث- لم ينخرط بعد في إطار اتفاقيات المساعدة المتبادلة بشأن تسهيل الحصول على هذا النوع من الأدلة، الأمر الذي سينجم عنه ضعف في سياسة مكافحة الجرائم على المستوى الدولي.

الخاتمة

بعد الفراغ من دراسة أهم الجوانب المتعلقة بالدليل الإلكتروني، فإنه يمكن القول بأنه رغم خلو التشريع الليبي من نصوصٍ تعالج -بشكلٍ صريحٍ- مدى مشروعية الاستناد إلى هذا الدليل في الكشف عن الحقيقة في مختلف الجرائم، إلا أن النصوص الحالية تسمح -عن طريق أعمال التفسير الغائي- بإمكانية الاستناد إلى ذلك الدليل في تحقيق الغاية المُشار إليها.

ومع هذا فقد لاحظنا أن عملية البحث عن هذا الدليل وضبطه ليست بالأمر السهل؛ فهذه العملية تواجهها بعض الإشكاليات والصعوبات التي تحتاج إلى تدخلٍ تشريعيٍّ صريحٍ لتذليلها؛ حتى لا تضيع الحقيقة المنشودة من وراء البحث عن ذلك الدليل، الأمر الذي يستدعي دعوة المشرع إلى هذا التدخل، إما بتعديل النصوص الموجودة، وإما بإصدار تشريعٍ جنائيٍّ خاصٍّ يكفل مواجهة الجرائم الإلكترونية، وينظّم إجراءات الحصول على الدليل الإلكتروني لمختلف الجرائم.

غير أن إصدار مثل هذا التشريع الخاص لن يكون ناجعاً من جهةٍ أخرى إلا إذا تزامن صدوره مع إقامة برامج تدريبية تكفل تأهيل أعضاء الهيئات القضائية؛ للتعامل مع هذا النوع الجديد من الإجرام وكذلك النوع الجديد من الأدلة.

المراجع

أولاً: المراجع العربية:

- د. أسامة بن غانم العبيدي، "التفتيش عن الدليل في الجرائم المعلوماتية"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، مج29، ع58، 2013م.
- د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2009م.
- د. علي محمود علي حمودة، الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، الذي نظمته أكاديمية شرطة دبي في الفترة من 26-2003/4/28م.
- د. عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ج1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008م.
- د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ج2، منشورات المكتبة الجامعية، الزاوية، ليبيا، ط2، 2000م.
- د. محمد الأمير البشري، "الأدلة الجنائية الرقمية: مفهومها ودورها في الإثبات"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، ع33، مج17، 2002م.
- د. محمد سليم العوّا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، دار المعارف، مصر، 1979م.
- د. محمد مصطفى شلبي، الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1982م.

• د. مصطفى امحمد الصرارعي، جريمة السرقة بالإكراه، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2013م.

• د. موسى مسعود ارحومة:

- "الإشكاليات الإجرائية التي تثيرها الجريمة، المعلومات عبر الوطنية"، بحث مقدم إلى المؤتمر المغاربي الأول حول: المعلوماتية والقانون الذي نظمته أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا خلال الفترة 28 - 2009/10/29م.

- حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، مصراته، ليبيا، ط1، 1988م.

- "تقدير نظام الإثبات في تشريعات الحدود"، ورقة عمل قُدمت لندوة الإشكاليات الفلسفية والعملية لتشريعات الحدود، التجربة الليبية في الميزان، التي أقامتها الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، زليتن، ليبيا، في الفترة 21-2007/1/22م، مجلة الجامعة الأسمرية، س4، ع8، 2007م.

• أ. طارق محمد الجملي، الدليل الرقمي في مجال الإثبات الجنائي، ورقة عمل قُدمت إلى المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، الذي نظمته أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، خلال الفترة: 28-2009/10/29م.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

• Amelia Phillips and others, E-Discovery: An Introduction to Digital Evidence, Cengage Learning, US, 2013.

• Bernadette H. Schell and Clemens Martin, cybercrime: a reference hand book, contemporary world issues, US, 2004.

- Carole E. Chaski, Ph. D, "Who's At the Keyboard? Authorship Attribution in Digital Evidence Investigations", International Journal of Digital Evidence, volume: 4, Issue: 1, 2005.
- Central Board of Direct Taxes, Department of Revenue, Government of India, "Digital Evidence – Investigation Manual", chapter 2, 2014.
- Eoghan Casey, Digital Evidence and Computer Crime, Academic Press, London, 2011.
- Mark L. Krotoski, "Effectively using Electronic Evidence before and at Trial", United States Attorneys, Washington, DC, US, November, Vol.59, No.6, 2011.
- Shahid Jamal Tubrazy, The Discovery of Digital Evidence and Forensic Laws, SJ Tubrazy Publication, (1) Edition, 2015.
- Timothy J. Shimeall, Jonathan Spring. Introduction to Information Security:
A Strategic – Based Approach, Steve Elliot, USA, (1) Edition, 2014.
- U.S. Department of Justice, office of Justice Programs, National Institute Justice, "Electronic Crime Scene Investigation: A Guide for First Responders, Second Edition, 2001.

التكييف القانوني للعقود النفطية في القانون الليبي

”دراسة تحليلية مقارنة في ضوء أحكام التحكيم التجاري الدولي“

د. عزالدين أبوبكر علي بوخريج*

ملخص البحث:

مما لا مراء فيه أن العقود النفطية تضم بين ثناياها تعارضاً في المصالح الاقتصادية بين الدول النامية والمتقدمة، إلى جانب وجود تفاوت في المراكز القانونية بين أطرافها بسبب انتماءها إلى أنظمة قانونية مختلفة. حيث ألقى التفاوت القانوني والتعارض الاقتصادي بظلاله على مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود النفطية، ففي الوقت الذي حرصت فيه الدول المنتجة على إخضاع عقودها إلى قوانينها الوطنية، سعت الشركات النفطية إلى تدويل تلك العقود استناداً إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أو إخضاعها لقواعد القانون الدولي العام أو التجارة الدولية. الأمر الذي أدى إلى ظهور مشكلة تكييف العقود النفطية على السطح، والتي تارجحت على الحدود الفاصلة بين القوانين الوطنية والدولية، فعملية إسباغ وصف قانوني معين على العقود النفطية، يرتبط في الأساس بطبيعتها الإدارية أو المدنية أو الدولية، وصولاً إلى تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة عليها. وترتبط على ذلك سوف يحاول البحث إعطاء التكييف القانوني الواقعي للعقود النفطية في القانون الليبي، ولاسيما أن الدولة الليبية على أعتاب حقبة جديدة من العلاقات الاقتصادية الدولية، يتعين فيها ضبط صياغة العقود النفطية، وإعادة النظر في بعض الشروط التعاقدية التي دأبت الشركات العالمية على التمسك بها في تعاقداتها النفطية، وذلك في ظل استمرار حالتها التفكك المؤسسي

*- محاضر بكلية القانون جامعة عمر المختار.

والإنفلات الأمني في البلاد.

المقدمة:

يعد النفط من الثروات القومية لأغلب الدول المنتجة⁽¹⁾. حيث حرصت على تنظيم استغلاله وتطوير تشريعاتها بما يتوافق مع أهميته الاقتصادية، وبما يتيح لها الاستعانة بالشركات النفطية الكبرى التي تحتكر التكنولوجيا والتقنية اللازمين للبحث والتقيب، وتمتلك القدرة المالية التي تمكنها من تحمل كلفة البحث والتقيب عن النفط في حال عدم اكتشافه بكميات تجارية⁽²⁾.

بيد أن رغبة الدول النامية في استثمار ثرواتها النفطية قوبلت باستغلال من قبل الشركات الكبرى التي سعت إلى تكبيلها بعقود محففة، ومن ثم الاستحواذ على ثرواتها النفطية بأقل الأسعار؛ فقد اقتصر دور الدول النامية على مجرد جباية الضرائب واقتضاء الإيجارات والإتاوات، فلم يكن في مقدورها اتخاذ أية قرارات تتعلق بالصناعة النفطية داخل حدودها⁽³⁾.

1- ابتداء من عام 1962 أصبح النفط في مقدمة الصادرات الليبية، إذ بفضلها حقق الاقتصاد فائضاً في ميزانه التجاري لأول مرة سنة 1963 حيث بلغت قيمة الصادرات حوالي 35 مليون دينار بدلاً من عجوزات سابقة تتراوح من 23 الى 46 مليون دينار خلال أوائل الستينات، وبذلك حل النفط محل المساعدات الأجنبية أو الصادرات الزراعية البسيطة. حيث غطى في أوائل السبعينيات ربع استهلاك دول أوروبا من النفط، نظراً لقرب النفط الليبي من الأسواق الأوروبية، وخلوه من الشوائب الأمر الذي ميزه عن نفط الشرق الأوسط، وبهذا أصبح ترتيب الدولة الليبية عالمياً السابع من بين الدول المنتجة، والرابع على مستوى منظمة الأوبك. أ. فهمية الهادي الشكشوكي، مستقبل الاقتصاد الليبي في ظل التغيرات الاقتصادية الراهنة والمستمرة، معهد التخطيط للدراسات العليا ليبيا، 2010، ص4.

2- د. علاء الدين محمد حمدان، النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية، مجلة الفتح، العدد السابع والثلاثون، 2008، ص185.

3- د. أحمد عبدالرازق خليفة السعيدان، القانون والسيادة وامتيازات النفط، مركز الوحدة العربية لبنان، 1996، ص30.

وبذلك نجح ما يعرف بالكارتل النفطي⁽¹⁾ في فرض سيطرته على جميع أراضي الدول المتعاقدة معها وميائها الإقليمية بموجب الامتيازات النفطية، بهدف قطع الطريق أمام الشركات النفطية المنافسة⁽²⁾.

وفي سبيل إحكام سيطرتها من الناحية القانونية، استغلت الشركات النفطية عدم اكتمال البنى القانونية في الدول النامية وخلقت معها جواً بالغ الحساسية بمحاولاتها المتكررة إقصاء تطبيق القانون الوطني على تعاقدها بهدف تقييد سلطة الدولة في تعديل تلك العقود أو إنهاؤها⁽³⁾.

وليبيا لم تكن أحسن حالاً من باقي الدول المنتجة، فمنظومتها التشريعية تشهد قصوراً يحول دون استيعاب المتغيرات الاقتصادية المصاحبة للاستثمار في مجال الثروات النفطية، فهي مكرسة لخدمة مصالح الشركات النفطية⁽⁴⁾.

1- مصطلح الكارتل مشتق من كلمة كارنا (Charta) اللاتينية التي تعني الميثاق. وقد تأسس الكارتل النفطي في عامي 1932/1930 بين الشركات النفطية الكبرى وتعرف حينها بالشقيقات السبع "Majors" ستاندارد أويل أوف نيوجرسي و"رويال دوتش شل"، و"بريتيش بترولوم"، و"سوكوني موبيل أويل، و"جولف، واتلانتيك" و"سنكلير". لتجميد حصص السوق الدولية من إنتاج النفط الخام وتوزيع المشتقات النفطية. د. عبدالرازق المرتضي، العلاقات النفطية في دول الدومن (الأوبك)، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان طرابلس ليبيا، 1983، ص 45 وما بعدها .

2- فعلى سبيل المثال نص الامتياز النفطي المبرم بين شيخ الكويت وشركة نفط الكويت عام 1934 في مادته الأولى على أنه: "يمنح الشيخ الشركة الحق في البحث والحفر... في كل إمارة الكويت بما في ذلك الجزر والمياه الإقليمية". د. أحمد عبدالحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، بدون ناشر، 1975، ص 56.

3- د. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، 1990، ص 25 .

4- يعد قانون النفط الليبي رقم 25 لسنة 1955 هو القانون المنظم للاستثمارات النفطية في ليبيا وإن طرأت عليه بعض التعديلات الطفيفة، منشور بالجريدة الرسمية، العدد الرابع، بتاريخ 19/6/1955، ص 4.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في أن العقود النفطية تحمل بين طياتها تعارضاً في المصالح الاقتصادية بين الدول النامية والمتقدمة، انطلاقاً من خليفات استعمارية قديمة تهدف إلى إيجاد مفاهيم جديدة تخدم مصالح الدول المتقدمة من خلال استبعاد تطبيق القوانين الوطنية⁽¹⁾؛ أذكتها صعوبات قانونية ناشئة عن انتماء أطراف العقود النفطية-الدول والشركات النفطية-إلى أنظمة قانونية مختلفة، علاوةً عن وجود تفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية بينها⁽²⁾.

ومن هنا ظهرت الحاجة إلى تكييف العقود النفطية، لمعرفة النظام القانوني الذي يحكمها، وتحديد الحقوق والالتزامات المترتبة عليها، حيث تتأرجح عملية تكييفها على الحدود الفاصلة بين القوانين الوطنية والدولية، فقد تُصنف العقود النفطية ضمن العقود الخاصة وتخضع للقانون المدني، وقد يتم إدراجها ضمن العقود الإدارية، وتخضع لقواعد القانون الإداري، أو تعد من قبيل الاتفاقيات الدولية الخاضعة للقانون الدولي⁽³⁾.

فضلاً عن الاتجاه الحديث المناهض بتكييف العقود النفطية كعقود إدارية دولية تجمع بين خصائص القانون العام والخاص والصفة الأجنبية للمتعاقد، في محاولة للمواءمة بين سلطات الدولة وحقوق الشركات الأجنبية.

1- د. محمد عبدالعزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة حلوان، ص 241.

2- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، ص 12.

3- د. محمد عبدالله المؤيد، التكييف القانوني لعقود الاستثمار النفطي في اليمن بالنظر إلى أطرافها وذاتيتها، مجلة الدراسات الاجتماعية، العدد السادس عشر يوليو/ديسمبر 2003، ص 152.

وفي الواقع أن العقود النفطية كانت ولا تزال محل اهتمام فقهاء القانون بأفرعه المختلفة (العام، الخاص، الدولي)، حيث حاول كل فريق من هؤلاء دراستها من زوايته الخاصة، مستخدماً مصطلحاته المتعددة والمتنوعة بما يترتب عليها من نتائج، مما يجعل من الصعوبة بمكان الركون إلى تكييف قانوني معين⁽¹⁾. لأن تكييفها يرتبط في الأساس ببيان طبيعتها الإدارية أو المدنية أو الدولية، وتحديد الحقوق والالتزامات المترتبة عليها⁽²⁾.

أهمية البحث وأهدافه:

تتجلى أهمية البحث في معالجته موضوع التكييف القانوني للعقود النفطية في القانون الليبي، الذي ظل بعيداً عن اهتمامات الفقه الليبي، على الرغم من تعرض الدولة لوخزات مؤلمة من قبل هيئات التحكيم الدولية، بسبب جنوحها في تكييف العقود النفطية لاستبعاد تطبيق القانون الليبي. علاوة عن ذلك فإن عملية تكييف العقود النفطية تُشكل الجانب العملي لهذه الدراسة، إذا ما أخذنا في الاعتبار أن اختيار نظام قانوني معين وتفضيله على غيره من الأنظمة القانونية ليست من قبيل الترف الفكري، بل إنها عملية جوهرية تتحكم في تكوين العقد النفطي وتحديد الآثار المترتبة عليه³.

وعلى هدى ما تقدم سوف يسعى البحث إلى إعطاء التكييف القانوني الواقعي للعقود النفطية، ولاسيما أن ليبيا على أعتاب حقبة جديدة من العلاقات الاقتصادية الدولية، يتعين فيها على الدولة ضبط صياغة عقودها النفطية، وإعادة النظر في بعض الشروط

1- د. أحمد حسان مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1998، غير منشورة، ص104.

2- د. فاطمة خالد المحسن، التكييف القانوني للعقد النفطي في ضوء القرائن القانونية المستمدة من النظرية العامة للالتزام ونظرية العقد الإداري، مجلة الحقوق، العدد الثاني، 2016، ص255.

3- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2004، ص49.

التعاقدية التي دأبت الشركات العالمية على التمسك بها في تعاقدها النفطية، وذلك في فترة حرجة أنهكت فيها الدولة الليبية بسبب التفكك السياسي والانفلات الأمني.

منهج وخطة البحث:

لاغرو أن منهج البحث القانوني يتحدد في ضوء أهمية الموضوع، وطبيعة المعالجة القانونية لمشكلة البحث، وحيث أن موضوع التكييف القانوني للعقود النفطية يعد من الموضوعات الدقيقة التي تتطوي علي مزيج من القواعد القانونية الوطنية وممارسات هيئات التحكيم التجاري الدولي، فإن ذلك مدعاة لإتباع أسلوب التحليل والمقارنة، وذلك وفقاً للتقسيم الآتي :

المطلب الأول: التكييفات التقليدية للعقود النفطية.

الفرع الأول : العقود النفطية عقود خاصة.

الفرع الثاني: العقود النفطية اتفاقيات دولية.

الفرع الثالث: العقود النفطية عقود إدارية .

المطلب الثاني: التكييف الحديث للعقود النفطية.

الفرع الأول : ماهية العقد الإداري الدولي.

الفرع الثاني : العقد الإداري الدولي في ضوء أحكام التحكيم التجاري الدولي.

الفرع الثالث: مرتكزات تكييف العقود النفطية كعقود إدارية دولية.

المطلب الأول

التكييفات التقليدية للعقود النفطية

تكتسي العقود النفطية لدى الدول المنتجة والصناعية أهمية خاصة، لأنها ترد على المصدر الرئيس للطاقة، ويعزى إليها تفجير مشكلة تكييف عقود الدولة على الساحة القانونية، بسبب أسبقيتها الزمنية على العقود الأخرى⁽¹⁾.

وقد انقسم الفقه حول تكييفها على نفسه، فمنهم من صنفها ضمن عقود القانون الخاص، وهناك من اعتبرها اتفاقيات دولية، في حين صنفها بعضهم الآخر على أنها عقوداً إدارية. ولما كان لكل اتجاه من هذه الاتجاهات أسانيد وحججه، فإنه يتعين علينا استعراضها في ثلاثة فروع متتالية:

الفرع الأول: العقود النفطية عقود خاصة:

إن محاولة تكييف العقود النفطية ضمن عقود القانون الخاص ليست بالجديدة، ففي مؤتمر البترول الثاني المنعقد في بيروت ادعى ممثلو الشركات النفطية أن تعاقدها المبرمة مع الحكومات تخضع إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين الواردة في القانون الخاص، وهو ما يفرض عليها احترام قدسية العقود وعدم المساس بها.

فهذه العقود لا تنص صراحة على وجوب أخذ موافقة تلك الحكومات قبل إجراء أي تعديل على أسعار النفط الخام؛ إذ يجوز للشركات النفطية تخفيض أسعار النفط دون معقب عليها، وفي المقابل لا يحق للحكومات المصدرة للنفط تعديل أو إلغاء العقود القائمة، أو إضافة أية نصوص جديدة إليها، وأن أي محاولة من هذا القبيل تعد انتهاكاً لقدسية العقود وإجحافاً بحقوق الشركات⁽²⁾.

1- د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 174 .

2- محسن أبو ميزر، التكيف القانوني لامتيازات البترول، مجلة الرائد العربي، العدد الثاني، كانون الأول ديسمبر 1960، ص 55 .

وبناءً على هذه الادعاءات ذهب جانب من الفقه إلى تكييف العقود النفطية ضمن طائفة عقود القانون الخاص استناداً إلى اعتبارات اقتصادية وأخرى عملية⁽¹⁾.
أولاً: الاعتبار الاقتصادية:

لما كانت العقود النفطية تسعى إلى تحقيق النمو الاقتصادي في الدول المنتجة، فإن هذا الهدف لا يتأتى تحقيقه إلا باتباع أساليب القانون الخاص، فضرورات التجارة الدولية تفرض عليها عدم التمسك بأساليب القانون العام أثناء تعاقداتها الخارجية، حتى تتمكن من استقطاب الاستثمارات الأجنبية وتشجيع دخول رؤوس الأموال والتكنولوجيا إلى أقاليمها⁽²⁾.

وهذا ما يفسر موافقة أغلب الدول على إدراج شرطي الثبات التشريعي والتحكيم في تعاقداتها النفطية للحد من سلطاتها، وإحداث نوع من المساواة في علاقاتها التعاقدية مع الشركات الأجنبية⁽³⁾. وهو ما دفع بالبعض إلى مطالبة رجال القانون إلى التوقف عن تكييف عقود الدولة الرامية إلى تحقيق نمو اقتصادي ضمن الأعمال العامة أو المسائل شبه العامة، لكي تصبح عملاً تعاقدياً حقيقياً واقعا في دائرة القانون الخاص⁽⁴⁾.
ثانياً: الاعتبار العملية:

لئن كانت الدولة تستطيع استخدام أساليب القانون العام في تعاقداتها المحلية المبرمة مع رعاياها داخل حدود إقليمها بما لها من سيادة؛ إلا أنها غير قادرة على

1- د. محمد عبدالعزيز المرجع السابق، ص 239، 202. د. سراج حسين بوزيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، طبعة 2004، ص 602 وما بعدها. د. يوسف عبد الهادي الاكياي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراة حقوق الزقازيق 1989، ص 301 وما بعدها.

2- د. محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 20.

3- نفس المرجع، ص 239.

4- د. أحمد عبدالكريم سلامة، العقود الدولية للاستثمار والتنمية الاقتصادية، القاهرة، 1984، ص 63.

ممارسة هذه السيادة حال تعاقدها مع المستثمرين الأجانب، حيث تقف معهم على قدم المساواة، ولا تتمتع في مواجهتهم بأية سلطات استثنائية إلا بقدر ما تسمح به الشروط التعاقدية، وبالتالي تكون كما لو تعاقدت خارج حدود إقليمها⁽¹⁾. والقول بخلاف ذلك من شأنه المساس بالمراكز القانونية للشركات الأجنبية، وهدم العلاقات التعاقدية معها؛ وإثارة المشاكل السياسية مع الدول الأجنبية التي تنتمي إليها هذه الشركات بجنسياتها، إذا ما قررت اللجوء إليها طلباً للحماية الدبلوماسية⁽²⁾.

وهذا ما تواترت عليه أحكام التحكيم التجاري الدولي لاسيما في المنازعات النفطية التي حدثت بين الشركات الغربية والدولة الليبية، ففي قضية Taxco المرفوعة ضد الدولة الليبية ذهب المحكم Dupuy حين تعرضه لمدى اعتبار العقود النفطية عقوداً إدارية، طرح التساؤل الآتي: هل قيام ليبيا بتأميم الشركة النفطية يعد تنصلاً من تنفيذ التزاماتها؟

حيث رأي أن أبرز الأسباب التي قد تستند إليها الحكومة الليبية، لتبرير مسلكها هو افتراض أن تكون تعاقداتها إدارية، يجوز للدولة فسخها في أي وقت تراه، واستناداً على الرأي الاستشاري المعد من قبل د. سليمان مرقس حول الشروط الواجب توافرها في العقود الإدارية في القانون الليبي، انتهى المحكم إلى أن الضوابط الواردة في القانون الليبي لا تنطبق على العقود النفطية، لأن فكرة تسيير المرفق العام لمصلحة الجمهور غير متوافرة، وأن العقد قد تم إبرامه على قدم المساواة، ولم يتضمن شروطاً استثنائية، بل على العكس فقد تضمن العقد شروطاً مقررّة لمصلحة الشركتين تمنع جهة الإدارة من

1- د. محمد عبدالعزيز المرجع السابق، ص239. د. سراج حسين، المرجع السابق، ص 602 وما بعدها، د. يوسف عبد الهادي الاكياي، المرجع السابق، ص 301 وما بعدها.

2- د. يوسف الاكياي، المرجع السابق، ص301.

تعديل الحقوق التعاقدية⁽¹⁾.

لا يسلم الفقه المؤيد لمطالب الدول المنتجة بهذا الرأي، لأن الصفة العامة للعقد قد تزداد في حين تتضاءل الصفة الخاصة له، بسبب توافر العناصر المميزة للعقد الإداري، كأن يتم إبرام العقد مع شخص من أشخاص القانون العام لغرض تسيير مرفق عام، وينطوي في الوقت ذاته على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص⁽²⁾.

فضلاً عن ذلك فإن القول باستخدام أساليب القانون العام مع المستثمر الأجنبي يؤدي إلى هدم العلاقة التعاقدية معه، وإثارة المشاكل السياسية مع دولته. يعد قولاً منافياً للواقع العملي، فالدولة قد تهدف من وراء استخدامها هذه الأساليب إلى الحفاظ على مصالحها وتوفير ضمانات ومزايا للمستثمر الأجنبي ذاته، كفرضها التعويض العادل المقابل التأميم. زد على ذلك أن بعض الدول الغربية كألمانيا وفرنسا وبريطانيا تشترط لكي تتدخل لحماية مصالح رعاياها أن يقع تعسف أو تمييز ضدهم⁽³⁾.

أما التحجج بأن الدولة قد تنازلت عن هذه المزايا بمجرد قبولها إدراج شرطي الثبات التشريعي والتحكيم في عقودها، فهي حجة واهية، لأن نية الدولة قد اتجهت منذ البداية إلى التعاقد مع الشركات الأجنبية على قدم المساواة، فلا وجود لمثل هذه الشروط في عقود القانون الخاص، حتى لو افترضنا وجودها في تلك العقود، فإن ذلك يعد اعترافاً ضمناً من قبل الشركات الأجنبية بسلطات الدولة التي يجوز لها استعمالها في أي وقت،

1- Arbitration between the Government of Libya and Texaco, International Legal Material, vol.17, January 1977 p21 ff.

2- د. محمد عبدالعزيز المرجع السابق، ص 240.

3- د. علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، 2006، ص 96. ود. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 574 .

فمثل هذه الشروط الاستثنائية تعزز الجانب الإداري في العقد ولا تنفيهِه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: العقود النفطية اتفاقيات دولية:

يتجه أصحاب هذا الرأي إلى القول إن العقود النفطية المبرمة بين الدول والشركات الأجنبية تشبه إلى حد كبير الاتفاقيات الدولية، بسبب توافر معايير الأخيرة فيها⁽²⁾، خصوصاً وأن العقود النفطية تمتاز بالآتي:

1- تتولى الدولة من خلال أجهزتها التي تمتلك صلاحية إبرام المعاهدات الدولية بتوقيع العقود النفطية مع شركات أجنبية لها رؤوس أموال ضخمة، وتخضع للقانون العام أو القانون المدني في الدولة التي ينتمي إليها بجنسيتها، حيث تتمتع بموجب هذه القوانين بالشخصية القانونية التي تخولها صلاحية إبرام مثل هذه العقود⁽³⁾.

2- تتضمن العقود النفطية شروطاً تحول دون قيام الدولة باتخاذ إجراءات سيادية أو تشريعية من شأنها المساس بمصالح الشركات الأجنبية⁽⁴⁾. وتأمينها من أعمال الحكومة التنظيمية، حيث تلتزم الدولة المستضيفة للاستثمار بعدم تغيير بنود الاتفاق، دون موافقة

1- د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 346. د. محمد عبد العزيز المرجع السابق، ص 251.

2- د. حفيظة السيد الحداد المرجع السابق، ص 556 وما بعدها.

3- د. سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 632. وتجدر الإشارة إلى أن أغلب العقود النفطية الأولى قد أبرمت مع شركات حكومية تابعة لدول أجنبية، فعلى سبيل المثال لا الحصر، فشركة النفط الوطنية الإنجليزية (BP) أنشئت عام 1909، وكانت تعرف باسم شركة النفط الانجلو-فارسية حتى عام 1935 ثم تغير أسمها إلى شركة النفط الإيرانية حتى عام 1954. د. يوسف علوان المرجع السابق، ص 87. وكذلك المؤسسة الإيطالية للمواد الهيدروكربونية (E.N.I) تعد مؤسسة حكومية طبقاً لقانون إنشائها الصادر في 1952/2/10. وتعد الشركة النفطية الفرنسية إيراب (E.R.A.B-S.N.I.P) مؤسسة حكومية وفقاً لقانون إنشائها الصادر في 1967/12/17. د. سراج أبو زيد، المرجع السابق، ص 32.

4- د. محمد طلعت الغنيمي، شرط التحكيم في اتفاقيات البترول، مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة العاشرة، العددان 1، 2، 1960، 1961، ص 56.

الطرف الآخر⁽¹⁾. وتعد شروط الثبات التشريعي ميزة مقررة للاستثمارات الأجنبية التي تحظى بأهمية خاصة في عملية النمو الاقتصادي، وتنازلاً من قبل الدولة عن سلطتها في إصدار التشريعات⁽²⁾.

3- يجري العمل بين الدول على اتباع ما يعرف بـ (الدبلوماسية المالية) والتي تتمثل في إبرام اتفاقية دولتين يُنص فيها صراحة على أن الموقعين عليها، لهم الحق في إبرام اتفاقيات مع الأشخاص الأجانب الخاصة باسم الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة التابعة لهم. وعادة ما تنص هذه الاتفاقية لأجل تنفيذ أحكامها على إقرار العقود المبرمة بين الأشخاص التابعين للدولتين المتعاقدين، بوصفها عقوداً تنفيذية للمعاهدة، وجزءاً لا يتجزأ منها، وخاضعة لقواعد القانون الدولي⁽³⁾.

4- تنص أغلب العقود النفطية على تسوية منازعاتها عن طريق التحكيم⁽⁴⁾، بهدف حل الخلافات الناشئة عن العقود النفطية بواسطة هيئات تحكيمية مستقلة عن طرفي العقد، مما يساهم في خلق حلول تتجاوب مع احتياجات تلك المنازعات بعيداً عن القيود الإجرائية التي تكبل القضاء الوطني⁽⁵⁾.

1- Margarita TB Coale, Stabilization clauses in international petroleum transactions, Denver Journal of International Law and Policy, vol. 30, 2001-2002, p 225.

2- د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز الوحدة العربية للبنان، 2006، ص248.

3- د. علاء محمد حمدان، المرجع السابق، ص200. ود. محمد عبدالله المؤيد، المرجع السابق، ص167.

4- وهذا ما ورد في المادة 20 من قانون البترول رقم 25 الصادر عام 1955 التي جاء فيها: "1- تجري تسوية كل نزاع ينشأ بين وزارة النفط وبين صاحب العقد الممنوح وفقاً لأحكام هذا القانون عن طريق التحكيم وذلك على الوجه المبين في الملحق الثاني لهذا القانون".

5- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص14.

5- تبرز عند المساس بحقوق المتعاقد الأجنبي فكرة الحماية الدبلوماسية، التي تؤدي إلى قلب الالتزامات الناشئة عن العقود النفطية إلى التزامات دولية، وإثارة المسؤولية الدولية للدولة قياساً على إخلالها بالمعاهدات الدولية، حيث يتم التمسك بقواعد القانون الدولي العام في مواجهتها⁽¹⁾.

ويعاب على هذا التكييف افتقاره إلى السند القانوني السليم، لأن الاتفاقيات الدولية المبرمة بين أشخاص القانون الدولي العام، تتم طبقاً لما ورد في معاهدة فينا للمعاهدات الدولية عام 1969، والتي عرفت المعاهدة في مادتها الثانية على أنها: " اتفاق دولي يعقد كتابة بين دولتين أو أكثر، ويخضع للقانون الدولي، سواء في وثيقة واحدة أو أكثر وأياً كانت التسمية التي ترد عليه".

وتأسيساً على ذلك فإن العقود النفطية المبرمة بين الدولة والشركات الأجنبية، لا يمكن عدها معاهدات دولية، لأن الشركات النفطية لا تملك صلاحية إبرام المعاهدات، ولا تخضع لأحكام القانون الدولي العام، إلا أن هذا لا يحول دون تنظيم القانون الدولي العام العلاقة بين الدولة المتعاقدة والدولة التي ينتمي إليها الأجنبي بجنسيته وذلك عند إساءة معاملته استناداً على حق الحماية الدبلوماسية⁽²⁾.

1- لقد بذل الفقيه الألماني MANN جهداً لتبرير تطبيق القانون الدولي العام على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة، وتدويل اتفاقات التنمية الاقتصادية INTERNATIONALIZATION نزولاً عند متطلبات التجارة الدولية، وعدم تهيئة الدول للخضوع إلى قانون أجنبي، لاسيما في حالة رفض الخضوع لقانون الدولة المتعاقدة، ومن ثم فإن الإشارة إلى القانون الدولي العام تعد الوسيلة الفعالة لمواجهة هذه الظروف، والتوفيق بين مصالح الأطراف ومتطلبات النظم الاقتصادية المتقدمة. د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص 288. ود. سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 626 .

2- د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 578.

وبحسب الراجح في الفقه إن مجرد وجود معاهدة حمائية، لا يكفي وحده كمعيار يسمح بتدويل العقد اللاحق على إبرام هذه المعاهدة، وإنما يتعين اتجاه إرادة الدول الصريحة نحو تدويل العقد، كما أنه لا يجوز قانوناً تكييف العقد النفطي طبقاً للإمكانيات المادية للشركة الأجنبية، أو بناءً على المزايا الممنوحة لها حتى تكون أساساً لتدويله وإخضاعه للقانون الدولي العام⁽¹⁾.

علاوةً عن ذلك فإن المحاكم وهيئات التحكيم الدوليتين، قد جرت عادتتهما على عدم تصنيف عقود الدولة كمعاهدات دولية، ففي حكمها الصادرين بتاريخ 1929/7/21 في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية وضعت محكمة العدل الدولية قرينة مفادها أن كل عقد تبرمه الدولة لا بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي العام يعد خاضعاً لقانونها، حيث عبرت عن ذلك بقولها: "كل عقد يُبرم بين الدول ليس بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي العام، يجد أساسه دائماً في القانون الوطني لدولة ما، ومسألة معرفة ماهية القانون تعد جزءاً من فرع القانون المسمى بالقانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين"⁽²⁾.

كما رفضت محكمة العدل الدولية في قضية الشركة الأنجلو إيرانية الأخذ بوجهة نظر المملكة المتحدة المتمثلة في أن العقد المبرم بتاريخ 1933/4/29 مابين الشركة الأنجلو إيرانية والحكومة الإيرانية، امتياز نفطي ذو طبيعة مزدوجة، ويعد معاهدة بين دولتين، وانتهت المحكمة إلى القول: "أن المحكمة لا يمكنها أن تقبل الرأي القائل بأن العقد المبرم بين حكومة إيران والشركة الإنجلو إيرانية له طابع مزدوج، لا يعدو عن كونه عقد

1- د. محمد عبدالله المؤيد، المرجع السابق، ص167.

2- د. أحمد عبد الحميد عشوش، قانون النفط، الشركة العامة للنشر والتوزيع والإعلان بنغازي، 1977، ص66، 67.

امتياز مبرم بين حكومة وشركة أجنبية خاصة، ولا توجد أية علاقة تعاقدية بين الحكومتين، وأنه بموجب هذا العقد لا تستطيع الحكومة الإيرانية مطالبة المملكة المتحدة بأية حقوق لها تجاه الشركة، كما لا يمكنها الادعاء بوفاء الالتزامات مع الشركة قبل المملكة المتحدة.... وأن المستند الذي يحمل توقيع ممثلي الحكومة والشركة يهدف إلى تنظيم العلاقة بينهما فيما يتعلق بالامتياز، ولا يمتد إلى تنظيم العلاقة بين الحكومتين⁽¹⁾.

وفي ذات السياق قررت هيئات التحكيم التجاري الدولي بمناسبة نظرها منازعات تنتمي إلى القانون الدولي الخاص، إن ما يتم تطبيقه لا يرتبط بالمعاهدات الدولية، وإنما يتعلق بعقود تتساوى فيها الأطراف المتعاقدة، ومن ثم تثار مسؤولية الدولة تجاه الطرف المتعاقد معها.

وهذا ما أكدته تحكيم أرامكو، والذي تتلخص وقائعه في الخلاف الناشئ بين الحكومة السعودية وشركة أرامكو حول اعتراض الأخيرة على تنفيذ المرسوم الملكي الصادر بتاريخ في 19 أبريل 1954 الذي نص في مادته الرابعة على أنه: "تخول شركة ساتكو حق الأفضلية في شحن البترول، ومنتجاته المصدرة عن طريق البحر من السعودية إلى الدول الأجنبية، سواء تم الشحن في موانئ السعودية أو في نهاية خط الأنابيب خارج إقليمها....".

وحيث إن شركة أرامكو تملك الحق في اختيار وسائل نقل البترول المنتج، فقد انفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم، بناءً على اتفاق التحكيم الموقع بتاريخ 23 فبراير 1955.

1- نقلاً عن د. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية، جامعة الكويت، 1982، ص 301.

والهيئة التحكيمية عند تصديها للنزاع بينت أن العقد لم يكن بين دولتين، وإنما كان بين الحكومة السعودية وشركة أمريكية خاصة، ولهذا قررت عدم إخضاعه للقانون الدولي، إلا أنها عادت لتقضي بعكس ما توصلت إليه، حيث ذهبت إلى القول: " يجب تطبيق القانون الدولي على آثار الامتياز، نظرا لوجود أمور معينة لا ينطبق عليها القانون الداخلي لأي دولة، كما في الملاحة البحرية، وسيادة الدولة على مياهها الإقليمية، ومسؤولية الدول عن مخالفة التزاماتها الدولية تخضع للقانون الدولي"⁽¹⁾.

الفرع الثالث: العقود النفطية عقود إدارية:

استناداً إلى السيادة التي تتمتع بها الدول في إطار القانون العام، فقد ذهب اتجاه فقهي إلى إرجاع العقود النفطية إلى نظرية العقد الإداري، التي تهدف في الأساس إلى خلق أداة قانونية تستوعب العقود المبرمة من قبل أشخاص القانون العام، وتُظهر فيها نيتها الأخذ بأساليب القانون العام من خلال تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص بقصد تسيير مرفق عام⁽²⁾. ولا سيما أن العقود الإدارية لا تتعارض مع مقتضيات النمو الاقتصادي في الدول المنتجة، والتي عززت فرص حماية المصلحة

1- Saudi Arabian Government v. Ex-Arabian American Oil Company (Aramco) International Law Reports: vol 27, 1963, pp115-224.

2- لقد عرف المشرع العقد الإداري في لائحة العقود الإدارية الصادرة بتاريخ 2004/ 1/21 في المادة الثالثة بقوله: (يقصد بالعقد الإداري في تطبيق أحكام هذه اللائحة كل عقد تبرمه جهة من الجهات المشار إليها في المادة السابقة، بقصد تنفيذ مشروع من المشروعات المعتمدة في الخطة والميزانية أو الإشراف على تنفيذه أو تقديم المشورة الفنية أو تطويره أو في تسيير مرفق من المرافق العامة لخدمة الشعب بانتظام واطراد متى كان ذلك العقد يشتمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية، وتستهدف تحقيق المصلحة العامة).

العامة، وضبط حركة معاملاتها والرقابة على السلع والخدمات وتنظيم استغلال مواردها ومن بينها النفط⁽¹⁾.

وقد أثارت مسألة تكييف الامتيازات النفطية كعقود إدارية في فرنسا بعيد صدور قوانين التعدين سنة 1906، فقد ذهب الأستاذ Waline إلى التفرقة بين عقود امتيازات المرافق العامة وعقود الامتيازات التعدينية، لأن محل هذه الأخيرة قابل للنضوب والهلاك⁽²⁾.

وهو ما تلقفه الفقه المؤيد لمطالب الدول النامية الرامية إلى استغلال مواردها الطبيعية وتحقيق العدالة الاقتصادية، وذلك استنادا على القرائن الآتية:

- 1- قيام الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها بإبرام العقد النفطي مع شخص اعتباري أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية بموجب قوانين الدولة التي ينتمي إليها، قد أضفي على العقد الطابع الإداري، وهذا يتطابق مع رؤية منظمة الأوبك في تكييف العقود النفطية كعقود إدارية قائمة على وجود الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها طرفا في العقد بوصفها سلطة عامة تعمل نيابة عن الأمة لإدارة ثرواتها الطبيعية الحيوية لمدة طويلة⁽³⁾.
- 2- إن العقد الإداري في عمومه يهدف إلى تنظيم وتسيير المرافق العامة لسد الحاجات العامة للجمهور، ولئن كانت فكرة المرفق العام غير محددة بشكل دقيق، وتختلف من نظام قانوني إلى آخر، إلا أن أساسها هو وجود مشروع ذي نفع عام تديره الدولة بنفسها أو تعهد بإدارته إلى الأفراد أو الشركات. وبالتالي فإن استغلال الموارد النفطية

1- د. محمد عبدالله المؤيد، المرجع السابق، ص 159.

2- د. محمد عبدالعزيز، المرجع السابق، ص 207.

3- د. محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص 305.

والمحافظة عليها يُعد من الوظائف الأساسية للدولة، ويتعزز هذا الفهم بوجود قرائن مستمدة من العقد، كاشتراط موافقة السلطة التشريعية على العقود النفطية⁽¹⁾.

3- إن العقود الإدارية تتضمن شروطا استثنائية لا مثيل لها في عقود القانون الخاص، كحق جهة الإدارة في التنقيش على نشاطات الشركة المتعاقد معها، وفحص دفاترها وسجلاتها، ومصادرة التأمين المالي، وتوقيع غرامات ماليه عليها عند إخلالها ببعض التزاماتها⁽²⁾. وكذلك حق الإدارة وإبرادتها المنفردة تعديل التزامات المتعاقد معها، بالزيادة أو النقصان كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التعديل، فضلاً عن سلطتها في إنهاء العقد واسترداد المرفق محل الامتياز، فجميع هذه الشروط متحققة في العقود النفطية⁽³⁾.

4- إن أغلب الأنظمة القانونية الغربية سواء الأنجلوسكسونية التي تعد الامتيازات النفطية من قبيل عقود الدولة State Contracts أو الأنظمة اللاتينية التي تعدها عقوداً إدارية Administrative Contracts، قد أفردت لهما قواعد خاصة تميزها عن عقود القانون الخاص. ففي فرنسا عد قانون البترول الصحراوي الصادر في 22 نوفمبر 1958 الامتيازات البترولية عقوداً إدارية، وأخضع المنازعات التي تنشأ بين صاحب

1- د. عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 2003، ص 131. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الليبي لم يشترط المصادقة على التعاقدات النفطية من قبل السلطة التشريعية، وإنما اكتفى بطلب الإذن بالتعاقد من رئاسة الوزراء (اللجنة الشعبية العامة). الجريدة الرسمية، عدد خاص، بتاريخ 15/7/1961.

2 د. يوسف سليمان عبدالرحمن الحداد، القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود النفط، مؤتمر التحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدولية المنعقد في الصلالة في الفترة 26-28 أغسطس 2014، ص 32.

3 د. عبدالله مؤيد، المرجع السابق، ص 161.

الامتياز ومانحه لاختصاص مجلس الدولة، وبذلك أضفى هذا القانون الطبيعة الإدارية على العقود النفطية المبرمة في الجزائر آنذاك⁽¹⁾.

ودحواً للحجج المتقدمة، يرى البعض أنه من غير المستساغ إضفاء الصفة الإدارية البحتة على العقود النفطية، لعدم انطباق شروط العقود الإدارية عليها، بسبب اختلاف مفهوم المرفق العام في العقود الإدارية عنه في العقود النفطية، فالشركات النفطية لا تتولى تقديم خدمة مباشرة للجمهور بمقابل أو بدونه، فدورها ينحصر في القيام باستخراج النفط وتصديره مقابل مبالغ مالية تقوم بدفعها إلى الدولة⁽²⁾.

وهذا ما ذهب إلى تأكيده المحكم المنفرد "ديبوي" في قضية Taxco فبعد استناده إلى الرأي الاستشاري المعد من قبل د. سليمان مرقس حول الشروط الواجب توافرها في العقود الإدارية في القانون الليبي، انتهى المحكم إلى أن الضوابط الواردة في القانون الليبي لا تنطبق على العقود النفطية، لأن فكرة تسيير المرفق لعام لمصلحة الجمهور غير متوافرة، فضلاً عن ذلك فإن العقد قد أبرم على قدم المساواة، ولم يتضمن شروطاً استثنائية، بل على العكس فقد تضمن العقد شروطاً لمصلحة الشركتين يمتنع معها على جهة الإدارة تعديل الحقوق التعاقدية⁽³⁾.

المطلب الثاني

التكييف الحديث للعقود النفطية

يذهب جانب من الفقه الحديث لقول أن العقود النفطية ليست اتفاقيات دولية، ولا عقوداً إدارية أو خاصة، لأن تطور العقود الدولية كان مصحوباً بتطور في قانونها، مما

1- د. يوسف سليمان، المرجع السابق، ص33.

2- د. عصمت عبدالله الشيخ، المرجع السابق، ص 131. د. سراج أبو زيد، المرجع السابق، ص602.

3- Arbitration between the Government of Libya and Texaco, Ibid, pp, 24 -32.

ترتب عليه حدوث تداخل بين عقود القانون الخاص وعقود القانون العام، بهدف مواكبة تنامي دور الدولة وتدخلها في الحياة الاقتصادية، وبالتالي فإن العقود النفطية تعد ذات طبيعة مزدوجة تجمع بين عقود القانون العام وعقود القانون الخاص والصفة الدولية للمتعاقد الأجنبي، وتسمى العقود الإدارية الدولية⁽¹⁾.

ولكي نستطيع التمهيد لهذا التكيف، يتعين علينا إظهار ماهية العقد الإداري الدولي، واستطلاع اتجاهات التحكيم التجاري الدولي وصولاً إلى بيان مرتكزات تكيف العقود النفطية كعقود إدارية دولية وفقاً للسياق الآتي:

الفرع الأول: ماهية العقد الإداري الدولي:

لقد درج القضاء المقارن على تعريف العقد الإداري بأنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وتظهر في هذا العقد نية الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"⁽²⁾. ويتضح من هذا التعريف أن العقود التي تقوم الإدارة بإبرامها، ليست جميعها عقوداً إدارية تخضع للقانون العام، ويختص بالفصل في منازعاتها القضاء الإداري، تمييزاً لها عن العقود التي تقوم الإدارة بإبرامها مع الأفراد على قدم المساواة. فلكي يكون العقد إدارياً يجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

1- د. محمد عبدالعزيز، المرجع السابق، ص256، ود. يوسف عبدالهادي الاكياتي، المرجع السابق، ص300.

2- حكم محكمة القضاء الإداري جلسة 1957/6/2. مشار إليه لدى د. فتحي فكري، محاضرات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة 1994. قريب من هذا المعنى راجع الطعن الإداري رقم 4 لسنة 17 قضائية، مجلة المحكمة العليا، السنة الثامنة، العدد الأول، ص52. وكذلك الطعن الإداري رقم 16 لسنة 27 قضائية، مجلة المحكمة العليا، السنة الحادية والعشرون، العدد الأول، ص25.

- 1- أن تكون الإدارة أو أحد تابعيها طرفاً في العقد.
 - 2- أن يتعلق العقد بإدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره.
 - 3- أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.
- غير أن الدولة في كثير من الأحيان، ولغرض تنفيذ المشاريع الكبرى تجد نفسها مضطرة للتعاقد مع الشركات الدولية أو العابرة للدول، وهو ما يفرض عليها التواصل مع أنظمة قانونية أجنبية، بسبب ارتباطها بمصالح التجارة الدولية، وتسهيل انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود، وهذا ما يضيف على عقودها الإدارية الصفة الدولية⁽¹⁾.
- فالعقد الإداري الدولي تتولى إبرامه الدولة بنفسها أو عن طريق إحدى الشركات التابعة لها مع شركة أجنبية، بهدف استغلال الموارد الطبيعية، حيث يتضمن هذا العقد شروطاً غير مألوفة في العقود المدنية، وامتيازات مقررّة لمصلحة الشركات الأجنبية

1- لقد ظهرت عدة معايير فقهية لتمييز العقد الإداري الدولي عن العقد الإداري الداخلي، حيث ذهب جانب من الفقه إلى تبني المعيار القانوني بسبب احتواء الرابطة العقدية على عنصر أجنبي أو أكثر سواء تعلق بأطرافه أو محله أو مكان إبرامه أو تنفيذه. في حين قال جانب آخر من الفقه بالمعيار الاقتصادي المرتبط بنقل الأموال والخدمات بين عدة دول أو تعلقها بمصالح التجارة الدولية. وبسبب هذا الخلاف الفقهي ظهر الاتجاه المنادي بالجمع بين المعيارين (القانوني والاقتصادي) لتمييز العقد الإداري الدولي وهو الراجح لدينا. للمزيد راجع كل من د. سلامة فارس عز العرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة 1998، ص 27 وما بعدها. ود. هشام على صادق، عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، 1995، ص 59 وما بعدها. د. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى 2006، ص 131. د. محمد عبدالعزيز بكر، المرجع السابق، ص 61 وما بعدها.

لضمان نجاح استثماراتها في المشاريع الضخمة طويلة الأمد⁽¹⁾. فهي لا تنصب على عملية واحدة، وليست ذات طبيعة واحدة، بل ترتبط باستثمارات طويلة الأمد، ولا تخضع لنظام قانوني واحد، فتارة تكون عقوداً إدارية، وتارة أخرى تعد من عقود القانون الخاص⁽²⁾. وعلى وجه العموم تتمتع العقود الإدارية الدولية بالسمات الآتية:

أولاً: إن العقود الإدارية الدولية تتمتع بخصائص تجعلها قريبة جداً من العقود الإدارية الداخلية، وتميزها عن العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية، فبالنظر إلى أطرافها توجد الدولة ذات السيادة، والتي تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، إلى جانب الشخص الاعتباري الأجنبي المتمتع بالشخصية القانونية طبقاً لقوانين الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، بهدف تحقيق مصالحه الخاصة⁽³⁾.

ثانياً: إن العقود الإدارية الدولية لا تمنح الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة حقوق تعاقدية صرفة فحسب، بل تمنحه امتيازات غالباً ما تكون غير مألوفة ولها طابع شبه سياسي، كالإعفاء من الضرائب والتسهيلات الجمركية⁽⁴⁾، والامتيازات التي تهدف إلى

1- يخرج من نطاق هذا البحث العقود الإدارية الدولية التي تقوم بإبرامها المنظمات الدولية مع موظفيها وتسري عليها الأنظمة للنظام المعمول بها في تلك المنظمات، وتخضع للقانون الدولي العام د. محمد عبدالعزيز بكر، المرجع السابق، ص 144 .

2- د. يوسف الاكياي، المرجع السابق، ص 312.

3- د. محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص 305.

4- والمثال الأبرز على هذه الامتيازات ما تضمنته بنود عقد الامتياز الملحق بقانون البترول الليبي رقم 25 لسنة 1955 حيث نص البند الثامن على الإعفاءات الضريبية بقوله: "لا تخضع الشركة لأي نوع من الضرائب أو الأعباء المالية الأخرى الحكومية أو البلدية، التي يكون من شأنها إلزامها بدفع ضرائب أو عوائد أخرى لا يخضع لها بوجه عام الأشخاص الذين يباشرون نشاطهم في ليبيا، فيما عدا الرسوم وإيجارات الأراضي والإتاوات التي نص هذا العقد على وجوب دفعها" في حين نص البند العاشر على الإعفاءات الجمركية بقوله: "يجوز لحامل الترخيص أو صاحب عقد الامتياز ولمن يستخدماته من

الحد من تدخل المشرع في العقد، والحفاظ على التوازن العقدي⁽¹⁾. وقد تثار عند إبرامها أو عند تنفيذها فكرة الحماية الدبلوماسية من قبل الطرف المتعاقد مع الدولة⁽²⁾.
 ثالثاً: إن العقود النفطية تختلف عن عقود القانون الخاص، من حيث المبادئ التي تحكمها كمبدأ القوة الملزمة للعقود، ومبدأ عدم المساس بها وثباتها تجاه القوانين اللاحقة والمساواة القانونية المطلقة بين أطرافها، فهي عقود تحتوي على عناصر العقود الإدارية الداخلية، مضافاً إليها العنصر الأجنبي الذي أضفى عليها الصفة الدولية، ومن ثم أصبحت عقوداً دولية خاضعة لقواعد التنازع التي تحكم العقود الدولية الواردة في القانون الدولي الخاص⁽³⁾.

الفرع الثاني: العقد الإداري الدولي في ضوء أحكام التحكيم التجاري الدولي:

من خلال استطلاع أحكام التحكيم التجاري الدولي نجد أن هناك اتجاهاً عاماً لدى أغلب هيئات التحكيم يتمثل في عدم تسليمها بالتكليفات المعتادة، ففي تحكيم أرامكو قررت الهيئة التحكيمية تطبيق القانون السعودي على موضوع النزاع، لأن السعودية تعد طرفاً في العقد بصفتها مانحة؛ إذ من المفترض قبولها إخضاع التزاماتها التعاقدية لقانونها الوطني طبقاً لقواعد القانون الدولي الخاص، إلا أنها رفضت عد الامتياز عقداً إدارياً، لأن القانون السعودي المستقى من الفقه الحنبلي لا يعرف هذه الطائفة من العقود، كما أن عقد الامتياز من العقود غير المسماة، ولا يمكن إدراجه في التصنيفات المعتادة للعقود. وانتهت الهيئة التحكيمية إلى القول: "على الرغم من القصور في القانون الإسلامي -إلا

المتعهدين أن يستوردوا دون دفع الرسوم الجمركية". الجريدة الرسمية، عدد خاص ، بتاريخ 1961/7/15 .

1- د. محمد طلعت الغنيمي، المرجع السابق، ص 56.

2- د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 28.

3- د. محمد عبدالعزيز، المرجع السابق، ص 244.

أنه وفقاً لمذهب الإمام أحمد بن حنبل - فإنه يحق للملك إصدار القرارات التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، كما له اللجوء إلى نظام الامتيازات التعدينية أو البترولية، شرط عدم مخالفتها لقواعد الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

وقد تأكد هذا الفهم في قضية سافير التي تتلخص وقائعها في قيام الشركة الوطنية الإيرانية للبترول NICO بإبرام عقد مع شركة سافير الكندية للبحث عن البترول وإنتاجه واستغلاله، حيث تمت المصادقة على هذا العقد من قبل شاه إيران في 23 يوليو 1958، ثم تنازلت الشركة عن حقوقها العقدية لمصلحة شركة أخرى، وعجزت الأخيرة عن الوفاء بالتزاماتها، مما حدا بالشركة الإيرانية إلى إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، وعندما عُرض النزاع على المحكم " كافان " عرف العقد الإداري الدولي أنه: "عقد يُبرم بين شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام وشركة تجارية خاضعة للقانون المدني الأجنبي، لا ينصب محل العقد على العمليات التجارية العادية، لأنه يُلزم الشركة صاحبة الامتياز القيام باستثمارات ضخمة، وإقامة منشآت لها طابع الدوام، ويمنحها حق تملك الأراضي محل الالتزام بشكل مؤقت ويتضمن شروطاً غير مألوفة مثل المعاملة الضريبية الخاصة للشركة المتعاقدة"⁽²⁾.

وهذا ما توصل إلى إثباته أيضاً الأستاذ ديبوي المحكم المنفرد في قضية Taxco، فبعد استناده إلى الرأي الاستشاري المعد من قبل د. سليمان مرقس حول الشروط الواجب توافرها في العقود الإدارية في القانون الليبي، انتهى إلى أن الضوابط الواردة في القانون الليبي لا تنطبق على العقود النفطية، لأن فكرة تسيير المرفق العام

1- ILR, vol 27, 1963. Pp136-162.

2- Sapphire International Petroleum Ltd.V. National Iranian. Oil Company, (1963) ILR, vol. 35, p136.

لمصلحة الجمهور غير متوافرة، فضلاً عن ذلك فإن العقد قد أبرم على قدم المساواة، ولم يتضمن شروطاً استثنائية، بل على العكس فقد تضمن العقد شروطاً لمصلحة الشركتين يتمتع معها على جهة الإدارة تعديل الحقوق التعاقدية⁽¹⁾.

وهو ما أكدته المحكمة المنفردة: "المحصاني" في القضية المرفوعة من قبل شركة Liamco ضد الحكومة الليبية بقوله: "مع أن عقد الامتياز يتصف بصفتي عقد القانون العام وعقد القانون الخاص في ذات الوقت، إلا أنه يجب ترجيح الصفة الثانية طبقاً للقواعد العامة للقانون الذي ينظم الامتيازات، التي يقرها الفقه الحديث؛ إذ لا تتصف الأنشطة التي يقوم بها من لهم حق الامتياز بأعمال المرفق العام، ولكنها تعد مشروعات من طبيعة خاصة، لذا تظل محكومة بمبادئ القانون الدولي الخاص المنظمة للعقود"⁽²⁾. وذات ما انتهى إليه المحكمة Lagergren في قضية (BP) حين رفض تكييف الامتيازات النفطية كعقود إدارية، على الرغم من التقرير المقدم من د. عمر عبدالخالق الذي أكد على الطبيعة الإدارية لعقود الامتياز في القانون الليبي⁽³⁾.

الفرع الثالث: مرتكزات تكييف العقود النفطية كعقود إدارية دولية:

يتضح مما تقدم أن العقود النفطية تعد ذات طبيعة مزدوجة تجمع بين عقود القانون العام والخاص والصفة الدولية للمتعاقدين الأجانب⁽⁴⁾، إلا أن الصفة العامة للعقد هي الراجعة، وإن كانت لا تختلف كثيراً عن العقود المدنية، لأنها عبارة عن عمل قانوني

1- Arbitration between the Government of Libya and Texaco , Ibid , pp,24 -32.

2- ILM., vol, 20 (1981), p58.

3- ILR, vol., 53, (1974) PP, 296 -317.

4- د. محمد عبدالعزيز، المرجع السابق، ص256، ود. يوسف عبدالهادي الاكياي، المرجع السابق، ص300.

يتم بتوافق إرادتي المتعاقدين، وتجتمع فيه الأركان الأساسية للعقود من رضا ومحل وسبب⁽¹⁾.

بيد أن هناك مرتكزات أساسية تتمحور حول تركيبة العقود النفطية البنوية، وشروط الضمان المدرجة فيها، وانعقاد الاختصاص بنظر منازعاتها لهيئات التحكيم، والقانون الواجب التطبيق عليها، مهدت لنا الطريق أمام تكييف العقود النفطية في القانون الليبي كعقود إدارية دولية، نتطرق لها على النحو الآتي:

أولاً: التركيبة البنوية للعقود النفطية:

من خلال تحليل التركيبة البنوية للعقود النفطية، نجد أنها تتضمن عناصر داخلية وأخرى دولية، تنطوي على مبدئين متناقضين هما السلطة في القانون العام، والمساواة طبقاً لقواعد القانون الخاص، وتتضمن بدرجات متفاوتة بعض عناصر القانون الإداري كتحقيق المنفعة العامة، وممارسة وسائل القانون العام التي تعبر عنها الشروط الاستثنائية المدرجة فيها⁽²⁾. فالعقد النفطي في شطره المنشئ لحق الملتزم في استغلال النفط يعد رخصة، أي قرار إداري فردي منشئ، وفي شطره المتعلق بتنظيم عمليات استغلال الموارد النفطية يعد عقداً⁽³⁾. وقد وردت هذه التفرقة بشكل صريح في الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون البترول الليبي رقم 25 لسنة 1955 بقولها: "لا يجوز لأي شخص أن يبحث أو ينقب عن النفط أو يستخرجه في أي مكان في ليبيا ما لم يصرح له بذلك بموجب ترخيص أو عقد امتياز يصدر وفقاً لهذا القانون"⁽⁴⁾. فضلاً عما

1- د. علاء الدين محمد حمدان، المرجع السابق، ص188.

2- د. أحمد حسان مطاوع، المرجع السابق، ص107 وما بعدها.

3- د. محمد طلعت الغنيمي، المرجع السابق، ص56.

4- الجريدة الرسمية، العدد الرابع، بتاريخ 19/6/1955، ص4.

تقدم فإذا أمعنا النظر في العقود النفطية الليبية بدءاً من عقد الامتياز Concession الذي استحوذ على تنظيم استغلال الموارد النفطية ردها من الزمن⁽¹⁾. إلى أن أقل نجمه لصالح الصيغ التعاقدية الجديدة كالمشاركة Participation المنصبة على ملكية رأس مال المشروع المشترك Joint venture بين الدولة والمستثمر الأجنبي⁽²⁾. وعقود الاستكشاف ومقاسمة الإنتاج (EPSA) Production Sharing Agreement Exploration والتي يتحمل بموجبها الطرف الأجنبي جميع المخاطر المالية أثناء مرحلة البحث والاستكشاف، مع التزامه بالقيام ببرامج عمل واستثمار محددة أثناء تنفيذ العقد⁽³⁾. نجدها جمعياً تستهدف تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي، إلى جانب تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد في الدولة⁽¹⁾.

1- وقد تبني المشرع الليبي هذا النمط التعاقدية في قانون البترول رقم 25 لسنة 1955، حيث عرفه في المادة (23) على أنه: "عقد الامتياز يقصد به امتياز البحث عن النفط، والتقيب عنه واستخراجه وفقاً لأحكام هذا القانون" وتطبيقاً لذلك فقد أبرمت الحكومة الليبية مجموعة امتيازات مع الشركات النفطية العالمية بدايةً بشركة أسو الأمريكية بتاريخ 20 نوفمبر 1955، وتلتها مجموعة من عقود الامتياز بلغ عددها في 1958 إحدى وسبعين عقداً فازت بأغلبها الشركات الأمريكية وغطت 55% من مساحة البلاد، وأدى اكتشاف النفط بكميات تجارية في حقل زلطن إلى تهافت الشركات للحصول على امتيازات نفطية، حيث وصل عددها إلى مائة وسبعة وثلاثين شركة د. عبدالرازق المرتضي، المرجع السابق، ص 176 وما بعدها.

2- تم توقيع أولى عقود المشاركة في ليبيا بناءً على موافقة مجلس الوزراء بتاريخ 16/4/1968 على وضع عدة مناطق بترولية تحت تصرف المؤسسة الليبية للنفط لاستغلالها بطريق المشاركة مع مجموعة الشركات الفرنسية، حيث قامت المؤسسة بإبرام عقد مشاركة مدته خمس وعشرون سنة مع شركتي SPNA/ERAP للتقيب عن النفط، وقد اختارت شركة سنيب شركة اكتين ليبيا شركة عاملة لها. د. عبدالرازق المرتضي، المرجع السابق، ص 188.

3- لقد أبرم أول اتفاق للاستكشاف ومقاسمة الإنتاج بين المؤسسة الوطنية للنفط وشركة أوكسيدنيال بتاريخ 4 فبراير 1974، ثم تلاه الاتفاق مع شركة موبيل أويل بتاريخ 16 أبريل 1974، ومن بعد تم

ثانياً: شروط الضمان (Guarantee Clauses):

إن العقود الإدارية الدولية تشكل جسماً متماسكاً من الحقوق والالتزامات يتمتع على الدولة بمقتضاها الإضرار بالمتعاقدين معها مهما كانت الظروف⁽²⁾. وقد تضمن أنموذج عقد الامتياز الملحق بقانون النفط الليبي رقم 25 لسنة 1955 شروطاً تهدف إلى تحقيق الاستقرار القانوني للعقد، حيث نصت المادة (16) على أنه: "1- تتخذ الحكومة الليبية جميع التدابير اللازمة لضمان تمتع الشركة بجميع الحقوق المخولة لها بمقتضى هذا العقد، ولا يجوز المساس بالحقوق التعاقدية المنصوص عليها صراحة في هذا العقد، ما لم يكن ذلك باتفاق الطرفين 2- يجري تفسير هذا العقد طوال مدة نفاذه وفق قانون النفط والتعليمات النافذة في تاريخ تنفيذ الاتفاقية وإن أي تعديل أو إلغاء لتلك التعليمات لا يؤثر في حقوق الشركة التعاقدية من دون موافقتها".

فالفقرة الأولى من هذا النص اشتملت على تعهد الدولة الليبية بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة بمقتضى ماله من امتيازات طبقاً للقانون دون رضا الطرف الآخر، وهذا ما يعرف بشرط ثبات العلاقة التعاقدية أو عدم المساس بالعقد⁽³⁾. والفقرة الثانية

الاتفاق مع شركة بتروباس في يوليو 1974، ثم مع الشركة البرازيلية براسبيكتو في 5 سبتمبر 1974، ومع أجيب بتاريخ 21 سبتمبر 1974، والاتفاق مع شركة اسو ستاندرد ليبيا بتاريخ 29 سبتمبر 1974، وأخيراً مع شركة توتال الفرنسية بتاريخ 13 أكتوبر 1974، ومع المجموعة الفرنسية بتاريخ 13 أكتوبر 1974. د. عبدالرازق المرتضى، المرجع السابق، ص 398، 399.

1- د. يوسف الاكياي، المرجع السابق، ص 294.

2- د. محمد عبدالمجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 154.

3- د. سراج أبو زيد، المرجع السابق، ص 113.

أوردت شرط الثبات التشريعي Stabilization Clause الذي تتعهد بمقتضاه الدولة بعدم تطبيق أي تشريع أو لائحة جديدين على العقد الذي أبرمته مع الشركة النفطية⁽¹⁾.
فهذه الشروط تعد انعكاساً لصراع المصالح بين الدول المنتجة والشركات النفطية، ولئن كانت الدولة ترمي إلى تأكيد سيادتها عن طريق تدخلها لإنهاء العقد أو تعديله متى شاءت، فعلى النقيض تسعى الشركات النفطية إلى تحقيق أكبر درجة من الاستقرار لاستثماراتها وعدم المساس بتعاقداتها، لأن قراراتها بنقل الاستثمارات عبر الحدود قد تعرضها إلى المخاطر السياسية والاقتصادية في الدولة المضيفة؛ كحدوث تغيير في أنظمة الاستثمار الأجنبية، أو تبني سياسات اقتصادية مضادة للاستثمار الأجنبي، أو حدوث تغيير في أنظمة الحكم لاسيما في البلدان النامية، كأن تأتي حكومة ثورية جديدة على أنقاض حكومة فاسدة، فتعمد إلى إلغاء أو تعديل العقود المشوبة بالفساد⁽²⁾.

فالشروط المتقدمة تسعى في المجمل إلى إخراج العقد من حظيرة القانون العام والتطبيق الفوري لقواعد العقود الإدارية، ومن ثم تمييع الطبيعة القانونية للعقد، وتحويله من الطبيعة الإدارية الصرفة إلى الطبيعة المختلطة⁽³⁾.

1- Waelde, T. W., & Ndi, G. Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Law, 31 Texas International Law Journal, (1996), pp215-267. Viewed on 11-4-2015.

Available at <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/Vol1/article1-9.html>.

2- Alqurashi, Zeyad A, , International Oil and Gas Arbitration, Alexander's Gas & Oil Connections and Oil, Gas & Energy Law Intelligence (OGEL) January 2005 p184.

3- د. محمد عبدالمجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2003، ص 104.

ثالثاً: شرط التحكيم:

إن اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية لم يعد متوقفاً على الإرادة المطلقة للدولة، فهي وإن كانت من الناحية النظرية حرة في اللجوء إلى التحكيم من عدمه، فإنها تجد نفسها مضطرة من الناحية الواقعية إلى قبول شرط التحكيم في تعاقدها المتسمة بالطابع الدولي⁽¹⁾. ولقد تضمن أنموذج عقد الامتياز النفطي الملحق بقانون البترول رقم 25 لسنة 1955 شرط التحكيم، حيث نصت المادة (20) من قانون البترول على أنه: "1- تجري تسوية كل نزاع ينشأ بين وزارة النفط وبين صاحب العقد الممنوح وفقاً لأحكام هذا القانون عن طريق التحكيم وذلك على الوجه المبين في الملحق الثاني لهذا القانون".

ويترتب على هذا النص استبعاد اختصاص دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف بنظر منازعات العقود النفطية وانعقاد الاختصاص بشأنها لهيئة التحكيم الواردة في المادة (28) من عقد الامتياز الملحق بذات القانون التي نصت على الآتي: "2.... - تبدأ إجراءات التحكيم عند تسلم أحد الطرفين طلباً مكتوباً بالتحكيم من الطرف الآخر على أن يتضمن هذا الطلب بيان الأمر الذي يطلب التحكيم من أجله واسم المحكم المعين من طالب التحكيم 3- على الطرف الذي تسلم طلب التحكيم أن يعين في مدة تسعين يوماً من تاريخ تسلم الطلب محكماً له، وأن يبلغ الطرف الآخر اسمه وإجاز للطرف الآخر أن يطلب من رئيس محكمة العدل الدولية أو من وكيله في الحالة المشار إليها في الفقرة (1) تعيين محكم منفرد".

1- د. يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، طبعة 2001، ص 241.

وتأسيساً على ما تقدم فإن تشكيل هيئة التحكيم على هذا النحو سيؤثر على طبيعة العقد الإداري ومركز الدولة فيه، ويؤدي إلى حرمان القضاء الإداري من ممارسة دوره الريادي في إنشاء وتطوير المبادئ الحاكمة للعقود الإدارية⁽¹⁾، في ظل عدم وجود قضاء إداري دولي يختص بنظر منازعات القانون العام، ومن بينها العقود الإدارية⁽²⁾.

رابعاً: القانون الواجب التطبيق:

إن تطبيق القانون الوطني على العقد يعد من أهم القواعد الموضوعية في نظرية العقد الإداري⁽³⁾، إلا أن المادة (28) من عقد الامتياز الملحق بقانون النفط لم تشر إلى تطبيق القانون الليبي بمنأى عن مطابقته للمبادئ العامة للقانون الدولي، حيث نصت على أنه: "... 7- يخضع العقد ويفسر بمقتضى المبادئ القانونية في ليبيا والتمشية مع مبادئ القانون الدولي، وفي عدم وجود مثل هذه المبادئ، فعندئذ طبقاً للمبادئ القانونية العامة بما في ذلك تلك المبادئ التي طبقت في المحاكم الدولية".

فهذا النص لا يأخذ بفكرة تويل العقد، وإنما بفكرة تبعية القانون الداخلي للقانون الدولي، بحيث يطبق القانون الليبي في كل الحالات عدا حالة مخالفته للقانون الدولي⁽⁴⁾. وهو ما يجعل من نظرية العقد الإداري عديمة القيمة بسبب نزول الإدارة عند رغبات الشركات النفطية، مما يؤدي إلى حدوث انفصال بين الفكر القانوني والممارسة الفعلية للسلطة التنفيذية⁽¹⁾.

1- د. نجلاء حسن سيد، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2004، ص524.

2- د. محمد عبدالمجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 118 .

3- د. محمد عبدالمجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص119.

4- يوسف علوان، المرجع السابق، ص328.

وأية ذلك أن التفسيرات التي أبدتها هيئات التحكيم التي تولت الفصل في القضايا النفطية الليبية للنص المتقدم قد جاءت متباينة. ففي تحكيم B.P توصل المحكم إلى أن هذا النص يستبعد تطبيق كل من القانون الليبي والدولي منفرداً، وذلك لعدم وجود مبادئ مشتركة بين القانون الليبي والقانون الدولي، لهذا قرر تطبيق المبادئ العامة للقانون على القضية⁽²⁾.

وفي تحكيم Liamco انتهى المحكم إلى أن القانون الرئيس الواجب التطبيق على العقد هو القانون الليبي، ولكن مع مراعاة أن هذا القانون لا يطبق منه إلا المبادئ القانونية المتماثلة مع مبادئ القانون الدولي؛ وبالتالي فإن تطبيق القانون الدولي سوف يؤدي إلى استبعاد أي جزء من القانون الليبي لا يتفق مع مبادئ القانون الدولي⁽³⁾.

أما في تحكيم Taxco وجد الأستاذ Dupuy أن هناك مبدأ عاماً مشتركاً بين القانون الليبي والقانون الدولي، ألا وهو مبدأ القوة الملزمة للعقد، فقرر الاستعانة به دون المبادئ العامة في القانون الليبي التي تطبق على نحو مكمل وفقاً لما ورد في العقد. ولكي يصل المحكم إلى تدويل العقد، فقد أقام مقارنة بين المبادئ التي تضمنها قانون النفط الليبي في مادته الثامنة والعشرين ومبادئ القانون الدولي، ورجح الأخيرة على مبادئ القانون الليبي لسموها على القانون الداخلي⁽⁴⁾.

وأخيراً نود التأكيد على أن تكيف العقود النفطية في القانون الليبي كعقود إدارية دولية، يحقق التوازن بين الاعتبارات التي تملئها المصلحة الوطنية والاعتبارات

1- د. محمد أحمد عبدالمنعم، حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة 2002 ص 316 .

2- I L R., Ibid , p 297 ff

3- I LM, vol. 20 (1981), pp.50-54.

4- I LM, vol.17, January, p. 21ff.

الدولية⁽¹⁾. فنظرية العقود الإدارية إذا ما طبقت على العقود النفطية سوف تؤدي إلى إخضاعها إلى ذات النظام القانوني المقرر للعقود الإدارية الداخلية، لأنها ليست طليقة من قيود العقود الإدارية في معناها التقليدي، أو متحررة من الضوابط التي تحكم قانون التجارة الدولية⁽²⁾.

1- د. أحمد عبد الكريم سلامة، العقود الدولية للاستثمار، ص51.

2- د. السعيد الزقرد، عقود البنية التحتية لاستغلال النفط والغاز، مؤتمر البترول والطاقة: هموم عالم واهتمامات أمة، المؤتمر العلمي السنوي الثاني عشر، كلية الحقوق جامعة المنصورة بتاريخ 2-3 أبريل 2008، لوحظ بتاريخ 2014/8/1 على الموقع الآتي:

الخاتمة

الحمد لله أن وفقنا في هذا البحث إلى محاولة حصر وتقويم الاتجاهات الفقهية التقليدية التي تداولت على عملية تكييف العقود النفطية، وصولاً إلى الاتجاه الفقهي الحديث المنادي بتكييف العقود النفطية كعقود إدارية دولية، ولكي يحقق البحث الفائدة المرجوة منه، فقد ارتأينا إظهار أهم النتائج و التوصيات على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

1- تبين لنا من خلال دراسة التكييفات التقليدية التي أطلقها الفقه على العقود النفطية، عدم تماشيها مع طبيعة العقود النفطية في القانون الليبي؛ إذ لا يمكن الركون إليها وذلك للأسباب الآتية :

- إن تصنيف العقود النفطية ضمن العقود الخاصة، وإخضاعها لقواعد لقانون المدني، غير دقيق، لأن الصفات العامة للعقد قد تزداد في مقابل تضائل صفاته الخاصة، بسبب توافر العناصر المميزة للعقد الإداري، كما أن إدراج الدولة شرطي الثبات التشريعي والتحكيم في تعاقدها النفطية يعزز الجانب الإداري في العقد ولا تنفيه.

- لا يمكن تكييف العقود النفطية على أنها اتفاقيات دولية خاضعة للقانون الدولي العام، لأن الشركات النفطية لا تملك صلاحية إبرام المعاهدات طبقاً لمعاهدة فينا للمعاهدات، كما أن أحكام القضاء والتحكيم الدوليين اتجها إلى أن كل عقد تبرمه الدولة لا بوصفها شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام يعد خاضعاً لقوانينها الداخلية .

- إنه من غير المستساغ إضفاء الصفة الإدارية البحتة على العقود النفطية، نظراً لاختلاف مفهوم المرفق العام في العقود الإدارية عنه في العقود النفطية، فالشركات النفطية لا تتولى تقديم خدمة مباشرة للجمهور بمقابل أو بدونه، حيث تنحصر مهمتها في القيام باستخراج النفط وتصديره مقابل مبالغ مالية تقوم بدفعها إلى الدولة.

2- إن العقود النفطية تعد ذات طبيعة مزدوجة تجمع بين عقود القانون العام والخاص والصفة الدولية للمتعاقد الأجنبي، إلا أن الصفة العامة للعقد هي الراجحة، حيث يرتكز تكيف العقود النفطية كعقود إدارية دولية على الآتي:

- التركيبة البنوية للعقد النفطي، تتضمن عناصر داخلية وأخرى دولية، وتتطوي على مبدئين متناقضين هما السلطة في القانون العام، والمساواة طبقاً لقواعد القانون الخاص، فالعقد النفطي في شطره المنشئ لحق الملتزم في استغلال النفط يعد رخصة، أي قرار إداري فردي منشئ، وفي شطره المتعلق بتنظيم عمليات استغلال الموارد النفطية يعتبر عقداً.

- تهدف شروط الضمان المدرجة في العقد النفطي إلى إخراج العقد من حظيرة القانون العام والتطبيق الفوري لقواعد العقود الإدارية، ومن ثم تميع الطبيعة القانونية للعقد، وتحويله من الطبيعة الإدارية الصرفة إلى الطبيعة المختلطة.

- انعقاد الاختصاص بنظر منازعات العقد النفطي إلى هيئات التحكيم، طبقاً للمادة (20) من العقد النفطي الملحق بقانون البترول رقم 25 لسنة 1955 مما يترتب عليه استبعاد اختصاص دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف بنظر منازعات العقود النفطية وانعقاد الاختصاص بشأنها لهيئة التحكيم طبقاً للمادة (28).

- إن الفقرة (7) من المادة (28) من العقد النفطي الملحق بقانون البترول رقم 25 لسنة 1955 تشير صراحة إلى الأخذ بفكرة تبعية القانون الداخلي للقانون الدولي، بحيث يتم تطبيق القانون الليبي في جميع الأحوال عدا حالة مخالفته للقانون الدولي، وهو ما يجعل من نظرية العقد الإداري عديمة القيمة بسبب نزول الإدارة عند رغبات الشركات النفطية.

ثانياً: التوصيات:

1- العمل على الاهتمام بمراحل التعاقد الأولية كالمفاوضات التمهيدية لإبرام العقود النفطية، وإسناد عملية صياغتها وإبرامها إلى فرق متخصصة، مما يمهد الطريق في إعطائها التكيف القانوني بشكل سلس.

2- الاهتمام بصياغة اتفاقات التحكيم، والتأكيد على استبعاد نظام المحكم المنفرد، وتحديد طبيعة المنازعات التي يمكن اللجوء بصدها إلى التحكيم، والمراكز التحكيمية التي ينعقد لها الاختصاص.

3- التأكيد على تطبيق القانون الليبي على المنازعات النفطية، دون ربط تطبيقه بالمبادئ العامة للقانون أو القانون الدولي العام، حتى لا يصبح تفسير النص خاضعا لأهواء المحكمين.

4- الحد من شروط الضمان التي تهدف إلى تجميد دور الدولة التشريعي، والاستعاضة عنها بوظيفة مالية تعطي المتعاقد الحق في المطالبة بتعويضات مجزية حيال مخالفة الدولة لتلك الشروط.

المراجع

أولاً: المراجع العربية:

- 1- د. أحمد عبدالرازق خليفة السعيدان، القانون والسيادة وامتيازات النفط، مركز الوحدة العربية لبنان، 1996.
- 2- د. أحمد عبدالحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، بدون ناشر، 1975.
- 3- د. أحمد عبدالحميد عشوش، قانون النفط، الشركة العامة للنشر والتوزيع والإعلان بنغازي، 1977.
- 4- د. أحمد حسان مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1998، غير منشورة.
- 5- د. أحمد عبدالكريم سلامة، العقود الدولية للاستثمار والتنمية الاقتصادية، القاهرة، 1984.
- 6- د. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية ، 1990.
- 7- د. علاء الدين محمد حمدان، النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية، مجلة الفتح، العدد السابع والثلاثون، 2008.
- 8- د. عبدالرازق المرتضي، العلاقات النفطية في دول الدومن (الأوبك)، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان طرابلس ليبيا، 1983.
- 9- د. محمد عبدالعزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة حلوان.
- 10- د. حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية.

- 11- د. محمد عبدالله المؤيد، التكييف القانوني لعقود الاستثمار النفطي في اليمن بالنظر إلى أطرافها وذاتيتها، مجلة الدراسات الاجتماعية، العدد السادس عشر يوليو/ديسمبر 2003.
- 12- د. فاطمة خالد المحسن، التكييف القانوني للعقد النفطي في ضوء القرائن القانونية المستمدة من النظرية العامة للالتزام ونظرية العقد الإداري، مجلة الحقوق، العدد الثاني، 2016.
- 13- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2004.
- 14- محسن أبو ميزر، التكييف القانوني لامتيازات البترول، مجلة الرائد العربي، العدد الثاني، كانون الأول ديسمبر 1960.
- 15- د. سراج حسين بوزيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، طبعة 2004.
- 16- د. يوسف عبد الهادي الاكياي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه حقوق الزقازيق 1989.
- 17- د. علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، 2006.
- 18- د. محمد طلعت الغنيمي، شرط التحكيم في اتفاقيات البترول، مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة العاشرة، العددان 1، 2، 1960، 1961.
- 19- د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز الوحدة العربية لبنان، 2006.

- 20- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
- 21- د. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية، جامعة الكويت، 1982.
- 22- د. عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 2003.
- 23- د. فتحي فكري، محاضرات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة 1994.
- 24- د. سلامة فارس عز العرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة 1998.
- 25- د. هشام على صادق، عقود التجارة الدولية، دار المعارف، 1995.
- 26- د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى 2006.
- 27- د. محمد عبدالمجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2003.
- 28- د. يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، طبعة 2001.
- 29- د. نجلاء حسن سيد، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2004.
- 30- د. السعيد الزقرد، عقود البنية التحتية لاستغلال النفط والغاز، مؤتمر البترول والطاقة: هموم عالم واهتمامات أمة، المؤتمر العلمي السنوي الثاني عشر، كلية الحقوق

جامعة المنصورة بتاريخ 2-3 أبريل 2008، لوحظ بتاريخ 2014/8/1 على الموقع الآتي:

www-law.net/law/archive/index.php?t-14999.html

31- أ. فهيمة الهادي الشكشوكي، مستقبل الاقتصاد الليبي في ظل التغيرات الاقتصادية الراهنة والمستمرة، معهد التخطيط للدراسات العليا ليبيا، 2010

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- 1- Margarita TB Coale, Stabilization clauses in international petroleum transactions, Denver Journal of International Law and Policy, vol. 30, 2001-2002.
- 2- Waelde, T. W., & Ndi, G. Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Law, 31 Texas International Law Journal, (1996), pp215-267. Viewed on 11-4-2015 .Available at <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/Vol11/article1-9.html>.
- 3- Alqurashi, Zeyad A, International Oil and Gas Arbitration, Alexander's Gas & Oil Connections and Oil, Gas & Energy Law Intelligence (OGEL) January 2005 Saudi Arabian: vol 27, 1963. .
- 4- Government v. Ex-Arabian American Oil Company (Aram co) International Law Reports. Sapphire International Petroleum Ltd.V. National Iranian. Oil Company, (1963) ILR, vol. 35.
- 5- Arbitration between the Government of Libya and Texaco, International Legal Material, vol.17, January 1977 .

إثبات النسب أول ضمان لحقوق الطفل - دراسة تحليلية مقارنة -

د. محمد علي الطشاني*

المقدمة:

النسب رابطة قوية تجمع بين البشر لتحفظ وجودهم وانتمائهم قال تعالى (وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا)⁽¹⁾.

وثبت النسب حق أصيل من حقوق الطفل التي رعاها التشريع الإسلامي بالتفصيل؛ لأن معظم حقوقه الأخرى تعتمد في نشأتها على ثبوت النسب⁽²⁾.

والاعتراف بحقوق الطفل يتطلب إنشاء وضع قانوني يضمن وجود رسمي للطفل. ففي ليبيا ذات الثقافة الإسلامية، قامت بالاستناد في هذا الاعتراف على ما يسمى بالنسب الشرعي للطفل.

هذا يثير التساؤل حول أصل وشروط هذه الشرعية، والموارد القانونية التي يوفرها المشرع للطفل الذي يحصل له خلل أو نفي في النسب الشرعي.

ففي التشريع الإسلامي يعتبر النسب الشرعي للطفل مهماً جداً في المجتمع؛ لأنها علامة على العفة والامتنان لتعاليم الإسلام. كما انه يعطي المزيد من الحقوق

*- كلية القانون، جامعة عمر المختار درنة.

1- سورة الفرقان آية 54.

2- محمد الصالح، "الطفل في الشريعة الإسلامية نشأته-حياته-حقوقه التي كفلها الإسلام"، مطابع الفرزدق التجارية. سنة 1403هـ، ص 77.

للطفل. لكن مسألة النسب "غير الشرعي" التي تتناولها الشريعة الإسلامية تعطي حقوقاً أقل من الأولى.

في القانون الليبي ولاسيما في قانون الأحوال الشخصية رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، ظل التنظيم الأسرى متعلقاً بالأب ويرتكز شرعياً على الزواج. ولذلك فشرعية الأطفال الذين ولدوا في إطار الزواج القانوني هو شرط مسبق للاعتراف بالأطفال وحماية حقوقهم. ولا يزال الأطفال الذين ولدوا خارج علاقات الزواج محرومين من تعزيز حمايتهم التي وضعتها لجنة حماية الطفل العليا (HCPE).

فتهميش بعض الأطفال مشكلة حقيقية تشكل خطراً في المستقبل على الطفل، لأنها تفتح باباً للانحراف، وذلك تحت ضغط عوامل خارجية وداخلية في المجتمع الليبي. وهكذا، وكما هو الحال في التشريع الإسلامي، فحماية الطفل تتعلق بالنسب، وهذا يتوقف على ما إذا كان شرعياً أو غير شرعي⁽¹⁾.

في المجتمع الليبي، لا يتصور تكوين أسرة وإنجاب أطفال خارج إطار الزواج؛ لأنه يعتبر فاحشة وغير شرعي ويضر برفاهية المجتمع. ولهذا السبب فسوف نتناول مفهوم الزواج وخاصة الزواج الشرعي في القانون الليبي (المبحث الأول) ومن ثم معالجة مسألة شرعية النسب التي ظلت ولا تزال متعلقة بالأب (المبحث الثاني).

1- عبدالمطلب عبدالرازق حمدان، "الحقوق المتعلقة بالطفل في التشريع الإسلامي"، الإصدار الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 76.

المبحث الأول

شرعية الزواج

الزواج هو الأساس القانوني الوحيد للأسرة، فهو يضمن الحماية من الانحراف الجنسي، والغرض الرئيسي من ذلك ضمان شرعية النسب الذي يتعلق بالأب. ولذلك فإن حقوق الطفل لا تستمد أسسها من روابط الزواج، ولكن من النسب⁽¹⁾. من وجهة النظر هذه، يؤسس الزواج التحقق من الأبوة. علينا إذن أن نتعرض لطبيعة وخصائص الزواج في الإسلام (المطلب الأول)، ثم نناقش العلاقة بين البنوة الشرعية والزواج (المطلب الثاني). وأخيراً نرى الحلول التي يقدمها القانون للاعتراف "قانونياً" بالنسب (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الزواج في الإسلام وخصائصه

أعطى المشرع في الإسلام، عند تدوينه لحقوق الأشخاص، أهمية كبيرة للشروط القانونية التي تحدد مفهوم الأسرة والتي تقوم بالأساس على الزواج. ورغم الخلافات الفقهية إلا أن ذلك لم يمنع من وجود نموذج مشترك للأسرة المسلمة. فالأسرة تبني شرعياً على علاقة الدم، فالنسب غير الشرعي غير معترف به، كما يحرم التبني. ويسمح بتعدد الزوجات في ظل ظروف معينة والعلاقات الزوجية تتعلق وبشكل مباشر بإرادة الزوج الذي هو رب الأسرة.

1- CHARIF FELLER D. «La Hadana en droit musulman et dans les droits égyptien, syrien et tunisien», Librairie Droz, Genève, 1966, p.162.

ولا يزال هذا النموذج على هذه الحالة في ليبيا منذ تدوين أول قانون للأحوال الشخصية، قانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما⁽¹⁾.

وهذا هو الحال أيضا عند غالبية الدول الإسلامية التي ظلت وفيه لنموذج الأسرة المسلمة، باستثناء عدد قليل من البلدان، مثل تونس وتركيا، اللتان حاولتا التمييز لتأنيبة التغيرات الاجتماعية التي نجمت عن الحداثة⁽²⁾.

في فرنسا مفهوم الشراكة المدنية (union civile) هو الأساس لبناء الأسرة، لذلك يمكن للأطفال أن يعيشوا في أسرة من المتزوجين، أو من شخصين وقعا على اتفاق تضامن مدني (pacs)⁽³⁾، أو خليلين (concubins)⁽⁴⁾، حيث يمكن تحقيق الإنجاب الطبيعي (غير شرعي). و إلا فإن النسب يمكن أن يكتسب أيضاً عن طريق التبني (adoption). وقد أحدث القانون الفرنسي مؤخراً الزواج بين أشخاص من نفس الجنس، والتي فتحت باباً جديداً لمسائل لن نتطرق إليها في هذه الدراسة.

1- الجريدة الرسمية رقم 16 سنة 1984.

2- CHARFI M. « Le droit tunisien de la famille entre l'islam et la modernité », Revue. Tunisienne du droit.1973, p.11.

3- pacs هو اختصار لـ Pacte civil de solidarité، وهي شراكة تعاقدية بين شخصين بالغين "شركاء"، المعروف باسم "الشراكة المدنية، بغض النظر عن الجنس، والذي يهدف إلى تنظيم حياتهم وذلك بإنشاء حقوق وواجبات بين الشريكين ومن بينها الحق في الدعم المادي، والإسكان، والتراث، والضرائب. وبما في ذلك الإرث.

4- تأتي كلمة concubin من concubinage وهي تعني التعايش و لها وضع قانوني في القانون الفرنسي يفسر بعيش زوجين بحكم الأمر الواقع بمعنى اختيار اثنين من البالغين العيش معا على نحو مستدام و بشكل علني دون إضفاء طابع رسمي على علاقتهم.

سننتظر إذا إلى جانبين مهمين يخصان الزواج في الإسلام و هما : كيفية تأسيس الزواج في الشريعة الإسلامية (أ)، وخصائص هذا الزواج (ب).

أ. أساس الزواج في الشريعة الإسلامية:

أعطى الزواج في الشريعة الإسلامية، المعروف أيضا بـ"النكاح"، العديد من التعاريف التي اتفقت بالإجماع حول طبيعته التعاقدية. فالزواج هو عقد مدني بحت، والذي يمتلك بالتأكيد قيمة دينية و لكنه لا يتسم بطبيعة تقديسية⁽¹⁾.

وكثيراً ما تم تعريف الزواج في الإسلام عند الغرب من خلال الغرض الفسيولوجي الذي يؤول إليه من خلال تشجيع الإسلام للتكاثر فهو يحث على الزواج ويمجد التناسل معتبراً ذلك امتثالاً للأوامر الإلهية⁽²⁾. فالزواج إذن هو الوحيد الذي يقدم إطاراً قانونياً ينظم العلاقات الجنسية، وكيفية حلها والآثار المترتبة عن ذلك⁽³⁾. في هذا المعنى، يعرف لينان دو بيلفوند Bellefond Linant الزواج في الإسلام بأنه "العقد الذي يوافق بموجبه رجل أن يدفع مهراً لامرأة وتوفير الصيانة لها، من أجل الحق في الحصول على علاقات حميمية في إطار قانوني، لأن هذه العلاقات تعاقب جنائياً خارج إطار الزواج"⁽⁴⁾. وهذه النظرة ضيقة جداً وتأويلها يحمل الكثير من عدم الإنصاف، لأن الزواج في الإسلام أعمق من ذلك و الفقه المتعلق به لا يسعه سنوات من الدراسة و الطرح.

1- فقرة الفاتحة مثلاً في بعض المجتمعات لا يضيفي طابعاً دينياً على الزواج.

2- NAAMANE GUESSOUS S. "Au-delà de toute pudeur". Ed-Eddif, 8ème édition, Maroc. 1922. p. 203.

3- BOUHDIBA A. « La sexualité en islam ». Ed, P.U.F. Paris 1979, p.122

4- LINANT DE BELLEFONDS Y. «Traité de droit musulman classique». Tome II, Mouton, Paris. 1965. p. 23

الزواج صيغة تعاقدية بين المرأة والرجل تقوم على أساسه علاقة زوجية بينهما يحكمها نظام من الحقوق والواجبات الشرعية والقانونية التي تختلف باختلاف الأديان والقوانين، وهذه الصيغة التعاقدية تعطي لكل من الرجل والمرأة حقاً جنسياً في جسد الآخر، وتتشكل على أساسها خلية اجتماعية يعيش الرجل والمرأة فيها معا تحت سقف واحد، ويتمكنان بفضلها من إنجاب الأولاد، وتكوين الأسرة، وإشباع غريزة الأبوة والأمومة فيهما. فهو يتطلب مجموعة من الشروط الضرورية لصحته. وقد عرف القانون الليبي عقد الزواج على أنه ميثاق شرعي يقوم على أسس من المودة والرحمة والسكينة تحل به العلاقة بين رجل وامرأة ليس أحدهما محرماً على الآخر⁽¹⁾. يبدو إذن أنه من الضروري تحديد موانع الزواج (1) قبل الشروع في معالجة الزواج الذي يشترط فيه موافقة الطرفين (2). و أخيراً فالزواج مرهون أيضاً بالمهر الذي يعد من شروطه (3).

1. موانع الزواج:

هناك موانع مؤقتة وهي أسباب مانعة للزواج إذا زالت زال المانع كالتي تنجم عن الجمع بين المحارم⁽²⁾، أو المرأة المعتدة من طلاق أو وفاة، وكذلك اختلاف الدين من الموانع المؤقتة التي تحرم على المرأة المسلمة الزواج من غير المسلم وكذا الرجل المسلم أن يتزوج من غير الكتابية، أو الزواج بامرأة خامسة. هذه الموانع نجدها في

1- المادة 2 من القانون رقم 10 لسنة 1984.

2- ومن هذا النوع من الزواج الجمع بين المرأة وأختها أو عمته أو خالتها.

قانون الأحوال الشخصية الليبي كما نجد نفس الجوانب التنظيمية للزواج وما يترتب عنه مستوحاة من الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

وكما قلنا آنفا فإن زالت الموانع المؤقتة فإنها لم تعد تلزم المعني بها. أما الموانع الدائمة فتتعلق بأسباب لا تزول تمنع بشكل ابدى الزواج، ومنها النسب⁽²⁾ والمصاهرة⁽³⁾ والرضاع⁽⁴⁾ الذي ينجم عنه نفس المحظورات التي تأتي من القرابة عن طريق الدم. هذه الموانع للزواج موجود أيضا في القانون الفرنسي وهي نوعان:

• الموانع بسبب القرابة أو المصاهرة⁽⁵⁾: عليه يحرم الزواج بين الأصول والفروع سواء كان ذلك من مأخذ أسري شرعي، أو طبيعي أوفي إطار التبني (وهو ما يطلق عليه سفاح المحارم المطلق "inceste absolu"). وهناك أيضا سفاح المحارم النسبي "inceste relatif"، وهذا يعني عدم وجود مانع دائم للزواج، ويجوز الزواج مع ترخيص من رئيس الجمهورية (المادة 164 و 366 من القانون المدني الفرنسي).

1- عبد السلام الشريف "الزواج و الطلاق في القانون الليبي"، ط1، جامعة قاربيونس، بنغازي، ليبيا، 1990. ص.96.

2- الحرمة تشمل زواج الرجل من بناته وإن نزلت ومن أمهاته وإن علت ومن أخواته وبنات أخواته وبنات الأخ وعماته وخالاته وأمهاتهم.

3- يحرم على الرجل الزواج بأُم زوجته إذا دخل بها.

4- اختلف العلماء في مقداره: فالملكية والحنفية لم يحدده قليلاً أو كثيراً، مرة أو أكثر، وحجتهم عدم تحديد المقدار في الكتاب والسنة. أما الحنابلة فاشتروا ثلاث رضعات مشبعات متفرقات، واشترط الشافعية خمس رضعات مشبعات.

5- DEBOVE F. SALOMON R. JANVILLE T. « droit de la famille », librairie Vuibert, Paris, 2004, p. 75.

• المانع المرتبط بوجود زواج سابق⁽¹⁾: هذا المانع يهدف به قطع الطريق أمام تعدد الزوجات. وتنص المادة 147 من القانون المدني الفرنسي على أنه "لا يستطيع المرء عقد الزواج الثاني قبل حل الأول".

2. الزواج في الإسلام عقد تراضي:

يتم الزواج في الإسلام بمجرد تبادل التراضي⁽²⁾. ويتطلب لصحته وجود شاهدين بالغين، حرين، عاقلين، مسلمين ومن الذكور. قدرة الزوجين ليست شرطاً لتشكيل عقد الزوجية، حيث يسمح بزواج مقتبل البلوغ تحت قيد الجبر.

في الشريعة الإسلامية، تعد موافقة الزوجين شرطاً أساسياً لصحة الزواج. وعدم الموافقة يبطل الزواج بشكل تام⁽³⁾. ومع ذلك، هناك جدل مذهبي حول شكل موافقة المرأة. لأنها ممثلة من طرف ولي شرعي ممثلة في الأب أو الولي أو عن طريق وكيل معين لهذا الغرض⁽⁴⁾. ويجب على الوكيل أن يتصرف في حدود الولاية التي وكلت له، وإلا بطل

1- المرجع السابق. ص 77.

2- تنص المادة 11 من قانون رقم 10 لسنة 1984 بأنه: أ) ينعقد الزواج بإيجاب وقبول ممن هما أهل لذلك. ب) يكون الإيجاب والقبول في الزواج مشافهة بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفاً بأية لغة. ج) وفي حالة العجز عن النطق تقوم مقامه الكتابة، فإن تعذرت في الإشارة المفهومة. د) يشترط في الإيجاب والقبول: 1- أن يكونا منجزين غير دالين على التأقيت، فلا ينعقد زواج المتعة ولا الزواج المؤقت. 2- موافقة القبول للإيجاب صراحة أو ضمناً. 3- اتحاد مجلس العقد بين الحاضرين بالمشافهة وحصول القبول فور الإيجاب. 4- سماع كل من العاقدين الحاضرين كلام الآخر ومعرفته أن المقصود به الزواج وإن لم تفهم معاني الألفاظ.

3- MILLIOT L. & PAUL BLANC F. Introduction à l'étude du droit musulman. 2éd. Daloz-Sirey, Paris, 1987.p. 250.

4- PESLE O. « Le mariage chez les Malékites de l'Afrique du Nord », éd. F. Moncho, Rabat. 1936.p.115.

الزواج لعدم وجود الموافقة، ما لم يصادق الزوج المتضرر على ما أصابه من ضرر⁽¹⁾. وقد قبل المذهب الحنفي فقط صلاحية موافقة المرأة دون اللجوء إلى الولي في الزواج.

3. المهر شرط لصحة عقد الزواج:

إن غياب المهر يبطل الزواج، ما لم يتم الدخول فحين ذلك يصحح الوضع ويجبر الزوج أن يدفع صداق المثل الذي يساوي المهر العرفي. ويقدر هذا الأخير على أساس المهر الذي يدفع إلى أقرباء المرأة أو للنساء اللاتي ينتمين إلى نفس الطبقة الاجتماعية. وعدم دفع المهر يسمح للمرأة أن تمنع نفسها من زوجها ولولي الأمر أن يطلب فسخ الزواج.

ويعطي المالكية أهمية كبيرة للمهر⁽²⁾، بخلاف الحنفية الذين يرون أنه بدون وعد المهر يبقى عقد الزواج صحيحاً ويحق للمرأة مهر "صداق المثل" ما لم توافق على مهر أقل.

1- SADEK H, & EL HADAD H. « Statut personnel des musulmans », Bruxelles 1922. p.46.

هناك العديد من الحالات التي تبطل الزواج بسبب تعدي الوكيل المولى للحدود المفوضة إليه بما في ذلك: "الزواج الذي يعقده الوكيل لامرأة أخرى غير التي عينت له إلا إذا تم التصديق عليه بالموافقة. و نفس الشيء إذا زوج المرأة بمهر أكبر من الذي حدد له". "إذا تزوج الوكيل بالمرأة التي عينت له من غير أن تعلم هذه الأخيرة بذلك أو يزوجها الوكيل لأبيه أو ابنه يحق للمرأة أن تطالب بإلغائه".

"إذا زوج الوكيل امرأة لطرف سبب لها أدى بسبب المهر. فيحق للمرأة ووليها أن يطالبا بإلغاء الزواج، إذا لم يؤد إليها الفرق الحاصل من المهر. ومع ذلك، فإذا زوجها برجل كفاء بمهر المثل المتعارف عليه يصبح حينذاك الزواج مفروضاً".

2- MILLIOT L & PAUL BLAN F. « Introduction à l'étude du droit musulman ». op. cit. p. 380.

لم يحدد القرآن أو السنة حداً أدنى أو أقصى للمهر⁽¹⁾. فللمهر قيمة رمزية⁽²⁾ لأنه يجسد صدق الرجل الذي يريد أن يكون عائلة مع امرأة. وقد أثار مفهوم المهر العديد من الخلافات والانتقادات، وتلقى تفسيرات مختلفة بحسب المؤلفين. ومن ذلك ما قدمه موران "Morand" أن هناك تشابه بين المهر والتمن مؤكداً أن ذلك استمرارية لنظرية "زواج المتعة"⁽³⁾ الذي كان متفشياً في الجاهلية. وهذا يجعل المرأة سلعة وهذا أبعد ما يكون من أهداف الزواج في الإسلام.

وأبعد من ذلك فإن المهر له حقيقة تاريخية، فقد ظهر في العهد الإغريقي في التاريخ قبل المسيحي، وكان رمزاً يعبر عن الخطبة وكان الحال كذلك في أوروبا الرومانية حيث كان المهر متداولاً في المجتمع: ففي القانون الروماني، كانت المرأة غير مسؤولة قانونياً ولم يكن لها الحق في الملكية، الأمر الذي كان يتطلب انتقال الملكية عن طريق استخدام المهر (اللاتينية: dos). وكان المهر إجبارياً لكي يكون الزواج شرعياً.

بالإضافة إلى ذلك، فقبل وصول الإسلام كان المهر رمزاً لارتباط الزوجين وعلامة على التزام الزوج نحو الزوجة وكذا أهلها. يبدو أن الغرض من المهر هو عرقلة أي محاولة لإساءة الزوج في حالة النزاع، والسماح للمرأة بالحفاظ على مهرها.

1- ففي عهد الرسول صلي الله عليه وسلم زوجت امرأة بما يحفظه أحد الصحابة من القرآن.

2- علال الفاسي، "النقد الذاتي" دار الكشاف، بيروت، 1952. حيث يرد المؤلف في كتابه بأن الشيخ محمد عبده رد على من يرون أن المهر هو كرم من الرجل من أجل الاستمتاع بالمرأة. لأن الروابط الزوجية أكبر من أن تقدر بثمن.

3- MORAND M. «Intruduction à l'étude du droit musulman algérien», Alger, 1858. p.115-127.

انظر أيضاً..

PERRON «Femmes arabes avant et depuis l'islamisme», Libraire nouvelle, Paris 1858. p.54.

وأثارت أطروحة موران "Morand"، حول المهر، انتقادات لاذعة من الكتاب الإسلاميين. لذلك يشير "Milliot" إلى أن "موران بنى أطروحته بشكل جيد، ولكن لديه بعض نقاط الضعف في بنيتها. لأنه يقوم على منطق قياسي، ولكن القياس لا يفيد المثل. فيمكن أن يكون هناك تشابه بين المهر وسعر البيع، ولكن ذلك لا يعني أنهما نفس الشيء"⁽¹⁾.

ومهما يكن التفسير الذي يعطى لتبرير الطبيعة الإلزامية للمهر، تظل الحقيقة أنه يكرس قوامة الرجل على المرأة، و الهيمنة في الحياة الزوجية. اتبع القانون الليبي، بما في ذلك القانون الذي ينظم الأحوال الشخصية المبادئ الإسلامية لإنشاء عقد الزواج، وخاصة ما يتعلق بالمهر. وهكذا تعرف المادة 19 من القانون 10 لسنة 1984 المهر كمرادف للرغبة في الزواج. قد يكون هذا المهر مبلغاً من المال أو ربحاً. واعتمد هذا النهج من قبل كل الدول الإسلامية تقريباً⁽²⁾. في المقابل لم يعد الفرنسيون يطبقون المهر منذ القرن التاسع عشر، ولا يوجد هذا المفهوم في القانون الفرنسي، حتى وإن كانت هذه الكلمة موجودة، ولكن تعني الممتلكات التي يحصل عليها الطفل من قبل والديه (المواد 1438 و1439 و1440 من القانون المدني).

1- MILLIOT L. & PAUL BLANC F. «Introduction à l'étude du droit musulman», op. cit. 280.

2- المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية التونسي. المادة 51 من قانون الأحوال الشخصية السوري. المادة 26 من المدونة المغربية. المادة 13 من قانون الأحوال الشخصية الجزائري.

ب. خصائص الزواج في الإسلام:

يمكن تعدد الزوجات في الإسلام بأربع زوجات على الأكثر وهذا مشروع بالقرآن⁽¹⁾. و يعتبر ذلك تشريفاً للرجل، كما يعتبر تعدد الأزواج بالنسبة للمرأة تعارضاً مع الحق الطبيعي الأساسي. وتعدد الزوجات كان موجوداً في العصر الجاهلي، وأقره الإسلام ولكن وضع له قواعد صارمة للحد من التعسف في ممارسته فنظم هذا الجانب على ضوء الأوامر القرآنية والأحاديث النبوية. ومع ذلك، وفي وقت مبكر جداً، تم اعتماد شروط تحدد نوعاً من التعدد ففي القانون الليبي في المادة 13 من القانون رقم 10 لسنة 1984 تنص على أن "الرجل يمكن أن يتزوج امرأة أخرى في حالة وجود أسباب هام تدعو لذلك"، ويكون ذلك بشروطين :

1- يجب الحصول على موافقة الزوجة الأولى أمام المحكمة المختصة.

2- على المحكمة أن تصدر حكماً بالموافقة إثر دعوى مقدمة من طرف الزوجة.

وعدم احترام هذين الشرطين يؤدي إلى بطلان الزواج، و يمكن للزوجة الأولى أن تقدم شكوى شفوية أو كتابياً، إلى أقرب محكمة لطلب الطلاق من الزوجة الثانية. ويمكن أيضاً تقديم شكوى إلى اللجنة الشعبية للمؤتمر الشعبي الأساسي، أو من أقرب مأذون أو إمام مسجد أو نقطة أمنية شعبية محلية أو أقرب نقابة أو جمعية نسائية ويجب إحالة الشكوى على الفور إلى المحكمة المختصة للبت فيها.

1- (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَقْسُطُوا فِي النِّبَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتًى وَثَلَاثَ وَرَبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَٰ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا، وَأَتَوْنَا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُنَّ فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا). آية 3 من سورة النساء.

ونلاحظ في هذا الصدد صدور حكم مؤخراً عن المحكمة العليا الليبية يسمح الزواج من رجل لديه زوجة ثانية دون الحصول على موافقة الزوجة الأولى أو إذن من المحكمة، كما هو الحال حتى الآن⁽¹⁾. ونحن لا نعتقد أن هذا سيشجع تعدد الزوجات بسبب تغير العوامل الثقافية والاقتصادية وكذا العقليات داخل الأسرة الليبية. فتعدد الزوجات هو حق، ولكنه يتطلب أيضاً الكثير من الواجبات نحو الأسرة الجديدة، التي لا يستطيع العديد من الرجال تحملها. كما ينطبق هذا الحق على حالات محددة، وعلى أي حال فهو ليس بواجب.

وعلاوة على ذلك، يمكن حل الزواج الإسلامي، سواء بالتراضي أو عن طريق طلب أحد الطرفين أو في حال وجود عيوب تؤثر على أركان الزواج. ولكن أساساً فالطلاق هو حق معترف به للزوج لإنهاء الزواج ببساطة عن طريق إعلان من جانب واحد. وهو عمل قانوني مجرد له تأثيره بغض النظر عن الإرادة الفعلية للشخص الذي صدرت عنه⁽²⁾.

الطلاق هو شكل من أشكال فسخ الزواج الأكثر شيوعاً بين المسلمين، حيث يتم إعلانه بصيغة بسيطة؛ ولا ينبغي أن يشمل شروطاً أو أن يخضع لأجل. في القانون الليبي، الطلاق هو قرار تقره المحكمة. وعلى الزوج الذي يلفظ الطلاق أن يكون

1- حكم المحكمة العليا الليبية 5 فبراير 2013.

2- LINANT DE BELLEFONDS Y. « Traité de droit musulman », tome II , op. cit. p. 42.

بالغاً⁽¹⁾، عاقلاً، وينبغي أن لا يكون في حالة الغضب أو السكر أو مكرهاً⁽²⁾. و على المرأة التي يقع عليها الطلاق أن تكون متزوجة أو في عدة من طلاق رجعي. في الواقع، هناك وضعان للطلاق. الأول هو الطلاق الرجعي، وهو لا يعد نهائياً حتى انتهاء فترة العدة. والطلاق الرجعي لا يستتبع فسخ الزواج، بل يضع المرأة في فترة عدة تقدر بثلاث حيضات وعلى إثر ذلك يمكن للمرأة أن ترجع إلى زوجها أو تطلق مرة أخرى. والنوع الثاني من الطلاق هو الطلاق البائن الذي ينهي عقد الزواج عند النطق به، والفرق مع الطلاق الأول تكمن في ظروف التطبيق⁽³⁾. يكون الطلاق نهائياً بعد ثلاث طلاقات متوالية. و تصبح المرأة إثر ذلك ممنوعة من زوجها الذي لا يمكن أن يتزوجها مرة أخرى إلا بعد أن تتزوج شخصاً آخر. وقد نص القانون الليبي في المادة 29 من القانون رقم 10 لسنة 1984 على أن "الطلاق نوعان رجعي وبائن: أ) الطلاق الرجعي لا ينهي عقد الزواج إلا بانتهاء العدة. ب) الطلاق البائن ينهي عقد الزواج حين وقوعه".

يتم فسخ الزواج عن طريق المحاكم وتعين المحكمة حكيمين لمحاولة الإصلاح، وإذا فشلت المصالحة حينذاك تقرر المحكمة بشأن الطلاق⁽⁴⁾. وتحدد الشريعة الإسلامية

1- المادة 32 من القانون رقم 10 لسنة 1984 تنص على أ) يشترط في المطلق أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً قاصداً للفظ الذي يقع به الطلاق واعياً ما يقول . ب) لا يقع طلاق الصبي والمجنون والمعتوه والمكره وفاقد التمييز.

2- المذكرة التمهيدية لمشروع القانون المصري لـ 10 مارس 1929 تنص على أن "السكران لا قيمة له عند الحنفية والحنابلة، وكذا طلاق الغضبان عند الحنفية وأن الطلاق تحت الإكراه باطل عند المالكية".

3- للمزيد من التفاصيل انظر عبد السلام الشريف، المرجع السابق، ص. 194-195.

4- المادة 39 من القانون رقم 10 لسنة 1984.

أسباب الطلاق أمام المحكمة فيمكن ذلك مثلاً بسبب غياب الزوج، غياب القوامة أو التعايش أو بسبب المرض. وعلى المرأة إعطاء الدليل على ما تتهم به زوجها. في جميع الحالات لا يمكن اعتبار الطلاق إلا بحكم صادر عن المحكمة المختصة، وفقاً للمادة 35 من القانون رقم 10 لسنة 1984 التي تنص على أنه "ب) يوثق الطلاق الذي يقع باتفاق الطرفين لدى المحكمة المختصة . ج) إذا لم يتفق الطرفان على الطلاق، فيحق لكل منهما أن يطلب التظليل من المحكمة المختصة". وهذا هو الحال في جل البلاد الإسلامية.

وتقوم الأسرة -حتى قبل الإسلام- على تكريس السلطة الأبوية ويعطي ذلك الامتياز للزوج في الحياة الزوجية. وحافظ المشرع الإسلامي على هذا الوضع ولكن وضع له تنظيمًا وتقنينًا. وقد حاول الرسول صلى الله عليه وسلم والفقهاء من بعده التقليل وتنظيم الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها الرجل باعتباره الأب والزوج.

ولكن من الواضح أن الزواج الإسلامي نفسه يمكن أن تأتي منه عوامل الهشاشة وانعدام الأمن التي تضر بحماية وضمأن حقوق الأطفال. وهذا يعني أنه لم تطرح أسئلة التطبيق على أرض الواقع والنظر فيما إذا كانت الوضعية القانونية والاجتماعية للطفل مكفولة بشكل صريح و واضح. هذه الهشاشة يمكن أن تضر ليس فقط بالحياة الزوجية ولكن أيضا على كل ما يترتب عنها، بما في ذلك النسب. هذا هو السبب الذي يدفع إلى العمل على إيجاد آليات وأدوات قانونية لضمأن تنظيم النسب. لأن الزواج وحده لا يكفي لإثبات نسب الطفل، الذي يمكن أن يتبرأ منه فيتعرض للإقصاء والحرمان لعدم ثبوت شرعية النسب.

المطلب الثاني

الزواج ودليل إثبات النسب الشرعي

سندرس صحة النسب في الشريعة الإسلامية، ثم سنقوم بطرح الطرق التي احتفظ بها قانون الأحوال الشخصية الليبي لتنظيم ذلك.

النسب هو رابط الدم الذي يصل الطفل بوالديه. ويستنتج من هذا التعريف وجود نسب للأب وللأم. ومع ذلك، ففي ظل الأسرة المسلمة فإن النسب الشرعي القانوني لا يكون إلا من خلال تشكيل الروابط الأسرية عن طريق الذكور على أساس النسب الأبوي المشروع.

إن تصور النسب الشرعي أو عدمه له طابع أخلاقي وديني في المجتمع الليبي. وبالتالي فذلك له تأثير على حق الطفل في المجتمع وطريقة معاملته في فرنسا، كان القانون يفرق بين الطفل الشرعي والطفل الطبيعي (غير الشرعي) والطفل المتبنى حتى عام 2009 حيث اختلف هذا التمييز من النصوص التشريعية ليوضع الطفل في المكان الذي يستحقه بمعنى كونه كائناً غير مسئول عن الطريقة التي سمحت له بالوجود في هذا العالم. يمكن أن نعتبر هذا بمثابة خطوة إلى الأمام، ولكن لا ينبغي لنا أن ننسى أنه يعود تاريخه إلى عام 2009، بمعنى أنه حصل تغيير عميق في المجتمع ليتدارك هذا الوضع.

ولكن في هذه الدراسة سوف نناقش النسب من المنظور الليبي و سنفرق بين النسب الذي يكون من الزواج الصحيح (أ) والنسب الذي يكون من زواج فاسد (ب).
أ. انتساب الطفل من زواج صحيح:

في الشريعة الإسلامية يعتبر نسب الطفل المولود في إطار زواج صحيح كحق مفروغ منه للأب وللأم، وذلك للحديث النبوي "الولد للفراش وللعاهر الحجر". ويؤكد هذا

الحديث على أهمية افتراض الأبوة المشروعة الناشئة من الزواج الصحيح بعد الدخول بالزوجة.

في القانون الليبي الذي ينهل من الشريعة الإسلامية، يعتبر الطفل شرعياً إذا ولد من العلاقة الزوجية أثناء زواج والديه، أو إذا ولد بعد انقضاء الفترة القانونية للحمل بعد فسخ الزواج. في الواقع، فقد اتبع قانون الأحوال الشخصية أحكام الشريعة الإسلامية، حيث قدر مدة الحمل بما لا يقل عن ستة أشهر، كما وردت في النصوص القرآنية (المادة 53 من القانون رقم 10 لسنة 1984). ويمكن ضبط القاضي من قبل الطرف المعني بعد مرور عام على فسخ الزواج، حينما تلد المرأة لمعرفة ما إذا كان تاريخ الحمل يعود إلى فترة الزواج، ولذا فالولادة يجب أن تكون في غضون سنة واحدة من فسخ الزواج، بموجب الفقرة أ من المادة 53، والذي يحدد المدة القصوى للحمل وكذلك الفقرة ب من المادة 86⁽¹⁾.

في فرنسا فرسوم 4 يوليو 2005 المصادق عليه بالقانون رقم 2009-61 الصادر في 16 يناير 2009 ينظم مسائل النسب على شرط افتراض الأبوة للزوج، سواء كان الحمل أو الولادة أثناء فترة الزواج أو خارجها. قرينة الأبوة تنطبق عادة عندما يولد الطفل أثناء الزواج وفقاً لأحكام المادتين 312 و 315 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾. فيتم إلحاق النسب باعتبار الافتراضات التالية بشأن مدة الحمل: هذه الافتراضات تخص

1- تنص المادة 55 أن: (أ) لا يثبت نسب الولد إلى أبيه إذا وضعت أمه بعد أقصى مدة الحمل إلا إذا أقر به الزوج أو الورثة أو ادعوه. ب) إذا أخطرت المعتدة من وفاة أو طلاق أثناء عدتها المحكمة المختصة بحملها في مواجهة ذوي الشأن وتحققت المحكمة من ثبوت الحمل حكمت بثبوت النسب إلى من نسب إليه أيًا كانت مدة الحمل التي ولد بعده

2- DEBOVE F. SALOMON R. JANVILLE T. «Droit de la famille», Librairie Vuibert, Paris, 2004, p.191.

الأطفال الذين ولدوا بعد أكثر من 180 يوماً من البداية الفعلية للزواج والأطفال المولودين خلال 300 يوم بعد حل الزواج⁽¹⁾.

ولكن هذه القاعدة لم تحل الخلافات حول الأبوة. ويمكن اعتبار -أنه في نطاق القانون الجديد- لا توجد قاعدة توضح البنوة: رغم إمكانية الاعتراف بالأبوة قبل الولادة "reconnaissance prénatale"⁽²⁾ وهذا لا يمنع القرينة السالفة الذكر⁽³⁾. فقرينة الأبوة التي يتم اعتبارها منذ الولادة، والاعتراف بالأبوة في نفس التاريخ، يمكن أن ينشأ نسبين في نفس التاريخ، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تضارب البنوة، وفقاً لمبدأ المساواة⁽⁴⁾ بين النسبين، ما لم يتم البرهنة بأن قرينة الأبوة هي التي يؤخذ بها منذ الحمل مما يجعل من المستحيل الاعتراف بالنسب قبل الولادة⁽⁵⁾. وعلى هذا المنطق الأخير سيكون هناك خلط بين تاريخ سريان مفعول تحديد النسب الذي يبدأ دائماً انطلاقاً من يوم

1- المرجع السابق. ص 191.

2- هذا الإجراء معروف في المجتمع الفرنسي حيث يمكن للرجل و المرأة غير المتزوجين من إلحاق الطفل الذي سيلد. و يمكن أن يكون هذا الإجراء بشكل منفصل بين الأب والأم أو يقومان به في نفس الوقت، والغرض من ذلك ضمان اسم للطفل قبل ولادته وما يترتب عن ذلك من حقوق يمكنه أن يتمتع بها.

3- DIONISI-PEYRUSSE A. «La sécurisation de la filiation paternelle par l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 », D. 2006. 612. Cité par BONFILS PH. & GOUTTENOIRE A. « Droit des mineurs », Droit privé, 1^{re} éd. Dalloz. Pairs. 2008.p.138.

4- المرجع السابق. ص 138.

5- BONFILS PH. & GOUTTENOIRE A. «Droit des mineurs», op cit. p. 138.

الولادة وتاريخ إنشاء النسب الذي يمكن أن يعود، إذا أخذنا بقريئة الأبوة، إلى تاريخ سابق⁽¹⁾.

وبحسب الفصلين 313 و314 من القانون المدني الفرنسي، يتم رفض قريئة الأبوة تلقائياً إذا توفرت ظروف معينة تثير الشكوك في أبوة زوج الأم. وهذا ينطبق عندما يولد الطفل بعد أكثر من ثلاث مائة يوم من انفصال الزوجين من الناحية القانونية بعد صدور مرسوم عدم الإصلاح "ordonnance de non-conciliation"⁽²⁾، ويتم تسجيل اتفاق الطلاق بالتراضي أو الانفصال أو عندما لا يكون الزوج هو الأب في شهادة الميلاد. في هذه الحالة لا يؤخذ بقريئة الأبوة في الاعتراف بالنسب.

نفهم من ذلك أن المادتين 313 و314 من القانون المدني تخضعان لصياغة مختلفة. فالمادة 313 تنص على استبعاد قريئة الأبوة في حالة الانفصال القضائي بينما لا تستبعد إذا انتسب الطفل إلى الزوج. والمادة 314 تنص على استبعاد قريئة الأبوة بشرطين إذا كان عقد الميلاد لا يحمل اسم الأب أو إذا كان الطفل غير منسوب له. بالإضافة إلى ذلك، يتم استعادة قريئة الأبوة بخصوص الطفل إذا كان منسوباً إلى كل من الزوجين، بحسب المادة 313 من القانون المدني، وفيما يتعلق فقط بزواج والدته⁽³⁾. وعودة حق قريئة الأبوة لا يتم إلا إذا تحقق خلو الانتساب إلى طرف آخر⁽⁴⁾. إلا أن الزوجين يمكنهما الطعن في النسب المقرر بالاعتراف المسبق تعريفه قبل الأخذ بقريئة الأبوة⁽⁵⁾.

1- DEBOVE F. SALOMON R. JANVILLE T. «Droit de la Famille», op. cit. p. 192.

2- قرار القاضي بعدم وجود اتفاق بين الزوجين.

3- المادة 314 من القانون المدني الفرنسي.

4- الفقرة 2 من المادة 313.

5- BONFILS PH. & GOUTTENOIRE A. «Droit des mineurs», op cit. p.140.

وقد هبأ القانون المدني الفرنسي آليات تمكن من دمج علاقة الدم والعلاقة القانونية؛ والإجراءات القانونية المتعلقة بالبنوة تهدف إلى تحقيق ذلك، سواء لإقامة البنوة التي لم يرغب بها الأب أو الأم المعنيين أو من أجل دحض انتساب كاذب. وعند ثبوت الانتساب قضائياً، فإنه ملزم للجميع، وتعود آثاره بشكل رجعي إلى تاريخ الولادة. والإجراءات المتعلقة بالنسب غير متوفرة، بالشكل الذي تقدم به الدعاوى الأخرى لأنها تقع ضمن الاختصاص الحصري للمحكمة العليا. وهكذا، عندما يتم رفع سؤال بشأن النسب للطفل إلى قاض آخر، على سبيل المثال، في محكمة الأسرة، فإنه يجب على قاضي محكمة الأسرة أن يعلن من تلقاء نفسه أنه غير مؤهل لمعالجتها و عليه إحالة المسألة إلى المحكمة العليا⁽¹⁾.

ب. انتساب الطفل من زواج فاسد:

للزواج الفاسد وضع خاص في الشريعة الإسلامية فهو يعتبر زواج وليس بزني وتسري جميع الآثار المترتبة عليه فإذا نتج عن هذا الزواج آدمي فلا يجوز اعتباره كالمعدوم أو كولد زنا⁽²⁾، بل يثبت نسبه من باب الاحتياط مع الحكم بفساد الزواج وفسخه⁽³⁾.

إن المادة 16فقرة ب من القانون رقم 10 لسنة 1984 تنص على أن "الزواج الفاسد ما اختل بعض شروطه وأركانه، ولا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول، ويترتب عليه بعد الدخول ما يلي: 1- الأقل من المهر المسمى ومهر المثل. 2- النسب وحرمة

1- المرجع السابق، ص 151.

2- عبدالكريم زيدان، "المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية"، الجزء 9، مؤسسة الرسالة، ط3، بيروت، لبنان، 1997 ص 434.

3- مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، العدد1، سنة 2005. DNA مازن إسماعيل هنية، إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية.

المصاهرة. 3- العدة. 4- نفقة العدة مادامت المرأة جاهلة فساد العقد". ويفرق المشرع بين الزواج الفاسد المعقود بشكل متعمد من غيره وهكذا فالأطفال الذين ينتسبون إلى مثل هذا النوع من الزواج المتعمد فإنهم لا ينتسبون إلى الأب و لكن إلى الأم إلا في الحالات التالية:

- إذا اعترف الزوج بزوجه من امرأة كان قد طلقها ثلاث مرات، وكان على بينة من أن عمله غير شرعي.
- إذا كان جامع امرأته التي طلقها في فترة العدة، وأنه لم يثبت عقد زواج جديد مع العلم بطبيعته الملزمة.
- إذا تزوج بزوجة خامسة أو امرأة محرمة من جانب زوجته (كابنة زوجته، أو أمها)، مع علمه بأن ذلك محرم. في هذه الحالة يتم تطبيق عقوبة الحد عليه ويتم انتساب الطفل إليه⁽¹⁾. و خلاف ذلك فإن الطفل ينسب إلى أمه لأنها هي التي وضعت⁽²⁾.

المطلب الثالث

ما يلحق بالانتساب للأب

لتصحيح الأخطاء التي قد تنشأ في حالة الزواج الفاسد، أو التي قد تنشأ حتى من العلاقات الغير قانونية التي تؤدي إلى ولادة أطفال، ترك القانون الليبي بعض الطرق المفتوحة لإعطاء حق البنوة للطفل من جهة الأب.

وفي جميع الحالات، إذا لم يتم الاعتراف بأن النسب ناجم عن "الزنا"، فإن الحل الأول الذي يعطيه القانون لتصحيح وضعية الانتساب هو الإقرار (أ)، والحل الثاني هو شهادة البينة (ب).

1- أ. عبدالسلام الشريف، المرجع السابق، ص 133-134.

2- محمد أبو زهرة "الأحوال الشخصية". دار الفقه العربية. القاهرة. 1957. ص.398.

أ. الإقرار:

الإقرار في الشرع هو "إخبار المرء بحق لآخر عليه"⁽¹⁾. وهو شكل آخر يتبعه القانون الليبي لتأكيد النسب من شخص. والإقرار نوعان⁽²⁾:

• الإقرار بنفسه: حيث يقر الشخص من الارتباط الفعلي مع الشخص الذي يدعي أنه أمه أو أبوه، أو ابنه أو ابنته. ومع ذلك، فإنه لا يشمل الأجداد أو الأحفاد، لهذا السبب فإن هذا النوع من الإقرار يعتبر مباشراً.

• الإقرار بغيره: هو نتيجة لاعتراف شخص (وسيط) أن هناك علاقات أسرية مع شخص آخر، على سبيل المثال، إذا كان الشخص يقر بأن شخصاً آخر هو شقيقه، وهكذا فإنه يؤسس علاقة هذا الشخص بأبيه. وبالتالي يؤسس كذلك لنسبه له. ولذلك يطلق على هذا الإقرار بغيره⁽³⁾.

يتم اعتراف النسب للأب عندما يعترف الرجل بأنه والد مجهول النسب كما تنص على ذلك المادة 57 من القانون رقم 10 لسنة 1984 "يثبت النسب بإقرار الرجل ببنة مجهول النسب، ولو في مرض الموت إن لم يكذبه العقل أو العادة ولم يصرح بأنه من الزنا وصدقه المقر له في ذلك متى كان وقت الإقرار من أهل التصديق، ويصح الإقرار بنسب الحمل المحقق متى توافرت هذه الشروط".

وتثبت الأبوة للابن بشرط أن يكون المقر ذكراً ومميزاً ويجب أن يكون الاعتراف مطابقاً للواقع كأن يكون فرق السن معقولاً لما يحمل عليه الاعتراف

1- عبدالسلام الشريف، المرجع السابق، ص278.

2- عبدالكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص394 وما بعدها.

3- عبدالعزيز عامر، "الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاء"، ط2- القاهرة، دار الفكر العربي، 1976، ص92.

بالأبوة⁽¹⁾. وينبغي عدم خلط الاعتراف بالأبوة مع شرعية الولادة الطبيعية. فهذا الاعتراف هو شرعي لأنه يفترض زواج سابق للمقر أو علاقات مقرة مع الأم. ويمكن إثبات شرعية العلاقة بين الزوجين بالشهادة أو بالسمعة⁽²⁾.

وبالتالي فإن البنوة التي يتم الاعتراف بها عن طريق الإقرار تعطي نفس الحقوق التي تتمتع بها البنوة الشرعية؛ فضلاً عن ذلك فإن المادة 58 من القانون رقم 10 لسنة 1984 تنص على أنه "متى ثبت النسب بالإقرار على الوجه المبين بالمادة السابقة فلا يقبل النفي وتترتب عليه جميع أحكام النسب المعروف أو الثابت بالدليل".

غير أن أي اعتراف آخر يميل إلى شرعية نسب الطفل المولود خارج إطار الزواج يعتبر لاغياً وباطلاً، و من شأنه أن يؤدي إلى الملاحقة الجنائية في شكل حد الزنا وينتج عنه الجلد. يأخذ هذا الحكم جذوره من القرآن والحديث النبوي حيث أن "الولد للفراس وللعاهر الحجر". ولكن هذا يتوقف على أن يعترف الشخص صراحة بوقوعه في الزنا. في هذه الحالة فالأبوة مرفوضة وينسب الطفل إلى أمه.

الاعتراف الشرعي بالأبوة هو ممكن أيضاً كما هو منصوص عليه في المادة 59 من القانون رقم 10 لسنة 1984 "يثبت نسب الولد من الأم بإقرارها متى توافرت شروط إقرار الرجل بالولد ولم تكن متزوجة أو معتدة وقت أن ولد". يجب أن تقر هذه العلاقة إذن من قبل الزوج بحيث تنتج آثار النسب الشرعي.

1- MILLIOT L & PAUL BLANC F. «Introduction à l'étude de droit musulman», op cit. p. 391.

2- يتم الاعتراف بزواج لم يتم كتابته بشهادة شاهدين ممن حضروا الزواج وذلك بتحديد الزمان والمكان وكذا اسم الزوجين كما يحصل الشأن في الزواج الشرعي.

في القانون الفرنسي الإقرار بالنسب هو تعبير عن الإرادة المنفردة لرغبة الرجل أو المرأة بالاعتراف بعلاقتها مع الطفل، بل هو إجراء قانوني. وتنص المادة 316 من القانون المدني الفرنسي على أن "حيث لم يثبت النسب في الفروع المنصوص عليها في الفرع الأول [...] يمكن تدارك ذلك بالإقرار بالأبوة أو الأمومة، وذلك قبل⁽¹⁾ أو بعد ولادة الطفل ...". و يتم استخدام هذا الإجراء إذا كان الرجل و المرأة غير متزوجين، أو إذا لم يتم تأسيس علاقة الأمومة إثر الولادة، أو إذا كان الأب يريد أن يعترف بالطفل⁽²⁾. ونلاحظ في هذه الحالة أن علاقة الأمومة هو عمل تلقائي إذا كان اسم الأم مكتوباً على شهادة الميلاد بينما يقوم الأب بالإجراء لإثبات نسب الطفل له.

إن أول شرط لكي يكون الإقرار قانونياً هو أن يأخذ شكل عقد أصلي. وهذا يمكن أن يكون إما عن طريق شهادة الميلاد في شكلها المحدد في المادة 62 من القانون المدني الفرنسي، أو عن طريق عقد موثق عند كاتب العدل أو عن طريق اعتراف يتم تسليمه من خلال إجراء قانوني⁽³⁾. كما يمكن أن يثبت الإقرار عن طريق عقد تم في الخارج دون أن يكون من الضروري إخضاع هذه الوثيقة إلى الأمر بالتنفيذ⁽⁴⁾. ويمكن أن يتم بغض النظر عن عمر الطفل، حتى قبل ولادته⁽⁵⁾. فالمطلوب هو إعلان الأبوة أو

1- الذي يسمى في القانون الفرنسي بـ الاعتراف قبل الولادة (La reconnaissance prénatale).

2- BENABENT A. «Droit de la famille», 2^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2012.p. 360.

3- Cass. Civ. 1^{er}, 23 mars 1994 : D. 1995, somm., 116, obs. GRANET-LAMBRECHTS; D. 1995, somm., 127 obs. F. DEKEUWER-DESFOSEZ

4- Cass. Civ. 1^{er}, 12 janv. 1994 : Bull. civ. I, n.16

5- CA Versailles, 1^{er}, 12 janv. 1992 : Gaz. Pal. 1993, I, somm., 11; D. 1993, somm., 169, 127 obs. F. DEKEUWER-DESFOSEZ

الأمومة والحاجة إلى الإقرار بالأمومة يسقط إذا كان اسم الأم في شهادة الميلاد⁽¹⁾. و يجب التنبيه إلى أن هذا الإقرار كان يخص الأطفال الطبيعيين (غير الشرعيين) قبل تعديل القانون في عام 2005، و أن هذا المفهوم لم يعد موجودا الآن لأن الإقرار يخص حالياً جميع الأطفال⁽²⁾. قد يكون هذا هو الحال بالنسبة لزوجين لا يوجد اسم الأم على شهادة الميلاد. في هذه الحالة يتم اللجوء إلى الإقرار.

ولكن هناك قيود لهذا النوع من الإقرار: يخص القيد الأول الإقرار بطفل المحارم حيث لا يمكن تحقيقه إلا عن طريق أحد الوالدين⁽³⁾. والقيد الثاني هو أن "أي إقرار باطل، وأي طلب بحث غير مقبول، عندما يكون الطفل لديه نسب شرعي"⁽⁴⁾.

وهكذا، فالإقرار بالنسب له قيمة إثبات قوية لمواجهة أي طارئ على الإقرار. كما أن لديها أثر مطلق وغير قابل للإلغاء، ويسري هذا التأثير من ولادة الطفل حتى وإن تطلب ذلك أثراً رجعيًا⁽⁵⁾. بينما يبقى المبدأ الوحيد الذي يتطلبه الإقرار هو أن يكون ناشئاً في ظروف قانونية: فهذا الإقرار يؤسس رابطة البنوة بين الطفل والشخص المعترف وإن كان الأب "غير البيولوجي" فقد يتم اللجوء لهذا الإجراء وانتهاك سيادة الصدق في البيانات، فيصبح طريقة ملتوية للتبني. لكن هذه الظاهرة محدودة جداً. لذلك

1- المادة 337 من القانون المدني الفرنسي.

2- BENABENT A « Droit de la famille », op cit. p. 360.

3- المادة 334-10 من القانون المدني الفرنسي. انظر في هذا الصدد:

MULLER M., sous la direction de MASCLÉ, Jean-Claude. Droit civil. Paris/Vanves : Foucher, 2011. p.189.

4- المادة 334-9 من القانون المدني الفرنسي.

5- BRUSORIO-AILLAUD M. « Droit des personnes et de la famille », éd.larcier, Bruxelles, 2012.p.272.

يتم الإقرار بالنسب فقط من جهة الشخص المعترف بطريقة منفصلة عن الوالد الآخر. وهكذا يظل الإقرار من جانب واحد. ويبقى احتمال الحالة التي يعترف فيها الأب في اعترافه باسم الأم، في هذه الحالة يتم إثبات حالة الأمومة إذا اعترفت الأم بذلك⁽¹⁾. وأخيراً، فالإقرار من قبل الوالدين هو بالتأكيد وسيلة سهلة لوضع نسب الطفل، ولكنه إجراء إداري طوعي يبقى رهين إرادتهما. وهذا ليس الحال دائماً لأنه يتم الاكتفاء بالإقرار عن طريق سلوكهم اليومي الذي يوطد علاقة بنوة اجتماعية ووجدانية⁽²⁾.
ب. البيئة:

بما أن البنوة تعد أحد الإجراءات القانونية المتعلقة بـ"الأحوال الشخصية"، فيمكن إثباتها بشهادة البيئة وذلك بشهادة رجلين على الأقل أو رجل وامرأتين⁽³⁾. وهكذا يمكن إثبات النسب بالبيئة، في حالة النسب المباشر (الأب، الأم، الابن، الابنة)، أو في حالة نسب غير مباشر (عم، عمة، ابن أخ...). إذا كان شخص يدعي علاقة بنوة بشخص آخر وكان ذلك يفي بمتطلبات الإقرار، ونفى الشخص المعني هذه العلاقة، في هذه الحالة يمكن للشخص اللجوء إلى القاضي بتقديم الشهود للمطالبة بحقوقه. في هذه الحالة يمكن للقاضي أن يوافق على طلب النسب ويرتب عليه جميع آثاره بعد صدور الحكم.

1- المادة 336 من القانون المدني الفرنسي.

2- BARRETEAU-RAYMOND C. « Droit de l'enfant et de l'adolescence », éd Litec, Paris, 1996.p. 52.

3- عبدالسلام الشريف، المرجع السابق، ص282.

وهذا ما ورد في حكم 2 يونيو 1990 للمحكمة العليا الليبية أن "ما هو معروف أن النسب يثبت عن طريق الزواج، بالإقرار أو البينة، [...] وقد أثبت نسب الفتيات بالبينة..."⁽¹⁾.

ولكن هناك شرط، فمن الضروري أن يكون الشخص المعني بالنسب على قيد الحياة. أما إذا كان الشخص متوفياً فإن هذا النوع من الإجراء يسمح فقط في الحالات المتعلقة بالميراث أو النفقة.

إن خيار المشرع الليبي صائب عندما أنشأ هذا النوع من الإجراء لأن العديد من المناطق في ليبيا تمارس الزواج التقليدي من خلال "الفاحة" (زواج شفوي) ولا تلتزم بالإبلاغ عن المواليد، إما بسبب الجهل أو عدم وجود بنية تعني بالحالة المدنية. وهكذا أعطى هذا الإجراء الفرصة للكثير من الأسر لتسوية وضعهم الإداري أمام الدولة. وأخيراً، بغض النظر عن طرق إثبات البينة التي عرفها المشرع الإسلامي، فهي تستند على نفس المبدأ، وهو وجود علاقات شرعية تستند على الزواج. ومع ذلك، فإن الزوجية لا تضمن الافتراض المطلق والثابت لعلاقة الأبوة.

المبحث الثاني

انتفاء النسب

إن ضمان حقوق الطفل عن طريق الزواج لا يتحقق بطريقة مطابقة. وبما أن حقوق الطفل تتأتى عن طريق النسب الشرعي فمن المثير للاهتمام دراسة الحالة التي تفتقر إلى هذا الرابط الشرعي، وفحص الطرق التي يمكن أن تضمن شرعية لأطفال في وضعية "حساسة"، كمثّل الطفل غير الشرعي أو بالتبني (المطلب الأول)، أو دراسة الحالة التي يتم فيها الطعن في النسب (المطلب الثاني).

1- حكم المحكمة العليا الليبية رقم 2 لجلسة 1990/6/2 السنة القضائية رقم 36.

المطلب الأول

إقصاء البنوة غير الشرعية والتبني

البنوة غير الشرعية محرمة في الشريعة الإسلامية، وهي البنوة الناتجة من خلال علاقات غير شرعية. كما أن الشريعة الإسلامية لا تعترف بالتبني. ولذلك، يتم التساؤل حول التدابير المتبعة لحماية الأطفال غير الشرعيين (أ) أو الأطفال المتبنين (ب)، وأخيراً حالة الأطفال المتخلى عنهم (ج).

أ. حالة الأطفال غير الشرعيين (ابن الزنا):

في التصور الإسلامي، يعتبر الطفل غير الشرعي نتيجة لعلاقة غير مشروعة (خارج نطاق الزواج) في تحدي للإطار القانوني الذي يحدده القانون والأخلاق. ولا تعترف الشريعة الإسلامية بالأبوة حينما يتعلق الأمر بالطفل غير الشرعي، وهذا هو رأي المذاهب الفقهية الأربعة. وهكذا فالبنوة غير الشرعية لا تخلق أي علاقة أسرية بين الطفل وأبيه، ولا ينجم عنها أي حقوق أو التزامات.

يتم تحديد نسب الطفل غير الشرعي تجاه الأم بمجرد الولادة وينتج عنه نفس آثار البنوة الشرعية، وذلك للرباط الطبيعي الموجود بين الطفل و أمه. فضلا عن ذلك فإن المادة 56 من القانون رقم 10 لسنة 1984 تنص على أنه "يثبت نسب كل مولود إلى أمه بمجرد ثبوت الولادة بغير إقرارها دون قيد أو شرط".

فمن أجل الحفاظ على أخلاقيات العلاقات الجنسية في الإسلام فإن المشرع لا يعترف بالأبوة تجاه الطفل غير الشرعي. ويهدف هذا الإجراء إلى الحفاظ على "المثالية الاجتماعية" التي ترفض الاعتراف بالأطفال المولودين من علاقات خاطئة التي تتجاهل قواعد لا يجب انتهاك حرمتها. وهذا ما يفسر إرادة المشرع الإسلامي بإغلاق الباب أمام العلاقة بين الرجل والمرأة خارج إطار الزواج باسم الحرية الجنسية، لأنه يضعف

مفهوم الأسرة وربما يكون هذا النوع من العلاقات لا يوفر الاستقرار الذي يحتاج إليه الطفل. من جهة أخرى فهذا يجنب خلط الأنساب، وأيضاً تفادي مآسي وقعت للأطفال كالذين قتلوا أو الذين تم تجميدهم في الثلجات⁽¹⁾ نتيجة علاقات عابرة تيرأت منها أمهاتهم، كما حدث في عدة حالات أثبتت في المجتمع الفرنسي.

ولكن يمكن أن نتساءل هل واجبات وحقوق الأم تجاه طفلها غير الشرعي هي مكافئة للتي يتمتع بها الأب في إطار مفهوم النسب الشرعي؟. إن الجواب لا يتواجد في أحكام الشريعة الإسلامية التي لم تعالج العديد من القضايا المتعلقة بالولاية والوصاية تجاه الطفل غير الشرعي. هل يمكن للأم أن تتصرف في ممتلكاته؟ وهل لها الحق في الحجر كما هو الشأن بالنسبة للأب؟. فممارسة هذا الحق بشكل عام، هي من اختصاصات الرجل وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

إن صمت المشرع فيما يتعلق بجميع هذه الأسئلة مهم جداً لأنه يتم التعامل مع الأطفال غير الشرعيين وكأنهم غير موجودين. ولذلك فتنظيم الحقوق المتعلقة بأشخاص وممتلكات الأطفال غير الشرعيين رهين باعتراف لا يمكن تحقيقه في إطار الشريعة الإسلامية.

و يظل هذا التصور ملائماً للتنظيم الأسري والاجتماعي السائد في جميع الدول الإسلامية غير العلمانية. وأدى ذلك إلى خلق هوة بين الوضعية القانونية للطفل غير الشرعي والواقع الاجتماعي. ومع ذلك، فلا يمكن الجزم بأن قاعدة ما، لا يمكن أن تمس أو أنه لا غنى عنها. ولعل ما يخفف من صرامة حكم الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالطفل غير الشرعي يتم تجاوزها عن طريق استخدام الإقرار الطوعي للأبوة وشرعية

1- عرفت السنوات الأخيرة العديد من القضايا من هذا النوع في المجتمع الفرنسي وهو ما يسمى بـ "bébé congelé".

البنوة الناتجة عن الزواج الفاسد⁽¹⁾، الذي لا يزال وسيلة لمعالجة افتراضية نسب الطفل غير الشرعي.

كما ذكرنا سابقا فالقانون الفرنسي لم يعد يفرق بين الأطفال الشرعيين، أو غير الشرعيين أو المتبنين و ذلك منذ صدور قانون 16 يناير 2009. وفي هذا المنظور فنسب الطفل المولود خارج إطار الزواج يمكن إقراره بشكل مستقل من طرف الأب أو الأم، حتى قبل ولادة الطفل، إلا في الحالات المذكورة أعلاه.

ب. حالة التبني:

بينما كان التبني يمارس على نطاق واسع في المجتمع الجاهلي، جاء الإسلام ليحرمه، وأبرز المشرع الإسلامي أن تحريم التبني بالشكل الذي كان يمارس إنما للحد من علاقة البنوة التي كانت تتجم عنه⁽²⁾. وهذا نتيجة الوحي القرآني لتبني الرسول صلى الله عليه وسلم لزيد بن حارثة⁽³⁾.

إن هذا التحريم يهدف إلى حظر قرابة وهمية من شأنها أن تخلق نفس آثار القرابة عن طريق الدم أو عن طريق الرضاعة الطبيعية أي ظروف يمكنها الحظر من الزواج بسبب هذه الروابط. لذلك يهدف هذا التحريم بشكل رئيسي في إزالة العوائق التي تحول دون حقوق الزواج والميراث الذي لا يمكن أن تتولد إلا من روابط الدم.

1- عبدالهادي العوضي، "الحماية القانونية لحقوق الطفل المدنية" منشورات دار النهضة، القاهرة، مصر، 2008. ص 90.

2- سورة الأحزاب الآية 4 "مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ"

3- سورة الأحزاب الآية 40 "مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ وَلَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا".

ومع ذلك، يمكن للطفل المتبنى أن يرث من خلال تطبيق قواعد التركة بالوصية الواجبة⁽¹⁾، ولكن هذا لا يخلق أي علاقة بين المتبنى وأسرة المتبني. وعلى الرغم من الأوامر القرآنية والحظر القانوني للبنوة بالتبني، فأقرار الأبوة يمكنه أن يضيء الشرعية على الأطفال المولودين خارج إطار الزواج.

وكان التبني موجودا في ليبيا إلى أن تم منعه واستبداله بالكفالة تماشيا مع الشريعة الإسلامية، ومع ذلك، فقد شكلت هذه المسألة تحديا كافيا للجهات التشريعية بحيث وفر لها إجراء لحل مشكلة الطفل اللقيط، والأيتام، أو الأطفال غير الشرعيين في بعض الأحيان.

ويسمى هذا الإجراء بالكفالة، بحيث يتم كفالة طفل وتحمل مسؤولية تربيته وتعليمه. بالمقابل فهذا الإجراء لا يضمن صلة البنوة الشرعية لان التبني هو عمل قانوني يخلق فقط علاقة مصطنعة بين المتبني والمتبني. وتنص المادة 60 من القانون رقم 10 لسنة 1984 أنه "أ) إذا رغب من وجد طفلاً مجهول النسب في أن يكون في كفالته ووافقت الجهة المختصة على ذلك، فلا ينزع منه إلا إذا أهمله أو أساء تربيته . ب) إذا حكم بثبوت نسب الطفل المكفول نزع من كافله وسلم لمن ادعاه. ج) لا يثبت بالكفالة النسب ولا تترتب عليها آثاره".

بالمقابل فإن التبني موجود في القانون الفرنسي، فهو يسمح للمتزوجين أو للذين يعيشون وحدهم من تبني الأطفال المتخلى عنهم أو الأطفال الذين يقدمهم والديهم للتبني. هناك نوعان من التبني: التبني الكامل وهو أن تقطع علاقات الدم بين الطفل وأسرته كما تنص على ذلك المادة 356 من القانون المدني الفرنسي، ويشمل ذلك الإرث والاسم.

1- يمكن تعريف التركة بأنها إجراء يتم عن طريق الوصية يقوم من خلالها الشخص بالتبرع بعد وفاته بثلاث تركته. ويتم تقاسم الثلثين الباقيين بين الورثة، وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الإرث.

حيث يحمل الطفل بشكل دائم اسم عائلته الجديدة. فضلاً عن ذلك فإن المادة 356 من القانون المدني الفرنسي تنص على أن "هذا التبني يضيف روابط بنوة تحل محل البنوة الشرعية"⁽¹⁾. والنوع الثاني من التبني هو التبني البسيط، وهو بخلاف الأول، لا يكسر روابط الدم مع الأسرة "الأصلية". وفي هذا المعنى تنص المادة 364 من القانون المدني الفرنسي على أنه "يبقى المتبني في عائلته الأصلية ويحتفظ بجميع الحقوق، بما فيها حقوق الإرث". في هذه الحالة يحمل المتبني اسم المتبني (المادة 363 من القانون المدني الفرنسي)⁽²⁾.

إن الفرق بين التبني والكفالة تم أخذه بعين الاعتبار في الاتفاقية الدولية لنيويورك لسنة 1990 بشأن حقوق الطفل وينص البند الثالث من المادة 20 من الاتفاقية على أن "هذه الحماية البديلة يمكن أن تأخذ شكل الحضانة أو الكفالة المعروفة في الشريعة الإسلامية". وتقوم المادة 21 من نفس الاتفاقية بالتفريق بين البلدان التي تعترف بالتبني وغيرها وتنص على أنه "يتعين على الدول الأطراف التي تقر و/أو تجيز نظام التبني أن يكون اعتبارها الأول ضمان المصالح العليا للطفل...". في حالة النزاع بين الكفالة والتبني فإن أحكام البلد المتنازع فيها هي التي تطبق. وعالجت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 25 فبراير 2009 حالة تبني كانت مسبقة بكفالة تمت في الجزائر، قضت المحكمة بأنه "بما أن المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري يحظر التبني، ويجيز الكفالة، فإن طلب التبني مرفوض، لأن الكفالة معترف بها صراحة

1- BENABENT A «Droit de la famille , op cit, p. 418.

2- المرجع السابق. ص 423.

بموجب البند 3 من المادة 20 من اتفاقية نيويورك من 26 يناير 1990 الخاصة بحقوق الطفل وهي تضمن كالتبني الحفاظ على المصالح العليا للطفل⁽¹⁾.

ج. حالة الطفل اللقيط:

اللقيط هو الوليد الذي يوجد ملقى على الأرض لا يعرف أبواه⁽²⁾. وتعرف الشريعة الإسلامية الطفل اللقيط، بأنه طفل متخلى عنه من قبل والديه بسبب الفقر أو الزنا⁽³⁾. وتلزم الشريعة الإسلامية الشخص الذي وجد طفلاً بأن يتكفل به، ويمنحه الرعاية اللازمة وحمايته من أي شيء يمكن أن يضره. ويرى لبنان بيلفوند Bellefond أن "الطفل اللقيط هو أحوج إلى رعاية من يجده ويشبه ذلك الحضانة التي يمكن أن تقدمها له أمه"⁽⁴⁾.

وعلاوة على ذلك، تم استخدام كل الوسائل لمعرفة نسب الطفل اللقيط من بين هذه الوسائل استعمال القائف⁽⁵⁾.

يعتبر الطفل اللقيط في القانون الليبي مجهول الهوية، ولذلك يمكن أن يحصل هذا الطفل على نسب من خلال إقرار للأبوة من قبل من وجده، وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية التي تجيز إقرار الأب بطفل مجهول النسب دون الحاجة إلى إثبات ذلك بالبينة. ويقارن القانون الليبي هذه الحالة بحالة الطفل تحت الكفالة، حيث تنص المادة 60

1- LOUVEL B. Journal du droit des jeunes n°296, 2010. p.18.

2- عبدالسلام الشريف، المرجع السابق، ص 284.

3- CHARIF FELLER D. «La Hadana en droit musulman et dans les droits égyptien, syrien et tunisien», op. cit. p.172. .

4- LINANT DE BELLEFONDS Y. «Traité de droit musulman comparé», Tome III. op cit. p. 59.

5- من يعرف نسب الإنسان بفراسته ونظره إلى الأعضاء.

فقرة ب من القانون رقم 10 لسنة 1984 على أنه "إذا حكم بثبوت نسب الطفل المكفول نزع من كافلة وسلم لمن ادعاه". ويمكن للأُم التي تجد طفلاً أن ينسب إليها، شريطة أن تكون الأمومة مطابقة للواقع، وأن يقبل الزوج بذلك إن كانت متزوجة. وسوف ينجم عن الإقرار حقوفاً وواجبات مماثلة لتلك الناتجة عن البنوة الشرعية من ذلك حقوق التوارث وموانع الزواج. وتجدر الإشارة إلى أن اللجوء إلى الإقرار الطوعي بالطفل اللقيط أصبح منتشراً على نطاق واسع في بعض الدول العربية. ربما ذلك يعتبر التفافاً على تحريم التبني في الإسلام.

المطلب الثاني

الطعن في النسب

هناك بعض الحالات التي يمكن فيها الطعن بنسب الطفل، إما لعدم الامتثال للمتطلبات القانونية (أ)، أو عن طريق اللعان (ب).

أ. الطعن لعدم الامتثال للمتطلبات القانونية:

قد يطعن الأب في بنوة الطفل المولود في ظل ظروف معينة، ونذكر أن لديه دائماً الخيار للموافقة على البنوة عن طريق الإقرار. والحالات التي تسمح للأب الطعن في النسب هي:

- إذا ولد الطفل خارج فترة افتراض الحمل، وهي لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن سنة واحدة. (الفقرة أ من المادة 53 من القانون رقم 10 لسنة 1984).
- إذا كانت مدة الزواج أقل من الحد الأدنى للوقت المحتمل للحمل (الفقرة ب من المادة 53 من القانون رقم 10 لسنة 1984).
- عدم إمكان التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة. (المادة 53 من القانون رقم 10 لسنة 1984).

في القانون الفرنسي، ترك المشرع إمكانية الطعن في النسب المقر به، ولكن هذا الإجراء يكون تحت رقابة شديدة وليس باباً مفتوحاً للجميع وفي كل الأوقات⁽¹⁾. يسمح هذا الإجراء للطعن في النسب الذي أقر مع إجراء غير صالح مثل الإكراه أثناء الإقرار⁽²⁾. يمكن للمرء أيضاً الطعن في النسب لأنه يتناقض مع الواقع، وهذا يعني أن شخص ما ليس لديه علاقة نسب مع شخص آخر. وتتص المادة 332 من القانون المدني الفرنسي على أن "يجوز الطعن في الأمومة بإعطاء أدلة تثبت أن الأم لم تتجب الطفل". وفي هذا الباب تفتح السلطة التشريعية إمكانية الفحص البيولوجي لإثبات الحقيقة. والقاضي هو الذي يجب أن يقرر هذا النوع من القضايا، وإذا ثبت الطعن يتم فك النسب وبأثر رجعي. ويترك القانون إمكانية للطفل بالحفاظ على اسمه إن كان بالغاً (المادة 63-1 من القانون المدني الفرنسي)، وفيما يتعلق بالسلطة الأبوية، فالقاضي هو الذي يحدد كيفيةها في حالة الطفل القاصر.

ب. اللعان:

يمكن للزوج أن ينفي عنه نسب ولد من حمل زوجته عن طريق اللعان. وقد قام الفقهاء بتنظيم هذا النوع من الإجراء بصرامة، استناداً إلى النصوص القرآنية. واللعان الصادر عن الزوج يعني اتهام زوجته بالزنا. ونظراً لخطورة اللعان، فقد قام المشرع الإسلامي بتحديدته وبشروط صارمة وشكليات محددة⁽³⁾. ويتم اللعان من

1- BENABENT A « Droit de la famille », op cit. p. 382.

2- المرجع السابق. ص 381.

3- وعرف الفقه الإسلامي أن "يمكن قبول اللعان عندما ينكر الزوج النسب من ولد زوجته أثناء فترة الزواج".

طرف الأب أو من طرف شهود⁽¹⁾. و يجب أن يتم اللعان من طرف الأب أمام القاضي باحترام إجراءات تم الإجماع عليها من قبل فقهاء المسلمين.

ويجب كذلك أن تكون الشهادة من أربع شهداء عدول، خالية من كل الشكوك، ويجب كذلك أن تؤكد الشهادة الرؤية بالعين لمشهد الزنا.

يتم استخدام اللعان في الحالات التي يكون فيها من الضروري إزالة افتراض الأبوة. وللزوج المسلم، المحتلم والعاقل أن ينطق بصيغة اللعان. يمكن إنكار النسب من طرف الأب عن طريق اللعان و يجب القيام به في فترة حياته، ولا يمكن للأشخاص الآخرين أو للورثة أن يستعملوا اللعان لمنع الطفل من الإرث.

بالنسبة لتطبيق اللعان ينبغي للزوج أن يحلف أربع مرات بأن حمل زوجته ليس منه وإضافة القسم الخامس أن غضب الله عليه إذا كذب⁽²⁾. و يمكن للأبكم أن يستعمل علامات لا لبس فيها أو يعرض ادعاءه كتابة⁽³⁾.

ويقع اللعان ما إن يصدر تشكيك الزوج بزنا زوجته، لأنه بدونه يؤدي به للوقوع تحت الحد لأنه قذفها. وتدرأ المرأة بدورها عن نفسها الحد إذا قامت بنفس اليمين مؤكدة أن ما قاله زوجها هو كذب.

1- الموسوعة الفقهية قسم المالكية "يرى المالكية أن اللعان هو من الحقوق التابعة للشخص ولذلك فيجب أن يتقوه به المعني به حتي وإن كان قاصراً من دون تدخل وليه".

2- (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين. والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين).

3- يعرف الإمام الشافعي اللعان باستدعاء من القاضي إلى الزوج الذي يقول أربع مرات "أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا [...] و في الخامسة يقول "و لعنة الله علي إن كنت من الكاذبين".

لا تنتج آثار اللعان كاملة على الطعن في النسب إلا إذا كانت مدعومة من قبل أدلة ملموسة واقعة خلال المدة المناسبة. واختلفت الآراء عند المالكية، فالبعض منهم يقررون بأن اللعان إنما يقع عند المعرفة الواضحة لحمل المرأة. و صمت الزوج يؤدي به إلى العقاب وسيتم رفض يمينه⁽¹⁾.

يطعن في النسب باللعان إذا ولد الطفل في أقل من ستة أشهر بعد علاقات زوجية محسوسة. ولا تقبل هذه الأدلة إلا إذا شهد الزوج بأن زوجته قضت مدة الإستبراء وهي حيضة واحدة، وأنه منذ ذلك الوقت لم يكن هناك علاقات محسوسة (جسدية) بينهما⁽²⁾.

إذا شهد الزوج بزنا زوجته وولد طفل بعد أقل من ستة أشهر فالفقهاء المالكية فرضيتان: سيتم الطعن في نسب الطفل بعد مضي مدة الإستبراء وعدم استئناف علاقات محسوسة بين الزوجين، حينذاك سيكون الطفل ثمرة الزنا ويصح اللعان نافذ المفعول. ومع ذلك فشهادة الزنا ليست كافية للطعن في نسب الطفل بعد أكثر من ستة أشهر من علاقات زوجية محسوسة مشاركة وغياب فترة الإستبراء بعد الزنا. والفقهاء الذين اختاروا هذا الحل يؤسسون قولهم على حديث النبي صلى الله عليه وسلم⁽³⁾ الذي لا يستبعد أن الطفل هو من الزوج بسبب وجود العلاقة الزوجية وولادة الطفل أثناء المهلة المفترضة لذلك.

1- ابن حزم "التحفة"، إصدار الهدى، ص372.

2- رجاء الجبوري "الحماية القانونية للطفل" دراسة تحت إدارة الدكتور مدحت المحمود نائب رئيس محكمة الاستئناف في بغداد، 1991، ص.11.

3- "الولد للفراس وللعاقر الحجر".

والرأي السائد أنه في هذه الحالة لن يتم الطعن في نسب الطفل، نظراً للأهمية التي يتعلق بها شرعيته. ولعان الزوج سيؤدي فقط إلى عقوبة الزنا على المرأة⁽¹⁾.
 يمين اللعان الذي يؤدي وضوحاً ويثبت على النحو الواجب في ظل الشروط التي يتطلبها المشرع الإسلامي تسبب نفي نسب الطفل وطلاقاً لا رجعة فيه. ويؤكد المالكية على أن المرأة تصبح محرمة على زوجها.
 ويرى الحنفية أنه يمكن الرجوع عن اللعان باعتراف من الزوج عن التراجع مما يؤدي إلى شرعية الطفل واستئناف العلاقة الزوجية إذا عفت المرأة. لكن عفو الزوجة لن يمنع العقوبة التي سيتم تطبيقها على الزوج بسبب القذف.
 وبالنظر إلى الشروط التي يتعلق بها يمين اللعان، يتضح أن دليل الشهود الأربعة بعبارات واضحة وصریحة برؤية الفعل الجنسي يعد أمراً صعباً. وفي هذا الصدد أكد الوفد السعودي في مؤتمر الرياض حول "العقيدة الإسلامية وحقوق الإنسان" أنه منذ بداية الدعوة الإسلامية و خلال حياة النبي صلى الله عليه وسلم، لم يتم إثبات حالة واحدة من الزنا بالشهادة سالفة الذكر⁽²⁾.

وقد حافظ القانون الليبي على اللعان، حيث ينص الفقرة د من المادة 53 من القانون رقم 10 لسنة 1984 على أنه "... لا ينفي نسب المولود عن الزواج إلا باللعان".
 وعلى الرغم من صرامة المشرع الإسلامي فإن استخدام اللعان في عصرنا يشكل تهديداً حقيقياً للطفل؛ تهديد يستند في المقام الأول على الاعتبارات الدينية لأنه يستند في المقام الأول على الإيمان والخوف الحقيقي من لعنة الله من جانب الزوج. وهو أمر من الصعب أو من المستحيل إبرازه. مرة أخرى، فإن التقليد الفقهي يؤدي إلى

1- المرجع السابق. ص. 11.

2- مؤتمر الرياض حول "العقيدة الإسلامية وحقوق الإنسان". الرياض 1972.

مفارقة تاريخية واضحة مقارنة مع التقدم العلمي. وهذا الموقف المحافظ وبشكل كبير لا يساعد في تبليغ الرسالة القرآنية التي تشجع البحث والتقدم في جميع مجالات الحياة وذلك لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع الإسلامي.

وبالنظر إلى أهمية وضع النسب الشرعي للطفل في ليبيا، سيكون من المستحسن أن يتوجه المشرع إلى المزيد من الاجتهاد والانفتاح فيما يتعلق بالوسائل الحالية التي يمكن من خلالها إثبات الحقيقة البيولوجية للطفل. والمشرع الليبي قد اعترف بأهمية هذه التقنيات بما في ذلك حالات استخدام بصمة الحمض النووي DNA المتعلقة بالبنوة. ولكن لا يزال من الضروري الموافقة على هذه التقنيات من قبل فقهاء المسلمين، أو على الأقل توضيح الإطار الذي يمكننا فيه استخدامها. في هذا الصدد أعطى المجمع الفقهي رأيه في جلسته التي جرت بين 1-5 يناير 2002 بخصوص استخدام بصمة الحمض النووي⁽¹⁾ في إثبات أو نفي النسب، و في هذا الاجتماع أبرز المجمع الفقهي ان استعمال هذه التقنيات يجب أن يرافقه الحذر الكبير. ويجب أن تخضع هذه التقنيات للنصوص الشرعية. ومن أجل تلخيص كلام هذا الاجتماع : أولاً: يمنع استخدام DNA لنفي البنوة، وبدله يجب استخدام اللعان، ولا تستخدم هذه التقنية في الطعن في النسب المعترف به أصلاً، ويجب معاقبة الأشخاص الذين يفعلون ذلك لحماية الأنساب. ثانياً: يمكن استخدام الحمض النووي لإثبات النسب في حالات محددة، مثل: الأطفال مجهولي النسب، في حالة خلط الرضع في المستشفى، وفي حالة الأطفال المفقودين أثناء الكوارث الطبيعية مثل الزلازل، أو أثناء الحروب. وتدعو جميع الدول أيضاً أن يصدر هذا الإجراء بقرار

1- مجمع الفقه الإسلامي في المدينة المنورة في السعودية من 1 إلى 5 يناير 2002 حول موضوع استعمال بصمة الحمض النووي في التحقيقات الجنائية ومسائل النسب.

من القاضي، وتأسس لجنة مكونة من عدد من الخبراء المختصين بشأن مسألة بصمة الحمض النووي.

فمن الواضح أن التقنية هي خاضعة للنصوص الشرعية للشريعة الإسلامية. وفي نفس الوقت فاستخدامها للأطفال مجهولي النسب يمكن أن تكون فعالة جدا ومفيدة. ولم تنظم الدولة الليبية بعد هذا الإجراء بالقانون. و يبدو لنا أنه من الأولويات التي يجب الاهتمام بها في مجال حماية الطفل.

الخاتمة

يبدأ حق الطفل بالانتساب لأن أغلب الحقوق رهينة به. وكما رأينا فإن أصل العلاقة التي أثمرت عن الطفل هي التي تحدد طبيعة نسبه. و عموماً فقد حرص المشرع الليبي على توفير أكبر قدر ممكن من الضمان لتوفير هذا الحق للطفل بما يتوافق مع الشريعة الإسلامية. من جهة أخرى فلا يجب أن يبعد عن أذهاننا أن المجتمع الليبي مازال من المجتمعات المحافظة التي ما زالت تتبع تعاليم الشريعة لأن المجتمع الليبي لم يفتح طويلاً على النموذج الغربي كما هو الحال لدول مسلمة أخرى. و لكن لاستباق المشاكل التي يمكن أن تقع في المستقبل يجب غرلة النصوص الحالية على ضوء تطور المجتمع. إذ يجب خلق نصوص جديدة تكون أكثر وضوحاً وسهولة القراءة والابتعاد عن النصوص العامة والتي تشبه أكثر الشعارات الجوفاء. قد يتبادر إلى ذهن البعض أن القيام بدراسة قانونية مقارنة تعني تقليد الآخر وهذا خطأ عظيم لأنه يجب علينا أن نتمسك بما يشكل هويتنا و طبيعتنا التي تختلف حتماً في جزئياتها عن غيرنا ولعل الثبات على ذلك لا يمكنه إلا أن يقابل بالاحترام و التقدير والدليل على ذلك موقف الدول المسلمة من التبني في اتفاقية نيويورك وإصرارهم على تقييد التبني في الاتفاقية، حيث تم الاستجابة لمطلبهم والتبني "الإسلامي" معترف به دولياً وهي "الكفالة". ومن المسائل التي يمكن تحسينها أيضاً الانفتاح أكثر على الوسائل العلمية الحديثة لإثبات النسب. حيث يفتقر القانون الليبي على مواد محدده ومفصلة لذلك. وهذا لا يمكن أن يتم إلا من خلال تكوين لجنة من حقوقيين وأطباء وأخصائيين من علم الوراثة لبتوتقة ذلك في إطار سليم. وعلى كل الأحوال فروح القانون الفرنسي والليبي وإن كان قاسمهما المشترك ضمان حقوق الطفل في أحسن الصور إلا أنها متباعدان في النظرة الأيديولوجية للمستقبل الذي يتصورانه لهذا الكائن الضعيف. وذلك لأن البيئة الليبية والفرنسية على

النقيض فيما يخص تصور العلاقات الزوجية بشكل عام وعلاقة الرجل بالمرأة بشكل خاص. وهكذا نكون قد وضعنا الأصبع على عين المشكل. إن أي اختلاف لحقوق الطفل بين القانونين الليبي والفرنسي سيجد أحد جذوره نابعة من هذا المشكل. فتصور النصوص القانونية لا يمكن أن يكون بمعزل عن البيئة التي يطبق فيها أو التي يستمد منها. فإذا فهمنا ذلك سنفهم التناقضات التي تحصل حينما نستورد نصوصاً قانونية من الخارج ولا نعمل عقولنا لإيجاد حلول داخلية يمكنها أن تجنبنا هذه التناقضات.

المراجع

أولاً: المراجع العربية:

- 1- ابن حزم "التحفة"، إصدار الهدى.
 - 2- رجاء الجبوري "الحماية القانونية للطفل" دراسة تحت إدارة الدكتور مدحت المحمود نائب رئيس محكمة الإستئناف في بغداد، 1991.
 - 3- عبدالكريم زيدان، "المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية" الجزء 9، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1993، ص 434.
 - 4- عبدالسلام الشريف، "الزواج والطلاق في القانون الليبي"، ط1، جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا، 1990.
 - 5- عبدالعزيز عامر، "الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء"، ط2- القاهرة، دار الفكر العربي، 1976.
 - 6- عبدالمطلب عبدالرازق حمدان، "الحقوق المتعلقة بالطفل في التشريع الإسلامي"، الإصدار الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.
 - 7- عبدالهادى العوضي، "الحماية القانونية لحقوق الطفل المدنية" منشورات دار النهضة، القاهرة، مصر، 2008.
 - 8- علال الفاسي، "النقد الذاتي" دار الكشاف، بيروت، 1952.
 - 9- محمد أبو زهرة "الأحوال الشخصية". دار الفقه العربية. القاهرة. 1957.
 - 10- محمد الصالح، "الطفل في الشريعة الإسلامية-نشأته-حياته-حقوقه التي كفلها الإسلام" مطابع الفرزدق التجارية. سنة 1403هـ.
- مؤتمرات ومجلات:

- 1- مؤتمر الرياض حول "العقيدة الإسلامية وحقوق الإنسان". الرياض 1972.

- 2- مجمع الفقه الإسلامي في المدينة المنورة في السعودية من 1 إلى 5 يناير 2002 حول موضوع استعمال بصمة الحمض النووي في التحقيقات الجنائية ومسائل النسب.
- 3- مازن إسماعيل هنية، إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية DNA ، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، العدد1، سنة 2005 .

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- 1- BARRETEAU-RAYMOND C. «Droit de l'enfant et de l'adolescence», éd Litec, Paris, 1996.
- 2- BENABENT A. «Droit de la famille», 2^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2012.
- 3- BOUHDIBA A. «La sexualité en islam». Ed, P.U.F. Paris. 1979
- 4- BRUSORIO-AILLAUD M. «Droit des personnes et de la famille », éd. larcier, Bruxelles, 2012.
- 5- BONFILS PH. & GOUTTENOIRE A. « Droit des mineurs », Droit privé, 1^{re} éd. Dalloz. Pairs. 2008.
- 6- CHARIF FELLER D. « La Hadana en droit musulman et dans les droits égyptien, syrien et tunisien », Librairie Droz, Genève, 1966.
- 7- CHARFI M. « Le droit tunisien de la famille entre l'islam et la modernité », Revue tunisienne du droit.1973.
- 8- DEBOVE F. SALOMON R. JANVILLE T. « Droit de la famille », Librairie Vuibert, Paris, 2004.
- 9- LINANT BELLEFONDA Y. « Traité de droit musulman ».Tome II, Mouton, Paris 1965.
- 10- LINANT DE BELLEFONDS Y. « Traité de droit musulman classique ». Tome II, Mouton, Paris. 1965.
- 11- LOUVEL B. Journal du droit des jeunes n°296, 2010.

- 12- MILLIOT L. & PAUL BLANC F. Introduction à l'étude du droit musulman. 2^{éd.} Daloz-Sirey, Paris, 1987.
- 13- MORAND M. « Étude du droit musulman algérien Alger, 1858.
- 14- MULLER M., sous la direction de MASCLET, Jean-Claude. Droit civil. Paris/Vanves : Foucher, 2011.
- 15- NAAMANE GUESSOUS S. "Au- delà de toute pudeur". Ed-Eddif, 8^{ème} édition, Maroc, 1922.
- 16- PERRON « Femmes arabes avant et depuis l'islamisme », Librairie nouvelle, Paris 1858.
- 17- PESLE O. « Le mariage chez les Malékites de l'Afrique du Nord », éd. F. Moncho, Rabat. 1936.
- 18- SADEK H, & EL HADAD H. « Statut personnel des musulmans », Bruxelles 1922.

منهجية إعداد الاستشارة القانونية بين النظرية والتطبيق

أ. محمد عبدالله عبدالعالي*

مقدمة:

تكتسي الاستشارة القانونية أهمية بالغة على الصعيد العملي، فوظيفة الباحث أو المستشار القانوني لا تخلو منها أية جهة من جهات العمل والهيئات والمؤسسات بمختلف مسمياتها وطبيعتها القانونية سواء كانت (جهات إدارية عامة-وزارات-مصالح عامة- أجهزة عامة-مؤسسات عامة-هيئات عامة... إلخ) أو شركات قطاع عام أو شركات خاصة، أو منظمات المجتمع المدني، وغير ذلك من الهيئات والجهات التي لها كيان ووجود قانوني معين.

ولا تقتصر أهمية وظيفة الباحث أو المستشار القانوني على وجودها في الجهات والهيئات والمؤسسات المختلفة، بل إن أهميتها تكمن أيضاً في أهمية الاستشارة القانونية نفسها.

فالاستشارة القانونية يفترض أنها تمثل الرأي أو الحل القانوني للمسألة أو الموضوع أو الإشكالية المطروحة على الباحث أو المستشار القانوني. وجميع الجهات بتعدد تسمياتها واختلاف طبيعتها، ملزمة بإتباع نصوص القانون في أعمالها وتصرفاتها وقراراتها حتى لا تتعرض للإلغاء أو الإبطال. وتلعب الاستشارة القانونية الدور المهم في هذا الجانب حيث تقوم الجهة المعنية بعرض الإشكاليات والمسائل المتعلقة بنشاطها على الباحث أو المستشار القانوني،

*- محاضر بكلية القانون - جامعة مصراتة.

ليعطيهما الرأي القانوني المناسب، وبذلك تضمن عدم مخالفة القواعد القانونية في أعمالها وتصرفاتها وقراراتها.

ومن ثم تكتسب الاستشارات القانونية أهمية بالغة، ويؤدي القيام بها بنجاح وحرفية إلى تجنب الجهة الإدارية أو الشركة أو الهيئة أو المؤسسة مخاطر الإلغاء أو الإبطال الذي سيطبق على أعمالها وتصرفاتها وقراراتها غير المشروعة من قبل القضاء، وما يجره ذلك عليها من أعباء والتزامات تتعلق بالتعويضات وغيرها بالإضافة إلى تعطيل وعرقله نشاطها.

والاستشارة القانونية في حقيقتها عمل ذهني فكري، يقوم به الباحث أو المستشار القانوني، ليعطي الرأي القانوني بخصوص الوقائع أو المسائل المعروضة عليه، فهي بحث قانوني يخضع لمنهجية البحث العلمي وليست مثل المراسلة الإدارية العادية. وبالنظر إلى أهمية الاستشارة القانونية على الصعيد العملي وعدم وضوح منهجية إعدادها بالنسبة للكثيرين، فقد رأينا تسليط الضوء على منهجية إعدادها، محاولة منا في تطوير الاستشارة القانونية في ليبيا والرقي بمستواها العلمي بالشكل الذي يليق بالمكانة الهامة للاستشارة القانونية على المستوى العملي⁽¹⁾.

1- عادة لا تتناول كتب طرق البحث القانوني منهجية البحث في الاستشارة القانونية بشكل منفصل، بل تتناول طرق إعداد البحث القانون بصورة عامة، وفي المقابل نجد بعض الكتاب مثل الدكتور علي ضوى، يخصص جزءاً من مؤلفه لتناول منهجية إعداد البحوث القانونية الصغرى ومن ضمنها منهجية إعداد الاستشارة القانونية، علي ضوى، منهجية البحث القانوني، مجمع الجامعات - طرابلس، 1989، ص 231-237. ويقصد بالمنهجية الطريقة التي يجب أن يسلكها الباحث في بحثه من البداية إلى النهاية، والغرض من المنهجية تعليم الباحث البحث العلمي وتنمية الروح العلمية فيه، وتسهيل مهمته في البحث. وموضوع المنهجية معايير البحث والباحث وعملية التجميع وكيفية كتابة البحث- فهي عبارة عن مجموعة من المعايير والتقنيات والوسائل التي يجب إتباعها قبل الشروع في البحث وفي أثناءه، وتتصف بأنها معيارية، لأنها تقدم للباحث مجموعة الوسائل والتقنيات الواجب إتباعها. إيميل يعقوب،

وتم تناول موضوع - منهجية إعداد الاستشارة القانونية وفقاً لخطة البحث الآتية⁽¹⁾:
 أولاً: التعريف بوظيفة الاستشارات القانونية.

ثانياً: الوحدات والتقسيمات التنظيمية التي تتولى القيام بوظيفة الاستشارات القانونية.
 ثالثاً: مسميات وظائف الاستشارات القانونية وترتيبها.

رابعاً: الاختصاصات المسندة لمكاتب وإدارات الشؤون القانونية في الجهات المختلفة.
 خامساً: متطلبات ومقومات المكتب أو الإدارة القانونية.

سادساً: المقومات الشخصية للباحث أو المستشار القانوني.
 سابعاً: أنواع الاستشارات القانونية.

ثامناً: مضمون الاستشارة القانونية.

تاسعاً: خطوات إعداد الاستشارة القانونية.

عاشراً: كتابة الاستشارة القانونية وفقاً لخطة معينة.

حادي عشر: ملاحظات عامة حول كتابة وتحرير الاستشارة القانونية .

أولاً: التعريف بوظيفة الاستشارة القانونية:

تعتبر الإدارات والأقسام القانونية في الجهات الإدارية العامة أو في الشركات وغيرها من المنظمات من ضمن الوحدات أو التقسيمات ذات الطبيعة الاستشارية.

فكما هو معروف في علم الإدارة والتنظيم، أن الوحدات أو التقسيمات التنظيمية داخل الجهات الإدارية العامة أو في الشركات والمؤسسات والهيئات وفي المنظمات

كيف تكتب بحثاً أو منهجية البحث، طرابلس لبنان، ط/1986، ص 9-10. عبد الحميد محمد عامر،
 مناهج البحث العلمي، جامعة مصراتة ط/1، 2015، ص 14-15.

1- في العادة تتبع الخطة الثنائية في البحوث القانونية ولكن لا يوجد ما يمنع من إتباع خطة الفقرات المتوالية وذلك حسب موضوع البحث، وقد رأينا إتباع الخطة الأخيرة لأنها حسب اعتقادنا أنسب لتناول موضوع - منهجية إعداد الاستشارة القانونية.

عموماً، تتنوع إلى أنواع وذلك تبعاً لنوع الخدمة التي تقوم بها أو النشاط الذي تباشره والاختصاصات المسندة إليها، فهناك -الوحدات أو التقسيمات التنظيمية التنفيذية- والوحدات أو التقسيمات التنظيمية المساعدة والوحدات أو التقسيمات التنظيمية الاستشارية⁽¹⁾.

فالوحدات أو التقسيمات التنظيمية التنفيذية، هي التي تتولى ممارسة النشاط والقيام بالمهام الأصلية الملقاة على عاتق الجهة أو المنظمة مباشرة، والتي أنشئت الجهة أو المنظمة من أجلها فمثلاً تعتبر الأقسام العلمية المختلفة في الجامعة وحدات أو تقسيمات تنظيمية تنفيذية، لأنها تقوم بالمهمة الأصلية التي أنشئت الجامعة من أجلها وهي التعليم وإعداد البرامج والأبحاث العلمية كل حسب تخصصه.

أما الوحدات أو التقسيمات التنظيمية المساعد، فهي تقوم بأعمال أو خدمات لا تتصل اتصالاً مباشراً بالنشاط الرئيسي للجهة أو المنظمة ولكنها تقوم بأعمال تساعد الوحدات التنظيمية التنفيذية في أداء وظيفتها ونشاطها، فهي تقوم بأعمال معاونية أو مساعدة مثالها: الأعمال الإدارية-المشتريات-المخازن-العلاقات العامة، وتتولى الوحدات أو التقسيمات الاستشارية تزويد الجهة أو المنظمة بما تحتاج إليه من آراء فنية أو استشارات.

1- البعض لا يأخذ بالتقسيم الثلاثي، ويرى أن الوحدات أو التقسيمات الاستشارية هي نوع من أنواع الوحدات المساعدة، وبذلك يوجد نوعين فقط من الوحدات أو التقسيمات التنظيمية وهما:

1- الوحدات التنفيذية أو الأصلية.

2- الوحدات المساعدة أو (المعاونية) وتنقسم إلى وحدات مساعدة عاملة ووحدات مساعدة استشارية.

إبراهيم عبدالعزيز شيحا، أصول الإدارة العامة، دار المطبوعات الجامعية-الإسكندرية،

1993، ص 213-215.

وقد زادت أهمية الوحدات التنظيمية الاستشارية في الوقت الحاضر نتيجة تعقد المشكلات القانونية والإدارية وطابعها الفني المعقد ما يستعدي وجود وحدات تنظيمية استشارية داخل الجهات الإدارية العامة والشركات وغيرها من المنظمات، لتتولى دراسة ما يحال إليها من مسائل وتقديم الرأي والمشورة بشأنها، فهي تقوم بعمل له طابع فني ذهني خالص، يتسم بالتفكير المتصل والأبحاث والدراسات في مسائل تبعد عن الأعمال اليومية وتتصل بقضايا عامة على مستوى المنظمة ككل⁽¹⁾.

وتعتبر الوظائف القانونية من ضمن الوظائف الاستشارية داخل الجهات الإدارية العامة والشركات وجميع المنظمات الأخرى، فهي تنتمي إلى فئة الوظائف الاستشارية. ويمكن تعريف الاستشارة القانونية بأنها: الرأي القانوني الذي يقدمه الباحث أو المستشار القانوني حول مسألة أو إشكالية قانونية معينة⁽²⁾.

1- ماجد راغب الحلو، أصول علم الإدارة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية-2006، ص 297-299 . إبراهيم عبدالعزيز شيحا، أصول الإدارة العامة، المرجع السابق، ص 222-223.

2- على ضوى، منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص231، وعمل المستشار أو الباحث القانوني يشبه عمل المفتي في الفقه الإسلامي: فالإفتاء هو إخبار عن حكم الشارع في أمر من الأمور، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مطبعة السنة المحمدية - القاهرة - 1958، ج/11، ص 186 . وكلمة فتوى في اللغة العربية تعني: الجواب عما يشكل من الأمور، يقال أفتى الفقيه في المسألة إذا بين حكمها، مناع القطان، النظام القضائي في العهد النبوي وعهد الخلافة الراشدة، مكتبة وهبة - القاهرة، ط/1، 1993، ص 11 . إبراهيم نجيب محمد عوض، القضاء في الإسلام، المطابع الأميرية - القاهرة، 1975، ص 10 . ويستعمل مصطلح الفتوى أيضا في المجال القانوني فقد كانت شعبة الفتوى من ضمن مكونات المحكمة العليا لليبية، والتي تتولى إيداء الرأي القانوني في المسائل التي ترد من الحكومة أو مجلس الشيوخ والنواب المواد (43 - 47) من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا، الصادر بالمرسوم المؤرخ في: 10-01-1954، الجريدة الرسمية للمملكة الليبية المتحدة، العدد رقم (01) 20-يناير- 1954، ويعتبر قسم الفتوى من ضمن مكونات مجلس الدولة المصري.

وإذا كان العمل الاستشاري في الأساس غير ملزم للجهة التي يتبعها المستشار أو الباحث، فلها أن تأخذ برأيه أو أن تتركه⁽¹⁾.

إلا أنه يلاحظ بالنسبة للاستشارات القانونية أن لها أهمية خاصة في النطاق العملي باعتبار أنها من المفترض أن تمثل الرأي أو الحل القانوني للموضوع أو المسألة أو الإشكالية المطروحة، ومن المعروف أن الجهات والمنظمات ملزمة عند ممارسة نشاطها والقيام بأعمالها وتصرفاتها وقراراتها بإتباع نصوص القانون، وتجد نفسها مخالفه لمبدأ المشروعية في حالة وجود تطبيقات مخالفة لأحكام القانون، ومن ثم فإن الاستشارة القانونية لها أهميه تختلف عن غيرها من أنواع الاستشارات الأخرى⁽²⁾.

ثانياً: الوحدات والتقسيمات التنظيمية التي تتولى القيام بوظيفة الاستشارات القانونية:

تتجه كثيراً من الدول إلى إنشاء وحدات استشارية مركزية على مستوى الدولة في العديد من التخصصات ومن ضمنها الاستشارات القانونية.

سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي - القاهرة 1996، ص116-117.

1- إبراهيم عبدالعزيز شيجا، أصول الإدارة العامة، نفس المرجع، ص223. وتذهب بعض آراء الفقه الإسلامي إلى القول بأن الفتوى غير ملزمة للمستفتي، فيجوز له أن يعمل بها أو لا يعمل بها، إسماعيل إبراهيم البدوي، نظام القضاء في الإسلام، دار النشر غير مذكورة، سنة النشر 2000م، ص117. مناع القطان، النظام القضائي في العهد النبوي وعهد الخلافة الراشدة، نفس المرجع، ص13. وانظر عرضاً للآراء المتعلقة بحكم فتوى المفتي في: إبراهيم نجيب محمد عوض، القضاء في الإسلام، المرجع السابق، ص22.

2- وقد يجعل المشروع أخذ الرأي القانوني إجبارياً، كما هو الحال في نص المادة (58) فقرة (03) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972، والتي أوجبت علي الوزارات والهيئات والمصالح العامة، أن تأخذ رأي قسم الفتوى بمجلس الدولة، قبل أن تيرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين، في أي معاملة تزيد قيمتها على (5000 جنيه مصري). محمود أبو السعود حبيب، دراسات في الإدارة العامة 1988، دار النشر غير مذكورة، ص87.

ومن أهم مزايا المركزية في المجال الاستشاري وبالتحديد في مجال الاستشارات القانونية، أنه يؤدي إلى الاستفادة من مزايا التخصص في أعلى درجاته، كما أنه يؤدي إلى وحدة في الفكر والرأي وخاصة بالنسبة للمسائل التي تهم الجهاز الإداري للدولة بأكمله⁽¹⁾ كما أن الاستشارة القانونية الصادرة من جهة استشارية مركزية في الدولة يكون لها تأثير أكبر لدى الجهة المستشارة⁽²⁾.

وتعتبر الإدارات والمكاتب والأقسام القانونية بالوزارات والهيئات والمؤسسات والمصالح العامة والشركات العامة والخاصة وغيرها؛ وحدات تنظيمية استشارية في المجال القانوني⁽³⁾.

وتتبع التقسيمات التنظيمية التي تتولى مهمة الاستشارات القانونية الإدارة العليا في الجهة الإدارية العامة أو الشركة.

وفي بعض الجهات وخاصة ذات الحجم الصغير لا يوجد تقسيم تنظيمي "إدارة-مكتب-قسم" يتولى مهمة تقديم الاستشارات القانونية، وتدرج الوظائف القانونية في الملاك الوظيفي لإدارة الشؤون الإدارية أو في مكتب المدير العام أو المفوض.

1- ماجد راغب الحلو، أصول علم الإدارة العامة، المرجع السابق، ص 300-301.
2- ومن الأمثلة البارزة للوحدات التنظيمية الاستشارية المركزية في المجال القانوني، شعبي الفتوى والتشريع التي كانت من ضمن مكونات المحكمة العليا الليبية، وفقا لقانونها السابق لسنة 1953، ولائحتها الداخلية لسنة 1954.

وإدارة القانون الموجودة حاليا والتي تعتبر من ضمن الهيئات القضائية وفقا لنص المادة (01) من قانون نضام القضاء رقم (06) لسنة 2006.

والتقسيم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري. إبراهيم عبدالعزيز شيحا، أصول الإدارة العامة، المرجع السابق، ص 224-225.

3- إبراهيم عبدالعزيز شيحا، أصول الإدارة العامة، نفس المرجع، ص 225. ماجد راغب الحلو، أصول علم الإدارة العامة، نفس المرجع، ص 229. هامش (01).

وقد تتولى القيام بوظيفة الاستشارات القانونية شركات ومكاتب متخصصة وهي من ضمن اختصاصات المحامين⁽¹⁾.

ثالثاً: مسميات وظائف الاستشارات القانونية وترتيبها:

يقتضي التنظيم الإداري وإعداد الملاك الوظيفية، أن يكون لكل وظيفة من الوظائف التي يتضمنها الملاك الوظيفي "اسم" يميزها عن غيرها، كما يكون للوظيفة ترتيب معين حسب سلم الدرجات الوظيفية بملاك الجهة ووصف لهذه الوظيفة⁽²⁾. وبطبيعة الحال فإن الجهات تختلف ملاكاتها الوظيفية، وذلك حسب إمكانياتها وحجم العمل بها، ولكن هناك نمط سائد لكل مجموعة وظيفية وخاصة المجموعات الوظيفية التخصصية مثل: وظائف الاستشارات القانونية، وسوف نشير إلى مسميات وظائف الاستشارات القانونية وترتيبها وفقاً لما هو معمول به في إدارة القانون⁽³⁾.

1- نصت المادة (02) من القانون (03) لسنة 2014، بشأن المحاماة على (المحامي ينوب ويدافع عن الأشخاص الطبيعية والاعتبارية لدى جميع المحاكم والنيابات والهيئات القضائية والإدارية والتأديبية، كما يقدم الاستشارات القانونية).

2- إبراهيم عبدالعزيز شيحا، أصول الإدارة العامة، المرجع السابق، ص 200-201.

3- تم اختيار وظائف إدارة القانون باعتبارها جهة استشارية قانونية مركزية، ووظائفها حسبما هو مذكور في الجدول معتمدة بالقانون رقم (06) لسنة 2006، بشأن نظام القضاء باعتبارها من ضمن الهيئات القضائية.

جدول يوضح مسمى وترتيب الوظائف القانونية بإدارة القانون
وما يقابلها من وظائف رجال القضاء والنيابة

| ر.م | مسمى وترتيب لوظيفة | ما يقابلها من وظائف رجال القضاء والنيابة |
|-----|--------------------|---|
| 1 | رئيس إدارة | رئيس محكمة استئناف - محام عام فئة (أ) |
| 2 | وكيل إدارة | وكيل محكمة استئناف - محام عام فئة (ب) |
| 3 | مستشار | مستشار بمحكمة الاستئناف - رئيس نيابة |
| 4 | مستشار مساعد (أ) | رئيس محكمة ابتدائية - نائب نيابة من الدرجة الأولى |
| 5 | مستشار مساعد (ب) | وكيل محكمة ابتدائية - نائب نيابة من الدرجة الثانية |
| 6 | باحث قانوني أول | قاضي من الدرجة الأولى - وكيل نيابة من الدرجة الأولى |
| 7 | باحث قانوني ثاني | قاضي من الدرجة الثانية - وكيل نيابة من الدرجة الثانية |
| 8 | باحث قانوني ثالث | قاضي من الدرجة الثالثة - وكيل نيابة من الدرجة الثالثة |
| 9 | باحث قانوني رابع | مساعد نيابة عامة |
| 10 | باحث قانوني مساعد | معاون نيابة عامة (1) |

رابعاً: الاختصاصات المسندة لمكاتب وإدارات الشؤون القانونية في الجهات المختلفة:

من خلال الاطلاع على القوانين والقرارات المنظمة لبعض الجهات فإن إدارات

ومكاتب الشؤون القانونية يسند إليها الاختصاصات الآتية:

1- الجدول المرفق بالقانون رقم (06) لسنة 2006، بشأن نظام القضاء، ويلاحظ أنه إذا كانت الجهة الاستشارية من ضمن مكونات إحدى المحاكم التابعة للجهاز القضائي كما هو الحال في السابق عندما كانت شعبي الفتوى والتشريع من ضمن مكونات المحكمة العليا الليبية، فإن من يعمل بهاتين الشعتين هم من يشغلون وظيفة مستشار بالمحكمة العليا، لذلك لا يخضعون لترتيب الوظائف القانونية ومسمياتها، وفقاً لما هو موجود في الجهات الأخرى، بل هم من مستشاري المحكمة العليا، المادة (45) من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا لسنة 1954.

- 1- إعداد ومراجعة مشروعات القوانين واللوائح المتعلقة بالجهة، وتحضير وصياغة القرارات التي تصدر من رئاسة الجهة وخاصة تلك القرارات التي يكون لها أهمية خاصة.
- 2- إبداء الرأي القانوني في الموضوعات والمسائل التي تحال إليها لإبداء الرأي بشأنها.
- 3- صياغة العقود والاتفاقيات التي تبرمها الجهة مع الغير.
- 4- تقديم النصح والمشورة القانونية لرئاسة الجهة بخصوص القضايا والمنازعات القانونية.
- 5- الاتصال بإدارة القانون وإدارة القضايا بخصوص الأمور ذات الصبغة القانونية أو القضائية.
- 6- عضوية اللجان والمجالس التي تقتضي اللوائح والنظم وجود عضو قانوني بها مثل: لجان التعاقد - لجان التحقيق - مجالس التأديب - لجان الجرد.
- 7- المسائل الأخرى التي يعهد بها إلى إدارة الشؤون القانونية⁽¹⁾ ويكلف بعض أعضاء الإدارات أو المكاتب القانونية بالجهات الإدارية العامة وشركات القطاع العام بالترافع أمام المحاكم وذلك بتفويض من إدارة القضايا.

1- المادة (02) من القانون رقم (06) لسنة 1992 بإنشاء إدارة القانون، والمادة (13) من قرار مجلس الوزراء رقم (07) لسنة 2012 باعتماد الهيكل التنظيمي وتنظيم الجهاز الإداري لديوان مجلس الوزراء. وانظر ماجد راغب الحلو-أصول علم الإدارة العامة-المرجع السابق، ص299 هامش (01). ويلاحظ أن ما ذكرناه في المتن بخصوص اختصاصات إدارات ومكاتب الشؤون القانونية يمثل إطاراً عاماً لهذه الاختصاصات، وقد تختلف التفاصيل المتعلقة به من جهة إلى أخرى حسب النظام الداخلي لكل جهة وحسب الطبيعة القانونية للجهة، فمثلاً: الشركات الخاصة لا يستطيع المكتب القانوني بها مراجعة إدارة القضايا لأنها لا تتوب عن الشركات الخاصة ولكنه يراجع وينسق مع مكاتب المحاماة الخاصة التي تتولي الدفاع عن الشركة والنيابة عنها أمام المحاكم.

خامساً: متطلبات ومقومات المكتب أو الإدارة القانونية:

لأداء أي عمل والقيام بأي نشاط لابد من توفر متطلبات وإمكانيات معينة تساهم وتساعد في أدائه، فالمتطلبات المادية والمتمثلة في التجهيزات ووسائل العمل، لازمه لأداء نشاط أي وحدة أو تقسيم تنظيمي بما في ذلك الإدارات والمكاتب القانونية⁽¹⁾ ولكي نكون أمام مكتب أو إدارة شؤون قانونية يمكنها أداء عملها بشكل مناسب ينبغي توفر المتطلبات والمقومات الآتية:

- 1- توفير مقر مناسب لإدارة أو قسم الشؤون القانونية يضم مجموعة من المكاتب حسب عدد الأعضاء العاملين بالمكتب أو الإدارة، ليتمكن أعضاء المكتب أو الإدارة من الاطلاع والبحث والدراسة.
- 2- توفير مكتبة قانونية تحتوي على الحد الأدنى من المراجع القانونية وبالأخص موسوعة التشريعات والجريدة الرسمية، ومجلة المحكمة العليا، ويمكن الاستفادة من الوسائل الالكترونية في هذا المجال⁽²⁾.
- 3- وجود طاقم وظيفي مساعد -كتبة وطباعين- للقيام بالإعمال الكتابية - التسجيل والحفظ واستلام المرسلات وتسليمها - والقيام بأعمال الطباعة والنسخ.

1- يشير خبراء التنظيم إلى أن من ضمن المكونات الملموسة لأية منظمة ما يطلق عليه مكان العمل وما ينطوي عليه من الوسائل المادية والبيئة اللازمة لتحقيق العمل بواسطة الأشخاص. ويحتوي علي أشياء مثل موقع العمل - المواد - الآلات والأجهزة - المكاتب - الاستثمارات والنماذج، وتعتبر هذه العوامل المادية ضرورية لتنفيذ الأنشطة المطلوبة، جميل أحمد توفيق، إدارة الأعمال، دار الجامعات المصرية - الاسكندرية، 1990، ص 188-189.

2- المكتبة القانونية وما تحتويه من مراجع، سواء كانت عامة أو متخصصة وكذلك المعاجم والقواميس اللغوية والقانونية، والموسوعات التشريعية، وأحكام المحاكم وخاصة المحكمة العليا والمجلات القانونية، هي أداة البحث في المجال القانوني. علي ضوء منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص 125-200.

وأعمال الطباعة مهمة جداً، لأنها تساعد في إنجاز العمل بالسرعة والدقة المطلوبة، وينبغي أن يكون من ضمن الطاقم الوظيفي المساعد موظف متخصص في اللغة العربية.

4- في الجهات التي تتعامل مع شركات ومؤسسات أجنبية ينبغي أن يكون بالمكتب أو الإدارة القانونية مترجم متخصص في اللغة الإنجليزية.

5- وجود العدد الكافي من الباحثين والمستشارين القانونيين وفقاً لمتطلبات العمل في الجهة.

سادساً: المقومات الشخصية للباحث أو المستشار القانوني:

تلعب المقومات الشخصية للباحث أو المستشار القانوني دوراً مهماً في أدائه لوظيفته ونجاحه فيها⁽¹⁾ ومن أهم ما يجب أن يتصف به الباحث أو المستشار القانوني:

1- أن تكون له موهبة البحث والملكة القانونية التي تجعله قادراً على فهم الوقائع والنصوص، والآراء الفقهية وآراء شرّاح القانون، فالتكوين المهني القانوني مهم جداً بالنسبة للباحث أو المستشار القانوني.

2- يجب أن يجتهد ويجتهد في دراسة الموضوعات المحالة إليه.

3- يجب أن يتحلّى بالأخلاق الفاضلة والسيرة الحسنة.

4- يجب أن يتمتع بالحياد والنزاهة والمهنية والابتعاد عن التحيز.

1- يلعب الاستعداد الذاتي والمقومات الشخصية للباحث وقدرته على البحث دوراً كبيراً في نجاح أي بحث علمي. عبد القادر الشخلي، إعداد البحث القانوني، دار مجدلاوي-عمان، ص 10-11. أحمد شليبي، كيف تكتب بحثاً أو رسالة، مكتبة النهضة المصرية-القاهرة، ط/11، 1979، ص 18-21.

(ولما كان التبليغ والإخبار عن الله - سبحانه وتعالى- يعتمد على العلم بما يبلغ والصدق فيه، لم تصلح مرتبة التبليغ بالفتية إلا لمن اتصف بالعلم والصدق، فيكون عالماً بما يبلغ صادقاً فيه، ويكون مع ذلك حسن الطريقة، مرضي السيرة، عدلاً في أقواله وأفعاله، متشابه السر والعلانية).

إبراهيم نجيب محمد عوض، القضاء في الإسلام، المرجع السابق، ص 12.

- 5- يجب أن يحافظ على علاقة جيدة مع المدراء ورؤساء الأقسام في الجهة التي يتبعها.
- 6- عليه أن يتابع التطورات التشريعية وخاصة المتعلقة بمجال عمله، والآراء الفقهية والأحكام القضائية وخاصة أحكام المحكمة العليا.
- 7- عليه أن يحافظ على حسن مظهره وهندامه، وأن يكون سلوكه وتصرفاته منفتحة مع
- 8- مركز وهيبة ووقار رجل القانون⁽¹⁾.
- 8- عليه أن يجيد الإصغاء والمتابعة عند عقد الاجتماعات، وأن يركز أفكاره ليسهل عليه إقناع الآخرين بوجهة نظره المعبرة عن الرأي القانوني السليم.
- 9- عليه أن يحافظ على الأسرار التي يطلع عليها بحكم عمله ويتجنب التعامل مع أي طرف أو جهة أخرى ضد مصلحة جهة عمله.
- 10- عليه أن يرتقي بمستواه اللغوي وأن يجيد فن الصياغة القانونية.
- والباحث والمستشار القانوني إذا توفرت لديه درجة معينة من موهبة البحث، يمكنه تميزها وزيادتها وصلتها، وذلك بالمتابعة والقراءة في المراجع والنصوص التشريعية وأحكام المحاكم والآراء والفتاوى القانونية السابقة، والحرص والمثابرة والجدية في البحث والتعمق في التفكير، والاستمرار في البحث، كلها عوامل تساعد في

1- اهتم الفقه الإسلامي بهذا الجانب فقد ذكر الفقهاء بأنه ينبغي للمفتي: أن يكون حسن الزي على الوضع الشرعي، فإن الخلق مجبولون على تعظيم الصور الظاهرة، ومتى لم يعظم في نفوس الناس لا يقبلون على الاهتداء به والافتداء بقوله. وأن يكون حسن السيرة والسريرة، فمن أسر سريرة كساه الله رداءها. ويقصد بجميع ذلك التوسل إلى تنفيذ الحق وهداية الخلق فتصير هذه الأمور كلها قربات عظيمة. الإمام القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، تحقيق: عبدالفتاح أبوغدة، دار البشائر الإسلامية - بيروت، ط/2 - 1995، ص 253.

الارتقاء بمستوى الباحث أو المستشار القانوني، وينمي موهبة البحث لديه ويبرز شخصية الباحث أو المستشار القانوني⁽¹⁾.

سابعاً: أنواع الاستشارات القانونية:

الاستشارة القانونية هي رأي قانوني في مسألة أو إشكالية معينة، مطروحة على الباحث أو المستشار القانوني.

وقد يبدي هذا الرأي شفاهة، وقد يبدي الرأي كتابة وهو الوضع السائد، وبذلك فإن الاستشارة القانونية قد تكون شفوية وقد تكون مكتوبة⁽²⁾.

أ- الاستشارة القانونية الشفهية:

قد يطلب من الباحث أو المستشار القانوني إبداء الرأي القانوني شفاهة، ويحدث ذلك في الغالب أثناء الاجتماعات التي يشارك فيها العضو القانوني، ويثار فيها مسائل قانونية⁽³⁾، أو عندما يسأل رجل القانون عن مسألة بواسطة الهاتف أو بالاتصال المباشر به شخصياً.

1- أحمد شلبي، كيف تكتب بحثاً أو رسالة، المرجع السابق، ص 19-20، فقرة الباحث أو المستشار القانوني على البحث تنامي باطراد بزيادة القراءة الواعية والمتابعة المستمرة للتشريعات المختلفة والاطلاع عليها، والتأمل والتفكير العلمي المنهجي في قضايا القانون ومشكلاته التي تتعلق بالجهة التي يعمل فيها خصوصاً. عبدالقادر الشبخلي، إعداد البحث القانوني، المرجع السابق، ص 11.

2- على ضوى، منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص 231-232. وفي الفقه الإسلامي فإن الفتوى، قد تكون باللفظ وهو الأكثر، والفتوى اللفظية تكون محددة تحديداً دقيقاً، ويستطيع المفتي فيها أن يسأل المستفتي عن الوقائع التي حدثت حتى يتضح المراد.

وقد يكون الإفتاء بالتطبيق العملي أمام المستفتي أي بالفعل وقد يصاحب الفعل تلفظ من المفتي، وقد يكون الإفتاء بالإشارة المفهمة، وقد يكون الإفتاء بالكتابة وهو الأفضل، ولا سيما إذا كانت الفتوى متعلقة بحقوق العباد، أو إذا خاف المفتي تزوير المستفتي للفتوى، أو إذا أراد تيسير رجوع الناس إليها وإقناعهم بها على الزمن البعيد. إسماعيل إبراهيم البدوي، نظام القضاء في الإسلام، المرجع السابق، ص 117.

3- علي ضوى، الإشارة السابقة.

ويكون عادة إذا كان موضوع الاستشارة مختصراً ولا يحتاج إلى تفاصيل وبحث، والذي يكون عادة في الاستشارة القانونية المكتوبة.

ومن مزايا الاستشارة القانونية الشفهية أنها تعطي نتائج مباشرة وتبادل سريع للأفكار بحيث يسهل فهم الاستشارة وتطبيقها على المسائل محل الاستشارة⁽¹⁾.

وعلى الباحث أو المستشار القانوني أن يراعي بعض الأمور عند إبداء الرأي القانوني شفاهة:

1- أن يستعد لموضوع الاجتماع والجوانب القانونية المتعلقة به، مما يسهل عليه الإجابة على التساؤلات ذات الطبيعة القانونية التي تطرح أثناء الاجتماع.

2- أن يتأكد من حقيقة السؤال قبل الإجابة عليه، وعليه أن يتبين حقيقة قصد السائل، حتى تأتي إجابته موافقة لما يقصده مقدم السؤال.

3- على الباحث أو المستشار القانوني ألا يتحرج من تأجيل الإجابة على السؤال الشفهي إذا لم تكن لديه إجابة، أو كان الموضوع يحتاج إلى بحث ومراجعة، فتأجيل الإجابة أو الامتناع عنها خير من إجابة قد تكون خاطئة، ومع ذلك على الباحث أو المستشار القانوني أن يكون لديه إمام قانوني شامل بالأمور القانونية المتعلقة بالجهة التي يتبعها، حتى يستطيع الإجابة بشكل صحيح على الأسئلة المألوفة، والتي لا تتطلب الإجابة عنها إجراء بحث ودارسة معمقة.

4- على الباحث أو المستشار القانوني أن يتأكد من فهم مقدم السؤال للرأي القانوني الشفهي، حتى لا يؤدي سوء الفهم إلى تطبيق خاطئ⁽¹⁾.

1- عبدالله محمد الشريف، أصول إعداد وكتابة التقارير، دار النشر غير مذكورة ط/ 2010، ص58-59.

ب- الاستشارة القانونية المكتوبة:

الوضع المؤلف للاستشارة القانونية هو ورود الاستشارة في شكل مكتوب وفقاً لقواعد معينة وأهم ما يميز الاستشارة المكتوبة:

- 1- أنها تأتي بعد بحث معمق ومستفيض للموضوع محل الاستشارة.
- 2- في الاستشارة المكتوبة تتضح مسؤولية الباحث بشكل محدد، كما يمكن الاحتفاظ بنسخ منها لدى المكتب القانوني ولدى الإدارة المستشارة يمكن الرجوع إليها عند الحاجة.
- 3- الاستشارة القانونية المكتوبة تأتي بناءً على طلب مكتوب، مما يجعل المطلوب فيها محدداً أيضاً بشكل واضح.
- 4- تخضع الاستشارة القانونية المكتوبة في إعدادها لقواعد منهجية معينة⁽²⁾.

ثامناً: مضمون الاستشارة القانونية:

الاستشارة القانونية كما ذكرنا هي عبارة عن بحث قانوني وإن كان مصغراً، إلا أنه يجب أن يحمل خصائص البحث القانوني فهي عمل فكري ذهني يقوم به الباحث أو المستشار القانوني، يأتي بناءً على طلب من الجهة المستشارة، وموضوع الاستشارة رأي

1- محمد شوكت التونسي، المحاماة فن رفيع، المكتبة القانونية بعبدين-القاهرة، ص415-416، وبخصوص الردود الشفهية ومناقشة الباحث انظر، أحمد شلبي، كيف تكتب بحثاً أو رسالة، المرجع السابق، ص188-189.

2- علي ضوى، منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص231-232، ويعتبر الفقه الإسلامي، أن الفتوى قد تكون مكتوبة وهو الأفضل ضماناً لعدم تغيير الفتوى من المستفتي، وكذلك تيسير عملية الرجوع إليها في فترة لاحقة، إسماعيل إبراهيم البدوي، نظام القضاء في الإسلام، المرجع السابق، ص117.

قانوني في مسألة أو إشكالية معينة مطروحة أمام الباحث أو المستشار القانوني⁽¹⁾، وتتميز الاستشارة القانونية وبالتحديد الاستشارة المكتوبة بعدة خصائص تمثل مضمون الاستشارة والتي من أهمها:

1- الاستشارة القانونية، رأي قانوني في مسألة أو إشكالية معينة مطروحة أمام الباحث أو المستشار القانوني.

لذلك فإن الاستشارة القانونية يجب ألا تكون تعبيراً عن الاتجاه الشخصي للباحث أو المستشار القانوني، لأن من صفاته كما ذكرنا، الحياد والنزاهة والمهنية، فعليه أن يبتعد عن توجيه الرأي بما يخدم مصلحته الشخصية أو مصلحة غيره أو بقصد الإضرار بالغير⁽²⁾ ولعل أبلغ وصف لعمل المفتي، ما ذكره الإمام القرافي في كتابه الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام حيث شبه عمل المفتي بعمل المترجم، فالمترجم يتولى ترجمة الكلمات ويخبر بمقتضاها من غير زيادة ولا نقصان، وكذلك المفتي يجب عليه إتباع الأدلة بعد استقرائها، ويخبر المستفتي بما ظهر له منها من غير زيادة ولا نقص⁽³⁾ فعلي الباحث أو المستشار القانوني أن يتجنب تبني رأي أو موقف شخصي من

1- على ضوى، منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص 231، والبحث سواء كان قانونياً أو غيره، يعني في مفهومه البسيط دراسة مفصلة ومعقدة لإشكالية محددة من خلال تقنيات ممنهجة ومنضبطة قصد الوصول إلى نتائج علمية تساهم في التطور العلمي، مسعود عيسى العزابي، تقنيات البحث في العلوم القانونية، مكتبة فزان- طرابلس، ط/1-2004، ص 19.

2- علي ضوى، نفس المرجع، ص 232.

3- (... المفتي يجب عليه إتباع الأدلة بعد استقرائها ويخبر الخاليق بما ظهر له منها من غير زيادة ولا نقص إن كان المفتي مجتهداً، وإن كان مقلداً كما في زماننا فهو نائب عن المجتهد في نقل ما يخص إمامه، لمن يستفتيه فهو كلسان إمامة والمترجم عن جنانته...) الإمام القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، المرجع السابق، ص 43. وفي مجال البحث العلمي عموماً ومن ضمنها البحث القانوني سواء كان البحث كبيراً أو صغيراً فإن الباحث عليه أن يجمع المادة العلمية ((النصوص القانونية وأحكام

المسألة أو الموضوع المعروض أمامه، ويورد أدلة وبراهين تلائم موقفه وتؤيد رأيه المنطلق من أساس شخصي.

بل عليه أن يدرس الوقائع والمسائل المعروضة عليه في ضوء النصوص القانونية وأحكام القضاء وأراء الفقه، فهو يطبق حكم القانون على الوقائع والمسائل المعروضة عليه، ويصل إلي النتيجة التي يؤدي إليها هذا التطبيق وهو الرأي القانوني في المسألة والوقائع الذي توصل إليه، وليس رأي الباحث أو المستشار القانوني الشخصي⁽¹⁾.

2- الاستشارة القانونية لا تعبر عن وجهة نظر الإدارة أو الرئيس الإداري طالب الاستشارة، فهي ليست مذكرة دفاع عن مصالح المستشار أو ترديداً لأقواله، وموافقة لرأيه وتعبيراً عن موقفه فالاستشارة القانونية ليست مرافعة لصالح طالب الرأي، وعلي ذلك فإن على الباحث أو المستشار القانوني ألا يتردد عند تحليله لعناصر الوقائع والمسائل المعروضة عليه وتفسيره للنصوص القانونية المنطبقة عليها، أن يبين الرأي القانوني الصحيح سواء كان في صالح طالب الرأي أو في غير صالحه موافقاً لرأيه أو مخالفاً له⁽²⁾.

القضاء والآراء الفقهية)) ويدرسها ويفهمها ويقارن بعضها البعض الآخر لتوصله القراءة والدراسة إلى الحقيقة، وهي هنا الرأي القانوني في المسألة المطروحة، دون أن تلعب به الأهواء أو توجهه الميول. أحمد شلبي، كيف تكتب بحثاً أو رسالة، المرجع السابق، ص14

1- أحمد شلبي، كيف تكتب بحثاً أو رسالة، المرجع السابق، ص14-15. إسماعيل إبراهيم البدوي، نظام القضاء الإسلامي، المرجع السابع، ص155.

2- علي ضوى، منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص232. وهذا يعكس دور المحامي، الذي يتولى الدفاع عن مصالح موكله وأن يبذل في ذلك غاية جهده وعنايته، سيد أحمد محمود، دور المحامي في المنظومة القضائية، دار النهضة العربية-القااهرة، ط1/2007، ص69. مع ملاحظة أن المحامي إذا استشاره أحد الأشخاص، بخصوص جدوى رفع دعوى من عدمه فعلى المحامي أن يصدق

3- ذكرنا أن من خصائص الاستشارة القانونية أنها تمثل رأياً قانونياً موضوعياً حسب الوقائع ونصوص القانون، ولا تمثل رأياً شخصياً للباحث أو المستشار القانوني يشبع به هواه ويحقق به أغراضه الخاصة.

ولكن لا يعني ذلك أن يأتي هذا الرأي غير حاسم، وملتزمًا جانب الحياد، ونقصد به الحياد في الجانب القانوني وليس الجانب الشخصي، فعلى الباحث ألا يكتفي بإبداء الآراء في المسألة المعروضة عليه دون أن يرجح أحدها وينصح بالأخذ به، لأنه أفضل الحلول المطروحة من الناحية القانونية، مع تدعيم رأيه بالأدلة والأسانيد والحجج الواقعية والقانونية، فلا يقف الباحث أو المستشار القانوني في منتصف الطريق بين رأيين أو اتجاهين، ويكتفي ببيان مزاياهما وعيوبهما ويترك الخيار لطالب الرأي⁽¹⁾. فعلى سبيل المثال لو عرض على الباحث أو المستشار القانوني وقائع تتعلق بنزاع بين الجهة ((طالبة الرأي)) وأحد المقاولين المتعاقد معهم بخصوص تنفيذ عقد مبرم بين الطرفين،

الشخص ويبين له المزايا والمساوي ويخبره بالنتائج الطيب منها والسيئ ولا يسايره حسب هواه ويزين له الأمر ويعطيه أكبر جرعة من الأمل، في سبيل رفع الدعوي والحصول على أتعاب من موكله مع أنه لا جدوى من رفعها أساساً، فما ذكرناه بخصوص المستشار القانوني ينطبق على المحامي إذا تم استشارته بخصوص موضوع أو مسألة معينة سواء كانت دعوى أو غيرها، فعليه أن يجيب المستشار وفقاً لما تشير إليه المعطيات وحسب نصوص القانون، ولا يجاربه حسب هواه واندفاعه. محمد شوكت، المحاماة فن رفيع، المرجع السابق، ص 416.

1- علي ضوى، الإشارة السابقة، ويلاحظ أنه في البحوث عموماً وفي البحوث القانونية خصوصاً ينبغي على الباحث أن يناقش الآراء المتعددة بعمق ولا يكتفي بعرضها فقط ويتعين عليه اتخاذ موقف معين من هذه الآراء، وتدعيم هذا الموقف بالأدلة والحجج، أي إبراز النتيجة التي توصل إليها الباحث من خلال بحثه وإطلاعه على المراجع والمصادر المختلفة المتعلقة بموضوع البحث. عبدالقادر الشخلي، إعداد البحث القانوني، المرجع السابق، ص 72-74.

وطلب منه إبداء الرأي في مدى إمكانية فسخ العقد أو الدخول في مفاوضات مع المقاول والوصول إلى تسوية ودية للمشاكل التي حدثت بخصوص تنفيذ العقد.

فلا يكتفي الباحث أو المستشار القانوني ببيان ومزايا وعيوب الحلين ويترك الخيار لطالب الرأي، بل عليه أن يبين الحل الأمثل والأفضل والذي يتوافق مع نصوص القانون ومصلحة الجهة.

فالرأي القانوني وإن كان في الأساس غير ملزم إلا أنه يجب أن يقدم النصح ويبين الرأي القانوني السليم، ويوضح وجهة النظر التي يتعين الأخذ بها، فباعتماد أن الاستشارة القانونية تأتي بناءً على طلب من الجهة المستشارة ويتمثل هذا الطلب في عرض مسألة أو إشكالية قانونية معينة، يتعين إيجاد حل لها وفقاً لأحكام القانون، فإن مضمون الاستشارة ومهمة الباحث أو المستشار القانوني تكون مزدوجة.

فمن جهة على الباحث أو المستشار القانوني أن يظهر ويبرز المشاكل والمسائل المطروحة عليه بشكل تحليلي، انطلاقاً من الوقائع التي عرضها عليه طالب الرأي القانوني، وعلى ضوء تحليل الوقائع يحدد القواعد القانونية المتعلقة بالمشكلة.

وعند تحليل الوقائع وتحديد القواعد القانونية المنطبقة عليها، ستصادف الباحث أو المستشار في الغالب مشكلة وجود أكثر من تأويل أو تفسير للقواعد القانونية، وكذلك فإن فهم الوقائع وتكييفها القانوني قد تختلف بشأنه الآراء وتتعدد، فهنا على الباحث كما ذكرنا ألا يكتفي بإيراد هذه الآراء دون أن يفاضل بينها، بل عليه أن يختار الحل الذي يعتقد أنه الأكثر توافقاً مع نصوص القانون وعليه أن يبرر اختيار هذا الحل.

وبذلك تكون الاستشارة القانونية بمثابة المحاجة القانونية والواقعية للمسائل المعروضة، وعند تعدد التفسيرات والتأويلات يجب الاستناد إلى الأدلة التي تؤيد التفسير الذي أخذ به الباحث أو المستشار القانوني، مستعيناً في ذلك بقواعد التفسير

المعروفة، وبآراء الفقه في هذه الخصوص وأحكام القضاء، ليبرر اختياره لأحد الآراء، وبالمقابل يجب أن يستند إلى أدلة قانونية ليبرر رفضه للخيارات الأخرى⁽¹⁾.

تاسعاً: خطوات إعداد الاستشارة القانونية:

قبل الشروع في كتابة الاستشارة أو الرأي القانوني على الباحث أو المستشار القانوني أن يتبع الخطوات الآتية:

1- الاطلاع على الوقائع ودراستها بشكل معمق.

الاستشارة القانونية تأتي بناءً على طلب مكتوب من الجهة المستشارة وفي هذا الطلب تعرض هذه الجهة الوقائع المتعلقة بالمسائل أو المشكلة المطروحة، والتي ترغب في معرفة الرأي القانوني بخصوصها.

وعلي الباحث في هذه المرحلة أن يدرس مذكرة طلب الرأي جيداً وبشكل معمق، ويستخلص منها الوقائع محل الاعتبار في المسألة أو المشكلة المطروحة، وأن يقوم بترتيبها بحسب تاريخ حدوثها ((ويدون ذلك في ورقة منفصلة)).

ويجب الانتباه أن طالب الرأي قد لا يقدم هذه الوقائع مرتبة لعدم إدراكه لأهمية الترتيب أو عدم قدرته على ذلك، كما يلاحظ أن طالب الرأي قد لا يفلح عند إعداد

1- علي ضوى، منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص 232-233. محمد شوكت التوني، المحاماة فن رفيع، المرجع السابق، ص 416. أحمد شلبي، كيف تكتب بحثاً أو رسالة، المرجع السابق، ص 13-14. عبدالقادر الشخلي، إعداد البحث القانوني، المرجع السابق، ص 72 - 74. فالإفتاء وإيداء الرأي مبنى على إعمال العقل وإمعان النظر في الصور الجزئية والأمور الفرعية وإدراك ما تحتويه من أوصاف، والتفرقة بين الأوصاف التي يجب اعتبارها والتي لا يجب اعتبارها، وربط الحكم الشرعي بما هو معتبر منها، فالمفتي تعرض عليه المسألة أو الواقعة فينظر في أطرافها، ويطبق الحكم الشرعي الذي يعلمه أو يظنه على الأوصاف المعتمدة التي يكتشفها في القضية أو الواقعة. إسماعيل إبراهيم البدوي، نظام القضاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 115.

مذكرة طلب الرأي في توضيح الوقائع وعرضها بشكل متكامل يمكن الباحث من دراستها.

فقد يأتي عرض الوقائع منقوصاً وغير متكامل، لذلك يتعين على الباحث أو المستشار القانوني ألا يكتفي بما عرض عليه من وقائع بل عليه أن يبادر بطلب المزيد من المعلومات من طالب المشورة وأن يطلع على الملفات والمستندات المتعلقة بالموضوع، مثل الملف الشخصي للعامل أو الموظف، والعقد المبرم مع المقاول والمرسلات ومحاضر الاجتماعات المتعلقة به، وأن يستوضح شفها أو كتابيا من طالب الاستشارة، أي أن عليه أن يحيط علماً بكل جوانب ووقائع الموضوع المعروض عليه⁽¹⁾. ويجب على الباحث أو المستشار القانوني أن يحذر من العرض الوهمي للوقائع أو المسائل، حيث يعمد بعض المدراء إلي إحالة مذكرة للشؤون القانونية لطلب الرأي بخصوص جزئية تتعلق بموضوع معين، ثم يعمم رد الشؤون القانونية على الموضوع بأكمله، وكأنه قد عرضه على الرأي القانوني.

فمثلا لو أحالت إدارة الشؤون التجارية على المكتب القانوني مشروع عقد بيع لمراجعتة، وإغفال طرح موضوع البيع بأكمله على مكتب الشؤون القانونية، مع أن عملية بيع المواد أو الأصناف موضوع عقد البيع، لا تتم إلا بعد الحصول على إذن من

1- علي ضوى، منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص 233 - 234. وقد تنبه الفقه الإسلامي إلى مسألة عدم ركون المقتي إلى عبارات وألفاظ المستفتي دون أن يتبين مقصوده الفعلي المفتي ألا يأخذ بظاهر لفظ المستفتي حتى يتبين مقصوده، فإن المستفتي ربما عبر بالألفاظ الصريحة عن غير مدلول ذلك اللفظ، ومتى كان حال المستفتي لا تصلح له تلك العبارة ولا ذلك المعنى، فذلك ريبة ينبغي للمفتي الكشف عن حقيقة الحال كيف هو؟ ولا يعتمد على لفظ المستفتي فإذا تحقق الواقع في نفس الأمر ما هو؟ أفتاه وإلا فلا يفتيه مع الريبة". وكان من عادة الفقهاء إعادة السؤال على المستفتي مرة ثانية ليتأكد من صواب فهمه للسؤال. الإمام القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، المرجع السابق، ص 236.

الجمعية العمومية للشركة أو من جهة حددها القانون، وأن يتم البيع بالمزاد العلني، ويتم التعاقد مع من يرسو عليه المزداد، ويتجنب طرح عملية البيع وإجراءاتها المطلوبة على المكتب القانوني، ويركز على مراجعة مشروع العقد، وإذا تعرض طالب الرأي بعد ذلك للمساءلة القانونية يتهرب من المسؤولية بحجة أنه عرض العقد على مكتب الشؤون القانونية، والذي قام بمراجعته وإعادته وتم التقييد بالصيغة التي أعادها مكتب الشؤون القانونية، فهنا نكون أمام عرض وهمي للوقائع ينبغي على الباحث أو المستشار القانوني أن ينتبه إليه⁽¹⁾.

2- تكييف الوقائع المعروضة عليه والمتعلقة بالموضوع وإعطائها الوصف القانوني الصحيح.

بعد أن يدرس الباحث أو المستشار القانوني الوقائع المتعلقة بالمسألة أو المسألة المعروضة عليه ويحللها تحليلاً دقيقاً، يقوم بتكييفها أي إعطائها الوصف القانوني الصحيح، ولا يتقيد في ذلك بالوصف القانوني للوقائع الذي يذكره طالب الرأي.

فمثلاً لو ذكر طالب الرأي وصفاً معيناً لأفعال قام بها العامل أو الموظف، وذكر بأن هذه الأفعال تمثل مخالفة تأديبية معينة، فلا يتقيد الباحث أو المستشار القانوني بهذا الوصف، بل عليه أن يتأكد من الأفعال التي قام بها العامل أو الموظف، ومن صحة نسبتها إليه وبظروف ارتكابها، ثم يعطيها الوصف القانوني الصحيح وما إذا كانت تمثل مخالفة تأديبية أم لا ونوع هذه المخالفة⁽²⁾.

((وعلی الباحث أن يسجل النتائج التي توصل إليها من خلال بحثه للوقائع المعروضة عليه)).

1- على الباحث أو المستشار القانوني أن يتأكد دائماً من حقيقة السؤال أو الاستفسار المطروح، وعليه أن يعيد المراسلة للاستفسار عن المقصود والحصول على التوضيحات المطلوبة، ويطلب الاطلاع على الملفات والسجلات والمستندات والعقود، ليتأكد من حقيقة الواقع قبل إيداء الرأي القانوني في المسألة المطروحة.

2- علي ضوى، منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص 234.

3- تحديد النصوص القانونية واجبة التطبيق.

بعد تحليل الوقائع والإلمام بها وتحديد أبعادها والتأكد من صحتها وجديتها وإعطائها الوصف القانوني الصحيح، يبدأ الباحث أو المستشار القانوني في المرحلة التالية، وهي تحديد النصوص القانونية واجبة التطبيق، أي إعطاء الحل القانوني للمسألة أو المشكلة المعروضة عليه، وأولى خطوات هذه المرحلة هي: تحديد الإطار العام للموضوع - الفرع القانوني المعني - الذي يجب البحث عن الحل خلاله، فمثلاً لو أن الوقائع المعروضة تشير إلى وجود خطأ عقدي أو خطأ تقصيري فيتم البحث في نطاق المسؤولية المدنية، أو أن الوقائع المعروضة تشير إلى أن الأفعال المرتكبة تمثل مخالفات تأديبية، فيتم البحث في إطار علاقات العمل أو الوظيفة العامة وبعد تحديد هذا الإطار العام - الفرع القانوني - يتم البحث في داخله عن الحل وفقاً لنصوص القانون.

((ويُسجل الباحث أو المستشار القانوني ما يتوصل إليه عند تحديد الإطار العام أو الفرع القانوني، والذي سيبحث عن الحل القانوني من خلاله)).

وبعد تحديد الإطار العام للموضوع والفرع القانوني المتعلق به، يتم البحث عن الحل القانوني وذلك بتحديد القواعد القانونية القابلة للتطبيق وتحديد شروط انطباقها على الوقائع المعروضة، واستبعاد القواعد القانونية التي لا تنطبق لنخالف شروط انطباقها⁽¹⁾.

1- علي ضوى، منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص 234-235. وما يقوم به الباحث أو المستشار القانوني في هذه الحالة، يشبه إلى حد كبير عملية التقدير التي يقوم بها القاضي بالنسبة للنزاع المعروض عليه، حيث يقوم القاضي بتقدير الوقائع واستخلاص المتعلق منها بالدعوى والمنتج فيها والجائز قبوله ويفحص المستندات وأدلة الإثبات المتعلقة بهذه الوقائع، ثم يبحث في القواعد القانونية ذات العلاقة، ويحدد مدى انطباقها على الوقائع المطروحة من عدمه.

وكل هذه العمليات تقتضي من القاضي القيام بمجهود ذهني قائم على أساس من الواقع والقانون، وبعد الانتهاء من عملية التقدير يقوم القاضي بإجراء عملية التكييف القانون لمعرفة أية قاعدة قانونية

((وي سجل الباحث أو المستشار لقانوني النتائج التي يتوصل إليها بهذا الخصوص)).

وعند تحديد القاعدة أو القواعد القانونية المنطبقة على الوقائع المعروضة عليه، وشروط انطباقها يذكر الباحث أرقام المواد القانونية والفرع القانوني الذي تنتمي إليه، وأن ينتبه إلى التعديلات التشريعية التي تطرأ وتستجد⁽¹⁾ وإذا كانت القاعدة أو القواعد القانونية المنطبقة تحتاج إلى تفسير وبيان، فإنه يقوم بتفسيرها وتوضيح مضمونها وفقاً لقواعد التفسير المتعمدة، وإذا وجدت آراء فقهية وأحكام قضائية تتعلق بالقاعدة القانونية المعنية فعليه أن يوردها ويستعين بها، وإذا كانت القاعدة القانونية تحتمل أكثر من تفسير ويوجد اختلاف في تفسيرها، فإن على الباحث كما سبق وأن ذكرنا ألا يكتفي بإيراد الآراء المتعددة فقط ويترك للجهة المستشارة الأخذ بأحدها، بل عليه أن يحسم الأمر ويختار الحل الذي يراه مناسباً من بين أوجه التفسير المتعددة، وهذا الاختيار بطبيعة الحال يجب ألا يكون بسبب ميول شخصي أو ارتباط مصلحي خاص، بل يرجع إلى أنه الحل الأنسب والأجدر بالإتباع، باعتبار أنه المعبر عن القاعدة القانونية محل التطبيق

يستجيب مفترضها لوقائع النزاع الذي تم تقديره، فإذا صادف هذه القاعدة فإنه يعملها على النزاع، وبالتالي يكون القاضي قد أنزل حكم القانون على وقائع النزاع التي تتطابق مع مفترض القاعدة القانونية. نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف-الإسكندرية، ط/1-1986، ص 1063-1064.

ومن الأمور التي يشترك في القاضي والمفتي دراسة وتمحيص الوقائع وتكييفها وتطبيق الأحكام الشرعية عليها. إسماعيل إبراهيم البدوي، نظام القضاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 115. 1- من ضمن المصاعب التي ستواجه الباحث أو المستشار القانوني، مشكلة تعدد التشريعات في ليبيا وكثرت تعديلاتها بشكل غير معقول وغير مدروس وغير متناسق، ونأمل أن تعاد الأمور إلى نصابها، ويتم ضبط عملية إصدار التشريع، بحيث يكون متوافقاً مع القواعد والأصول المعمول بها في الدول الحديثة.

وأن يدعم اختياره بنصوص تشريعية أخرى وبأحكام قضائية وخاصة أحكام المحكمة العليا وبآراء الفقه.

وبخصوص تطبيق القواعد القانونية على الوقائع المعروضة على الباحث أو المستشار القانوني، وإبداء الرأي بناءً على ذلك نورد بعض الملاحظات الآتية:
أ- نقتصد بالقانون معناه الواسع: أي القاعدة القانونية بغض النظر عن مصدرها، سواء كان التشريع والذي ينقسم إلى: تشريع أساسي وهو الدستور وتشريع عادي وهو ما يطلق عليه "القانون" وتشريع فرعي وهو ما يطلق عليه "اللوائح".

ومبادئ الشريعة الإسلامية، وغير ذلك من مصادر القاعدة القانونية، وكذلك كل مصدر من مصادر المشروعية داخل الدولة سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة وتعتبر المبادئ التي ترسيها المحكمة العليا مصدرًا من مصادر المشروعية وملزمة لجميع الجهات في ليبيا، المادة (30) من القانون رقم (6) سنة 1982 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا، بالإضافة إلى العرف الجاري في الجهة والذي أطردت على إتباعه في تنظيم نشاطها⁽¹⁾.

ب- إن كان التشريع غامضاً ويحتاج إلى تفسير، ولا يوجد تفسير فقهي أو قضائي له، فإنه على الباحث أو المستشار القانوني أن يقوم بنفسه بالنص باستعمال طرق التفسير المعتمدة وألا يقتصر في عملية التفسير على حرفية النص بل يتعمق في دلالة النص والحكمة منه وأن يفسر النصوص في مجموعها ولا يقتصر على بعضها، لأن النصوص

1- راجع بخصوص مصادر مبدأ المشروعية، عمر محمد السيوي، الوجيز في القضاء الإداري، مكتبة الفضيل بنغازي، ط/1-2013، ص14-25.

تفسر بعضها بعضاً في كثير من الأحيان، ويراعى كما ذكرنا التعديلات التي تطرأ على النصوص وفقاً للقواعد المعمول بها في سريان القانون من حيث الزمان⁽¹⁾.

عاشراً: كتابة الاستشارة القانونية وفقاً لخطة معينة

بعد اطلاع الباحث على الوقائع المعروضة عليه وتحليلها وإعطائها الوصف القانوني، وتحديد القواعد القانونية المنطبقة على هذه الوقائع ومن ثم الوصول إلى الحل القانوني المطلوب للمسألة أو المشكلة المعروضة عليه، وتسجيل ما يتوصل إليه الباحث في هذا الشأن، يتولى الباحث بعد ذلك صياغة وكتابة الاستشارة القانونية وفقاً لخطة معينة والتي تكون عادة وفقاً لما يلي⁽²⁾:

■ القسم الأول من الاستشارة القانونية ((الديباجة)):

وتأتي صياغتها في المثال المذكور على النحو التالي:

السيد / مدير إدارة الشؤون الإدارية:

بعد التحية، ، ،

بالإشارة إلى رسالتكم رقم (.....) والتي تطلبون فيها إبداء الرأي القانوني بشأن مدى إمكانية إنهاء خدمة السيد (.....) بسبب عدم اجتيازه لفترة الاختبار بنجاح، وذلك كما هو وارد في رسالة السيد مدير إدارة الخدمات والتي يتبعها الموظف المذكور.

1- بخصوص سريان القانون من حيث الزمان وتفسير القانون، راجع عبدالقادر محمد شهاب، أساسيات القانون والحق في القانون العربي الليبي، منشورات جامعة بنغازي، ط/3-1997، ص189-220.

2- علي ضوء منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص235-236. وتشبه الخطة التي تكتب بها الاستشارة القانونية الخطة التي تكتب بها النسخة الأصلية للحكم القضائي. سعيد أحمد بيومي، لغة الحكم القضائي، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والترجمة- القاهرة، ط/1-2009، ص19-20.

وبعد الاطلاع على ما جاء برسالتكم المشار إليها وعلى الملف الشخصي للموظف المذكور وعلى النصوص ذات العلاقة نورد لكم الرأي الآتي:

وبخصوص القسم الأول من الاستشارة (الديباجة)، على الباحث أو المستشار القانوني أن يراعي ما يلي :-

1- تربط الديباجة بين المراسلة الواردة من الجهة المستشارة والرأي القانوني، حيث يتم الإشارة إلى هذه المراسلة بالرقم والتاريخ، وأن يذكر اسم الجهة المستشارة والموجه إليها الرأي في بداية الديباجة.

2- يذكر في الديباجة ملخص شديد التركيز للإشكالية أو المسألة المطروحة والمطلوب إبداء الرأي بشأنها، أي تحديد نطاق الرأي، من الجانب الشخصي "ذكر الشخص أو الأشخاص الذين يتعلق بهم الرأي" والذكر قد يكون بالاسم أو بالصفة، ومن الجانب الموضوعي "تحديد موضوع الرأي" إنهاء خدمة، تجديد عقد، استحقاق أجر، استحقاق مكافأة، استحقاق مقابل عمل إضافي⁽¹⁾.

3- باعتبار أن الديباجة في الرأي القانوني تشبه إلى حد كبير المقدمة في البحوث القانونية الكبيرة، فإن الديباجة يجب أن تكون غير مقسمة إلى أجزاء بل تكتب بصياغة متتالية، دون وجود عناوين فرعية تخل بوحدها الشكلية، وأن تكون صياغتها موجزة بعبارات منتقاة معبرة بشكل قوي، مبينة الإشكالية أو المسألة موضوع الرأي، ولكن دون إسهاب في ذلك لأن هذه الديباجة هو التقديم لموضوع الرأي وتحديد عناصره والإشكاليات المطروحة، وليس معالجة الموضوع المطروح، ويراعى الترابط المنطقي المحكم بين الديباجة ونص الرأي القانوني وخاتمته.

1- علي ضوء منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص 55-56، و ص 235. عبدالقادر الشبخلي، إعداد البحث القانوني، المرجع السابق، ص 50-51.

وعلى الباحث أو المستشار القانوني أن يهتم بالدباجة باعتبارها مقدمة الرأي القانوني، وأول ما يقع عليه نظر المستشار أو أي قارئ للرأي القانوني. (1)

■ القسم الثاني من الاستشارة ((الوقائع)):

وتعرض الوقائع بشكل واضح وموضوعي، وان تكون مرتبة ترتيباً زمنياً ويقتصر في عرض الوقائع على الوقائع ذات القيمة القانونية، أي الوقائع التي يكون ذكرها لازماً لإبداء الرأي القانوني في المسألة أو الإشكالية المطروحة⁽²⁾ ويأتي عرض الوقائع في المثال المذكور كما يلي:

باشر الموظف المعني عمله بالهيئة بتاريخ 2015/01/01 على وظيفة منسق علاقات، بقسم العلاقات العامة بإدارة الخدمات، ولا يوجد بملفه الشخصي ما يفيد قيام

1- علي ضوى، منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص 55-56. مسعود عيسى العزابي، تقنيات البحث في العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 34-37 عبدالقادر الشبخلي، إعداد البحث القانوني، المرجع السابق، ص 50-51. فالدباجة في اللغة تعني ما ظهر من الشيء حسناً وكان في الطليعة منه. سعيد أحمد بيومي، لغة الحكم القضائي، المرجع السابق، ص 19، (هامش "01").

2- علي ضوى، منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص 236. ويلاحظ أن عرض الوقائع في الاستشارة القانونية، يشبه إلى حد كبير عرض مراحل الدعوى ووقائع الخصومة الذي يعتبر من ضمن البيانات التي يجب أن تشمل عليها النسخة الأصلية للحكم القضائي وفقاً لنص المادة (273) مرافقات، انظر في ذلك، الكوني علي عبوده، قانون علم القضاء، ج/2، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ط/1-1998، ص 343-345. وعلى الباحث أو المستشار القانوني أن يدرس الوقائع جيداً ويطلع على المستندات والملفات، ويتفهم الموضوع المطروح والنقاط التي تمثل إشكالية معينة (ويدون ذلك في ورقة منفصلة) ومن خلال فهمه للوقائع يسهل عليه التعبير عنها بشكل واضح وجلي من غير إطالة أو إملال عند كتابة الاستشارة، ويقتصر على الوقائع اللازمة لإبداء الرأي القانوني في الموضوع المطروح أي الوقائع التي تنبئ عليها النتيجة التي يتوصل إليها الباحث أو المستشار القانوني، وعليه أن يقيم الدليل على وجود هذه الوقائع، فالوقائع التي يبنى عليها الرأي لا بد أن تكون ثابتة وإلا سينهار أساس الرأي. أمين طه أبو العلا، قيم وتقاليد السلطة القضائية، مكتبة الأنجلو المصرية 1981، ص 102-104.

رئيسه المباشر بإعداد تقارير عن أدائه خلال فترة الاختبار وبتاريخ 2015/12/28، قام رئيس قسم العلاقات العامة، وهو الرئيس المباشر للموظف المعني بإعداد تقرير عن أدائه لعمله أثناء فترة الاختبار، يذكر فيه أن الموظف المعني غير جاد في أداء عمله وهو كثير التأخير مهمل في أداء عمله، ولا يقوم بأداء الأعمال التي يكلف بها كما أن كفاءته متدنية، وأنه لا جدوى من الإبقاء على هذا الموظف، ومن الأفضل إنهاء خدمته، وقد أحال هذا التقرير إلى مدير إدارة الخدمات بصفته الرئيس الأعلى للموظف المذكور.

وبتاريخ 2016/01/15، اعتمد مدير إدارة الخدمات هذا التقرير وأحالته إلى إدارة الشؤون الإدارية لاتخاذ الإجراء اللازم.

وبتاريخ 2016/01/20، أحالت إدارة الشؤون الإدارية الموضوع إلى مكتب الشؤون القانونية في الهيئة وطلبت إبداء الرأي القانوني بشأن مدى إمكانية إنهاء خدمة الموظف المعني لعدم نجاحه في فترة الاختبار.

■ القسم الثالث من الاستشارة ((الأسباب)):

وهي الحجج الواقعية والقانونية التي يستند إليها الرأي القانوني⁽¹⁾ فالرأي القانوني ليس رأياً شخصياً خاصاً للباحث أو المستشار القانوني، بل هو رأي موضوعي

1- علي ضوى، منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص 236. وتشبه الأسباب في الاستشارة القانونية الأسباب التي يجب أن يشتمل عليها الحكم القضائي، وفقاً لنص المادة (273) مرافعات. ويكتسي التسبب أهمية كبيرة في الاستشارة القانونية، كما هو الحال في الأحكام القضائية، وفي العديد من الأعمال القانونية عموماً، فعن طريقه نضمن موضوعية الرأي القانوني وعدم تحيز الباحث أو المستشار القانوني، وأنه قد بذل العناية اللازمة في دراسة الوقائع وتمحيص الادعاءات ووزن الأدلة، من أجل استخلاص الوقائع الصحيحة و تكييفها وإعمال حكم القانون فيها، وبذلك يبيث التسبب الثقة والطمأنينة في نفس طالب الرأي وكل من يعينه موضوع الرأي، كما أنه عن طريق التسبب يمكن تقييم الرأي وما إذا كان يقوم على أساس قانوني سليم أم لا، ولكي يكون التسبب كافياً ومحققاً للغرض، لا بد وأن يكون واضحاً ومحددًا وأن تكون هذه الأسباب غير متناقضة أو متعارضة وأن تكون الأسباب

مبني على الحجج والأدلة التي تؤدي إلى النتيجة التي توصل إليها الباحث أو المستشار القانوني، فمن ثم فلا بد أن يبنى الرأي القانوني على أدلة وحجج واقعية وقانونية. وتذكر الأسباب قبل الخاتمة أو الاستنتاج مسبقة بعبارة (حيث أن...) أو (بناء على...) أو (بما أن...)⁽¹⁾.

وتكون الأسباب في المثال المذكور كما يلي:

وحيث أن الموظف يخضع عند تعيينه لأول مرة لفترة اختبار نصت عليها المادة (135) من قانون علاقات العمل رقم (12) لسنة 2010 مدتها (365) يوماً تحسب من تاريخ مباشرة الموظف للعمل، فإذا ثبت عدم صلاحيته للوظيفة خلال فترة الاختبار يحال إلى لجنة شؤون الموظفين المختصة، فإذا رأت صلاحيته لوظيفة أخرى أوصت بنقله إليها، وإلا اقترحت إنهاء خدمته بشرط إبلاغ الموظف المعني بذلك قبل أسبوعين من تاريخ الإنهاء.

ويعتبر انقضاء فترة الاختبار دون صدور قرار بنقل الموظف أو فصله بمثابة تثبيت له في وظيفته.

وقد بينت المادة (121) من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور الصادرة بالقرار رقم (595) لسنة 2010، الطريقة التي يقاس بها أداء الموظف أثناء فترة الاختبار، حيث يعد الرئيس المباشر للموظف في فترة الاختبار تقريراً شهرياً عنه ويقدمه إلى رئيسه الأعلى خلال أسبوع من تاريخ إعداده، وقبل نهاية فترة الاختبار بشهر ونصف يضع

منطقية، بمعنى أنها تؤدي عقلاً منطقاً إلى النتيجة التي توصل إليها الباحث أو المستشار القانوني، وأن تورد الأسباب في نص الرأي القانوني نفسه. راجع بالتفصيل بخصوص أسباب الحكم، الكوني علي اعبوده، قانون علم القضاء ج/2، المرجع السابق، ص 347 - 358.

الرئيس المباشر تقريراً نهائياً، يشير فيه إلى التقارير المعدة عن الأشهر السابقة، ويبيدي رأيه بشأن جدوى الإبقاء على الموظف في الخدمة أو نقله إلى وظيفة أخرى تلاءم قدراته، ويحال هذا التقرير إلى الرئيس الأعلى، وعلى الرئيس الأعلى أن يبيدي رأيه في التقرير المقدم إليه ويحيله إلى لجنة شؤون الموظفين بالهيئة الإدارية خلال أسبوع من تقديمه إليه.

فالمشرّع قد نظم فترة الاختبار التي يخضع لها الموظف سواء من حيث مدتها أو قياس درجة كفاءة الموظف خلالها، والإجراءات المطلوبة لذلك وما هو الإجراء الواجب اتخاذه حيال الموظف في حالة إخفاقه في أدائه أثناء فترة الاختبار، والأثر المترتب على انقضاء فترة الاختبار دون صدور قرار بنقل الموظف أو إنهاء خدمته.

وحيث أن الموظف المعني قد باشر عمله بتاريخ 2015/0101، وأثناء خضوعه لفترة الاختبار، لم يرق رئيسته المباشر باتخاذ الإجراءات اللازمة لتقييم أدائه والمتمثلة في إعداد تقرير شهري عنه وتقديمه إلى رئيسته الأعلى، كما لم يرق رئيسته المباشر بإعداد التقرير النهائي عنه في الموعد المحدد، وهو شهر ونصف قبل نهاية فترة الاختبار، والذي يبين فيه مدى جدوى الإبقاء عليه في الخدمة، والذي يحال إلى رئيسته الأعلى، والذي بدوره يحيله إلى لجنة شؤون الموظفين وهي الجهة المختصة بالتوصية بإنهاء خدمته إذا رأت أنه غير صالح لوظيفة أخرى.

ولما كانت الإجراءات المنصوص عليها بخصوص فترة التجربة التي يخضع لها الموظف لم يتم مراعاتها، سواء فيما يتعلق بالتقارير الشهرية عن أداء الموظف أثناء فترة الاختبار أو من حيث مراعاة مدة الاختبار، حيث نجد أن الرئيس الأعلى قد اعتمد تقرير الرئيس المباشر في تاريخ 2016/01/15، أي بعد مضي فترة الاختبار والمحدد لها فترة لا تزيد على (365) يوماً.

وباعتبار أن المعني قد باشر عمله بتاريخ 2015/01/01 فإن فترة الاختبار بالنسبة له تنتهي بتاريخ 2015/12/31، ويترتب على مضي فترة الاختبار دون صدور قرار بفصل الموظف بمثابة تثبيت له بقوة القانون، وهو ما ينطبق على وضع المعني. فالإجراءات لم تتخذ بشأنه وفقا للشكل المنصوص عليه قانونا كما أن هذه الإجراءات وبالرغم من العيوب التي لحقت بها، كانت بعد انقضاء فترة الاختبار، كما أنه لم يتم إحالة التقرير من الرئيس الأعلى إلى لجنة شؤون الموظفين. وهذه العيوب التي اعترت الإجراءات الخاصة بتقييم أداء الموظف المعني، تجعل من غير الممكن إنهاء خدمته استنادًا إلى عدم صلاحيته لأداء العمل أثناء فترة التجربة.

■ القسم الرابع من الاستشارة القانونية ((الخاتمة)):

تعتبر الخاتمة هي خلاصة ما توصل إليه الباحث في الاستشارة القانونية، فهي تتضمن الإجابة المباشرة والعملية على التساؤل المطروح على الباحث أو المستشار القانوني⁽¹⁾ وهي تشبه المنطوق في الحكم القضائي، فهي تشمل على النتيجة التي توصل إليها الباحث أو المستشار القانوني في المسائل والإشكاليات المطروحة عليه⁽²⁾، والخاتمة تصاغ في عبارات موجزة دقيقة وحاسمة وواضحة وغير متعارضة أو متناقضة، فهي تحمل عصاره الرأي القانوني الذي توصل إليه الباحث أو المستشار القانوني في المسألة المعروضة عليه⁽³⁾.

1- على ضوء، منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص236.

2- وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي-القاهرة، ص375.

3- سعيد أحمد بيومي، لغة الحكم القضائي، المرجع السابق، ص153. ويراعي الباحث أو المستشار القانوني أن تكون خاتمة الرأي باعتبارها تمثل خلاصة ما توصل إليه الباحث في الاستشارة القانونية مصاغة بشكل محكم وبأسلوب راق ودقيق ومركز، عليه مسحة من جمال العرض وعذوبة التعبير، ولا

وتأتي الخاتمة عادة بعد عبارة (عليه -أو- لذلك) وتكون الخاتمة في هذا المثال وفقاً لما يلي:

عليه ننتهي إلى القول بأنه لا يمكن إنهاء خدمة الموظف المذكور استناداً إلى عدم صلاحيته أثناء فترة الاختبار، باعتبار أن المعنى يعتبر مثبتاً في وظيفته بمجرد مضي فترة الاختبار دون صدور قرار بإنهاء خدمته، كما أن الإجراءات التي اتخذتها الإدارة التي يتبعها المعنى غير موافقة لنصوص القانون المنظمة لفترة الاختبار.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

التوقيع:.....

حادي عاشر: ملاحظات عامة حول كتابة وتحرير الاستشارة القانونية:

يجب الأخذ في الاعتبار بعض الملاحظات المتعلقة بكتابة وتحرير الاستشارة

القانونية ومن أهمها:

1- الاهتمام بجانب اللغة والوضوح وتبسيط الموضوع بشرط عدم الإخلال بالمستوى والأسلوب القانوني.

وبخصوص الأسلوب الذي تكتب به الاستشارة القانونية فإنه يلاحظ أن

الاستشارة القانونية بطبيعتها تستلزم تحليل المسائل المطلوب إبداء الرأي القانوني بشأنها بأسلوب الجدل المنطقي، لذلك تستعمل بعض الكلمات التي تستعمل في التدليل مثل - من حيث - بما أن - بناءً عليه - لهذه الأسباب⁽¹⁾.

تقسم الخاتمة إلى عناوين بل تكون متتالية. مسعود عيسى العزابي، تقنيات البحث في العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 68-69.

1- سعيد أحمد بيومي، لغة الحكم القضائي، المرجع السابق، ص 67-68.

والاستشارة القانونية باعتبارها صنفاً من أصناف البحوث العلمية، فإن الأسلوب الذي يتبع في كتابتها هو الأسلوب العلمي المنطقي وليس الأسلوب الأدبي أو الأسلوب الخطابي⁽¹⁾.

كتابة الاستشارة القانونية تدخل فيما يعرف بالكتابة الإجرائية العملية وتسمى بالكتابة الوظيفية، فهي كتابة ذات قواعد محددة وتقاليد متعارف عليها من أهمها أنها كتابة مباشرة وصريحة، ذات ألفاظ محددة وقاطعة، وأسلوبها علمي يخلو من الإيجاء وعباراتها لا تحتمل التأويل، تهدف إلى بيان حكم القانون في مسألة أو واقعة معينة فهي لا تعبر عن رؤية شخصية، كما هو الحال في الكتابة الأدبية الابتكارية والتي تعبر عن الأحاسيس والانفعالات وتتسم بالإبداع في اللغة والأفكار والاعتماد على الأساليب الإنشائية الأدبية.

وإذا كانت القاعدة في الكتابة العلمية البحثية بما في ذلك المستعملة في المجال القانوني، هي أنها كتابة علمية منطقية موضوعية تغلب عليها سمات الكتابة الإجرائية الوظيفية ذات القواعد المحددة، إلا أن ذلك لا يمنع من إدخال بعض المحسنات اللغوية على الكتابة القانونية ومن ضمنها كتابة الاستشارة القانونية، وهو ما نلاحظه في كتابة بعض الأحكام وخاصة أحكام المحكمة العليا الليبية ومحكمة النقض، ومجلس الدولة في

1- مسعود عيسى العزابي، تقنيات البحث في العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 51. والأسلوب هو الصورة اللفظية التي تكون طريقاً إلى تأدية المعنى إلى النفس، ويقسمه الباحثون إلى ثلاثة أنواع: 1- الأسلوب الخطابي، نسبة إلى الخطابة. 2- الأسلوب الأدبي، وتتجلى فيه المقدرة والبراعة والإنشاء ويجنح إلى الخيال. 3- الأسلوب العلمي المنطقي، وهو الأسلوب الذي يعمد إلى إيضاح الحقائق من أيسر السبل وأقربها، وليس فيه خيال، بل يخاطب العقول ويناجي الأفكار، وليس فيه استعارات ولا مجازات ولا كنايات، لأن المقصود بهذا الأسلوب أن تنتضح المعلومات التي قصد به إيضاها. أحمد حسن الباقوري، أثر القرآن الكريم في اللغة العربية، دار المعارف - مصر، ط/2 - 1973، ص 118-121.

مصر، حيث يلاحظ أن كتابة هذه الأحكام لا تخلو من السمات الإبداعية، ولكن تبقى القاعدة في مجال كتابة البحوث العلمية ومن ضمنها الاستشارات القانونية، وكذلك كتابة الأحكام القضائية أنها كتابة تمتاز بالأسلوب العلمي الذي يهدف في المقام الأول إلى إظهار الحقائق واستقصاء الأفكار وسهولة ووضوح العبارة دون أن يخلو في بعض الأحوال من جماليات الأسلوب الأدبي، وهو ما يطلق عليه الأسلوب العلمي المتأدب⁽¹⁾.

مع تأكيدنا على عدم الإغراق في المحسنات اللغوية والتحول من الأسلوب العلمي المنطقي في كتابة الاستشارة القانونية إلى الأسلوب الأدبي الإبداعي المليء بالعواطف والأحاسيس والانفعالات والتعبيرات الشخصية التي يكثر فيها المجاز والسجع والقافية، فهذا لا يستقيم مع الأسلوب العلمي في البحث والذي يتسم بالموضوعية والمنطقية ويهدف إلى إظهار الحقائق ويتسم بسهولة ووضوح العبارة، كما أنه على الباحث القانوني عند كتابة الاستشارة أن يتفادى أسلوب التهكم وعبارات السخرية، فهي لا محل لها في مجال البحث، وكذلك أسلوب الانفعال والخيال الشخصي، كما هو الحال في الكتابة الأدبية.

كتابة الاستشارة القانونية تكون بألفاظ سهلة مختارة بدقة باللغة في الأداء وبعبارة تصاغ بشكل موجز بقدر الحاجة مع التزام الوضوح والموضوعية والبعد عن

1- سعيد أحمد بيومي، لغة الحكم القضائي، المرجع السابق، ص 94. ويذكر المؤلف بعض النماذج من أحكام مجلس الدولة المصري، والتي مزج فيها القضاة في كتابة أحكامهم بين الأسلوب العلمي مع إدخال بعض المحسنات البلاغية اللغوية مثل السجع والجناس.

الشدة في الكلام أو العنف في التعبير أو الجموح العاطفي، يكون هدفها المنشود بيان حكم القانون في المسألة أو الإشكالية المعروضة للرأي ببساطة ووضوح⁽¹⁾.

ويجب على الباحث أو المستشار القانوني عند كتابة الاستشارة القانونية أن يبتعد عن عبارات السب والشتم والألفاظ الجارحة فلا يصف الشخص المعني بالرأي بأنه ساقط أو مزور أو كاذب وما شابه ذلك من ألفاظ بذيئة، بل لا بد من تخير المعاني في أسلوب كتابة الاستشارة القانونية⁽²⁾.

وعلى الباحث أو المستشار القانوني عند كتابة الاستشارة القانونية الابتعاد عن استعمال الألفاظ غير الدقيقة أو المبالغ فيها.

وعليه الابتعاد عن استعمال ضمير المنكلم سواء في صيغة المفرد أم في صيغة الجمع، كالتعبير بـ "أنا - نحن - أرى - نرى" وضمير المخاطب "أنت وأنتم" والضمائر المتصلة وواو الجماعة⁽³⁾.

وعلى الباحث أو المستشار القانوني أن يراعي الدقة في استخدام المصطلحات القانونية عند كتابة الاستشارة القانونية، وأن يفهم معناها في اللغة القانونية والتي تختلف

1- أمين طه أبو العلا، قيم وتقاليد السلطة القضائية، المرجع السابق، ص 107. سعيد أحمد بيومي، نفس المرجع، ص 96. مسعود عيسى العزابي، تقنيات البحث في العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 53.

2- فمثلاً: بدلاً من كتابة عبارة حيث أن مقدم الطلب غير صادق فيما ذكره في طلبه، تكتب عبارة (حيث أن الطلب المقدم يفقر إلى السند القانوني). وبدلاً من كتابة عبارة (وحيث أنه ثبت زور ما شهد به فلان) تكتب عبارة (وحيث أنه لا يمكن الاطمئنان إلى شهادة فلان). أمين طه أبو العلا، نفس المرجع، ص 106-109.

3- وبدلاً من ذلك تستعمل الألفاظ التي تدل على التواضع وعدم إظهار الشخصية مثل -يظهر مما سبق - تبين من خلال التحليل-يستشف مما ذكر أعلاه-نستنتج مما سبق- يبدو أنه، ولا يجوز استعمال ألفاظ مثل -هكذا تلاحظون-أعلم أن الآراء- أنظروا إلى الآراء. مسعود عيسى العزابي، تقنيات البحث في العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 53، على ضوء، منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص 67.

في كثير من الأحيان عن المعاني العامة للألفاظ فمثلاً: الموضوع ليس هو المحل - والخطأ ليس هو الغلط - والالتزام يختلف معناه عن الواجب - والحكم الابتدائي يختلف معناه عن الحكم النهائي.

وعلى الباحث أو المستشار القانوني أن يراعي في كتابة الاستشارة القانونية التسلسل المنطقي في عرض الوقائع والأسباب، وأن يراعي قواعد الجدل المنطقي في صياغة الأفكار التي ترد في الرأي، فمثلاً تذكر الأمور الشكلية المتعلقة بالمسألة محل الرأي قبل الأمور الموضوعية، وعند ذكر التشريعات يقدم التشريع الأعلى فلا يذكر مثلاً نص اللائحة قبل نص القانون أو يعرض القواعد العامة قبل القواعد الخاصة⁽¹⁾.

2- على الباحث أو المستشار القانوني أن يدرك أنه يخاطب برأيه القانوني طالب الاستشارة القانونية، وهو في العادة غير متخصص في القانون، ولكن قد يطلع على الرأي من هو متخصص في القانون.

لذلك على الباحث أو المستشار القانوني أن يراعي عند كتابة الاستشارة القانونية الموازنة بين الاعتبارين، فلا يغرق في استعمال الاصطلاحات والتعبيرات والأسلوب القانوني إلى حد المبالغة بحيث يصعب على غير المتخصص فهم ما يقصده، وأيضاً لا ينزل بمستوى الكتابة والأسلوب القانوني في الاستشارة إلى حد البساطة التي تجعلها عملاً ساذجاً لا يعبر عن رأي قانوني متخصص.

فيجب أن يسلك مسلكاً وسطاً يجعل الاستشارة مكتوبة بلغة واضحة مفهومة ومحددة، مع عدم الإخلال باللغة والأسلوب القانوني، وإذا كان المصطلح القانوني

1- مسعود عيسى العزابي، نفس المرجع، ص 52-53. على ضوء، نفس المرجع، ص 65-66، عبدالقادر الشخيلي، إعداد البحث القانوني، المرجع السابق، ص 64-65.

المستعمل يصعب فهمه على غير المتخصص، فعليه أن يوضح معناه بشكل موجز أي يضع المعنى بين قوسين⁽¹⁾.

3- الاهتمام بالشكل العام عند طباعة الرأي القانوني.

وذلك سواء من حيث مراعاة قواعد الإملاء ونقادي الأخطاء المطبعية، أو من حيث علامات الوقف والترقيم، فعلى الباحث أو المستشار القانوني أن يراعي قواعد الإملاء بشكل دقيق وكامل، وعليه أن يتفادى وجود أخطاء إملائية عند كتابة الرأي القانوني، لأن ذلك سيعطي انطباعاً سيئاً لدى قارئ الرأي والمطلع عليه⁽²⁾.

1- على ضوء، منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص 237. ونشير هنا إلى ضرورة الكتابة بلغة عربية سليمة من حيث قواعد النحو والصرف والإملاء، فاللغة تمنح الرأي باعتباره بحثاً قانونياً وإن كان مصغراً حلاوته ورونقه من خلال مفرداتها وجملها، لذا يجب على الباحث أو المستشار القانوني أن يحرص على صحة الكتابة من الناحية اللغوية والنحوية، فالكتابة بلغة عربية صحيحة أمر لا يقبل الجدل ولا النقاش ولا يمكن الإغفاء منه بحجة عدم التخصص في اللغة العربية، ويمكن الرجوع إلى كتب اللغة العربية وقواميسها في هذا الخصوص، وفي الجهات الكبيرة ذات الإمكانيات يمكن أن يوظف شخص متخصص في اللغة العربية في المكتب القانوني ليقوم بالمراجعة اللغوية والنحوية للأعمال القانونية، ويجانب الاهتمام بالكتابة بلغة عربية سليمة، يجب على الباحث أو المستشار القانوني كما ذكرنا في الفترة السابقة أن يكتب بأسلوب علمي يمتاز بالدقة والوضوح والإيجاز، ويتعد عن الأسلوب الخطابي أو الإنشائي مع وجود إمكانية لإدخال بعض المحسنات اللغوية دون المبالغة في ذلك. مسعود عيسى العزابي، تقنيات البحث في العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 52. على ضوء، منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص 46.

2- على الباحث أن يراعي قواعد الإملاء الصحيحة وخاصة بالنسبة للهمزات والتي تقع أخطاء كثيرة في كتابتها. محمد عثمان الخشت، فن كتابة البحوث العلمية وإعداد الرسائل الجامعية، مكتبة ابن سينا- القاهرة 1990، ص 76-77.

وعلى الباحث كذلك أن يراعي أن تكون الطباعة واضحة وخالية من الأخطاء المطبعية وأن يلتزم بمواصفات الطباعة، من حيث ترك المسافات ونوعية الخط وحجمه، وغير ذلك من المواصفات الفنية للطباعة⁽¹⁾.

وبالرغم من سهولة الطباعة في الوقت الحاضر باستخدام الحاسب الآلي إلا أن ذلك لا يعني عدم ضرورة المراجعة وتصويب الأخطاء المطبعية، فوجود هذه الأخطاء يعطي انطباعاً سيئاً على الرأي القانوني، ويذهب بالجهود التي بذلت في سبيل إعداد الرأي، وفي كثير من الأحيان يحكم طالب الرأي وكل من يقرأه على مستوى الرأي من خلال جودة الطباعة، فتضيع جهود الباحث أو المستشار القانوني والأفكار التي تضمنها الرأي الذي أعده سدى، نتيجة سوء الطباعة وكثرة الأخطاء المطبعية وعدم التنسيق الجيد⁽²⁾.

وعلى الباحث أو المستشار القانوني أن يراعي علامات الوقف والترقيم، ويقصد بها مجموعة الرموز والعلامات التي توضع بين الجمل والكلمات.

ويساعد وجود علامات الوقف والترقيم على بيان العلاقات المنطقية بين أجزاء الجملة الواحدة من ناحية، وبين عدد من الجمل من ناحية أخرى، فهي تساهم في ترتيب الأفكار وتنسيقها بما يمنع من اختلاطها وتزاحمها، الأمر الذي يسهل قراءة النص وفهمه حسب المقصود به، فعلامات الوقف والترقيم تسهل عملية فهم وإدراك معنى النص عند

1- عبدالله محمد الشريف، أصول إعداد وكتابة التقارير، المرجع السابق، ص 205-208.

2- لذلك على الباحث أو المستشار القانوني أن يراجع الرأي جيداً بعد طباعته ويقوم بتصحيح الأخطاء المطبعية، ولا يسأم من عملية التصحيح ولو تكررت، ويراعى أن يكتب التصحيح للطابع بلون مميز حتى ينتبه إليه. على ضوء، منهجية البحث القانوني، المرجع السابق، ص 118. أحمد شلبي، كيف تكتب بحثاً أو رسالة، المرجع السابق، ص 171-173. عبدالقادر الشبخلي، إعداد البحث القانوني، المرجع السابق، ص 94-95.

قراءته مكتوباً أو سماعه ملفوظاً، فهي تبين المراد وتوضح الفكرة فلولاها لا تتحدد العبارة ولا تستبين أجزاؤها ولا تنتضح معانيها، كما أنها تسهل موقع الفصل والوقف والابتداء بالنسبة للجمل والعبارات⁽¹⁾.

وعلى الباحث أو المستشار القانوني أن يعتني بالهيئة الفنية التي تصير إليها الاستشارة القانونية بعد إعدادها وطباعتها ومراجعتها، وعليه أن يعمل كل ما من شأنه إخراج الاستشارة بشكل جميل ومناسب يليق بمستوى العمل القانوني، مما يزيد الاستشارة وضوحاً وهيبة لدى الجهة طالبة الاستشارة ولدى كل من يقرؤها، فكما يقال إن الخط الحسن يزيد الحق وضوحاً.

1- محمد عثمان الخشت، فن كتابة البحوث العلمية وإعداد الرسائل الجامعية، المرجع السابق، ص89. مسعود عيسى العزابي، تقنيات البحث في العلوم القانونية، المرجع السابق، ص55-56. ومن أهم علامات الوقف والترقيم التي يمكن استخدامها عند كتابة الرأي القانوني:

- النقطة (.) توضع في نهاية الجملة، بعد تمام معناها، كما توضع في نهاية الفقرة ونهاية القول.
 - النقطتان الفوقيتان (:) وتوضعان بعد القول وقيل المقول وبعد المجلد وقيل ما يفصله، وقبل تعداد الأمثلة، وبعد العناوين الجانبية، وبعد أي لفظ نريد تعريفه.
 - علامة الاستفهام (?) وتوضع في نهاية الجملة المشتملة على سؤال أو استفهام.
 - علامة الحذف (...) وتوضع مكان الكلام المحذوف، أو في مكان الكلمات التي تخدش الحياء.
 - علامة التنصيص (" ") نضع بينها كل ما ننقله بالنص، مثل: نصوص المواد القانونية أو غيرها.
 - القوسان () يستعملان لضم الأرقام أو الكلمات المفسرة.
 - الشريطة (-) توضع بعد العدد سواء كان مكتوباً بالأرقام أو الحروف إذا كان عنواناً في أول السطر.
 - الشرطتان (- -) توضع بينهما الجمل الاعتراضية.
 - الفاصلة (،) تستخدم لتفصل فصلاً خفيفاً بين أجزاء الجملة الواحدة.
 - الفاصلة المنقوطة (؛) تفصل بين جملتين تكون إحداها مترتبة على الأخرى أو سبباً لها.
- محمد عثمان الخشت، نفس المرجع، ص89-93. مسعود عيسى العزابي، نفس المرجع ص56-58.

الخاتمة

من خلال دراستنا لمنهجية إعداد الاستشارة القانونية بين النظرية والتطبيقية، نلاحظ أهمية الاستشارة القانونية على الصعيد العملي، بالنظر لارتباط الاستشارة القانونية بمشروعية القرارات والتصرفات التي تجريها الجهات المختلفة بغض النظر عن طبيعتها القانونية حتى لا تكون هذه القرارات والتصرفات عرضة للإبطال أو الإلغاء وما يجلبه ذلك من خسائر مادية ومعنوية وضياح للوقت.

وبالرغم من هذه الأهمية للاستشارة القانونية إلا أنه لم يتم الاهتمام بها سواء على صعيد الدراسات المتعلقة بإعداد الاستشارة ومنهجيتها باعتبارها بحثاً قانونياً وإن كان مصغراً، إلا أنه يحمل خصائص البحث العلمي، فهو يختلف عن المراسلة الإدارية العادية. كما أنه لم يتم الاهتمام بالجانب العضوي في إعداد الاستشارة القانونية ونقصد به الباحثين والمستشارين القانونيين ومكاتب وإدارات الشؤون القانونية في الجهات المختلفة، فلا يوجد تدريب وتأهيل للباحثين والمستشارين القانونيين ولا يوجد اهتمام بهذه الفئة من العاملين في الجهات المختلفة، وتعاني المكاتب والإدارات القانونية من نقص في الإمكانيات والخبرات ولا تؤدي دورها بالشكل المطلوب منها، وبهذا الخصوص ننوه إلى ما يلي:

1- ضرورة الاهتمام بالعناصر البشرية في مجال الاستشارات القانونية، من حيث التدريب والتأهيل ورفع الكفاءة.

2- الاهتمام بالمكاتب والإدارات القانونية في الجهات المختلفة وتزويدها بالإمكانيات اللازمة لأداء عملها بالشكل المطلوب.

3- على الباحثين والمستشارين القانونيين أن يتنبهوا لمستوى المسؤولية الملقاة على عاتقهم، وأن يكونوا جديرين بحمل أمانتها وما تعنيه من أعباء ومشقة وهذا يتطلب منهم

الجد والاجتهاد والدراسة المعمقة للآراء الفقهية وأحكام القضاء ومتابعة التشريعات وتطوير أسلوبهم القانوني والارتقاء بمستواهم اللغوي.

4- نهيب بالمشرع الليبي والمجلس الأعلى للقضاء أن يعيد شعبيتي الفتوى والتشريع إلى المحكمة العليا، لتتولى إبداء الرأي القانوني في المسائل التي تعرض من قبل مجلس الوزراء أو رئيس الدولة أو رئيس مجلس النواب، وفقاً لما كان معمولاً به في قانون المحكمة العليا السابق لسنة 1953- ولائحتها الداخلية، الصادر سنة 1954، وكذلك مراجعة مشروعات القوانين التي ترد من مجلس الوزراء باعتبار أن من يمارس وظيفة الفتوى وإبداء الرأي القانوني يكون الأقدر على تعرف عيوب التشريعات القائمة وأوجه قصورها وكيفية إصلاحها، فتتوافر لديه من خلال تطبيق القانون وإبداء الرأي حول المسائل المعروضة خبرة تمكنه من مراجعة مشاريع القوانين.

ومن خلال إعداد التشريع وصياغته يكون أعرف الناس بقصد المشرع فيسهل عليه إبداء الرأي القانوني بخصوص أية مسألة أو إشكالية تتعلق بتطبيق القانون.

لذلك فإن الجمع بين شعبيتي الفتوى والتشريع وإرجاعها للمحكمة العليا يحقق فوائد كثيرة من أهمها صياغة تشريعاتنا بطريقة سليمة بعيداً عن التجاذبات السياسية التي تحدث داخل السلطة التشريعية وفقاً لما نشهده اليوم في ليبيا.

5- تفعيل دور إدارة القانون، ومنحها الاختصاص بإبداء الرأي القانوني في المسائل والموضوعات التي ترد من الوزارات والهيئات والجهات العامة بمختلف مسمياتها والشركات العامة ومراجعة القرارات واللوائح ذات الصبغة التشريعية، ونماذج العقود الإدارية.

6- وتنظيم إدارة القانون بشكل لا يجعلها في وضع متعارض مع شعبيتي الفتوى والتشريع بالمحكمة العليا، باعتبار أن ما يعرض على شعبيتي الفتوى والتشريع بالمحكمة العليا يتعلق بأعلى المستويات القيادية في الدولة.

وأن تكون التبعية الفنية للمستشارين والباحثين القانونيين لدى الوحدات الإدارية والمؤسسات والهيئات والشركات العامة وما في حكمها لإدارة القانون، وفقا لما ينص عليه قانون إنشاء إدارة القانون رقم (6) لسنة 1992.

7- منح الباحثين والمستشارين القانونيين في الجهات الإدارية والهيئات والمؤسسات والشركات العامة صلاحية المرافعة والحضور نيابة عن الجهة التي يتبعونها أمام المحاكم بالتنسيق مع إدارة القضايا، وذلك لإكسابهم خبرة في مجال الترافع أمام المحاكم ولرفع العبء عن إدارة القضايا ولثبوت نجاح هذه الفكرة في الجهات التي طبقت فيها مثل الشركة الليبية للحديد والصلب.

المراجع

أولاً: المراجع المتخصصة:

- 1- أحمد شلبي، كيف تكتب بحثاً أو رسالة، مكتبة النهضة المصرية-القاهرة، ط/11 - 1979.
- 2- أمين طه أبو العلا، قيم وتقاليد السلطة القضائية، مكتبة الأنجلو المصرية-1981.
- 3- سعيد أحمد بيومي، لغة الحكم القضائي، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والترجمة- القاهرة، ط/1 - 2009.
- 4- سيد أحمد محمود، دور المحامي في المنظومة القضائية، دار النهضة العربية - القاهرة، ط/1-2007.
- 5- عبد الحميد محمد عامر، مناهج البحث العلمي، جامعة مصراتة ط/1، 2015.
- 6- عبدالقادر الشبخلي، إعداد البحث القانوني، دار مجدلاوي-عمان، سنة النشر غير مذكورة.
- 7- عبدالله محمد الشريف، أصول إعداد وكتابة التقارير، دار النشر غير مذكورة ط/2010.
- 8- علي ضوى، منهجية البحث القانوني، مجمع الجامعات-طرابلس-1989.
- 9- محمد شوكت التوني، المحاماة فن رفيع، المكتبة القانونية بعابدين-القاهرة، سنة النشر غير مذكورة.
- 10- محمد عثمان الخشت، فن كتابة البحوث العلمية وإعداد الرسائل الجامعية، مكتبة ابن سينا-القاهرة-1990.
- 11- مسعود عيسي العزابي، تقنيات البحث في العلوم القانونية، مكتبة فزان-طرابلس، ط/1 - 2004.

ثانياً: مراجع الفقه الإسلامي:

- 1- إبراهيم نجيب محمد عوض، القضاء في الإسلام، المطابع الأميرية-القاهرة-1975.
 - 2- إسماعيل إبراهيم البدوي، نظام القضاء في الإسلام، دار النشر غير مذكورة، سنة النشر-2000.
 - 3- شهاب الدين أبا العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي المشهور بالقرافي، الإحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق: عبدالفتاح أبوغدة، دار البشائر الإسلامية-بيروت، ط/2 - 1995.
 - 4- مناع القطان، النظام القضائي في العهد النبوي وعهد الخلافة الراشدة، مكتبة وهبة - القاهرة، ط/1-1993.
- ثالثاً: المراجع العامة:
- 1- إبراهيم عبدالعزيز شيجا، أصول الإدارة العامة، دار المطبوعات الجامعية-الإسكندرية - 1993.
 - 2- جميل أحمد توفيق، إدارة الأعمال، دار الجامعات المصرية-الإسكندرية-1990.
 - 3- سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي-القاهرة 1996.
 - 4- عبدالقادر محمد شهاب، أساسيات القانون والحق في القانون العربي الليبي، منشورات جامعة بنغازي، ط/3-1997.
 - 5- ماجد راغب الحلو، أصول علم الإدارة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-2006.
 - 6- محمود أبو السعود حبيب، دراسات في الإدارة العامة-1988، دار النشر غير مذكورة.

حقوق ملاك الطوابق والشقق في التشريع الليبي

- دراسة في ضوء أحكام القانون المدني والقانون 19

لسنة 1985م بتنظيم الملكية المشتركة للمباني -

د. علي أحمد اشكورفو*

مقدمة:

إن حصول الإنسان على مسكن يأويه يعد عنصراً أساسياً في عناصر حياته ومقوماتها، إلا أن قدرته المالية قد تكون سبباً في عدم تملكه بناء كاملاً، فارتفاع أسعار الأراضي ومواد البناء والأيدي العاملة تكون عائقاً أمام ذلك، ومن ناحية أخرى فإن حتمية الامتداد الرأسي للمباني بدأت تفرض نفسها في المدن التي أصبحت مكان تركز السكان؛ لما فيها من مقومات مدنية يسعى كل الأفراد للتمتع بها، حيث لم تعد هناك المساحات الشاسعة من الأراضي التي يمكن إقامة البناءات عليها؛ مما أثار أزمة الإسكان في بلادنا، فاتجه القطاع العام إلى إنشاء مباني متعددة الطوابق والشقق بقصد تملك وحداتها السكنية للمواطنين لذوي الدخل المحدود، وإن كان قد أسيء توزيع هذه الوحدات؛ بحيث نجد من ليس في حاجة إلى مثل هذه الوحدات يملكها ثم يقوم ببيعها أو بإيجارها تحايلاً على القانون في غياب تشريع يحد من مثل هذه التصرفات، وظهرت في هذا المجال أيضاً الشركات التي تقوم ببناء وحدات لبيعها للمواطنين، ويكون هذا البيع إما بعد تمام البناء أو على الرسم الهندسي للمبنى، وقد يتم البيع بعد بناء هيكل المبنى "جدران وسقف" دون استكمالها مثل تركيب الأبواب والنوافذ، وأعمال السباكة، وأعمال البلاط والطلاء.

*- عضو هيئة التدريس بكلية القانون، جامعة مصراته/ليبيا.

كل ذلك أفرز نظاماً دخليلاً على المجتمع الليبي⁽¹⁾، حيث نشأ ما يعرف بالملكية المشتركة للمباني التي تتكون من عدة طوابق، أو مجموع وحدات سكنية "شقق" تعود ملكيتها لأكثر من شخص في المبنى الواحد؛ حيث يملك كل منهم جزءاً منه ملكية تامة، وتكون هناك أجزاء أخرى في المبنى ملكيتها مشتركة لجميع الملاك على الشيوع وتكون بذلك المباني المكونة من عدة طوابق وشقق سكنية مملوكة لأكثر من مالك يكون لكل منهم ملكية مفرزة تتمثل في الطابق أو الشقة بما يحتويه بداخلها، وتكون بقية أجزاء المبنى من جدران، ومدخل، وسطوح، سلالم...، وكافة الأشياء المستعملة من الجميع أو التي تعد للاستعمال المشترك ملكية مشتركة بين هؤلاء الملاك، فهي ملكية شائعة فيما بينهم شيوعاً إجبارياً⁽²⁾.

ومتى تم تملك الطوابق أو الشقق بسند قانوني، فإنه يترتب على هذه الملكية آثار تتمثل في حقوق ملاك الطوابق والشقق والتزاماتهم؛ ذلك لأن حق الملكية ليس حقاً مطلقاً

1- حيث لم يعرف هذا النظام إلا مؤخراً، فلم يعرف الليبيون الجوار الرأسي إلا بعد الحرب العالمية الثانية، وقد كان السائد عندهم في المدن الجوار الأفقي حيث يقيمون في المدن في الوحدات السكنية المتلاصقة أفقياً، أما في الأرياف الليبية فقد كانوا يسكنون متفرقين كل يقيم في أرضه التي يمتلكها فلا تلاصق عندهم في المنازل بل في حدود الأراضي، شأنهم في ذلك شأن العرب قديماً.

2- د. جمعة محمود الزريقي، "الحقوق العينية الأصلية والتبعية في التشريع الليبي"، ط3، ج1، 2007، 2008م، د.ب. ص170.

وقد عرف الفقهاء المسلمون هذا النظام ونظموا أحكامه في وضع قواعد لحق العلو، وحق السفلى. انظر في ذلك على سبيل المثال من كتب الفقه الحنفي، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط2، ج17، ص91، من كتب الفقه المالكي، محمد بن أحمد ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البوابي الحلبي، ج3، ص14، من كتب الفقه الشافعي، شرف الدين الرملي، نهاية المحتاج، ط مصطفى الحلبي، ج4، ص131، من كتب الفقه الحنبلي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ط دار الكتب العلمية، بيروت، ج3، ص116.

بل ترد عليه عدة قيود تحد من سلطات المالك لصالح ملكية أو ملكيات أخرى؛ بهدف تحقيق نوع من التوازن وإقامة العدل بين ملاك هذه الطوابق والشقق، فما هي حقوق ملاك الطوابق والشقق؟

هذا ما نحاول بيانه في هذه الورقة البحثية المتواضعة من خلال استقراء وتحليل النصوص المتعلقة بالموضوع في التشريع الليبي، وما دبح عنه في كتب الفقه القانون التي أتاحت لنا في محاولة متواضعة لبيان الحقوق التي تخولها ملكية الطوابق والشقق لمالكيها من استعمال واستغلال، وتصرف، تلك الحقوق التي حددتها المادة (811) من القانون المدني.

وممّا لا شك فيه أن حقوقاً كهذه تحتاج إلى تنظيم للعلاقة بين أصحابها ملاك المباني المتعددة الطوابق والشقق؛ خاصة وأن الملاك عادة ما يكونون غير متجانسين من حيث المستوى الثقافي والاجتماعي مما يؤدي إلى عدم التآلف والترابط فيما بينهم وينعكس سلباً على تلك المباني من حيث الاهتمام بها وصيانتها؛ الأمر الذي جعل المشرع الليبي ينتبه لذلك فلم يكتف بالأحكام والقواعد العامة الواردة في القانون المدني بل أصدر القانون رقم 19 لسنة 1985م بتنظيم الملكية المشتركة للمباني⁽¹⁾، واستحدث به بعض الأحكام لتنظيم الملكية المشتركة⁽²⁾.

1- منشور في الجريدة الرسمية ع 28 بتاريخ 28/11/1985م.

2- ويلاحظ على هذا القانون أنه لا يطبق إلا على المباني التي تتكون من خمس وحدات عقارية فأكثر، وما دون ذلك يتم تطبيق القواعد العامة الواردة في القانون المدني مما أوجد نظامين لإدارة الملكية المشتركة.

لمعرفة المزيد انظر د.جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق،

ص173، وما بعدها.

وحيث إن ملكية الطوابق والشقق وفقاً لتنظيم المشرع لها تنقسم إلى نوعين ملكية مفرزة وأخرى غير مفرزة⁽¹⁾ تعطى كلا منها لصاحبها حقوقاً، بعضها يكون مصدره القانون، والبعض الآخر يكون مصدره الاتفاق، لذا رأينا دراسة هذا الموضوع وتسليط الضوء عليه من خلال الخطة البحثية التالية:

مطلب تمهيدي: نتناول فيه ماهية ملكية الطوابق والشقق.

مطلب أول: حقوق ملاك الطوابق والشقق على الأجزاء الخاصة بهم في المبنى.

مطلب ثاني: حقوق ملاك الطوابق والشقق على الأجزاء المشتركة في المبنى.

تمهيد:

ماهية ملكية الطوابق أو الشقق

لمعرفة ماهية ملكية الطوابق والشقق يتعين علينا بيان مفهوم ملكية الطوابق والشقق وعناصر هذه الملكية، وهذا ما نتناوله في الفقرتين التاليتين:

- الفقرة الأولى: مفهوم ملكية الطوابق والشقق.

- الفقرة الثانية: عناصر ملكية الطوابق والشقق.

الفقرة الأولى: مفهوم ملكية الطوابق والشقق:

اقتداءً بالقانون المدني المصري تناول المشرع الليبي في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثالث من القسم الثاني المعنون: (الحقوق العينية) أحكام الملكية المفرزة ثم الملكية الشائعة سواء كان هذا الشروع اختيارياً أم إجبارياً، وانتقل بعد ذلك

1- يقصد بالملكية المفرزة: الملكية الخاصة لكل مالك وحقه على طابقه أو شقته حق ملكية لا شيوخ فيها. ويقصد بالملكية الغير مفرزة: الملكية الشائعة شيوخاً إجبارياً وهي ملكية الأجزاء المشتركة المعدة لاستعمال الجميع.

د. علي علي سليمان، "شرح القانون المدني الليبي"، منشورات جامعة قار يونس (بنغازي)، ط1،

إلى تناول نوع آخر من الملكية يجمع بين خصائص الملكية الشائعة والملكية المفترزة ألا وهو نظام ملكية الطبقات وبيّن أن ملكية الطبقات⁽¹⁾ أو الشقق تحتوي على ملكية مفترزة وهي الطابق أو الشقة التي يملكها مالك معين، و ملكية شائعة شيوخاً إجبارياً بين جميع الملاك ومثل لها بأجزاء البناء التي يرد عليها الاستعمال المشترك كالأساسات، الأسطح، المداخل، وغيرها⁽²⁾. ونص على شيوخ أكثر خصوصية مما سبق حيث بين أن هناك أجزاء من المبنى تقتصر ملكيتها على اثنين من الملاك فقط مثل الجدران التي تفصل بين شقتين متجاورتين حيث اعتبرها مملوكة على الشيوخ بين ملاك هاتين الشقتين دون سائر الملاك⁽³⁾. ويذهب جانب من الفقه المصري⁽⁴⁾ إلى أن النصوص المنظمة لملكية الطبقات في القانون المصري⁽⁵⁾ تتضمن نظامين مختلفين:

- الأول: يفترض أن مالك الطابق أو الشقة يملكها ملكية مفترزة، سقفها، جدرانها، وله حق القرار على الطابق السفلي، ويتبادل مع غيره من الملاك حقوق الاتفاق.

- 1- أورد المشرع الليبي ملكية الطبقات في المواد من 860 إلى 873 من القانون المدني.
- 2- د. محمد كامل مرسى، "شرح القانون المدني"، الحقوق العينية الأصلية منشأة المعارف، جلال حزي وشركاه، 1975م، ج2، ص302، أستاذنا د. محمد على عمران، "الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري"، دار النهضة العربية، ط1970م، ص242، د. عبد الناصر توفيق العطار، "تمليك الشقق والطبقات"، ط1977م، مطبعة دار السعادة بمصر، ص626، د. علي علي سليمان، "شرح القانون المدني الليبي"، مرجع سابق، ص132.
- 3- د. أنور العمروسي، "التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بأحكام الفقه ومذاهب القضاء"، ط1، 1993م، ج4، ص445.
- وانظر أيضاً مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج6، مطبعة دار الكتاب العربي بمصر، دت، ص157.
- 4- د. السيد على المغازي، "ملكية طبقات المنازل"، دار الفكر العربي، 1949م، ص91.
- 5- تطابق النصوص الواردة في القانون المدني الليبي.

- الثاني: ويقوم على أساس أن حق مالك الطابق أو الشقة يشتمل على ملكية شائعة في أجزاء المبنى المعدة للاستعمال المشترك وملكية مفرزة لما يحتويه طابقه أو تحتويه شقته ما لم يوجد في سند التملك ما يخالفه.

ويذهب رأي آخر من الفقه⁽¹⁾ إلى أن نصوص القانون المدني تتضمن نطاقاً واحداً يحتوي على أحكام للأجزاء الخاصة المملوكة ملكية مفرزة وأخرى للأجزاء المشتركة المملوكة على الشيوع وينظم الاتفاقات بين السفلى والعلوي.

في حين يذهب رأي ثالث من الفقه⁽²⁾ إلى أن المشرع المصري تأثر بكل من أحكام الفقه الإسلامي، والقانون الفرنسي، فاستمد نظام الملكية المفرزة من قواعد الفقه الإسلامي، واستمد نظام الملكية الشائعة من القانون الفرنسي، ويرى أنه ينطبق على ملكية الطوابق قواعد الفقه الإسلامي، في حين ينطبق على ملكية الشقق نظام الملكية الشائعة المستمد من القانون الفرنسي، ويرى أن نظام الملكية الشائعة هو الأصل بمعنى أنه يطبق ما لم يوجد في سند الملكية ما يشير إلى رغبة الملاك في تطبيق نظام الملكية المفرزة، فنظام ملكية الطوابق أو الطبقات لا يسري إلا إذا تم الاتفاق عليه بين الملاك.

بعد هذه التوطئة عن موقف القانون المدني من ملكية الطوابق والشقق، ما هو المقصود بملكية الطوابق والشقق؟

يقصد بملكية الطوابق والشقق تقسيم المباني التي تتعدد طوابقها أو شققها بين أكثر من مالك بحيث يستقل كل منهم بطابق أو شقة استقلالاً مفرزاً ويملكها ملكية خاصة⁽³⁾.

1- د. عبدالمنعم فرج العدة، "حق الملكية"، ط1، 1960م، دبت، دن، ص221 وما بعدها.

2- د. عبدالناصر توفيق العطار، "تمليك الشقق والطبقات"، مرجع سابق، ص38 وما بعدها، د. السيد علي المغازي، "ملكية طبقات المنازل"، دار الفكر العربي، 1949م، ص94 وما بعدها.

3- د. عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، ط1967م، دار إحياء التراث، ج8، ص1333، أستاذنا د.محمد لبيب شنيب، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، مرجع سابق، ص369.

يتضح من هذا التعريف أن هناك عناصر لملكية الطوابق والشقق؛ فما هي هذه العناصر؟ هذا ما نحاول بيانه في الفقرة التالية.

الفقرة الثانية: عناصر ملكية الطوابق والشقق:

تنص المادة 860 من القانون المدني على أنه:

"1- إذا تعدد ملاك الدار أو شققها المختلفة فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات أو الدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة، كل هذا ما لم يوجد في سندات الملك ما يخالفه.

2- وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة الجزء الذي له في الدار، وليس لمالك أن يتصرف في نصيبه هذا مستقبلاً عن الجزء الذي يملكه.

3- والحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين".

ونصت المادة 10 من القانون 19 لسنة 1985م بتنظيم الملكية المشتركة في المباني على "مع مراعاة ما تنص عليه سندات تملك الوحدات المكونة للمبنى يعد الملاك شركاء في ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع وعلى الأخص ما يلي:

1- الأساسات والأعمدة والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والسلام والمصاعد أو الدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب والأسلاك عدا ما كان منها خاصاً بوحدة معينة.

2- الطابق تحت الأرض والصالات المشتركة ومسكن الحارس وغرفة الحراسة وحجرات الخدمات والخزانات المشتركة.

ويكون حق الانتفاع بالأجزاء المشتركة بجميع شاغلي المبنى في حدود الأغراض المخصصة لها".

المتعمق في قراءة هذين النصين يتضح له بجلاء عناصر ملكية الطوابق والشقق التي تتمثل في ثلاثة عناصر هي: وجود مبنى مكون من طوابق أو شقق متعددة، وأن تجزئة ملكية المبنى بين عدة ملاك وأخيراً استقلال ملكية كل طابق أو شقة فهي مفرزة لمالكها، وهذا ما نبينه تباعاً:

- العنصر الأول: وجود مبنى مكون من طوابق أو شقق:

فإذا كان المبنى مكون من شقة واحدة فلا مجال لتطبيق أحكام ملكية الطوابق والشقق، وهذا ما يستفاد من صدر المادة 1/860 "إذا تعدد ملاك الدار أو شققها المختلفة..."، لكن ماذا عن المبنى المكون من دور واحد، "طابق واحدة" وتعددت فيه الشقق فهل ينطبق عليه أحكام ملكية الطوابق والشقق؟

لقد تعرض القانون المدني في المواد من 860 إلى 863 لأحوال تعدد ملاك طوابق المبنى أو شققه ويستفاد من هذه النصوص أنه يمكن تطبيقها على المبنى المكون من طابق واحد متى تعددت الشقق فيه⁽¹⁾.

- العنصر الثاني: وجود أكثر من مالك في المبنى:

يشترط لتطبيق أحكام ملكية الطوابق والشقق أن يكون للمبنى أكثر من مالك فلا يتحقق تطبيق هذه الأحكام في مبنى مكون من أكثر من طابق أو شقة إذا كان مملوكاً

1- عبد القانون 19 لسنة 1985م بشأن تنظيم الملكية المشتركة للمباني عن الشقة بالوحدة السكنية حيث عرفها في المادة 1/1 منه على أنها "كل جزء من المبنى يوفر مرافق سكنية كاملة لعائلة واحدة".

بكامل طوابقه وشققه لمالك واحد حيث نكون في هذه الحالة أمام ملكية مفرزة لشخص على ملكه. ومن ثم فإن تجزئة ملكية المبنى أو ما يعرف بتعدد ملاكه هي السمة البارزة التي تميز ملكية الطوابق والشقق عن الملكية المفرزة.

ولا يشترط لأعمال أحكام ملكية الطوابق والشقق أن يكون عدد الملاك مساوياً لعدد الطوابق أو الشقق، فقد يكون الملاك أكثر من الطوابق والشقق إذا تعدد ملاك الطابق الواحد أو الشقة الواحدة حيث يشترك أكثر من مالك في طابق أو شقة على الشيوخ، وقد يزيد عدد الطوابق والشقق على عدد الملاك لها عندما يملك أحد الملاك أكثر من طابق أو أكثر من شقة، ويمكن أن يكون المالك شخصاً طبيعياً، أو اعتبارياً ويمكن أن تتجزأ ملكية الطابق أو الشقة بين أشخاص طبيعيين واعتباريين.

- العنصر الثالث:

لكي يتم تطبيق أحكام ملكية الطوابق والشقق يجب أن تكون ملكية كل طابق أو شقة ملكية خاصة مفرزة لمالكها أو مالكيها، وأن تكون الأجزاء الأخرى في المبنى كالسلم والمدخل، مما يمكن استعماله من جميع الملاك الآخرين مملوكة ملكية شائعة بينهم بسبب أنهم يملكون هذه الأجزاء أو لأن لهم حق ارتفاق عليها ملكية شائعة.

فتمت اكنمت عناصر ملكية الطوابق والشقق وتحققت هذه الملكية بسند قانوني ترتب على هذه الملكية جملة من الحقوق للملاك.

وتنقسم حقوق ملاك الطوابق والشقق إلى حقوق تتعلق بالأجزاء الخاصة بهم من المبنى وأخرى تتعلق بالأجزاء المشتركة من المبنى، وهذا ما نحاول بيانه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

حقوق ملاك الطوابق والشق على الأجزاء الخاصة بهم في المبنى "الملكية المفززة"

إن نظام ملكية الطوابق والشقق في القانون المدني يقوم على أساس الإفراس الكامل للمبنى، حيث يقسم المبنى إلى طوابق أو شقق تكون ملكية الطوابق أو الشقق ملكية مفززة مملوكة بكاملها لصاحبها، ويكون لمالك الطابق العلوي حق القرار على صاحب الطابق السفلي، ويترتب على ذلك أن لكل منهما كامل السلطات التي يملكها مالك الشيء من استعمال واستغلال وتصرف فيه، وفقاً لما تنص عليه المادة 811 من القانون المدني، وهذا ما نحاول بيانه من خلال الفقرات التالية:

- أولاً: سلطة الاستعمال:

تنص المادة 811 من القانون المدني على أنه: "مالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه"⁽¹⁾.

ويقصد بالاستعمال في هذا النص "القيام بأي عمل على الشيء، سواء تم بقصد الحصول على ما يمكن أن يؤديه من خدمات، أو بصرف النظر عن الحصول على أية خدمة، بل ولو كان القيام بهذا العمل يلحق الضرر بالمالك"⁽²⁾.

ويقصد بالاستعمال أيضاً: "الإفادة المباشرة من المنفعة التي يمكن أن يخولها الشيء في غير ما يمكن استخراجه منه من منتجات وثمار، فاستعمال المنزل يكون بسكنه، واستعمال السيارة يكون بركوبها، واستعمال الكتاب يكون بقراءته"⁽¹⁾.

1- وقد أبرز هذا النص ثلاثة نقاط، الأولى: استئثار المالك بالسلطات المخولة له وهذا ما يستفاد من لفظ "وحده"، الثانية: أن هذا الاستئثار يكون في حدود القانون، الثالثة: أن سلطات المالك ثلاث هي الاستعمال، الاستغلال، التصرف. لمزيد من التفصيل انظر: د. أحمد سلامة، أحكام الملكية الفردية في القانون المصري، ط2، 1980م، مكتبة عين شمس، ص83 وما بعدها.

2- د. أحمد سلامة، أحكام الملكية الفردية، مرجع سابق، ص85.

فحق الاستعمال يخول المالك القيام بكافة الأعمال المادية التي تسمح بها طبيعة الشيء، مثل استعمال المنزل في السكن، والسيارة في الركوب والنقل، والأرض في الزراعة والرعي... وللمالك الحق في عدم استعمال ملكه ولا يترتب على ذلك سقوط حقه في الاستعمال وله أن يستعمله ولو في غير ما أُعدَّ له⁽²⁾.

وتطبيقاً لذلك فإن للمالك حق استعمال ملكه في الغرض المخصص له استعمالاً مطلقاً بالسكن فيه أو جعله محلاً للتجارة أو غير ذلك من أوجه الاستعمال، وله في سبيل ذلك إجراء التعديلات والتحسينات اللازمة للسكنى أو لممارسة نشاط معين، وله إجراء ما يراه من ترميمات وإصلاحات تمنع تصدع البناء أو انهياره، كل ذلك في حدود ما يفرضه القانون أو ما تفضي به الاتفاقات بين المعنيين.

إذاً فكل أوجه استعمال الشيء مقررة لمالكي الطوابق والشقق في المباني متعددة الطوابق والشقق بشرط التقيد بما يفرضه القانون من قيود أو ما يتم الاتفاق عليه بين الأطراف، ويجوز لهم أيضاً التنازل عن حقهم في الاستعمال لغيرهم.

- ثانياً: سلطة الاستغلال:

يقصد بحق الاستغلال⁽³⁾ الحصول على ما يتولد أو يُنتج عن الشيء من ثمار⁽⁴⁾، وعليه فإنه يسمح للمالك أن يستغل ملكه استغلالاً قانونياً فله حق الاستفادة من

-
- 1- د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990م، ص82.
 - 2- د. علي علي سليمان، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص35، د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأجلية والتبعية، مرجع سابق، ص26.
 - 3- يطلق البعض على هذا الحق "الحق في الاستثمار" ويعرفه بأنه "استخلاص ما ينتج عن الشيء من ثمار لا تمس بجوهره". د. مصطفى كمال الجمال، نظام الملكية، مرجع سابق، ص83.
 - 4- د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص27.

ثماره ومنتجاته وهذا ما تؤكد المادة 313 من القانون المدني والتي تنص على "المالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك". ويكون له ذلك متى كان سند الملك والقانون خاليين من النص على قيود تمنعه من ذلك، فيجوز لمالكي الطوابق والشقق استغلال استغلالها ما لم يكن هناك مانع قانوني أو اتفاقي، ويجوز لهم أن يتنازلوا عن حقهم في الاستغلال للغير.

- ثالثاً: سلطة التصرف:

يقصد بالتصرف "استخدام الشيء استخداماً يستنفذ السلطة المقررة عليه كلها أو بعضها"⁽¹⁾.

ويرى البعض⁽²⁾ أنه يقصد بالتصرف معنيان:

- معنى مادي: وهو التصرف في الشيء مادياً بتغيير شكله أو بإهلاكه، وبهذا يتميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأولى.

- ومعنى قانوني: ويعني الحق في التصرف القانوني في الشيء بنقل ملكيته كلها أو بعضها إلى الغير عن طريق البيع أو الهبة أو ترتيب حقوق عينية عليه.

ويمكن القول بأن التصرف يعني التنازل عن كل ما يخوله الحق من مكنات أو قدرات.

وبناءً عليه فإنه يحق لمالكي الطبقات والشقق إجراء كافة التصرفات القانونية والمادية ما لم تكن هناك قيود قانونية أو اتفاقية تمنعها، والتصرف القانوني يمكن أن

1- د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، مرجع سابق، ص 83.

2- د. علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، مرجع سابق، ص 36.

يشمل كامل أجزاء الطابق أو الشقة أو يرد على جزء منهما فيجوز البيع الكلي أو الجزئي والهبة والوصية⁽¹⁾.

ومن صور التصرف المادي أن يقوم مالكو الطوابق والشقق بإحداث تغييرات في أملاكهم بما يهيئونها للسكن كإزالة جدران داخلية.

المطلب الثاني

حقوق ملاك الطوابق والشقق على الأجزاء المشتركة في المبنى

"الملكية غير المفرزة"

تعتبر ملكية الطوابق والشقق على الأجزاء المشتركة ملكية غير مفرزة لملاك الطوابق والشقق، فهي ملكية شائعة وفقاً لنص المادة 834 من القانون المدني والتي جاء نصها "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه 6 فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقر دليل على غير ذلك".

ووفقاً لهذا النص تكون هناك ملكية شائعة كلما كان هناك شيء واحد مملوك لعدة أشخاص ملكية غير مفرزة؛ بمعنى أن يخصص لكل منهم جزء مادي معين. ويقصد بالملكية الشائعة حالة وجود حقوق لأكثر من شخص على نفس الشيء يتضمن كل منها جميع سلطات الملكية⁽²⁾.

1- د. خالد محمد زكي صالح، ملكية الطبقات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1979م، ص 139 وما بعدها، د. مصطفى عبد السيد الجارحي، ملكية الشقق في القانون المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1976م، ص 38 وما بعدها.

2- د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، مرجع سابق، ص 73.

ويكون مصدر الملكية الشائعة إما القانون أو الاتفاق، ويكون مصدرها القانون إذا كان الشيوع مترتباً على الميراث، ويكون مصدرها الاتفاق أو إرادة الإنسان كما إذا وهب أو أوصى شخص لاثنتين فأكثر مالمّا.

وقد اختلف الفقه في تكييف حق الشريك المشتاع إلى اتجاهات ثلاث⁽¹⁾: فقد ذهب اتجاه إلى القول بأن المال الشائع يكون مملوكاً ملكية مشتركة لجميع الشركاء المشتاعين، وذهب اتجاه آخر إلى أن حق الشريك المشتاع حق عيني من نوع خاص، وذهب اتجاه ثالث إلى القول بأن حق الشريك المشتاع حق شخصي لا عيني.

والأصل أن الأجزاء المشتركة في ملكية الطوابق والشقق يحددها السند المنشئ لهذه الملكية فإذا خلا هذا السند من تحديد الأجزاء المشتركة فتعتبر ملكية مشتركة ما كان معداً للاستعمال المشترك بين جميع الملاك، وهذا ما نصت عليه المادة 1/860 من القانون المدني حيث نصت على "1- إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة، فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والسلام والمساعد والممرات أو الدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنايبب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة، كل هذا ما لم يوجد في سندات الملك ما يخالفه".

فهيكّل البناء كله يعتبر من الأجزاء المشتركة بين جميع الملاك ولو كانت بعيدة عن طابق أو شقة أي منهم، أما الأجزاء المعدة لاستعمال بعض الملاك دون البعض الآخر، فتكون مشتركة بين هؤلاء الملاك وحدهم وفقاً لنص المادة 3/860 من القانون

1- انظر في هذا الخلاف د. جمعة محمود الزرقاني، "الحقوق العينية"، مرجع سابق، ص 89 وما بعدها، د. علي علي سليمان، "شرح القانون المدني"، مرجع سابق، ص 86 وما بعدها، د. مصطفى محمد الجمال، "نظام الملكية"، مرجع سابق، ص 74 وما بعدها.

المدني والتي تنص على "3- والحوازر الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين".

لكن السؤال الذي يفرض نفسه هو كيف يمكن تحديد أنصبة الشركاء في الأجزاء المشتركة؟

لقد أجابت على ذلك المادة 2/860 من القانون المدني حيث نصت على "2- وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة الجزء الذي له في الدار، وليس لمالك أن يتصرف في نصيبه هذا مستقلاً عن الجزء الذي يملكه".

يتضح من هذا النص أن نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة يتحدد بنسبة الجزء الذي له في الدار بمعنى أنه يتحدد بنسبة قيمة الطابق أو الشقة التي يملكها. ويعتبر تحديد نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة مسألة ذات أهمية حيث تظهر أهميتها من حيث تحديد نصيب كل مالك فيما قد يستحق من مقابل عن جزء من هذه الأجزاء، نتيجة بيعه أو نزعه للمنفعة العامة أو التعدي عليه من الغير، وتحديد نصيبه في نفقات هذه الأجزاء، وتقدير رأي المالك عند حساب الأغلبية في إصدار القرارات المتعلقة بإدارة الأجزاء المشتركة⁽¹⁾.

والمشرع وإن كان قد حدد نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة بنسبة الجزء الذي يملكه في المبنى؛ لكنه لم يضع المعيار أو الأساس الذي يمكن بواسطته تحديد هذه القيمة، ولم يبين الوقت الذي يتحدد فيه هذا النصيب.

1- د. مصطفى محمد الجمال، "نظام الملكية"، مرجع سابق، ص 155.

حاول جانب من الفقه المصري⁽¹⁾ الاجتهاد لوضع هذا المعيار فذهب إلى القول بأن تحديد قيمة نصيب كل مالك تكون على أساس مساحة ما يملكه وموقعه.

أما عن الوقت الذي يتحدد فيه نصيب المالك فقد اختلف الفقه في تحديد هذا الوقت، فذهب بعضهم⁽²⁾ إلى القول بأن تحديد قيمة نصيب كل مالك يكون وقت النزاع حتى يدخل في حساب هذه القيمة ما يكون قد لحق هذا النصيب من زيادة أو نقص في قيمته بعد الإنشاء، كأن يصبح الحي المقام فيه البناء حياً تجارياً مما يتيح استخدام الطابق السفلي منه كمحلات تجارية.

وذهب البعض الآخر من الفقه⁽³⁾ إلى القول بأنه يجب الاعتداد بقيمة البناء وقت إنشائه تجنباً لما قد يثور من منازعات إذا تم اعتماد التقدير وقت النزاع. لكن هل تختلف سلطات المالك في ملكيته المشتركة مع آخرين عنها في ملكية المفزعة؟ الواقع أن ملكية الطوابق والشقق شأنها شأن الملكية عموماً، تخول صاحبها سلطات المالك الثلاثة الاستعمال، الاستغلال والتصرف إلا أنها تثير بعض المسائل التي تحتاج إلى مزيد بيان كالتعديل في الأجزاء المشتركة، ونظراً لطبيعة الملكية الشائعة حيث إنها ليست ملكية فردية فالحصص فيها غير مفزعة فإنها تعطى للشريك المشاع حصة في إدارة المال الشائع المتكون من حصص جميع الشركاء، وهذا ما نتناوله في الفقرات التالية:

أولاً: الحق في استعمال الأجزاء المشتركة:

إن الشيوع في الملكية المشتركة شيوع إجباري، ويكون نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة الشائعة بحسب قيمة الجزء الذي له في المبنى، ومن ثم فلا يجوز

1- د. منصور مصطفى منصور، "حق الملكية في القانون المدني"، 1965م، دن، ص 99.

2- د. محمد علي عرفة، "حق الملكية"، ج1، دت، دن، ص 357.

3- د. إسماعيل غانم، "حق الملكية" 1965م، دن، ص 153.

لمالك طابق أو شقة ما في المبنى أن يتصرف في نصيبه في الأجزاء الشائعة مستقلاً عن الطابق أو الشقة التي يمتلكها؛ بل عليه إن أراد التصرف فيها أن يتصرف في الطابق أو الشقة التي تتبعها هذه الأجزاء الشائعة⁽¹⁾.

وقد نصت المادة 1/861 من القانون المدني على حق مالك الجزء المشاع في الأجزاء المشتركة من المبنى حيث نصت على "1- كل مالك في سبيل الانتفاع بالجزء الذي يملكه في الدار حر في أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له، على ألا يحول دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم".

يتضح من خلال هذا النص أن لمالك الطابق أو الشقة في المبنى أن يستعمل الأجزاء المشتركة كما يشاء. لكن هل يجوز لصاحب الطابق الأعلى أن يبني طابقاً جديداً فوق طابقه؟

يجيب جانب من الفقه⁽²⁾ على ذلك بالقول بأنه يتمتع على مالك الطابق الأعلى ببناء طابق جديد فوق طابقه لأن جدران طابقه وسقفه تعتبر من ضمن الأجزاء المشتركة في المبنى.

إلا أن القضاء في مصر يرى خلاف ذلك حيث أجاز لصاحب العلو أن يبني فوق طابقه طابقاً جديداً بشرطين هما: الأول: أن يكون العبء من بناء الطابق الجديد لا

1- د. محمود جمال الدين زكي، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، ط1978م، د.ن ص224،

د. عبدالرزاق السنهوري، "الوسيط"، مرجع سابق، ص1350.

2- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص1354، د. إسماعيل غانم، "حق الملكية"، مرجع

سابق، ص324.

يضر بأصحاب الأدوار السفلى وتتحملة أساسات البناء، والثاني: ألا يكون في بناءه الجديد مخالفة للوائح البناء ونظمه⁽¹⁾.

ويجوز لصاحب السفلى أن ينشئ في جدران طابقه أو شقته رفوفاً أو تجويفات أو يوسع نافذة إذا لم يحد ذلك من استعمال باقي الشركاء ولم يؤد إلى الإضرار بهم. لكن هل يجوز للمالك أن يجري تعديلاً على الأجزاء المشتركة من المبنى؟ إن في نص المادة 2/861 من القانون المدني الإجابة على هذا السؤال حيث جاء فيها "2- ولا يجوز إحداث أي تعديل في الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك حتى عند تجديد البناء، إلا إذا كان التعديل يقوم به أحد الملاك على نفقته الخاصة من شأنه أن يسهل استعمال تلك الأجزاء دون أن يغير من تخصيصها أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين".

يتضح من هذا النص أن المالك لا يستطيع القيام بإجراء أي تعديل دون موافقة بقية الملاك؛ إلا إذا كان من شأن هذا التعديل تيسير وتسهيل استعمال الجزء الشائع وبشرطين الأول: ألا يغير في تخصيص هذا الجزء. والثاني: ألا لحق ضرراً مع الملاك الآخرين.

ثانياً: الحق في استغلال الأجزاء المشتركة:

تنص المادة 1/835 من القانون المدني على "كل شريك في الشروع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

1- طعن مدني 56/099 من جلسة 89/3/8 مجموعة أحكام النقض المصرية، المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية، ص40.

ويذهب جانب من الفقه⁽¹⁾ إلى أن مالك الطابق أو الشقة بمفرده لا يجوز له استغلال الأجزاء المشتركة من المبنى أو أي جزء منها لأن هذه الأجزاء مملوكة ملكية شائعة بين جميع الملاك فلا يجوز لأحدهم الاستثمار باستغلالها دون بقية الملاك، فلا يستطيع أي منهم أن يقوم بإيجار حديقة المبنى أو سطحه أو مصعده أو ممراته أو مناوره وفناءاته، إلا أنه يجوز لكل مالك طابق أو شقة في المبنى تأجير ما يملكه ويشمل الإيجار حينئذ ملكيته المفزعة (الطابق أو الشقة) وحصته في الملكية المشتركة، إلا أن جانباً من الفقه⁽²⁾ يرى جواز تأجير الأجزاء المشتركة استقلالاً عن الأجزاء الخاصة، ويذهب في ذلك إلى التفرقة بين حالتين:

- الفقرة الأولى: حالة وجود اتحاد ملاك للمبنى وفي هذه الحالة يجوز إيجار الأجزاء المشتركة من المبنى عن طريق هذا الاتحاد لأن التأجير من أعمال الإدارة وهذا ما يختص به اتحاد ملاك المبنى.

- الفقرة الثانية: حالة عدم وجود اتحاد ملاك للمبنى وفي هذه الحالة يتم اللجوء للأحكام في العامة في شأن إدارة الملك الشائع المنصوص عليها في المواد 838⁽³⁾، 1/839⁽⁴⁾ من القانون المدني المصري، فإذا اتفقت غالبية ملاك الطوابق

1- د. عبدالناصر توفيق العطار، تملك الشقق والطبقات، مرجع سابق، ص 64 وما بعدها، د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 335 وما بعدها.

2- د. خالد محمد زكي صالح، ملكية الطبقات، رسالته، مرجع سابق، ص 368.

3- تطابق المادة 836 من القانون المدني الليبي والتي نصها "تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك".

4- تطابق المادة 1/837 من القانون المدني الليبي التي نصها "أن ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة، فإن لم تكن ثمة أغلبية فالمحكمة بناءً على طلب أحد الشركاء، أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع".

والشقق على تأجير جزء معين من الأجزاء المشتركة فإن هذا الإيجار ينفذ في حق الأقلية، كاتفاق أغلب الملاك على تأجير سطح المبنى لشركة ما لوضع لوحة إعلانية لها أو تأجيره لشركة اتصالات لوضع هوائي تقوية.

ونحن بدورنا نرجح ما ذهب إليه هذا الرأي لما فيه من فائدة لملاك المبنى خاصة إذا اتفقوا على صرف الإيراد المتحصل من الإيجار على صيانة المبنى وخدماته.

- الفقرة الثالثة: الحق في التصرف في الأجزاء المشتركة:

تنص المادة 2/860 من القانون المدني على "2- وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار، وليس لمالك أن يتصرف في نصيبه هذا مستقلاً عن الجزء الذي يملكه".

يتضح من هذا النص أنه لا يجوز لمالك الطابق أو الشقة في المبنى أن يتصرف في الأجزاء المشتركة عن الجزء الذي يملكه ملكية مفرزة لأن ملكية الأجزاء المشتركة إنما هي ملكية على الشيوع وهو شيوع إجباري لا يمكن الانتفاع به إلا من الجزء المقرر له، فإذا أريد التصرف في الأجزاء المشتركة فإن ذلك يتم مع التصرف في الأجزاء الخاصة المفرزة؛ حيث إن لمالك الجزء المفرز ما يتبعه من حصته في الأجزاء المشتركة باعتبارها من ملحقاتها.

إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة 1/835 من القانون المدني نجد أنها تقرر أن للشريك في الشيوع كل سلطات المالك ملكية مفرزة؛ لكن ذلك مقيد بشرط عدم الإضرار بالغير من الشركاء حيث نصت على "1- كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء". فللمالك على الشيوع حق التصرف وحق الاستعمال والاستغلال مع مراعاة حقوق الآخرين، ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على "2- وإذا كان التصرف منصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في

نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق في إبطال التصرف". هذه النصوص هي ما تحدد سلطة تصرف المالك لجزء من ملكية مشاعة.

ويلاحظ على نص المادة 2/835 المذكور آنفاً أنه قد جاء قاصراً حيث لم يتعرض إلا لحكم التصرف في جزء مفرز بعد القسمة في حين أن تصرف الشريك المشتاع قد يقع على كل المال الشائع أو يقع على حصة شائعة فيه أو قد يقع على حصة مفرزة⁽¹⁾ وهذا ما نحاول بيانه تباعاً⁽²⁾:

- أولاً: إذا تصرف الشريك المشتاع في المال الشائع كله رغم أنه لا يملك سوى حصة شائعة فيه، فإنه يكون قد تصرف في ملك الغير فيما يجاوز نصيبه ويكون تصرفاً صحيحاً في نصيبه فقط، فإذا كان التصرف بيعاً مثلاً فإنه يأخذ حكم بيع ملك الغير⁽³⁾ ويرتب على ذلك آثاره⁽⁴⁾.

- ثانياً: إذا تصرف الشريك المشتاع في جزء مفرز من المال الشائع: وفي هذه الصورة يفرق الفقه بين ما إذا تم التصرف قبل القسمة أو بعدها⁽⁵⁾، فإذا كان التصرف قبل القسمة

1- د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 91 وما بعدها. د.

علي علي سليمان، شرح القانون الليبي، مرجع سابق، ص 88 وما بعدها.

2- المراجع السابقة.

3- وهذا ما أكدته المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني 47/350 جلسة 2004/11/10 غير منشور مشار إليه لدى د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 92 هامش 1.

4- انظر في آثار بيع ملك الغير: د. علي علي سليمان، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 89 وما بعدها، د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 92، وما بعدها، د.

محمد علي عمران، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 356 وما بعدها.

5- انظر في شرح هذه الاختلافات كل من د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 92 وما بعدها، د. علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، مرجع سابق، ص 98 وما بعدها.

في حصة مفترزة فإن جانباً من الفقه يذهب إلى القول بأنه بيع ملك للغير ويأخذ حكمه، ويذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن يقع صحيحاً ولا يعتبر تصرفاً في ملك الغير، في حين يفرق جانب من الفقه بين حالة علم المتصرف إليه بحالة الشيوخ من عدمها فإذا كان يعلم بها لا يكون له حق طلب إبطال التصرف حيث إن التصرف هنا ليس واقعاً على ملك الغير ويكون له حق طلب إبطال التصرف للغلط إذا كان جاهلاً بحالة الشيوخ. وفي جميع الأحوال تكون صحة التصرف موقوفة على إقرار بقية الشركاء وإجازته، ويكون التصرف صحيحاً إذا آلت ملكية الجزء المفترز إلى المتصرف بأي سبب قبل القسمة. أما إذا كان التصرف بعد القسمة فإنه إذا وقع الجزء المفترز في نصيب المتصرف اعتبر التصرف صحيحاً ويمتنع على المتصرف إليه رغم ما وقع فيه من غلط طلب إبطال التصرف⁽¹⁾.

أما إذا وقع نصيبه في جزء آخر فينتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى ذلك الجزء مع بقاء حق طلبه في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها⁽²⁾.

أما إذا لم يقع في نصيب الشريك المتصرف جزء من المال الشائع نفسه الذي تصرف البائع في جزء منه فالمتصرفي حق طلب فسخ البيع⁽³⁾، هذا فيما يتعلق بحكم التصرف بين الشريك المشتاع والمتصرف إليه، أما بالنسبة لحكم التصرف في مواجهة بقية الشركاء فإنه لا يسري بحقهم ولهم حق اللجوء إلى القضاء بدعوى عدم نفاذ

1- د. حسن كيرة، أصول القانون المدني، ط1، الحقوق العينية الأصلية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990م، ص380.

2- المرجع السابق، ص381.

3- د. محمد علي عمران، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص358.

التصرف أو بدعوى استحقاق على المتصرف إليه، هذا إذا لم يقرّوا تصرف الشريك في الجزء المفرز⁽¹⁾.

ثالثاً: الحق في التصرف في الأجزاء المشتركة:

جاء في نص المادة 1/835 من القانون المدني "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها..."، فللشريك المشتاع وفقاً لهذا النص الحق في بيع حصته الشائعة وله أن يرهنها ويوصي بها ويهبها دون الحصول على موافقة بقية الشركاء ويحل محله المتصرف إليه في الشيوخ، إلا أن المشرع أعطى لبقية الشركاء الحق في طلب هذه الحصة بالشفعة إذا كان المتصرف إليه أجنبياً عنهم إذا كان المبيع عقاراً وفقاً لنص المادة 2/940 من القانون المدني⁽²⁾.

وأعطى لم أيضاً حق استرداد الحصة الشائعة من الأجنبي إذا كان تصرف الشريك بيعاً واقعاً في منقول شائع أو في مجموع من المال ولو كان يضم عقاراً (ك مجموع تركة أو متجر) حيث يحق لكل شريك حق استرداد الحصة الشائعة من الأجنبي الذي تم له البيع خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به عملاً بأحكام المادة 1/842 من القانون المدني⁽³⁾.

1- د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 95.

2- المادة 940 من القانون المدني علي:

"يثبت الحق في الشفعة: أ- لمالك الرقية إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه.

ب- للشريك في الشيوخ إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي.

ج- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقية الملابس لهذا الحق أو بعضها".

3- تنص المادة 1/842 من القانون المدني على:

"1- للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به..."

رابعاً: الحق في إدارة الأجزاء المشتركة:

الأصل أن ينفق الشركاء فيما بينهم على إدارة المال الشائع بطريقة معينة وهو ما تقتضيه المادة 836 من القانون المدني حيث نصت على "تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما م يوجد اتفاق يخالف ذلك".

وهذا ما أكدته المحكمة العليا الليبية حيث جاء في أحد أحكامها "إن إدارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين ما م ينفقوا على خلاف ذلك وأن ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباحثين عد وكيلاً عنهم"⁽¹⁾.

فإذا وجد اتفاق بين الشركاء فيما بينهم على إدارة المال الشائع بطريقة معينة يجب العمل بهذا الاتفاق، لكن ماذا لو لم يوجد اتفاق بين الشركاء على إدارة المال الشائع؟

إذا لم يوجد اتفاق بين الشركاء على إدارة المال الشائع فقد فرق المشرع في هذا الشأن بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة⁽²⁾، وهذا ما نبينه تباعاً:

أ- بالنسبة لأعمال الإدارة المعتادة:

إن الأحكام المتعلقة بأعمال الإدارة المعتادة تناولتها المادة 837 من القانون

المدني حيث نصت على:

1- طعن مدني 49/693 ق جلسة 2006/1/18م غير منشور.

2- يقصد بأعمال الإدارة المعتادة: الأعمال التي تتضمن تعديلاً أساسياً في الفرض الذي أعد له الماء الشائع مثل الإيجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، وقد تناولت أحكامها المادة 837 من القانون المدني، أما أعمال الإدارة غير المعتادة فهي: الأعمال التي من شأنها أن تحدث تغييراً أساسياً أو تعديلاً في الغرض الذي أعد له المال الشائع مثل إعادة بناء منزل، وقد تناولتها المادة 838 من القانون المدني.

د. علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، مرجع سابق، ص 92 وما بعدها.

"1- ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الانبصاء، فإن لم تكن ثمة أغلبية فالحكمة بناء على طلب أحد الشركاء، أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع.

2- وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً، كما أن لا أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً ما يرى حتى على حلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان الخلف عاماً أم كان خاصاً.

3- وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم".

يتضح من هذا النص أن الإدارة المعتادة للمال الشائع تكون وفقاً للصور التالية:

أ. لأغلبية الشركاء إذا لم يتفقوا جميعاً على إدارة المال الشائع بطريقة معينة وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الانبصاء، ولهذه الأغلبية تعيين مدير من بين الشركاء أو من خارجهم، ولها أن تضع النظم الكفيلة بحسن سير الانتفاع بالمال الشائع ويلتزم المدير بها، وما يستقر عليه رأي الأغلبية ملزم للأقلية وكل من الخلف العام والخاص لجميع الشركاء، وقد اختلف الفقه حول جواز طعن الأقلية على قرارات الأغلبية، فمنهم من ذهب إلى جواز ذلك إذا كان منشؤها التعسف في استعمال الحق⁽¹⁾، ومنهم من ذهب إلى عدم جواز ذلك بمعنى عدم جواز الطعن في قرارات الأغلبية من قبل الأقلية⁽²⁾.

1- د. حسن كيره، أصول القانون المدني، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص349، د. محمد علي عمران، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص336، د. جمعة محمد الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص100.

2- د. علي علي سليمان، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص93.

ب. إذا لم تتحقق أغلبية الشركاء فقد يتولى أحد الشركاء الإدارة المعتادة دون اعتراض من الشركاء الباقين، فيعتبر وكيلاً عنهم وكالة ضمنية ويتولى إدارة المال الشائع نيابة عن الجميع.

ج. إذا لم تكن هناك أغلبية ولم يتول أحد الشركاء الإدارة المعتادة فإنه يكون لكل شريك مشتاع الحق في اللجوء للمحكمة للمطالبة بوضع نظام لإدارة المال الشائع بما يكفل حسن الانتفاع به.

ب - بالنسبة لأعمال الإدارة غير المعتادة:

تناولت المادة 838 من القانون المدني الأحكام المتعلقة بهذا النوع من الإدارة

حيث جاء نصها:

"1- للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج من حدود الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان.

2- وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير، ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد تستحق من التعويضات".

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع تطلب موافقة غالبية الشركاء التي تمثل على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، ولم يكنف بالأغلبية المطلقة بحسب قيمة الانبصاء؛ نظراً لأهمية هذا النوع من أعمال الإدارة، وتكون قراراتها ملزمة لجميع الشركاء، وتبلغ إلى الأقلية المعارضة التي يحق لها الطعن فيها خلال شهرين من تاريخ إعلان القرار

إليهم أمام المحكمة المختصة، التي لها تأييد القرار أو إلغاؤه واتخاذ ما تراه مناسباً من تدابير وضمانات تكفل حقوق الأقلية.

لكن.. ماذا عن اتحاد طبقات البناء الواحد الذي تناوله القانون المدني في المواد

من 866: 873؟

يمكن القول أن هذا الاتحاد صورة من صور إدارة الأجزاء المشتركة في المباني، لم ينل حظه من الدراسة من قبل الفقه القانوني الليبي؛ لعدم جريان العمل به في ليبيا⁽¹⁾ إلا مؤخراً بعد صدور القانون 19 لسنة 1985م بتنظيم الملكية المشتركة في المباني⁽²⁾ حيث استحدثته المشرع بألية غير المنصوص عليها في القانون المدني، ولم يتضمن هذا القانون نصاً يتم بمقتضاه إلغاء العمل بالأحكام المتعلقة باتحاد طبقات البناء الواحد الواردة في القانون المدني؛ بل إنه حدد نطاق إعمال القانون 19 لسنة 1985م في المباني التي تتكون من خمس وحدات فأكثر، وحدد المقصود بالوحدة في وحدات سكنية، وأخرى غير سكنية وفقاً لما نص عليه في المادة الأولى منه، وأكد على تطبيق أحكام القانون المدني فيما لم يرد بشأن نص فيه (المادة 140).

والمشرع بذلك يكون قد أوجد نظامين لإدارة الملكية المشتركة في المباني، نظام يطبق على المباني التي تتكون من أربع وحدات فأقل، وهو النظم الواردة أحكامه في القانون المدني المواد من 866: 873، ونظام مستحدث بالقانون 19 لسنة 1985م يطبق على المباني التي تتكون من خمس وحدات فأكثر، مع تطبيق الأحكام الواردة في القانون

1- د. علي سليمان سليمان، شرح القانون المدني الليبي، مرجع سابق، ص 139.

2- حيث تطرق د. جمعة محمود الزريقي لشرح إدارة الملكية المشتركة في المباني في ضوء أحكام القانون المدني والقانون 19 لسنة 1985م، انظر مؤلفه الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 180 وما بعدها.

المدني فيما لم يرد بشأن نص فيه، ولعل من المفيد بيان أحكام هذين النظامين باختصار غير مخل في التالي⁽¹⁾:

أولاً: الأحكام الواردة في القانون المدني:

وهي التي تُطبَّق على المباني التي تحتوي على أربع وحدات فأقل وفيما لم يرد بشأن نص في القانون 19 لسنة 1985م بتنظيم الملكية المشتركة في المباني، حيث نصت المادة 866 من القانون المدني على "1- حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى طبقات أو شقق جاز للملاك أن يكونوا اتحاد فيما بينهم. 2- ويجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو اشتراها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها".

وعليه فإنه متى وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى أربع وحدات فأقل يكون من حق الملاك إقامة اتحاد فيما بينهم لممارسة الاختصاصات المحددة له قانوناً في المواد من 867: 873 من القانون المدني ووفقاً للإجراءات القانونية المحددة بموافقة جميع أعضائه.

وأوضح المشرع الغرض من إنشاء هذا الاتحاد وهو القيام بما يضمن حق الانتفاع بالملكية المشتركة في البناء المتكون من وحدات عقارية (طوابق وشقق) ويرى جانب من الفقه أنه يمكن أن يكون للمباني المتلاصقة إذا تعدد ملاكها وكانت لهم ملكية في أجزاء مشتركة -مالم يكن في سندات الملكية ما يخالف ذلك- أن يكونوا اتحاداً فيما بينهم⁽²⁾.

1- لمزيد من التفصيل انظر: د. جمعة محمود الزريقي، المرجع السابق نفسه.

2- المرجع السابق، ص182.

وقد أجازت المادة 2/866 من القانون المدني أن يكون الغرض من الاتحاد بناء العقارات أو قرائنها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائه، ويجب لنفاذ قرارات الاتحاد والزاميتها لأعضائه أن تكون مستوفية للشروط التي حددتها المادة 868 من القانون المدني. وتناولت المادة 870 من القانون المدني تعيين مدير الاتحاد حيث يعين بأغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة انصباهم وإلا فيتم تعيينه من المحكمة المختصة بناء على طلب أحد الشركاء بعد إعلان الملاك الآخرين لسماع أقوالهم ويمثل المدير الاتحاد أمام القضاء، ونصت المادة 871 من القانون المدني على حق المدير في أجر يحدده قرار تعيينه، وبينت آلية عزله، وحددت المواد 869، 870 سلطات مدير الاتحاد. ويلاحظ على النصوص المنظمة لهذا الاتحاد التالي:

- 1- إن المشرع الليبي جعل تكوين الاتحاد جوازياً اقتفاء لأثر المشرع المصري مخالفاً في ذلك مصدرهما التاريخي القانون الفرنسي، ولم يتبن أن يكون تكوين الاتحاد إجبارياً بقوة القانون كما فعلت العديد من التشريعات كالتشريع المغربي، والتشريع التونسي⁽¹⁾.
 - 2- إنه المشرع الليبي لم ينص صراحة على منح الاتحاد الشخصية الاعتبارية ونص على تمثيل المدير للاتحاد أمام القضاء (م/870/2 مدني) وهذا ما يجعل موقف المشرع الليبي مثار جدل فقهي يجد أساسه في الخلاف المحتدم في الفقه الفرنسي حول الشخصية المعنوية للاتحاد، فهل يتمتع الاتحاد بالشخصية المعنوية؟
- يذهب جانب من الفقه⁽²⁾ إلى "اعتبار الاتحاد تجمعاً من نوع خاص أوجده المشرع من أجل إدارة الأجزاء المشتركة في المباني وتأمين حسن الانتفاع بها

1- د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 181 هامش 1.

2- د. عبدالحق صافي، ملكية الشقق في التشريع المغربي، ص 166. مشار إليه لدى د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية والأصلية، مرجع سابق، ص 182، هامش (1).

وصيانتها، فهو يختلف عن النقابات والشركات والمؤسسات وإن كانت أهدافه حماية المصلحة الجماعية للأعضاء".

في حين يذهب جانب آخر من الفقه⁽¹⁾ إلى القول بتمتع الاتحاد بالشخصية الاعتبارية وسنده في ذلك إعطاء المشرع للاتحاد بعض المميزات المنصوص عليها في المادة 53 من القانون المدني تتمثل في الذمة المالية وحق التقاضي.

وإن كان لنا من رأي في هذا الموضوع فإننا نذهب إلى عدم تمتع الاتحاد بالشخصية المعنوية وترجيح ما ذهب إليه الاتجاه الأول الذي يعتبر الاتحاد تجمع من نوع خاص وذلك لما يلي:

أ- إن الاتحاد ليس من ضمن الأشخاص التي اعترف لها المشرع بالشخصية الاعتبارية في المادة 1/52، 2، 3، 4 من القانون المدني.

ب- إن القانون لم ينص على منح الاتحاد الشخصية المعنوية مما ينطبق بشأنه نص المادة 5/52 من القانون المدني فلم يعط القانون الاتحاد صفة الشخص الاعتباري.

ج- القول بأن المشرع منح بعض المميزات المنصوص عليها في المادة 53 من القانون المدني (الذمة المالية-حق التقاضي) مما يعتبر معه الاتحاد متمتعاً بالشخصية المعنوية يمكن الرد عليه بالتالي:

1- إن المشرع عند تناوله أحكام اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد في المواد من 866: 873 من القانون المدني لم ينص صراحة على إثبات الشخصية الاعتبارية للاتحاد، والنص على ذلك في القانون شرط لإثبات الشخصية المعنوية لمجموع الأشخاص أو الأموال.

1- د. عبد السلام علي المزوغي، النظرية العامة للملكية، د.ن، د.ت، ص200.

2- القول بتمثيل مدير الاتحاد للاتحاد أمام القضاء لا يكسب الشخص الاعتباري هذه الصفة؛ ذلك أن حق التقاضي حق من الحقوق التي حددتها المادة 53 من القانون المدني، وتنشأ بعد ثبوت الشخصية الاعتبارية بنص القانون وليست مَكْسِيَةً للشخصية الاعتبارية، وهذا ما يستفاد من صدر المادة 53 من القانون المدني، حيث جاء فيها: "1. الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون. 2. فيكون له أ، ب، ج حق التقاضي د...".

3- إن المشرع عند استحداثه القانون 19 لسنة 1985م بتنظيم الملكية المشتركة في المباني وبعدها يزيد عن ثلاثين سنة من إصدار القانون المدني لم يمنح جمعيات مالكي الوحدات الشخصية الاعتبارية ولم يعط مدير المبنى صفة التمثيل القضائي للجمعية للقضاء على كافة الاختلافات حول تمتع هذه الجمعيات بالشخصية الاعتبارية.

نخلص من ذلك إلى أن الاتحاد ما هو إلا تجمع من نوع خاص أوحده المشرع لإدارة الأجزاء المشتركة في المباني وتأمين حسن الانتفاع بها، وما منح المدير صفة التقاضي إلا بفرض تحقيق هذه الأهداف، ويعد ذلك خروجاً واستثناءً على أحكام المواد 52، 53 من القانون المدني استوجبه طبيعة عمل المدير.

ثانياً: الأحكام الواردة في القانون 19 لسنة 1985م وهي التي تطبق على المباني التي تحتوي على خمس وحدات فأكثر:

يعزو بعض الفقه⁽¹⁾ صدور هذا القانون إلى عزوف الملاك عن تشكيل اتحادات ملاك للقيام بدورها مما أدى إلى إهمال المباني وسوء استعمالها فاستحدث المشرع القانون 19 لسنة 1985م بتنظيم الملكية المشتركة في المباني، الذي تم نشره بناءً بتاريخ 12/11/1985م، وقد نص على أن يبدأ العمل به بعد ستين يوماً من تاريخ نشره، وحدد

1- د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 187.

القانون نطاق أعماله في المباني التي تتكون من خمس وحدات فأكثر، ويبيّن في مادته الأولى المقصود بالوحدات، وقسمها إلى نوعين، وحدات سكنية وأخرى غير سكنية، ونص القانون في المادة 1/2 منه على أن يكون لكل مبنى جمعية تتألف من مالكي الوحدات المكونة له تكون بمثابة الجمعية العمومية التي تتولى إدارة الملكية المشتركة في المبنى وحدد القانون في المادة الثالثة اختصاصات جمعية الملاك وفي المادة الرابعة بيّن طريقة اجتماعات الجمعية والدعوة إليها.

ويكون لكل جمعية صندوق تكون موارده من الاشتراكات التي تحددها الجمعية، وما يقدم لها من مساعدات، وتؤول إليه قيمة الغرامات التي يحكم بها على أعضاء الجمعية في حالة مخالفة أحكام القانون (المواد 8، 13 من القانون).

ونص القانون على أنه يكون لكل مبنى مكون من ست عشرة وحدة فأكثر مجلس للملاك مكون من ثلاثة أعضاء تختارهم جمعية الملاك وحدد اختصاصاته، ونصت المادة الثالثة من القانون على تعيين مدير للمبنى من قبل جمعية الملاك وبيّن طريقة تعيينه وعزله، وحددت المادة السادسة من القانون اختصاصاته، وحددت المادة 7 من القانون واجبات حارس المبنى، أما المادة العاشرة من القانون فتحدثت عن الأشياء التي تُعدّ ملكيتها مشتركة لملاك الوحدات في المبنى، وبينت المادة الحادية عشر واجبات شاغلي وحدات المبنى، أما المادة الثانية عشر فبينت المحظورات على مالكي الوحدات في المبنى، وتحدثت المادة 9 من القانون عن تكوين مكتب في كل بلدية تكون مهمته الإشراف والمتابعة، وتناولت المادة 13 الجزاءات الجنائية المترتبة مخالفة القانون، أما المادة 14 فنهت على تطبيق القانون المدني فما لم يرو بشأن نص في القانون 14 لسنة 1970م.

وأهم ما يلاحظ على هذا القانون التالي:

- 1- إن المشرع جعل تكوين جمعيات ملاك الوحدات في المبنى المكون من خمس وحدات فما فوق وكذلك تكوين مجلس الملاك في المباني المكونة من ست عشرة وحدة بقوة القانون على عكس القانون المدني الذي جعل تكوين اتحاد ملاك المباني المشتركة اختيارياً.
- 2- إن المشرع لم ينص في هذا القانون على الجهة المختصة بتمثيل الجمعية أمام القضاء.
- 3- إن نطاق أعمال هذا القانون هو المباني التي تتكون من خمس وحدات فأكثر أما المباني التي تتكون من وحدات أقل من خمسة فيتم إعمال القانون المدني بشأنها.
- 4- لم يبين المشرع كيفية تمثيل ملاك الوحدة إذا تعددوا فهل يمكن اعتبارهم جميعاً أعضاء في الجمعية العمومية للمبنى أم أن للوحدة الواحدة مالك واحد ويكون عضواً في الجمعية، وكان على المشرع حسم هذه المسألة كنظيره المصري الذي اعتبر أن ملاك الطابق الواحد أو الشقة الواحدة مالكاً واحداً وإن تعددوا⁽¹⁾.

ونرى أن المشرع باستخدامه القانون 19 لسنة 1985م بتنظيم الملكية المشتركة في المباني لم يحقق ما يصبوا إليه من أهداف تتمثل في المحافظة على المباني وحسن استعمالها بين مالكيها، ولم يجن المجتمع من ذلك سوى تشتت النصوص وإرباك الجهاز القضائي القائم على فض النزاعات المتعلقة بالملكية المشتركة للمباني؛ ذلك إن نطاق أعمال هذا القانون ينحصر في المباني ذات الملكية المشتركة التي تتكون من خمس وحدات فأكثر، أما ما دون ذلك فتكون القواعد العامة الواردة في القانون المدني هي الواجبة التطبيق؛ بل إن المشرع اعتبر القواعد الواردة في القانون المدني مكملة لقواعد

1- د. عبد السلام علي المزوغي، النظرية العامة للملكية، مرجع سابق، ص 202.
 مشار إليه لدى د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 185، هامش (1).

القانون 19 لسنة 1985م حيث نص في المادة 14 منه على تطبيق أحكام القانون المدني فيما لم يرد بشأنه نص فيه.

لذلك نأمل من المشرع إعادة النظر في القانون 19 لسنة 1985م ودمج أحكامه في القواعد العامة المتعلقة بالموضوع في القانون المدني وهذا ما يحقق وحدة المعاملة وتجنب عناء البحث في نصوص متفرقة مما ينعكس إيجاباً على أداء القضاة.

الخاتمة

الآن وبعد الانتهاء بفضل الله تعالى وعونه من هذه الدراسة التي تجولنا من خلال عنوانها "حقوق ملاك الطوابق والشقق" والتي كانت من خلال خطة بحثية تمثلت في مطلب تمهيدي تناولنا فيه ماهية ملكية الطوابق والشقق، ومطلب أول تناولنا فيه حقوق ملاك الطوابق والشقق على الأجزاء الخاصة بهم في المبنى "الملكية المفترزة" ومطلب ثاني خصصناه لحقوق ملاك الطوابق والشقق على الأجزاء المشتركة في المبنى.

ولما تقتضيه البحوث العلمية من تدوين النتائج المستخلصة من الدراسة كان لزاماً علينا أن ندبج ما وصلنا إليه من نتائج من خلال هذه الدراسة وما نراه من توصيات بشأنها وهذا ما نسطره في التالي:

أولاً: النتائج:

- 1- إن ملكية الطوابق والشقق في القانون المدني الليبي تقوم على أساس التفرقة بين ملكية الأجزاء الخاصة للملاك والأجزاء المشتركة.
- 2- إن ملكية الأجزاء الخاصة لملاك الطوابق والشقق تخضع لنظام يختلف عما تخضع له ملكيتهم المشتركة، فالأجزاء الخاصة تخضع لنظام الملكية الفردية بحيث يكون للمالك وحده عليها سلطات الملكية من استعمال استغلال وتصرف.
- 3- إن ملكية الأجزاء المشتركة تخضع لنظام الشيوع الإجباري حيث لا يمكن التصرف فيها مستقلة عن الطابق أو الشقة، ويكون لملاكها حرية استعمال الأجزاء المشتركة فيما أُعدت له بشرط عدم الحيلولة دون استعمالها من باقي الشركاء، وللمالك أن يُحدِّث ما يراه من تعديل في الأجزاء المشتركة دون موافقة بقية الملاك إذا كان هذا التعديل مما يُسهِّل استعمال الأجزاء المشتركة دون تغيير في تخصيصها أو إضرار بالملاك الآخرين على أن يتحمل وحده نفقات هذا التعديل.

4- إن إدارة الأجزاء الشائعة يمكن أن تكون طبقاً لقواعد الإدارة في الملكية الشائعة أو عن طريق تكوين اتحاد فيما بين الملاك له كافة الاختصاصات التي تضمن حسن الانتفاع بالمبنى المشترك وإدارته.

5- إن المشرع جعل تكوين الاتحاد لإدارة الملكية المشتركة جوازياً في القانون المدني وإجبارياً بموجب القانون 19 لسنة 1985م بتنظيم الملكية المشتركة للمباني.

6- إن المشرع جعل نطاق تطبيق القانون 19 لسنة 1985م بتنظيم الملكية المشتركة للمباني خاص بالمباني التي تتكون من خمس وحدات فأكثر، ومن ثم فإن المباني التي تتكون من أربع وحدات فأقل تسري عليها الأحكام الواردة في القانون المدني بالخصوص.

7- إن المشرع لم ينص صراحة على منح الشخصية المعنوية لاتحاد إدارة الملكية المشتركة.

ثانياً: التوصيات:

من خلال ما سبق نتمنى على المشرع ونأمل منه ما يلي:

إصدار تقنين خاص لملكية الطوابق والشقق باعتبارها من الملكيات الشائعة الآن أمام انتشار التوسع الرأسي لحل مشكلة الإسكان وما تثيره من منازعات بين ملاك الأجزاء المشتركة في المباني، والأمر ليس بغريب على المشرع حيث إنه قد أصدر العديد من التشريعات الخاصة لمواضيع معينة مثل قانون بشأن إيجار الأماكن⁽¹⁾، والقانون رقم 50 لسنة 1974م بشأن رد العقارات الصادرة والمغصوبة أو التعويض عنها⁽²⁾، والقانون

1- منشور بالجريدة الرسمية رقم 43 لسنة 1969م.

2- منشور بالجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 1974م وقد عدل هذا القانون بالقانون رقم 12 لسنة 1981م والذي نشر بالجريدة الرسمية رقم 28 لسنة 1981م.

رقم 46 لسنة 1975م في شأن الأراضي القزمية⁽¹⁾، والقانون رقم 7 لسنة 1986م إلغاء ملكية الأرض⁽²⁾.

وأخيراً فإن ما توصلنا إليه في هذه الدراسة المتواضعة ما هو إلا نتاج استقراء لنصوص القوانين ذات العلاقة وقراءات لمؤلفات من كان لهم فضل السبق، نأمل من الله أن نكون قد ساهمنا في بيان حقوق ملاك الطوابق والشقق وفق أحكام التشريع الليبي، ولا ندعي أننا وصلنا إلى نهاية المطاف فيها فالعلم لا يعرف النهاية؛ لطبيعة حقائقه التي تطلب بذل الجهد وشد الهمم لاستظهار خفاياه؛ لكنها المحاولة التي نرجو من الله أن تنفع قارئاً وتفتح لباحث آخر طريقاً.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

1- منشور بالجريدة الرسمية رقم 34 لسنة 1975م.

2- منشور بالجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 1986م.

المراجع

أولاً: الكتب:

- د. أحمد سلامة، أحكام الملكية الفردية في القانون المصري، ط2، 1980م، مكتبة عين شمس.
- د. إسماعيل غانم، حق الملكية، 1961م، دون ناشر، دون تاريخ نشر.
- د. السيد علي المغازي، ملكية طبقات المنازل، دار الفكر العربي، 1949م.
- د. أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بأحكام الفقه ومذاهب القضاء، الطبعة الأولى، 1993م، دون ناشر.
- د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الآجلة والتبعية، ط3، 2007م، 2005، دون ناشر، ج1.
- د. حسن كيره، أصول الفقه المدني، ج1، الحقوق العينية الأصلية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990م.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ط1967م، دار إحياء التراث، ج8.
- د. عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، الطبعة الأولى، 1960م، دون ناشر.
- د. عبد الناصر توفيق العطار، تملك الشقق والطبقات، طبعة 1977م، مطبعة دار السعادة، مصر.
- د. علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، منشورات جامعة قارونس، بنغازي، ط2، 1975م.
- د. محمد علي عرفة، حق الملكية، دون ناشر، دون تاريخ نشر.

- د. محمد علي عمران، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، 1970م.
 - د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، دون طبعة، دون ناشر، دون تاريخ نشر.
 - د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، طبعة 1978م، دون ناشر.
 - د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، 1965م، دون ناشر.
 - محمد نبيب شنب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، دون ناشر.
- ثانياً: الرسائل العلمية:**
- أ. خالد محمد زكي صالح، ملكية الطبقات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1979م.
 - أ. مصطفى عبد السيد الجارحي، ملكية الشقق في القانون المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1976م.