

مجلة البحوث القانونية

مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون - جامعة مصراتة



تقرأ في هذا العدد

- القواعد الأصولية المتعلقة بمراعاة الخلاف.
- أ.أحمد محمد اشتوي
- البصمة الوراثية وحجبتها في الإثبات الجنائي في الشريعة الإسلامية.
- أ. عادل رجب الناجوري
- طبيعة الإبراء في الدين.
- د. علي أحمد شكورفي
- الإشكاليات العملية التي تثار حول الإفراج المؤقت عن المتهمين في مرحلة التحقيق الابتدائي.
- د. عبد النعم محمد الصراعي
- معالم سياسة الأمر المتحدة في مكافحة تهريب المهاجرين.
- د. كريمة الطاهر امشيري
- أثر الصلح الجنائي على الدعوى الجنائية.
- د. علي محمد عنية
- التدخل الأجنبي وأثره على السيادة الوطنية.
- أ.د. نصر الدين مصباح القاضي
- التزامات الموظف الدولي تجاه المنظمة ودولة المقر.
- د. منصور الفيتوري حامد
- دستور 1951 م في ضوء المعايير الدولية للديمقراطية.
- د. عادل عبد الحفيظ كندير
- حق المحكوم عليه في معاملة إنسانية.
- أ. ابتسام حسن سالم بن عيسى
- قانون رقم (33) لسنة 2012 م بشأن أحكام القانون رقم (6) لسنة 1982 م بإعادة تنظيم المحكمة العليا.

السنة الثانية

العدد الثاني

ابريل 2015 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ﴾

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 مصراتة

رقم الإيداع المحلي 2013/134م

دار الكتب الوطنية بنغازي - ليبيا

هاتف

9090509 – 9096379 – 9097074

بريد مطور

9097073

البريد الإلكتروني

Nat-liba@hotmail.com

مجلة البحوث القانونية

رئيس التحرير

د. علي أحمد علي شكورفو

مدير التحرير

أ. عبد المنعم محمد الفرجاني

هيئة التحرير

أ. محمد عبد الله عبد العالي

أ. عبد الحكيم محمد ارويجة

أ. مصعب إبراهيم مخلوف

اللجنة الاستشارية للمجلة

أ. د. محمد محمد مصطفى سليمان

د. عمر إبراهيم صافسار

د. محمد نجيب أحمد الكبتي

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 وبهامش 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.

المحتويات

رقم الصفحة

الموضوع

7	الافتتاحية
أولاً: البحوث	
9	القواعد الأصولية المتعلقة بمراعاة الخلاف أ. أحمد محمد اشتوي
39	البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي في الشريعة الإسلامية أ. عادل رجب التاجوري
93	طبيعة الإبراء من الدين د. علي أحمد شكورفو
114	الإشكاليات العملية التي تثار حول الإفراج المؤقت عن المتهمين في مرحلة التحقيق الابتدائي د. عبد المنعم احمد الصرارعي
136	معالم سياسة الأمم المتحدة في مكافحة تهريب المهاجرين د. كريمة الطاهر امشيري
176	أثر الصلح الجنائي على الدعوى الجنائية د. علي محمد علي عنيبة
199	التدخل الأجنبي وأثره على السيادة الوطنية أ.د نصر الدين مصباح القاضي
261	التزامات الموظف الدولي تجاه المنظمة ودولة المقر د: منصور الفيتوري حامد
281	دستور 1951م في ضوء المعايير الدولية للديمقراطية د.عادل عبد الحفيظ كندير
299	حق المحكوم عليه في معاملة إنسانية أ.إبتسام حسن سالم بن عيسى

رقم الصفحة

الموضوع

ثانياً: القوانين	
333	قانون رقم (33) لسنة 2012م بشأن أحكام القانون رقم (6) لسنة 1982م بإعادة تنظيم المحكمة العليا

الإفتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله على فضله ونعمائه، والصلاة والسلام على خير أصفياؤه، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن اتبع هداه إلى يوم الدين.

أما بعد ،،،

يسرنا ونحن نسطر الكلمات في هذا المقام؛ لتكون افتتاحية هذا العدد من مجلة البحوث القانونية، التي نطمح أن تكون مصدر إشعاع لتغمر من حولها بنور العلم والمعرفة في مجالها؛ بغرض الإسهام في رقي بلادنا الحبيبة، وفتح آفاق رحبة أمام الباحثين المختصين في العلوم الشرعية والقانونية.

وإذ نقدم للقراء هذا العدد، نتمنى أن يكون في مستوى تطلعاتهم، وأن يجدوا فيه ما يشدهم إليه، ويستنهض همهم إلى التواصل مع المجلة ومدّها بما تجود به قرائهم من أبحاث ودراسات قيمة تضيف على المجلة قيمة سابقة لدى المطلعين عليها. ونأمل من المهتمين إبداء ملاحظاتهم وانتقاداتهم الهادفة، ونعدّهم بانها سنلقي صدراً رحباً متشوقاً إلى معرفتها والعمل بها؛ لتفادي الأخطاء التي يقع فيها كل من شدّ منزره للعمل.

وتغتنم هيئة التحرير هذه الفرصة، لتعبر عن شكرها اللامحدود للسادة أعضاء هيئة التدريس والباحثين الذين قدموا نتائجهم للنشر في هذا العدد، والشكر موصول للسادة أعضاء هيئة التدريس الذين قاموا بتقييم الأبحاث والدراسات المنشورة فيه، ولإدارة الجامعة على تشجيعها اللامتناهي لهذه المجلة، والذي كان حافزاً على بذل المزيد من الجهد؛ من أجل النهوض برسالتها ومحتواها عدداً بعد آخر. وفق الله الجميع، وإلى اللقاء في عدد قادم بإذن الله تعالى.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته ،،،

هيئة التحرير

أولاً: البحوث

القواعد الأصولية المتعلقة بمراعاة الخلاف

(دراسة أصولية تطبيقية لمراعاة الخلاف في رسالة ابن أبي زيد وشرحها لابن ناجي)

أ. أحمد محمد اشتيوي (*)

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، وأصلي وأسلم على من بُعث رحمة للعالمين
وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد...

فهذا البحث يتناول القواعد الأصولية المتعلقة بمراعاة الخلاف، ومراعاة
الخلاف من الأدلة المختلف فيها، وقد يُعبر عن هذه الأدلة بالاستدلال.
والمقصود بالأدلة المختلف فيها أو الاستدلال: كل دليل ليس بنص من
كتاب أو سنة ولا إجماع ولا قياس، فهذه الأربعة محل اتفاق في قبولها، وسميت
الأدلة المختلف فيها بهذا الاسم؛ لأن كل واحد منها قد اختلف أهل العلم في قبوله
وحجيته.

ويعبر عنها بالاستدلال؛ لأن كل عالم قال في كل واحد من تلك الأدلة ما
قاله بطريق الاستدلال والاستنباط، وليس له دليل قطعي، ولا أجمعوا عليه⁽¹⁾.
وصحّ التعبير بالتسميتين في الموضوع نفسه من كتب الأصول في حين
وجود الفرق بينهما — بين الأدلة المختلف فيها وبين الاستدلال —؛ ذلك أن
الاستدلال أعم من الأدلة المختلف فيها، والأدلة المختلف فيها أخص، فبينهما
عموم وخصوص مطلق.

(*) عضو هيئة التدريس بقسم الشريعة الإسلامية، كلية القانون، جامعة مصراته.

(1) ينظر جمع الجوامع، حاشية البناني (528/2) وشرح الكوكب الساطع (675/2) ونشر

البنود (162/2).

فإن كل دليل من الأدلة المختلف فيها نوع من أنواع الاستدلال وليس العكس؛ لأن هناك من أنواع الاستدلال ما هو متفق عليه غير مختلف فيه، كالقياس بنفي الفارق وقياس الدلالة والقياس المنطقي، فلا خلاف في صحة الاستدلال بها، وكالاستقراء التام؛ لأنه قطعي عند الأكثر⁽¹⁾.

وبعد هذا التقديم أشير إجمالاً إلى ما سيقع التعميد فيه والتطبيق عليه بما أفاده العلامة ابن ناجي^(*) ثم أعقد لكل مهمة توضيحاً.

أفاد ابن ناجي: "اعلم أنه إذا اختلف المذهب هل يراعى كل خلاف أو لا يراعى إلا الخلاف المشهور، وعلى الثاني، فقول: هو ما كثر قائله، وقيل: ما قوي دليله، قال ابن عبد السلام^(*): والذي ينبغي أن يعتقد من ذلك وهو الذي تدل عليه مسائل المذهب؛ أن الإمام^(*) رحمه الله تعالى - يعني مالكاً - إنما يراعى من الخلاف ما قوي دليله، فإذا حُقق؛ فليس بمراعاة الخلاف البتة، وإنما هو إعطاء كل واحد من الدليلين ما يقتضيه من الحكم مع وجود المعارض - والله أعلم - وقد أجاز - رحمه الله تعالى - الصلاة على جلود السباع إذا ذكيت

(1) ينظر الاستدلال عند الأصوليين ص 51، ونشر البنود (162/2).

(*) هو قاسم أبو الفضل وأبو القاسم بن أبي مهدي عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني. وُلد حوالي سنة 765هـ أو قبلها، وتوفي سنة 837هـ أو 838هـ، أخذ عن الشيباني وابن عرفة والغبريني والبُرزلي وغيرهم، من مؤلفاته: شرحان على المدونة، وشرح على الرسالة، وشرح على التفريع لابن الجلباب وغيرها. ينظر الضوء اللامع للسخاوي (11/137-273)، ونيل الابتهاج للتبكتي، ص 364، والأعلام للزركلي (5/179-180)، وشجرة النور لابن مخلوف (1/352)، ومعجم المؤلفين - كحالة (8/110).

(*) هو محمد بن عبد السلام بن يوسف الهواري، المنستيري، أبو عبد الله قاضي الجماعة بتونس لم يَمكُن في بلده مثله، له عدة كتب منها: شرح جامع الأمهات لابن الحاجب. مولده 676هـ ووفاته 749هـ. ينظر نيل الابتهاج ص 406، وشجرة النور (1/301).

(*) الإمام مالك بن أنس بن مالك... ابن الحارث وهو ذو أصبح، وُلد الإمام سنة 93هـ، ووفاته 179هـ. ينظر الديباج (1/330).

وأكثرهم على خلافه، وأباح بيع ما ليس فيه حق توفية من غير الطعام قبل قبضه، وأجاز أكل الصيد إذا أكل منه الكلب، إلى غير ذلك من المسائل ولم يراع في ذلك خلاف الجمهور، وهذا مما يدل على أن المُرَاعَى عنده إنما هو الدليل لا كثرة القائل. والله أعلم" شرح الرسالة (37/2).

وقبل الشروع في قواعد مراعاة الخلاف هناك محاور رئيسة تحتاج إلى بيان، قد أشار إلى معظمها ابن ناجي - رحمه الله - في كلامه السابق، وهي:

أولاً: معنى مراعاة الخلاف.

ثانياً: موقف المالكية - بالخصوص - من مراعاة الخلاف.

ثالثاً: الأدلة على اعتبار مراعاة الخلاف.

رابعاً: الشروط والضوابط للأخذ بمراعاة الخلاف عند المالكية.

خامساً: مواقف العلماء من هذا الأصل.

ثم بعد ذلك نجلب القواعد الأصولية وتطبيقاتها الفقهية الواردة عند ابن ناجي.

أولاً: معنى مراعاة الخلاف:

المراعاة في اللغة: النظر في عاقبة الشيء وملاحظته "فهي مصدر راعى بمعنى لَاحَظَ"⁽¹⁾، قال في اللسان: "المراعاة: المناظرة والمراقبة، راعيت فلانا مراعاة إذا راقبته وتأمّلت فعله"⁽²⁾.

والخلاف في اللغة: ضد الوفاق، قال في المصباح: "تخالف القوم واختلفوا إذا ذهب كل واحد إلى غير ما ذهب إليه الآخر، وهو ضد الاتفاق"⁽³⁾.

(1) مختار الصحاح باب الرأى، ص 267.

(2) لسان العرب، (رعى، 325/14).

(3) المصباح المنير (خلف، 179/1).

هذا هو المعنى اللغوي لجزأي المركب كلُّ على حدة، ومن ذلك يُعلم المعنى لهما في حالة التركيب وهي الحالة التي يُعنى بها عند الأصوليين، حيث صارت لقباً على ما شاع إطلاقهم عليه، وهو - أي مراعاة الخلاف -: "إعمال المجتهد لدليل المجتهد المخالف له في لازم مدلوله الذي أُعمل في نقيضه دليل آخر"⁽¹⁾.

ويقول الشاطبي^(*) في مراعاة الخلاف: "إن دليلي القولين لا بُدَّ أن يكونا متعارضين، كل واحد منهما يقتضي ضد ما يقتضيه الآخر؛ وإعطاء كل واحد منهما ما يقتضيه الآخر أو بعض ما يقتضيه"، وبيان ذلك عنده في قوله: "أن يكون دليل المسألة يقتضي المنع ابتداءً ويكون هو الراجح ثم بعد الوقوع يصير الراجح مرجوحاً، لمعارضة دليل آخر يقتضي رجحان دليل المخالف"⁽²⁾.

ثانياً: موقف علماء المالكية - بالخصوص - من مراعاة الخلاف:

مراعاة الخلاف أصل من أصول الفقه اشتهر به المالكية حتى كاد يُعدّ من خواص مذهبهم، فالتصفح لكتب الفروع في الفقه المالكي كثيراً ما يجد من المسائل ما له حكمان متنافيان لتوارد دليلين متعارضين عليه أحدهما أخذ به المالكية والآخر قال به غيرهم، وقد اعتبروا كلاً الحكمين؛ مُعلِّين ذلك بمراعاة الخلاف⁽³⁾.

قال ابن ناجي: "من أصل مذهبنا مراعاة الخلاف"⁽⁴⁾.

(1) ينظر إيصال السالك، ص189، وشرح ميارة على ابن عاصم (13/1).

(*) هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، أبو إسحاق، الشهير بالشاطبي، الإمام العلامة المحقق، توفي سنة 790هـ، ألّف تأليف نفيسة منها: كتاب الموافقات في أصول الفقه. ينظر نيل الابتهاج، ص48.

(2) الموافقات (403/4).

(3) الأصول التي اشتهر انفراد إمام دار الهجرة بها، د. فاتح زقلام (433/2).

(4) شرح ابن ناجي (199/1).

وقال الولاتي(*):"مراعاة الخلاف من أدلة مالك - رحمه الله تعالى - التي كان يستدل بها، لكنه يعمل بها تارةً ويعدل عنها تارةً أخرى"(1).

ومما يبين استعمال المالكية لهذه القاعدة - أعني مراعاة الخلاف - بل اعتنوا بها أكثر من غيرهم واهتموا بها كثيراً: تعرّضهم لذكرها كثيراً في كتبهم الأصولية وفي كتب القواعد الفقهية وفي كتب الفروع لديهم(2) وكما سيأتي في تطبيقات ابن ناجي، وهذا الاستعمال يدل على اعتبار مراعاة الخلاف أصلاً من الأصول التي بُني عليها المذهب.

ثالثاً: الأدلة على اعتبار مراعاة الخلاف:

الأصل فيه عند مالك - رحمه الله تعالى - قوله ﷺ في قصة ولد زمعة(*) الذي اختصم فيه سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة(*) كل منهما يدّعيه،

(*) هو محمد يحيى بن محمد المختار بن الطالب عبدالله الشنقيطي الولاتي المالكي، أبو عبدالله، محدث فقيه أصولي ناظم، له: إيصال السالك في أصول الإمام مالك، وفتح الودود على مراقبي السعود ونيل السؤل شرح مرتقى الوصول في أصول الفقه وشرح صحيح البخاري، توفي المترجم له سنة 1330هـ. ينظر شجرة النور (617/1) ومعجم المؤلفين (108/12) والأعلام (142/7).

(1) إيصال السالك، ص 188.

(2) ينظر البيان والتحصيل (425-47/1) (357/4) والموافقات (403/4).

(*) هو زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبد ودّ بن نصر... بن عامر بن لؤي، أبو سودة زوج الرسول ﷺ، مات زمعة كافراً قبل فتح مكة. ينظر الاستيعاب (388/2) والإصابة (386/4).

(*) هو عبد بن زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبد ودّ... بن لؤي العامري، كان شريفاً سيّداً من سادات الصحابة، وهو أخو سودة لأبيها. أسلم عام الفتح. ينظر ترجمته في: أسد الغابة (532/3) والإصابة (386/4) والاستيعاب (820/2).

يُدّعي سعد أنه ابن أخيه عتبة(*) ويُدّعي عبدٌ أنه أخوه من أمة أبيه؛ فألحق رسول الله ﷺ الولد بصاحب الفراش الذي هو زمعة؛ فقال: "الولد للفراش وللعاهر الحجر (أي الرجم) واحتجبي منه يا سودة"(*)⁽¹⁾ بنت زمعة⁽²⁾؛ لما رآه من شبهه بعُتْبة؛ فراعى ﷺ الحكمين، أي: حكم الفراش فألحق الولد بصاحبه الذي هو زمعة، وحكم الشبه فأمر بنت صاحب الفراش التي هي سودة بنت زمعة بالاحتجاب من الولد.

قال ابن دقيق العيد(*):"والحديث استدل به بعض المالكية على قاعدة من قواعدهم، وأصل من أصول المذهب، وهو الحكم بين حكمين، وذلك أن يكون الفرع يأخذ مشابهة من أصول متعددة فيعطي أحكاماً مختلفةً ولا يمحّض لأحد الأصول، وبيانه من الحديث أن الفراش مقتضى لإلحاقه بزمعة، والشبهه البين

(*) عتبة بن أبي وقاص بن وهيب وقيل أهيب الزهري القرشي، أخو سعد، ذكر البعض له صحبة ولم يذكره أحد من المتقدمين في الصحابة، قيل إنه مات كافراً بعد أحد بعام. ينظر الإصابة (259/5) وأسد الغابة (591/3-592).

(*) هي سودة بنت زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبد ود... بن عامر بن لؤي القرشية العامرية وسودة هي زوج النبي ﷺ تزوّجها بمكة بعد وفاة خديجة قبل عائشة، توفيت سودة في آخر زمان عمر بن الخطاب، ينظر الاستيعاب (1867/4) والإصابة (721/7) وأسد الغابة (173/7).

(1) عن عائشة أخرجه البخاري باب دعوى الوصي للميت (852/2). رقم 2289. وباب للعاهر الحجر (2499/6). 6431. ومسلم، باب الولد للفراش وتوقّي الشبهات (171/4). 3686.

(2) إيصال السالك، ص 191.

(*) هو محمد أبو الفتح بن علي بن وهب بن مطيع القشيري المنفلوطي. المعروف بتقي الدين ابن دقيق العيد المالكي الشافعي، اشتغل بمذهب مالك وأتقنه ثم اشتغل بمذهب الشافعي. أفتى في المذهبين وحدث وألف ولد سنة 625هـ وتوفي 702هـ. ينظر السديباج (251/2)، وشجرة النور (270/1).

مقتضى لإلحاقه بعتبة؛ فأعطى النسب بمقتضى الفراش وألحق بزمعة، وروعي أمر الشبه بأمر سودة بالاحتجاب منه. فأعطى الفرع حكماً بين حكمين فلم يمحّض أمر الفراش فثبتت المحرمية بينه وبين سودة، ولا روعي أمر الشبه مطلقاً فيلتحق بعتبة⁽¹⁾.

— وكذلك من الأدلة على اعتبار مراعاة الخلاف قوله ﷺ: "أيا امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل — ثلاث مرات —، فإذا دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها"⁽²⁾.

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ حكم أولاً ببطلان العقد وأكدته بالتكرار ثلاثاً، وأقل مقتضياته عدم اعتبار هذا العقد جملة؛ لكنه عقبه بما اقتضى اعتباره بعد الوقوع بقوله: "المهر لها"⁽³⁾.

رابعاً: الشروط والضوابط للأخذ بمراعاة الخلاف:

يشترط لمراعاة الخلاف ما يأتي⁽⁴⁾:

- أن لا تؤدي مراعاة الخلاف إلى محذور شرعي، وضابط ذلك ما ينقض به حكم الحاكم وهو مخالفة الإجماع أو النص أو القواعد الشرعية أو القياس الجلي.
- أن يكون مأخذ المخالف قوياً ناتجاً عن اجتهاد صحيح، أما إن كان ضعيفاً فلا يؤبّه به، وتعقيباً على هذا الشرط سيأتي الخلاف: هل يراعى كل خلاف أو لا

(1) إحكام الأحكام، ص 607.

(2) عن عائشة أخرجه الترمذي، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي 1102. (407/3). وأبو داود، باب في الولي 2083. (634/1).

(3) أدلة القواعد الأصولية من السنة النبوية، ص 606-607.

(4) ينظر الموافقات (402/4-403) والأشباه والنظائر للسيوطي، ص 137، وإيصال السالك،

يراعى إلا الخلاف المشهور؟ وعلى مراعاة المشهور بالخصوص هل هو ما كثر قائله أو ما قوي دليله؟ إن شاء الله.

- أن لا يترك المُرَاعِي للخلاف مذهبه بالكلية.
- أن لا يوقع مراعاته في خلاف آخر، ومن ثم كان فصل الوتر أفضل من وصله، ولم يُرَاعَ فيه خلاف أبي حنيفة؛ لأن من العلماء من لا يجيز الوصل.

خامساً: مواقف العلماء من هذا الأصل:

هو كذلك عند المالكية — أعني كونه أصلاً — كما تقدم، وهذه النسبة ذكرها جمهورهم، إلا أنهم قالوا يعمل به تارةً ويُعدل عنه أخرى، وضابط ذلك: الشروط السالفة الذكر، فمتى توفرت عُمَلُ بمراعاة الخلاف، وإن لم فلا. وفروع المذهب تدل على ذلك. كما تقدم الكلام في ذلك وكما سيأتي في التطبيقات الفقهية.

وقد عدّ بعض المالكية مراعاة الخلاف نوعاً من أنواع الاستحسان ومن هؤلاء ابن رشد^(*) حيث يقول: "من أصل مذهب مالك مراعاة الخلاف وهو استحسان"⁽¹⁾.

والشاطبي حيث يقول: "إن من جملة أنواع الاستحسان مراعاة خلاف العلماء، وهو أصل في مذهب مالك ينبني عليه مسائل كثيرة"⁽²⁾، فإن سميناه استحساناً فهو استحسان سنده مراعاة الخلاف.

(*) هو محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد، أبو الوليد القرطبي، زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب ومقدمهم، كثير التصانيف منها: البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل، والمقدمات الممهدة لأوائل كتب المدونة. توفي سنة 520هـ. ينظر الديباج (195/2) وشجرة النور (190/1).

(1) البيان والتحصيل (419/3) (224/15).

(2) الاعتصام، ص 476-477.

وكذلك الحنفية والشافعية والحنابلة آخذون بمراعاة الخلاف. فالحنفية يراعون الخلاف وإن كان قول المخالف ضعيفاً، قال ابن عابدين(*) : " مراعاة الخلاف أمر محبوب، سواءً كان قول المخالف ضعيفاً في المذهب الحنفي -، أو كان مذهب الغير، كيف وقد صُحِّح - القول المخالف -، وكان الإسكاف(*) والهندواني(*) يفتيان به ومختارهما، وهما إمامان جليلان من كبار مشايخ المذهب" (1).

والشافعية يقول النووي(*) منهم: "إن العلماء متفقون على الحث على الخروج من الخلاف إذا لم يلزم منه إخلال بسنة أو وقوع في خلاف آخر" (2).

(*) هو محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز بن عابدين الدمشقي، فقيه أصولي، إمام الحنفية في عصره، له: رد المحتار على الدر المختار في الفقه يعرف بحاشية ابن عابدين، ومجموعة رسائل. مولده ووفاته في الشام (1198هـ - 1252هـ). ينظر الأعلام (42/6) ومعجم المؤلفين (77/9).

(*) هو محمد بن أحمد، أبو بكر الإسكاف البلخي، كان إماماً كبيراً، من آثاره: شرح الجامع الكبير للشيباني في فروع الفقه الحنفي، وفاته سنة 336هـ، وفي معجم المؤلفين وفاته سنة 333هـ. ينظر الجواهر المضية في طبقات الحنفية (239/2) ومعجم المؤلفين (232/8-233).

(*) هو محمد بن عبدالله بن محمد بن عمر، أبو جعفر الفقيه البلخي الهندواني، كان يقال له: أبا حنيفة الصغير لفقّه، من آثاره: شرح أدب القاضي لأبي يوسف، والفوائد الفقهية، وفاته سنة 362هـ. ينظر الجواهر المضية (68/2) ومعجم المؤلفين (244/10).

(1) مجموعة رسائل ابن عابدين (61/1).

(*) هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن حزام بن محمد بن جمعة النووي الشافعي، الشيخ الإمام العلامة محي الدين أبو زكريا، من كتبه: المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، وحلية الأبرار، يعرف بالأذكار، وشرح المهذب للشيرازي، وُلد المترجم له سنة 631هـ، ووفاته 676هـ. ينظر طبقات الشافعية الكبرى (395/8) والأعلام (149/8).

(2) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (23/2).

وقد ذكر السيوطي(*) في كتابه الأشباه والنظائر قاعدة استحباب الخروج من الخلاف، فاعتبر مراعاة الخلاف قاعدة فقهية وذكر فروعاً كثيرة تتخرج عليها عند الشافعية، كما أخذ يعدّد شروط الأخذ بمراعاة الخلاف(1).

والحنابلة يقولون بمراعاة الخلاف، ويسميها بعضهم مراعاة الائتلاف، وهي من منصّوص إمامهم، قال ابن تيمية(*) : " مراعاة الائتلاف هي الحق، فيجهر بالبسملة أحياناً لمصلحة، ويسوغ ترك الأفضل لتأليف القلوب، كما ترك النبي ﷺ بناء البيت على قواعد إبراهيم خشية تنفيرهم، نص الأئمة على ذلك كأحمد(*) في البسملة، وفي وصل الوتر، وغير ذلك مما في العدول من الأفضل إلى الجائز مراعاة للائتلاف، أو لتعريف السنّة، وأمثال ذلك، والله أعلم(2).

القاعدة الأولى: من أصل مذهبنا مراعاة الخلاف. شرح الرسالة (199/1).
توضيح القاعدة:

اعتنى علماء المالكية بقاعدة مراعاة الخلاف أكثر من غيرهم، بل إن المالكية يجعلون مراعاة الخلاف أصلاً من أصول مذهبهم، كما في منظوق

(*) هو عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين بن عثمان محمد بن خضر بن الهمام، الجلال بن الكمال السيوطي الشافعي مولده 849هـ له مؤلفات كثيرة نحو 600 مصنف منها الإتقان في علوم القرآن والأشباه والنظائر في العربية والفقه ونظّم جمع الجوامع وسماه الكوكب الساطع ثم شرحه. وفاته 911هـ.
ينظر الضوء اللامع للسخاوي (65/4)، والأعلام (301/3).

(1) مختصر الفتاوى، ص52.

(*) أبو العباس أحمد بن عبدالحليم بن عبدالسلام بن تيمية الحراني تقي الدين تعلم في دمشق، من مصنفاته درء تعارض العقل والنقل، جمعت فتاواه في سبع وثلاثين مجلداً، ولد 661هـ، ت 728هـ، البداية والنهاية (115/14)، الدرر الكامنة (168/1)، الأعلام (144/1).

(*) الإمام أحمد بن محمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني المروزي البغدادي ولد 164هـ. أُقيل على سماع الحديث إليه تتسبب الحنابلة، من مصنفاته المسند، امتحن ودُعي إلى القول بخلق القرآن فلم يُجب ت سنة 241هـ. ينظر البداية والنهاية (277/10-282).

(2) مختصر الفتاوى، ص52.

القاعدة كما ذكرها ابن ناجي، وذكر ذلك غيره كما تقدم، ولمراعاة الخلاف ذكر شائع في كتب المذهب الأصولية والفقهية.

التطبيقات على القاعدة:

التطبيق الأول: قال ابن أبي زيد^(*): "وقليل الماء ينجسه قليل النجاسة وإن لم تُغيره".

قال ابن ناجي: "ما ذكر من أنه نجس هو قول ابن القاسم^(*) وهو ظاهر المدونة عند بعضهم في قولها: يَتِيَمُّ وَيَتْرِكُهُ، فإن توضأ به وصلى أعاد في الوقت⁽¹⁾، فقول المدونة يقتضي أنه نجس، وإنما قال يُعيد في الوقت مراعاةً للخلاف". شرح الرسالة (91/1).

توضيح التطبيق:

قول المدونة: يتركه — الماء القليل فيه قليل النجاسة وإن لم يُغيره — يقتضي نجاسة الماء، وعلى هذا لا يصح الوضوء به ويتيمم كما في المدونة، هذا إن لم يجد غيره، وقولها: "فإن توضأ به وصلى أعاد في الوقت" يدل على الإجزاء؛ إذ لو بطلت صلاته لقاتل أعاد أبداً، وإنما قالت يُعيد في الوقت؛ مراعاة لقول من قال بأنه طاهر ما لم يتغير.

(*) هو عبدالله بن أبي زيد عبدالرحمن النفزي أو النفزاوي، أبو محمد القيرواني (نسبة للقيروان مكان المولد والمسكن والمنتشأ والوفاة)، له كتاب الرسالة في العقيدة والفقه، كان يُلقَّب بـ "مالك الصغير"، وُلد سنة 310هـ، توفي سنة 386هـ. ينظر ترتيب المدارك (215/6)، والديباج (372/1)، وشجرة النور (143/1).

(*) هو عبدالرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة مولى زيد بن الحارث العتقي، يكنى أبا عبدالله، وُلد سنة 128هـ، إمام وفقه صاحب الإمام مالك رحمه الله ورواية المسائل عنه، توفي سنة 191هـ. ينظر التعريف بأصحاب مالك رحمه الله لابن عبد البر، ص 21، والديباج المذهب (400/1).

(1) ينظر المدونة (116/1)، وتوير المقالة للتتائي (435/1).

التطبيق الثاني: وفي القيام من ركعة يقول ابن أبي زيد: "ثم تقوم من الأرض كما أنت معتمداً على يديك لا ترجع جالساً لتقوم من جلوس ولكن كما ذكرت لك".

قال ابن ناجي: "ما ذكر الشيخ أنه لا يرجع للجلوس هو المشهور، واستحب ابن العربي (*) أن يجلس؛ لثبوته عنه عليه السلام⁽¹⁾، وبه قال الشافعي^(*)، قال ابن عبد السلام: وهو المختار. وعلى الأول فإن رجح جالساً عمداً فلا سجود، والصلاة مجزئة باتفاق؛ مراعاةً للخلاف، وإن رجح ساهياً ففي السجود قولان". (166/1).

توضيح التطبيق:

المعني من التطبيق هو ما يسمى عند الفقهاء بجلسة الاستراحة، وقد أثبتتها الشافعية سنة؛ لكون النبي ﷺ كان يفعلها⁽²⁾.

وصورة تركيب التطبيق على قاعدتنا: أن المانع من جلسة الاستراحة وهم المالكية يقولون بأن الصلاة مجزئة صحيحة ولا شيء على المصلي في حال الإتيان بالجلسة عامداً؛ مراعاةً للخلاف، أي لقول من قال بثبوتها واستحبابها،

(*) محمد بن عبدالله بن محمد بن العربي المعافري، أبوبكر، ولد 468هـ، كان من أهل التنفّن في العلوم من تصانيفه أحكام القرآن وكتاب المسالك شرح موطأ مالك والمحصول في أصول الفقه ت 543هـ، ينظر الديباج (198/2)، وتأريخ قضاة الأندلس ص 105.

(1) الحديث أخرجه البخاري باب المكث بين السجدين، وفيه: "كان يقعد في الثالثة والرابعة" أي يجلس جلسة خفيفة وهي جلسة الاستراحة، (1/282-785). وينظر المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (215/4) (19/5).

(*) أبو عبدالله محمد بن إدريس.. بن شافع.. بن المطلب بن عبد مناف، أخذ العلم من مالك وبقي معه إلى أن مات، وُلد المترجم له سنة 150هـ، وكانت وفاته سنة 204هـ. ينظر مناقب الإمام الشافعي لفخر الدين الرازي، ص 25-44، والبداية والنهاية (212/10).

(2) ينظر المنهاج للنووي (215/4) (19/5)، وشرح زروق على الرسالة (116/1).

وإنما قالوا: مراعاةً للخلاف، ولم يقولوا لورودها سنة؛ لأن فعله ﷺ تُؤول عند مالك كما قال زروق(*) بأنه ﷺ إنما فعل ذلك لما نقلت أعضاؤه، فهو عادي لا شرعي، وهو تأويل أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها⁽¹⁾؛ ولكن لما صارت الجلسة مذهباً للغير، مستدلين بفعله ﷺ، قال المالكية بإجزاء الصلاة لمن أتى بالجلسة متعمداً؛ مراعاةً للخلاف - وإن منعوا منها ابتداءً - ولاسيما وأن فيها خلافاً داخل المذهب⁽²⁾.

التطبيق الثالث: قال ابن ناجي في تكبيرات صلاة العيد: "ومن نسي التكبير حتى أكمل القراءة فإنه يتداركه ما لم يركع، ويعيد القراءة؛ إذ من سنتها أن تكون بعد التكبير.... قال في المدونة: ويسجد بعد السلام، قال ومن قدم السورة على أم القرآن يعيدها بعدها، واختلف هل عليه سجود بعد السلام أم لا على قولين، فعلى القول بنفي السجود يكون معارضاً لهذه المسألة - يعني تقديم القراءة على تكبيرات العيد - وفرق بعضهم بين المسألتين بأن مسألة تقديم السورة قَدَّمَ قرآناً على قرآن، فلا سجود عليه، وفي مسألة العيد قَدَّمَ قرآناً على غير قرآن، فكان عليه السجود، قال خليل(*) : وانظر ما في المدونة ما الفرق بينهما - المسألتين السالفتين - وبين من زاد السورة في الثالثة والرابعة؛ فإنه لا يسجد، قال: وقد

(*) هو أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي الشهير بزروق من شيوخه الشيخ حلولو وللمترجم له شرحان على الرسالة مولده سنة 846هـ ووفاته سنة 899هـ. ينظر نيل الابتهاج (1/130)، وأعلام ليبيا للظاهر الزاوي، ص107.

(1) ينظر شرح الرسالة لزروق (1/116).

(2) ينظر شرح مختصر خليل للخرشي (1/316)، وفيه: "من زاد سورة في الثالثة والرابعة بعد أم القرآن فلا سجود عليه على المشهور خلافاً لأشهب".

(*) هو خليل بن إسحاق الجندي كان فاضلاً في مذهب مالك، صحيح النقل ألف مختصراً في المذهب أقبل عليه الطلبة ودرسوه، اختلف المؤرخون في سنة وفاته والأشبه أنها سنة 776هـ. الديباج المذهب (1/313)، نيل الابتهاج (1/172).

فرق بينهما بأن زيادة السورة في الثالثة والرابعة قد استحباها بعض الأشياخ فإراعى قوله". شرح الرسالة (257/1).

توضيح التطبيق:

الغرض من هذا التطبيق في قاعدتنا: أن من زاد في الركعة الثالثة أو الرابعة سورة بعد أم القرآن عامداً فلا سجود عليه بعد السلام، مراعاةً لقول من يقول باستحباب قراءة السورة بعد أم القرآن في الثالثة والرابعة.

التطبيق الرابع: قوله: "وكل خليطين فإنهما يترادان بينهما بالسوية ولا زكاة على من لم تبلغ حصته عدد الزكاة". قال ابن ناجي: "اعلم أن المشهور أنه يشترط في الخليطين أن يكونا حرين مسلمين، وقال ابن الماجشون(*) : إذا كان أحدهما من أهل الزكاة والآخر عبداً أو نصرانياً زكى الحر المسلم ما يجب عليه في زكاة الخلطة ويسقط نصيب النصراني والعبد، فإذا عرفت هذا فما ذكر الشيخ هو المشهور والمنصوص، ومثله إذا حل حول أحدهما. وخرج اللخمي(*) من قول ابن الماجشون السابق أن يزكي صاحب النصاب ومن حال عليه الحول زكاة الخلطة، ويسقط مناب من لم يحل عليه الحول إلى حوله، وفرق ابن بشير(*) بمراعاة الخلاف في مسألة العبد والنصراني لاختلاف العلماء في خطابهما

(*) هو عبدالملك بن عبد العزيز الماجشون القرشي أبو مروان والماجشون: المورد بالفارسية، تفقه عبدالملك بأبيه ومالك وغيرهما، وبه كابن حبيب وسحنون، توفي المترجم له سنة 212هـ. ينظر الديباج (5/2) وشجرة النور (85/1).

(*) هو علي بن محمد بن الربيعي أبو الحسن اللخمي تفقه بابن محرز وجماعة وأخذ عنه المازري وجماعة، من آثاره التبصرة في الفقه له اختيارات خرج بها عن المذهب، وفاته 478هـ، ينظر الديباج المذهب (82/2) وشجرة النور الزكية (173/1).

(*) هو إبراهيم بن عبدالصمد بن بشير التنوخي أبو الطاهر كان إماماً في أصول الفقه والعربية والحديث، له التنبيه على مبادئ التوجيه مشى فيه على طريقة استنباط أحكام الفروع من قواعد أصول الفقه، ذكر أنه قتل شهيداً، قتله قطاع الطريق وفاته 540هـ تقريباً. ينظر الديباج (241/1) وشجرة النور (186/1).

بالزكاة، وإجماعهم على سقوط الزكاة عن مالكٍ دون النصاب ولم يحل حولُ ماله". شرح الرسالة (339/1).

توضيح التطبيق:

باعتبار الشرطين المذكورين وهما الحرية والإسلام في الخليطين؛ فإن ابن الماجشون يقول إن أحد الخليطين إذا كان من أهل الزكاة وتوفّر فيه الشرطان والآخر كان عبداً أو نصرانياً فلم يتوفر فيه الشرطان، زكّي الأول ما يجب عليه وسقطت الزكاة عن العبد أو النصراني.

إذا علم هذا فقد خرج اللخمي منه ما إذا كان الخليطان حرين مسلمين بلغ مالهما النصاب، أحدهما حال عليه الحول والآخر لم يحل عليه؛ فيزكّي مَنْ حال عليه الحول، ويسقط منابُ مَنْ لم يحل عليه الحول إلى تمام حوله، فكما سقطت عن العبد والنصراني، كذلك تسقط عن مَنْ لم يحل عليه الحول، وعليه فلا تطلب من العبد والنصراني كما لا تطلب ممن لم يحل عليه الحول أو مالكٍ دون النصاب.

وأجيب — وأصله لابن بشير — بأنه قياس مع الفارق؛ إذ أن مسألة العبد والنصراني مختلف فيها من حيث خطابهما بالفروع، وفي حال حصول الخلاف يمكن القول بمطالبة العبد والنصراني بالزكاة؛ مراعاة للخلاف، أي لقول من قال تجب عليهما. أما مسألة الذي لم يملك النصاب أو لم يحل عليه الحول؛ فأجمع العلماء على سقوط الزكاة عنهما، فهنا في حال انعقاد الإجماع لا يمكن القول بمطالبة مالكٍ دون النصاب أو من لم يحل حول ماله بالزكاة؛ لمقابلة الإجماع. والله أعلم.

التطبيق الخامس:

قال ابن زيد في باب الضحايا والذبائح: "ومن ذبح من القفا لم تؤكل".

قال ابن ناجي: " لا خصوصية لقوله من القفا بل وكذلك إذا ذبح من صفحة العنق ولا أعلم فيه خلافاً في المذهب...، ولو قطع الحلقوم وعسر مرور

السكين على الودجين لعدم حد السكين فقلبها وقطع الأوداج من داخل لم تؤكل، قاله سحنون(*)، وهو المذهب...، وأفتى الشيخ أبو القاسم الغبريني(*) — رحمه الله — في مسألة سحنون في زمان شدة بالأكل قائلاً: مراعاة لقول من قال من العلماء بأكلها إذا ذبحت من القفا". شرح الرسالة (379/1-380)

توضيح التطبيق:

على قول سحنون وابن أبي زيد والمذهب بأنها لا تؤكل، يكون المنع بإطلاق، ولكن أفتى الغبريني بما أفتى؛ حيث جعل المنع في المذهب في الزمان المعتاد، أما إذا كان الزمان زمان شدة فإنها تؤكل؛ مراعاة للخلاف، أي لقول من قال خارج المذهب⁽¹⁾ بأكلها إذا ذبحت من القفا⁽²⁾. وفي هذه الحال حصل إعمال لرأي المخالف من بعض الوجوه.

التطبيق السادس: قال ابن أبي زيد: "ونهي عن بيع الكلاب"

قال ابن ناجي: "أما الكلب المنهي عن اتخاذه فانفق المذهب على تحريم بيعه، وأما المأذون فيه فاختلف فيه على سبعة أقوال: أحدها أن يبيعه لا يجوز،

(*) هو عبدالسلام أبو سعيد: سحنون بن حبيب التتوخي القيرواني الفقيه الحافظ، ولي قضاء أفريقية، ومدونته عليها الاعتماد في المذهب، ولد سنة 160هـ، وتوفي سنة 240هـ. ينظر الديباج المذهب (24/2-31) شجرة النور الزكية (1/104).

(*) هو أحمد بن أحمد الغبريني، أبو القاسم التونسي، فقيها ومفتيها، أخذ عن ابن عبد السلام وطبقته، وأخذ عنه جماعة من علماء تونس كالقاضي أبي مهدي الغبريني، وصاحب الترجمة ولد أبي العباس الغبريني صاحب عنوان الدراية وقاضي بجاية، توفي المترجم له سنة 772هـ. ينظر نيل الابتهاج (1/104)، وشجرة النور (1/323).

(1) قال زروق عن المذهب: وأما من ذبح من القفا فإنها لا تؤكل اتفاقاً؛ لأنها تصير ميتة بقطع نخاعها قبل حلقومها وودجيتها، والله أعلم. (شرحه على الرسالة: 380/1)، وينظر بداية المجتهد (2/209).

(2) أجاز ذلك أبو حنيفة والشافعي وإسحاق وأبو ثور وروي ذلك عن ابن عمر وعلي وعمران بن الحصين. ينظر بداية المجتهد (2/209).

وهو مذهب المدونة، وقيل: إنه جائز، قاله مالك... وسحنون قائلاً: أبيعه وأحج بثمانه...، وقيل: إنه مكروه، قاله مالك أيضاً، وقيل: لا بأس بشرائه ولا يجوز بيعه...، وإذا فرعنا على مذهب المدونة بالمنع ووقع البيع فروى أشهب(*) في مدونته: أنه يفسخ إلا أن يطول، وحكى ابن عبد الحكم(*) أنه يفسخ وإن طال، والقولان حكاهما ابن زرقون(*)، قلت: والصواب أنه يمضي بالعقد؛ مراعاةً لقول من قال ممن تقدم بجوازه، وهو قول أبي حنيفة(*) أيضاً⁽¹⁾.

توضيح التطبيق: مذهب المدونة: المنع من بيع الكلب المأذون فيه، وعند ابن ناجي: المنع ابتداءً، فإذا وقع نفذ ومضى؛ مراعاةً للخلاف، أي لقول من قال من

(*) هو الإمام العلامة الفقيه مفتي مصر أبو عمر أشهب بن عبدالعزيز بن داود بن إبراهيم القيسي العامري المالكي، روى عن مالك والليث والفضيل وغيرهم، وُلِدَ 140هـ، وتوفي 204هـ. ينظر - التعريف بأصحاب مالك ص 23-24، والديباج المذهب (273/1).

(*) هو محمد بن عبدالله بن عبد الحكم: أبو عبدالله مصري فقيه كان مالكي المذهب، ولازم الإمام الشافعي، ثم رجع إلى مذهب مالك، مولده سنة 182هـ ووفاته 268هـ. ينظر الديباج المذهب (128/2) وشجرة النور (101/1)، والأعلام (223/6).

(*) هو محمد بن أبي عبدالله بن محمد بن سعيد بن أحمد بن سعيد بن زرقون الأنصاري الإشبيلي، كنيته أبو الحسن العالم الفقيه الحافظ. شيخ المالكية، صنف كتاب المعلّى في الرد على المعلّى لابن حزم. توفي المترجم له سنة 621هـ. ينظر السديباج (205/2) وشجرة النور (256-255/1).

(*) هو الإمام أبوحنيفة واسمه النعمان بن ثابت التيمي مولاهم الكوفي فقيه العراق وأحد الأئمة الأربعة أصحاب المذاهب، رأى أنس بن مالك قيل وغيره، مولده سنة 80هـ ووفاته سنة 150هـ. ينظر (الجواهر المضية في طبقات الحنفية) (27/1) والبدائية والنهاية (87/10) والأعلام (36/8).

(1) شرح الرسالة لابن ناجي (130/2) وينظر معه شرح زروق، والمدونة (552-551/1) وبدائية المجتهد (146/3).

المذهب وغيره⁽¹⁾: إن الكلب المأذون فيه كَلَصِيْدٌ يجوز بيعه، ففي إفادة ابن ناجي إعمال لقول المخالف في بعض أحوال المحكوم فيه.

القاعد الثانية: الخروج من الخلاف⁽²⁾.

التوضيح:

قاعدة الخروج من الخلاف وقاعدة مراعاة الخلاف قريبتا المأخذ والمفهوم، بيد أن مراعاة الخلاف تستعمل بهذا المنطوق في دفع الخلاف، ويكون بالأشد، كأن يكون الحكم في مسألة ما على اختلاف بين التحريم والتحليل فيحكم المحلل بالتحريم ولو في بعض الوجوه مراعاةً للخلاف.

وقاعدة الخروج من الخلاف تستعمل بهذا المنطوق في رفع الخلاف، ويكون بالأيسر، كأن يكون الحكم في مسألة ما على اختلاف بين التحريم والتحليل فيؤخذ بالتحليل خروجاً من الخلاف بعدم لحاق الإثم، وللاعتداد والنفوذ في العبادات والمعاملات.

وإضافة إلى ما تقدم فإن منطوق مراعاة الخلاف الذي هو لدفع الخلاف يُستجلب غالباً قبل وقوع الحادثة المختلف فيها، ومنطوق الخروج من الخلاف الذي هو لرفع الخلاف يستجلب غالباً بعد وقوع الحادثة المختلف فيها؛ إلا أننا نجد أن ابن ناجي - رحمه الله - لا يصرح ما تقدم، بل يجعل القاعدتين تتضمنان مفهوماً واحداً، فإنه يستسيغ صياغة كلتا القاعدتين في كل الأحوال دون تفريق بينهما، وذلك مشاهدٌ في التطبيقات، فإن هذه القاعدة وهي الخروج من الخلاف قد ينطبق عليها الفروع المطبقة على مراعاة الخلاف، والعكس صحيح عنده باستقراء كلامه، والأمر قريب ولا مشاحة في الاصطلاح. والله أعلم.

(1) إشارة إلى أحد أقوال مالك وقول سحنون من المذهب، وإلى مذهب أبي حنيفة. ينظر المراجع السابقة.

(2) ينظر شرح ابن ناجي (167/1) مأخوذ من قوله: "مَنْ أَرَادَ أَنْ يَخْرُجَ مِنَ الْخِلَافِ".

التطبيق الفقهي للقاعدة:

قال ابن ناجي: اختلف في حكم القنوت، والمشهور من المذهب أن ذلك فضيلة، وقيل سنة...، وإذا قلنا بأنه فضيلة فلا سجود له كسائر الفضائل، فإن سجد له بطلت صلاته...، وإذا قلنا بالسنة فنصّ علي بن زياد(*)، على أنه إن لم يسجد بطلت، وهو قائل بذلك في كل سنة، وقال بعض المتأخرين: من أراد أن يخرج من الخلاف فليسجد بعد السلام". شرح الرسالة (166/1-167)

توضيح التطبيق:

المشهور من المذهب أن دعاء القنوت من فضائل صلاة الصبح فمن تركه لا سجود عليه لأنه فضيلة، فإن سجد بطلت صلاته، قاله أشهب. وهناك رأي آخر لبعض المالكية وهو أن دعاء القنوت سنة من سنن صلاة الصبح، ونص علي بن زياد من المالكية أنه إن لم يسجد من تركه بطلت صلاته.

فالمسألة فيها مذهبان:

مذهب يقول من سجد بطلت صلاته ومذهب يقول من لم يسجد بطلت صلاته، ومن المعلوم أن السجود في هذه الحال يكون قبل السلام لأنه سجود نقصان.

فخروجاً من هذا الخلاف رأى بعض العلماء أن السجود للسهو عن القنوت يكون بعد السلام؛ فتصح الصلاة على المذهبين: فمن قال تبطل صلاة من سجد للقنوت، لا تبطل على هذا الرأي؛ لأنه سجود بعد السلام فهو خارج

(*) هو علي بن زياد أبو الحسن التونسي العبسي، من أهل إفريقية، سمع من الثوري والليث وغيرهما، وهو من أصحاب مالك، ثقة معروف بارع في الفقه، روى الموطأ عن مالك، توفي سنة 183 هـ، ويشتهر به رجل آخر من أكابر أصحاب مالك المصريين، يكنى بكنيته ويسمى باسمه وينتسب بنسبه وهو أبو الحسن علي بن زياد الإسكندري. ينظر السديباج

الصلاة، ومن قال بوجوب السجود وبطلان الصلاة بدونه، تصح الصلاة على هذا الرأي؛ لحصول السجود⁽¹⁾.

القاعدة الثالثة: يراعى القائل الواحد إذا قوي دليله. (138/1).

مفهوم القاعدة: اعتبار مراعاة الخلاف ليس بإطلاق، أي لا يراعى كل خلاف؛ بل يراعى مذهب المخالف إذا قوي مأخذه حتى وإن كان المخالف واحداً؛ بمعنى أن كثرة المخالف لا اعتبار لها في مراعاة الخلاف إنما المعتبر هو قوة الدليل. فإن كان دليل المخالف ضعيفاً فلا يراعى خلافه⁽²⁾. وهذا هو الذي عليه مالك – رحمه الله –. قال ابن خويز منداد^(*): "إن مالكاً – رضي الله تعالى عنه – كان يراعى من الخلاف ما قوي دليله، لا ما كثر قائله"⁽³⁾.

وهذا الكلام هو بعينه الذي يضبط ويفسر لنا قول الولاتي في مراعاة الخلاف عند مالك: "يعمل بها تارةً ويعدل عنها أخرى، فلا احتجاج به دائماً"⁽⁴⁾. فمالك – رحمه الله – يعمل بمراعاة الخلاف إذا قوي دليل المخالف، ويعدل عنها إذا كان مأخذ المخالف ضعيفاً.

قال ابن رشد: "إن من مذهبه – يعني مالكاً – مراعاة الخلاف إذا قوي"⁽⁵⁾.

(1) تنظر المسألة وما فيها من أقوال في المدونة (192/1) بداية المجتهد (204/1) مواهب

الجليل (39-40/1) وشرح زروق مع شرح ابن ناجي على الرسالة (167/1).

(2) تقدم في كلام لابن عابدين مراعاة الحنفية للقول الضعيف.

(*) هو محمد بن أحمد بن عبد الله كنيته أبو عبد الله، ابن خويز منداد له كتاب في أصول الفقه وكتاب في أحكام القرآن، عنده شواذ عن مالك، وله اختيارات كقوله في أصول الفقه: إن خبر الواحد يوجب العلم. لم يكن بالجيد النظر في الفقه، وفاته 390هـ تقريباً، قال فيه الباجي لم أسمع له في علماء العراق ذكراً. ينظر السديج المذهب (180/2)، ومعجم المؤلفين (280/8).

(3) البهجة شرح التحفة للتسولي (40/1).

(4) إيصال السالك، ص 188.

(5) البيان والتحصيل (352/4).

ومذهب مالك هذا لم يُسمع منه، وإنما أخذ من استقراء مسائله الفقهية، أشار إلى ذلك ابن عبدالسلام حيث قال: "والذي ينبغي أن يعتقد - وهو الذي تدل عليه مسائل المذهب - أن الإمام - رحمه الله - إنما يراعي من الخلاف ما قوي دليله"⁽¹⁾.

كما نبّه ابن عبدالسلام على أن المذهب المخالف إذا كان مأخذه ضعيفاً فلا يراعى عند مالك حتى وإن كثّر قائلوه، وذلك بتتبع مسائله، حيث قال ابن عبدالسلام: وقد أجاز مالك - رحمه الله - الصلاة على جلود السباع إذا ذكيت وأكثرهم على خلافه، وأباح بيع ما ليس فيه حق توفية من غير طعام قبل قبضه، وأجاز أكل الصيد إذا أكل منه الكلب، إلى غير ذلك من المسائل ولم يراع في ذلك خلاف الجمهور، وهذا مما يدل على أن المراعى عنده إنما هو الدليل لا كثرة القائل، والله أعلم⁽²⁾.

تطبيق القاعدة:

في صفة المسح على الخفين يقول ابن ناجي: "قال في المدونة: لا يجزئه مسح أعلاهما دون أسفلهما ولا أسفلهما دون أعلاهما، إلا أنه إن اقتصر على الأعلى أعاد في الوقت؛ لأن عروة^(*) كان لا يمسح أسفلهما، قلت: في قول المدونة مناقشة وفائدة: أما المناقشة فإن في كلامه التنافي؛ لأن قوله لا يجزئه، ظاهر في التكلم بعد الوقوع فيعيد أبداً، وقوله بَعْدُ: يعيد في الوقت، في الاختصار على الأعلى ينافيه، فهو أراد: ولا يجوز، ففي كلامه التسامح.

(1) شرح الرسالة لابن ناجي (37/2).

(2) المرجع السابق.

(*) هو عروة بن حواري رسول الله ﷺ الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي بن كلاب، أبو عبدالله التابعي المدني الفقيه أحد الفقهاء السبعة حدّث عن أبيه وعن أمه أسماء بنت أبي بكر الصديق وعن خالته عائشة أم المؤمنين وغيرهم ﷺ، مولده 23هـ ووفاته 94هـ، وقيل غير ذلك. ينظر البداية والنهاية (85/9) وسير أعلام النبلاء (4/421).

والفائدة: أن مالكا يُعلم من هذا أن مذهبه يراعي القائل الواحد إذا قوي دليله؛ لما علم أن المسح مبني على التخفيف...، وقد علمت اشتهاار الخلاف هل يراعى كل خلاف أو لا يراعى إلا الخلاف القوي، وهل القوي ما كثر قائله أو ما قوي دليله؟". شرح الرسالة (138/1)

توضيح التطبيق:

مذهب المدونة أن من مسح أعلى الخفين دون أسفلهما لا يجزئه ذلك؛ ولكن مراعاةً لخلاف عروة بن الزبير فإن من اقتصر على مسح أعلاهما دون أسفلهما يعيد في الوقت بحسب المدونة، ولم تقل يعيد أبداً، كما هو مترتب على قولها أولاً: "لا يجزئه"، وقد أشار ابن ناجي إلى ما في ذلك من التناهي، وقرر أن ذلك من المدونة مسامحة.

والذي يتعلق بالقاعدة هنا هو أن الإمام مالكا راعى فعل عروة مع انفراده به؛ لقوة دليله المتجلية في أن المسح مبني على التخفيف، فحكم مالك بالإعادة في الوقت، ولم يحكم ببطان الصلاة؛ وإلا لقال: يعيد أبداً.

القاعدة الرابعة: مراعاة خلاف أهل المذهب أولى وأحرى. (199/1)

معنى القاعدة:

إذا كان المقصود من مراعاة الخلاف الائتلاف، وإعمال الأدلة المتعددة المدلول، والآراء المختلفة الصحيحة المأخذ، فإن الأولى والأحرى بالاعتبار هو مراعاة الخلاف إذا كان في المذهب الواحد.

تطبيق القاعدة:

قال ابن ناجي عند كلامه عن سجود المأموم سجود السهو القبلي مع الإمام: "إن كان المأموم لم يدرك ركعة مع الإمام، فقال ابن القاسم: لا يسجد معه، وهو المشهور. وقال ابن عبد السلام: فإن سجد بطلت صلاته هكذا قالوا. قال: والظاهر لبادئ الرأي قول سحنون أنه يتبعه. قلت: وإنما قال الظاهر ما قال؛ لأنه لما أحرم معه انسحب عليه حكم المأمومية، بحيث لو تعمد الإمام

بطلان صلاته لبطلت عليه، وأظن أن أبا حفص العطار(*) نبه على هذا، وإنما تبرأ من قولهم: أن من سجد بطلت صلاته؛ لأن من أصل مذهبنا مراعاة الخلاف، ومراعاة خلاف أهل المذهب أولى وأحرى. والله أعلم، ولهذا أفتى بعض المتأخرين فيها بالصحة". شرح الرسالة (199/1).

توضيح التطبيق:

أشار ابن ناجي إلى أنه لا يحكم ببطلان الصلاة بل الصلاة صحيحة في هذه الحال لقول سحنون بسجود المأموم تبعاً للإمام؛ لأن حكم المأمومية ينسحب عليه، فيراعى قوله؛ إذ من أصل مذهب المالكية مراعاة الخلاف ومراعاة خلاف علماء المذهب أولى وأحرى بالاعتبار، ولهذا التعليل — الذي هو نص القاعدة — تبرأ أبو حفص العطار من القول ببطلان الصلاة، ورأى أن الصلاة صحيحة رعيّاً لقول سحنون في المسألة. فإن قيل: على هذا لا يبقى إلا قول سحنون، فكيف نُسِمَها مراعاةً للخلاف وقد رفع الخلاف بالكلية؟.

فالجواب: أنه يبقى القول بمنع سجود المأموم مع الإمام والحالة هذه، ولكن لا يصل الحكم إلى بطلان الصلاة إذا سجد مع إمامه، ولا سيما بعد الوقوع. والله أعلم.

(*) عمر بن محمد التميمي، أبو حفص العطار الفقيه العالم كان من المجتهدين الميرزين، انتفع به خلق كثير، لم يُرْ بالقيروان معلم أحسن تعليماً منه، له تعليق نبيل جداً على المدونة أملاه سنة 427هـ، و428هـ. فتكون وفاته بعدها. ينظر نيل الابتهاج ص299، وشجرة النور (159/1).

الخاتمة

- في نهاية هذه المسيرة العلمية البحثية أُشير إلى الوصول إلى جملة من النتائج والتي ظهرت لي من خلال تناول الموضوع أجزءها فيما يلي:
- صاحب المتن ابن أبي زيد القيرواني والشارح ابن ناجي من العلماء المشاركين في الميدان العلمي، البارزين ولاسيما في المذهب المالكي، لهما ملكة فقهية أصولية متميزة في الاستنباط والتأصيل والتفصيل والتتظير، وقدرة عالية على تنزيل الفقه وإعمال قواعده.
 - مراعاة الخلاف تبين لنا مدى تألف العلماء وتحاببهم واحترامهم للرأي المخالف، بعيداً عن التعصب المذهبي، مسترشدين بالأدلة والقواعد المؤيدة بالأدلة.
 - الوقوف على أدلة العلماء التي يستدلون بها، ومعرفة الأدلة الأصلية التي يتفقون على حجيتها والأدلة الاستثنائية التي يمكن أن يختلفوا في حجيتها، ومن ثم التعرف على الطريقة المتبعة لدى العلماء في التوصل إلى معرفة الحكم الشرعي، والاستفادة من توابع ذلك كالمناقشات والمناظرات التي تحصل بين العلماء عند اختلاف الآراء سواء الأصولية أو الفقهية.
 - هذه الدراسة وأمثالها تربط الفروع بالأصول، من خلال ذكر القاعدة الأصولية وتوضيحها ومن ثم تُخرّج عليها الفروع الفقهية.
 - إظهار الفقه النظري المجرد إلى واقع الفقه العملي التطبيقي، مما يجعل فقه الرسالة وشرحها خصوصاً، وفقه المالكية وغيرهم عموماً فقهاً علمياً عملياً واقعياً، تُنزل على قواعده وأصوله النوازل والمستجدات.
 - التأصيل والتطبيق يعرض المسائل والأحكام الفقهية بأسلوب رفيع، ونظرة شمولية، وعلى شكل قواعد ضابطة يُستغنى بها عن حفظ كثير من المسائل والجزئيات، وبقدر الإحاطة بهذه القواعد يعظم قدر الأصولي ويتضح له البناء الفقهي.

- إن العلماء كما وقع بينهم خلاف في الأدلة الإجمالية كذلك وقع بينهم خلاف في بعض القواعد الأصولية التي أثبتوها.
 - يُعتبر هذا النوع من الدراسة الأصولية نوعاً هاماً - أعني التأصيل والتطبيق - فهو يربي المملّكة الأصولية والحسّ الاجتهادي.
 - من خلال التعرض لعلماء الأصول وأقوالهم وكتبهم ومذاهبهم وغير ذلك؛ فإننا نتعرف على مسيرة أصولية يربطها العلم الشرعي، ونقف على مراحل تطوّره، وتناقله بين الكتب والعلماء وطلبة العلم.
 - الوقوف عن كتب على الدراسة المقارنة في الأصول، وذلك بعرض الآراء الأصولية مع أدلة كل رأي ثم الترجيح بينها.
 - الحكم في معظم الخلافات بأنه خلاف لفظي أو معنوي، لا يكون إلا بعد دراسة المسألة من كل جوانبها.
 - تقريب الآراء المختلفة والتوفيق بينها أمر مطلوب وهدف مقصود.
 - إن الأقوال والمذاهب المختلفة والمتفقة سواء، تشكّل ثروة علمية هائلة صالحة للأمة الإسلامية في معالجة الإشكاليات.
- وصلّى الله وسلّم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين،
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المراجع والمصادر

- أدلة القواعد الأصولية من السنة النبوية، للدكتور فخر الدين بن الزبير المحسبي، الدار الأثرية، عمّان، الطبعة الأولى، 2010م.
- الاستدلال عند الأصوليين تأليف الدكتور أسعد عبدالغني الكفراوي، تقديم الأستاذ الدكتور علي جمعة محمد، دار السلام، 2005م.
- الاستيعاب في معرفة الأصحاب، للحافظ يوسف بن عبدالبر (ت463هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، 1412هـ.
- أسد الغابة في معرفة الصحابة، لأبي الحسين عز الدين بن الأثير (ت630هـ) تحقيق: عادل أحمد الرفاعي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1996م.
- الأشباه والنظائر لجلال الدين السيوطي (ت911هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ.
- الإصابة في تمييز الصحابة، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت852هـ)، تحقيق:
- علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، 1992م.
- الأصول التي اشتهر انفراد إمام دار الهجرة بها، للدكتور فاتح محمد زقلام، دار الفسيفساء، طرابلس - ليبيا، الطبعة الثانية، 2009م.
- الأعلام لخير الدين بن محمود الزركلي (ت1396هـ)، دار العلم للملايين، 2002م.
- أعلام ليبيا، تأليف الشيخ الطاهر أحمد الزاوي (ت1986م)، دار المدار الإسلامي، 2004م.
- إيصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك، تأليف الشيخ محمد يحيى الولاتي (ت1330هـ)، تقديم وتعليق: مراد بوضاية، دار ابن حزم، 2006م.

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، المعروف بابن رشد الحفيد (ت595هـ)، تحقيق: فريد الجندي، دار الحديث، القاهرة، 2004م.
- البداية والنهاية لابن كثير الدمشقي (ت744هـ)، مكتبة الصفا، القاهرة، 2003م.
- البهجة في شرح التحفة، لأبي الحسن علي التسولي (ت1258هـ)، تحقيق: محمد عبدالقادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998م.
- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المعروف بابن رشد الجد (ت520هـ)، حققه الدكتور محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988م.
- تاريخ قضاة الأندلس، تأليف الشيخ أبي الحسن النباهي المالقي (ت بعد 793هـ)، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة، بيروت، 1983م.
- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، للقاضي أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي (ت544هـ)، تحقيق: سعيد أعراب، مطبعة فضالة - المحمدية، المغرب، الطبعة الأولى 1981م.
- التعريف بأصحاب مالك للحافظ أبي عمر يوسف بن عبد البر (ت463هـ)، مطبوع مع تهذيب البراذعي في اختصار المدونة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 2006م.
- تنوير المقالة في حل ألفاظ الرسالة، لأبي عبدالله محمد بن إبراهيم التتائي (ت942هـ)، تحقيق: د. محمد عايش شبير.
- الجامع الصحيح (صحيح مسلم) لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النسيابوري (ت261هـ)، دار الجيل، دار الآفاق الجديدة، بيروت.

- الجامع الصحيح المختصر (صحيح البخاري) لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري (ت256هـ)، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة – بيروت، 1987م.
- الجواهر المضية في طبقات الحنفية لأبي محمد عبدالقادر بن أبي الوفاء القرشي (ت775هـ)، الناشر: مير محمد كتب خانة، كراتشي.
- حاشية الشيخ زروق على متن الرسالة، شرح للعلامة أحمد بن أحمد البرنسي الفاسي المعروف بزروق (ت899هـ)، ومعه شرح العلامة قاسم بن عيسى ابن ناجي التتوخي (ت837هـ)، مطبعة الجمالية، مصر، 1914م.
- حاشية العلامة البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع، تأليف عبدالرحمن بن جاد الحق البناني (ت1198هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998م.
- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، للحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد العسقلاني (ت852هـ)، تحقيق: محمد عبدالمعيد ضان، الناشر: مجلس دائرة المعارف العثمانية، الهند، 1972م.
- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون المالكي، (ت799هـ)، تحقيق: الدكتور محمد الأحمد أبو النور، مكتبة دار التراث، 2005م.
- رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، للإمام تاج الدين السبكي (ت711هـ)، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار عالم الكتب، بيروت، 1999م.
- سسن الترمذي (الجامع الصحيح) لأبي عيسى محمد الترمذي (ت279هـ)، حققه: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت275هـ)، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، تعليق: كمال يوسف الحوت، دار الفكر، بدون تاريخ.

- سير أعلام النبلاء، للحافظ شمس الدين أبي عبدالله الذهبي (ت 748هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ محمد الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة 1985م.
- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تأليف الشيخ محمد بن محمد مخلوف (ت 1360هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م.
- شرح الكوكب الساطع نظم جمع الجوامع، النظم والشرح لجلال الدين السيوطي (ت 911هـ)، تحقيق: أ.د. محمد إبراهيم الحفاوي، دار السلام، الطبعة الثانية، 2008م.
- شرح مختصر خليل لأبي عبدالله محمد الخرشي المالكي (ت 1101هـ) دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ.
- شرح ميارة الفاسي على نظم ابن عاصم أبو يحيى محمد القيسي الغرناطي، تأليف العلامة أبي عبدالله محمد بن أحمد بن محمد ميارة الفاسي المالكي (ت 1072هـ)، تحقيق: عبداللطيف حسن عبدالرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م.
- الضوء اللامع لأهل القرن التاسع للإمام السخاوي (ت 902هـ) دار ومكتبة الحياة، بيروت، بدون تاريخ.
- طبقات الشافعية الكبرى للإمام تاج الدين السبكي (ت 771هـ)، تحقيق: الدكتور محمود محمد الطناحي والدكتور عبدالفتاح محمد الطلو، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، 1413هـ.
- لسان العرب لابن منظور، محمد بن مكرم الأفريقي جمال الدين (ت 711هـ)، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى.
- مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر بن الرازي (ت 666هـ)، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 1995م.

- مختصر الفتاوى [مختصر فتاوى ابن تيمية، ت728هـ-]، تأليف: بدر الدين محمد بن علي البعلي (ت777هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي. دار ابن القيم، الدمام – السعودية 1406هـ.
- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس (ت179هـ)، رواية سحنون بن سعيد التتوخي (ت240هـ)، ويليها مقدمات ابن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام لأبي الوليد محمد بن رشد المعروف بابن رشد الجد (ت520هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، لأحمد بن محمد المقرئ الفيومي (ت770هـ)، المكتب العلمية، بيروت.
- معجم المؤلفين، تأليف: عمر رضا كحالة، مكتبة المثنى ببغداد ودار إحياء التراث العربي ببيروت، بدون تاريخ.
- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، لأبي زكريا يحيى النووي (ت676هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1392هـ.
- الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي (ت790هـ)، وعليه شرح جليل للشيخ عبدالله درّاز (ت1351هـ)، دار الحديث القاهرة، 2006م.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للشيخ أبي عبدالله محمد الحطّاب (ت954هـ)، تحقيق: أحمد جاد، شركة القدس للتجارة، القاهرة، 2008م.
- نشر البنود على مراقبي السعود، تأليف النظم والشرح سيدي عبدالله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي (ت1230هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة 2000م، وفيها كثير من الأخطاء في الطباعة.
- نيل الابتهاج بتطريز الديباج، لأحمد بابا التتبكتي (ت1036هـ)، تقديم الدكتور: عبدالحميد الهرامة، دار الكاتب، طرابلس الغرب، 2000م.

البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي في الشريعة الإسلامية

أ. عادل رجب التاجوري (*)

لقد حفل القرن العشرون بتطور تكنولوجيا هائل في العلوم الأساسية والذي انعكس بدوره على المجالات التطبيقية، وكان نصيب الطب منها حظاً وافراً، وليس من المبالغة إذا قلنا أن ما شهدته الخمسون عاماً الماضية من تطور وتقدم يعد أكثر بكثير من مما أحرزته البشرية في تاريخها الطويل كله، ومن بين ما أنتجته وأفرزته العلوم البيولوجية (الهندسة الوراثية)⁽¹⁾ التي أصبحت حديث الساعة، وتطالعنا الأنبياء بتقدم كبير يوماً بعد يوم، بل ساعة بعد ساعة، فقد استطاعت هذه التقنية الجديدة في علم الوراثة أن تشرح الكثير مما غمض أو غم على العلماء من قبل، بل هي الآن في مرحلة متقدمة سيشهدها هذا القرن – إن شاء الله – بتطبيقات كبيرة في علاج الأمراض المستعصية فقد أصبح الحلم حقيقة، وانجزت البشرية أهم وأدق مشروع في تاريخها الطويل، هذا الإنجاز الذي يتعلق بسر الحياة ويصف الحروف التي كتبت بها قصة حياة كل فرد من أفراد المجتمع الإنساني، ولأول مرة في تاريخ وجوده قد التفت إلى نفسه للتعرف عليها والغوص في أعماقها بعد أن شغل لزمان طويل في البحث عما يدور حوله من ظواهر.

(*) طالب دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بجامعة العلوم الإسلامية ماليزيا.

(1) الهندسة الوراثية، هي عبارة عن تلك التقنيات الحيوية التي تعتمد إلى التدخل في عوامل الوراثة بقصد توجيه الصفات الوراثية (التعديل والتحسين) وذلك بحذف أو إضافة بعض الصفات الوراثية أو المزج بينها.

ولكن يبدو أن الجينوم البشري، أو الخارطة الوراثية للبشر والتي كانت إحدى نتائجها البصمة الوراثية ستكون بمثابة صندوق أسرار له شأن خطير في خصوصية حياة الإنسان وعمله وعلاقاته وموته أيضا. فقد كانت البشرية في حالة من الدهشة والانبهار مما آلت إليه نتائج تقنية تطويع الجينات حتى جاء عام 1984م وفاجأنا العالم الإنجليزي (إليك جيفرس) عالم الوراثة بجامعة ليستر بلندن باكتشافه بعض طلائع الجينات ليعرفنا من أنا ومن أنت ومن هم الآخرون بما نحمله من جينات أو بما يسمى بالبصمة والوراثة، فقد توصل إلى وسيلة من وسائل التعرف على الشخص عن طريق مقاطع DNA وتسمى أحيانا الطبعة الوراثية، وتحتوي على كل الصفات والوراثة بداية من لون العينين والمواهب الشخصية وقابلية التعرض لبعض الأمراض حتى أدق التركيبات الموجودة بالجسم⁽¹⁾ لهذا أصبح من الضروري الاعتماد على الاكتشافات العلمية الحديثة في كافة المجالات، ومنها كشف غموض الجرائم وتحديد شخصية الجناة، وقد غدت البصمة الوراثية من أدلة الإثبات الحاسمة والمهمة،

ومن هذا الأساس سنحاول في هذا البحث إلقاء الضوء على البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات الجنائي في الشريعة الإسلامية من خلال الخطة البحثية التالية:

المطلب الأول: ماهية البصمة الوراثية.

المطلب الثاني: الأساس العلمي للبصمة الوراثية.

المطلب الثالث: حجية البصمة الوراثية في الشريعة.

(1) سلامة، محمد عبد الرحمن، البصمة بين الإعجاز والتحدي، مقال منشور بمجلة العلم العدد

المطلب الأول

ما هية البصمة الوراثية

ونتناول هذا الموضوع من خلال الفرعين التالية:

الفرع الأول: تعريف البصمة الوراثية في اللغة.

الفرع الثاني: المعنى الاصطلاحي للبصمة الوراثية.

الفرع الأول: تعريف البصمة الوراثية في اللغة:

مصطلح (البصمة الوراثية) مركب وصفي من كلمتين (البصمة)

و(الوراثية).

- البصمة: كلمة عامية تعني العلامة تقول بصم القماش بصماً أي رسم عليه⁽¹⁾ وقد أقر مجمع اللغة العربية لفظ البصمة بمعنى أثر الختم بالأصبع. تقول بَصَمَ بَصْماً؛ أي ختم بطرف أصبعه بعد دهنه بمادة مخصوصة تشبه المداد الأسود⁽²⁾.

هذا وأصل الكلمة في معاجم اللغة: - بَصَمَ - بضم الباء وسكون الصاد، وهي تطلق على معنيين.

الأول: الكثيف والغليظ، تقول رجل ذو بَصْمٍ، أي غليظ، وثوب ذو بَصْمٍ، إذا كان كثيفاً كثير الغزل.

الثاني: فوت⁽³⁾ طرف ما بين الخنصر إلى طرف البنصر⁽⁴⁾

(1) مجموعة من أهل اللغة، المنجد في اللغة والأعلام - تحت إشراف المكتبة الكاثوليكية،

ط33، 1992م، منشورات دار المشرق، بيروت، توزيع المكتبة الشرقية بيروت، ص40.

(2) المعجم الوجيز، (1417هـ 1996م) طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، مصر.

(3) الفوت، هو: ما بين كل أصبعين طويلاً.

(4) لسان العرب (50/12).

والبصمة عند الإطلاق ينصرف مدلولها إلى بصمات الأصابع⁽¹⁾ وهي الانطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها الأشياء، وتكون أكثر وضوحاً في الأسطح الناعمة، وهي طبق الأصل لأشكال الخطوط الحلمية⁽²⁾ التي تكسو جلد الأصابع، وهي اليوم تفيد كثيراً في معرفة الجناة عند أخذ البصمات من مسرح الحادث، حيث لا يكاد يوجد بصمة تشبه الأخرى، بل لا يوجد تشابه في البصمة إطلاقاً حتى في أصابع الشخص الواحد⁽³⁾

• **الوراثية لغة:** الوراثية نعت، وهي مشتقة من الوراثة، ومعناها في اللغة الانتقال. تقول ورث فلان أباه يرثه وراثته وميراثاً، أي صار إليه بعد موت مورثه ويقال ورثتُ مالاً أرثته ورثتاً، إذا مات مورثك فصار ميراثه لك. وقال تعالى عن زكريا ودعائه إياه ﴿وَأَنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا ۖ يَا كَافِرِينَ يَلْمِزُونَكَ بِمَا أَنْتَ بَرٌّ حَامِدٌ﴾⁽⁴⁾.

(1) ثم توسع في استعمال البصمة حتى صارت تطلق على الأثر المنطبق على أي شيء مطلقاً، مما يتميز به صاحبه عن غيره، كما في استعمال البصمة الوراثية (راجع، فؤاد عبد المنعم - البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون - بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة - في الفترة من (22-24 صفر 1423 هـ / 5-7 مايو 2002م).

(2) الخطوط الحلمية: أي البارزة، نسبة إلى الحلمة - بفتح الحاء واللام والميم وهي ما بروز من رأس الثدي في الأنثى ورأس الثدي من الرجل، لسان العرب (12/145).

(3) ابن قاسم، عبد الرشيد محمد أمين البصمة الوراثية - الشبكة العالمية للمعلومات (الانترنت) موقع الإسلام اليوم.

(4) سورة مريم، الآية: (4-6). قال ابن سيده إنما أراد يرثني ويرث من آل يعقوب النبوة ولا يجوز أن يكون خاف أن يرثه أقرباؤه المال لقول النبي صلى الله عليه وسلم: [إِنَّا مَعَاشِرَ الْأَنْبِيَاءِ لَا نُورِثُ مَا تَرَكْنَا فَهُوَ صَدَقَةٌ] وقوله عز وجل ﴿وَوَرِثَ سُلَيْمَانُ دَاوُدَ﴾ قال الزجاج جاء في التفسير أنه ورثه نبوته ومملكه وروى أنه كان لداود عليه السلام تسعة عشر ولداً فورثه سليمان عليه السلام من بينهم النبوة والملك، لسان العرب (2/199).

أي يبقى بعدي فينتقل له ميراثي.⁽¹⁾

• **الوراثة اصطلاحاً:** علم يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الانتقال⁽²⁾ فعلم الوراثة يهتم بتفسير آليات انتقال الصفات الوراثية، فهو يفسر سبب التشابه بين الأب وابنه، ويفسر أيضاً لماذا يُنتج النبات نباتاً مثله، والحيوان حيواناً مثله. إن أساس علم الوراثة هو هذا: يمرر الآباء خصائصهم المميزة إلى أبنائهم.⁽³⁾

وعليه، فإذا ما اعتبرنا لفظ (البصمة) بمعنى: العلامة أو أثر الختم بالأصبع – كما اعتمدها مجمع اللغة العربية – ولفظ: (الوراثة) بمعنى الانتقال، فإنه يمكن تعريف مصطلح (البصمة الوراثية) في اللغة بأنه العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء، أو من الأصول إلى الفروع، وفق قوانين محددة يمكن تعلمها.⁽⁴⁾

الفرع الثاني: المعنى الاصطلاحي للبصمة الوراثية

اجتهد العلماء المعاصرون في وضع تعريف مناسب للبصمة الوراثية باعتبارها من المصطلحات العلمية الحديثة وقد تعددت هذه التعريفات نذكر منها:

• تعريف ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية. حيث قالت إن البصمة الوراثية هي " البنية الجينية نسبة إلى

(1) لسان العرب (199/2).

(2) المعجم الوجيز، ص664، مادة ورت.

(3) بيتر، وليام، الهندسة الوراثية، ترجمة أحمد مستجير، منشورات مهرجان القراءة للجميع، أبو البصل، عبد الناصر، الهندسة الوراثية من منظور شرعي، ضمن دراسات فقهية معاصرة، طبعة دار النفائس الاردن، 2001م، ص693.

(4) هلال، سعد الدين مسعد (1421هـ / 2001م) البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، جامعة الكويت، ص25.

- الجينات المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية⁽¹⁾
- إقرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة التعريف السابق للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حيث قال " البصمة الوراثية هي البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي الموروثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه وإنها وسيلة تمتاز بالدقة"⁽²⁾
 - وعرفها الدكتور سعد الدين هلالي بأنها " العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع"⁽³⁾
- والناظر لهذه التعريفات يجد أنها تدور حول معنيين لا ثالث لهما
- المعنى الأول:** انتقال الصفات الوراثية من الآباء إلى الأبناء
- المعنى الثاني:** دراسة التركيب الوراثي.
- وهذه هي أهم الأعمال التي تقوم عليها البصمة الوراثية

المطلب الثاني

الأساس العلمي للبصمة الوراثية

ونتناول هذا الموضوع من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: المراحل العلمية لاكتشاف البصمة الوراثية.

الفرع الثاني: خصائص البصمة الوراثية.

الفرع الثالث: أهمية البصمة الوراثية.

(1) ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية 23-25 جمادى الآخرة (1419هـ/13-15 أكتوبر 1998م)، الجزء الثاني، 2000م، ص1050.

(2) انظر القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، الدورة السادسة عشرة، (21-26/10/1422هـ / 5-10/1/2002م) المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة.

(3) هلالي، سعد الدين مسعد، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، ص25.

الفرع الأول: المراحل العلمية لاكتشاف البصمة الوراثية

مرت دراسة الإنسان لذاته بعدة مراحل، فعرف أولاً أن جسمه يتكون من خلايا، وأنه بداخل كل خلية نواة مسؤولة عن حياة الخلية ثم اكتشف بأن النواة تحتضن الصبغيات أو الكروموزومات الستة والأربعين لتتقسم ثم اكتشف بأن الصبغيات أو الكروموزومات تقع في شكل شريط مرتب عليه حوالي مائة ألف جين كالخرز على الخيط، ثم اكتشف بأن الجين الواحد يتكون من أربعة عناصر متطافرة ثم اتحد علماء هذا العصر لدراسة عناصر الجين فيما يسمى بمشروع الجين العملاق، وأعلنوا بكل صراحة أن ما توصلوا لمعرفته لا يصل إلى واحد بالمائة من أسرار هذا العالم. وسوف أختصر الحديث عن تلك المراحل فيما يلي:

1 - الخلية والنواة⁽¹⁾

من الثابت في علم البيولوجيا أن الخلية هي الوحدة التي تتركب منها الكائنات الحية جميعها، وأنها تحتضن بداخلها نواة تتحكم في حياتها وفي وظائفها

(1) انظر تفصيل هذا الموضوع في: الخياط، عبد القادر، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية - أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، عام 2002م (4/1482). البصل - الجينوم والخريطة الجينية - ماير، إرنست، هذا هو علم البيولوجيا، ترجمة: د. عفيفي محمود (الكويت - عالم المعرفة 2002م، ص101، د. نبيل كيفلس، وليوي هود - الشفرة الوراثية للإنسان - القضايا العلمية والاجتماعية لمشروع الجينوم البشري - ترجمة د. أحمد مستجير سلسلة عالم الكتب الكويتية - العدد 217، 1997م، ص51 وما بعدها - كافلي، لويجي لوقا - الجينات والشعوب واللغات - ترجمة د. أحمد مستجير - طبعة مكتبة الأسرة، 2004م - د. ريتشارد - الجديد في الانتخاب الطبيعي (بيولوجيا) - ترجمة د. مصطفى إبراهيم فهمي طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2002م، ص42 وما بعدها، بيتر، وليام - الهندسة الوراثية، ترجمة د. أحمد مستجير، طبعة الهيئة العامة المصرية للكتاب، 2000م، ص33 وما بعدها.

وتتكون الخلية من سيتوبلازم محاط بجدار الخلية وتتوسط النواة، والسيتوبلازم وهو الجزء المحيط بالنواة ويحتوي على العديد من التركيبات والجسيمات الصغيرة جدا اللازمة للحياة، وأهم هذه الجسيمات التي تلعب دورا هاما في الوراثة عن طريق الأم هي جسيمات الميتوكوندريا.

إن بعض المخلوقات التي تسمى بالكائنات الحية الدنيا مثل البكتريا تتكون من خلية واحدة فقط، وتقوم هذه الخلية بجميع الوظائف الحيوية التي يقوم بها الكائن الحي مثل التغذية والهضم والتنفس والتكاثر وغيرها.

أما الكائنات الحية العليا (كالحيوانات الفقارية والإنسان) فتتكون في أجسامها من ملايين الخلايا، ويقدر عدد خلايا جسم الإنسان بحوالي 100 ترليون خلية، معظمها يقل عرضه عن عشر ملليمتر، ويوجد في الداخل من كل خلية بقعة سوداء تسمى النواة، وتوجد المادة الوراثية DNA بداخل نواة كل خلية، وتتألف أجسام معظم الكائنات العليا من نوعين من الخلايا: وهي الخلايا الجسمية مثل الخلايا الجلدية والعصبية، والخلايا الجنسية مثل خلية البويضة والماء المنوي.

وتتجلى قدرة الله تعالى في هذه الخلية المتناهية الصغر والتي لا يمكن رؤيتها بالعين المجردة أنها تحتوي على جسيمات أصغر منها، ولم يتمكن الإنسان من معرفتها أو رؤيتها إلا بعد اختراع الميكروسكوب الإلكتروني (قوة التكبير 300 ألف مرة)، هذه الجسيمات الصغيرة تعمل بوظائف دقيقة وكفاءة عالية تعجز كبريات المصانع والمختبرات عن الإتيان بها.

2 - الكروموسومات (الصبغيات).⁽¹⁾

هذه الكروموسومات (الصبغيات) أو ناقلات الصفات الوراثية تنقسم إلى قسمين:⁽²⁾

القسم الأول: الكروموسومات الجسدية: وهي اثنان وعشرون زوجاً تتشابه تشابهاً تاماً في كل من الذكر والأنثى، وهي التي تؤثر في الصفات الجسدية، كطول القامة، ولون العين، ولون الشعر، ولون البشرة، والقابلية للأمراض.

القسم الثاني: الكروموسومات الجنسية: وعددها زوج واحد، يسمى (X,Y) فهما الخاصان بتحديد الجنس ذكراً أو أنثى، فالخلايا الجسمية في الإناث تحتوي على 44 كروموسوم (22) زوج من الكروموسومات، وكروموسومين من نوع X لذا يرمز للخلايا الأنثوية ب XX وهو متماثل في الأنثى، أما الخلايا الجسمية الذكورية فتحتوي على 44 كروموسوم (22) زوج من الكروموسومات الجسمية، وكروموسومين أحدهما من نوع X ولآخر من نوع Y لذا يرمز للخلايا الذكورية بالرمز XY⁽³⁾

(1) أنظر علاقتها بالشريعة الخياط عبد القادر، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية (1485/2)، مرسي، عبد الواحد إمام، البصمة الوراثية ورياح التغيير في مجال الكشف عن الجرائم، أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة، بجامعة الإمارات العربية المتحدة عام 2002م (833/2)، البصل، الجينوم والخريطة الجينية، ص89.

(2) والسر العجيب في ذلك، أن هذه الجسيمات الملونة أو الصبغيات على صغرها ودقتها المتناهية — لأنها تقاس بالميكرون — تحمل كل أسرار التكوين وكل أسرار الوراثة، وكل أسرار الخلية، وتظهر هذه الصبغيات على صورة 23 زوجاً، من الأب والأم، وقد تمكن العلماء من ترتيبها بحسب تسلسلها ابتداءً من الزوج الأول وانتهاءً بالزوج الثالث والعشرين.

(3) هلالى. سعد الدين مسعد، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، ص29.

لهذا فالبيوضة (خلية جنسية أنثوية) تحتوي على كروموسوم (1-22) بالإضافة إلى كروموسوم واحد من نوع (X) أما الحيوانات المنوية فتحتوي على نفس العدد من الكروموسومات الجسمية من (1-22) إلا أن نصف الحيوانات المنوية تحتوي على كروموسوم من نوع (X) والنصف الآخر كروموسوم من نوع (Y) لذا فنوع نطفة الرجل التي تلقح البيوضة هو الذي يحدد جنس الجنين، فإذا كان الحيوان المنوي من النوع الذي يحمل كروموسوم (X) كان الجنين أنثى، وإذا كان الحيوان المنوي من النوع الذي يحمل كروموسوم (Y) كان الجنين ذكر. قال تعالى: ﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ الذَّرَّاجِينَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى ﴿١﴾ مِنْ نُطْفَةٍ إِذَا تُمْنَى﴾ (1)

وقد كشف العلم أن المادة الوراثية التي تسكن نواة الخلية مرتبة ومنظمة على خيوط وأشربة ملتفة بشكل لولبي بحيث لو تسنى فردها لكانت خيطاً أو شريطاً طوله ستة أقدام (2) يقول الدكتور محمد على البار في هذا الخصوص (لقد كشف العلم الحديث أن كل خلية من خلايا جسم الإنسان 46 صبغياً أو جسياً ملونا... وهذه الصبغيات ترى في الخلية العادية مكومة في النواة دون تمييز فإذا ما بدأت مرحلة الإنقسام والتكاثر تميزت في النواة هذه الصبغيات ووجدت على شكل أزواج... كل اثنين ملتصقين ببعضهما.. ثلاثة وعشرون زوجاً.. اثنان وعشرون منها مسؤولة عن بنيان الجسم وصفاته، وواحد منها فقط مسؤولة عن تعيين الجنس ذكر أم أنثى... ثلاثة وعشرون زوجاً من الصبغيات تحمل أسرار الإنسان مختزلة ومختصرة تدق وتدق حتى لا تدركها أكبر الميكروسكوبات الإلكترونية... وحتى لو كبرت مئات الملايين من المرات... كل صبغ من هذه الصبغيات الدقيقة آية من الآيات ومعجزة من المعجزات، ويتكون الصبغ من سلاسل حلزونية ملتفة حول نفسها على هيئة سلاالم كل درجة (مرقاة) تربط بين

(1) سورة النجم، الآية: (45-46).

(2) غنيم، كارم السيد، ط1 (1418هـ - 1998م)، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء

وتشريع السماء، دار الفكر العربي، القاهرة، ص119.

قاعدتين أمينتين، وتتناغم القواعد النيروجينية واحداً بعد آخر ودرجة درجة حتى تتكون تلك السلالم الطويلة الممتدة إلى عدة أمتار لو قيست بطولها الحقيقي... ولكنها تلتف حول نفسها وتتكوم حتى تصبح واحداً على مليون من المتر أو أقل من ذلك...⁽¹⁾

3 - الحمض النووي DNA⁽²⁾

ويسميه العلماء DNA وهذه الحروف اختصار للإسم العلمي للحمض الريبوزي، أي منقوص الأكسجين، ويسمى بالحمض النووي نظراً لوجوده وتمركزه في أنوية خلايا الكائنات الحية جميعاً، بدءاً من البكتيريا والفطريات والنباتات والحيوانات إلى الإنسان. وقد كان اكتشافه على يد العالمين الأمريكي جيمس واطسون، والبريطاني فرنسيس كريك عام 1953م، وحصل بذلك الإكتشاف على جائزة نوبل.

(1) البار، محمد علي، ط11 (1420هـ - 1999م) خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ص125-126.

(2) أنظر: أبو البصل، الجينوم والخريطة الجينية، ص7591، الخياط - تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية (4/1486) أبو الوفا محمد إبراهيم - مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي (2/680) - الجندي، إبراهيم صادق، والحسيني، إبراهيم حسن، الفحص الجيني ودوره في قضايا التنازع على النسب وتحديد الجنس - أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة سنة 2002م (2/635) - مرسي عبد الواحد - البصمة الوراثية ورياح التغيير في مجال الكشف عن الجرائم (2/832)، مؤسسة أعمال الموسوعة العربية العالمية، المملكة العربية السعودية، ط2، 1999م - (10/148 و 27/66-70) لاندر، إريك - بصمة الدنا: العلم والقانون، ومحقق الهوية الأخير - ضمن كتاب الشفرة الوراثية للإنسان - العدد 217 شعبان 1417هـ يناير كانون الثاني 1997م الكويت.

توصل العالمان إلى أنه توجد داخل كل كروموسوم سلسلتان من الحامض النووي الريبوزي منقوص الأكسجين وتلتف كل سلسلة منهما على الأخرى مكونتين شكلاً يشبه سلماً ملتويًا، سماه بعضهم الحلزوني المزدوج وينقص هذا الحامض بمقدار ذرة أكسجين واحدة عن حامض آخر يسمى بـ "RNA الوراثة".

ويعتبر الحامض النووي الـ DNA من المركبات الكبيرة والمعقدة في الجسم البشري كالبروتينات والكربوهيدرات، حيث يتكون من وحدات رئيسية تسمى " بالنيوكليوتيدات" متكررة ملايين المرات، والنيوكليوتيد الواحد يتكون من مجموعة فوسفات مرتبطة بسكر خماسي ريبوزي منقوص الأكسجين والذي يرتبط بدوره بقاعدة نيتروجينية أو آزوتية.

وتتراص الجينات في (46) كروموسوم على طول شريط DNA حسب دور كل منها في حمل الصفات الوراثية، ولكن بمتوسط تقريبي يبلغ ألفا مورث لكل صبغين، وكل ترتيبية من ثلاث قواعد آزوتية على طول شريط DNA تمثل حامضاً أمينياً في مسار نسخها من شريط DNA على شريط RNA دقة متناهية في التركيب والأداء.

4- الجينات⁽¹⁾

يطلق العلماء كلمة (جين) على وحدة الوراثة التي تنتقل بواسطتها الصفات الخاصة من الآباء إلى الأولاد وهو - أي الجين - عبارة عن خيوط

(1) انظر هاللي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، ص30، الخياط، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية (1487/4) إبراهيم، مدى حجبية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقاه الإسلامي (679/2) - أبو البصل - الجينوم والخريطة الجينية، ص13-16-20-75، جدصون، هوارس فريلاندر، تاريخ للأسس العلمية والتكنولوجية لخرطنة الجينات وسلسلتها، من كتاب الشفرة الوراثية للإنسان، ص51-53.

دقيقة من مادة الحياة DNA ومادة الحياة هذه هي التحمل الصفات الوراثية من طول الجسم وقصره وشكله أو لونه، بل ونبرة الصوت ولون العين وغير ذلك، كذا الإصابة بالمرض الوراثي، ويشترك في إبراز كل صفة من الصفات جينات متعددة ولا يتعدى وزنها الجرام الواحد، كما وجد الباحثون أن 20% من الجينات تقريبا تعمل في كل الخلايا لأنها تقوم بالوظائف الحيوية المهمة للخلية، فيما تختلف النسبة الباقية 80% بحسب الوظيفة والموقع والزمن.

ويقدر العلماء عدد الجينات داخل الخلية الحية بمائة ألف جين، وقيل إن عددها يتراوح ما بين خمسين ألف ومائة ألف جين، وهذه الجينات موجودة على الكروموسومات الثلاثة والعشرين، وتقدر نسبة الجينات ب70% فقط من طول الدنا، أما البقية الباقية منه وهي نسبة 30%، فلا يزال علماء الوراثة مجهولون⁽¹⁾ يقول مات ريدلي في وصفه للجينوم البشري " ولو أنني تلوت الجينوم البشري على القارئ بمعدل كلمة واحدة في الثانية لمدة ثماني ساعات في كل يوم، سيستغرق ذلك مني قرنا بأكمله، ولو أنني دونت الجينوم البشري بمعدل حرف واحد في كل مليمترا، فإن النص الذي أكتبه سيكون في طول نهر الذنوب، فهذه وثيقة عملاقة في كتاب هائل، وصفة طويلة طولا مفرطا، وكل هذا يتخذ موضعه داخل نواة ميكروسكوبية لخلية دقيقة الصغر، تتخذ مكانها بسهولة فوق رأس دبوس⁽²⁾

(1) هاللي، المصدر السابق، ص30.

(2) ريدلي، الجينوم، ص12.

5- البصمة الوراثية⁽¹⁾

البصمة الوراثية هي المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية، وهي وسيلة من وسائل التعرف على أي شخص ما ويطلق عليها اختصاراً DNA دنا، ولم تعرف البصمة الوراثية حتى عام 1985م وكان اكتشافها على يد البروفسور البريطاني إريك جيفري عالم الوراثة في جامعة ليستر بلندن وقد أحدث هذا النجاح ثورة في العلوم الجنائية، وتوصل أن لكل فرد بصمة جينية مثل بصمة الأصابع وأنها لا يمكن أن تتشابه بين اثنين إلا في حالات التوائم السيامية المتطابقة الناشئة عن انقسام بويضة مخصبة واحدة بل إن احتمال تشابه بصمتين وراثيتين بين شخص وآخر واحد في التريلون، مما يجعل الشبه مستحيلاً، لأن سكان الأرض لا يتعدون المليارات الستة⁽²⁾، كما وجد (إريك) أن تلك الاختلافات يتوارثها الفرد من أبويه مناصفة لحظة الإخصاب، أي أن المولود يأخذ نصف الاختلافات في الصفات الوراثية من أبيه، والنصف الآخر من أمه، ليكون مزيجاً

(1) انظر الميمان ناصر عبد الله، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون السابق (594-593/2) الجندي، إبراهيم صادق، والحسيني، حسين، الفحص الجيني ودوره في قضايا التنازع على النسب وتحديد الجنس، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون السابق (638-634/2) مرسي، البصمة والوراثة ورياح التغيير في مجال الكشف عن الجرائم (833-831/2) - الخياط - تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية (1490-1489/4).

(2) عبد الدائم، حسني محمود، ط1، 2008م، البصمة والوراثة ومدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي، ص293.

وراثيا جديدا يجمع بين خصائص الوالدين وخصائص مستودع وراثي متسع من قدامى الأسلاف.⁽¹⁾

كما توصل (ألك جيفري) إلى أن تلك البصمة تختلف باختلاف الأنماط الجغرافية للجينات في شعوب العالم، (فعلى سبيل المثال: يختلف الآسيويون - الجنس الأصفر أو المغولي- عن الأفارقة، وأطلق على هذه

(1) يقول الدكتور سيد سلامة السقا، في هذا الخصوص (ويستمر الصراع بين العلم والجريمة، وينطلق العلماء بأجهزتهم إلى أعماق الإنسان في محاولات للاستزادة مما فيه من أسرار ومجهولات لا تنتهي، فتكشف بصمات الصوت المميزة عن غيره... ويستمر الصراع... وتأتي المفاجأة من داخل الخلية من عالم الصبغيات (الكروموسومات) من الحمض النووي القابع في غرفة العمليات المحكمة داخل نواة الخلية، تأتي المفاجأة من ترتيب مناطق الجينات داخل الحمض النووي، تلك الجينات القادمة من الأب ومن الأم معا... بل يؤكد انتماءها إلى أب بعينه وإلى أم بعينها دون غيرها من البشر... فكان ذلك مما عرف باسم (البصمة الجينية) الذي اعتبره العلماء قفزة علمية كبيرة لما لها من أهمية في عالم الطب الشرعي وعالم الحياة بشكل عام... تلك البصمة الجينية التي لا يمكن محوها ولا يمكن رؤيتها إلا بعد استخدام وسائل غاية في التعقيد، وهي بصمة تعكس بشكل ما شخصية صاحبها وتحدد وتميزه عن سائر البشر إلى يوم القيامة وعند مقارنة ترتيب المناطق المذكورة بسلاسل الحمض النووي المأخوذ من الأب والأم، فإنه يمكن ببساطة المناطق القادمة من الأب والمناطق القادمة من الأم، وبالتالي يمكن الجزم بان الحمض النووي للأب والحمض النووي للأم رغم اختلاف البين بين تسلسل المناطق المصبوغة على سلاسل الأحماض الثلاثة، الأب والأم، والابن... إنها بصمة الأب وبصمة الأم داخل بصمة الابن تختلف داخل الرحم بأمر الخالق عز وجل ﴿ذُرِّيَّةً بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ (سورة آل عمران الآية رقم 34)، بصمة تلازم الإنسان طول حياته ولا يمكن محوها أو التخلص منها بحال من الأحوال... وبها يبعث من جديد بإذن الله تعالى، يوم ينفخ في الصور، فيعود كل إنسان كما كان لم يتغير منه شيء بإذن الواحد القهار، انظر السقا، السيد سلامة، الصراع بين العلم والجريمة، مقال منشور بمجلة منار الإسلام، العدد الأول، (محرم 1418 هـ - 1999 م).

الاختلافات (البصمة الوراثية للإنسان) أو (البصمة الجينية) تشبيها لها ببصمة الأصابع فكما أن هذه الأخيرة لا يمكن أن تتطابق بين شخصين مختلفين في العالم، فكذلك البصمة الوراثية لا يمكن أن تتكرر في غير التوائم المتطابقة على الإطلاق، وأطلق عليها " إريك لاندر " اسم محقق الهوية الأخير، بينما رأى البعض أن عبارة البصمة الوراثية عبارة خاطئة ويفضل استبدالها بعبارة "الأدلة البيولوجية" أو "التحقيق البيولوجي"⁽¹⁾

وقد أوضح "أليك" أن الحمض النووي في الخلية الواحدة يتكون من سلسلة من القواعد النتروجينية (ويبلغ عددها حوالي 3.3 بليون زوج أو 6.6 بليون نيكلوتيد)، وقد تبين أن حوالي 99.5% من الأحماض الوراثية تكون متشابهة في جميع الأشخاص، وهذا ما يجعل الناس متشابهين من حيث عدد اليدين والرجلين والعيون والأحشاء الداخلية وما إلى ذلك أما 0.5% الباقية فهي مختلفة من شخص إلى آخر، والتي تمثل الاختلافات الطفيفة بين الأشخاص، كاختلاف شكل العين والأنف، ولون الشعر، وفصائل الدم، وما إلى ذلك من هذا التباين أو الاختلاف في أجزاء الأحماض النووية هو الذي يستخدم في تحليل البصمة الوراثية للتفريق بين الأشخاص.

والبصمة الوراثية في جميع خلايا الجسم للشخص الواحد متطابقة من البصمة الوراثية من أي خلية في أي جزء آخر من الجسم مثل الشعر أو الجلد أو العظام، ومتطابقة أيضا مع أي بصمة وراثية من أي سائل من سوائل الجسم مثل اللعاب والسائل المنوي والمخاط ونقط العرق والبول.

(1) انظر: عاكوم، وليد، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، مؤتمر أبحاث الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون السابق (434/2)، والجندي، والحسيني، الفحص الجيني ودوره في قضايا التنازع على النسب وتحديد الجنس (635/2).

الفرع الثاني: خصائص البصمة الوراثية⁽¹⁾

- تختلف البصمة الوراثية من شخص لآخر، ولا يوجد شخصان على وجه الأرض يتشابهان في هذه البصمة، ما عدا التوائم المتطابقة أي التي أصلها بويضة واحدة وحيوان منوي واحد.⁽²⁾

(1) انظر الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب (594/2)، إبراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين (689/2) مرسى - البصمة الوراثية... ورياح التغيير في مجال الكشف عن الجرائم (834/2).

(2) (ولو أردنا الدقة فهي من الممكن أن تتكرر بنسبة واحد في المليون مليون وبما أننا ستة آلاف مليون نسمة تقريبا على ظهر الكرة الأرضية فالتكرار مستحيل، وهذه المادة الوراثية التي تشكل كياننا وصفاتنا وهويتنا لا يزيد وزنها على ستة من مليون من الجرام، وبما أن كل فرد منا ينشأ من خلية واحدة تسمى الزيجوت وهو ناتج من إتقاء الحيوان المنوي بالبويضة ثم يتضاعف الدنا في الخلايا لتصبح حوالي ستين ألف بليون خلية، وإذا جمعنا كل الدنا للست بلايين إنسان فإن وزنه لن يزيد عن 36 مللجرام !! تخيلوا مادة بهذه الضآلة تتحكم في مصائرنا وترسم خريطة أحلامنا ومستقبلنا وتثبت هويتنا، إنها ببساطة بصمة الحياة ولغزها في نفس الوقت (منتصر، خالد - مقالة من كتاب وهم الإعجاز العلمي، حكاية DNA من ملابس مونيكيا حتى شعر صدام حسين - مقال مأخوذ من الشبكة العالمية الإنترنت) وهذه النسب تتفاوت إلى حد ما في التعبير عن قوة البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه، فقد أثبتت بعض الدراسات أن التحاليل التي تتم في الكشف عن البصمة جعلت من إمكانية الخطأ أمراً صعباً جداً في حالات إثبات أو نفي الأبوة، فقد استطاع الباحثون البريطانيون حساب الاحتمالات لإمكانية تشابه شخصين ليسا أقرباء فوجدوا أن الاحتمالات تكاد تكون صفراً، وكذلك الحال بين الأخوة، فإن فرضية التشابه في نفس النمط الوراثي " البصمة الوراثية" تصل إلى واحد في المليون، انظر، انظر عثمان البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب ونفيه، ص567، ويذكر آخر أن العلم أثبت أن دلالة البصمة الوراثية على صاحبها تبلغ قدراً كبيراً من الدقة تصل نسبة 99,9999905، انظر، عاكوم، البصمة الوراثية وثرها في الإثبات (452/2) ويقول آخر =

- يعتقد العلماء بأنه أدق وسيلة عرفت حتى الآن في تحديد هوية صاحبها وكذا في إثبات أو نفي الأبوة أو البنوة البيولوجية.
- يأخذ كل إنسان نصف ل DNA من أبيه، والنصف الآخر من أمه، وبذلك يتكون ال DNA الخاص به، نصفه يشبه أباه والنصف الآخر يشبه أمه.
- إن البصمة الوراثية لا تتغير من مكان لآخر في جسم الإنسان، فهي ثابتة بغض النظر عن نوع النسيج، فالبصمة الوراثية التي في العين تجد مثيلاتها في الكبد، والقلب والشعر.
- أظهرت الدراسات العلمية قدرة البصمة الوراثية على تحمل الظروف الجوية السيئة من حرارة ورطوبة وجفاف، كما يمكن معرفة البصمة الوراثية بعد وفاة صاحبها بواسطة تحليل بقايا العظام وخصوصا عظام الأسنان.
- تظهر بصمة الحامض النووي الدنا على هيئة خطوط عريضة يسهل قراءتها وحفظها، وتخزينها في الحاسوب وإلى أمد غير محدد.
- إن قراءة البصمة الوراثية والمقارنة بين بصمتين وراثيتين سهلة وميسرة ولا تحتاج في العادة إلى كبير دراية ودقة وتأمل.

الفرع الثالث: أهمية البصمة الوراثية

تستمد البصمة الوراثية أهميتها من كونها دليل مادي لا تقبل إثبات العكس أما غيرها من وسائل الإثبات (بصمات الأصابع، بصمة العين، بصمة الصوت، بصمة الشعر) فهي تتفاوت في الإثبات، في تفاوت قوتها في الإثبات

إن نسبة الخطأ فيه (أي الشبه) تكاد تبلغ فرصة واحدة لكل 30 مليار من الحالات، انظر غنام - دور البصمة الوراثية في الإثبات (471/2) وهذه النسب تقارب القطع وتجعل التشابه نادرا جدا، بل قد يكون في بعض الظروف شبه معدوم كالمجتمعات الصغيرة والمدن القليلة السكان.

فضلا عن أن تلك الأدلة الجنائية ليست ذات طبيعة ملموسة، كما هو الحال في الحامض النووي.⁽¹⁾

ويمكن إجمال ذلك هذا ما يلي:

- يعد تحليل البصمة الوراثية وسيلة ذات فاعلية في مجالات البحث عن الحقيقة من حيث إثبات الجريمة أو نفيها بدقة متناهية حيث توجد في كل خلية في جسم الإنسان بطاقة لا يمكن تزورها CARTE INFALSIFIABLE فيمكن مقارنة منطقة ZONE الحامض النووي الذي يعثر عليه في مكان وقوع الجريمة مع الحامض النووي للمادة أو الخلية المأخوذة من المتهم.. وجود منطقتين متطابقتين يعتبر دليلاً شبه مؤكد، على أن الخليتين لنفس الشخص.⁽²⁾
- ويؤخذ من ذلك أن تحليل DNA يعتبر دليلاً قوياً يتعرف بواسطتها على المجرمين والكشف عن هوياتهم وذلك عن طريق رفع البصمة من مخلفات بعض آثار الجريمة.
- أصبح القضاء وخصوصاً في الدول الغربية يعتمد وبصورة كبيرة على تحاليل DNA في إثبات قضايا النسب لأنها أيسر الطرق وأكثر دقة، وكان القضاء من قبل يعتمد على الوسائل التقليدية، كالشهود والأدلة المادية.

(1) الجمل، عبد الباسط محمد، 2002م، موسوعة تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة، الجزء الأول، بصمة الحامض النووي... المفهوم والتطبيق، دار الفكر العربي، ص22.

(2) الصغير، جميل عبد الباقي، 2002م، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية، ص62.

- المساهمة في إصدار الأحكام القضائية في قضايا الأحوال الشخصية وغيرها مما يطبق في شأنها نظام تحليل DNA بشكل أسرع عن ذي قبل اعتماداً على دقة ومصداقة النتائج التي تظهر من التحاليل.⁽¹⁾
- والاعتماد على الدليل العلمي المستمد من تحاليل الحامض النووي يتوقف على مراعاة الشروط التقنية لاستخدام البصمة الوراثية وأهمها التأكد من مصداقية نتيجة التحليل وأن يتم الحصول على العينة من المتهم بطريق مشروع.⁽²⁾
- تقوم الولايات المتحدة الأمريكية حالياً بتصنيف حمض DNA لجميع المواليد ليسهل تعيين هوية كل شخصية من يخطف منهم، ومن ثم العثور عليه.
- اكتشاف الخلايا السرطانية المتواجدة في مجرى الدم وتشخيص بعض الأمراض الوراثية التي تصيب الأجنة، وكذلك ضمان التجانس بين العضو المزروع وجسم الشخص المستقبل لهذا العضو.⁽³⁾

المطلب الثالث

حجية البصمة الوراثية في الشريعة الإسلامية

ونتناول هذا الموضوع من خلال الفروع التالية:

- الفرع الأول: حجية البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي.
- الفرع الثاني: حجية البصمة الوراثية في إثبات جرائم الحدود.
- الفرع الثالث: حجية البصمة الوراثية في إثبات الجرائم غير الحدية.

(1) العبودي، محسن - القضاء وتقنية الحامض النووي، ضمن المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، المنعقد في الفترة (2-14/11/2007م) في الرياض.

(2) الكعبي، خليفة علي - البصمة الوراثية وآثارها على الأحكام الفقهية - 2006م، دار النفائس، ص490.

(3) صفوت، أحمد محمد، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي، ص16.

الفرع الأول: حجية البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي

البصمة الوراثية بدون شك كشف علمي جديد وخطير، فمن البديهي ألا يتعرض لها الفقهاء الأوائل لبيان حكمها بشكل خاص، لكن ما تحتويه الشريعة الإسلامية من نصوص عامة، ومقاصد كلية، وقواعد تخريج تكفي للحكم على كل جديد إلى قيام الساعة.

والبصمة الوراثية كغيرها من التصرفات ينبي حكمها على ما يترتب عليها من آثار محمودة أو مذمومة، فهي وسيلة من وسائل الإثبات، والحكم الشرعي في مثل ذلك يتوقف على النظر في ما تحققه من مقاصد وغايات وقواعد للقاعدة المقررة " الوسائل لها أحكام المقاصد " فبقدر ما تعظم المصلحة ويعظم حكمها، بقدر ما تعظم وسيلتها وبقدر ما تعظم المفسدة، يعظم كذلك أمر الوسيلة المفضية إليها ويشدد الشرع في منعها تشديده في تحريم مقصودها وهو المفسدة⁽¹⁾

ويقول الإمام القرافي " الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل وإلى أفتح المقاصد أفتح الوسائل وإلى ما يتوسط متوسطة"⁽²⁾.

والشريعة من حيث المبدأ لا ترفض العمل بهذه المكتشفات العلمية، بل هي تحض على طرائق العلم، وتسفه أذعياء الجهل، وتدعو إلى إيجاد الصلة بين الحقائق الإيمانية والاكتشافات العلمية، قال تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُوا الْأَلْبَابِ﴾⁽³⁾، ويقول: ﴿بَرَفِعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾⁽⁴⁾،

(1) الريسوني نظرية التقريب والتغليب، ص 409.

(2) القرافي، ابو العباس أحمد بن إدريس، (1418هـ - 1998م)، الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت (63/2).

(3) سورة الزمر، الآية: (9).

(4) سورة المجادلة، الآية: (11).

ويقول ايضا: ﴿إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ غَفُورٌ﴾⁽¹⁾.

والبصمة الوراثية من جملة المكتشفات العلمية التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها، والاستعانة بها في مجالات الحياة المختلفة ولا شك في كونها خادمة لكثير من مقاصد الشريعة الإسلامية.

والبصمة الوراثية قد تم تكييفها بأنها وسيلة من وسائل الإثبات وتنتمي إلى باب القرائن ولا خلاف بين العلماء قديما وحديثا في جواز الإثبات بالقرائن في الجملة سواء منهم من حصر وسائل الإثبات أو من أطلقها، وهذا يعني جواز العمل بالبصمة الوراثية في الجملة.

لكن العمل بها فيما يختص بالإثبات الجنائي فيه خلاف بين الفقهاء قديما وحديثا.

الفرع الثاني: حجية البصمة الوراثية في إثبات جرائم الحدود

الحدود في الفقه الإسلامي جاءت على سبيل الحصر، وهي حد الزنا، وشرب الخمر، والسرقه، والقذف، والسرقه، والردة.

وهذه الحدود قد شرعها الإسلام للمحافظة على المصالح الأساسية للمجتمع المسلم، فهي تهدف إلى حفظ المقاصد الخمس، حفظ الدين والنفس والعقل والمال والعرض، وهي مصالح ذات أهمية بالغة، ومن ثم تولى الشارع الحكيم تحديد هذه العقوبات بنفسه ولم يوكلها لأحد، إذ لو تركها لغيره لترتب على ذلك آثار خطيرة تؤدي بالمجتمع كله وتأتي عليه من أساسه، وعلى الرغم من حرص الإسلام على تطبيق هذه الحدود لما في ذلك من الآثار البالغة في المحافظة على أساس المجتمع الإسلامي، إلا أنه قد احتاط في إثباتها أكثر من غيرها، وذلك لأن العقوبة فيها شديدة أكثر من غيرها، فليس من المنطق التساهل في الإثبات مع شدة العقوبة⁽²⁾ ومما يدلنا على التشدد في إثباتها أن أكثر الفقهاء

(1) سورة فاطر، الآية: (28).

(2) أبو زهرة، محمد - الجريمة، دار الفكر العربي، ص35.

يقتصرون على وسائل الإثبات التي حددها الشارع ولم يحتج بالقرائن في مجال الحدود إلا عدد قليل من الأئمة كالإمام مالك وأحمد في رواية وابن القيم. (1) وسوف نعرض — إن شاء الله — اختلاف الفقهاء حول هذه المسألة وأدلة كل فريق والراجح منها

1 — مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾ في رواية إلى عدم جواز إثبات الحدود بالقرائن وحصرها بإثباتها في طريقتين لا ثالث لهما. وهما الشهادة والإقرار، وعليه فالقرائن عندهم سواء كانت قطعية أو ظنية مادية كانت أو معنوية، قديمة كانت أو حديثة، ليست دليلاً معتبراً في إثبات الحدود. وعلى هذا القول فلا تعد البصمة الوراثية دليل إثبات في جرائم الحدود مهما كانت قوتها وقوة دلالتها على إثبات التهمة.

وأدلتهم في هذا كثيرة نذكر منها ما يلي:

- استدلوا بالآيات والأحاديث العامة التي تدل على النهي عن الظن، والتي تدل على اشتراط البينة.
- قوله صلى الله عليه وسلم [لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة، فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها]⁽⁵⁾

(1) الفاييز، إبراهيم محمد، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مكتبة أسامة، الرياض، ص249.

(2) فتح القدير (248/5) وما بعدها.

(3) حاسية قلوبى وعميرة (189/4)، أسنى المطالب (126/4).

(4) البهوتي، منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستقنع، تحقيق: سعيد محمد اللحام، دار الفكر، بيروت، لبنان (453/1)، الإنصاف (201/10).

(5) ابن ماجه، الطبراني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مذيّل بأحكام الألباني، باب من أظهر الفاحشة (855/2) المعجم الكبير، سليمان بن أحمد الطبراني، ط2، (1404هـ — 1983م)، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي — مكتبة العلوم والحكم —

الموصل (620/11).

وجهة الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقر الحد على المرأة مع وجود القرائن الدالة على ارتكابها للفاحشة وظهر هذا في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها، فلو كانت القرينة حجة لأقام الرسول صلى الله عليه وسلم الحد عليها، ويقاس عليه كل حد لعدم الفارق.

ويجاب عن هذا الاستدلال بالقول إن الاستدلال المستنبط من الحديث ليس بحجة في عدم الأخذ بالقرائن في الحدود، لأن النبي صلى الله عليه وسلم صرح بأنه لا يرجم بغير بينة، والقرائن كما بينا فيما سبق داخلة في مسمى البينة، وهذا يدل على أن ما توافر لديه صلى الله عليه وسلم من قرائن في الحديث من الخضوع بالقول والابتدال في الهيئة وترك الحشمة لم يكن كافياً في إقامة الحد عليها فتلك القرائن لا ترقى إلى رتبة البينة، حيث إن ضعف دلالتها جعلها لا تخرج عن حيز الشبهة، والحدود كما هو معروف تدرأ بالشبهات، ولذلك لم يقر الرسول صلى الله عليه وسلم الحد عليها لأن القرائن غير مشروعة في إثبات جريمة الزنا ولكن لأن الدلالة غير قوية⁽¹⁾

• قوله صلى الله عليه وسلم [ادروا الحدود بالشبهات]⁽²⁾. وهذا الحديث وإن

كان في سنده مقال، لكن معناه صحيح متفق عليه بين أهل العلم.

والحديث يدل على وجوب إسقاط الحد كلما وقع تردد في الإثبات ولو تم بطريق الإقرار أو الشهادة فكيف بالقرائن التي مبناها على الشبهة والظن، وهذا أبلغ في الدلالة على نفي إثبات الحدود بالقرائن فلا يصلح بناء الحكم عليها في باب الحدود.

فظهور الحمل ليس كافياً لإثبات جريمة الزنا، حيث إن احتمال الإكراه أو الجهل وغير ذلك من الشبهات وارد، ولهذا لا يعتد بقرينة الحمل في الإثبات.

(1) عارف، علي عارف (1422هـ - 2002م) القرائن ومدى حجيتها في الفقه الإسلامي،

كوالامبور، دار التجديد، ص140.

(2) سنن البيهقي، باب ما جاء في درء الحدود (238/8).

- ما روي أن امرأة رُفعت إلى عمر ليس لها زوج، وقد حملت، فسألها عمر، فقالت: إني امرأة ثقيلة الرأس وقع عليّ رجل وأنا نائمة، فما استيقظت حتى نزع، فما أدري من هو؟ فدرأ عنها الحد. (1)
- وجه الدلالة: أن عمر رضي الله عنه، لم يؤاخذ المرأة لمجرد القرينة، وقد درأ عنها الحد عندما بينت له شبهتها.
- وما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، في حديث شراحة، أن علياً قال لها: لعلك استكرهت؟ قالت: لا. قال فلعل رجلاً أتاك في نومك؟ (2)
- ومن المعقول: قالوا احتمال وجود الشبهة التي تدرأ الحد، فقد يكون الحمل عن وطء شبهة أو إكراه. وقد روي عن علي وابن عباس، قالوا: إذا كان في الحد "لعل" و"عسى" فهو معطل. (3)
- أن قصد الشارع فيما يتصل بالحدود يميل إلى التقليل من تنفيذ العقوبات المقدره لها لشدها.
- ولأن الهدف منها يتحقق بمقاومة الدوافع والردع العام، وذلك يتحقق بتأكيد صرامتها وعدم التنازل عنها وشيوع ذلك بين الناس واتصاله في الأجيال فلا تجوز إذن مخالفة قصد الشارع بتكثير طرق القرائن ومنها البصمة الوراثية.
- حث الشارع الحكيم في نصوص صحيحة صريحة على الستر عن جرائم الحدود، والقول بإثباتها بالقرائن يخالف قصد الشارع في سترها، فلا يعتد بها في إثبات الحدود موافقة لقصد الشارع. (4)

(1) قال الألباني في إرواء الغليل إسناد صحيح (38/6).

(2) رواه أحمد، عبد الرزاق، المسند (373/2) ط2، (1403هـ) مصنف عبد الرزاق، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت (326/7)، قال الألباني في الإرواء صحيح (6/8).

(3) الصنعاني، المصنف، (425/2).

(4) موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، 94 بوساق.

وبناء على ذلك فلا مجال للقول باعتبار البصمة الوراثية وسيلة من وسائل إثبات الحدود.

وإلى ذلك ذهب معظم الباحثين المعاصرين الذين تناولوا البصمة الوراثية.

2 – **وذهب المالكية⁽¹⁾، وهو مذهب ابن القيم⁽²⁾ والحنابلة في رواية⁽³⁾، إلى جواز إثبات الحدود بالقرائن⁽⁴⁾، مثل إثبات حد الزنا بالحبلى من المرأة غير المتزوجة إذا كانت مقيمة غير غريبة، وليس عليها أمارات الإكراه. أو أثبتت شواهد الأحوال على ثبوت الزنا، وقالوا هذه الشواهد هي بمنزلة القرينة.**
وقالوا بعدم قبول ادعاء المرأة الحبلى أنها متزوجة أو أنها استكرهت إلا بعد أن تقدم البينة تثبت صحة قولها، وعليه أن الحبلى إذا لم تقدم بينة على ما ادعته فإن زناها ثابت ويقام عليها الحد.⁽⁵⁾
واستدلوا على ذلك بما يلي:

• استدلوا بقوله تعالى ﴿فَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَّازِهِمْ جَعَلَ السَّقَايَةَ فِي رَحْلِ أَخِيهِ ثُمَّ أَذَّنَ مُؤَذِّنٌ أَيَّتَهَا الْعَيْرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ﴾ قالوا وأقبلوا عليهم ماذا تفقدون ﴿ قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حملٌ بعير وأنا به زعيم ﴿ قالوا تالله لقد علمتم ما جئنا لنفسد في الأرض وما كنا سارقين ﴿ قالوا فما جزاؤه إن كنتم

(1) القرافي، الدخيرة (60/12)، التسولي، البهجة شرح التحفة (589/2)، العبدري، التاج والإكليل، (292/5).

(2) ابن القيم، الطرق الحكمية (ص8) وما بعدها.

(3) ابن تيمية، السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية، دار المعرفة، ص133، الطرق الحكمية، ص8، إعلام الموقعين (9/3).

(4) وجوز ابن الغرس من الحنفية القضاء بالقرائن في القصاص، حاشية ابن عابدين، (437/7).

(5) الموطأ، (780/2).

كَاذِبِينَ ﴿۱﴾ قَالُوا جَزَاؤُهُ مَن وُجِدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاؤُهُ كَذَلِكَ نَجْزِي الظَّالِمِينَ ﴿۲﴾ فَبَدَأَ بِأَوْعِيَّتِهِمْ قَبْلَ وِعَاءِ أَخِيهِ ثُمَّ اسْتَخْرَجَهَا مِنْ وِعَاءِ أَخِيهِ كَذَلِكَ كِدْنَا لِيُوسُفَ مَا كَانَ لِيَأْخُذَ أَخَاهُ فِي دِينِ الْمَلِكِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ تَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مِّنْ نَّشَاءٍ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ ﴿۱﴾

وجه الدلالة هو اعتبار حدوث السرقة بناءً على قرينة وجود الصواع في متاع بنيامين، ولم يكن هناك شبهة تدفع عنه الاتهام، ولم يستطع هو الدفاع عن نفسه بأن الصواع قد دس في رحله، ولا يعارض هذا أن الحكم الصادر عن بنيامين مخالفاً للحقيقة، وأنه دس في رحله دون علمه، لأننا مأمورون بأن نحكم بالظاهر، وهذا ما تدل عليه النصوص من الكتاب والسنة، وعليه تمت إدانة بنيامين، ولو لم تكن القرائن معتبرة لما استطاع يوسف من إدانة أخيه، إذ كيف يدينه بقرينة غير معتبرة؟.

• وقوله تعالى ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلِ فَصَدَقْتَ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ ﴿۱﴾ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبْتَ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿۲﴾. وجه الدلالة: أن الله تعالى ذكر في هذه الآية لبيان براءة يوسف عليه السلام، وهي قائمة على الأمانة، حيث إن كان قميصه قد من قبل فهي صادقة في دعائها عليه، لأنه يكون لما دعاها وأبت عليه دفعته في صدره فقدت قميصه فيصح ما قالت. أما العكس وهو قد القميص من الدبر فهو أمانة على أنه لما وقع منه الهرب منها أمسكت بقميصه من ورائه لترده إليها، وبهذا أظهر الله براءة يوسف عليه السلام ﴿۳﴾.

(1) سورة يوسف، الآية: (70-76).

(2) سورة يوسف الآيتان (26-27).

(3) ابن كثير، (386/4).

- ما رواه ابو داود أن رجلاً من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة بكرًا في سترها فدخل عليها فإذا هي حبلى فقال النبي صلى الله عليه وسلم: [إنها الصداق بما استحلتت من فرجها، والولد عبد لك فإذا ولدت فاجلدها وفي رواية فاجلدوها أو قال فحدوها]⁽¹⁾

فهذا دليل يبين أن ظهر الحمل قرينة يثبت بها الحد.

- أثر سيدنا عمر بن الخطاب وهو من رواية ابن عباس رضي الله عنهما، يقول قال عمر بن الخطاب وهو جالس على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله قد بعث محمداً صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان مما أنزل عليه آية الرجم قرأناها ووعيناها وعقلناها فرجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل ما نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله وإن الرجم في كتاب الله حق على من زنى إذا أحصن من الرجال والنساء إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف.⁽²⁾
- جواز إثبات حد الخمر على من وجد منه رائحة الخمر، أو ثبت عليه أنه قاء الخمر، اعتماداً على القرينة، فإن الرائحة قرينة على الشرب، وإن في الخمر دليل على شربها، ولذلك قال عثمان رضي الله عنه وهل قاء الخمر إلا بعد شربها،⁽³⁾ وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد فكان ذلك إجماعاً.

(1) الألباني، ضعيف أبي داود، ط1 (1423هـ)، باب في الرجل يتزوج المرأة فيجدها حبلى

مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، قال الألباني ضعيف (219/2).

(2) البخاري، مسلم، البيهقي، مالك، صحيح البخاري، (6829)، باب من انتظر حتى تدفن،

شرح النووي على مسلم، باب حد الزنا، (192/11) الموطأ (823/2).

(3) البيهقي، أبو داود، الدار قطني، سنن البيهقي (318/8) سنن أبي داود (278/4) سنن

الدار قطني، (206/3).

وهذا الأثر صريح في أخذ عثمان رضي الله عنه بالقريضة في إثبات شرب الخمر فقد صرح رضي الله عنه بثبوت فعل الشرب بالتقيؤ للتلازم الموجود بين الفعلين.

• ما رواه مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، سأل ماعزا لما جاء معترفاً بارتكابه جريمة الزنا فقال: "أشرب خمرًا؟" فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر. (1)

وجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر باستنكاه ماعزا لما جاءه معترفاً بالزنا، في هذا دلالة واضحة على أن شرب الخمر يعرف من خلال الاستنكاه وهي عبارة عن طريقة قوية وإن الحد يثبت بها.

• ما رواه مالك أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه خرج عليهم فقال: إنني وجدت من فلان ريح شراب فزعم أنه شرب الطلاء، وأنا سائل عما شرب فإن كان يسكر جلدته، فجلده عمر الحد تماما. (2)

وجه الدلالة أن عمر بن الخطاب أقام الحد بعد أن تيقن أن الرائحة رائحة شراب مسكر. (3)

• ونوقش الاستدلال بأن عمر لم يقم الحد بالرائحة فهو القائل " وأنا سائل عما شرب فإن كان يسكر جلدته" وهذا يدل على أن الرائحة قد تكون مما يسكر وقد تكون مما لا يسكر، ومفهوم الحديث أن الحد أقيم بناءً على الإقرار من الرجل، بدليل ما جاء في الأثر " فزعم أنه شرب الطلاء " فالرجل اعترف بالشرب إلا

(1) مسلم بشرح النووي، باب حد الزنا، خذوا عني خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم (200/11).

(2) الموطأ، باب الحد في الخمر (428/2).

(3) عابد، عبد الحافظ عبد الهادي، 1991م، الإثبات الجنائي بالقرائن دراسة مقارنة، دار

النهضة العربية، القاهرة، ص344.

أنه أنكر كون ما شربه خمرا، فلما علم عمر أن شرب الطلاء من الأشرية المسكرة أقام عليه الحد.⁽¹⁾

• ما رواه مسلم عن عبد الله بن مسعود قال: كنت بحمص فقال لي بعض القوم اقرأ علينا فقرأت عليهم سورة يوسف قال: فقال رجل من القوم، والله ما هكذا أنزلت: قلت ويحك والله لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لي أحسنت فبينما أنا أكلمه إذا وجدت منه ريح الخمر قال: فقلت أتشرب الخمر، وتكذب بالكتاب لا تبرح حتى أجذك فجلدته الحد.⁽²⁾

وجه الدلالة أن عبد الله بن مسعود حكم وقضى بالحد بناء على قرينة الرائحة.

• رفعت إلى عمر امرأة ولدت لستة أشهر، فأراد عمر أن يرحمها فجاءت أختها إلى علي رضي الله عنه فقالت: إن عمر هم برحم أختي، فأنتدك الله إن كنت تعلم أن لها عذرا فأخبرني، فقال علي: إن لها عذرا، فكبرت تكبيرة سمعها من عنده، فانطلقت إلى عمر فقالت: إن عليا زعم أن لأختي عذرا، فأرسل عمر إلى علي: ما عذرها؟ قال: إن الله يقول: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾⁽³⁾ وقال: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾⁽⁴⁾ فالحمل ستة أشهر والفصال أربعة وعشرون شهراً، فحلى عمر سبيلها⁽⁵⁾

وجه الدلالة، أن عمر أراد أن يقيم الحد على المرأة بسبب شبهة الولادة لستة أشهر، لكنه امتنع عن ذلك بعد أن بين له علي رضي الله عنه أن الحمل

(1) دبور، أنور محمود، القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص149-150.

(2) مسلم، رقم 801 (551/1).

(3) سورة البقرة، الآية: (222).

(4) سورة الأحقاف، الآية: (15).

(5) عبد الرزاق، المصنف، رقم 13444 (350/7).

ممكن أن يكون لسنة أشهر، وذكر له الآية السابقة؛ ومفهوم المخالفة أنه لو لم تكمل المرأة الستة أشهر لأقام عمر الحد عليها، واعتراض علي لم يكن بسبب أن المرأة قد تكون مكرهة، أو لأي سبب آخر، إنما كان بسبب النص الشارعي وهي الآية الكريمة التي تنص على إمكانية الولادة لسنة أشهر.

واستدلوا من المعقول:

أن عدم اعتبار القرائن دليلاً يعتدبها ويعتمد عليه، أو قصر الاعتماد عليها في حالات خاصة، من شأن هذا أن يضيع كثيراً من حقوق الناس وأموالهم وأعراضهم وأنفسهم، لاسيما وأن أرباب الإجرام باتوا يعتمدون على تقنيات عالية في جرائمهم حتى أصبح من الصعب تعقبهم والتعرف عليهم، فضلا على الإمساك بهم، فلو ألغيت أدلت هذه الوسائل المستحدثة من أهمها البصمة الوراثية لأدى ذلك إفلات لكثير من المجرمين ولضاعت كثير من حقوق الناس، ولأدى ذلك إلى انتشار وتفشي الجريمة. وحول هذا يقول ابن القيم "فمن أهدر الأمارات والعلامات في الشرع بالكلية فقد عطل كثيرا من الأحكام وضيع كثيرا من الحقوق والناس في هذا الباب طرفان ووسط"⁽¹⁾

وأجيب عن هذا بأنه لا ينبغي أن يدفعنا تحمسا للقضاء على الإجرام والمجرمين إلى الإفراط في الجهة الأخرى بفتح الطريق إلى قضاة السوء يلجؤون منها إلى ظلم الناس، والاعتداء على أعراضهم وأموالهم، دون أن يكلفهم ذلك شيء سوى إحالة أحكامهم الجائرة على ظنونهم التي أثارته الأمارات والقرائن.⁽²⁾

ويرد على هذا القول بأن القائلين بحجية القرائن نهبوا إلى عدم التفريط في الاعتماد على القرائن، كما نهبوا كذلك إلى عدم الإفراط بها، وبين هذا الامام ابن القيم " وهذا موضع مزلة أقدام ومضلة أفهام وهو مقام ضنك ومعترك صعب

(1) الطرق الحكمية، ص145.

(2) الديرشوي، القضاء بقرائن الأحوال، ص155.

فرط فيه طائفة فعملوا الحدود وضيعوا الحقوق وجرعوا أهل الفجور على الفساد وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد محتاجة إلى غيرها وسدوا على نفوسهم طرقاً صحيحة من طرق معرفة الحق والتنفيذ له وعطلوها مع علمهم وعلم غيرهم قطعاً أنها حق مطابق للواقع ظناً منهم منافاتها لقواعد الشرع ولعمر الله إنها لم تناف ما جاء به الرسول وإن نافقت ما فهموه من شريعته باجتهادهم⁽¹⁾ وأما أن يكون الاعتماد على القرائن تفريطاً ويفتح باباً لقضاة السوء للظلم والاعتداء على الناس، فلا يمكن أن يكون هذا سبباً لعدم.

المنافشة والترجيح

إن الأدلة السابقة لكلا الفريقين تتضمن أدلة مختلفة لأنواع من الحدود لذا سوف أفصل كل منها على حدا.

1 - حجية القرائن في إثبات جرائم الزنا والاعتصاب

إن ما سبق عرضه من أدلة استدلت بها كل فريق في إثبات جريمة الزنا والاعتصاب من عدمه عن طريق القرائن.

وبالنظر إلى أدلة الفريقين المتعارضين، يتبين إمكانية أن نسلك مسلكاً وسطاً بين الرأيين، وهذا لا يتعارض مع ما أورده كل فريق، وهو أن نعتبر قرينة الحمل في إثبات حد الزنا؛ بشرط أن ندرأ الحد عند وجود الشبهة الممكنة المعقولة ويصدق هنا الادعاء ولا يطالب ببينة تثبت هذا القول، لاسيما إذا كان المدعي مشهود له بالنقوى والصلاح والصدق، أما في حالة عدم ادعاء أي شبهة تمنع من إقامة الحد فإن الحد يقام عليها، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة في قول⁽²⁾.

2 - حجية القرائن في إثبات جريمة السرقة.

من خلال عرض الأدلة السابقة، وعلى الرغم من أن مذهب جمهور الفقهاء يميل إلى عدم اعتبار القرائن في إقامة حد السرقة، على من وجدت عنده

(1) الطرق الحكيمة (18).

(2) الانصاف (10/152).

المسروقات، وكان معروفاً بارتكاب الجرائم، ولم يتمكن المدعي من إقامة دليلاً يثبت به تملكها لهذه المسروقات، على الرغم من أن هذا هو مذهب جمهور الفقهاء - رحمهم الله - الذين بنوا قولهم على قاعدة درء الحدود بالشبهات، غير أن القول الثاني هو الراجح في نظر الباحث وهو اعتبار القرائن القوية حجة في إقامة حد السرقة، وهو مذهب الإمام مالك، وابن القيم من الحنابلة، فالقرائن القوية تحل محل الإقرار والشهادة، وهذا القول لا يتعارض مع قاعدة درء الحدود بالشبهات، حيث أن الشبهات التي حاول الجمهور أن يدرأ بها الحد عن المتهم لم تكن شبهات قوية يمكن أن يرد بها اليقين المستفاد من مجموع هذه القرائن وشواهد الأحوال. وفي هذا يقول ابن القيم - رحمه الله - " ولم يزل الأئمة والخلفاء يحكمون بالقطع إذا وجد المال المسروق مع المتهم، وهذه القرينة أقوى من البينة والإقرار فإنهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب، ووجود المال معه نص صريح لا يتطرق إليه الشبهة".⁽¹⁾

ومع ذلك فالأمر متروك للقاضي فهو الذي ينظر في القضية وظروفها وملابساتها وهو الذي يقدر القرينة القوية وقوة دلالتها في إثبات التهمة وفي إثبات الحد.⁽²⁾

3 - حجية القرائن في إثبات جريمة شرب الخمر.

يظهر - والله أعلم - ومن خلال تتبع أدلة الفريقين ومناقشتها رجحان القول الثاني القائل باعتبار القرائن حجة في إقامة حد شرب الخمر على من وجدت منه رائحة الخمر، وذلك لقوة وسلامة الأدلة التي استدلوا بها والتي تدل وبجلاء على أن قرينة الرائحة والقى قرينة قوية وقاطعة توجب ثبوت الحد بها، والشبهات التي تصاحب هذه القرينة لا يمكن درء الحد بها إلا في حالة ثبوت أحد هذه الشبه، كأن تكون هذه الرائحة سببها شيء أكله أو شربه من المباح فلا حد

(1) الطرق الحكمية، ص 8.

(2) عارف - القرائن ومدى حجيتها في الفقه الإسلامي، ص 164-167.

عليه⁽¹⁾، وحينها يمكن درء الحد عليه لوجود شبهة قوية وأما في غير ذلك فيقام عليه الحد لاسيما إذا عرف بالفساد والفجور.

وإن لم ير القاضي جواز إثبات ذلك بالتحليل، فيجوز تعزيره، لأن التعزير يكفي فيه الاتهام، ولا يشترط فيه أن تثبت التهمة بدليل قاطع.⁽²⁾

الفرع الثالث: حجية البصمة الوراثية في إثبات الجرائم غير الحدية

يسري ما سبق من خلاف بين الفقهاء في حجية القرائن في إثبات الجرائم الحدية نستكمل البحث عن حجية البصمة الوراثية في إثبات الجرائم، مستفيدين من المنهج الذي سرنا عليه عند تناول حجية القرائن في إثبات الجرائم غير الحدية. وهذا يستدعي عرض أقوال العلماء المعاصرين حول هذه القضية، ومناقشة أقوالهم، والراجح منها.

1 - اختلفت آراء العلماء المعاصرين حول قضية إثبات الجرائم من خلال البصمة الوراثية إلى قولين.

فذهب فريق من العلماء إلى القول بحجية العمل بالبصمة الوراثية، لأن دلالة البصمة دلالة قاطعة لا شبهة فيها، ثابتة من المهد إلى اللحد⁽³⁾، وأن البصمة الوراثية أقوى بكثير من القرائن بل من الشهادة التي تمثل الصدق والكذب، وحتى من الإقرار. بل إن البصمة الوراثية تصلح أن تكون مانعاً من قبول طرق الإثبات التقليدية دون العكس، ذلك لأن البصمة الوراثية دليل مادي يعتمد العلم والحس، ويقوم على التسجيل الذي لا يقبل العود والإنكار بخلاف غيرها الذي

(1) الرويشد، علي بن مد الله، ط1 (1421هـ - 2000م)، الإثبات في الدعوى الجنائية

بالقرائن وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، دار الشادي، دمشق، ص278.

(2) حسونة، بدرية عبد المنعم، ط1 (1420هـ - 2000م) شرح قانون الإثبات الإسلامي

السوداني وتطبيقاته القضائية - أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ص153.

(3) العمر، محمد راشد، ط1 (1429هـ - 2008م)، أصول التحقيق الجنائي في الشريعة

الإسلامية، دار النوار، سوريا، دمشق، ص548.

يعتمد على الذم ويقبل العود والإنكار. وقالوا عن الإقرار والذي يعتبر سيد الأدلة، بينت كثير من الوقائع والحالات التي لا يتفق فيها إقرار المتهم مع ما يتوفر من أدلة وكثيراً ما ترد المحكمة هذه الأنواع من الاعتراف كقيام الاعتراف على إكراه أو محاباه أو لدفع ضرر. وقالوا أن الإقرار من المؤشرات التي لا يمكن قياسها كما لا يمكن قياس درجة الصدق وقوة الإيمان فإنه لا يمكن قياس الإقرار في إثبات الجريمة. وما ينطبق على الإقرار ينطبق على الشهادة إذ يمكن استغلال الشهود في عملية الاستحلاف لأغراض دنيوية وهذا أمر شائع، بخلاف الأدلة المادية والتي تسمى بالشاهد الصامت والتي تعتمد على قواعد علمية ثابتة.⁽¹⁾ وأن احتمال الخطأ في البصمة الوراثية احتمال نادر جداً، لأن خبير البصمات مهمته أن يبحث في مكان الجريمة عن البصمة فإذا وجدها رفعها ثم طابقتها، ولا يقبل قول هذا الخبير إلا بعد أن تثبت خبرته،⁽²⁾ وأن احتمال التبديل أو الزوير في البصمة أمر يقارب المستحيل، فلذلك دلالتها ثابتة ولا تتغير ولا يعترىها الضعف⁽³⁾ وقالوا كما يكون تطابق البصمة الوراثية حجة في ثبوت الجريمة فإن عدم تطابقها يكون شبهة يدرأ بها الحد عن المتهم. فإذا ما ثبتت الجريمة على المتهم بأحدى وسائل الإثبات من شهادة أو إقرار، ووجدنا عدم وجود تطابق بين العينات الموجودة في مسرح الجريمة أو على المجني عليه وبين عينات المتهم فإن عدم التطابق هذه شبهة يدرأ بها الحد عن المتهم، لأن الإثبات الذي ثبت عن طريق الشهادة أو الإقرار خالف دليلاً حسياً أو عقلاً لأننا

(1) عثمان، إبراهيم أحمد، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية، بحث مقدم للمؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، في الفترة (2-14/4-1428هـ – 12-14/11/2007م)، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص17.

(2) العمر، محمد راشد، أصول التحقيق الجنائي، ص548.

(3) الرويشد، الإثبات في الدعاوى الجنائية، ص261.

نجد نصوصاً كثيرة للفقهاء تحتكم إلى الدليل الحسي في قبول الأدلة الظنية⁽¹⁾ فمَنحوا البصمة الوراثية مكانة عالية من بين وسائل الإثبات الأخرى، واعتبروها حجة يمكن إثبات الحدود بها دون الرجوع إلى وسائل الإثبات الأخرى، ما لم يتمكن المتهم من تقديم الحجج التي يقنع بها القاضي ويدراً عن نفسه شبهة التطابق الجيني بينه وبين المجني عليه أو الموجودة بمسرح الجريمة، وما لم تتعارض مع أدلة أخرى أقوى منها.⁽²⁾

وعليه يجوز إثبات الجريمة عن طريقها، لاسيما إذا كانت النتائج منتقاة بأسلوب علمي وتقني متقدم، وإذا روعيت فيها الشروط والاحتياطات اللازمة لصحة تحليل البصمة الوراثية، وإذا عجز المتهم عن تقديم أدلة تدفع عنه نتائجها، أو أنه قام بتقديمها إلا أنها كانت أدلة ضعيفة ردت بأدلة أقوى منها، أما إذا أثبتت الشبهات حول صحة نتائجها أو تمكن المتهم من تقديم أدلة تثبت عكس نتائجها مع عدم قدر الجانب الآخر على الرد عليها، فإنه في هذه الحالة لا يمكن بناء الحكم وفق البصمة الوراثية، والعبرة في ذلك هو اقتناع القاضي واطمئنانه إلى الأدلة المطروحة عليه، فله أن يقبل جميع الأدلة المقدمة إليه من الخصوم، وله أن يطرح ما لا يطمئن إليه.⁽³⁾

كما أن الشرع يوجب على القاضي أن يقضي بما ثبت لديه أنه صحيح، سواء أكان طريق الإثبات هو الشهادة أم الإقرار أم أي طريق آخر، إذا خلا من الشبهة، فالقاضي يقدر الدليل الذي يقدم إليه في الدعوى في ضوء ظروفها وقرائن الأحوال، ومن ناحية أخرى إذا كانت الشبهة تعرض للقرائن، فهي أيضاً

(1) هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، ص 233.

(2) مصطفى، مضاء منجد، دور البصمة الجينية في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي، ص 197.

(3) أحمد، فؤاد عبد المنعم، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون (4/1436 – 1439).

تعرض لشهادة الشاهد، بل إن جواز غلط الشاهد ووهمه وكذبه، أظهر بكثير مما قد يعرض للقرينة من شبهة، فلو عطل الحد بما يعرض للقرينة من شبهة، لكان تعطيله بالشبهة التي تكمن في شهادة الشهود أولى،⁽¹⁾

ومما يزيد من فاعلية استخدام وسيلة البصمة الوراثية اللجوء إليها في الجرائم المعقدة والخطيرة أو الجرائم الغامضة التي لم تكشف التحريات أو التحقيق ات عن أسباب وظروف ارتكابها والفاعل فيها وعن طريق استخدام البصمة الوراثية يمكن التعرف على الجريمة والمجني عليه فيها وظروف ارتكابها والتوصل إلى الفاعل⁽²⁾ وكما أسلفنا فإن وسائل الإثبات ليست تعبدية، بحيث لا يجوز الخروج عليها أو القياس عليها، وإنما هي أقرب إلى المعاملات ومراعات مصالح الناس، فيقبل فيها كل وسيلة تؤدي إلى تحقيق: العدالة.⁽³⁾

وكل ما سبق قياساً على أقوال الفقهاء الأوائل القائلين بجواز الاعتماد على القرائن في إثبات الحدود، كإثبات شرب الخمر بالرائحة والزنا بالحمل، فلو قيست البصمة الوراثية على هذه القضايا التي أثبت بها العلماء الحدود من غير شهود ولا إقرار وإنما أخذاً بالقرائن، لم يكن الأخذ عندئذٍ بالبصمة الوراثية وحكم بمقتضاها في قضايا الحدود بعيداً عن الحق ومجانباً للصواب لاسيما إذا حُفَّ بالقضية أو الحال ما يؤكد من قطعية النتائج.⁽⁴⁾

(1) هاللي، عبد اللاه أحمد، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1987م، ص424.

(2) العبودي، محسن، القضاء وتقنية الحامض النووي، بحث مقدم للمؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، في الفترة (2/4/1428هـ - 12/14/11/2007م)، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.

(3) العمر، محمد راشد، أصول التحقيق الجنائي، ص548.

(4) طوير، إلهام محمد علي، 2008م، الشبهة وأثرها في الحدود والقصاص، أطروحة ماجستير مقدمة لجامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين.

2 - وذهب أكثر العلماء⁽¹⁾ إلى أنه لا يقام بالبصمة الوراثية حكم إدانة ولا يقام بها الحد، وذلك لأن الشريعة الإسلامية حددت وسائل الإثبات في الحدود.

(1) جاء في توصيات الندوة الفقهية الطبية الحادية عشر للمنظمة الإسلامية بالكويت " تدارست الندوة موضوع البصمة الوراثية وهي البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، والبصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقيق من الوالدية البيولوجية والتحقيق من الشخصية ولا سيما في مجال الطب الشرعي وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية... الخ " (أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية. المنعقد في الكويت في الفترة من (23-25 جمادى الآخر 1419 هـ الموافق 13-15 أكتوبر 1998م)، (2/1050)، وجاء في توصيات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة البند الأول " لا مانع شرعاً من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص لخبر (ادروا الحدود بالشبهات) وذلك يحقق الأمن والعدالة للمجتمع ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم وهذا مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية" أنظر (القرار السابع للمجمع الفقهي الإسلامي بشأن البصمة الوراثية الدورة السادسة عشرة، بمكة المكرمة المنعقدة بتاريخ (21-26/10/1422 هـ - الموافق 5-10/1/2002م)، ص2، وجاء في قرار المجمع الفقهي في دورته الخامسة عشرة " وإنما قيل بمشروعية الأخذ بالبصمة الوراثية كقرينة من القرائن التي يستدل بها على المتهم في قضايا الجرائم المختلفة لكن لا يثبت بموجبها حد ولا قصاص لأمرين: الأول فلأن الحد والقصاص لا يثبت إلا بشهادة أو إقرار دون غيرهما من وسائل الإثبات عند كثير من الفقهاء. الأمر الثاني: فلأن الشارع يتشوف إلى درء الحد والقصاص، لأنها تدرأ بأدنى شبهة أو احتمال والشبهة في البصمة الوراثية ظاهرة لأنها إنما تثبت بيقين هوية صاحب الأثر في محل الجريمة أو ما حوله لكنها مع ذلك تظل ظنية عند تعدد أصحاب البصمات على الشيء الواحد أو وجود صاحب البصمة قدراً في مكان الجريمة قبل أو بعد وقوعها أو غير ذلك من أوجه الظن المحتملة " أنظر قرار المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الخامسة عشرة، مكة المكرمة بتاريخ 31/10/1998م، نقلاً عن بحث الدكتور عمر السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، ص47.

والقريئة ليست من ضمن هذه الوسائل، وعليه فلا يجوز للقاضي أن يحكم بها، ومن ثم فقريئة البصمة الوراثية تنحصر في تقديم المساعدة للقاضي في إثبات الجرائم، بالوسائل المتفق عليها وهي الإقرار والشهادة فقط، مما يعني أنهم اشترطوا للحكم بها أن يعاضدها إقرار أو شهادة للعمل بها، أما إذا كانت قريئة البصمة الوراثية مفتقرة للإقرار والشهادة فإن العمل بها في هذه الحالة غير ممكن.⁽¹⁾

لأن البصمة الوراثية دليل مادي لتحديد هوية الشخص والعلاقة بينه وبين آثاره. أما تحديد هوية الشخص بالبصمة الوراثية فلا شأن له بنسبة الجريمة التي يجب بها الحد إلى مرتكبها.

فإيجاد الصلة ما بين الأثر المتروك في مسرح الجريمة والبحث عن صاحبه بين المشتبه فيهم بالبصمة الوراثية، كما لو خلف المجرم بقعاً دموية أو منوية أو أثر لعاب على طابع بريد أو كوب ماء أو غير ذلك، فإنه يمكن بالبصمة الوراثية البحث عن صاحبها بمجهود ليس باليسير لكثرة أعداد المشتبه فيهم، ومع ذلك فبعد النجاح بالوصول إليه والإمساك به، فإننا لا نقطع بأنه المجرم الحقيقي لاحتمال أن يتصادف وجوده عقب الجريمة وترك أثراً وراءه ولا علاقة له حقيقة بالجريمة.⁽²⁾

(1) غنام، محمد غنام، دور البصمة الوراثية في الإثبات، بحث مقدم في مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، (2/492)، الزحيلي وهبة، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، (2/528)، الميمان، ناصر عبد الله، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، (2/599).

(2) هلال، سعد الدين، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، ص434.

ولأن دلالة البصمة الوراثية دلالة ظاهرة وليست قطعية⁽¹⁾، ويتعارض الأخذ بحجية البصمة الوراثية بقاعدة دراء الحدود بالشبهات، والشبهة في قرينة البصمة موجودة، فلا يعني وجود بصمة إنسان في مسرح الجريمة أنه القاتل أو السارق أو نحو ذلك.⁽²⁾

ولم يسلم هذا الفريق بأن دلالة الشهود أضعف من دلالة القرائن، بناء على أن الشهود يخبرون بما وقع أمامهم، ونظراً لعدالتهم، فإن غالب الظن فهميم هو الصدق بما أخبروا به،⁽³⁾ أما البصمة الوراثية فإنها لا تفيد سوى وجود صاحبها في هذا المكان، لكنها لا تفيد يقيناً بحدوث الجريمة من صاحب البصمة، لاحتمال أن يكون وجوده في محل الجريمة لأمر آخر، أو كان قبل وقوع الجريمة أو بعدها.⁽⁴⁾

فدلالة البصمة الوراثية عند هؤلاء تنحصر في كونها دليل يساعد القاضي في الوصول إلى مرتكب الجريمة بالطرق المقررة والمتفق عليها كالشهادة والإقرار فقط، بمعنى أنهم قيدوا للعمل بها أن يعزز مدلولها شهادة أو إقرار، فإذا لم يكن ذلك، أو لم يعزز مدلولها قرائن قوية مجردة ففي هذه الحالة لا يجوز العمل بها ولا الاعتماد عليها.⁽⁵⁾

(1) التركماني، عدنان خالد، (1414هـ - 1993م)، المعايير الشرعية والنفسية في التحقيق الجنائي، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، (266-256/2).

(2) العمر، محمد راشد، أصول التحقيق الجنائي، ص550.

(3) عثمان، محمد رأفت، (1410هـ - 1989م) النظام القضائي في الفقه الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت، ص235.

(4) أبو الوفاء، محمد أبو الوفاء إبراهيم، البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، ص333.

(5) الميمان، ناصر عبد الله، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، (599/2)، غنام، محمد غنام، دور البصمة الوراثية في الإثبات، (492/2).

وقالوا إن البصمة الوراثية لا تزال حتى الآن في طور التجربة والاختبار ويعترف الخبراء باحتمال أن يعتربها الخلل من الناحية الفنية أثناء إجراء التحليل ومن ثم لم يتفق عليها حتى في محاكم الدول التي اكتشفتها.⁽¹⁾

المنافشة والترجيح

من خلال استعراض آراء الفقهاء المعاصرين نلاحظ أنها بين التساهل المخل والتشدد المضر، فنجد أن القائلين بجواز الاحتجاج بالبصمة الوراثية في جرائم الحدود اعتبروها وسيلة مستحدثة من وسائل الإثبات الجنائي، فرفعوا من قدرها في مجال الإثبات وجعلوا منها قرينة يقينية لا تقبل التشكيك حتى لو قامت شبهة على البراءة، إلا إذا اثبتت الشبهة المدعاة، وإلا وجب القضاء بما تدل عليه البصمة الوراثية، وهذا القول يتخرج على مذهب المالكية القائلين بجواز القضاء بالقرائن القوية في الحدود، مثل قرينة الحمل على إثبات جريمة الزنا، واشترطوا على المرأة التي تدعي شبهة أن تثبت صحة الشبهة التي تدعيها. وفي الطرف الثاني نجد فريقاً آخرًا قلل من دور البصمة الوراثية، وجعلوا دورها محصوراً وضيقاً فجعلوا دورها مقصوراً على التحقيق الجنائي الذي يهدف من وراء الاعتماد على هذه القرينة الحديثة الضغط على المتهم وحمله على الاعتراف، أو شهادة الشهود على ارتكاب الجريمة، وهذا القول يتخرج على قول الفقهاء القدامى القائلين بعدم جواز العمل بالقرائن في إثبات جرائم الحدود سواء كانت هذه القرائن قوية أو ضعيفة في الدلالة على الجرم والاقتصار فقط على الوسائل المنصوص عليها والتي حددها الشرع وهي الإقرار والشهادة.

ويمكن أن نجمع ونتوسط بين القولين السابقين فنرجح جواز العمل بالبصمة الوراثية في إثبات الجرائم لأن دلالتها دلالة قوية على الإثبات والنفى، شريطة أن تكون دلالتها دلالة قوية على اقتراح الجريمة من قبل المتهم وذلك

(1) عثمان، إبراهيم أحمد، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية،

بأن يعضدها مستند آخر من إقرار أو شهادة، أو شواهد حال، أو قرائن أخرى تعضد منها، وهذا لأجل أن يكون حكم القاضي الصادر لا يعتريه أي شبهة، وأن يكون حكماً يقنياً، فالبصمة الوراثية تثبت بيقين هوية صاحب الأثر، لكنها ظنية عند تعدد أصحاب البصمات على الشيء الواحد، أو وجود صاحب البصمة قدراً في مكان الجريمة قبل أو بعد وقوعها، أو غير ذلك من أوجه الظن المختلفة، فالتطابق في البصمة الوراثية لا يُعد قرينة على ارتكاب المتهم للجريمة أيّاً كان نوع الجريمة، بل تُعد قرينة قوية في تحديد الشخصيات المشتبه فيها، ولهذا فقرينة تطابق البصمة الوراثية مجردة ودون مساندة غيرها غير قادرة على تحديد الفاعل إلا إذا حف بها قرائن أخرى أو شواهد حال تساندها ولم يستطع المتهم دفعها فإنها تكون حجة في هذه الحالة. كذلك عدم التطابق الجيني لا يُعد قرينة على عدم ارتكاب المتهم للجريمة⁽¹⁾ ففي دعوى الاغتصاب أو دعوى الزنا إذا تم فحص الإفرازات الموجودة بمهبل المرأة للكشف عن البصمة الوراثية، واتضح أن هذه الإفرازات المنوية تخص الشخص المشتبه فيه، لا يمكن إثبات جريمة الزنى لأن وجود الماء وحده لا يعد دليلاً على الزنا، إذ الإيلاج شرط لإثبات جريمة الزنا، فربما يكون ماء الرجل دخل إلى المهبل من غير إيلاج، أما إذا أثبت فحص البصمة الوراثية أن الإفرازات المنوية التي وجدت بمهبل المرأة تخص المشتبه فيه، ووجد كذلك بقضيب المشتبه فيه إفرازات مهبلية تثبت بفحص البصمة الوراثية أنها تخص مهبل المرأة ذاتها فإن الجريمة في هذه الحالة تكون ثابتة بدون شك إذ ثبت الإيلاج علمياً، ولا يمكن أن تكون هذه الإفرازات لأشخاص متعددين.

وإن كان وجود المادة المنوية للشخص المتهم بالاغتصاب على فرج المرأة ليس دليلاً قطعياً بارتكاب الزنا، إلا أنها تدعو إلى التحقيق مع المتهم،

(1) مصطفى، مضاء منجد، دور البصمة الجينية في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي،

واتخاذ الإجراءات اللازمة لحمله على الاعتراف، وإذا عرف بالفجور والفساد في هذه الحالة يمكن تعزيره حتى ولو لم يعترف لأن التعزير يثبت بهذه القرينة، وعلى القاضي أن يسأل المتهم عن مدى صدق التهمة الموجهة إليه، وعن سبب وجود هذه المادة،⁽¹⁾ وإذا وجدت البصمة في مسرح الجريمة، ولم يستطع المتهم أن يذكر سبباً مشروعاً لوجودها، ولم توجد أدلة قوية على نفي حضوره لمسرح الجريمة، فإن هذا يعد لوثاً في جريمة القتل يوجب القسامة، لاسيما إذا تقوى هذا اللوث بوجود العداوى بين المقتول والمتهم، أو كان المتهم من ذوي السوابق في الإجرام⁽²⁾، ويعتبر هذا كافياً على الاتهام، لكن لا يثبت به الحد على المتهم بل يتخذ معه كافة الإجراءات كحبسه والتحقيق معه حتى يعترف ويتبين حقيقة تلك الآثار في حالة إذا كان معروفاً بالفسق والفجور.⁽³⁾

وكذلك يمكن إثبات جريمة الزنى بالبصمة الوراثية إذا ثبت وفق القواعد أن الطفل الذي أنجبته الزوجة لا يمكن أن يكون لزوجها.⁽⁴⁾ فإذا حفت بالقضية ما يسندها من قرائن وشواهد الأحوال، أقنعت القاضي وجاء ما يؤكد قطعية النتائج فالقول بحجية البصمة الوراثية ليس بعيداً عن الحق أو مجاناً للصواب،

وفي هذا يقول ابن القيم " والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الإمارات ودلائل الحال، ومعرفة شواهد، وفي القرائن الحالية والمقالية كجزئيات وكليات الأحكام، أضاع حقوقاً كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه وسائر

(1) العمر، محمد راشد، أصول التحقيق الجنائي في الشريعة الإسلامية، ص 556-557.

(2) يوسف، عبد الحسيب، ط 1، (1407 هـ - 1987 م)، القاضي والبينة، مكتبة المعلا، الكويت، ص 471.

(3) العمر، محمد راشد، أصول التحقيق الجنائي في الشريعة الإسلامية، ص 551.

(4) عثمان، إبراهيم أحمد، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية، ص 25.

أحواله، فهنا نوعان من الفقه، لا بد للحكام منهما: فقه في أحكام الحوادث الكونية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به بين الصادق والكاذب، والمحق والمبطل، ثم يطابق بين هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع".⁽¹⁾

وهذا يعني أنه في حالة انفراد البصمة الوراثية مجردة عن شواهد الحال، ولا يوجد ما يسندها في الحكم من إقرار أو شهادة أو عدم وجود قرائن قوية تعضد منها فإنه لا يجوز العمل بها والحالة هذه، لأن البصمة قد تكون وضعت في مسرح الجريمة لتوريط المتهم، وقد يكون حضر بعد الجريمة أو قبلها، أو قد يكون جاء لنجدة المجني عليه أو إسعافه إلى غير ذلك من الاحتمالات التي تنفي قطعية إثبات الجريمة على المتهم ولما كانت براءة الذمة ثابتة بيقين، واليقين لا يزول بالشك فإن البصمة الوراثية وحدها لا تكفي لإزالة أصل البراءة الثابت باليقين.⁽²⁾

فلا بد للبصمة الوراثية وأن تحف بها قرائن حال، أو أن يسندها شهادة أو إقرار، وألا يقتصر عليها وحدها حتى تكون حجة يجوز العمل بها. إلا أنه يمكن الاكتفاء بدلالة البصمة الوراثية مجردة وإقامة عقوبة التعزير بشرط ألا توجد شبهة قائمة في ركن من أركان الجريمة، أو في انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للمتهم، أو ألا تكون الشبهة قائمة في ثبوت الجريمة.⁽³⁾

(1) الطرق الحكمية، ص5.

(2) أبو الوفاء، محمد أبو الوفاء إبراهيم، البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، ص334.

(3) عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي، (1/214-215).

الخلاصة

إذا وجدنا تطابقاً بين عينات البصمة الوراثية الموجودة في مسرح الجريمة أو المأخوذة من المجني عليه مع العينات الموجودة على المتهم، فإنها تدل على ارتكاب المتهم للجريمة في الحالتين التاليتين

إذا قادنا هذا التطابق ومن خلال التحقيق مع المتهم إلى اعتراف المتهم، أو قادنا إلى العثور على شهود، أو قادنا إلى شواهد حال قوية تدل على ارتكاب المتهم للجريمة، ولم توجد شبهة يدرأ الحد بها ففي هذه الحالة تثبت الجريمة، وتكون قرينة البصمة هي قاعة القاضي للفاعل.

• أن توجد شواهد أحوال موافقة بمجموعها مع التطابق الجيني، واقتنع القاضي بها، ولم يستطع المتهم دفعها فيمكن وقتها إثبات الجناية على المتهم.

أما إذا كان العكس بمعنى ألا يدعم التطابق الجيني حصول اعتراف من قبل المتهم أو شهادة شهود، أو شواهد أحوال قوية تدل على ارتكاب الجريمة، أو استطاع المتهم أن يجيب على هذا التطابق في البصمة الوراثية، بأن قدم ما يبرر ذلك، أو استطاع أن يجيب على شواهد الأحوال ضده، واستطاع أن يقنع القاضي بكل ذلك، فإن دلالة البصمة الوراثية في هذه الحالة لا تكون حجة.

وأن تقدير كل الأدلة من عدمها يرجع إلى القاضي، فإذا حصلت للقاضي القناعة بما ثبت بالبصمة الوراثية بمفردها فله الحكم بمقتضاها، وإن لم تحصل له القناعة فله أن يطلب أدلة أخرى تقويها، وهو مقتضى مبدأ حرية القاضي في الإقناع وهو الراجح في باب التعزير، وهو المعمول به في معظم القوانين الوضعية⁽¹⁾.

(1) بوساق، الاستخدام الشرعي والقانوني للوسائل الحديثة، ص 112.

التوصيات

بعد دراسة استخدامات التكنولوجيا الحيوية حيث تناولنا من خلال هذا البحث البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي من الناحية الشرعية توصل الباحث من خلال هذه الدراسة إلى التوصيات الآتية

- حتمية عقد العديد من المؤتمرات التي تتناول موضوعات التكنولوجيا الحيوية والبصمة الوراثية.
- يجب أن يتم قراءة البصمة الوراثية من قبل متخصصين والخبراء الراسخين في الجينوم والتكنولوجيا الحيوية.
- يجب أن يتم تحليل الحمض النووي في المعامل والمختبرات المختصة والرسمية التابعة للدولة والتأكد التام من سلامة العينات من التلوث واختلاطها بغيرها وعدم تبديل العينات عمداً أو سهواً.
- يجب الالتزام بالضوابط العالمية والأخلاقية في إجراء اختبارات البصمة الوراثية.
- ضرورة تطوير التشريعات القانونية بما يتلاءم مع تطور الجريمة.
- اعتبار البصمة الوراثية دليل وقرينة في إصدار العقوبات الجزائية، بشرط أن تضبط بالضوابط الفنية والشرعية.
- ضرورة إعداد وتطوير رجال الشرطة القضائية وتأهيلهم ليتمكنوا من الاستفادة من التطور في الكشف عن الجرائم الحديثة.

قائمة المراجع

- القرآن الكريم.
- ابن أبي شيبة، أبو بكر، المصنف في الأحاديث والأثر. تحقيق: كمال يوسف الحوت. الرياض، مكتبة الرشد، 1409هـ.
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب، د.ت، الطرق الحكمية، دم، مكتبة دار البيان.
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب، إعلام الموقعين عن رب. العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، بيروت، دار الكتب العلمية، (1411هـ-1991م).
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، د.ت، فتح القدير، بيروت، دار الفكر.
- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم، السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية السعودية، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، 1418هـ.
- ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد، مسند الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، دم، مؤسسة الرسالة، (1421هـ-2001م).
- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، المقدمات الممهديات. بيروت، دار الغرب الإسلامي، (1408هـ-1988م).
- ابن عبد البر. أبو عمر يوسف بن عبد الله النميري، الكافي في فقه أهل المدينة، السعودية، مكتبة الرياض الحديثة، (1400هـ-1980م).
- ابن قاسم، عبد الرشيد محمد أمين، (الأربعاء 28 ربيع الثاني، 1425هـ الموافق 16 يونيو 2004م)، "البصمة الوراثية" موقع الإسلام. اليوم <http://www.islamtoday.net/nawafeth/artshow-86-3866.htm>

- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم. تحقيق: سامي محمد سلامة، د.م: دار طيبة للنشر والتوزيع، (1420هـ-1999م).
- ابن ماجه، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، د.ت، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء الكتب العربية.
- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، الطبعة الأولى، لسان العرب، بيروت: دار صادر، (1414هـ-1990م).
- أبو الوفاء، محمد إبراهيم، "مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي" بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون". (22 - 24 مايو 2002م).
- أبو زهرة، محمد، د.ت، الجريمة، مصر، دار الفكر العربي.
- أحمد، فؤاد عبد المنعم، "البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون"، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون. الإمارات، في الفترة من: (5-7 مايو)، (1423هـ-2002م).
- الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، بيروت، المكتب الإسلامي، (1405هـ-1985م).
- الألباني، محمد ناصر الدين، ضعيف سنن أبي داود، باب في الرجل يتزوج المرأة فيجدها حبلى، الكويت، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، 1423م.
- الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، د.ت، أسنى المطالب، د.م، دار الكتاب الإسلامي.
- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب التجيبي القرطبي، المنتقى شرح الموطأ، مصر، مطبعة السعادة، 1332هـ.
- البار، محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، السعودية، الدار السعودية للنشر والتوزيع، (1420هـ-1999م).
- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر، د.م، دار طوق النجاة، 1422هـ.

- البهوتي، منصور بن يونس، د.ت، الروض المربع شرح زاد المستقنع، خرج أحاديثه عبد القدوس محمد نذير، دم، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة.
- بوساق، محمد المدني، موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، (1429هـ - 2008م).
- بيتر، وليام، الهندسة الوراثية، ترجمة أحمد مستجير، منشورات مهرجان القراءة للجميع، 2000م، أبو البصل، عبد الناصر، الهندسة الوراثية من منظور شرعي، الأردن: طبعة دار النفائس، 2001م.
- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي الخُسروردي الخرساني، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، بيروت، لبنان، (1424هـ - 2003م).
- التركماني، عدنان خالد، المعايير الشرعية والنفسية في التحقيق الجنائي، الرياض، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، (1414هـ - 1993م).
- الجمل، عبد الباسط محمد، موسوعة تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة بصمة الحامض النووي، المفهوم والتطبيق، مصر، دار الفكر العربي، 2000م.
- الجندي، إبراهيم صادق، والحسيني، حسين، "الفحص الجيني ودوره في قضايا التنازع على النسب وتحديد الجنس"، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، بدولة الإمارات، ج2، 2002م.
- حسونة، بدرية عبد المنعم، شرح قانون الإثبات الإسلامي السوداني وتطبيقاته القضائية، الرياض، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، (1420هـ - 2000م).
- الخياط، عبد القادر، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، "مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون"، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002م.

- الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم سليبي، عبد اللطيف حزان، أحمد برهوم، بيروت، مؤسسة الرسالة، (1424هـ-2004م).
- دبور، أنور، القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، القاهرة، دار الثقافة العربية، (1405هـ-1985م).
- دوكتور، ريتشارد، ترجمة: د. مصطفى إبراهيم فهمي، الجديد في الانتخاب الطبيعي (بيولوجيا)، مصر، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2002م.
- الديرشوي، محمد جنيد، القضاء بقرائن الأحوال، دمشق، دار الحافظ، 1998م.
- الرويشد، علي بن مد الله، الإثبات في الدعوى الجنائية بالقرائن وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، دمشق، دار الشادي، (1421هـ-2000م).
- الريسوني أحمد، د.ت، نظرية التقريب والتغليب، دم، دن.
- الزرقاني، محمد عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، القاهرة، مكتبة الثقافة الدينية، (1424هـ-2003م).
- السقا، السيد سلامة، "الصراع بين العلم والجريمة"، مجلة منار الإسلام، (العدد الأول)، محرم (1418هـ-1999م).
- سلامة، محمد عبد الرحمن، "البصمة بين الإعجاز والتحدي"، مجلة العلم، العدد 365، مايو، 2006م.
- الصغير، جميل عبد الباقي، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية، مصر، 2002م.
- صفوت، أحمد محمد، د.ت، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي، دم، دن.
- الصنعاني، عبد الرزاق أبو بكر بن همام الحميري، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، 1403هـ.

- الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، رقم الحديث 10716، القاهرة: مكتبة ابن تيمية، (1415هـ-1994م).
- طوير، إلهام محمد علي، الشبهة وأثرها في الحدود والقصاص أطروحة ماجستير مقدمة لجامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين، 2008م.
- عابد، عبد الحافظ عبد الهادي، الإثبات الجنائي بالقرائن دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991م.
- عارف، علي عارف، القرائن ومدى حجيتها في الفقه الإسلامي، كوالالمبور، دار التجديد (1422هـ-2002م).
- عبد الدائم، حسني محمود، البصمة والوراثية ومدى حجيتها في الإثبات الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2008م.
- عبد الوهاب، أبو محمد عبد الوهاب بن علي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: أبي أويس محمد بوخبزة الحسني التطواني، بيروت، دار الكتب العلمية، (1425هـ-2004م).
- العبودي، محسن، " القضاء وتقنية الحامض النووي"، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، المنعقد في الرياض للفترة (2-4 ذي القعدة 1428هـ الموافق 12-14 نوفمبر 2007م).
- عثمان، إبراهيم أحمد، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية"، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، الرياض: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، (12-14 نوفمبر 1428هـ-2007م).
- عثمان، محمد رأفت، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، الكويت: مكتبة الفلاح، (1410هـ-1989م).
- العمر، محمد راشد، أصول التحقيق الجنائي في الشريعة الإسلامية، دمشق: دار النوادر، (1429هـ-2008م).

- عودة، عبد القادر، د.ت، التشريع الجنائي الإسلامي، بيروت، دار الكتب العلمية.
- غنيم، كارم السيد، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، القاهرة. دار الفكر العربي، (1418هـ-1998م).
- الفايز، إبراهيم محمد، د.ت، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، الرياض، مكتبة أسامة.
- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بو خبزة، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994م.
- القرافي، ابو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق، بيروت، دار الكتب العلمية، (1418هـ-1998م).
- كافلي، لويجي لوقا، الجينات والشعوب واللغات، ترجمة د، أحمد مستجير، د. م، مكتبة الأسرة، 2004م.
- الكعبي، خليفة علي، البصمة الوراثية وآثارها على الأحكام الفقهية، القاهرة، دار النفائس، 2006م.
- ماير، إرنست، هذا هو علم البيولوجيا، ترجمة: د.عفيفي محمود الكويت، عالم المعرفة، 2002م.
- المجمع الفقهي، "البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها" الدورة السادسة عشرة، القرار السابع، مكة المكرمة، (21-26 شوال 1422هـ-5-10 يناير 2002م).
- مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مصر، مجمع اللغة العربية، 1989م.
- مجموعة من أهل اللغة، المنجد في اللغة والأعلام، إشراف المكتبة الكاثوليكية، الطبعة الثالثة والثلاثون، بيروت، دار المشرق، 1992م.
- المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، د.ت، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، د.م، دار إحياء التراث العربي.

- مرسي، عبد الواحد إمام، البصمة الوراثية ورياح التغيير في مجال الكشف عن الجرائم، "البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون" مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، الإمارات، في الفترة من (5-7 مايو 1423هـ - 2002م).
- مسلم، بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، د.ت، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- مصطفى، مضاء منجد، دور البصمة الجينية في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، (1428هـ - 2007م).
- منتصر، خالد، "حكاية الـ DNA من ملابس مونيكا حتى شعر صدام حسين شبكة المعلومات (الأنترنت)"، منتدى كلية الحقوق، (22/نوفمبر/2012م).
<http://www.law-uni.net/la/showthread.php?t=17285>
- المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، المنعقد في الفترة من (23-25 جمادى الآخرة 1419هـ - 13-15 أكتوبر 1998م).
- المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم، التاج والإكليل لمختصر خليل، بيروت، دار الكتب العلمية، (1416هـ - 1994م).
- الميثاق الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية والصحية، إشراف وتقديم عبدالرحمن العوضي، تحرير: أحمد رجائي الجندي، الكويت، مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، (1426هـ - 2005م).
- الميمان، ناصر عبد الله، "البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب، الشرعي والنسب"، أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بالإمارات، (5-7 مايو 2002م).
- نبيل كيفلس، وليوي هود، الشفرة الوراثية للإنسان القضايا العلمية والاجتماعية لمشروع الجينوم البشري، ترجمة د، أحمد مستجير سلسلة عالم الكتب الكويتية، العدد (217)، 1997م.

- هلالى، سعد الدين مسعد، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، جامعة الكويت، (1421هـ – 2001م).
- هلالى، عبد اللاه أحمد، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، (رسالة دكتوراه) القاهرة: دن، 1987م.
- يوسف، عبد الحسيب، القاضي والبيئة، الكويت، مكتبة المعلا، (1407هـ – 1987م).

طبيعة الإبراء من الدين

(دراسة فقهية مقارنة)

د. علي أحمد شكورفو(*)

كلمة شكر

إنه لمن دواعي الغبطة والسرور أن يكون سؤال أحد الطلاب موضوعاً لورقة بحثية، وهو ما جسده هذه الورقة، فالفضل في إعدادها يرجع لله أولاً، ولأحد طلابنا بكلية القانون مصراته الذي تقدم لنا بالسؤال التالي: كيف يكون الإبراء من الدين تصرفاً بإرادة منفردة، وهو لا يتم إلا بقبول المدين وعدم رده له؟

هذا السؤال أثار فينا رغبة البحث في تأصيل هذا الموضوع، فدعانا إلى الرجوع إلى بعض الكتب في الفقهين الشرعي والقانوني باحثين عن إجابة لهذا السؤال، وكان حصيلة ذلك الخروج بهذه الورقة البحثية المتواضعة. فإذا كان الاعتراف بالحق فضيلة فإن إسداء الشكر لمن يستحقه فريضة، فالشكر لهذا الطالب الذي كان لسؤاله بالغ الأثر في إعداد هذه الورقة البحثية.

مقدمة

الحمد لله الباقي على الدوام، والصلاة والسلام على خير الأنعام سيدنا محمد وعلى آله وصحبه في كل زمان ومكان.
وبعد،،،

(*) عضو هيئة التدريس بقسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة مصراته.

ينشأ الحق الشخصي أو الالتزام من مصادر متعددة هي: العقد، والفعل الضار "المسؤولية التقصيرية، والفعل النافع "الإثراء بلا سبب"، والإرادة المنفردة، والقانون.

ومتى نشأ الالتزام، ثبت الحق للدائن في اقتضاء موضوعه، ويتعين على المدين الوفاء به، والحق الشخصي أو الالتزام لا بد له أن يزول في لحظة ما، ولا يجوز أن يبقى مُتَقَلًّا كاهل المدين إلى الأبد؛ لما في ذلك من مساس بالحرية الشخصية، خلافاً للحق العيني الذي يمكن أن يكون مؤبداً بطبيعته كحق الملكية مثلاً.

والأسباب التي ينقضي بها الحق الشخصي أو الالتزام متعددة كأسباب نشوءه، تتناول أحكامها القانون المدني الليبي في المواد من 310 إلى 375 وهي: الوفاء، الوفاء بمقابل، التجديد، الإنابة في الوفاء، المقاصة، اتحاد الذمة، الإبراء، استحالة التنفيذ، التقادم.

هذه أسباب انقضاء الالتزام في القانون الليبي بوجه عام، سنقصر موضوع هذه الورقة على الإبراء كسبب من أسباب انقضاء الالتزام، بل إننا لن نتناول أحكام الإبراء بشكل عام، حيث اخترنا طبيعة الإبراء هدفاً لهذه الدراسة دون الخوض في بقية أحكام هذا الموضوع؛ لتباين مواقف الفقه والتشريعات فيها.

فقد تباينت آراء فقهاء القانون وأساتذته في كيفية إتمام الإبراء فذهب بعضهم إلى اعتبار الإبراء من الدين تصرف من جانب واحد يتم بإرادة منفردة، في حين ذهب البعض الآخر إلى اعتبار الإبراء من الدين تصرف من جانبين يتم بإيجاب من الدائن وقبول من المدين.

وهذا ما تبنته التشريعات المدنية فبعضها نص على أن الإبراء تصرف من جانب واحد، والبعض الآخر نص على أن الإبراء تصرف من جانبين بمعنى "عقد".

ولم تكن نشأة هذا التباين وليدة النصوص القانونية والآراء الفقهية الحديثة؛ بل وجدنا صدى هذا الاختلاف في كتب الفقه الإسلامي حيث عَرَفَ الفقهاء هذا التباين منذ أمد بعيد.

وسعيًا منا لربط الحاضر بالماضي، اخترنا منهج الدراسة المقارنة منهجاً بحثياً لهذه الورقة البحثية، حيث نتناول الموضوع من خلال المنظورين الفقهي الإسلامي، والفقهي القانوني، ولا ندعي أن ما جاء في ثنايا هذه الدراسة من جهدنا فحسب؛ بل هو خلاصة لإظهار آراء الفقهاء ممن تعمقوا في الفقه الإسلامي وفقه القانون الوضعي فلهم فضل السبق في ذلك.

ولا شك أن دقة الموضوع وتشعبه تقتضي منا الاعتراف بأن محاولتنا هذه ما هي إلا خطوة متواضعة على طريق البحث العلمي، نأمل أن تفتح لباحث آخر طريقاً.

ولا يخفى على المختصين ما يلقاه الباحث في بطون كتب الفقه الإسلامي من مشاق؛ لما تتسم به من خاصية في التراكيب اللغوية تبدو عصية على الفهم في عصرنا الحاضر، فننقد لمحدوديتنا الإلمام بها والعلم بمعانيها، فقد بالغ الفقهاء في الإيجاز حد الألباز، وفي أسلوبهم غالباً من الغموض والابهام عقبات يكبو فيها جواد الافهام؛ غير انه رغم هذه الصعاب لم ينل من حدة إصرارنا عائق ولم نظن على هذا البحث المتواضع بوقت أو جهد ليخرج في هذه الصورة، ورأينا أن تكون دراسة هذا الموضوع وفقاً للخطة البحثية التالية:

المطلب الأول: مفهوم الإبراء من الدين:

الفرع الأول: تعريف الإبراء من الدين لغةً واصطلاحاً.

الفرع الثاني: تعريف الإبراء من الدين في الفقه القانوني.

المطلب الثاني: الطبيعة العقدية للإبراء من الدين.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من الطبيعة العقدية للإبراء من الدين.

الفرع الثاني: موقف الفقه القانوني من الطبيعة العقدية للإبراء من الدين.

المطلب الثالث: الطبيعة غير العقدية للإبراء من الدين.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من الطبيعة غير العقدية للإبراء من الدين.

الفرع الثاني: موقف الفقه القانوني من الطبيعة غير العقدية للإبراء من الدين.

— ونذيل الدراسة بخاتمة تحتوي نتائجها.

المطلب الأول

مفهوم الإبراء من الدين

الإبراء من الدين طريق من طرق انقضاء الالتزام دون وفاء، فهو تصرف من التصرفات القانونية التي تنتج أثراً، يتمثل في سقوط الدين وملحقاته وتوابعه وتأميناته الشخصية كالكفالة والعينية كالرهن؛ ذلك أن سقوط الأصل يستتبع سقوط الفرع⁽¹⁾، غير أنه إذا اقتصر الإبراء على التزام الكفيل فلا تبرأ ذمة المدين؛ لأن سقوط الفرع لا يستتبع سقوط الأصل، أما إذا اقتصر الإبراء على أحد الدائنين المتضامنين فإن الدين ينقص بمقدار حصة هذا المدين، أما باقي الدين فيظل قائماً في ذمة المدينين المتضامنين الآخرين⁽²⁾. وإذا أبرأ المدين فإن ذمة الكفيل تبرأ من هذا الدين بالتبعية⁽³⁾.

ولمعرفة مفهوم الإبراء من الدين يقتضي بيان تعريفه لغة واصطلاحاً

وتعريفه عند فقهاء القانون، وهذا ما نتناوله تباعاً في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعريف الإبراء من الدين لغة واصطلاحاً.

الفرع الثاني: تعريف الإبراء من الدين في الفقه القانوني.

(1) د. محمد علي البدوي الأزهرى، "النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام"، ط2،

2010م، دن، ص244.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، ج3، ط1958م، مكتبة

النهضة المصرية، ص962.

(3) د. محمد بن حسين الشامي، "النظرية العامة للالتزام في القانون المدني اليمني"، ج2،

أحكام الالتزام، ط4، 1997م، مكتبة الجيل الصاعد، صفاء، ص245.

الفرع الأول: تعريف الإبراء من الدين لغة واصطلاحاً

نتناول أولاً تعريف الإبراء من الدين في اللغة، وثانياً تعريف الإبراء من الدين اصطلاحاً في الفقرتين التاليتين:

أولاً: تعريف الإبراء من الدين لغة:

الإبراء من الدين في اللغة: أصل تركيب البرء بخلوص الشيء من غيره إما على سبيل النقص كبرء المريض من مرضه، والمديون من دينه، أو الأناء كبرء الله آدم من الدين، وهو بمعنى المسامحة والإسقاط فيقال برء من الدين وأبره من الدين، وبرأه تبرئة: سامحه وأسقطه عنه، فهو براء منه، وأبرأته جعلته بريئاً من حقي، وبرأته صححت براءته⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف الإبراء من الدين اصطلاحاً:

عرّف الفقهاء الإبراء من الدين تعريفات عديدة كل حسب فهمه له من حيث اعتباره إسقاطاً أو تمليكاً أو إسقاطاً فيه معنى التمليك أم أنه تمليك فيه معنى الإسقاط.

فعرّفه الحنفية بأنه "إسقاط وهبة الدين ممن عليه الدين"⁽²⁾، وعرّف عندهم أيضاً بأنه "حط وتنزيل قسم من الحق الذي في ذمة شخص أو كله"⁽³⁾. فالإبراء عند الحنفية تمليك على وجه واسقاط على وجه⁽⁴⁾؛ لأن الإبراء

(1) ابن منظور، لسان العرب، ط1، د.ت، دار صادر، بيروت، ج1 مادة برأ، ص31، الزبيدي، تاج العروس، دن، د.ط، ج1، مادة برأ، ص145.

(2) الحموي، غمز عيون البصائر، شرح كتاب الأشباه والنظائر، ط1، 1405هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ج3، ص17.

(3) علي حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، تحقيق وتعريب فهمي الحسيني، ط1، 1991م، دار الكتب العلمية، بيروت، ج4، ص67.

(4) السرخسي، المبسوط، ط1406هـ، دار المعرفة، بيروت، ج24، ص65.

من الدين وإن كان اسقاطا فيه معنى التملك⁽¹⁾، ويقع الإبراء عندهم في الديون لأنه اسقاط ولا تكون العين محل اسقاط حيث إنها لا تسقط حقيقة، ولا يسقط ملك الملك عنها، فالإبراء عن الأعيان عندهم لا يصح؛ لأن الإبراء مُفْرَغٌ للذمة بعد اشتغالها، والإبراء عن الأعيان لا يصح لعدم ثبوتها في الذمة⁽²⁾.

والإبراء عند المالكية يعني "نقل الملك"⁽³⁾، فهو عندهم اسقاط ما يثبت في الذمة فلا يجري في الأعيان بخلاف الدين لأن الإبراء اسقاط والمعين لا يسقط⁽⁴⁾.

أما الشافعية فالإبراء عندهم "اسقاط ما في الذمة أو تملكه"⁽⁵⁾.

والإبراء عند الحنابلة "اسقاط حق وليس بتمليك"⁽⁶⁾.

هذا عن تعريف الإبراء من الدين عند فقهاء المسلمين، فماذا عن تعريفه عند فقهاء القانون؟ هذا ما نبينه في التالي:

(1) الكاساني، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، ط21، 1982م، دار الكتاب العربي، بيروت، ج7، ص187.

(2) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط1، د.ت، دار الكتب الوطنية، بيروت، ج2، ص19.

(3) الدردير، الشرح الكبير، تحقيق: محمد عيش، د.ط، د.ت، دار الفكر العربي، بيروت، ج3، ص378.

(4) القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد جبي، ط1، 1994م، دار الغرب، بيروت، ج1، ص256.

(5) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، د.ط، د.ت، دار الفكر العربي، بيروت، ج4، ص256.

(6) ابن قدامة، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ط1، دار الفكر العربي، بيروت، ج7، ص197.

الفرع الثاني: تعريف الإبراء من الدين في الفقه القانوني

عُرِّف الإبراء من الدين بأنه "نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل"⁽¹⁾، وعُرِّف بأنه "تصرف قانوني به ينزل الدائن عن حقه قبل مدينه دون مقابل"⁽²⁾.

وعُرِّف بأنه "نزول الدائن مختاراً عن الدين بدون مقابل، فهو اسقاط لالتزام المدين من صاحب الحق تبرعاً مما يحرر المدين من التزامه"⁽³⁾. يتضح من خلال التعريفات السابقة أن الإبراء من الدين تصرف قانوني ينزل به الدائن عن حقه من مدينه دون مقابل، فهو تصرف يتم على سبيل التبرع حيث إن الدائن يتنازل عن حقه فلا يقوم باستيفائه لا عيناً ولا بمقابل، بل إن إرادته تتجه إلى انقضاء الالتزام دون أي مقابل.

ولذا فإن الإبراء من الدين تصرف قانوني يأخذ حكم التبرع، ويشترط لصحته الشروط اللازمة لنفاذ أي تصرف قانوني من حيث الأهلية والمحل والسبب، فمن حيث الأهلية يشترط في المتبرع بالإبراء أن يكون كامل الأهلية بمعنى بالغاً سن الرشد لا تعترى أهليته أسباب انعدام الأهلية أو تعيُّبها⁽⁴⁾.

ومن حيث المحل يشترط في الإبراء من الدين أن يقع على دين أو التزام حال الحياة، فإذا كان مضافاً إلى ما بعد الموت لا ينفذ فيما زاد عن الثلث إلا بإجازة الورثة، ويأخذ حكم الوصية إذا كان الإبراء من الدين قد تم في مرض الموت⁽⁵⁾.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 962.

(2) د. محمد بن عبد القادر محمد، النظرية العامة للالتزام، ج 2، أحكام الالتزام، ط 2000، الشركة العامة للورق والطباعة، ص 482-483.

(3) د. محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 244.

(4) د. محمد بن حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 243.

(5) د. محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 245.

فالإبراء من الدين لا بد أن يقع على دين في الذمة معيناً أو قابلاً للتعيين، فالأصل أن الإبراء من الدين يقع على أي التزام إلا أنه لا يمكن أخذ هذه القاعدة والتسليم بها؛ حيث إن البطلان يشوب الإبراء من الدين إذا وقع على حقوق يمنع القانون التصرف فيها كحقوق الولاية والنسب، وحقوق الخزانة العامة كالضرائب فهذه الحقوق لا يمكن بحال أن يقع الإبراء من الدين عليها. أما من حيث السبب فلا بد أن يكون الإبراء مشروعاً وإلا كان الإبراء باطلاً⁽¹⁾.

ويمكن القول بأنه يشترط في الإبراء من الدين ما يُشترط في الهبات من أحكام موضوعية، لكن هل يشترط في الإبراء شكل معين؟ الإبراء من الدين هبة من الدائن لمدينه يشترط فيه ما يشترط في الهبات من أحكام موضوعية إلا أنه يعتبر هبة غير مباشرة، ومن ثم لا يشترط فيه شكل معين كما يشترط في الهبات المباشرة⁽²⁾، فلا يشترط في الإبراء أي شكل خاص ولو كان وارداً على دين اشترطت فيه الشكلية بموجب قانون أو اتفاق وفقاً لنص المادة (2/359) من القانون المدني⁽³⁾، إلا إذا كان الدائن قد أوصى بإبراء مدينه فيشترط إفراغه في الشكل الذين تستلزمه الوصية؛ لأن الإبراء هنا وصية فالدائن أوصى بإبراء مدينه ومن ثم تسري عليه أحكام الوصية الموضوعية والشكلية فيتعين إفراغه في الشكل الذي حدده القانون للوصية.

(1) د. محمد بن حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 244.

(2) د. محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 245.

(3) تنص المادة (2/359) من القانون المدني (ولا يشترط فيه شكل خاص، ولو وقع على

التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفاق عليه المتعاقدان).

المطلب الثاني

الطبيعة العقدية للإبراء من الدين

التزاماً بالمنهج البحثي الذي اعتمدهنا لهذه الدراسة فإننا نتناول موقف الفقه الإسلامي من الطبيعة العقدية للإبراء من الدين أولاً ثم نتناول موقف الفقه القانوني الوضعي من هذه الطبيعة، ثانياً من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من الطبيعة العقدية للإبراء من الدين

يذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى القول بأن الإبراء لا يصح دون قبول المبرأ وهو بذلك يظفي الصفة العقدية على الإبراء وهو قول محمد بن الحسن الشيباني وزفر من الحنفية حيث قالوا "لا يبرأ الغريم من الدين إلا أن يقبل البراءة"⁽¹⁾، وهو مذهب المالكية⁽²⁾ وقول للشافعية⁽³⁾. ويستند أنصار هذا الرأي على الحجج التالية:

- إن القول بصحة الإبراء دون قبول المبرأ فيه ضرر له لأنه يحمل معنى المنة من الدائن على المدين وقد لا تطاوعه نفسه بتحمل هذه المنة فيتضرر من هذا الإبراء⁽⁴⁾.
- قياس الإبراء على الهبة فكما أن الهبة تحتاج إلى قبول فالإبراء كذلك يحتاج إلى قبول⁽⁵⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج4، ص202.

(2) القرافي، الفروق، تحقيق: خليل المنصور 1418هـ، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ص202.

(3) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 1405هـ، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، ج4، ص251.

(4) القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج2، ص202.

(5) الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ص2، ص152.

• إن الإيجاب بالإبراء يرتد بالرد⁽¹⁾، ويعني ذلك أنه إذا أبرأ الدائن مدينه ووصل الإيجاب إلى علم المدين كان له أن يرده فيسقط بذلك الإيجاب الموجه إليه، وله أن يقبله صراحةً فينقضي الدين، ولكنه إذا سكت واقترن سكوته بما يفهم منه الرضا اعتبر سكوته قبولاً للإيجاب بالإبراء⁽²⁾.

هذا عن اتجاه الفقه الإسلامي الذي يتبنى الطبيعة العقدية للإبراء ويتطلب القبول لصحته، فهل هناك من يتبنى هذا الاتجاه من فقهاء القانون الوضعي والتشريعات المعاصرة؟ هذا ما نتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: موقف الفقه القانوني من الطبيعة العقدية للإبراء من الدين

يذهب جانب من الفقه القانوني الحديث إلى أن الإبراء من الدين تصرف قانوني من جانبين فهو اتفاق أو عقد كباقي العقود المدنية يشترط لنشوءه وصحته توافر شروط العقد خاصة ارتباط الإيجاب بالقبول⁽³⁾.

ويترتب على ذلك أن القبول إذا لم يرتبط بالإيجاب فإن الإبراء لا يتم ولا تبرأ ذمة المدين به وعليه فإن الإبراء لا يتم إذا مات الدائن أو المدين قبل القبول.

فالإبراء وفقاً لهذا الاتجاه لا يكون إلا اتفاقياً؛ لأنه عبارة عن هبة غير مباشرة، والهبة لا تكون إلا باتفاق؛ وحيث إن حق الدائنية رابطة ثنائية بين

(1) حيث جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، ص99، "فيطلب الإيجاب برد المدين لغلبة معنى التملك فيه".

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص203.

(3) د. عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام الالتزام في القانون الكويتي 1975م، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ص185، د. عبد الرزاق حسن فرج، الإبراء من الالتزام، دراسة مقارنة، ط1، 1976م، دن، ص18، أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام 1970م، دن، ص477.

شخصين، فإن طبيعته لا تقبل الخروج عن هذه الرابطة بالإرادة المنفردة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه إذا كان في نزول الدائن عن حقه بإرادته المنفردة مساساً بالمدين الذي قد تكون له مصلحة مادية أو أدبية في عدم فك رابطة الالتزام، فإن الإبراء لا يتم إلا بموافقه⁽¹⁾.

وقد تبنت بعض التشريعات العربية هذا الاتجاه مثل قانون الموجبات والعقود اللبناني، مجلة الالتزامات والعقود التونسية، حيث نصت المادة (338) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على (الإبراء من الدين أو تنازل الدائن عن حقوقه لمصلحة المدين لا يكون إلا بمقتضى اتفاق)، ونصت المادة (439) من نفس القانون على (الإبراء لا يخضع لقواعد الشكل المختصة بالتبرع ولو أجراه الدائن وفق أية منفعة تقابله لكنه يخضع في هذه الحالة لقواعد الأساس المختصة بالتبرع لا سيما ما يتعلق منها بأهلية أصحاب الشأن).

يتضح من خلال هذين النصين أن المشرع اللبناني تبنى اعتبار الإبراء من الدين اتفاق بين الدائن والمدين على أن يتنازل الأول عن حقه لمصلحة الآخر دون مقابل، وهو تصرف رضائي يتم دون حاجة لإفراغه في شكل معين مع ضرورة توافر الشروط الموضوعية المتعلقة بالتبرع.

ونصت المادة (350) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على: (ينقضي الالتزام بإسقاط اختياري من الدائن الذي له التبرع والإسقاط ماضٍ إلا إذا لم يقبله المدين قبولاً صريحاً).

فالإبراء وفقاً لهذا النص يتطلب لإتمامه عدم رفض المدين للإيجاب الموجه إليه رفضاً صريحاً فلا يكفي الرفض الضمني، وما يؤكد ذلك نص المادة (352) من نفس المجلة التي نصت على

(1) د. جلال العدوي، النزول عن الحقوق وغيرها، من مراكز القانون الخاص، بحث منشور

في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، س13، 1963 - 1964م، العددان 3، 4،

(تحصل البراءة بالإسقاط الناشئ عن اتفاق أو أي عقد تضمن إبراء المدين من الدين أو هبته إليه وقد تكون بالسكوت بناء على كل ما يدل دلالة صريحة على أن مراد الدائن ترك حقه وترجيح رسم الأصل⁽¹⁾ اختياراً من الدائن للمدين يُحْمَلُ على إسقاط الدين).

ويذهب جانب من الفقه إلى أن المشرع التونسي اتجه إلى اعتبار إعادة سند الدين الأصلي إلى المدين قرينة قانونية قاطعة على وقوع الإبراء بشرط أن يتم ذلك باختيار الدائن⁽²⁾.

المطلب الثاني

الطبيعة غير العقدية للإبراء من الدين

يذهب جانب من الفقه الإسلامي وكذلك بعض من فقهاء القانون الوضعي إلى القول بأن الإبراء ينقضي به الالتزام دون حاجة إلى قبول المدين وهذا ما نبينه تباعاً في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من الطبيعة غير العقدية للإبراء من الدين.

الفرع الثاني: موقف الفقه القانوني من الطبيعة غير العقدية للإبراء من الدين.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من الطبيعة غير العقدية للإبراء من الدين

يذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى القول بأنه لا يشترط لصحة الإبراء قبول المبرأ لأنه سواء كان تمليكاً أو إسقاطاً لا يتوقف على قبول المبرأ وهذا ما

(1) رسم الأصل تعني: السند الأصلي.

(2) د. مأمون الكزيري، "نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي،

ج2، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاءه، د.ت، د.ن، ص485.

ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾، وقول للمالكية⁽⁴⁾.

وقد ذهب هؤلاء جميعاً عدا الحنفية إلى أن الإبراء لا يرتد بالرد؛ لأن الالتزام إذا انتهى لا يمكن أن يعود مجدداً؛ لأن العودة تعني التزاماً جديداً ولا يكون ذلك إلا باتفاق، ولا يجوز الرد بإرادة واحدة.

أما الحنفية فإنهم وإن كانوا قد اتفقوا مع جمهور الفقهاء في أن الإبراء تصرف بإرادة واحدة؛ إلا أنه عندهم يرتد بالرد؛ لأنه ليس من المناسب عندهم أن يفرض الإبراء على المدين فرضاً فقد يكون غير راغب فيه أو يكون منةً يأبأها المدين لما قد يكون فيها من مساس بكرامته فيصر على الوفاء رغم رغبة الدائن في إبرائه⁽⁵⁾.

وقد استدل جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه من أن الإبراء تصرف من جانب واحد ويتم بإرادة منفردة على عدة أسانيد منها:

(1) قياس الإبراء على الإسقاط والتملك حيث إن كلا منها لا يحتاج إلى قبول⁽⁶⁾.

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، شرح كنز الرقائق، ط2، دار المعرفة، بيروت، د.ت، ج6، ص179.

(2) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، د.ط، دار الفكر، بيروت 977هـ، ج3، ص179.

(3) ابن قدامة، المغنى في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، 1405هـ، ط1، دار الفكر، بيروت، ج4، ص314.

(4) القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج2، ص110، 111.

(5) الشيباني، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، ط1، عالم الكتب، بيروت، د.ت، ج1، ص473.

(6) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص84، القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج2، ص202، ابن قدامة، المغنى مرجع سابق، ج7، ص97.

(2) قياس الإبراء على الطلاق والشفعة حيث إن كلا منهما إسقاط يفتقر إلى القبول⁽¹⁾.

هذا عن موقف الفقه الإسلامي من الطبيعة غير العقدية للإبراء من الدين، فماذا عن موقف فقهاء القانون الوضعي من هذه الطبيعة؟ هذا ما نتناوله في الفرع التالي:

الفرع الثاني: موقف الفقه القانوني من الطبيعة غير العقدية للإبراء من الدين

ذهب جانب من الفقه القانوني⁽²⁾ إلى القول بأن الإبراء يتم وينقضي به الالتزام، حيث يبرأ المدين بإعلان الدائن إرادته بالنزول عن حقه دون حاجة إلى قبول المدين، ولا يعني ذلك التزام المدين بالإبراء؛ حيث لا يستطيع التخلص منه بعد تمامه، بل يجوز له أن يرد هذا الإبراء إذا كان لا يرضيه، فيزول بذلك أثر نزول الدائن عن حقه قبل المدين ويعود الالتزام كما كان عليه قبل إيجاب الإبراء من الدائن بكل صفاته وضمائنه وقد تبنت العديد من التشريعات العربية هذا الاتجاه كالقانون المصري، والكويتي، والليبي.

(1) المراجع السابقة نفسها.

(2) أستاذنا د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام 1974، 1975م دن ص395، د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام 1981م، دار النهضة العربية ص324، د. سمير تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، دت ص543، د. مصطفى الزرقا، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزامات العامة (2) أحكام الالتزام في ذاته، دمشق 1964م، ص445، د. محمد على البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص244، د. محمد بن عبد القادر محمد، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص438.

حيث نصت المادة (371) من القانون المدني المصري على (ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده).

ونصت المادة (435) من القانون المدني الكويتي على (ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده، ولا يترتب على الرد إعادة الالتزام بما يلحقه من صفات، وما يتضمنه من تأمينات، وما يرد عليه من دفع).

ونصت المادة (358) من القانون المدني الليبي على (ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده).
ويلاحظ أن المشرع الليبي نقل نص المادة (358) حرفياً من القانون المدني المصري حيث جاءت متطابقة مع نص المادة (371) منه، ولا غرابة في ذلك فالقانون المدني المصري يعتبر مصدراً تاريخياً للقانون المدني الليبي من جهة، ومن جهة أخرى فقد شارك فقهاء القانون المصري في صياغة العديد من التشريعات الليبية بل وشارك العديد من القضاة المصريين القضاة الليبيين في الاشتغال بمرفق القضاء على اختلاف درجات التقاضي، وقد كان للجميع بالغ الأثر في مسيرة الفقه القانوني والقضاء في ليبيا⁽¹⁾.

وقد ذهب جانب من الفقه⁽²⁾ إلى القول بأن ما ذهب إليه المشرع في كل من مصر وليبيا بتبنيه الاتجاه القائل بأن الإبراء تصرف بإرادة واحدة ويرتد

(1) د. سعد سالم العسلي، التأمين من المسؤولية الطبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص 101-102.

(2) د. جمال الدين العطيفي "التقنين المصري، دن، 1949م، ج 2، ص 355، د. أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل، ط 1، دن، د.ت، ص 1036، د. حسنى نصار، القانون المدني مع شرح نصوصه، دار الكتب الجامعية، د.ت، ص 149، د. محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 244.

بالرد هو ما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية، إلا أننا لا نشاطرهم الرأي في ذلك. لأن ما تبناه المشرع في كل من مصر وليبيا في الواقع هو رأي فقهاء الحنفية الذين يقولون بأن الإبراء تصرف من جانب واحد ويرتد بالرد دون غيرهم من الآراء الفقهية التي انقسمت كما رأينا إلى قسمين أو اتجاهين:

اتجاه يذهب إلى القول بأن الإبراء من الدين تصرف من جانبين يعني أنه يتم بإيجاب من الدائن وقبول من المدين وهو ما أخذ به بعض من فقهاء المالكية والشافعية، واتجاه آخر يذهب إلى القول بأن الإبراء من الدين تصرف من جانب واحد إلا أنه لا يرتد بالرد وهو قول جمهور الفقهاء من الشافعية، المالكية، الحنابلة.

والقول كما ذهب هذا الجانب من الفقه إلى أن المشرع في كل من مصر وليبيا أخذ بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية فيه عموم وواقع الحال يوجب التخصيص والأولى القول بأن ما ذهب إليه المشرع في كل من مصر وليبيا يتفق وما ذهب إليه فقهاء الحنفية، فالمسألة خلافية بين الفقهاء والتخصيص فيها أولى من العموم.

الخاتمة

وهكذا فإنه وكما هو حال كل شيء نصل إلى نهاية رحلتنا العلمية التي تجولنا من خلال عنوانها "طبيعة الإبراء من الدين" في مادة علمية فقهية متنوعة، حيث استعرضنا الآراء الفقهية الشرعية والقانونية من خلال الفقهاء الإسلاميين والقانونيين في محاولة متواضعة منا لنصل إلى تحديد الطبيعة القانونية للإبراء من الدين في هذه الخاتمة من خلال نتائج الدراسة التالية:

أولاً: إن كلاً من الفقه الإسلامي والفقه القانوني الوضعي والتشريعات العربية محل الدراسة منقسم إلى اتجاهين:

أ - اتجاه يرى أن الإبراء من الدين اتفاق بين الدائن والمدين.

ب - اتجاه يرى أن الإبراء تصرف من جانب الدائن وحده.

ثانياً: إن التشريعات الوضعية التي تناولتها هذه الدراسة متفقة على رد الإبراء سواء منها ما أخذ بالاتجاه الأول "الإبراء اتفاق بين الدائن والمدين"، أو ما أخذ منها بالاتجاه الثاني "الإبراء تصرف من جانب الدائن وحده".

ثالثاً: من خلال ذلك يمكن تقرير التالي حول طبيعة الإبراء من الدين:

إن الإبراء من الدين تصرف ينفذ بالإرادة المنفردة دون حاجة إلى قبول من المدين لا يغير من طبيعته هذه كونه يرتد بالرد؛ ذلك لأن الإبراء من الدين يعني أمرين: الأول إسقاط الدين عن المدين، والثاني إدخال قيمة الدين في ذمة المدين بما يعني تملكه له، والقول بأن الإبراء من الدين يرتد بالرد هو ما يتفق وطبيعة الإبراء؛ ذلك لأنه إذا لم يُسَمَّحَ بارتداد الإبراء بالرد لكان في ذلك إجبار للمدين على إدخال ما لا يريد إدخاله في ملكه؛ ومن ثم قد يكون في ذلك انتفاء لإرادته، هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد يكون في ذلك إهانته للمدين ذو النفس الأبية التي لا تريد ولا تقبل منةً من أحد، ولا يخفى ما يسببه ذلك من ألم نفسي.

وما يؤيد ما ذهبنا إليه كون الإبراء تصرف من جانب واحد هو أنه إذا أبرأ الدائن المدين وأراد أن يرجع عن هذا الإبراء فإنه لا يحق له ذلك ولا يستفيد من رجوعه، وهذا ما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية في فتاويه بعدم جواز رجوع الزوجة عن مهرها الذي في ذمة الزوج إذا أبرأته منه.

وعليه فمتى صدر الإبراء من الدين بشكله الصحيح مستوفياً أركانه وشروطه فلا يجوز الرجوع عنه، وإذا تم الرجوع عنه فإنه لا ينفذ ولا يستفيد الدائن من رجوعه شيئاً.

فالإبراء من الدين ذو طبيعة خاصة لم يغفلها المشرع، ولذا جعله تصرف من جانب واحد يرتد بالرد مراعاة منه لهذه الطبيعة الخاصة وحال المدين ذو النفس الأبية، فهو تصرف قانوني من جانب واحد لا ينفذ إذا لم يصادفه قبول، ويرتد بالرد، ولذلك فإننا ننحاز إلى الاتجاه القائل بانتفاء الصفة العقدية للإبراء من الدين.

وختاماً فإننا نقر بأن ما قمنا به يعد محاولة متواضعة منا لوضع الموضوع على مائدة البحث الفقهي لمناقشته فإن تحقق هدفنا فذلك بتوفيق من الله، وإن تحقق بعضه فما لا يدرك كله لا يترك جله، وإن لم يتحقق شيء فيكفينا شرف المحاولة.

وأن ما نستطيع أن ندلي به من شهادة على نفسي بأنني قد أهدت من هذه الورقة البحثية وفتحت لي بعض الآفاق التي كانت معتمة، ونقر بأن هذه الدراسة خاضت بنا في موضوع قد نضل في مجاهله لدقة ما ورد فيه من آراء فقهية شرعية وقانونية وقوة أسانيدها، وما هي إلا محاولة متواضعة منا لإثارة الموضوع أمام الباحثين للغوص في أسباره فهو لم ينل حقه من الدراسة والتمحيص بعد، وأن ما توصلنا إليه ما هو إلا نتاج قراءات في كتابات من سبقونا في محاولة متواضعة منا لإبداء الرأي.

والله نسأل أن نكون قد وفقنا في ذلك، والخير قصدنا، والفلاح أردنا، وما توفيقنا إلا بالله عليه توكلنا وإليه ننيب، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المصادر والمراجع

أولاً: المعاجم والقواميس اللغوية.

- محمد ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، دون تاريخ نشر.
- محمد الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الصداقة، دون تاريخ نشر.

ثانياً: كتب الفقه الإسلامي:

- أحمد ابن تيمية، الفتاوي الكبرى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصي النجدي، الطبعة الثانية، دون تاريخ نشر.
- أحمد الحموي، غمز عيون البصائر، شرح كتاب الأشباه والنظائر، الطبعة الأولى، دار الكتب العمية، بيروت، 1405هـ.
- أحمد الدردير، الشرح الكبير، تحقيق: محمد عيش، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ نشر.
- أحمد بن ادريس القرافي. الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، الطبعة الأولى، دار الغرب، بيروت، 1994م.
- أحمد بن ادريس القرافي. الفروق، تحقيق: خليل المنصور، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ.
- زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق، شرح كنز الرقائق، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، دون تاريخ نشر.
- عبد الله ابن قدامة، المغنى في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، 1405هـ.
- علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ نشر.

- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت 1982م.
 - علي حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، تحقيق: وتعريب المحامي فهمي الحسيني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991م.
 - محمد ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: محمد عيش، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ نشر.
 - محمد الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، 977هـ.
 - محمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر العربي، بيروت، دون تاريخ نشر.
 - محمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ.
 - محمد بن الحسن الشيباني، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، الطبعة الأولى، عالم الكتب، بيروت 1406هـ.
 - يحيى النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ.
- ثالثاً: كتب الفقه القانوني:**
- د. أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني، المعدل، الطبعة الأولى، دون ناشر، دون تاريخ نشر.
 - د. جمال الدين العطيفي، "التقنين المصري، ج2، 1949م، دون ناشر.
 - د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة بالالتزام الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، 1981م.
 - د. حسين نصار، القانون المدني مع شرح نصوصه، دار الكتب الجامعية، دون تاريخ نشر.
 - د. سمير تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف الإسكندرية، دون ناشر، دون تاريخ نشر.

- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، مكتبة النهضة المصرية، 1985م.
- د. مأمون الكزيري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج2، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضائه، دون ناشر، دون تاريخ نشر.
- د. محمد بن حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني، ج2، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الجيل الصاعد، صنعاء، 1997م.
- د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، 1974 - 1975م، دون ناشر.
- د. محمد عبد القادر محمد، النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، الشركة العامة للورق والطباعة، 2000م.
- د. مصطفى الزرقا، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزامات العامة، (2) أحكام الالتزام في ذاته، دمشق 1964م.
- محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، 2010م، دون ناشر.

رابعاً: الرسائل العلمية:

- د. سعد سالم العسبلى، "التأمين من المسؤولية الطبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005م.

خامساً: البحوث العلمية:

- د. جلال العدوي، النزول عن الحقوق وغيرها من مراكز القانون الخاص، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية س13 - 1963 - 1964م العددان 3، 4.

الإشكاليات العملية التي تثار حول الإفراج المؤقت عن المتهمين في مرحلة التحقيق الابتدائي

د. عبد المنعم امحمد الصرارعي (*)

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله على فضله ونعمائه، والصلاة والسلام على خير أصفياؤه الذي اختاره واجتباؤه، وأحبه وارفضاه، وعظّمه وكرّمه، ورفعته على من سواه، وعلى آله وأصحابه ومن اتبع هداه إلى يوم الدين.

أما بعد، فيثار حول الإفراج المؤقت عن المتهمين في مرحلة التحقيق الابتدائي بعض الصعوبات من الناحية العملية، وبالرغم من وجود دراسات عديدة تناولت هذا الموضوع من جوانب مختلفة، إلا أن أغلبها – تقريبا – يركز على معالجة هذا الموضوع من الناحية النظرية، ولا يتناول المشاكل العملية إلا بشكل عرضي، والجديد في هذه الدراسة أنها تنصب على مناقشة بعض الصعوبات التي يمكن أن تثار حول الإفراج المؤقت من الناحية العملية، واقتراح الحلول المناسبة لها ما أمكن. حيث يحاول الباحث من خلال هذا البحث الإجابة على عدد من التساؤلات منها: ما هي حدود سلطة الإفراج المؤقت بالنسبة لكل من قاضي التحقيق والقاضي الجزئي والنيابة العامة؟ وما مدى لزوم حضور المتهم أثناء صدور هذا الأمر؟ وهل يشترط أن يكون هذا الأمر مسبباً؟ وهل يتعين تنفيذ أمر الإفراج فور صدوره؟ أم أن التنفيذ قد يتأخر مدة معينة؟ وما هي أسباب هذا التأخير إن وجد؟

(*) أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائي، كلية القانون الخمس، جامعة المرقب.

وترتيباً على ما تقدم سيحاول الباحث الإجابة عن التساؤلات السابقة وغيرها من خلال مطلبين: يخص الأول لبحث الإشكاليات المتعلقة بحدود سلطة الإفراج، ويخصص الثاني لبحث الإشكاليات المتعلقة بآلية الإفراج والفصل فيه. والله الموفق

المطلب الأول

الإشكاليات المتعلقة بحدود سلطة الإفراج

يثار بمناسبة تطبيق نظام الإفراج المؤقت عن المتهمين في مرحلة التحقيق الابتدائي بعض الإشكاليات، فيما يتعلق بحدود سلطة الإفراج الممنوحة لكل من قاضي التحقيق، والقاضي الجزئي، والنيابة العامة، كذلك بالنسبة للسلطة المختصة بالإفراج بعد الإحالة، وسوف يعرض الباحث لدراسة هذه المسائل تباعاً من خلال النقاط التالية:

أولاً: حدود سلطة قاضي التحقيق⁽¹⁾ في الإفراج المؤقت

نصت المادة (124) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي على أن (لقاضي التحقيق في كل وقت سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المتهم أن يأمر بعد سماع أقوال النيابة بالإفراج عن المتهم إذا كان هو الذي أمر بحبسه احتياطياً).

ويستفاد من النص السابق أن لقاضي التحقيق الإفراج عن المتهم المحبوس احتياطياً بناء على طلب المتهم أو من تلقاء نفسه⁽²⁾، ولو كان ذلك لطلبات النيابة العامة، لأن رأيها غير ملزم لقاضي التحقيق، وإن كان لها أن

(1) يسري هذا الحكم أيضاً بالنسبة لمستشار التحقيق في حالة ندبه للتحقيق: طبقاً للمادة (3/51) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي).

(2) ما يقال هنا بشأن قاضي التحقيق يسري أيضاً على غرفة الاتهام؛ على اعتبار أنها تملك ما يملكه قاضي التحقيق سواء فيما يتعلق بالتحقيق أو الأمر بالحبس ومدته والقواعد المقررة لتمديده وفقاً للمادتين (137-151) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

تطعن في أوامره الصادرة بالإفراج (م3/139 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي).

ولكن قد يثار التساؤل هنا عما إذا كان باستطاعة قاضي التحقيق أن يأمر بالإفراج عن المتهم، إذا كان حبسه قد حصل من الدائرة الابتدائية المشكّلة من ثلاثة قضاة، بناء على استئناف النيابة العامة لأمر الإفراج الصادر عنه. القاعدة أن قاضي التحقيق يستطيع الإفراج عن المتهم مادام أمر الحبس قد صدر عنه، أو امتدّ هذا الحبس بناء على طلبه، وهو ما ينبغي أن يفهم من عبارة " إذا كان هو الذي أمر بحبسه احتياطياً... ". (م124 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي).

أما إذا كانت النيابة العامة قد استأنفت قرار قاضي التحقيق بالإفراج، وقامت الدائرة الابتدائية بإلغاء هذا القرار، وأمرت بحبس المتهم، فهنا ينبغي عدم تمتع قاضي التحقيق بسلطة الإفراج عن المتهم مرة أخرى، وذلك خلال المدة التي أمرت بها هذه الدائرة؛ لأن القول بغير ذلك يجعل استئناف النيابة العامة غير ذي جدوى.

هذا وتجدر الإشارة هنا إلى أنه إذا رأى قاضي التحقيق أن ظروفه قد استجدت في الدعوى مما يتعين معه الإفراج عن المتهم، فهنا ينبغي أن نميّز بين فرضين، هما: إذا كان الإفراج وجوبياً، أو جوازياً. ففي الحالة الأولى يتعين على قاضي التحقيق أن يفرج عن المحبوس احتياطياً، لأن عرض الأمر على الدائرة قد يستغرق وقتاً، وهذا لا يخدم مصلحة المتهم.

وفي الحالة الثانية – والتي يكون الإفراج فيها جوازياً – فيتعين هنا عرض الأمر على الدائرة التي أمرت بالحبس؛ لأنها تكون أحق من غيرها في تقدير الإفراج من عدمه.

وبناء على ما تقدم يهيب الباحث بالمشرع الليبي، أن يتدخل تشريعياً لحسم هذه المسألة، كما هو الحال في بعض التشريعات الأخرى كالتشريع المصري⁽¹⁾، حيث نصت المادة (144 من قانون الإجراءات الجنائية المصري) على أنه إذا (... كان الأمر بالحبس الاحتياطي صادراً من محكمة الجنج المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة بناء على استئناف النيابة العامة للأمر بالإفراج السابق صدوره من قاضي التحقيق، فلا يجوز صدور أمر جديد بالإفراج إلا منها).

ونشير هنا إلى أنه كان يحسن بالمشرع المصري، أن يقصر هذا المنع في حدود المدة التي أمرت بها المحكمة بناء على استئناف النيابة العامة فحسب؛ لأن القول بغير ذلك يعد مصادرة لسلطة قاضي التحقيق في الإفراج، بمجرد استئناف النيابة العامة لقرار الإفراج الصادر عنه بداية⁽²⁾.

ثانياً: حدود سلطة القاضي الجزئي في الإفراج

نصت المادة (1/176) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي على أنه: (إذا رأت النيابة العامة مد الحبس الاحتياطي وجب قبل انقضاء مدة الستة الأيام أن تعرض الأوراق على القاضي الجزئي ليصدر أمراً بما يراه بعد سماع أقوال النيابة العامة والمتهم...).

(1) راجع مصطفى مجدي هرجة، المشكلات العملية في الحبس الاحتياطي والإفراج، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1992م، ص 88.

(2) وفي التشريع الإيطالي يفقد المتهم الحق في طلب إعادة النظر في حبسه، إذا تعلق الأمر بقرار صدر عقب الطعن بالاستئناف من جانب النيابة العامة (م309/الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي).

لمزيد من التفصيل راجع د. محمد إبراهيم زيد، د. عبد الفتاح الصيفي، ترجمة وتعليق على "قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي الجديد" القانون رقم (447) الصادر بتاريخ

(16 فبراير 1988م)، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990م، ص 220-221.

وعلى ذلك فإذا ما طلبت النيابة العامة، مد الحبس من القاضي الجزئي، فله في هذه الحالة أن يرفض الإذن بتمديد الحبس، ويأمر بالإفراج عن المتهم، سواء أكان ذلك بكفالة أو بغير كفالة (م 179 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي).

ويثار التساؤل هنا عما إذا كان باستطاعة القاضي الجزئي أن يأمر بالإفراج عن المتهم المحبوس احتياطياً الذي أمر بمد حبسه بناء على طلب النيابة العامة.

يذهب اتجاه في الفقه إلى أن الأمر بالحبس له دائماً الحق في الإفراج عن المتهم، الذي أمر بحبسه احتياطياً، حتى وإن لم يكن هو الذي يتولى التحقيق، فالقاضي الجزئي له الحق في الإفراج عن المتهم الذي أمر بتمديد حبسه، سواء أكان ذلك من تلقاء نفسه، أو بناء على تظلم من المتهم، وذلك دون استبعاد سلطة المحقق في الإفراج⁽¹⁾.

ولا شك أن هذا الرأي محل نظر؛ وذلك لافتقاره إلى السند القانوني؛ فسلطة القاضي الجزئي في الحبس والإفراج محددة قانوناً في المادة (176) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي)، والتي تنص على أنه: (إذا رأت النيابة العامة مد الحبس الاحتياطي وجب قبل انقضاء مدة الستة الأيام أن تعرض الأوراق على القاضي الجزئي المختص ليصدر أمراً بما يراه بعد سماع أقوال النيابة العامة والمتهم)⁽²⁾.

(1) كل ما هنالك أن القاضي لا يملك إصدار أمر الإفراج إلا بمناسبة عرض القضية عليه لطلب التمديد أو لأي سبب آخر - د.توفيق الشاوي، فقه الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار الكتاب العربي، ط2، ج1، 1954م، ص323.

(2) تتطابق المادة 76 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي مع المادة 202 من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

وبناء على ذلك يصدر القاضي الجزئي أمره بعد سماع أقوال النيابة العامة والمتهم، وهذا الأمر إما أن يكون بمد الحبس أو الإفراج، ففي الحالة الأولى تكون النيابة العامة هي الجهة الوحيدة المخولة بالإفراج، لأن الدعوى لم تخرج من حوزتها، وعرضها على القاضي كان بمناسبة الإذن بمد الحبس، وبصدور هذا الأمر، تنقطع الصلة بين القاضي والدعوى الجنائية، ما لم تعرض عليه مرة أخرى للنظر في تمديد الحبس من جديد⁽¹⁾.

ثالثاً: حدود سلطة النيابة العامة في الإفراج

وفقاً للمادة (178) من قانون الإجراءات الجنائية، للنيابة العامة أن تفرج عن المتهم في أي وقت، سواء بكفالة أو بغير كفالة، متى كانت القضية لم تخرج من حوزتها. ويظل حق النيابة العامة في الإفراج قائماً ولو كان الإذن بمد الحبس قد صدر من القاضي الجزئي بناء على طلبها، أو كان قد صدر من المحكمة الابتدائية. ويتم الإفراج تلقائياً من النيابة العامة نفسها، أو بناء على طلب من المتهم أو ممن يوكله قانوناً⁽²⁾.

ويصدر أمر الإفراج من عضو النيابة العامة الذي يتولى التحقيق في القضية، أو ممن يكلف باستعمال هذا الحق، وعلى عضو النيابة عند إصداره هذا الأمر أن يتأكد من توافر كافة شروطه، كما يتعين أن يتضمن نموذج أمر الإفراج اسم عضو النيابة الذي أمر بالإفراج مديلاً بإمضائه وتاريخ الصدور⁽³⁾.

(1) د.حسن المرصفاوي، الحبس الاحتياطي وضمان حرية الفرد في التشريع المصري

"رسالة دكتوراه"، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، 1954م، ص218-219.

(2) د.عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الإسكندرية،

دار المطبوعات الجامعية، 2008م، ص368.

(3) راجع المواد 256-261 من دليل المحقق الجنائي، وزارة العدل - مكتب النائب العام،

2006م، ص58-59.

رابعاً: السلطة المختصة بالإفراج بعد الإحالة

نظراً لخطورة بعض الجرائم، فقد اتجهت بعض التشريعات إلى إسناد الاختصاص بإحالتها إلى المحكمة المختصة إلى سلطة أخرى غير التي قامت بإجراء التحقيق فيها، ويختلف تشكيل قضاء الإحالة من تشريع لآخر، فبعض التشريعات يسنده إلى هيئة من القضاة يطلق عليها الغرفة الجنحية، كما هو الحال في التشريع المغربي⁽¹⁾، ودائرة الاتهام في التشريع التونسي، والهيئة الاتهامية في التشريع اللبناني، وغرفة الاتهام في التشريع الفرنسي؛ حيث يلاحظ أنه في حالة الطعن في قرار محكمة الجنايات في التشريع الفرنسي، فإن غرفة الاتهام هي من تتولى الفصل في طلبات الإفراج، حتى صدور قرار محكمة النقض⁽²⁾. أما في التشريع المصري، فكان مستشار الإحالة هو الجهة المختصة بتقدير الحبس أو الإفراج، عندما يكون هناك قرار بالإحالة إلى محكمة الجنايات، أو إلى المحكمة الجزئية⁽³⁾، ولكن بعد صدور القانون رقم 170 لسنة 1981م ألغي نظام مستشار الإحالة، وأصبحت الجرح تحال مباشرة إلى المحكمة المختصة، وترفع الدعوى في مواد الجنايات بإحالتها من المحامي العام أو من يقوم مقامه، إلى محكمة الجنايات، بتقرير اتهام تبين فيه الجريمة المسندة للمتهم، وأركانها

(1) د. محمد عياط، حماية حقوق الإنسان في قانون الإجراءات الجنائية في مرحلة ما قبل المحاكمة في التشريع المغربي، تقرير مقدم للندوة العربية لحماية حقوق الإنسان في قوانين الإجراءات الجنائية في العالم العربي التي عقدت في القاهرة من (16 - 20 كانون الأول ديسمبر) 1989م، والمنشور ضمن كتاب أعمال مؤتمر "الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان"، بيروت، دار العلم للملايين، ط1، 1991م، ص203.

(2) د. الأخضر بوكحيل، الحبس الاحتياطي في التشريع الجزائري المقارن "رسالة دكتوراه"، كلية الحقوق جامعة القاهرة، "غير منشورة"، 1989م، ص193 وما بعدها.

(3) د. أحمد عبد العزيز الأفني، الحبس الاحتياطي، دراسة إحصائية وبحث ميداني، المجلة الجنائية القومية، العدد 3، نوفمبر 1966م، المجلد التاسع، ص364.

القانونية⁽¹⁾. وقد آل إلى محكمة الجناح المستأنفة اختصاص النظر في طلب الإفراج أو الحبس، إلى أن ترفع الدعوى إلى المحكمة المختصة⁽²⁾.
 أما في التشريع الليبي، فيلاحظ أن غرفة الاتهام هي من تتولى سلطة الإحالة، وهي تشكل في كل محكمة ابتدائية من رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه⁽³⁾ (م 145 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي). وهي تعتبر قضاء تحقيق: من الدرجة الثانية، علاوة عن كونها جهة إحالة⁽⁴⁾. فإذا ما أحيلت الدعوى إلى غرفة الاتهام من النيابة العامة، أو قاضي التحقيق حال ندبه، كانت هي المختصة بالنظر في طلب الإفراج عن المتهم (م 1/131 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي)⁽⁵⁾، حيث يتعين عليها أن تفصل في الأمر الصادر

(1) د. إسماعيل سلامة، الحبس الاحتياطي "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه "جامعة عين شمس"، القاهرة، عالم الكتب، ط2، 1983م، ص74 وما بعدها.

(2) د. جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط1، 1997م، ص429-430.

(3) إذا رأى رئيس المحكمة عدم إسناد رئاسة الغرفة لنفسه تندب الجمعية العمومية أحد القضاة لرئاستها. المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 12/7 ق، جلسة 1965/5/29م، مجلة المحكمة العليا الليبية، س 1، ع2، ص41.

(4) د. محمد الجازوي، غرفة الاتهام في التشريع الليبي والفرنسي (دراسة مقارنة)، منشور ضمن كتاب، دراسات في العلوم الجنائية، بنغازي، جامعة بنغازي، ط1، 1992م، ص28.

(5) وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا الليبية في حكم لها بأن: ((مؤدى الفقرة الأولى من المادة 131 من قانون الإجراءات الجنائية أنه في حالة إحالة المتهم على غرفة الاتهام فإن الاختصاص بحبسه أو الإفراج عنه ينعقد لغرفة الاتهام دون سواها ودون أن يقيد بها القانون بمدة حبس محددة، وكان يبين من أوراق الدعوى أن الطاعن أحيل على غرفة الاتهام محبوساً وأن الغرفة نظرت الدعوى والطاعن محبوساً حتى صدر قرارها بالإحالة مع استمرار حبسه عملاً بأحكام المادتين 153، 158 من قانون الإجراءات الجنائية، وبالتالي فإن قرار الغرفة بحبس الطاعن قد وافق صحيح القانون)). المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 40/946 ق، جلسة 2001/1/9م، "غير منشور".

بالإحالة إلى المحكمة المختصة في استمرار حبس المتهم، أو الإفراج عنه أو القبض عليه وحبسه احتياطياً، إذا لم يكن قد قبض عليه أو كان قد أفرج عنه (م 137 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي).

كما ينعقد الاختصاص لغرفة الاتهام في الحبس الاحتياطي أو الإفراج إذا كانت الدعوى قد أحيلت إلى محكمة الجنايات في غير أدوار الانعقاد (م 2/131 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي). وأخيراً تملك غرفة الاتهام سلطة الإفراج في حالة الحكم بعدم الاختصاص، حيث تكون هي الجهة المختصة بالنظر في طلب الإفراج أو الحبس الاحتياطي، إلى أن ترفع الدعوى إلى المحكمة المختصة (م 2،3 / 131 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي).

المطلب الثاني

الإشكاليات المتعلقة بآلية الإفراج المؤقت والفصل فيه

الإشكاليات المتعلقة بآلية الإفراج المؤقت والفصل فيه، قد تثار قبل صدور أمر الإفراج، ويمكن أن تثار بعد صدوره، وهو ما سيعرض له الباحث في الفقرتين الآتيتين:

أولاً: بعض الإشكاليات التي يمكن أن تثار قبل صدور أمر الإفراج

من هذه الإشكاليات: مدى لزوم حضور المتهم أثناء صدور أمر الإفراج، ومدى وجوب تسبب هذا الأمر، وهو ما نعرض له تباعاً فيما يأتي:

1 - مدى لزوم حضور المتهم أمام سلطة الإفراج

كان طلب الإفراج في التشريع الفرنسي يتم في حضور المتهم، ولكن وجد أن ذلك يتطلب مصاريف كثيرة غير مجدية، فتم العدول عن ذلك في سنة (1935م)، حيث أصبح النظر في طلب الإفراج يتم في غير علانية⁽¹⁾.

(1) د. محمد الجازوي، غرفة الاتهام في التشريعين الليبي والفرنسي، مرجع سابق، ص 28.

أما فيما يتعلق بحضور المتهم أمام سلطة الإفراج في التشريع الليبي، فينبغي أن نفرّق بين حالات ثلاث:

الحالة الأولى: وهي التي يتقرر فيها الإفراج من قبل السلطة التي تتولى التحقيق، فهنا لم يتضمن التشريع الليبي نصاً يوجب أن يتم الإفراج في حضور المتهم، إذ لا فائدة في حضوره، طالما وصلت سلطة التحقيق إلى قناعة بأن حبسه لم يعد ضرورياً، وهو أقصى ما يطمح إليه، ومع هذا فإن حضوره لا يخلو من فائدة، وتظهر هذه الفائدة في الحالة التي قد يستغل فيها أعوان السلطات المختصة بالإفراج - كالكتبة والمحضرين - لتحقيق منافع وأغراض شخصية، كأن يطلبوا مبالغ مالية نظير الإفراج؛ بحجة أن علاقة قوية تربطهم مع عضو النيابة، وأن الإفراج ما كان ليتم لولا هذه العلاقة، وقد أشارت المادة 257 من دليل المحقق الجنائي إلى أن قرار الإفراج يكون في مواجهة المتهم كلما أمكن ذلك⁽¹⁾. الأمر الذي يرى معه الباحث ضرورة إضافة مادة جديدة لقانون الإجراءات الجنائية يكون نصها على النحو الآتي: (يكون صدور قرار الإفراج عن المتهم في حضوره كلما أمكن ذلك).

الحالة الثانية: إذا حصل الإفراج من قبل القاضي الجزئي، أو الدائرة الابتدائية أثناء نظر طلب التمديد، فهنا يلزم حضور المتهم؛ لأن حضوره وجوبي أمام سلطة التمديد لسماع أقواله (م 123، 122 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي).

الحالة الثالثة: إذا أُحيل المتهم إلى محكمة الموضوع وهو في حالة حبس، فإذا ما قررت المحكمة الإفراج عنه، فإن حضوره يكون تلقائياً أثناء حضوره جلسات المحاكمة - وهو الغالب، وذلك دون استبعاد صدور هذا الأمر في غيبة المتهم، وبخاصة إذا تعلق الأمر بحالة من حالات الإفراج الوجوبي.

(1) راجع المادة 257 من دليل المحقق الجنائي، وزارة العدل - مكتب النائب العام، 2006م،

1 - مدى وجوب تسبب أمر الإفراج

لم يتضمن قانون الإجراءات الجنائية الليبي نصاً يوجب على السلطة الأمرة بالإفراج المؤقت ضرورة تسبب هذا الأمر، وهو ما سارت عليه أغلب التشريعات المقارنة، إلا أن الملاحظ أن بعض التشريعات قد أوجبت تسبب أوامر الإفراج، كما هو الحال في التشريع الفرنسي الذي يوجب تسبب أوامر الإفراج الصادرة في مواد الجرح والجنايات دون تفريق⁽¹⁾.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه وإن لم يكن للمتهم مصلحة في أن يتضمن الأمر الصادر بالإفراج عنه أسباباً معينة، فإن الأمر يختلف بالنسبة للنيابة العامة بصفاتها ممثلة للمجتمع، وتملك حق الطعن بالاستئناف في أوامر الإفراج الصادرة من القاضي الجزئي أو قاضي التحقيق (3/139 - 3/176 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي)، لذلك فإنه من الأهمية بمكان، أن تقف النيابة العامة على أسباب الأمر الذي ستقوم باستئنافه، فقد تحجم عن استئنافه أصلاً، إذا وجدت أن قرار الإفراج قد صادف محله⁽²⁾.

كما أنه يتعين من جهة أخرى تسبب قرار رفض طلب الإفراج، حتى يتمكن المتهم من الوقوف على الأسباب التي كانت وراء رفض طلبه، بحيث يكون المجال أمامه مفتوحاً لولوج باب الطعن بكل سهولة ويسر، وتتحقق هذه الفائدة في ظل التشريعات التي تجيز للمتهم أن يطعن في قرار رفض الإفراج المؤقت، كالتشريع الفرنسي، والإيطالي، والتشيلي، والجزائري⁽³⁾.

(1) عزة كامل المقهور، الحبس الاحتياطي في التشريع الفرنسي "دراسة مقارنة" بحث مقدم للندوة التي عقدت بنقابة المحامين طرابلس بتاريخ 4. 6. 1998م تحت عنوان الحبس الاحتياطي وحقوق الإنسان (بحث غير منشور)، (مكتبة نقابة محامي طرابلس)، ص12.

(2) د.حسن المرصفاوي، الحبس الاحتياطي، المرجع السابق، ص247.

(3) جان برادل، حماية حقوق الإنسان أثناء المرحلة التمهيدية الدعوى الجنائية في النظام القانوني الفرنسي، بحث مقدم للمؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي، والمنشور

ونوصي هنا بإضافة مادة جديدة لقانون الإجراءات الجنائية الليبي بحيث يكون نصها على النحو الآتي: (يكون قرار الإفراج ورفضه مسببا كلما أمكن ذلك).

ثانياً: بعض الإشكاليات التي يمكن أن تثار بعد صدور أمر الإفراج

1 - مدى جواز استئناف أمر الإفراج

وفقاً للمادة 3/139 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، فإن النيابة العامة وحدها من لها الحق في استئناف أوامر قاضي التحقيق الصادرة بالإفراج عن المتهمين، وقد ورد تأكيد هذا الحق في المادة 272 من دليل المحقق الجنائي الصادر عن مكتب النائب العام، حيث نصت على ضرورة أن يستأنف عضو النيابة أمر الإفراج الصادر عن القاضي الجزئي إذا رأى ملاءمة ذلك، مع الإشارة إلى أن عضو النيابة المحقق والذي قرر عرض القضية للتمديد هو المعني بالتقرير بالاستئناف في أمر الإفراج وإعداد مذكرة بأسبابه⁽¹⁾. كما أنه خوفاً من أن يستغل أمر الإفراج من أعوان عضو النيابة - يتعين على هذا الأخير إحاطة المتهم علماً به من قبله وعدم ترك ذلك لأعدائه⁽²⁾.

أما المجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية فلا يملك هذا الحق، حتى ولو تبين أن لهما مصلحة في استمرار حبس المتهم، وهذا الحكم بطبيعة الحال هو امتداد طبيعي لما هو مقرر في نص المادة 132 من قانون الإجراءات

ضمن أعمال المؤتمر بعنوان (حماية حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية في مصر وفرنسا والولايات المتحدة) الإسكندرية، المعهد الدولي للعلوم الجنائية، ط1، 1989م، ص233، وأيضاً د. إسماعيل سلامة، الحبس الاحتياطي، المرجع السابق، ص338 وما بعدها، وكذا د. رمضان زرقين، حماية حقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص133.

(1) راجع المادة 272-273 من دليل المحقق الجنائي، المرجع السابق، ص60.

(2) راجع المادة 267 من دليل المحقق الجنائي، المرجع السابق، ص60.

الجنائية الليبي⁽¹⁾ التي تنص على أنه: (لا يقبل من المجني عليه أو من المدعي بالحقوق المدنية طلب حبس المتهم ولا تسمع منه أقوال في المناقشات المتعلقة بالإفراج عنه).

وفي التشريع المصري يلاحظ أن قانون الإجراءات الجنائية أجاز للنيابة العامة في المادة 2/174 من قانون الإجراءات الجنائية المصري المعدلة بالقانون رقم 145 لسنة 2006م أن تستأنف أوامر الإفراج المؤقت الصادرة عن قاضي التحقيق، وإن كان قد قصر حق الطعن على الجنايات دون الجنح، 2006م،⁽²⁾ وبذلك تكون سلطة النيابة في الطعن في أوامر الإفراج في التشريع الليبي أوسع نطاقاً منه في التشريع المصري، حيث لا تنقيد النيابة في بلادنا عند استعمال حق الطعن بنوع معين من الجرائم، فلها أن تلج طريق الطعن في أوامر الإفراج الصادرة عن قاضي التحقيق، سواء تعلق الأمر بجناية أو جنحة، ولكن مع ذلك يلاحظ أن قانون الإجراءات الجنائية الليبي قد سد على النيابة العامة طريق الطعن في أوامر الإفراج الصادرة عن غرفة الاتهام، وذلك بأن أغفل الإشارة إلى هذه المكنة عند معرض بيانه - في المادتين 167-168 - إلى ما يقبل الطعن من أوامر غرفة الاتهام، ومن ثم لا اجتهاد مع صراحة النص، كما أنه لا يجوز القياس على الأوامر الصادرة عن قاضي التحقيق؛ لأن الأوامر الصادرة عنه ليست أصلاً حتى يقاس عليها، وإنما هي استثناء لا يقبل القياس⁽³⁾.

(1) د. عوض محمد، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، المرجع السابق، ص409.

(2) لمزيد من التفصيل راجع د. يحيى، الضوابط المستحدثة للحبس الاحتياطي في ضوء القانون رقم 145 لسنة 2006م المعدل لبعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم 150 لسنة 1950، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 2007م، ص122-123.

(3) د. عوض محمد، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ص417-418.

2 - مدى جواز قبول أقوال المجني عليه أو المدعي بالحقوق المدنية في المناقشات المتعلقة بالإفراج عن المتهم:

وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية الليبي ليس للمجني عليه أو المدعي بالحقوق المدنية الحق في الطعن في الأوامر الصادرة بالإفراج، سواء كانت صادرة عن النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو القاضي الجزئي، بل - كما رأينا في المادة 132 إجراءات جنائية - لم يسمح له النص حتى بمجرد قبول أقوالهما في المناقشات المتعلقة بالإفراج عن المتهم. ولعل ذلك يكون أمراً منطقياً؛ لأن الدعوى الجنائية حق للمجتمع، وأن النيابة وحدها هي الأمانة عليها، وأنها وحدها من يقدر استمرار حبس المتهم من عدمه، ولكن مع ذلك فإن الباحث يرى تعديل نص المادة 132 المشار إليه أعلاه بحيث يتاح للمجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية أن تسمع أقوالهما في المناقشات المتعلقة بالإفراج، دون أن يكون رأيهما ملزماً للجهة التي يصدر عنها أمر الإفراج؛ وذلك لأن مناقشاتهما قد تسهل على هذه الأخيرة مهمتها في إصدار مثل هذا النوع من القرارات.

3 - إشكالية تنفيذ أمر الإفراج في بعض الحالات

من الإشكاليات التي قد تثار في هذا الخصوص إذا كان المتهم قد حبس احتياطياً في قضية ورأت سلطة التحقيق حبسه احتياطياً في قضية أخرى، فهنا يقوم عضو النيابة أو قاضي التحقيق بحبسه أيضاً في هذه القضية، وينفذ أمر الحبس الأخير من تاريخ الإفراج عنه في القضية الأولى التي حبس على ذمتها⁽¹⁾. وترتيباً على ما تقدم، وبالرغم من صدور أمر بالإفراج من الجهة المختصة، فإن هذا الأمر لا ينفذ؛ وذلك لبدء سريان أمر سابق بالحبس الاحتياطي على المتهم المفرج عنه.

(1) راجع المادة 251 من دليل المحقق الجنائي، المرجع السابق، ص 57.

ويشترط لتأخير التنفيذ في الحالة السابقة أن يتم تجديد أمر الحبس كل ستة أشهر عملاً بالمادة (119 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي)، وكذلك أن تكون القضية لاتزال بحوزة السلطة التي أصدرت أمر الحبس⁽¹⁾.

ووفقاً للمادة 261 من دليل المحقق الجنائي فلا يتم تنفيذ أوامر الإفراج في الجرائم الخطيرة إلا بعد إخطار رئيس النيابة بهذه الأوامر مسبقاً،⁽²⁾ وتعتبر هذه القاعدة مجرد قاعدة لتنظيم حسن سير العمل، ومن ثم لا يترتب على مخالفتها البطلان.

4 - تأخير تنفيذ أمر الإفراج

قد يرجع تأخير تنفيذ أمر الإفراج لأسباب قانونية، وقد يرجع لأسباب واقعية تمليها بعض الظروف العارضة في أوقات استثنائية.

أ (تأخير التنفيذ لأسباب قانونية:

بعد أن أشارت المادة 3/39 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي إلى حق النيابة العامة في استئناف قرارات الإفراج الصادرة من قاضي التحقيق، عاد المشرع ليفسح المجال أمام النيابة العامة كي تمارس هذا الحق، حيث نص في المادة 143 من قانون الإجراءات الجنائية على عدم جواز تنفيذ الأوامر الصادرة بالإفراج المؤقت قبل انقضاء ميعاد الاستئناف المنصوص عليه في المادة 141 إجراءات وهو ثلاثة أيام من تاريخ صدور الأمر، كما لا يجوز تنفيذ الأوامر الصادرة بالإفراج المؤقت قبل الفصل في الاستئناف إذا رفع في الميعاد.

وتشكل هذه القاعدة اجحافاً وتعسفاً لا مبرر له في حق المتهم، حيث باستطاعة النيابة العامة أن تقرر ملاءمة الطعن من عدمه بعد صدور هذا القرار، إذ يفترض علمها بوقائع الدعوى الجنائية، وبمدى ملاءمة قرار الإفراج من عدمه، وبخاصة أن المتهم أو محاميه غالباً ما يثير بعض الدفوع أو الإيضاحات

(1) راجع المادة 251 من دليل المحقق الجنائي، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(2) راجع المادة 262 من دليل المحقق الجنائي، المرجع السابق، ص59.

حول عدم لزوم استمرار الحبس، والتي قد تؤثر على عقيدة الجهة المختصة بالإفراج. والمحمود في الأمر أن التطبيق القضائي للنص السابق لا يتقيد بوقف تنفيذ قرار الإفراج، ويحرص أعضاء النيابة من الناحية العملية على تقدير ملاءمة الطعن في قرار الإفراج من عدمه مباشرة بعد صدور قرار الإفراج، فإن قدرت النيابة عدم الطعن تأمر عادة بالإفراج عنه، وإذا رأت لزوم استمرار حبس المتهم فإنها تستأنف قرار الإفراج فوراً، ويتم تحديد جلسة لنظر الطعن أمام الهيئة الاستئنافية.

ولكن الأمر من وجهة نظر الباحث يحتاج إلى الحسم من الناحية التشريعية، وذلك بتعديل نص المادة 143 من قانون الإجراءات الجنائية، بحيث يكون على النحو الآتي: (تنفذ الأوامر الصادرة بالإفراج المؤقت فوراً ما لم يتم استئنافها من النيابة العامة، وإذا استأنفتها في الميعاد فلا تنفذ هذه الأوامر قبل الفصل في هذا الاستئناف، وإذا لم يفصل في الاستئناف خلال ثلاثة أيام من تاريخ التقرير به وجب تنفيذ الأمر بالإفراج فوراً).

ب) تأخير التنفيذ لأسباب واقعية:

قد يرجع سبب تأخير تنفيذ أوامر الإفراج لأسباب واقعية ترفضها القوانين السارية، ولكن تملئها ظروف وأسباب طارئة يقف القضاء أمامها عاجزاً على أن يقيم العدالة، حيث تأمر النيابة العامة أو الجهات المختصة بالإفراج عن متهمين في قضايا جنائية تكتسي عادة بالصبغة السياسية، ويبقى أمر تلك الجهات مجرد حبر على ورق، لا يجد إلى التنفيذ سبيلاً لمدة قد تصل إلى شهور أو لسنوات. ويحصل هذا عادة في أعقاب الثورات أو الانقلابات العسكرية، حيث تتعطل فعالية بعض القوانين مؤقتاً؛ لينتم متابعة الحكومات التي تمت الإطاحة بها، وذلك إلى أن تستقر الأوضاع السياسية، وتستكمل أجهزة الدولة بناء نفسها، وتسيطر على مقاليد الأمور داخل البلاد، بالرغم من أن الإعلانات الدستورية التي تعقب الثورات تحاول تفادي مثل هذا النوع من الاختراقات.

الخاتمة

بعد أن تعرضنا لبحث نظام الإفراج المؤقت عن المتهمين في مرحلة التحقيق الابتدائي، اتضح لنا وجود بعض الإشكاليات العملية التي تثار بمناسبة تطبيق نظام الإفراج المؤقت، منها ما يتعلق بحدود سلطة كل من النيابة العامة وقاضي التحقيق والقاضي الجزئي، ومنها ما يتعلق بآلية الإفراج والفصل فيه. ورأينا أن التشريع الإجرائي الليبي لم يعالج الكثير من هذه المشاكل التي قد تثار أثناء التطبيق العملي، ونأتي في ختام هذا البحث لنعرض أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: نتائج البحث

- اتضح للباحث وجد فراغ تشريعي بشأن مدى تمتع قاضي التحقيق بسلطة الإفراج عن المتهم إذا كانت النيابة العامة قد استأنفت قراره بالإفراج، وقامت الدائرة الابتدائية بإلغاء هذا القرار وأمرت بحبس المتهم، وذلك خلال المدة التي أمرت بها هذه الدائرة.
- عدم وجود نص يسمح بحضور المتهم أمام سلطة الإفراج في التشريع الليبي.
- لم يتضمن قانون الإجراءات الجنائية الليبي نصاً يوجب على السلطة الأمرة بالإفراج المؤقت ضرورة تسبيب هذا الأمر.
- وفقاً للمادة 3/139 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي فإن النيابة العامة وحدها من تملك الحق في استئناف أوامر قاضي التحقيق الصادرة بالإفراج عن المتهمين.
- وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية ليس للمجني عليه أو المدعي بالحقوق المدنية الحق في الطعن في الأوامر الصادرة بالإفراج، سواء كانت صادرة عن النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو القاضي الجزئي، بل إنه وفقاً لنص المادة 132 إجراءات جنائية، لا يجوز قبول أقوالهما في المناقشات المتعلقة بالإفراج عن المتهم.

- نصت المادة 143 من قانون الإجراءات الجنائية على عدم جواز تنفيذ الأوامر الصادرة بالإفراج المؤقت قبل انقضاء ميعاد الاستئناف المنصوص عليه في المادة 141 إجراءات، وهو ثلاثة أيام من تاريخ صدور الأمر، ولا قبل الفصل في الاستئناف إذا رفع في الميعاد، وهذه القاعدة تتضمن إجحافاً وتعسفاً لا مبرر له في حق المتهم.
- قد يتأخر تنفيذ أوامر الإفراج — في كثير من الحالات لأسباب طارئة ترفضها القوانين السارية، ولكن تملبها ظروف وأسباب طارئة يقف القضاء أمامها عاجزاً على إقامة العدالة.

ثانياً: أهم التوصيات والمقترحات

- يوصي الباحث بتعديل نص المادة 124 من قانون الإجراءات الجنائية بحيث تضاف فقرة ثانية لها يجري نصها على النحو الآتي: (... فإذا كان الأمر بالحبس الاحتياطي صادراً عن محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة بناء على استئناف النيابة العامة للأمر بالإفراج السابق صدوره من قاضي التحقيق، فلا يجوز صدور أمر جديد بالإفراج إلا منها، وذلك خلال المدة التي أمرت بها المحكمة).
- فيما يتعلق بحضور المتهم أمام الجهة المختصة بالإفراج يوصي الباحث بإضافة مادة جديدة لقانون الإجراءات الجنائية يكون نصها على النحو الآتي: (يكون صدور قرار الإفراج عن المتهم في حضوره كلما أمكن ذلك).
- يوصي الباحث بإضافة مادة جديدة لقانون الإجراءات الجنائية يكون نصها على النحو الآتي: (يكون قرار الإفراج ورفضه مسبباً كلما أمكن ذلك).
- خوفاً من أن يستغل أمر الإفراج من أعوان القضاء بالحصول على مكاسب مالية أو غيرها، يوصي الباحث باستحداث نص جديد يوجب فيه على الجهة التي تصدر أمر الإفراج ضرورة إحاطة المتهم علماً به من قبلها وعدم ترك ذلك لأعوان القضاء. ويكون النص الجديد على النحو الآتي: (على الجهة

المختصة بالإفراج عن المتهمين إحاطتهم علماً بهذا الأمر من قبلها وعدم ترك ذلك لأعوانها).

- يوصي الباحث بتعديل نص المادة 132 من قانون الإجراءات الجنائية بحيث يسمح للمجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية أن تسمع أقوالهما في المناقشات المتعلقة بالإفراج، دون أن يكون رأيهما ملزماً للجهة التي يصدر عنها هذا الأمر؛ لأن مناقشتهما قد تسهل على هذه الأخيرة مهمتها في إصدار مثل هذا النوع من القرارات، ويقترح الباحث أن يكون نص المادة 132 من قانون الإجراءات الجنائية على النحو الآتي: (لا يقبل من المجني عليه أو من المدعي بالحقوق المدنية طلب حبس المتهم وتسمع أقوالهما في المناقشات المتعلقة بالإفراج عنه ما أمكن).
- النص على عدم تعطيل استئناف النيابة العامة تنفيذ أمر الإفراج الصادر من قاضي التحقيق أو القاضي الجزئي، ومن ثم يوصي الباحث بتعديل نص المادة 143 من قانون الإجراءات الجنائية، بحيث يكون على النحو الآتي: (تنفذ الأوامر الصادرة بالإفراج المؤقت فوراً، ما لم يتم استئنافها من النيابة العامة، وإذا استأنفتها في الميعاد فلا تنفذ هذه الأوامر قبل الفصل في هذا الاستئناف، على أن يتم الفصل في الاستئناف خلال ثلاثة أيام من تاريخ التقرير به، وإلا يجب تنفيذ الأمر بالإفراج فوراً).
- تقادياً لتأخر تنفيذ أوامر الإفراج في بعض الأحيان؛ بسبب بعض الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد، يحث الباحث وزارة العدل على تشكيل لجنة قضائية تعمل تحت إشراف المجلس الأعلى للقضاء، وذلك في نطاق كل محكمة استئناف، توكل إليها مهمة متابعة تنفيذ أوامر الإفراج وقبول التظلمات التي تقدم إليها من ذوي الشأن.

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب والرسائل

- د. الأخضر بوكحيل، الحبس الاحتياطي في التشريع الجزائري المقارن " رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة " غير منشورة، 1989م.
- د.إسماعيل محمد سلامة، الحبس الاحتياطي " دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه " جامعة عين شمس"، القاهرة، عالم الكتب، الطبعة الثانية، 1983م.
- د.توفيق الشاوي، فقه الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، الجزء الأول، 1954م.
- د.حسن المرصفاوي، الحبس الاحتياطي وضمان حرية الفرد في التشريع المصري " رسالة دكتوراه " القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، 1954م.
- د. جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الأولى، 1997م.
- دليل المحقق الجنائي، وزارة العدل، مكتب النائب العام، 2006م.
- د.عادل يحيى، الضوابط المستحدثة للحبس الاحتياطي في ضوء القانون رقم 145 لسنة 2006م المعدل لبعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم 150 لسنة 1950م، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2007م.
- د.عوض محمد، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2008م.
- د. محمد إبراهيم زيد، د. عبد الفتاح الصيفي: ترجمة وتعليق باللغة العربية على " قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي الجديد" القانون رقم 447 الصادر بتاريخ 16 فبراير 1988م"، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990م.

- د. محمد الجازوي، غرفة الاتهام في التشريع الليبي والفرنسي، (دراسة مقارنة) – منشور ضمن كتاب، دراسات في العلوم الجنائية، بنغازي، جامعة قار يونس، الطبعة الأولى، 1992م.
- مصطفى مجدي هرجة، المشكلات العملية في الحبس الاحتياطي والإفراج، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1992م.

ثانياً: البحوث والمقالات

- د. أحمد عبد العزيز الألفي، الحبس الاحتياطي دراسة إحصائية وبحث ميداني، المجلة الجنائية القومية، العدد 3 نوفمبر 1966م، المجلد التاسع.
- جان برادل، حماية حقوق الإنسان أثناء المرحلة التمهيدية الدعوى الجنائية في النظام القانوني الفرنسي، بحث مقدم للمؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي، والمنشور ضمن أعمال المؤتمر بعنوان (حماية حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية في مصر وفرنسا والولايات المتحدة) الإسكندرية، المعهد الدولي للعلوم الجنائية، الطبعة الأولى، 1989م.
- محمد عياط، حماية حقوق الإنسان في قانون الإجراءات الجنائية في مرحلة ما قبل المحاكمة في التشريع المغربي، تقرير مقدم للندوة العربية لحماية حقوق الإنسان في قوانين الإجراءات الجنائية في العالم العربي التي عقدت في القاهرة من 16 – 20 كانون الأول (ديسمبر) 1989م، والمنشور ضمن كتاب أعمال مؤتمر "الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان، بيروت، دار العلم للملايين، الطبعة الأولى، 1991م.
- عزة كامل المقهور، الحبس الاحتياطي في التشريع الفرنسي "دراسة مقارنة"، بحث مقدم للندوة التي عقدت بنقابة المحامين طرابلس، بتاريخ 4. 6. 1998م، تحت عنوان الحبس الاحتياطي وحقوق الإنسان، (غير منشور)، (مكتبة نقابة محامي طرابلس).
- د. رمضان زرقين، حماية حقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة في التشريع الجزائري، تقرير مقدم للندوة العربية لحماية حقوق الإنسان في قوانين

الإجراءات الجنائية في العالم العربي التي عقدت في القاهرة من 16-20 كانون الأول (ديسمبر) 1989م، والمنشور ضمن كتاب أعمال مؤتمر "الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان"، بيروت، دار العلم للملايين، الطبعة الأولى، 1991م.

معالم سياسة الأمم المتحدة في مكافحة تهريب المهاجرين

(دراسة تحليلية نقدية لبعض نصوص بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين)

د. كريمة الطاهر امشيرى (*)

مقدمة

في الوقت الذي تفتح فيه الحدود ابوابها للتبادل التجاري والمعلوماتي استجابة لمتطلبات العولمة، فإنها تُقفل في مواجهة تيار الهجرة، فالدول الغربية باتت تقفل حدودها وتزيد من مراقبة المهاجرين بتشديد اجراءات الدخول اليها خصوصاً في مواجهة مواطني الدول النامية والفقيرة. في مثل هذه الظروف، اصبحت الهجرة السرية غالباً هي الخيار الوحيد بالنسبة للحالين بالهجرة هرباً من الحرب والفاقة والفقر والقهر والظلم، حتى بالمخالفة للاشتراطات القانونية.

وحيث إن الهجرة أصبحت أكثر صعوبة من ذي قبل نظراً لتشديد الحراسة على الحدود، ولكن في نهاية الأمر قد لا يعدم الراغب في الهجرة إيجاد طريقة لعبور الحدود، سواء بشكل فردي أو جماعي، من هنا وجد المهربون الفرصة للاغتناء السريع، فظهر وتطور ما يعرف بتهريب المهاجرين غير الشرعيين *Le trafic de migrants*.

ونتيجة للخطورة المتزايدة للتهريب وضلوع عصابات إجرامية منظمة لهذا الغرض⁽¹⁾؛ قررت الدول زيادة المراقبة على الحدود وتقييد سياسة الهجرة

(*) أستاذة القانون الجنائي/كلية القانون - جامعة طرابلس.

(1) منذ ما يقارب عشرين سنة تقريبا شهد العالم تطورا وزيادة ملحوظة في الانشطة

الاجرامية المتعلقة بتهريب المهاجرين؛ واصبح في 1990م يحتل المرتبة الخامسة بين

الانشطة التي تضطلع بها عصابات الجريمة المنظمة.

إليها؛ كما أصبح الموضوع على سلم أولويات دول العالم خصوصا الغربية منها، لأجل الوصول الى تقارب وتفاهم بشأن مواجهة هذه الظاهرة.

لهذا الغرض، فقد وضعت المجموعة الدولية في 15/11/2000م أول أداة لمكافحة التهريب، وهو بروتوكول الأمم المتحدة لمكافحة تهريب المهاجرين عبر البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية⁽¹⁾؛ والذي سنتناول في هذا البحث بعض نصوصه بالدراسة لاستجلاء معالم السياسة الدولية في مواجهة تهريب المهاجرين والمدى الذي يمكن أن يصل إليه البروتوكول في تحقيق أهداف الدول الأعضاء وفيما إذا كانت هذه الأهداف المعلنة في البروتوكول تخفي وراءها مصالح أخرى تطمح المجموعة الدولية الى تحقيقها.

وهكذا فقد رأينا أن الخطة التي سوف نتبعها في معالجة موضوع هذه الدراسة تفرض نفسها من حيث تقسيمها إلى ثلاثة مطالب: نبرز في المطلب الأول (الوجه الظاهر للبروتوكول: محاربة ظاهرة التهريب)، ونكشف في المطلب الثاني عن (الوجه الآخر للبروتوكول: مواجهة الهجرة السرية)، لنصل في المطلب الثالث إلى (تقييم السياسة الدولية في مواجهة تهريب المهاجرين).

(1) اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25 الدورة

55 بتاريخ 15/11/2000م، وصادقت عليه ليبيا في 24/9/2004م.

المطلب الأول

الاهداف الظاهرة للبروتوكول: محاربة ظاهرة التهريب والنشاطات

الصيقة به

بروتوكول باليرمو الملحق باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود⁽¹⁾، يُعد أول آلية دولية لمكافحة تهريب المهاجرين، ستتعاون الدول بموجبه لأجل توحيد سياساتها وقوانينها لمكافحة هذا النشاط الإجرامي الذي يُعد أحد صور الجريمة المنظمة العابرة للحدود، فالمجموعة الدولية صارت ملزمة بتكييف تشريعاتها الوطنية بما يتلاءم ومواجهة هذه الظاهرة من حيث ضرورة تشكيل شبكة معلومات وتشجيع التعاون الدولي في مجال العقاب على هذا النشاط.

ولبلوغ هذه الغاية، يفرض البروتوكول على الدول تحديداً تجريم سلوك تهريب المهاجرين واتخاذ ما يلزم من تدابير لمواجهة ومحاربة الوسائل المستعملة من قبل المهربين خصوصاً الوثائق المزورة.

وقد رأينا أنه من المناسب أن نعالج هذا الموضوع في بندين: نخصص (الفرع الأول) لدراسة أهم الأحكام الواردة في أول أداة دولية لمكافحة تهريب المهاجرين، على وجه الخصوص الأحكام الخاصة بتجريم التهريب، لأجل الاهتمام في (الفرع الثاني) بالسلوكيات الأخرى المجرمة.

(1) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة تم توقيعها في باليرمو بإيطاليا في 12/12/2000م، وقامت ليبيا بالتوقيع على الاتفاقية بتاريخ 13 نوفمبر 2001م والتصديق عليها 18 يونيو 2004م.

الفرع الأول: تجريم تهريب المهاجرين

تجريم نشاط التهريب والسلوكيات اللصيقة به ورد بالمادة السادسة من البروتوكول⁽¹⁾.

(1) تنص المادة السادسة على: ((1 - تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية في حال ارتكابها عمداً ومن أجل الحصول، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى: (أ) تهريب المهاجرين؛ (ب) القيام بغرض تسهيل تهريب المهاجرين، بما يلي:

(أ) إعداد وثيقة سفر أو هوية مزورة.

(ب) تدبير الحصول على وثيقة من هذا القبيل أو توفيرها أو حيازتها.

(ج) تمكين شخص، ليس مواطناً أو مقيماً دائماً في الدولة المعنية، من البقاء فيها دون

تقيّد بالشروط اللازمة للبقاء المشروع في تلك الدولة، وذلك باستخدام الوسائل المذكورة

في الفقرة الفرعية (ب) من هذه الفقرة أو، الآية: وسيلة أخرى غير مشروعة.

2 - تعتمد أيضاً كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم: (أ)

الشروع في ارتكاب جرم من الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة 1 من هذه المادة، وذلك رهناً

بالمفاهيم الأساسية لنظامها القانوني؛ (ب) المساهمة كشريك في أحد الأفعال المجرمة وفقاً

للفقرة 1 (أ) أو (ب) 1'، أو (ج) من هذه المادة وكذلك، رهناً بالمفاهيم الأساسية لنظامها

القانوني، المساهمة كشريك في جرم من الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة 1 (ب) 2'، من هذه

المادة؛ (ج) تنظيم أو توجيه أشخاص آخرين لارتكاب جرم من الأفعال المجرمة وفقاً

للفقرة 1 من هذه المادة.

3 - تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لاعتبار أي

ظروف: (أ) تعرّض للخطر، أو يُرَجَّح أن تعرّض للخطر، حياة أو سلامة المهاجرين

المعنيين؛ (ب) تستتبع معاملة أولئك المهاجرين معاملة لا إنسانية أو مهينة، بما في ذلك

لغرض استغلالهم، ظروفًا مشددة للعقوبة في الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة 1 (أ) و(ب) 1'

و(ج) من هذه المادة، وكذلك، رهناً بالمفاهيم الأساسية لنظامها القانوني، في الأفعال

المجرمة وفقاً للفقرة 2 (ب) و(ج) من هذه المادة.

4 - ليس في هذا البروتوكول ما يمنع أي دولة طرف من اتخاذ تدابير ضد أي شخص يعدّ

سلوكه جرماً بمقتضى قانونها الداخلي)).

فبموجب هذا النص تكون الدول الأعضاء ملزمة بتبني تدابير تشريعية جنائية لتجريم تهريب المهاجرين والجرائم الأخرى الملحقة به.

سنحاول بدايةً دراسة جريمة التهريب وذلك بتعريفها وإبراز عناصرها وفقاً للبروتوكول (أولاً)، لأجل الاهتمام ثانياً بطبيعتها القانونية وتمييزها عن جريمة الاتجار بالبشر الواردة بالبروتوكول الثاني الملحق بالاتفاقية⁽¹⁾ (ثانياً).

أولاً: تعريف جريمة تهريب المهاجرين

بموجب نص المادة السادسة من البروتوكول الدول الأعضاء ستصنغ وتضفي الطابع التجريمي على نشاط تهريب المهاجرين الذي عرفته (م/3أ) منه بأنه "تدبير الدخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من رعاياها أو من المقيمين الدائمين فيها، وذلك من أجل الحصول، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى".

هذا التعريف لا يشمل سوى الدخول غير الشرعي *L'entré illégale* كهدف ودافع لتهريب المهاجرين، والذي يقصد به "عبور الحدود دون تقيّد بالشروط اللازمة للدخول المشروع إلى الدولة المستقبلة" (م/3ب).

يُعد هذا التعريف هو الأول الذي تم تبنيه على المستوى الدولي، وقد تمت مناقشته بعناية خلال جلسات التفاوض حول البروتوكول، فقد أرادت بعض الدول أن تدرج ضمن التعريف "الإقامة غير الشرعية" *Le séjour irrégulière* لأنه من الصعب أحياناً إثبات الدخول غير الشرعي للشخص بعد دخوله الدولة، خصوصاً إذا كانت المستندات والوثائق ثم إعدامها بعد الدخول؛ ففي مثل هذه

(1) بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25 الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في 15 نوفمبر 2000م، ودخل حيز التنفيذ في 25 ديسمبر 2003م، كما صادقت عليه ليبيا في 24/9/2004م.

الحالة سيكون من السهل إثبات الإقامة غير الشرعية، غير أنه من المتفق عليه أن الدخول غير الشرعي للدولة وليس الإقامة فيها، هو ما يُشكّل الأساس لمفهوم تهريب المهاجرين.

يوجب البروتوكول كما هو واضح، تجريم تدبير الدخول غير الشرعي من خلال تجريم نشاط تهريب المهاجرين (م/3أ) و(م/6.1أ) وتمكين اجنبي من الإقامة غير الشرعية من خلال تجريم تمكين شخص من البقاء في الدولة باستخدام وسائل غير مشروعة (م/6.1ج) حتى لو كان الدخول للدولة قد تم بشكل شرعي.

ففي الحالة الأولى: أي الدخول غير الشرعي، لم يتم احترام الشروط اللازمة لدخول الدولة، مثال ذلك عدم الحصول على التأشيرة، أو أن الوثائق الضرورية تم الحصول عليها بشكل غير مشروع مما يجعلها باطلة؛ وفي الحالة الثانية الخاصة بالتأمين وضمن الإقامة غير الشرعية، فالدخول كان شرعياً من الناحية القانونية لكن الوثائق تم استعمالها بشكل غير سليم، كالمهاجر الذي يستمر في الإقامة بشكل غير شرعي بعد نفاذ أو مضي المدة المُصرح له بها بموجب الإذن الممنوح له بشكل مشروع لحظة دخوله البلاد.

إن مفهوم تهريب المهاجرين في البروتوكول تم تحديده من خلال عنصرين أساسيين: الأول المصلحة المالية أو أي مصلحة مادية أخرى، والثاني عدم مشروعية الدخول لدولة ما، بالنسبة لهذا الأخير فإنه يشير للطبيعة عبر الوطنية للجريمة والتي سنتناولها لاحقاً؛ أما فيما يخص العنصر الأول، فإن نص المادة (3) من البروتوكول، باشرطه المصلحة المادية كعنصر أساسي في تعريف تهريب المهاجرين، يكون قد أخذ في الاعتبار الباعث وراء ارتكاب الفعل، بحيث لا يشمل مفهوم التهريب أنشطة أولئك الذين يقدمون المساعدة للمهاجرين لأجل غايات إنسانية بحثه، أو لارتباطات عائلية؛ فالبروتوكول يكافح ضد الاستغلال البشع للمهاجرين والربح غير المشروع الذي تُجنّبه عصابات الإجرام المنظم.

هذا المفهوم "منفعة مالية أو مادية أخرى" يُشير إلى التهريب المُنظم العابر للحدود، وبالتالي فتهريب المهاجرين في البروتوكول لا يقتصر فقط على التهريب البسيط للمهاجرين.

فالمُجرّم على ذلك، هو الذي كان الدافع إليه الاغتناء الناجم عن مساعدة المهاجرين على الدخول غير المشروع لإقليم دولة ما، أو عبور حدودها أياً كانت صورة المساعدة سواء بتوفير وسيلة النقل والعبور للحدود البرية أو الجوية أو البحرية، أو صناعة وتقديم مستندات سفر مزورة؛ في كل الأحوال لا يمكن الحديث عن تهريب للمهاجرين إن لم يكن هناك عبور وتجاوز غير مشروع لحدود دولة ما مترافقا مع السعي وراء مصلحة مالية أو أي مصلحة مادية الذي يُشكّل الباعث من وراء هذا النشاط وهو الركن المعنوي في هذه الجريمة كما سوف نرى.

ثانياً: الطبيعة القانونية لجريمة التهريب : جريمة منظمة عابرة للحدود

يلزم أن نضع في الأذهان دائماً أن تفسير وتطبيق التدابير المقررة في البروتوكول يجب أن يكون مقترناً دوماً بالاتفاقية التي تهدف لمكافحة كل أشكال الجريمة المنظمة. (م/4/37 من الاتفاقية وم 1/1 من البروتوكول)، فنطاق ومجال تطبيق البروتوكول تم تحديده بشكل صريح في المادة الرابعة منه المعنونة بـ"نطاق الانطباق"، بحيث ينطبق هذا البروتوكول، باستثناء ما ينص عليه خلافاً لذلك، على منع الأفعال المجرمة وفقاً للمادة (6) منه والتحري عنها وملاحقة مرتكبيها، حيثما تكون تلك الجرائم ذات طابع عبر وطني وتكون ضالعة فيها جماعة إجرامية منظمة، وكذلك على حماية حقوق الأشخاص الذين يكونون هدفاً لتلك الجرائم".

فالبروتوكول يجرم على هذا الأساس، الدخول غير الشرعي من قبل المهاجر لأرض دولة أجنبية بإشراف جماعة إجرامية منظمة، وهكذا مصطلح التهريب كما تم تعريفه في هذا البروتوكول، يُشكّل جريمة ذات طبيعة غير

وطنية التي تقتض عبور وتجاوز الحدود ووجود جماعة إجرامية منظمة، وهذا ما نحاول بيانه تباعاً.

1- الطبيعة غير الوطنية transnational للجريمة:

يقصد بالتهريب تسهيل المرور وتجاوز الحدود والدخول لدولة أخرى بشكل غير مشروع، عليه فان تهريب المهاجرين، وفقاً للتعريف يُعد دائماً جريمة عبر وطنية.

في هذا الخصوص، فإن المادة (2/3) من الاتفاقية حددت الطبيعة عبر الوطنية للجريمة، فالتهريب يُعد كذلك إذا كانت الجريمة قد ارتكبت في أكثر من دولة، أو ارتكب أحد عناصرها في دولة وعنصر آخر في دولة أخرى سواء تمثل ذلك في التحضير أو التخطيط لها أو إعطاء التوجيهات وفقاً لأحكام المادة (2/3) من الاتفاقية.

وفي معرض الحديث عن هذه الخاصية، تجدر الإشارة إلى أن من بين ما يميز تهريب المهاجرين عن الاتجار بالبشر هو هذه الطبيعة عبر الوطنية، ففي جريمة الاتجار لا يشترط بالضرورة عبور الحدود⁽¹⁾، فيجب تجريمه سواء حصل داخل حدود الدولة الواحدة أو تجاوزها لدولة أخرى؛ في حين أن التهريب يحتوي على عنصر أساسي يجعل منه جريمة عابرة للحدود بامتياز ألا وهو تجاوز الحدود وعبورها لدولة أخرى.

في الواقع، الاتجار بالبشر يبدو كظاهرة أوسع نطاقاً من التهريب وهذا هو السبب وراء وضع بروتوكول خاص لكل ظاهرة على حدة؛ فإن الإتجار

(1) للمزيد انظر: سالم إبراهيم بن أحمد النقي، جرائم الاتجار بالبشر واستراتيجيات مكافحتها على الصعيد الدولي، رسالة ماجستير، غير منشورة، أكاديمية الدراسات العليا، ليبيا، مدرسة العلوم الانسانية، قسم القانون، شعبة القانون الدولي، 2012م، ص45 وما يليها.

بالبشر كما عرفه البروتوكول في مادته الثالثة⁽¹⁾، يشمل قائمة غير حصرية لأنشطة الاستغلال التي تمس المرأة والطفل والتي تُعدّ من الاتجار بالبشر.

الاختلاف الأساسي الآخر يكمن في أن في حالة الاتجار المجرّم يتم تشغيل الضحايا بالقوة أو الإكراه أو الخداع؛ ويحصل من وراء استغلالهم على منفعة وريح مادي وفي الغالب يكون الاستغلال الجنسي أو العمل بالقوة؛ في حين في حالة التهريب، يكون المهاجرون قد انضموا بإرادتهم الحرة، عليه فإن الاستغلال المستقبلي للضحايا إن كان يُعدّ عنصراً أساسياً في الاتجار بالبشر وفقاً للبروتوكول، فإنه لا يُعدّ كذلك بالنسبة لتهريب المهاجرين الذي يعتد بالاستغلال المستقبلي للمهاجرين كظرف مُشدّد فقط.

2- الطبيعة الجماعية للجريمة:

فيما يخص ضلوع التنظيم الإجرامي في هذا النشاط، فإن الاتفاقية في المادة (2/أ) منها⁽²⁾ وضعت تعريفاً للجماعة الإجرامية المنظمة بحيث نستخلص منه أن البناء الهرمي وعدد الأعضاء والمدة الزمنية وطريقة وآلية العمل، تُعدّ

(1) وفقاً للمادة 3/أ من البروتوكول: "يقصد بتعبير الاتجار بالأشخاص" تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تقبلهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال، كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء."

(2) يقصد بتعبير "جماعة إجرامية منظمة" جماعة ذات هيكل تنظيمي، مؤلفة من ثلاثة أشخاص أو أكثر، موجودة لفترة من الزمن وتعمل بصورة متضامنة بهدف ارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الخطيرة أو الأفعال المجرّمة وفقاً لهذه الاتفاقية، من أجل الحصول، بشكل مباشر أو غير مباشر، على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى. المادة (2/أ) من الاتفاقية.

جميعها عناصر أساسية في التعريف؛ إضافة إلى أن الاتفاقية جعلت من السعي وراء مكاسب أو منافع مادية أو مالية الهدف النهائي والضروري لقيام الجماعة الإجرامية المنظمة، ومن ثم، فإن بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين يستهدف فقط أنشطة الجماعات الإجرامية المنظمة التي تسعى وراء الربح ويستبعد بذلك أنشطة الأشخاص الذين يساعدون المهاجرين لأجل أهداف إنسانية وغايات غير مادية أو لارتباطات عائلية. بالنتيجة أحكام البروتوكول لا يجب أن تنطبق على المهاجر السري المستقل سواء كان فرداً أو مع غيره، ونقصد بالمستقل هنا، هو الذي يتسلل معتمداً على نفسه وإمكانياته الذاتية دون الاستعانة بجماعات إجرامية منظمة.

ولما كان الهدف الأساسي المعلن من وراء وضع البروتوكول هو تجريم التهريب المنظم، فإن اتفاقية باليرمو في مادتها العاشرة تشير إلى ضرورة اعتبار الشخص المعنوي مسؤولاً سواء جنائياً أو مدنياً أو إدارياً؛ وذلك لأن أغلب جرائم العصابات الإجرامية المنظمة تتم غالباً تحت غطاء الشخص المعنوي.

الفرع الثاني: النشاطات اللصيقة بالتهريب

إضافة إلى تجريم التهريب غير المشروع للمهاجرين وتسهيل إقامتهم بشكل غير شرعي، فإن البروتوكول وضع أيضاً نشاطات أخرى تحت طائلة التجريم لاتصالها بنشاط التهريب المجرم، وهي سلوكيات تتعلق بالمستندات والوثائق، فما هي هذه السلوكيات، وما هو الركن المعنوي لها، هذا ما نحاول بيانه في التالي.

أولاً: السلوكيات المجرمة

إن المهريين غالباً ما يكون لديهم وسائلهم الخاصة بالتزوير وصناعة مستندات مزورة لأجل تسهيل الدخول أو الإقامة كشهادات الميلاد وعقود الزواج وحتى جوازات السفر أو بطاقات الهوية، ولهذا يفرض البروتوكول في المادة (1.6/ب) على الدول اعتبار تزوير مثل تلك المستندات أو حتى إعطاء أو امتلاك

مثل تلك المستندات لأجل تهريب المهاجرين جريمة جنائية، يشترط فقط لانطباق أحكام البروتوكول أن تكون تلك الأنشطة لأجل القيام بتهريب المهاجرين، معنى ذلك، أن امتلاك مهاجر غير شرعي لمستند مزور لغرض أن يتمكن من التسلل لدولة ما لا يقع تحت طائلة أحكام البروتوكول.

إضافة لذلك يجرّم البروتوكول أيضاً في المادة السادسة منه وفي الفقرة (2.ب.ج)، الاشتراك في أحد الأفعال المجرمة بموجبه وتنظيم أو توجيه أشخاص آخرين لارتكاب أحد تلك الأفعال، كما يجرّم ذات النص في فقرته الثانية (أ) الشروع في ارتكاب أحد تلك الأفعال المجرّمة، هذه الإمكانية لملاحقة حالات الشروع قد تكون إجراءً فعالاً في المكافحة، خصوصاً بالنسبة لجريمة تهريب المهاجرين التي بطبيعتها تستمر لفترة من الزمن طويلة نسبياً، وغالباً ما تكون جريمة موقوفة بسبب تدخل السلطات المختصة قبل وصول المهربين لوجهتهم النهائية.

ثانياً: الركن المعنوي للنشاطات المجرمة

الركن المعنوي لهذه النشاطات يتمثل هنا في الدافع المحرك لهذا النشاط، والدافع ليس له أهمية في نظرية التجريم كما نعرف، ولكنه يتحول إلى القصد الجنائي كلما اشترطه النص المجرم لتنقي الجريمة بانتفائه كهذه الجريمة، وهكذا، يجب أن يكون هناك دافع معين وراء ارتكاب الجريمة الاصلية وكذلك النشاطات اللصيقة بها كتزوير وإعطاء وامتلاك المستندات لتسهيل ارتكابها، وهذا الدافع يكمن في الحصول على مصلحة مادية أو مالية.

فالركن المعنوي في جرائم المستندات ووثائق السفر هو ذاته المطلوب بالنسبة لعملية التهريب؛ يجب أن يكون هناك دافع أول وراء تزوير وإعطاء وامتلاك مثل تلك المستندات، ألا وهو الحصول على مصلحة مادية أو مالية، إضافة إلى هدف آخر وهو السماح والتمكين من عملية تهريب المهاجرين. كل هذه الاشتراطات تهدف إلى استبعاد وحماية المهاجر الذي يمتلك أو يزور مستند سفر لغرض أن يتمكن من التسلل لدول أخرى دون مساعدة العصابات الاجرامية.

واشترط وجود الدافع المادي لدى الفاعل في جريمة تهريب المهاجرين ورد بالمادة الثالثة من البروتوكول التي تشترط السعي " من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى"؛ هذا التعبير (منفعة مالية أو مادية أخرى) يُشير بشكل واضح للعصابات الإجرامية، فتسهيل دخول المهاجرين أو إقامتهم بشكل غير قانوني بمقابل مادي في الدولة يعد أحد الأنشطة الخطيرة التي تضطلع بها عصابات الجريمة المنظمة العابرة للحدود، عليه فإنه يشكل الهدف الأول للبروتوكول، فهذه العبارة تم إراجها لأجل الإشارة إلى أن المستهدف هو العصابات الإجرامية واستبعاد تلك الأنشطة التي يهدف مرتكبها من ورائها غاية إنسانية أو لأسباب وروابط عائلية.

فالاهتمام من قبل لجنة صياغة نصوص البروتوكول كان منصبا حول توجيه المشرعين نحو خلق جريمة جنائية تطل فقط من يكرس نفسه للتهريب غير المشروع لأجل مصلحة مادية. عليه فالإشارة للهدف المادي هنا يراد منها بشكل ضمنى عدم عقاب من يساعد المهاجر لأسباب أخرى غير مادية.

الهدف الأساسي المعلن من وراء وضع البروتوكول كما هو واضح من نصوصه، هو تجريم التهريب ومكافحته بوضع عقوبة مناسبة لمن يقوم عليه تحقيقا للردع المطلوب، لأجل ذلك اتفاقية باليرمو تجعل من قسوة العقوبة شرطا إجباريا وضروريا (م/11). كما أن تعريض حياة وسلامة المهاجرين المهربين للخطر أو معاملتهم معاملة لا إنسانية أو مهينة أو استغلالهم يجب اعتباره ظرفاً مشدداً إذا اقترن بفعل التهريب (م/6.3/أ/ب).

يبدو واضحا مما سبق أن ظاهرة التهريب استحوذت على اهتمام المجموعة الدولية، والجهود الدولية في هذا الشأن كانت كبيرة والدليل تبني بروتوكول خاص لمكافحة التهريب، لكن يحق للباحث هنا أن يتساءل عما إذا كان الأمر يتعلق فقط بمحاربة ظاهرة التهريب من خلال هذا البروتوكول أم أن للأمم المتحدة هدفاً آخر ترمي للوصول اليه ؟ سنحاول أن نجد عناصر للإجابة على هذا التساؤل في المطلب التالي.

المطلب الثاني

الوجه الآخر للبروتوكول: مواجهة الهجرة السرية

إذا كانت الدول اعلنت الكفاح بفاعلية ضد تهريب المهاجرين بتبنيها بروتوكول الأمم المتحدة لمكافحة تهريب المهاجرين غير الشرعيين إلا انه يلاحظ من خلال دراسة نصوص هذه الآلية أن هناك أهداف أخرى أكثر أولوية وأهمية في نظر تلك الدول.

من خلال تحليل نصوص هذه الآلية الدولية سنحاول استكشاف الغاية المستهدفة من وراء هذا البروتوكول؛ سنبدأ أولاً بدراسة حماية حقوق المهاجر غير الشرعي في البروتوكول (الفرع الأول)، لأجل ان نصل إلى كشف الهدف البعيد المستتر وراء هذا البروتوكول ألا وهو مواجهة الهجرة السرية في حد ذاتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية حقوق المهاجر غير الشرعي كهدف ثانوي

رغم اعتراف الدول الأعضاء في البروتوكول بضعف المهاجر غير الشرعي (أولاً)، إلا أن ضعف حال هذا الأخير، وعزلته وهشاشة موقفه لا تحمل له أي نوع من الحماية والرعاية الإضافية في مواجهة الدول، التي تتخذ موقف ضده يتجه نحو التجريم، فلم تمنح الدول الأعضاء الحماية اللازمة لهؤلاء المهاجرين (ثانياً) الأمر الذي يجعل من البروتوكول آلية من آليات القانون الجنائي الدولي في المقام الأول، في حين كان يجب أن يكون آلية لحماية حقوق الإنسان.

أولاً : الاعتراف بضعف حال المهاجر السري

المهاجرون واللاجئون على السواء في غياب وجود خيار آخر، يجدون أنفسهم مجبرين غالباً على اللجوء للمهربين، وهذا ما يضعهم في موقف الخاضع والضعيف مما يزيد من احتمال وقوعهم ضحايا للمهربين؛ هذا التهريب الذي

ينتهي غالباً نهاية حزينة مؤسفة لأولئك الذين يأملون في الفرار من الظروف القاسية التي يعانونها في بلدانهم من فقر وبؤس واضطهاد.

فإذا كان المهاجرون الذين يصلون عادة لوجهتم بمساعدة المهربين أصحاء معافين، إلا أن هناك حالات يقع فيها هؤلاء ضحايا لسوء المعاملة والاستغلال من طرف المهربين؛ والجميع يرى المشاهد التي تثبت في وسائل الاعلام المختلفة التي تعرض المهاجرين محل التهريب في ظروف غاية في القسوة، بل منهم من يفارق الحياة في كثير من الحالات.

في إطار مكافحة تهريب المهاجرين والجريمة المنظمة، يتوجب عند وضع سياسات الهجرة الأخذ في الاعتبار هذه الظروف، والموقف الضعيف للمهاجر محل التهريب ومخاطر وقوعه ضحية لاستغلال هذه المنظمات، وفي هذا الاتجاه يعترف البروتوكول في المادة (3/6) بالطبيعة الخطيرة لنشاط التهريب، وذلك من خلال التزام الدول الأعضاء باعتبار التهريب مقترنا بظرف مشدد عندما يعرض للخطر حياة وسلامة المهاجرين محل التهريب، أو المعاملة الإنسانية والمهينة لهؤلاء المهاجرين بما فيها الاستغلال بجميع أنواعه. في هذا الخصوص، يستطيع المشرعون الوطنيون للدول الأعضاء أن يتبنوا تجريماً خاصاً بالتهريب غير الشرعي أو ملائمة النصوص الموجودة مسبقاً مع التهديد بعقوبات مشددة.

فالكفاح ضد التهريب ينبغي أن يستهدف بالدرجة الأولى حماية المهاجر السري من الأنشطة الإجرامية للمهربين أو أعضاء العصابات الإجرامية، فالاهتمام يجب أن ينصب بالدرجة الأولى على الوقاية ومنع هذه الأنشطة الإجرامية والمعاملة الإنسانية للمهاجرين، وفي كل الأحوال، هذا ما يمكن أن يستشف من المادة الرابعة عشرة من البروتوكول.

في الحقيقة، يعتبر البروتوكول المهاجر مثل الضحية لشبكة إجرامية يجب حمايته منها، الأستاذ باسيتد بورديو Bastid Burdeau يستنتج أن ذلك يشير إلى الرغبة في الاعتراف بضرورة تقوية الحقوق الأساسية للمهاجرين. (1)

فضلا عن ذلك وأثناء عرض محتوى البروتوكول، فقد أعلن مكتب الأمم المتحدة للمخدرات ومنع الجريمة أن المهاجرين يعتبرون ضحايا ويحتاجون للحماية⁽²⁾، كل ذلك يدفع للاعتقاد بأن الدول الأعضاء تعترف بالمهاجرين كضحايا، وتعترف بحاجتهم للحماية، لكنها في الحقيقة لم تمنحهم هذا المركز القانوني في نصوص البروتوكول. فالدول الأعضاء لم ترغب في الاعتراف بشكل صريح وواضح بضعف المهاجر غير الشرعي، وبالنتيجة كان هناك غياب للحماية والمساعدة الواجبة للمهاجر ضحية المهربين (محل التهريب).

من المناسب الإشارة هنا إلى أنه في إطار قضية تهريب للمهاجرين، فكرة غياب الرضا تسمح عموماً بانطباق جريمة الاتجار بالبشر إذا كانت الدولة العضو قد صادقت على تطبيق البروتوكول الخاص به بطبيعة الحال، في هذه الحالة يقع على الفرد عبء إثبات غياب الرضا حتى يستطيع الاستفادة من أفضل حماية خصوصا المساعدة المنصوص عليها في بروتوكول الاتجار بالبشر، وهو ليس بالأمر الهين في الواقع العملي، مما يحرم المهاجر (محل التهريب) في نهاية الأمر، من الحماية القانونية اللازمة.

(1) G. BASTID-BURDEAU « Migrations clandestines et droit de la mer », in La mer et son droit Mélanges Lucchini et Quéneudec, Paris : Pedone, 2003 ; p. 57, spéc., p. 66.

(2) L'Assemblée Générale adopte la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et ses protocoles additionnels, Communiqué de Presse de l'Assemblée générale des Nations Unies, AG/1108, 15 nov. 2000.

ثانياً / اقرار مبدأ الحماية للمهاجر محل التهريب

كان المتفاوضون باسم الدول يتمنون في البداية، إرسال المهاجرين غير الشرعيين إلى حيث كانوا بدون الالتزام بشكل واضح بدراسة طلبات اللجوء التي يمكن أن يتقدم بها بعض هؤلاء المهاجرين⁽¹⁾، غير أن العديد من المنظمات الدولية والمنظمات غير الحكومية التي كان لها يد في إعداد هذا البروتوكول، أبرزت قلقها بخصوص الموضوع نتيجة لأن الأولوية بالنسبة للدول هي الحد من تهريب المهاجرين دون الأخذ في الاعتبار لا أسباب هذا التهريب ولا نتائجه، كما اعتبرت أن تدابير الحماية للاجئين غير كافية.

فقد تمسكت تلك المنظمات ودافعت على ضرورة حماية ضحايا هذه الأنشطة الإجرامية، وحثتهم في ذلك أن المهاجرين خصوصاً عندما يكونون في وضع مخالف للقانون، يكون مركزهم هشاً وضعيفاً مما يجعلهم عرضة لانتهاك حقوقهم الأساسية، فالبروتوكول يجب أن يحمي هؤلاء المهاجرين الذين يُعدون ضحايا للاستغلال في بلدانهم التي ينتمون إليها أو في دولة العبور أو في الدولة المستهدفة كوجهة نهائية، فهم معرضون أكثر من غيرهم لخطر الاستغلال بجميع أنواعه، فمن الواجب إذن، أن يحمي البروتوكول ويدافع عن الحقوق الأساسية للإنسان التي يستطيع كل فرد أن يتمتع بها ويدافع عنها حتى ولو كان مهاجراً غير شرعي⁽²⁾.

(1) PH. TREMBLAY, « Haro sur les migrants clandestins », Relations, déc. 2000, n° 665, p. 33.

(2) « Le Haut Commissariat, l'UNICEF et l'OIM tiennent tout particulièrement à [...] faire en sorte que ces instruments ne soient pas incompatibles avec les normes juridiques internationales en vigueur et n'y portent pas atteinte » et que « les migrants, surtout lorsqu'ils sont en situation irrégulière ou illégale, ont un statut précaire qui les rend particulièrement vulnérables aux violations de leurs droits les plus fondamentaux. Le projet de Protocole vise des

لهذا السبب ألح مكتب المندوب السامي لحقوق الإنسان (HCDH)، طيلة مدة التحضير لاتفاقية باليرمو على ضرورة مراعاة أن تنص في أي إجراء دولي لمكافحة تهريب المهاجرين صراحة على الالتزام باحترام وحماية حقوق الإنسان للأفراد بمن فيهم المهاجرون السريون⁽¹⁾. لقد دفع المندوب السامي الدول للاعتراف بحقوق اللاجئين، وعدم رد أو طرد طالبي اللجوء وحماية حقوق الإنسان، إضافة إلى أنه عارض بشدة سياسة الاعتقال للمهاجرين غير الشرعيين أو المتسللين وطالب الحكومات بمساعدة المهاجرين، ضحايا التهريب. بالنهاية ونتيجة للضغوطات المؤثرة في الواقع لكل المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية ومطالبتهم بالنص صراحة على هذه الضمانات وبشكل واضح في البروتوكول، تم إقرار تدابير الحماية هذه في المادة (16) منه، والتي

migrants qui sont ou ont été victimes d'une exploitation de type criminel dans leur pays d'origine, de transit ou de destination et qui sont donc d'autant plus exposés au risque d'exploitation. Il est donc impératif que le Protocole protège et défende les droits fondamentaux dont tout un chacun peut se prévaloir, y compris les migrants en situation illégale ». v. Note du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, du Fonds des Nations Unies pour l'enfance, de l'Organisation internationale pour les migrations concernant les projets de protocole relatifs à l'introduction clandestine de migrants ou trafic de personnes, comité spécial sur l'élaboration d'une convention contre la criminalité transnationale organisée, huitième session, Vienne, 21 févr. -3 mars 2000, A/AC.254/27.

(1) Bureau du la haut-commissaire des Nations Unies pour les droits de l'homme (HCDH), Message du Haut-Commissaire aux droits de l'homme, Mary Robinson, à la Commission Ad Hoc sur l'élaboration d'une Convention contre le crim transnationale organisée, Juin-juill. 1999 ; cité par : A. SCHLOENHARDT, Migrant Smuggling: Illegal Migration and Organised Crime in Australia and the Asia Pacific Region, coll. refugees and human rights, Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 302.

جاء نصها كالتالي : ((1- لدى تنفيذ هذا البروتوكول، تتخذ كل دولة طرف، بما يتسق مع التزاماتها بمقتضى القانون الدولي، كل التدابير المناسبة، بما في ذلك سن التشريعات عند الاقتضاء، لصون وحماية حقوق الأشخاص الذين يكونون هدفا للسلوك المبين في المادة 6 من هذا البروتوكول، حسبما يمنحهم إياها القانون الدولي المنطبق، وبخاصة الحق في الحياة والحق في عدم الخضوع للتعذيب أو غيره من أشكال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.

2- تتخذ كل دولة طرف التدابير المناسبة لكي توفر للمهاجرين حماية ملائمة من العنف الذي يمكن أن يسلط عليهم، سواء من جانب أفراد أو جماعات، بسبب كونهم هدفا للسلوك المبين في المادة 6 من هذا البروتوكول.

3- توفر كل دولة طرف المساعدة المناسبة للمهاجرين الذين تتعرض حياتهم أو سلامتهم للخطر بسبب كونهم هدفا للسلوك المبين في المادة 6 من هذا البروتوكول.

4- لدى تطبيق أحكام هذه المادة، تأخذ الدول الأطراف في الاعتبار ما للنساء والأطفال من احتياجات خاصة.

5- في حال احتجاز شخص كان هدفا لسلوك مبين في المادة 6 من هذا البروتوكول، تنقيد كل دولة طرف بالتزاماتها بمقتضى اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية، حيثما تنطبق، بما فيها ما يتعلق بإطلاع الشخص المعني، دون إبطاء، على الأحكام المتعلقة بإبلاغ الموظفين القنصليين والاتصال بهم.)

إن بند الحماية الوارد بالمادة 16 يُشكّل النص الوحيد الذي بموجبه اعترف البروتوكول صراحة بالحقوق الأساسية للإنسان، الأمر الذي يجعلنا لا نُعده ضمن الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان.

الفرع الثاني: مواجهة الهجرة السرية كهدف اساسي

يكمُن أساس البروتوكول في التعاون بين الدول لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود، وفي هذا الشأن يعد تشجيع التعاون بين الدول الأعضاء لغرض منع ومحاربة تهريب المهاجرين أحد أكبر أهداف البروتوكول كما جاء في المادة (2) منه.

لهذا الغرض تكون الدول الأعضاء الموقعة على البروتوكول ملزمة بتقوية التعاون بين السلطات المختصة في مجالين: المجال الأول يتمثل في تبادل المعلومات (م 10)⁽¹⁾، وتدابير الحدود (م 11)، ومستندات السفر والهوية (م 12-13) (أولاً)، والمجال الثاني يكمن في ضرورة عودة المهاجرين المهريين "محل التهريب" (م 18)، إضافة لإجراءات أخرى للحد من التهريب (م 15) (ثانياً).

أولاً: تدابير أمن الحدود ووثائق السفر

التدابير الأمنية على الحدود ومراقبة الوثائق، وفقاً للمادتين (11 - 12) من البروتوكول تلزم الدول بتقوية إجراءاتها لأجل مراقبة حدودها وذلك من خلال الاهتمام بمراقبة المسافرين ووثائق السفر.

(1) بموجب نص مادة 10 من البروتوكول، لأجل منع ومحاربة التهريب، الدول الأعضاء تحرص على تبادل المعلومات ذات الصلة: بنقاط الانطلاق والمقصد، والدروب والناقلين ووسائل النقل المستخدمة لممارسة نشاط التهريب المُجرم بموجب المادة السادسة من البروتوكول، إضافة لهوية وأساليب عمل العصابات الإجرامية المنظمة الضالعة في ممارسة هذا السلوك، وعلى الخصوص تبادل المعلومات في شأن صحة وثائق السفر الصادرة عن الدول الأطراف وسلامتها من حيث الشكل، وكذلك حول سرقة نماذج وثائق السفر أو الهوية أو ما يتصل بذلك من إساءة استعمالها، ووسائل تحويل وثائق السفر أو الهوية أو حيازتها بشكل غير مشروع.

فبالرجوع لنص المادة (11)، تلتزم الدول الأعضاء باتخاذ تدابير تشريعية لمنع استعمال وسائل النقل التجارية المعتمدة في ارتكاب هذا النشاط (م/11/2)، في الواقع، هذا التدبير يرمي إلى إجبار الناقل التجاري بما في ذلك كل ناقل أو مالك وسيلة نقل، على التدقيق والتحقق أن كل الركاب يحوزون وثائق السفر المطلوبة للدخول لبلد المقصد، وبموجب الفقرة (3) من ذات المادة، فإن الدول الأطراف عليها أن تلتزم الناقل التجاري بالتأكد من وجود أو عدم وجود وثائق بحوزة المسافرين لحظة الصعود فقط دون الحكم أو تقدير مدى صحة وصلاحيته تلك الوثائق للسفر، ويمكن أن يخضع الناقل للعقاب في حالة مخالفة هذا الالتزام.

وهذه الفقرة لا تضع حدوداً لحرية الدول الأطراف في معاقبة الناقل التجاري في حالة أنه جلب معه لاجئاً بدون وثائق سفر؛ حيث أن المادة (19) توجب على الدول التقيد فقط بالالتزامات العامة الموجودة في القانون الدولي بموجب اتفاقية 1951م وبروتوكول 1967م الخاص باللاجئين فهما لا تفرضان أي حماية على من يساعد طالب اللجوء في الوصول للدولة المقصد. إجراء آخر يهدف لزيادة الفاعلية على مراقبة الحدود يتمثل بأحكام المادة 12 من البروتوكول التي تطلب من الدول الأعضاء أن تجعل مستندات السفر التي تصدرها صعبة التزوير وليس من السهولة الحصول عليها بشكل غير مشروع.

ثانياً: تدابير عودة المهاجرين غير الشرعيين

تدبير آخر يستحق الإشارة إليه ورد في المادة 18 من البروتوكول، هذا التدبير الذي يبين شروط واجراءات عودة المهاجرين والمقيمين بشكل غير شرعي لبلدهم الأصل.

تنص م 18 من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين والمعونة بإعادة المهاجرين المهربين على ان: (1) - توافق كل دولة طرف على أن تيسر وتقبل، دون إبطاء لا مسوغ له أو غير معقول، إعادة الشخص الذي يكون هدفاً للسلوك

المبين في المادة 6 من هذا البروتوكول، والذي هو من رعاياها أو يتمتع بحق الإقامة الدائمة في إقليمها وقت إعادته. 2- تنظر كل دولة طرف في إمكانية تيسير وقبول إعادة أي شخص يكون هدفاً للسلوك المبين في المادة 6 من هذا البروتوكول ويتمتع بحق الإقامة الدائمة في إقليمها وقت دخوله الدولة المستقبلة وفقاً لقانونها الداخلي. 3- بناء على طلب الدولة الطرف المستقبلة، تتحقق الدولة الطرف متلقية الطلب، دون إبطاء لا مسوغ له أو غير معقول، مما إذا كان الشخص الذي يكون هدفاً للسلوك المبين في المادة 6 من هذا البروتوكول من رعاياها أو يتمتع بحق الإقامة الدائمة في إقليمها. 4- تيسيراً لإعادة الشخص الذي يكون هدفاً للسلوك المبين في المادة 6 من هذا البروتوكول وليست لديه وثائق صحيحة، توافق الدولة الطرف التي يكون ذلك الشخص من رعاياها أو يتمتع بحق الإقامة الدائمة في إقليمها على أن تصدر، بناء على طلب الدولة الطرف المستقبلة، ما قد يلزم من وثائق سفر أو أي إذن آخر لتمكين ذلك الشخص من السفر إليها ودخوله إقليمها مجدداً. 5- تتخذ كل دولة طرف معنية بإعادة شخص يكون هدفاً للسلوك المبين في المادة 6 من هذا البروتوكول كل التدابير اللازمة لتنفيذ الإعادة على نحو منظم ومع إيلاء الاعتبار الواجب لسلامة ذلك الشخص وكرامته. 6- يجوز للدول الأطراف أن تتعاون مع المنظمات الدولية المختصة في تنفيذ هذه المادة).

إذاً على كل دولة أن تقبل وتسهل إجراء عودة رعاياها أو من له حق الإقامة على إقليمها، وقت دخوله الدولة أو وقت إعادته، بسرعة دون تأخير غير مبرر، وأن تصدر ما يلزم من وثائق سفر وأي أذونات أخر لتمكينهم من دخول إقليمها مجدداً، يبدو واضحاً أن هذا النص يضع إجراءات محددة لضمان عودة المهاجرين السريين بالدرجة الأولى وعدم بقائهم في الدولة المستقبلة.

ورغم أن البروتوكول ضد تهريب المهاجرين كما يشير لذلك اسمه، فإن مجموع الترتيبات والتدابير تؤكد أنه ليس إلا وسيلة للحد من الهجرة تستهدف بالدرجة الأولى التسلسل السري للمهاجرين، وهذا يؤكد ان الأولوية عند الدول

الأعضاء هي منع دخول المهاجرين لأقاليمها، وهذا فيما نعتقد، هو الوجه الآخر لهذا البروتوكول القائم على وضع حاجز أمام تيار الهجرة المتدفق العابر للحدود، فما هو إلا وسيلة للحد من الهجرة أكثر منه أداة لمكافحة الجريمة المنظمة، فهو أداة من أدوات القانون الجنائي الدولي، أداة تجريم برنامجها العام يستهدف الحد من الهجرة السرية ومنع دخول هؤلاء المهاجرين داخل الدولة.

المطلب الثالث

تقييم السياسة الدولية في مواجهة تهريب المهاجرين

سنهتم أولاً بالتدابير المعتمدة لمحاربة هذا النوع الخطير من التهريب، لأجل ان نصل إلى كشف الهدف البعيد المستتر وراء مثل هذه الإجراءات والآليات (الفرع الأول)، لنعكف على دراسة الوضع القانوني والانساني للمهاجر غير الشرعي في بنود البروتوكول (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقييم اجراءات مواجهة ظاهرة التهريب

لقد رأينا كيف أن البروتوكول لا يضع أحكاماً تستطيع أن تقلص من الخطر الذي يمكن أن يلحق المهاجر من الجماعات الإجرامية، لأنه يقترح تدابير عقابية ضد تهريب المهاجرين وهي تدابير تخط بين الفاعل والضحية في جريمة التهريب⁽¹⁾، وتعطي الأولوية لاستهداف المهاجرين أنفسهم وليس عصابات المهريين بصفة رئيسية (أولاً) فالخطر الذي يجب تفاديه، بالنسبة للدول يكمن في وصول المهاجرين السريين وبقائهم على أراضيها وليس في أنشطة المهريين نفسها (ثانياً).

(1) L.TOUPIN. La question du "trafic des femmes". Points de repères dans la documentation des coalitions féministes internationales anti-traffic, Montréal, éd. Stella et Alliance de recherche IREF/Relais-Femmes, 2002.

أولاً: تدابير امن الحدود ووثائق السفر: تدابير تستهدف المهاجرين عوضاً عن المهربين

إن الأهمية المعطاة في نص المادة (3/11) لامتلاك وثائق سفر سليمة لا يُستبعد معها أن تتجه السلطة التنفيذية المختصة للتقليل من شأن وقيمة صحة طلب اللجوء المقدم من مهاجر لا يمتلك مثل تلك الأوراق، حيث يُخشى أن يتأثر المسئول عن تقييم مدى مشروعية وصحة طلب اللجوء ويفسد حكمه بسبب الاجراء المفروض وهو الاحتجاز La détention المترتب على طريقة دخول طالب اللجوء للدولة بشكل غير قانوني. والحال أن صفة اللاجئ لا علاقة لها أبداً بهذه الاعتبارات الإدارية.

فوفقاً للمذكرة التوضيحية للبرتوكول، فإن تطبيق نص المادة (11) منه، يجب ألا يؤدي إلى عرقلة وتعطيل غير ضروري لحركة المسافرين الحائزين على مستندات سفر صحيحة⁽¹⁾، مما يقودنا للاستنتاج أن الهدف هنا هو الحد من السفر والدخول غير المشروع للمسافرين بدون التمييز بين السفر الذي دُبر بواسطة المهربين وبين ذلك السفر الذي يحاول فيه المهاجر أن يجرب حظّه بنفسه معتمداً على قدراته الذاتية، إن هذا التدبير، في الحقيقة فيما يبدو لنا من التدابير التي تهدف لاكتشاف المهاجرين السريين ولا يستهدف المهربين أنفسهم.

و ينبغي التنويه هنا إلى أن التدابير المنصوص عليها في البروتوكول خصوصاً تدابير أمن الحدود ومراقبة الوثائق، تجعل من الصعب جداً الدخول والسفر للدولة المستهدفة من قبل من يعتزم الهجرة إليها، مما يدفع طالبي اللجوء للالتجاء للوسائل غير المشروعة للهجرة أي للمهربين، ومن هنا فإن السفر سيكون أخطراً ومكلفاً تحت إشراف العصابات الإجرامية المنظمة. عليه فإن

(1) Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, A/55/383/Add.1, para. 103, p. 20.

تدابير البروتوكول قد تؤدي إلى نقيض مقصودها من حيث أنها تدفع الراغبين في الهجرة للاحتماء بعصابات التهريب لصعوبة ذلك بوسائلهم الخاصة، مع خطر الأضرار بالمهاجرين وطالبي اللجوء.

ثانياً: ضمان عودة المهاجرين غير الشرعيين

إن كلا من بروتوكول مكافحة الاتجار بالبشر وبروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين الملحقين باتفاقية باليرمو، يتضمنان تدابير خاصة بعودة المهاجرين محل التهريب وضحايا الاتجار بالبشر؛ غير أنه بمقارنة هذه الإجراءات، نلاحظ أنها تختلف عن بعضها بشكل واضح : ففي حالة تهريب المهاجرين يجب أن يعود المهاجرون (دون إبطاء لا مسوغ له أو غير معقول)⁽¹⁾، بالمقابل بروتوكول

(1) تنص م 18 من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين والمعنونة بإعادة المهاجرين المهرئين على ان : (1- توافق كل دولة طرف على أن تيسر وتقبل، دون إبطاء لا مسوغ له أو غير معقول، إعادة الشخص الذي يكون هدفاً للسلوك المبيّن في المادة 6 من هذا البروتوكول، والذي هو من رعاياها أو يتمتع بحق الإقامة الدائمة في إقليمها وقت إعادته. 2- تنظر كل دولة طرف في إمكانية تيسير وقبول إعادة أي شخص يكون هدفاً للسلوك المبيّن في المادة 6 من هذا البروتوكول ويتمتع بحق الإقامة الدائمة في إقليمها وقت دخوله الدولة المستقبلية وفقاً لقانونها الداخلي. 3- بناء على طلب الدولة الطرف المستقبلية، تتحقق الدولة الطرف متلقيّة الطلب، دون إبطاء لا مسوغ له أو غير معقول، مما إذا كان الشخص الذي يكون هدفاً للسلوك المبيّن في المادة 6 من هذا البروتوكول من رعاياها أو يتمتع بحق الإقامة الدائمة في إقليمها. 4- تيسيراً لإعادة الشخص الذي يكون هدفاً للسلوك المبيّن في المادة 6 من هذا البروتوكول وليست لديه وثائق صحيحة، توافق الدولة الطرف التي يكون ذلك الشخص من رعاياها أو يتمتع بحق الإقامة الدائمة في إقليمها على أن تصدر، بناء على طلب الدولة الطرف المستقبلية، ما قد يلزم من وثائق سفر أو أي إذن آخر لتمكين ذلك الشخص من السفر إليها ودخوله إقليمها مجدداً. 5- تتخذ كل دولة طرف معنية بإعادة شخص يكون هدفاً للسلوك المبيّن في المادة 6 من هذا البروتوكول كل التدابير اللازمة لتنفيذ الإعادة على نحو منظم ومع إيلاء الاعتبار الواجب لسلامة ذلك الشخص وكرامته. 6- يجوز للدول الأطراف أن تتعاون مع المنظمات الدولية المختصة في تنفيذ هذه المادة).

مكافحة الاتجار بالبشر يضع إجراءات وتدابير يرمي من ورائها تجنب الأبعاد الفوري للأفراد ضحايا الاتجار⁽¹⁾.

في الواقع، يُفضل أن تكون عودة ضحايا الاتجار إرادية⁽²⁾، مما يؤكد مرة أخرى أن حماية المهاجرين في بروتوكول التهريب ليس من الأولويات؛ في الحقيقة كان الهدف بالنسبة للدول الأعضاء قبل كل شيء، هو الحيلولة دون دخول المهاجرين للدولة بشكل غير قانوني وذلك من خلال إجراءات وتدابير على الحدود، وإرسالهم، في حالة تمكنهم من الدخول والتسلل، بأسرع وقت لبلادهم من خلال إجراءات العودة المقررة، إن الخطر الذي يجب تفاديه بالنسبة للدول، يكمن في وصول المهاجرين السريين على أراضيها وليس في أنشطة المهريين نفسها.

وتتبعي الإشادة في هذا الصدد، بموقف المكسيك والذي كان يجب أن يُقتدي به، حيث إن ممثل المكسيك السيد Manuel Tello، أثناء تبني البروتوكول، أشار إلى أن البروتوكول ضد تهريب المهاجرين يُعدّ أداة تستهدف تشجيع ودعم التعاون الدولي لأجل محاربة هذه الظاهرة، ولا ينبغي يكون أبداً أداة للحد من الهجرة؛ بل أنه أعلن أن المكسيك تؤيد تبني هذا البروتوكول فقط إذا

(1) (م 1/7) من بروتوكول مكافحة الاتجار بالبشر تنص على : (1- بالإضافة إلى اتخاذ التدابير المبينة في المادة 6 من هذا البروتوكول، تنتظر كل دولة طرف في اعتماد تدابير تشريعية أو تدابير أخرى مناسبة تسمح لضحايا الاتجار بالأشخاص، في الحالات التي تقتضي ذلك، بالبقاء داخل إقليمها بصفة مؤقتة أو دائمة.)

(2) (م 2/8) من بروتوكول مكافحة الاتجار بالبشر تنص على : (عندما تعيد دولة طرف ضحية اتجار بالأشخاص إلى دولة طرف يكون ذلك الشخص من رعاياها أو كان يتمتع بحق الإقامة الدائمة فيها وقت دخوله إلى الدولة المستقبلية، يراعى في إعادة ذلك الشخص إيلاء الاعتبار الواجب لسلامته، ولحالة أي إجراءات قانونية تتصل بكون الشخص ضحية للاتجار. ويفضل أن تكون تلك العودة طوعية.)

الترم بالجوانب الجنائية لتهريب المهاجرين عن طريق عصابات إجرامية منظمة، والترم بحماية حقوق الأفراد الذين يتعرضون لهذه الأنشطة الإجرامية⁽¹⁾.

ان تدابير البروتوكول تستهدف الحد من الهجرة السرية ومنع دخول هؤلاء المهاجرين، ومما يؤكد هذا المعنى فيما نعتقد، أن مشروع البروتوكول بتسميته الفرنسية⁽²⁾ كان معنوناً حتى الجلسة قبل الأخيرة للمشاورات، الجلسة الحادية عشرة تحديداً، بـ "بروتوكول ضد التسلل السري للمهاجرين" عبارة تؤكد ان الأولوية عند الدول الأعضاء هي منع دخول المهاجرين لأقاليمها، وهذا ما نقصده بالوجه الآخر لهذا البروتوكول.

الفرع الثاني: تجاهل الوضع القانوني والانساني للمهاجر غير الشرعي

فيما يؤكد البروتوكول في ديباجته على معاملة المهاجرين معاملة إنسانية وحماية حقوقهم الإنسانية حماية تامة، نجد أحكامه تعكس حقيقة مغايرة، تبدو من خلال ضعف الحماية القانونية المقررة للمهاجر (أولاً) والظهور الضعيف والمحدود لتدابير الحماية والمساعدة للمهاجر غير الشرعي (ثانياً).

أولاً: ضعف الحماية القانونية للمهاجر غير الشرعي

سوف نبحت حقيقة عدم العقاب لمن يقدم المساعدة للمهاجر غير الشرعي لغرض إنساني، والتي تستنتج من الإشارة للهدف المادي كركن أساسي في

(1) L'Assemblée Générale adopte la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et ses protocoles additionnels, Communiqué de Presse de l'Assemblée générale des Nations Unies, AG/1108, 15 nov. 2000.

(2) E. JIMENEZ CALVO, Le combat contre le trafic des migrants au Canada : Contrôle migratoire d'abord, lutte au crime organisé ensuite, th : Philosophie du droit en Criminologie, Université de Montréal : école de criminologie, 2006, p. 155

التهريب؛ لأجل الاهتمام فيما بعد بالمهاجر نفسه ومركزه القانوني في البروتوكول.

1- الغموض والالتباس في امتناع العقاب على المهاجر ومن يساعده:

عدم عقاب من يقدم المساعدة للمهاجر يتطلب فحص الإشارة للهدف المادي كعنصر أساسي لقيام جريمة التهريب في البروتوكول وقياس مدى تأثيره على مسؤولية من يساعد المهاجر على الدخول غير الشرعي.

بما أن مفهوم تهريب المهاجرين يستلزم عنصرين أساسيين : عدم مشروعية الدخول داخل الدولة واستهداف مصلحة مالية أو أي مصلحة مادية، إذاً نستطيع أن نعتبر مبدئياً أن البروتوكول يهدف لمحاربة المهربين أولاً وحماية امن الدولة المستقبلية⁽¹⁾.

إذا كان اشتراط وجود الهدف المادي لدى الفاعل في جريمة تهريب المهاجرين يدفع للاعتقاد أن الأولوية لدى الدول الأعضاء كما هو ظاهر، هي محاربة المهربين والجماعات الإجرامية المنظمة، غير أن غياب المسؤولية الجنائية لمن يساعد المهاجر لسبب آخر غير مادي في البروتوكول ليست مضمونة على أرض الواقع. وبيان ذلك أن البروتوكول يجب دوماً أن يُفسر ويُنظر إليه إلى جانب اتفاقية باليرمو خصوصاً الفقرة الثالثة من المادة 34 التي تسمح للدول الأعضاء بتبني تدابير أكثر تشدداً وقسوة من تلك التدابير المنصوص عليها في الاتفاقية. فالاتفاقية والبروتوكولات الملحقة بها لا تضع إلا الحد الأدنى للقواعد التي يتوجب احترامها من الدولة الطرف، فهذه الاخيرة حرة في اتخاذ

(1) M-J. GUARDIOLA LAGO, « La traite des êtres humains et l'immigration clandestine en Espagne : Réfléchissent-elles les prévisions des Nations Unies et de l'Union européenne ? », RID pén, 2008, vol. 79, n°3, p. 405, spéc., p. 410.

اجراءات أكثر تشدداً ووضع عقوبات أكثر رداءً⁽¹⁾. في ضوء ذلك فإن الأفراد الذين يساعدون المهاجرين على الدخول بشكل غير قانوني داخل الدولة لأسباب إنسانية أو لارتباطهم معهم بروابط عائلية أو صداقة يمكن أن يقعوا تحت طائلة التجريم داخل الدولة بموجب قوانينها الوطنية⁽²⁾.

2- عدم تحديد المركز القانوني للمهاجر غير الشرعي :

يلزم البروتوكول الدول بتجريم تهريب المهاجرين والمنظمات الإجرامية القائمة على هذا النشاط دون أن يشمل المهاجر؛ الغرض من ذلك بالنسبة لمعدي البروتوكول فيما يبدو، هو توجيه المشرعين الوطنيين نحو تجريم التهريب ومن يقوم عليه لمصلحة مادية، دون أن ينطبق على من يؤمن لنفسه دخوله غير المشروع لدولة ما، فالمادة (5) من البروتوكول تنص صراحة على غياب المسؤولية الجنائية للمهاجرين الذين يكونون محلاً للتهريب⁽³⁾. فامتاع مسؤولية المهاجر محل التهريب بنص صريح في البروتوكول تعد خطوة في الطريق

(1) Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant, op. cit. , par. 41, p. 15.

(2) في القانون الليبي الدافع غير المادي لا يجعل من المساعدة على الهجرة اقل تجريماً ولا يغير في الامر شيئاً، فالقانون رقم 19 لسنة 2010م بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة (منشور بمدونة التشريعات، العدد 10، السنة العاشرة، 2010/6/15م، ص400) في مادته الرابعة يعاقب كل من ارتكب السلوك المجرم متى قام به (بقصد الحصول لنفسه او لغيره على منفعة مادية او غير مادية مباشرة او غير مباشرة)، أي يستوي الدافع وراء ارتكاب السلوك عند مشرعا الوطني، مما لا يستبعد معه ان يقع تحت طائلة العقاب المنظمات والجمعيات الخيرية التي تمارس أنشطة لها علاقة بالمهاجرين غير الشرعيين.

(3) المادة 5 المعنونة بمسؤولية المهاجرين الجنائية تنص على انه "لا يصبح المهاجرون عرضة للملاحقة الجنائية بمقتضى هذا البروتوكول، نظرا لكونهم هدفا للسلوك المبيّن في المادة 6 من هذا البروتوكول".

الصحيح لاحترام حقوق الإنسان بالنسبة للمهاجرين خصوصاً اللاجئين منهم. والدليل التشريعي Le guide législatif لتنفيذ البروتوكول يؤكد من جهته، بأنه لا يعد الهدف من البروتوكول تجريم مجرد الهجرة البسيطة⁽¹⁾ ولا ملاحقة المهاجرين المتسللين للدولة بشكل غير قانوني، فالدخول غير القانوني للدولة من طرف المهاجر المستقل، أي من يتسلل بمفرده داخل الدولة دون مساعدة عصابات إجرامية منظمة، يمكن أن يشكل جريمة في بعض الدول، لكن لا يمكن أن يعترف به كشكل من أشكال الجريمة المنظمة، وعليه فلا يدخل ضمن نطاق تطبيق اتفاقية باليرمو ولا البروتوكولات الملحقة بها.

ثم إن البروتوكول يضع ضمانات إضافية أخرى لامتناع مسؤولية المهاجر وذلك من خلال عدم استهدافه للمهاجر الذي يحوز وثيقة سفر مزورة لأجل التسلل داخل الدولة، في الواقع حيازة مستندات أو وثيقة سفر مزورة تُعد جريمة جنائية، وفقاً للبروتوكول، عندما تستخدم تلك الوثيقة فقط في إطار تهريب المهاجرين⁽²⁾؛ معنى ذلك أنه لو كان بحوزة أحد المهربين مستندات مزورة لغرض التهريب سيقع تحت طائلة أحكام المادة (6/1/ب) من البروتوكول، بعكس لو أن المهاجر نفسه حاز ذات المستند لغرض أن يسهل دخوله للبلاد.

(1) الهجرة البسيطة نقصد بها تلك الهجرة المتمثلة في المهاجر المستقل الذي يعبر الحدود بشكل فردي أو في مجموعة صغيرة من المهاجرين معتمدة على قدرة أعضائها الذاتية، دون الاستعانة بمهرب متخصص لقاء مقابل مادي يقبضه هذا الأخير. انظر بحثنا "قراءة في بعض نصوص قانون مكافحة الهجرة رقم 19 لسنة 2010م "الهجرة البسيطة"، بصدد النشر بمجلة ادارة القضايا، ع 20، 2015م.

(2) Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, A/55/383/Add.1, para. 93, p. 37.

وقد كان المبرر الذي أبداه مكتب الأمم المتحدة للمخدرات ومنع الجريمة ONUDC أثناء عرض محتوى البروتوكول، لغياب المسؤولية الجنائية للمهاجر، هو أن البروتوكول يعترف أن الهجرة ليست جريمة في ذاتها، عليه لا يمكن أن نلاحق جنائياً هذا الفعل، فالمهاجرون يعدون ضحايا يحتاجون للحماية؛ فالاهتمام ينبغي أن ينصب حول ملاحقة المهربين والعصابات الإجرامية المنظمة التي تحرض وتساعد على مثل هذه الأنشطة⁽¹⁾.

في الواقع، إن امتناع المسؤولية الجنائية على المهاجرين محل التهريب يُعد أمراً منطقيًا ومتفقًا مع أحكام القانون الدولي، خصوصاً المادتين 13 و14 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948م⁽²⁾، والمادة 31 من الاتفاقية الدولية الخاصة باللاجئين، وهي نصوص تُشير في مجملها إلى أن لكل فرد الحق في ترك بلاده، وأمام الاضطهاد لكل فرد الحق في طلب اللجوء في دولة أخرى، وعدم عقاب اللاجئين بسبب دخولهم إلى بلد ما بطريقة غير قانونية إذا كانوا قد جاءوا مباشرة من مكان يتعرضون فيه للخطر، رغم ذلك، فإن هذا المانع من العقاب بالنسبة للمهاجر محل التهريب لا يمنع من احتجازه إدارياً على الأقل، فالبروتوكول يُشير إلى إمكانية أن يكون المهاجر السري محل التهريب رهن الاعتقال (م/5/16). لأننا ينبغي أن نلاحظ هنا أن نص المادة السادسة الفقرة الرابعة من البروتوكول لا يمنع الدول الأطراف من اتخاذ ما يلزم من إجراءات ضد أي فرد يشكل سلوكه جريمة في قانونها الداخلي، فواضعو البروتوكول

(1) L'Assemblée Générale adopte la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et ses protocoles additionnels, Communiqué de Presse de l'Assemblée générale des Nations Unies, AG/1108, 15 nov. 2000.

(2) Déclaration universelle des Droits de l'Homme, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 217 A (III) du 10 déc 1948. Texte disponible sur : <http://www.unhehr.ch/udhr/lang/frn.htm>.

حرصوا على أن يتركوا بشكل صريح الباب مفتوحاً لجرّام أخرى متصلة بتهريب المهاجرين، بحيث أن غياب الملاحقة الجنائية للمهاجر بموجب البروتوكول يمكن تكملتها بسهولة بالقانون الداخلي للدول الأطراف؛ بل إن الدليل التشريعي لتطبيق البروتوكول يعلن صراحة أنه لا يوجد في البروتوكول ما يحد من حق الدول الأعضاء في اتخاذ الإجراءات اللازمة ضد من يشكل سلوكه جريمة وفق قانونها الوطني⁽¹⁾.

كما إن استعمال مصطلحات تجرّيمية مثل " التهريب غير المشروع " Traffic Illicit أو " الدخول غير المشروع " L'entrée Illégale، كان مقصوداً رغم مطالبة المفوض السامي للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés باستبدال هذه التعبيرات بأخرى أكثر حيادية، كالدخول بدون إذن مثلاً؛ فهذا في الحقيقة يترجم منطق العقاب الذي يلائم تماماً منطق الدول الأطراف ويشير في ذات الوقت إلى أنه عند معالجة هذه المسألة ، فإنه يجب تجرّيدها من طابعها الإنساني. نستنتج من ذلك، أن المهاجر السري لا يحظى بمركز قانوني فهو ليس بضحية وليس بمذنب⁽²⁾، من هنا، نلاحظ بصفة عامة أن صياغة نصوص

(1) Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant, par. 50, p. 371.

(2) إن كان لا يوجد أي تعريف للضحية في القانون الجنائي، فقد وضع الفقه للضحية عدة تعريفات، ويقصد بالضحية عموماً كل شخص لحقه ضرر، سواء أكان ضرراً جسدياً أم مالياً أم بدنياً، وسواء نتيجة لسلوك الآخرين أو نتيجة للأحداث الطبيعية الضارة؛ ويشترط أغلب الفقه في الضرر الذي لحق بالضحية أن يكون راجعاً إلى مصدر خارجي عنه ولا يسند إليه، غير أن هناك من يرى أن الضحية تشمل أيضاً ذلك الشخص الذي يعاني من عواقب أفعاله. بل ونجد الشخص أحياناً ينطبق عليه في نفس الوقت وصف الضحية ووصف الفاعل، فهو يقف على الحدود بين الصفتين. للمزيد انظر: "الحماية القانونية =

البروتوكول تهدف إلى ضمان عدم إعطاء أي مركز قانوني للمهاجر السري محل التهريب، فنحن نعتقد أنه لا يوجد نص في البروتوكول يعطي المهاجر صفة الضحية بل هو مجرد محل أو موضوع التهريب *L'objet du trafic*، وتفسير ذلك أن الدول تنظر للمهاجرين كأفراد منتهكين لنظامها الداخلي، فالدول لم ترغب في إعطائهم هذا المركز لما يترتب عليه من آثار ممثلة في مسؤولية الدولة تجاه الضحايا من الحماية والمساعدة وهو ما يتعارض مع غرضها الأساسي المتمثل في الحد من الهجرة والتسلل السري للمهاجرين، فلا نجد في البروتوكول مصطلح (ضحية) بل (المهاجر محل أو موضوع التهريب) كما رأينا، مما يترجم بوضوح رغبة الدول الأعضاء في عدم منح هذا المركز القانوني للمهاجر غير الشرعي المهدد بالخطر والذي تسعى هذه الدول للاحتواء منه وتحييده⁽¹⁾.

فهذه الدول تعتبر المهاجر قد لجأ للمهربين بإرادته الحرة، بحيث أنه لم يشارك فقط في جعل نفسه ضحية، بل إنه يعد في نظرها شريكاً للمهرب، ووفق هذا المنطق، المهاجر المهرب لا يستحق أن يستفيد من مركز الضحية ولا أن يتمتع بالحماية والمساعدة الناشئة عن هذه الصفة، مما جعل من تهريب المهاجرين جريمة بدون ضحية *crime sans victime*، وهكذا وفق منطق الكفاح ضد الهجرة والحد منها وإيقاف تيار الهجرة المتدفق، يكون إعطاء صفة

=

للضحية في القانون الكويتي"، ملحق مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الثامنة والعشرون، يونيو 2004م. انظر أيضا:

C. MARIE, *Les interférences d'états d'auteur et de victime : À la recherche d'un concept d'auteur-victime en droit pénal*, thèse : droit pénal, Poitiers, 1994.

(1) للمزيد حول حماية المهاجر غير الشرعي انظر: رسالتنا لنيل درجة الدكتوراه، المهاجر غير الشرعي بين الحماية والعقاب، جامعة لاروشل، فرنسا، 2011م، ص 120 وما يليها.

أو مركز الضحية للمهاجر غير الشرعي غير مقبول إطلاقاً، لأن تهريب المهاجرين يُنظر إليه كمنشأ إجرامي أكثر منه اعتداء على حقوق الإنسان.

ثانياً: تقييم تدابير الحماية والمساعدة للمهاجر غير الشرعي

الأهداف المُبتغاة من وراء البروتوكول ثم إعلانها في مادته الثانية: (البروتوكول يهدف منع ومحاربة التهريب غير الشرعي للمهاجرين، إضافة إلى تشجيع التعاون بين الدول الأعضاء في هذا الشأن، مع حماية حقوق المهاجرين محل التهريب)، فالدول الموقعة على البروتوكول تستهدف الحد من التهريب المنظم للمهاجرين بجانب تجريم التهريب في حد ذاته، فهو يقوي ويدعم المراقبة والتفتيش في الحدود، ولكن في الحقيقة، إذا كانت الدول الأعضاء في البروتوكول قد اتخذت تدابير عقابية لأجل الحد من الهجرة غير الشرعية؛ إلا أن حماية ومساعدة المهاجرين واللاجئين الذين يقعون ضحايا للمهربين لا تبدو أنها تشكل أولوية عند الدول الأعضاء.

وفي الواقع فإن اعتراف الدول الأعضاء بالطبيعة الخطرة للتهريب غير المشروع للمهاجرين غير الشرعيين لا ينعكس في تدابير حماية ومساعدة المهاجرين المنصوص عليها في البروتوكول والمحصورة تحديداً في نص المادتين 19 و 16 منه. فعلى العكس من بروتوكول مكافحة الإتجار بالبشر الذي يعترف لهؤلاء الأشخاص الذين تعرضوا للاستغلال والذين تعرضت حقوقهم الانسانية للاعتداء الصارخ بصفتهم ضحايا Des victimes، فإن بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين يؤكد ويركز أكثر على الاعتداء على المصالح السياسية للدول من طرف المهربين وزبائنهم leurs Clients؛ والذين يُعتبرون جميعاً أشخاصاً انتهكوا قانون الهجرة⁽¹⁾.

(1) V.E. KALU, « Issues in Human Trafficking and Migrant Smuggling in the Context of Illegal Migration », International Legal Studies Program Low Journal , vol. 1, n° 1, p. 27, spéc., p. 29.

لذا فإن، تدابير الحماية والمساعدة للمهاجرين سواء كانوا طالبي لجوء Demandeurs D'asile أم لا، والذين تورطوا مع المهربين لأجل تأمين وصولهم لوجهتهم، كانت قليلة ومحدودة وضعيفة، وهذا طبيعي في واقع الأمر، حيث يُنظر إليهم باعتبارهم أشخاصا منتهكي للقانون وليسوا ضحايا، فبدراسة المنهج والكيفية التي سوف تقوم الدول من خلالها بحماية ومساعدة المهاجرين، تجعلنا نتأكد أن الحماية ليست هدفا أساسيا من أهداف البروتوكول بعكس ما ورد في الديباجة⁽¹⁾، فحماية المهاجرين لا تُعد كما ذكرنا سلفاً، من أولويات الدول الأعضاء.

فإذا كانت النصوص توحى للوهلة الأولى أن الدول الأعضاء تعتبر المهاجرين محل التهريب ضحايا شأنهم شأن ضحايا الاتجار بالبشر؛ إلا أن الفرق بين تدابير الحماية والمساعدة المقررة لضحايا الاتجار تختلف بشكل كبير عما هو مقرر للمهاجرين.

وإذا تركنا أمر المقارنة بين تدابير الحماية والمساعدة الواردة بالبروتوكولين جانباً، فإن هناك مجموعة من الملاحظات على بروتوكول مكافحة التهريب تؤيد ما ذهبنا إليه نجملها في الآتي:

الملاحظة الأولى: يوجد فرق كبير بين عدد النصوص المخصصة لمكافحة التهريب والنص الوحيد في البروتوكول المخصص لحماية ومساعدة المهاجرين.

فما نلاحظه من عدم التوازن بين التدابير المخصصة لمكافحة التهريب والتدابير المرجو منها حماية المهاجرين ومساعدتهم، يؤكد أن الأولوية في نظر الدول الأعضاء هي محاربة الدخول السري للمهاجرين لا حمايتهم، والفرق ليس كميًا فقط، بل نوعياً وهذا هو الأهم: فالبروتوكول ينص على أدنى درجات الحماية للمهاجرين من خلال تدابير الحماية لحقوق الأشخاص محل التهريب وتدابير الحماية ضد أي اعتداء من المتوقع أن يستهدفهم، وتدابير المساعدة

(1) ورد في ديباجة البروتوكول فقرة الرابعة : "واقترنا منها بضرورة معاملة المهاجرين

معاملة إنسانية وحماية حقوقهم الإنسانية حماية تامة".

للمهاجرين التي عرّضت حياتهم أو أمنهم للخطر، إضافة إلى الأخذ في الاعتبار الاحتياجات الخاصة للمرأة والطفل، ولا يوجد تفصيل لأي من هذه التدابير ولا توضيح، فكل تدبير مُشار إليه باختصار، وكل التدابير مجموعة ومحصورة في نص واحد بدون أدنى تحديد أو تفسير أو شرح تكميلي؛ بالمقابل عندما تتعلق المسألة بمكافحة التهريب، كل الشروح تكون حاضرة : كل نص يخص الحد من الهجرة نجده متعدد الفقرات، والتي توضح بشكل دقيق على أي نحو يجب تفسير وتطبيق كل تدبير من قبل الدولة الطرف، هذا الجهد من طرف الدول يؤكد أن الهدف الأول هو منع وصول المهاجرين المتسللين.

الملاحظة الثانية: إن ضمانات المادة (16) لا تعد ضمانات أو حقوقاً جديدة للمهاجرين محل التهريب، فكل هذه الأحكام تتضمن حقوقاً وواجبات موجودة مسبقاً في القانون الدولي، بالنتيجة، المهاجر لا يستفيد من أي حق أو حماية إضافية بموجب هذا البروتوكول فقط حقوقه المعترف له بها من قبل، كما تجدر الإشارة إلى أنه الدول الأعضاء غير ملزمة بالتوسع في هذه التدابير، فوفقاً للبروتوكول يعد من المفضل وليس من الواجب، أن تستطيع الدول التوسع واتخاذ كل ما يلزم لأجل تنفيذ احكامه، ذات العلاقة بهذه الضمانات او تلك المتعلقة بالأحكام الخاصة بعدم عقاب المهاجرين محل التهريب، والأفراد الذين يساعدونهم على الدخول بشكل غير قانوني داخل الدولة، لغرض غير نفعي أو مادي.

الملاحظة الثالثة: إذا كانت حماية الشهود وفقاً لمكتب الأمم المتحدة للمخدرات ومنع الجريمة (Office des Nations Unies contre la drogue et le crime) (ONUDC) تعتبر عاملاً أساسياً في مكافحة الجريمة المنظمة⁽¹⁾،

(1) UNODC, «La protection des témoins : Facteur primordial dans la lutte contre la criminalité», Newsletter, n° 4, 2005, texte disponible sur : <http://www.unodc.org/newsletter/fr/200504/page004.html>.

لأن الدعوى الجنائية لا يمكن أن تنتج أثارها إلا بفضل تعاون هؤلاء مع السلطات المختصة، ولكن مثل هذا الحكم لا ينطبق على المهاجر غير الشرعي محل التهريب في قضايا تتعلق بالجريمة المنظمة، فغياب مثل هذه الحماية للمهاجر من طرف الدول يمكن أن يؤثر سلباً على الدول نفسها، لأننا نعلم أن بعض الشبكات الإجرامية تعطي ضمانات للمهاجرين، كأن يسمح لهم بمحاولة الهجرة ثانية مجاناً إذا ما فشلت المحاولة الأولى، فالإبلاغ عن هؤلاء من طرف المهاجر يعني إذن، حرمان نفسه من الفرصة الثانية للهجرة، مما يستوجب في اعتقادنا، على الدول حماية المهاجر السري لأجل تشجيعه على التبليغ عنهم.

هذا التحليل يؤكد أن الدول تفضل محاربة تهريب المهاجرين ولا تشغل نفسها بحمايتهم، مما يثبت أن الحماية في البروتوكول هي عنصر تكميلي بالنسبة للهدفين الأساسيين الآخرين ألا وهما : منع المهاجرين من الدخول، وملاحقة المهريين.

في الخلاصة، نؤيد ما ذهب إليه السيد ترمبلاي TREMBLAY الذي يرى " بأن البروتوكول يمثل تراجعاً واضحاً في مجال الدفاع عن الحقوق والعدالة والأنصاف... وأنه من المتوقع أن يكون المهاجرون هم من يدفع الثمن هذا الكفاح والذي في كل الأحوال، محكوم عليه بالفشل... " (1).

فإذا كانت الدول أعلنت الكفاح بفاعلية ضد تهريب المهاجرين بتبنيها بروتوكول الأمم المتحدة لمكافحة تهريب المهاجرين غير الشرعيين، إلا أنه يلاحظ من خلال دراسة نصوص هذه الآلية، أن هناك أهدافاً أخرى أكثر أولوية وأهمية في نظر تلك الدول.

(1) « incarne un net recul sur celui de la défense des droits et de l'équité.

Parce que les gouvernants n'ont de cesse de dénicher des têtes de Turcs leur permettant de se dédouaner aux yeux de l'électorat, il est à prévoir que les clandestins seront ceux qui feront les frais d'une lutte qui, de toute façon, est vouée à l'échec». – PH. TREMBLAY, op. cit., p. 32-34.

الخاتمة

من خلال التحليل السابق لبعض نصوص بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين، أمكن لنا إيجاد بعض العناصر التي تجعل من القول بأن مكافحة تهريب المهاجرين هي الهدف الوحيد وراء البروتوكول، محل نظر.

فالنصوص لا تترك مجالاً للشك فيما نرى، حول الأهداف الحقيقية من البروتوكول فهو يحتوي على عدد كبير من النصوص المشتملة على تدابير دفاعية تهدف بالدرجة الأولى إلى إيقاف الهجرة السرية في حد ذاتها أي الحد من تيار الهجرة أو المد البشري للمهاجرين غير الشرعيين أكثر من حمايتهم وأكثر من الضرب على أيدي المهربين؛ فهو يزيد من المراقبة على الحدود بالتركيز على الأشخاص ومراقبة مستندات السفر، دون أن يضع تدابير تكفل بشكل جدي عدم مساءلة المهاجر الذي يقع ضحية للمهربين؛ فالدول بتبنيها هذا البروتوكول تكون قد تسلحت بنظام قوى للمراقبة وخلقت آلية دولية تبرز التشدد والتضييق عند الحدود ومراقبة المهاجرين. نحن نعتقد، من خلال التحليل السابق لأحكام البروتوكول ذات العلاقة، أن سياسة الأمم المتحدة قد تحولت من مكافحة تهريب المهاجرين إلى الحد من الهجرة غير الشرعية في حد ذاتها، ولعل ما لاحظناه من تجاهل البعد الانساني للهجرة غير الشرعية ما يبرهن على صحة هذا الاعتقاد.

تبين لنا أيضاً من خلال هذه الدراسة، أن المهاجر السري في حالة بحث دائم عن مركز قانوني : فهذا المركز القانوني كما رأينا، غير محدد فهو في البروتوكول ليس بضحية وليس بمتهم بل محل التهريب وموضوعه وزبون للمهربين ليس إلا !

فقد صيغت نصوص البروتوكول بشكل يضمن عدم منح أي مركز للمهاجر السري الذي يوصف في البروتوكول بموضوع أو محل التهريب؛ والسبب في انكار صفة الضحية عليه فيما نعتقد، يكمن في أن الاعتراف بهذه الصفة له يترتب عليه ضرورة حمايته ومساعدته من طرف الدول، وهو ما يسير في اتجاه معاكس لسياسات تلك الدول في هذا الشأن.

قائمة المراجع

المراجع العربية:

- سالم إبراهيم بن أحمد النقبلي، جرائم الاتجار بالبشر واستراتيجيات مكافحتها على الصعيد الدولي، رسالة ماجستير، أكاديمية الدراسات العليا، ليبيا، مدرسة العلوم الانسانية، قسم القانون، شعبة القانون الدولي، 2012م.
- "الحماية القانونية للضحية في القانون الكويتي"، حلقة نقاشية عقدتها المجلة في كلية الحقوق بتاريخ 2003/12/23م، ملحق مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الثامنة والعشرون، يونيو 2004م.

المراجع الاجنبية :

- A. SCHLOENHARDT, Migrant Smuggling: Illegal Migration and Organised Crime in Australia and the Asia Pacific Region, coll. refugees and human rights, Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
- C. MARIE, Les interférences d'états d'auteur et de victime : À la recherche d'un concept d'auteur-victime en droit pénal, th : droit pénal, Poitiers, 1994.
- G. BASTID-BURDEAU « Migrations clandestines et droit de la mer », in La mer et son droit :Mélanges Lucchini et Quéneudec, Paris : Pedone, 2003.
- L. TOUPIN. "La question du "trafic des femmes". Points de repères dans la documentation des coalitions féministes internationales anti-trafic, Montréal, éd. Stella et Alliance de recherche IREF/Relais-Femmes, 2002.
- M-J. GUARDIOLA LAGO, « La traite des êtres humains et l'immigration clandestine en Espagne : Réfléchissent-elles les prévisions des Nations Unies et de l'Union européenne ? », RID pén, 2008, vol. 79, n°3, p. 405-418.

- PH. TREMBLAY, « Haro sur les migrants clandestins », Relations, déc. 2000, n° 665, p. 32-34.
- v. E. JIMENEZ CALVO, Le combat contre le trafic des migrants au Canada : Contrôle migratoire d'abord, lutte au crime organisé ensuite, th : Philosophie du droit en Criminologie, Université de Montréal : école de criminologie, 2006.
- V.E. KALU, « Issues in Human Trafficking and Migrant Smuggling in the Context of Illegal Migration », International Legal Studies Program Law Journal , vol. 1, n° 1, p. 27-33.

الوثائق الرسمية:

- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية 2000/11/15م. وبرتوكولها المكمل لها الخاص بمكافحة تهريب المهاجرين عبر البر والبحر والجو؛ وبرتوكولها الثاني الخاص بمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال.
- Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, A/55/383/Add.1.
- L'Assemblée Générale adopte la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et ses protocoles additionnels, Communiqué de Presse de l'Assemblée générale des Nation Unies, AG/1108, 15 nov. 2000.
- Office des Nations Unies Contre la Drogue et le Crime division des traités, Guides législatifs pour l'application de la convention des nations unies contre la criminalité

transnationale organisée et des protocoles s'y rapportant, Troisième partie.

- Note du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, du Fonds des Nations Unies pour l'enfance, de l'Organisation internationale pour les migrations concernant les projets de protocole relatifs à l'introduction clandestine de migrants ou trafic de personnes, comité spécial sur l'élaboration d'une convention contre la criminalité transnationale organisée, huitième session, Vienne, 21 févr. -3 mars 2000, A/AC.254/27.
- UNODC, «La protection des témoins : Facteur primordial dans la lutte contre la criminalité», Newsletter, n° 4, 2005, texte disponible sur : <http://www.unodc.org/newsletter/fr/200504/page004.html>

أثر الصلح الجنائي على الدعوى الجنائية

د. على محمد على عنيبة (*)

مقدمة:

يعد الصلح الجنائي من الموضوعات القانونية التي تتسم بالتعقيد والتبسيط في آن واحد، فمن ناحية يتميز بأنه يمكن من معالجة الدعوى الجنائية دون ولوج طريق الإجراءات الجنائية التقليدية، والتي كما نعرفها تتسم بالتعقيد، بوصفه طريقة لإدارة الدعوى الجنائية، ومن ثم تتحقق بذلك سرعة الفصل في الدعوى، فالصلح جاء تلبية لحاجة ملحة نجمت عن معاناة الكثير من الدول على اختلاف أيديولوجياتها؛ مما يعرف بظاهرة التضخم العقابي التي نجمت عن تزايد أعداد القضايا الجنائية المرفوعة لدى المحاكم بشكل متزايد، والذي أصبح يهددها بالشلل ويجعل من تحقيق العدالة الأمانة أمراً عسيراً، حيث تمارس الدولة سلطتها القضائية على جميع أجزاء إقليمها، وذلك وفقاً لمبدأ إقليمية القانون الجنائي، والدولة تقوم بهذه المهمة عن طريق الجهاز القضائي المكلف بحماية حقوق وحرية الأفراد وحماية الأفراد من أي اعتداءات يمكن أن تطالهم، إلا أن ذلك لا يمنع الدولة باعتبارها صاحبة السلطات الثلاث من أن تجيز للأفراد أو لبعض الهيئات المختصة الفصل في المنازعات عن طريق الصلح.

وانسجاماً مع تقاليد الدين الإسلامي الحنيف، التي تحت على إصلاح ذات البين، حيث ورد الصلح في العديد من الآيات القرآنية وكذلك في السنة النبوية، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ^٥ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ

(*) عضو هيئة التدريس، كلية القانون، جامعة مصراته.

﴿تُرْحَمُونَ﴾⁽¹⁾. وقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾،⁽²⁾ وقوله تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾⁽³⁾، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَتَتَّقُوا وَتُصْلِحُوا بَيْنَ النَّاسِ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾⁽⁴⁾.

أمّا السنة النبوية فقد بوأت الصلح منزلة عظيمة، وقدرتها أسمى تقدير في القول والعمل، فما روى أن أبا شريح قال: يا رسول الله أن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني، فحكمت بينهم فرض كلا الفريقان، فقال صلى الله عليه وسلم: [إما أحسن هذا]⁽⁵⁾، وقوله صلى الله عليه وسلم [الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالاً أو أحل حراماً]⁽⁶⁾.

أهمية البحث:

نظراً للتطورات التي تشهدها العديد من البلدان ولتنمو الملحوظ، ظهر الكثير من أنواع الجرائم والتي أصبح النظر فيها عبئاً ثقيلاً على كاهل القضاء؛ مما أدى بدوره إلى المحاولة الجادة من قبل الكثير من التشريعات الجنائية إلى

(1) سورة الحجرات، الآية: (10).

(2) سورة الأنفال، الآية: (1).

(3) سورة النساء، الآية: (114).

(4) سورة البقرة، الآية: (224).

(5) سليمان بن الأشعث السجستاني أبوداود، سنن أبي داود، بيروت، دار الفكر العربي، كتاب الأدب، باب تغيير الاسم القبيح، المجلد الثاني، حديث رقم 4955، ص706.

(6) أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر في رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس،

ص634، المجلد الثالث، حديث رقم 1352.

تخفيف على كاهل السلطة القضائية، وإيجاد سبلاً أخرى لإنهاء الدعوى الجنائية، وكان من بينها نظام الصلح الجنائي.

وحيث إن الصلح بصفة عامة محله القانون المدني، لكن كلا الطرفين فرداً من أفراد المجتمع يتنازل عن حقه بنفسه، إلا أن الصلح على الجرائم الجنائية غير جائز بصفة عامة، ومن ثم لا يصح أن تكون موضوعاً للاتفاق على التحكيم شرطاً كان أم غير مشاركة؛ لأن توقيع العقوبات الجنائية لا يصلح أن يتولاه أشخاص عاديون ولو كانت هيئة تحكيم؛ لأن الحق في اقامته يتعلق بالمجتمع وهو ما يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز الصلح عليه لا مع النيابة العامة ولا مع المجني عليه نفسه، فكل جريمة تنشأ عنها دعوتين:

الأولى: الدعوى الجنائية وهي تمس المجتمع ككل، والدعوى الثانية الدعوى المدنية صاحبها المجني عليه وإن كان له مطلق الحرية في أن يتصلح عن حقه في التعويض المدني سواء عن طريق الاتفاق على الصلح أو التحكيم.⁽¹⁾

إلا أن المشرع أجاز التصالح مع المدعي عليه في الدعوى الجنائية، وإنهاء الدعوى عن قبول الصلح من الطرفين في بعض المسائل التي يمكن أن يصح فيها التصالح الجنائي.

تساؤلات البحث:

إذا كانت هناك جريمة فهل يجوز للجاني أن يطلب الصلح بشأنها مع النيابة العامة أو مع المجني عليه؟

وإذا كان الأمر كذلك فهل يجوز الصلح والتحكيم عن الحقوق المدنية الناشئة عن هذه الجرائم؟

(1) محرر السيد عمر التحيوي، تحديد المعنى الموضوعي لمحل التحكيم ودوره في تحديد

طبيعة العمل الذي يصدر من هيئة التحكيم، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية،

2002م، ص 227.

منهج دراسة البحث:

سيعتمد الباحث في دراسته لهذه الورقة على المنهج التحليلي المقارن بالشرعية الإسلامية مستأنسين بأحكام المحكمة العليا في هذا الشأن وذلك في مبحثين:

المبحث الأول: نطاق تطبيق الصلح في التشريع الجنائي الإسلامي.

المبحث الثاني: نطاق تطبيق الصلح في المسائل الجنائية.

المبحث الأول: نطاق تطبيق الصلح في التشريع الجنائي الإسلامي

سيتناول الباحث في هذا المبحث نطاق تطبيق الصلح الجنائي في الشريعة الإسلامية من حيث المنع والجواز وذلك من خلال تقسيم الجرائم في التشريع الجنائي الإسلامي وذلك على النحو التالي:

أولاً: جرائم الحدود.

تعتبر جرائم السرقة والحراقة والقذف والزنا من جرائم الحدود المتفق عليه، فالأصل أنه لا يجوز أن يسقط حد تحقق وجوبه، واستوفيت جميع شروطه الموجبة له، وتم التيقن من ثبوت الجريمة، وإلا كان ذلك تعطيلاً لحدود الله، ومن المعروف أن إقامة حدود الله عبادة، ومن ثم لا يسوغ إسقاط عبادة من عبادات الله، حيث يترتب على إهمال تطبيق الحدود انتشار الفساد والرذيلة في المجتمع⁽¹⁾.

وعلى ضوء ذلك سنتناول مدى جواز الصلح في الجرائم المشار إليها

أعلاه وذلك على النحو التالي:

1- الصلح في جريمة السرقة.

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أن الصلح عن المال المسروق مسقط لعقوبة قطع اليد، شريطة أن يتم ذلك قبل رفع

(1) الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، القاهرة، دار الفكر العربي،

الجزء الثاني، العقوبة ص356.

الدعوى، وقد أجاز الأحناف الصلح بعد رفع الدعوى واتصال القضاء بالواقعة الإجرامية، بل وامتداد ذلك إلى صدور حكم في الدعوى⁽¹⁾.

2- الصلح في جريمة الحرابة.

تعتبر العقوبات التي فرضت للحرابة من أقسى العقوبات التي عرفها التشريع الإسلامي، بقول المولى عز وجل ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ﴾⁽²⁾، فهذه الجريمة لا يسقط فيها الحد إلا بالتوبة قبل القدرة، ومن ثم تكون التوبة قبل ارتكاب الجريمة، فلا عقوبة عليهم⁽³⁾.

3- الصلح في جريمة القذف.

يعرف القذف بأنه رمي المحصن بالزنا، أو نفى نفسه من أبيه، ولا يعتبر قذفاً يوجب الحد المقدر بغير الزنا، ولو كان يحط من قدر الشخص أو يسئ إليه، فلا بد أن يكون الاتهام بالزنا مع عدم إثباته بالبينة، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾⁽⁴⁾.

(1) نبيل عبد الصبور النبراوي، سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، (رسالة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1995م، ص155.

(2) سورة المائد، الآية: (33).

(3) الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة، مرجع سابق، ص177.

(4) سورة النور، الآية: (4).

حيثُ اختلف الفقهاء بين مدى جواز تطبيق الصلح في جريمة القذف فيرى أصحاب المذهب الشافعي أن العقاب على القذف حق خالص للعبد، فيجوز له استيفاءؤه أو إسقاطه⁽¹⁾.

في حين يرى الأحناف بأنه لا يجوز الصلح عن حد القذف، سواء كان حقاً خالصاً لله تعالى، أو حقاً للعبد، فإذا كان حقاً خالصاً لله تعالى، فلا يجوز أخذ عوض عنه، وإن كان حقاً للعبد، فلا يجوز أخذ العوض عنه باعتباره ليس مالاً⁽²⁾.

أما فقهاء المالكية الذين يجيزون الإسقاط بالعفو قبل الإثبات، ولا يجيزونه بعد الإثبات إلا إذا رغب المقدوف الشر⁽³⁾.

5- الصلح في جريمة الزنا :

نصت الشريعة الإسلامية على عقوبة هذه الجريمة في قوله تعالى:

﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيَشْهَدُ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁽⁴⁾.

(1) أبو اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، بيروت، دار المعرفة، الجزء الثاني، ص 274.

(2) علاء الدين ابوبكر ابن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، القاهرة، مطبعة الإمام، الجزء التاسع، 4201-4203. محمد محي الدين عوض، بدائل الجزاءات الجنائية في المجتمع الإسلامي، الرياض، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، 1992م. ص 198.

(3) أبو الوليد الباجي، شرح الموطأ، دون تاريخ، بيروت، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، الجزء السابع، ص 146-148. 164-165.

(4) سورة النور، الآية: (2).

ونص الشارع على عقوبتي الرجم أو الجلد ولا يجوز الصلح فيهما، حيثُ تعتبران من العقوبات الخالصة لله تعالى التي لا يجوز فيها الإسقاط⁽¹⁾.
ثانياً- الصلح في جرائم القصاص والديات.

الأصل في العقوبات الناشئة عن جرائم القصاص أنما تتناول شفاء غليل ولي الدم أو المجني عليه فيما دون النفس⁽²⁾، فالجريمة تقع على النفس، كما تقع على ما دون النفس، والجريمة قد تكون عمدية وفي هذه الحالة يجب القصاص أو الدية، وإذا وقعت الجريمة بغير عمد وهي القتل والجرح الخطأ، فيجب الدية فقط، يقول تعالى في محكم كتابه ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾⁽³⁾، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ^ط وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا﴾⁽⁴⁾.

ففي حالة القتل العمد يسقط القصاص بالعمد، حيثُ يعتبر القصاص من حق العبد، والعمو كما هو معروف إسقاط بلا مقابل، أما الصلح فيتم دوماً بمقابل، ويعتبر الصلح في جرائم القصاص محل اتفاق الفقه⁽⁵⁾.

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، القاهرة، دار التراث، الجزء الأول، ص 773.

(2) سليمان بن ناصر بن محمد، أحكام التصالح الجنائي، بحث مقدم كورقة عمل لندوة التحكيم الجنائي في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية 1434هـ، ص 5.

(3) سورة البقرة: الآية (178).

(4) سورة الإسراء: الآية (33).

(5) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 615.

حيث يرى الأئمة أحمد ومالك وقول للشافعي، بوجود القصاص أو الدية في جريمة القتل العمد، حيث يقول الرسول الكريم - صلى الله عليه وسلم - أنه [من قُتل له قَتيل فهو خير النظرين إما أن يودي وإما أن يقاد]⁽¹⁾ فولي الدم له الخيار بين أمرين أن يقتص عيناً من الجاني، أو أخذ الدية، ويجوز له العفو عن القصاص أو العفو عن القصاص والدية معاً⁽²⁾.

فالمشرع الليبي نص في المادة الأولى من قانون القصاص والدية المعدل بالقانون رقم 7 لسنة 1430 و.ر على أنه " ويسقط - أي القصاص - بالعفو ممن له الحق فيه".

فهذه المادة قررت ثبوت الحق في العفو عن القصاص لمن يثبت له حق القصاص، وقد أكدت المادة 2 من ذات القانون على أنه " ويثبت الحق في القصاص لأولياء دم المجني عليه العاقلين البالغين سن الرشد"، فالمشرع الليبي أعطى من خلال هذا النص لأولياء الدم حق القصاص، حيث يحق لهم أيضاً العفو عنه، حيث جعل الجزاءات حالة العفو السجن المؤبد والدية⁽³⁾.

كما تجب الدية في جرائم القتل الخطأ، كما تجب أيضاً في جرائم الجروح غير العمدية، وحق الفرد في هذه الجرائم غالباً، لذا كانت الدية، بيد أن

(1) البخاري، أبو عبدالله محمد بن اسماعيل، الجامع الصحيح المختصر، 1407هـ، بيروت، دار ابن كثير، الطبعة الثالثة، كتاب الديات، باب من قتل له قتل فهو بخير النظرين، المجلد الثاني، رقم الحديث 6486، ص 857.

(2) محمد بن أحمد الدسوقي، الشرح الكبير، مطبعة عيسى الحلبي، مصر، الجزء الرابع، ص 239. محمد الخطيب الشربيني، المغني المحتاج شرح المنهاج، مطبعة مصطفى الحلبي، المجلد الرابع، ص 48. منصور ابن يونس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 1366هـ، مطبعة أنصار السنة المحمدية محمد، ص 543-545. محمد محي الدين عوض، مرجع سابق، ص 199.

(3) طارق محمد طاهر الجملي، إشكاليات القصاص والدية في القانون الليبي، بنغازي، دار الساقية للنشر، الطبعة الأولى، 2008م، ص 250.

الدية يغلب فيها معنى العقوبة عن معنى التعويض، حيث تُعدّ الدية في هذه الجرائم حق للمجني عليه أو أولياء الدم⁽¹⁾.

وجدير بالذكر أن المشرع الليبي وفق لقانون القصاص والدية، تكون الدية هي الجزاء في حالة القتل الخطأ بغير مركبة آية، طبقاً للمادة 3 منه، لذلك لا يمكن أن نقول بتطبيق هذا الجزاء في حالة القتل المتجاوز للقصد، إذ إن أحكام قانون القصاص والدية لم يتناول هذه الجريمة بالتنظيم⁽²⁾.

ثالثاً: جرائم التعازير

ليس للتعزير حد معين، لكن إذا كانت المعصية لها حد مقدر من جنسها، فلا يبلغ التعزير ذلك الحد المقدر، كالثتم بدون قذف ولا يبلغ فيه حد القذف، والتعزير قد يصل إلى حد القتل إذا اقتضته المصلحة ذلك ولم تندفع المفسدة إلا به، كفعل خطير يمس أمن الدولة وكيانها، كقتل الجاسوس، فالشريعة الإسلامية تركت تحديد الجرائم التعزيرية لولي الأمر، ومع تعدد تلك الجرائم لا بد من ضبطها وتحديد الجرائم التي تتعلق بالاعتداء على الحق العام للمجتمع، وفرض العقوبات المناسبة لها، إلا أن ولي الأمر له حق العفو والتصالح مع مرتكبي هذه الجرائم⁽³⁾.

المبحث الثاني: نطاق تطبيق الصلح في المسائل الجنائية

تهدف السياسة الجنائية الحديثة عند وضع قواعد التشريع الجنائي إلى الردع العام بالعقوبة كجزاء على الجريمة المقترفة، إلا أنه يمكن النظر إليه نظرة شمولية ليشمل جانب الحماية الجنائية للدولة، والمحافظة على النظام العام بالصلح مع المجني عليه، أو النصائح مع الدولة في الدعوى الجنائية، والخروج من الدعوى الجنائية بالصلح برضي الأطراف، ويخفف عبء التقاضي أمام القضاء⁽⁴⁾.

(1) محمد محي الدين عوض، بدائل الجزاءات الجنائية، ص 207.

(2) طارق محمد طاهر الجملي، إشكاليات القصاص والدية، مرجع سابق، ص 289.

(3) سليمان بن ناصر محمد، مرجع سابق، ص 6.

(4) المرجع السابق، ص 4.

وعلى الرغم من أن الصلح لا يجوز في الدعوى الجنائية لأنها حق المجتمع، ومن ثم لا يجوز لأحد أن يصلح على هذه الدعوى، لمخالفة ذلك للنظام العام، إلا أن المشرع الليبي وبعض التشريعات الوضعية أجازت الصلح في المخالفات في جرائم خاصة، بدفع مبلغ من المال لدى خزينة الجهة المجني عليها⁽¹⁾. وعلى ضوء ذلك سيتناول الباحث في هذا المبحث إلى تعريف الصلح والغرض منه أولاً، وثانياً نبين فيه الجرائم التي يجوز فيها الصلح، أمّا ثالثاً نخرج فيه إلى الآثار المترتبة على الصلح وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف الصلح والغرض منه.

من المعروف والثابت في قانون الإجراءات الجنائية أن التصالح بين المضرور في الجريمة والجاني بمقابل أو بدونه لا يرتب أي أثر على تحريك الدعوى الجنائية أو على مسيرتها إن هي أقيمت قبل التصالح، وكانت من الجرائم التي لم تقيد بأي قيد من القيود التي تحد من سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية⁽²⁾.

(1) نبيه صالح، الوسيط في شرح مبادئ الإجراءات الجنائية، الاسكندرية، منشأة المعارف، الجزء الأول، 2004م، ص428.

(2) حيث قضت المحكمة العليا الليبية في هذا الصدد (السعي إلى الصلح في وقت غير مناسب لا يبلغ مبلغ الاعتداء الظالم. لأنه في حقيقته عمل غير مشروع، وإن كانت الملاءمة فيه وفي الدعوى مما ينبو عنه الأساس والمنطق السليم). المحكمة العليا الليبية طعن جنائي ليبي، رقم الطعن 133-18، تاريخ الجلسة 23-5-1972م، السنة الثامنة، العدد الرابع. ص211، ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن المشرع الليبي اتبع سياسة أكثر مرونة بهدف ترك المجال مفتوحاً أمام اطراف المنازعات المدنية والتجارية والشرعية للتصالح وتسوية الموضوع ودياً، والزام الأطراف يعرض النزاع على اللجنة الشعبية المختصة لمحاولة انهاءه صلحاً أو تحكيمياً، ورتب على مخالفة هذا الاجراء عدم قبول الدعاوي الداخلة في اختصاص المحكمة الجزئية أو الابتدائية في المواد المدنية والتجارية وكذلك المتصلة بالنفقات الشرعية. قانون رقم 4 - لسنة 1979م.

فالصلح هو تنازل من الهيئة الاجتماعية للدولة عن حقها في عقاب مرتكب الجريمة إذا قام بدفع مبلغ من المال خلال فترة معينة فتتقضي الدعوى الجنائية بناء على ذلك. والصلح بالمعنى الدقيق لا يقوم إلا بتلاقي إرادتي المجني عليه والمتهم، أما الصلح الذي يتم بإرادة المتهم وحده هو التصالح⁽¹⁾. وقد يكون الصلح سبباً عاماً في المخالفات، بينما يعتبر سبباً خاصاً في بعض الجنح الواردة بالقوانين الخاصة، ويطلق على الصلح الخاص بالصلح الإداري، باعتبار أن الذي يقوم به هو الجهة الإدارية⁽²⁾.

أطراف الصلح الجنائي:

يختلف أطراف الصلح الجنائي حسب صفة المضرور في الجريمة أو المدعي، فقد يكون طرف الصلح الجاني والمجني عليه، كما في دعاوى الحق الخاص، وقد يكون طرف النزاع الشخص المتهم والجهة التي يحددها المشرع، سواء كانت مهمة إدارية أو مأمور الضبط القضائي⁽³⁾.

الحكمة من الصلح:

مع أن التصالح الجنائي يعتبر خلاف الأصل في الإجراءات الجنائية إلا أن المشرع أخذ به ونظم إجراءاته للاعتبارات التالية:

(1) محمود عمر محمود، أثر التحكيم على الدعوى الجنائية، ورقة بحث على الشبكة العنكبوتية ص9.

<http://repository.nauss.edu.sa/handle/123456789/62563>

(2) مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، دون ناشر، دون مكان نشر، 1971م، الطبعة الأولى، ص261، أيضاً: السيد خلف الله عبد العال، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، بنغازي، دار الكتب الوطنية، 2006م، الجزء الأول، ص225.

(3) محمد السيد عرفة، التحكيم والصلح وتطبيقاتها في المجال الجنائي، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ص1407هـ، ص245.

- إقرار الصلح الجنائي يبين رغبة المشرع في عدم إيقال كاهل الجهاز القضائي بجرائم ودعاوى قليلة الأهمية، بالنظر إلى عقوبتها وما يتكبده القضاء من جهد ووقت، وما يتحمله الخصوم من أعباء وتكاليف من جراء الدعوى المرفوعة⁽¹⁾.
- تسهيل إجراءات إنهاء الدعوى الجنائية: فهنا الاتفاق على الصلح بين أطراف الخصومة، يترتب على ذلك إنهاء الدعوى الجنائية فور التراضي على التصالح بينهم، وذلك من قبل الجهة المعنية بتحريك الدعوى الجنائية، أو الجهات الإدارية المخولة نظاماً بالتصالح مع المتهم، ويتم من خلاله قطع السير في إجراءات المحاكمة دون المساس بحق المجتمع في العقوبة.
- تفاهة الجرائم: عند النظر إلى الجرائم التي يجوز فيها الصلح، نجد أنها تكاد تجتمع على صغر حجم الجريمة، وعدم تأثيرها بشكل قوي في المجتمع، والمصلحة العامة التي تجب حمايتها.
- يساعد نظام الصلح الجنائي على التخفيف من عبء السجون ودور التوقيف من الأفراد الذين تصالحوا مع الإدارة الحكومية محل الاختصاص، فتصبح السجون مأوى المحكومين فقط، فلو رفض المتهم التصالح الجنائي فقد يصدر في حقه قرار بالتوقيف، وبالتالي يزيد من أعداد المساجين⁽²⁾.

ثانياً: الجرائم التي يجوز فيها الصلح.

يجد الصلح أساسه في قانون العقوبات في المادتين 110-111، حيث نصت المادة 110 بقولها: (يجوز الصلح في مواد المخالفات إذا لم ينص القانون فيها على عقوبة الحبس بطريق الوجوب أو على الحكم بشيء آخر غير الغرامة أو الحبس، ويجب على محرر المحضر في الأحوال التي يجوز فيها

(1) السيد خلف عبد العال، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص226.

(2) سليمان بن ناصر بن محمد العجاعي، أحكام التصالح، مرجع سابق، ص18-19.

الصلح أن يعرض الصلح على المتهم الحاضر ويثبت ذلك في المحضر)، ونصت المادة 111 - المعنونة أركان الصلح على الاشتراطات اللازم قيام المتهم بها لإيقاع الصلح وترتيب آثاره القانونية بنصها على أنه: " يجب على المتهم الذي يرغب في الصلح أن يدفع لخزانة المحكمة أو أي خزانة عامة أخرى في ظرف عشرة أيام من يوم عرض الصلح عليه مبلغ خمسين قرش في الحالات التي لا يعاقب فيها القانون بغير الغرامة، ومائة قرش في الحالات التي يجيز فيها القانون الحكم بالحبس أو الغرامة بطريق الخبرة وتسقط المخالفة بدفع مبلغ الصلح".

من خلال نص المادتين المشار إليهما سابقاً يتبين أن المشرع الليبي اشترط في الجريمة لكي تكون محل للصلح ما يأتي:

- أن تكون جريمة مخالفة، فإذا كانت جنائية أو جنحة فلا يجوز الصلح بشأنها؛ لأن القانون أحاطها بضمانات بشأن المسؤولية الجنائية ومحاكمة مرتكبيها، وهذا لا يتطلبه القانون بشأن المخالفات، أضف إلى ذلك جسامة الجرح والجنايات وما يتم توقيعه بشأنها من عقوبات سالبة للحرية، والتي لا يمكن إعمال الصلح بشأنها.

وإذا كانت هناك بعض الحالات التي يجوز فيها التصالح في القوانين الخاصة، فهي في الغالب جرح العقوبة المقررة لها هي الغرامة التي يراعى فيها تفويض قصد المتهم في إبراء ذمته على حساب ذمة الدولة كما هو الحال بالنسبة لجرائم التهرب الضريبي والجرائم الجمركية والجذير بالذكر أن الجرح التي يجوز فيها الصلح الخاص لا تكون إلا بنص صريح وفي الجرح التي تتمتع بطبيعة مالية.

- أن تكون العقوبة هي الغرامة، ويقصد بذلك أن تكون الغرامة هي العقوبة الأصلية المقررة للمخالفة أو كانت العقوبة هي الغرامة أو الحبس، أي حيث يكون الحبس عقوبة تخيرية مع الغرامة بحيث يجوز الحكم بالغرامة وحدها، أما إذا كانت عقوبة الحبس وجوبية فلا يجوز الصلح التي أوردته المادة 110 عقوبات المذكورة سلفاً، حتى ولو كانت معها عقوبة الغرامة.

- يجب ألا يكون المشرع قد نص مع عقوبة الغرامة عقوبة أو تدبير وقائي تكميلي، ومثال على ذلك أن ينص على الغلق أو الهدم أو الإزالة أو المصادرة⁽¹⁾.

الصلح في قوانين خاصة:

المشرع الليبي شأنه في ذلك شأن بعض التشريعات الوطنية أجاز الصلح في عدد من القوانين الخاصة التي تقصره على جرائم الأقل جسامة ألا وهي المخالفات، بل أجازت اللجوء إليه لإنهاء الخصومة الجنائية في بعض الجرح، وهي الحالات التي يتوقف فيها تحريك الدعوى على طلب أو إذن من بعض الإدارات والهيئات العامة التي خولت حق التصالح مع الجاني، وذلك تسييراً على المتقاضين وتقديراً للمصلحة، إذ نخرج إلى بعض منها على سبيل المثال لا الحصر:

- بموجب أحكام المادة 30 من قانون رقم 65 لسنة 1973م بإصدار قانون ضريبة الدمغة نص على أن (يكون رفع الدعوى الجنائية بناء على طلب رئيس المصلحة، وله إذا رأى وجهاً لذلك أن يتصالح مع المخالف، في غير الأحوال المنصوص عليها في المواد 27/26/25، وذلك إذا قام المخالف بأداء الضريبة المستحقة، وتعويض لا يقل عن مثل الضريبة ولا يجاوز أربعة أمثالها، فإذا تم التصالح قبل رفع الدعوى الجنائية خفض التعويض إلى مثلي الضريبة).

- وفي جرائم التهريب والمخالفات التي ترتكب أو يشتبه في ارتكابها بالمخالفة لأحكام قانون الجمارك رقم 10 لسنة 1378و.ر؛ نصت المادة 122 منه على

(1) مأمون سلامة، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 262-263، السيد خلف عبد العال، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 227. عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2008م، ص 127.

أن : (وللمدير العام أو من يفوضه الأمين بدلاً من اتخاذ الإجراءات المشار إليها في المادة السابقة أن يجري الصلح قبل صدور الحكم الابتدائي من المحكمة الابتدائية، وذلك فيما عدا الجرائم المنصوص عليها في المادة 204 ويكون له كامل السلطة في أن يقبل من الجاني مبلغاً لا يجاوز الحد الأقصى للغرامة المفروضة؛ وذلك علاوة على المصادرة إذا كانت واجبة)، كما نصت المادة 212 من ذات القانون على أنه (يترتب على التصالح انقضاء الآثار المترتبة على جريمة التهريب أو المخالفة على أن تقيّد الواقعة سابقة جرمية ضد المتهم وتحرر له استمارة تشبيهه).

وكذلك أيضاً إذا كان المبدأ المقرر في القانون الليبي أن الصلح عن الجرائم لا يجوز، لكن المشرع الليبي لاحظ أن مخالفات المرور ليست ذات خطر، وأنها ليست من قبيل الجرائم العادية والمنصوص عليها في قانون العقوبات، فأجاز الاتفاق على الصلح عن هذه المخالفات، بدفع المخالف مبلغاً من المال، ويطلق عليه مبلغ الصلح، ويترتب عليه انقضاء الدعوى الجنائية قبل المخالف دون حاجة إلى عرض الأمر على القضاء العام في الدولة.

ثالثاً: أثر الصلح على الدعوى الجنائية.

يترتب على الصلح في المواد الجنائية أثر في غاية الأهمية، يتمثل في انقضاء الدعوى الجنائية، وقد نص على هذا الأثر صراحة، ويتضح ذلك من مطالعة النصوص القانونية التي أجازت الصلح، حيث نصت المادتان 110-111 من قانون العقوبات وكذلك التشريعات الخاصة من ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون رقم 32 لسنة 1974م بشأن مكافحة إخفاء وتهريب السلعة التموينية، وكذلك ما نصت عليه المادة 130 من القانون رقم

61- لسنة 1972م قانون الجمرک، وكذلك القانون رقم 64 لسنة 1973م بشأن ضرائب الدخل وتحديدًا في المادة 113 منه⁽¹⁾.

فإذا ما توافرت الشروط السابقة ينتج الصلح أثره القانوني، أما إذا تخلف أحدهم فلا يمكن أن يكون للصلح أي أثر، فإذا قبل المتهم الصلح دون أن يدفع المبلغ المنصوص عليه كاملاً في الميعاد انعدم الصلح وانعدمت كذلك آثاره القانونية.

ويترتب على الصلح سقوط الجريمة، وهذا ما نصت عليه المادة 111 عقوبات في فقرتها الأخيرة والتي نصت علي أنه (وتسقط المخالفة بدفع مبلغ الصلح).

ويترتب على سقوط المخالفة سقوط الدعوى الجنائية الناشئة عنها ويتعين على النيابة العامة أن تأمر بحفظ الأوراق لعدم وجود وجه للسير في الدعوى لانقضائها بالصلح. أما في حالة ما إذا رفعت الدعوى رغم تمام الصلح تعين على المحكمة الحكم بعدم قبولها وهي تقضي بذلك من تلقاء نفسها؛ لأن انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح هو من النظام العام ويجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض⁽²⁾.

ويثور التساؤل حول مدى جواز تجزئة آثار الصلح في انقضاء الدعوى الجنائية؟

للإجابة عن هذا التساؤل يكمن في أن الركن المادي للجريمة قد يتعدد سواء في تعدد المجني عليهم وهو ما يرتبط بالنتيجة الإجرامية أو تعدد الجناة وهو ما يرتبط بالسلوك الإجرامي، لذلك يجب التفرقة ما إذا كانت هناك واقعة إجرامية واحدة أو عدة وقائع، ففي الحالة الأولى فإن الصلح لا ينتج أثره في

(1) محمد حكيم حسن الحكيم، النظرية العامة للصلح، القاهرة، دار الكتب القانونية، 2005م، ص275.

(2) مأمون سلامة، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص269-270.

انقضاء الدعوى الجنائية ما لم يكن قد صدر عنهم جميعاً، أما الحالة الثانية فإنه يسري بشأنها ما يسري عن التنازل عن الحق في الشكوى، حيث إن التنازل بالنسبة لأحد المتهمين يعد تنازلاً للباقيين⁽¹⁾.

كما يثور التساؤل أيضاً في حالة وجود جريمة فهل يجوز للجاني أن يطلب الصلح بشأنها مع النيابة العامة أو المجني عليه؟

إن ما استقر عليه قوانين الإجراءات الجنائية والعقابية في شأن الصلح بأنه **(لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام)**؛ لأنه من المقرر في فقه القانون الجنائي أن الدعوى الجنائية الناشئة عن ارتكاب جريمة هي من حق المجتمع، وإن كان الأمر ذلك، فإنه لا يجوز للجاني أن يدخل مع المجني عليه بعلاقة صلح أو تحكيم في عدم تبليغ السلطات العامة بالجريمة مقابل مبلغ من المال؛ لأن أي جريمة تقع تشكل اعتداء على المجتمع بأسره لا على شخص المجني عليه برمته⁽²⁾.

فالنيابة العامة وإن كانت ممثلة للمجتمع فهي جزء من مرفق العدالة والذي هو جزء من مظاهر سلطة الدولة في فرض الأمن والنظام.

فالتشريعات الوضعية ومنها المشرع الليبي وإن كان قد نص في بعض القوانين الخاصة على جواز الصلح بها، فهنا قدر المشرع أن حق الدولة والمجني عليه مضمون، بيد أن المجني عليه إذا رأى الصلح فيجوز له ذلك، حيث قدر المشرع أن مصلحة المجني عليه قد تكون متحققة ومتوافرة في الصلح بصورة أفضل من تحريك الدعوى وعقاب الجاني، وذلك من حيث الروابط الاجتماعية

(1) انظر المادة 10/أ من ق.أ.ج الليبي.

سليمان بن ناصر بن محمد، أحكام التصالح الجنائي، مرجع سابق، ص 20-21.

(2) نجيب إمام عبد الله، التحكيم في القوانين العربية، الاسكندرية، المكتب الجامعي الحديث،

درء الضرر بصورة فعالة وسريعة، فضلاً عن عدم تأثر المجتمع والعدالة العامة بذلك الصلح⁽¹⁾.

أثر الصلح على الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائي:

أجاز المشرع الليبي للقضاء الجنائي أن ينظر الدعوى المدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية، وذلك طبقاً للقواعد والأحكام العامة المنظمة لذلك⁽²⁾، حيثُ يترتب على ذلك خضوع الدعوى المدنية للقواعد الإجرائية المعمول بها أمام المحاكم الجنائية إعمالاً لنص المادة 239 إجراءات جنائية دون إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات⁽³⁾.

فالمشرع الليبي جعل مصير الدعوى المدنية مرتبطاً بالدعوى الجنائية، فتتقضي الدعوى المدنية بالحكم الفاصل في الدعوى الجنائية المتضمن التعويضات التي يطلبها المدعي بالحقوق المدنية أو المتهم بحسب الأحوال، فإذا تخلف أحد الشروط المتعلقة بالدعوى الجنائية فإنه يترتب على ذلك عدم قبول الدعوى المدنية المرفوعة معها أمام القضاء الجنائي بالتبعية، حتى ولو كانت الدعوى المدنية قد رفعت بإجراءات صحيحة وسليمة.

(1) ماهر انطوان، التحكيم في الأحوال الجنائية، الشبكة العنكبوتية.

<https://www.facebook.com/Educate2015/posts/504017693048834>

(2) تنص المادة 224 من قانون إجراءات جنائية الليبي على أنه (لمن لحقه الضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحقوق مدنية أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى الجنائية في، أية حالة كانت عليها الدعوى حتى صدور القرار بإقفال باب المرافعة طبقاً لنص المادة 248 ولا يقبل منه ذلك أمام المحكمة الاستئنافية).

(3) تنص المادة 239 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، على أنه (يتبع في الفصل في الدعوى المدنية التي ترفع أمام المحاكم الجنائية الإجراءات المقررة بهذا القانون).

فإذا ما حكم القاضي الجنائي بعدم القبول أو عدم جواز نظر الدعوى الجنائية لأسباب متعلقة بها، تعين عليه القضاء بذلك في الدعوى المدنية المرفوعة بالتبعية لها⁽¹⁾.

أما في حالة انقضاء الدعوى الجنائية لسبب من الأسباب الخاصة بها قبل الفصل في الموضوع، فهذا لا يؤثر على سير الدعوى المدنية⁽²⁾.

الخاتمة

بعد أن أنهيت بحمد الله وتوفيقه من دراسة هذا البحث، حيث تبين لي من خلال هذه الدراسة بعض النتائج المهمة وذلك على النحو التالي:

- بينت الدراسة للباحث أن منازعات الأفراد لا تحل دائماً بقوة السلطة العامة للدولة " القضاء " وإنما تحل سلمياً بوسائل أخرى سواء عن طريق الصلح الذي يقوم به يقوم الأفراد أنفسهم عن طريق تنازلات متبادلة عن حقوقهم، أو عن طريق الصلح الذي يعرض من قبل سلطة الادعاء أو الجهة المختصة
- أوضحت الدراسة للباحث أن الدعوى الجنائية في حقيقتها مملوكة للمجتمع تباشر إجراءات التحقيق فيها الجهات المختصة بذلك والتي غالباً النيابة العامة، وهي إذ تقوم بذلك تمارسها نيابة عن المجتمع ككل، إلا أن المشرع الليبي رأى أن هناك أسباباً خاصة تؤدي إلى انقضاء الدعوى الجنائية من بينها الصلح في بعض الجرائم وذلك لتخفيف العبء على المحاكم من خلال ما يكفله من تحقيق مصلحة المتهم الاقتصادية من مصاريف ونفقات الدعوى العامة من ناحية،

(1) السيد خلف عبد العال، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص252-253.

(2) إذ تنص المادة 232 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي على أن (إذا سقطت الدعوى الجنائية بعد رفعها لسبب من الأسباب الخاصة بها، فلا تأثير لذلك على الدعوى المدنية المرفوعة معها).

- وحماية المصلحة الاقتصادية للدولة بتجنبها النفقات الباهظة التي تستغرقها إجراءات نظر الدعوى بالطرق التقليدية وكفالة احترام قوانينها.
- كما بينت الدراسة أن الصلح الجنائي يستمد شرعيته من النصوص التشريعية، والمبدأ الذي يحكمه لا صلح إلا بنص.
 - أوضحت الدراسة لنا أن الشريعة الإسلامية أجازت الصلح في نطاق الجرائم منذ ما يزيد على أربعة عشر قرناً من الزمان، حيث أجازت الصلح في بعض جرائم الحدود، والتي سبق وأن أشرنا إليها، كما أجازت العفو في جرائم القصاص في جريمة القتل العمد على اعتبار القصاص حق للعبد، أما في حالة الصلح والذي يكون دوماً على مال، وهو ما أخذ به المشرع الليبي في قانون القصاص والدية.
 - كشفت الدراسة لنا أن الدعوى الجنائية تنقضي بالصلح، ويستفيد من هذا الانقضاء المتهم والمساهمون معه في الجريمة.

قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: كتب الحديث

- البخاري، أبو عبدالله محمد بن اسماعيل، الجامع الصحيح المختصر، 1407هـ، بيروت، دار ابن كثير، الطبعة الثالثة، كتاب الديات، باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين.
- سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود، سنن أبي داود، بيروت، دار الفكر العربي، المجلد الثاني.
- أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، المجلد الثالث.

ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي

- الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي، القاهرة، دار الفكر العربي، الجزء الثاني، العقوبة.
- أبو عبدالله محمد الخرخشي، شرح الخرخشي وحاشية * على مختصر الخليل، المطبعة الكبرى الأميرية، 1317هـ، الجزء الثامن.
- أبو اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، بيروت، دار المعرفة، الجزء الثاني.
- أبو الوليد الباجي، شرح الموطأ، دون تاريخ، بيروت، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، الجزء السابع.
- علاء الدين ابوبكر ابن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، القاهرة، مطبعة الإمام، الجزء التاسع.
- محمد بن أحمد الدسوقي، شرح الكبير، مصر، مطبعة عيسى الحلبي، الجزء الرابع.

- محمد الخطيب الشربيني، المغني المحتاج شرح المنهاج، مطبعة مصطفى الحلبي، المجلد الرابع.
- منصور ابن يونس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 1366هـ، مطبعة أنصار السنة المحمدية محمد.
- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، القاهرة، دار التراث، الجزء الأول.

رابعاً: كتب الفقه القانوني

- السيد خلف الله عبد العال، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، بنغازي، دار الكتب الوطنية، 2006م، الجزء الأول.
- سليمان بن ناصر بن محمد، أحكام التصالح الجنائي، بحث مقدم كورقة عمل لندوة التحكيم الجنائي في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1434هـ.
- طارق محمد طاهر الجملي، إشكاليات القصاص والدية في القانون الليبي، بنغازي، دار الساقية للنشر، الطبعة الأولى، 2008م.
- محرر السيد عمر التحيوي، تحديد المعنى الموضوعي لمحل التحكيم ودوره في تحديد طبيعة العمل الذي يصدر من هيئة التحكيم، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002م.
- محمود عمر محمود، أثر التحكيم علي الدعوى الجنائية، ورقة بحث على الشبكة العنكبوتية:

<http://repository.nauss.edu.sa/handle/123456789/625>

- مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، دون ناشر، دون مكان نشر، 1971م، الطبعة الأولى.
- محمد السيد عرفة، التحكيم والصلح وتطبيقاتها في المجال الجنائي، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1407هـ.
- عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2008م.

- محمد حكيم حسن الحكيم، النظرية العامة للصلح، القاهرة، دار الكتب القانونية، 2005م.
 - ماهر انطوان، التحكيم في الأحوال الجنائية، الشبكة العنكبوتية:
<https://www.facebook.com/Educate2015/posts/504017693048834>
 - محمد محي الدين عوض، بدائل الجزاءات الجنائية في المجتمع الإسلامي، الرياض، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب.
 - نبيه صالح، الوسيط في شرح مبادئ الاجراءات الجنائية، الاسكندرية، منشأة المعارف، الجزء الأول، 2004م.
 - نجيب إمام محمد عبدالله، التحكيم في القوانين العربية، الاسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2006م.
- خامساً: الرسائل العلمية**
- نبيل عبد الصبور النبراوي، سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، (رسالة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1995م.

التدخل الأجنبي وأثره على السيادة الوطنية

(دراسة شرعية فقهية موازنة في التدخل في الشؤون الليبية)

أ.د نصر الدين مصباح القاضي (*)

المقدمة:

لقد كانت المنطقة الجغرافية المعروفة اليوم بدولة ليبيا عبارة عن ولاية عثمانية، شأنها شأن الولايات الأخرى الخاضعة لدولة الخلافة الإسلامية العثمانية، والتي تمثلها أغلب ما يعرف اليوم بالدول العربية. وشهدت هذه الرقعة الجغرافية تطورات كثيرة، وتأثرت بعدة عوامل سياسية واقتصادية وعسكرية وثقافية وغيرها، ولعل أخطر ما واجهه الشعب الليبي في تلك الفترة هو التدخل الأجنبي اعتباراً من نزول الاستعمار الإيطالي على الشواطئ الليبية سنة 1911م. ولقد جاهد الشعب الليبي حق الجهاد، حتى انتهى الأمر إلى خوض حربين عالميتين على أرضه، لا ناقة له فيها ولا جمل؟! ولا شك أن من يستقرئ حياة الشعب الليبي بمختلف جوانبها خلال المائة عام الماضية (اعتباراً من مطلع القرن العشرين من بداية الاستعمار الإيطالي وتدخله في الشؤون الليبية تمهيداً لاحتلال الأراضي الليبية وانتهاك سيادتها وطمس الشخصية الليبية)، ويقارنها بما هي عليه الآن، ينتهي إلى نتيجة لا يختلف عليها اثنان، ولا يطناطح عليها كبشان – كما يقال – وهي أن تغيرات عميقة وتطورات جذرية قد شهدتها النظم السياسية والاقتصادية والاجتماعية فيما يعرف الآن بالدولة الليبية، وإن من شأن هذه التغيرات والتطورات أن تؤثر في فكرة السيادة الوطنية (إيجاباً وسلباً)، وما يتفرع عنها من خصائص ومميزات

(*) أستاذ القانون العام، كلية القانون، جامعة طرابلس.

الدولة الليبية بالداخل والخارج، ومدى تأثير هذه الأمور على استقرار الدولة وأمنها وعلاقتها بالدول الأخرى.

وما حدث في ليبيا في بداية العقد الثاني من القرن الحادي والعشرين، وبالتحديد في انتفاضة الشعب الليبي في 17 فبراير سنة 2011م، إنما هو ردود أفعال قاسية وعنيفة جداً، حتى دمويتها المؤسفة هي نتائج لاستبداد وظلم وقهر نظام فاسد استمر لأكثر من أربعين سنة. ومن هنا فليس مجرد صدفة أن يكون في ليبيا بعد أربع سنوات من الانتفاضة والثورة الشعبية العارمة، ذات الأبعاد الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، أن تشهد الدولة الليبية ظهور هئتين سياسيتين تشريعتين، وهئتين تنفيذيتين حكوميتين من أبناء الشعب الليبي الواحد، يتقاسمان السلطة السيادية على الإقليم الليبي الواحد، في ذات الوقت، فلاشك أن هذه الوضعية الغريبة والشاذة عن طبائع الأمور، تعكس الاتجاهات السياسية العلمانية والدينية، وتعبر عن آراء أثنىة مختلفة، وفئات جهوية قبلية متعصبة، تدعو إلى الانفصال وتفتيت وحدة الدولة، وتقاسم سيادتها تحت ما يعرف ((بالفدرالية)) ونتائجها في البحث عن الشرعية والسعي لانتزاع الاعتراف بهذا الحق. والمساهمة – بالتالي – في تكوين فكرة الدولة وسيادتها. وهكذا تسير الدولة الليبية تحت هذه الظروف إلى ما يشبه الإله الروماني جانوس (Janus) ذي الوجهين أحد وجهيه منشرق يعكس حكم الحق، والآخر مكتئب وعابس تطبعه كل الأهواء التي تحرك الحياة السياسية⁽¹⁾.

(1) جورج بوردو، الدولة، ترجمة الدكتور سليم حداد. ط3، بيروت: المؤسسة الجامعية، (1423هـ - 2002م)، ص51. وفي شأن تطور النظم السياسية والاجتماعية والاقتصادية للدولة الليبية خلال فترة الولاية العثمانية وما بعدها، يراجع الدكتور علي عبد اللطيف حميدة. المجتمع والدولة والاستعمار في ليبيا (دراسة في الأصول الاجتماعية والاقتصادية والثقافية لحركات وسياسات التواطؤ ومقاومة الاستعمار، (1830 — 1932م)، أطروحة دكتوراه، ط2، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، سنة 1998م، ص33 وما بعدها.

وإذا كانت الشرعية المتمثلة في الإدارة الشعبية الجماعية، هي أساس كل سلطة نظامية قديماً وحديثاً، فحتى عندما يفرض الحكم الاستبدادي (كالنظام الليبي الجماهيري السابق) الصمت على الشعب، ((لا يمكن تصور السلطة في خصائصها الكاملة، دون العودة على الأقل ضمناً، إلى وجود هذه الجماعة التي صنعت من أجلها والتي تنشأ الدولة عنها، سواء بالرضى أو بالأدعان ذلك أنه في الواقع، مهما كانت أهمية الدور الذي يلعبه القادة أو الأمراء في إنجاز تصور الدولة، لم يكن ممكناً أن يفرض، دون الاستعدادات الملائمة التي صادفها في فكر الجماعة))⁽¹⁾.

فالأزمة السياسية الليبية التي يعاني منها الشعب الليبي ليست وليدة اللحظة الراهنة، ولا نتيجة الظروف المحلية ولا الإقليمية ولا الدولية المعاصرة فحسب، وإنما هي تمثل ردود أفعال لتجمع أمور كثيرة سياسية واقتصادية واجتماعية ودينية وغيرها.

تراكمت وتداخلت مع بعضها بسبب عنصري الجغرافيا والتاريخ، وليس الجغرافيا مجرد موقع أو موضع، ولا التاريخ مجرد زمان مطلق، وإنما انصهرت في بوتقة الاستبداد السياسي وحكم الفرد المطلق (الدكتاتورية)، وما ساد المجتمع الليبي في ظلها من ظلم وقهر وفساد عمّ مختلف مرافق الدولة ومصالحها ومؤسساتها وهيئاتها، وأثر في مختلف نواحي حياة الإنسان الليبي، وبالتالي فحل الأزمة بطريقة راشدة سليمة تكفل للشعب الليبي النظام السياسي الصحيح والدولة المستقرة ذات السيادة الكاملة تحتاج إلى وقت طويل محفوف بالمخاطر والصعوبات⁽²⁾.

(1) جورج بوردو، الدولة، المصدر السابق ذكره، ص49.

(2) يراجع بشأن الأزمة السياسية الليبية ومظاهرها. الدكتور يوسف الصواني ليبيا الثورة وتحديات بناء الدولة. ط1، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، سنة 2013م. وبشأن الأزمة في الوطن العربي، يراجع بحوث ومناقشات الندوة الفكرية التي نظمها مركز

وكل هذه العوامل ساهمت في إغراء التدخل الأجنبي، ويسرت له العمل على أضعاف حركات التحرر والجهاد في الوطن العربي، وعرقله جهود التنمية وعمليات التخطيط الاقتصادي لتطوير المجتمع والنهوض به وبناء الدولة الحضارية المعاصرة، فضلاً عن تسهيل مشاريع التقسيم والتشجيع عليها، والمنافسة الأوروبية من أجل السيطرة على السوق العربية حتى تكون تبعية لما تعرضه العولمة في مختلف المجالات السياسية والاقتصادية والثقافية وغيرها.

خطة البحث:

وبناء على ما تقدم، فإن هذه الدراسة تقتضي تقسيم البحث إلى قسمين

رئيسيين:

الأول: يعالج فكرة السيادة والتعريف بها وتطويرها.

الثاني: يتناول مفهوم التدخل الأجنبي والتعريف به وأثره في السيادة الوطنية للدولة.

المطلب الأول

التعريف بالسيادة وتطورها

تمهيد:

يكاد ينعقد إجماع فقهاء القانون العام على أن الدولة هي المتمثلة في جماعة من الناس يعيشون على إقليم جغرافي من الأرض، وعلى درجة معينة من التنظيم السياسي، فالدولة لا توجد إلا حيث تكون الجماعة السياسية قد وصلت إلى درجة من التنظيم يجعل لها وجوداً مستقلاً عن أشخاص الحكام الذين يمارسون السلطة فيها. ولقد عرف المجتمع الإسلامي — على هذا الأساس —

دراسات الوحدة العربية بالتعاون مع مركز مكارنيغي للشرق الأوسط والجمعية العربية للعلوم السياسية، تحت عنوان: أزمة الدولة في الوطن العربي. ط2، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، 2012م.

فكرة الدولة التي أسسها الرسول ﷺ في المدينة المنورة بعد هجرته من مكة المكرمة.

وهكذا تطور الأمر حتى صارت الدولة، فكرة عقلية مثالية تنشأ في وعي الناس، وفكر العلماء، فتعكسها التجارب الشعورية والتعبيرات الموجبة المؤثرة في الواقع الإنساني. وإلى جانب هذا التعريف المعنوي المثالي، فإن التعريف الحقوقي (القانوني) يقرر أن الدولة هي: ((مجموع كبير من الناس، يقطن على وجه الدوام والاستقرار، إقليمياً معيناً ويتمتع بالشخصية المعنوية، والنظام والاستقلال))⁽¹⁾.

ومن هذا التعريف يستتبط الأركان الثلاثة الأساسية التي تقوم عليها فكرة الدولة في الواقع الإنساني، كما هو معروف في فقه القانون العام المعاصر، وهي: ركن الشعب، وركن الإقليم، وركن النظام السياسي (السلطة العليا العامة)، وهي التي تعكس فكرة سيادة الدولة على شعبها وإقليمها داخلياً، وتنظيم علاقاتها مع الدول الأخرى خارجياً.

وإذا كان البحث مقصوراً على أثر التدخل الأجنبي على السيادة الوطنية للدولة، فإن الأمر يقتضي تناول مبدأ السيادة على النحو التالي:

(1) وليس هناك حد أدنى لعدد السكان اللازم لتكوين الدولة، ولا قدر أقل لمساحة إقليمها، بل تتفاوت الدول في ذلك تفاوتاً شاسعاً، ثم إن الدول تختلف أيضاً من حيث تكوينها ونظام الحكم فيها، فمنها الدول البسيطة (كليبيا وتونس ومصر)، والدول المركبة (كالولايات المتحدة الأمريكية). والدول الملكية والدول الجمهورية، والدول الديمقراطية، والتي تأخذ بنظام الحكم المطلق. يراجع في التفاصيل. معجم العلوم الاجتماعية. إعداد نخبة من الأساتذة المتخصصين. القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة 1975م، ص 268، وكذلك، د.علي سعد الله. نظرية الدولة. ط 1، عمان: دار مجدلاوي، (1424هـ - 2003م)، ص 26 وما بعدها. وأيضاً، الدكتور ثروت بدوي. النظم السياسية. القاهرة: دار النهضة العربية، 1989م، ص 23 وما بعدها. وكذلك، جاك دوندييه دي فابر. الدولة، ترجمة: أحمد حسيب عباس. القاهرة: مكتبة نهضة مصر، 1958م، ص 1 وما بعدها.

أولاً: التعريف بفكرة السيادة ونشأتها.

ثانياً: تطور فكرة السيادة ونتائجها.

أولاً: التعريف بفكرة السيادة ونشأتها

1 — التعريف بمبدأ السيادة: يبدو من بادي الرأي أن مبدأ السيادة لم يكن معروفاً في العصور التاريخية القديمة حتى القرن السادس عشر الميلادي، إلا أن ظهور بعض الأفكار والاتجاهات الفلسفية التي تتناول هذا المفهوم قد عرفت منذ وقت بعيد باعتباره من خصائص ومميزات لدولة ذات القوة والسلطة العليا والنهائية، ومن هنا يمكن تعريف المفهوم في اللغة والاصطلاح على النحو التالي:

2 — مفهوم السيادة في فقه اللغة العربية: هو مصدر ساد يسود سيادة. والسَّيِّدُ يطلق على الرب والمالك والشريف والفاضل والكريم والحليم، ومُحْتَمَلٌ أذى قومه، والرئيس والقائد والزوج، يقول الله تعالى: ﴿وَأَلْفَا سِيدَهَا لَدَا الْبَابِ﴾ (1).

ولقد ورد المفهوم على لسان الرسول ﷺ حيث يقول: (وأنا سيد ولد آدم يوم القيامة ولا فخر....)(2).

ولكنه لما وصف عليه الصلاة والسلام بأنه سيد قريش، رد السيادة لله تعالى الذي ساد الخلق أجمعين، فكره الرسول ﷺ، أن يمدح في وجهه وأحبَّ التواضع لله تعالى، وجعل السيادة للذي ساد الخلق كلهم جميعاً.

فقد جاء في سنن أبي داود عن مطرف ابن عبد الله بن الشَّخِيرِ عن أبيه، أنه قال: (انطلقت في وفد بني عامر إلى رسول الله ﷺ. فقلنا: أنت

(1) سورة يوسف، الآية (25).

(2) الأمام أحمد بن حنبل. المسند / تحقيق: أحمد محمد شاكر. ط2. القاهرة: دار المعارف، (1369هـ - 1950م)، ج4. (ص187)، (حديث رقم 2546). وقارن. الأمام البخاري،

الصحيح/ تحقيق: د. مصطفى ديب البغا. ط1، دمشق، بيروت: دار القلم، (1401هـ — 1981م) ج3، 1215 (حديث رقم 3162). وكذلك الأمام مسلم الجامع الصحيح، بيروت،

دار الجيل، دار الآفاق الجديدة، ج1، ص127.

سيدنا، فقال: السيد الله تبارك وتعالى، قلنا: وأفضلنا فضلاً وأعظمتنا طولاً، فقال قولوا بقولكم، أو بعض قولكم، ولا يَسْتَجْرِبَنَّكُمُ الشَّيْطَانُ⁽¹⁾.

كما سماني الله عز وجل في كتابه فقال (يا أيها النبي). (يا أيها الرسول)، ولا تسموني سيدياً، كما تسمون رؤساءكم وعظماكم، ولا تجعلوني مثلهم، فإني لست كأحدكم، إذ كانوا يسودونكم بأسباب الدنيا، وأنا أسودكم بالنبوة والرسالة، فسموني ((نبياً ورسولاً))⁽²⁾.

فهذا النص قاطع الدلالة في نشأة فكرة السيادة، وظهورها على لسان الرسول ﷺ، وتحديد أصلها عند الأولين على أساس الدنيا وأسبابها، أما السيادة في الإسلام، وعند محمد ﷺ فأصلها يقوم على النبوة والرسالة.

وأما قوله ﷺ: أنا سيد الناس يوم القيامة، أو سيد ولد آدم، أو سيد القوم — أو كما قال — فإن الإمام النووي يفسره بقوله: (إنما قال هذا ﷺ تحدثاً بنعمة الله تعالى وقد أمره الله تعالى بهذا ونصيحةً لنا بتعريفنا حقه ﷺ. قال القاضي عياض: قيل السيد الذي يفوق قومه والذي يفزع إليه في الشدائد، والنبي ﷺ سيدهم في الدنيا والآخرة، وإنما خص يوم القيامة لارتفاع السواد فيها وتسليم جميعهم له، ولكون آدم وجميع أولاده تحت لوائه ﷺ كما قال الله تعالى لمن الملك اليوم لله الواحد القهار أي انقطعت دعاوي الملك في ذلك اليوم والله أعلم)⁽³⁾.

وهكذا يتضح من استقراء حياة الرسول ﷺ ومنهج رسالته في النبوة والتبليغ ما يكشف عن تطور فكرة السيادة. باعتبارها تمثل أوصاف السلطة العليا في الدولة. هذا المضمون يكاد يكون مطابقاً لجوهر السيادة الحديثة في المفهوم المعاصرة لفكرة، يقول المحامي الإنجليزي اللورد لويدي: (إن السيادة — في

(1) سنن أبي داود / تحقيق: عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، ط1، حمص (سورية)، دار الحديث، (1394هـ - 1974م)، ج5، (ص154 - 155)، (حديث رقم 4806).

(2) سنن أبي داود (شرح الخطابي، المصدر السابق ذكره)، ج5، ص154-155، هامش رقم (4).

(3) صحيح مسلم بشرح النووي، بيروت، دار الكتب العلمية، (1401هـ - 1981م)، ج3، ص66.

مفهومها الحالي – تعني شيئاً أكثر من فكرة الحاكم الأسمى، فالحاكم المطلق قد يكون له سلطة غير مقيدة في الحكم وإصدار الأمر بقطع الرؤوس، ولكنه يفتقر إلى السلطة الشرعية لتغيير قانون المجتمع باستثناء بعض التفاصيل، أما فكرة السيادة الحديثة فهي ترتبط بفكرة السلطة العليا لصنع القانون أكثر من ارتباطها بالسلطة التنفيذية العليا. أو السلطة القضائية لإعلان الحرب، أو فرض عقوبة الإعدام، أو إدارة شؤون الدولة يوماً فيوماً، والعمل كحكم أخير في تسوية النزاعات بين الرعية. فالسلطان أو الحاكم الآن هو الشخص أو الهيئة التي تتولى سلطة التشريع في المجتمع، وهو بفضل سلطته على تغيير القانون يعتبر مالكاً للسلطة الشرعية العليا في الدولة، وتخضع له – بالنتيجة ومن الناحية النظرية على الأقل – السلطات الأخرى من تشريعية وتنفيذية وقضائية⁽¹⁾، ويستفاد من هذا التأصيل اللغوي والتاريخي، أن مبدأ السيادة قد ظهر من وقت بعيد، وبالتالي حظيت مسألة السيادة ومضمونها ونشأتها بالاهتمام البالغ من العلماء والفقهاء قديماً وحديثاً ولا شك أنها أثارت الكثير من الجدل والاختلاف وسوء الفهم الذي وصل إلى إنكارها عند البعض أو التخلي عنها مطلقاً لعدم جدواها في فقه الدولة المعاصرة⁽²⁾.

ثانياً: تطور فكرة السيادة ونتائجها

يعود أصل كلمة السيادة في اللغات الأوربية إلى كلمة: Souverain الفرنسية، أو Sovereign الإنجليزية. بمعنى الأعلى أو الأسمى أو الأرفع، وما

(1) اللورد دينيس لويد (Dennis Lloyd) فكرة القانون: (The Idea Of Law)، ترجمة سليم الصويص، ومراجعة سليم بسيسو. الكويت (سلسلة عالم المعرفة رقم 47. المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، (1402هـ – 1981م)، ص204.

(2) الدكتور محمد علي محمد. أصول الاجتماع السياسي. الإسكندرية: دار المعرفة الجامعية، 1980م، ص235 وما بعدها، وكذلك، الدكتور ثروت بدوي. النظم السياسية (المصدر السابق ذكره)، ص40 وما بعدها.

لا يكون فوقه شيء أرفع منه، صفةً واسماً، ومن هنا صارت تطلق على الملك، أو العاهل، أو السلطان. واشتقت منها كلمة السيادة: Souverainete الفرنسية أو Sovereignty الإنجليزية. بمعنى الرفعة والعلو، وهما من مميزات وخصائص السيّد في علم السياسة سواء أكان شخصاً واحداً فرداً أو جماعة على شكل هيئة أو مؤسسة ونحوهما من جهة ما يتمتعان أو يتميزان به من سلطة عليا في الدولة تتبع منها كل السلطات الآخرة⁽¹⁾، يقول جان جاك رسو (1712-1778م) في شأن الهيئة التي تستمد وجودها وشخصيتها وذاتيتها المشترك من العقد الاجتماعي: (كانت تحمل قديماً اسم "المدينة" أو الحاضرة وتحمل الآن اسم "الجمهورية" أو "الهيئة السياسية"، وهي التي يسميها أعضاؤها "دولة" إذا كانت سلبية غير عاملة، "وهيئة السيادة"، إذا كانت عاملة، و"سلطنة" إذا ما قيست بمثيلاتها، وأما الشركاء فيتسمون في وجه جماعي مشترك، باسم "الشعب" ويطلق على الأفراد اسم "مواطنين" على أنهم مشتركون في سلطة السيادة، "ورعايا" بصفة كونهم خاضعين لقوانين الدولة).

ولكن هذه المسميات يختلط بعضها ببعض في الغالب، وقد يعبر بأحدها عن الآخر، ويكفي أن تعرف أن تميز بينها إذا استعملت بوضوح وبمدلولها الصحيح⁽²⁾،

(1) يراجع: أندريه لالاند. موسوعة لالاند الفلسفية، تعريب خليل أحمد خليل. ط2، بيروت (باريس)، منشورات عويدات، 2001م، ج3، (ص132-131). وكذلك: قاموس اكسفورد (بالإنجليزية). ط16، مطبعة جامعة اكسفورد، 1982م، ص825. وأيضاً قاموس روبييه (بالفرنسية). ط11، باريس. S.N.L. 1977م، ص1850. وقارن الدكتور جميل صليبا. المعجم الفلسفي. بيروت: دار الكتاب اللبناني، 1982م، ص678 - 679.

(2) رسو. العقد الاجتماعي (أو مبادئ القانون السياسي)، ترجمة بولس غانم. بيروت: اللجنة اللبنانية لترجمة الروائع، 1972م، ص27.

ويكاد ينعقد الإجماع في تاريخ فقه القانون العام الأوروبي على أن المفكر الفرنسي (جان بودان: Jean Bodin - 1530 - 1596م) أول من حلل مفهوم السيادة وارتبط باسمه في تاريخ العلاقات الدولية، فقد أخرج في سنة 1576 كتاباً تحت عنوان ((الكتب الستة للجمهورية: (Les six Livres de la Republique))⁽¹⁾.

يقول بودان أن الجمهورية (أو الدولة) ((هي حكومة مستقيمة مؤلفة من عدة أسر، ومما هو مشترك بينها، ولها قوة سيّدة))⁽²⁾.

(1) ولا شك أن بودان يقصد بالجمهورية مفهوم الدولة، ويجب على القارئ الكريم أن ينتبه إلى أمرين رئيسيين: أولهما يتعلق بفقه اللغة العربية التي تقوم أصولها على أنها لغة بناء، وبالتالي فهي لسان عربي مبين، أما فقه اللغة الأوربية فأصولها تقوم على لغة التركيب التي تحتاج إلى منطق التفكير من أجل البيان والتوضيح. وعلى سبيل المثال فكلمة الجمهورية في اللغة العربية جاءت من الجمهور الذي يمثل فئة من الناس أو بعض البشر الذي يختص بجانب من الحياة (كجمهور العلماء. أو جمهور الفقهاء ونحو ذلك). أما الكلمة الأوربية فهي مركبة من مقطعين: Res بمعنى في أو داخل الشيء، أو الشأن. ومقطع: Publica بمعنى العوام الذين كانوا يمثلون طبقة الفقراء والدماء، مقابل طبقة النخبة. ومن أجل أن تقوم الدولة العادلة الراشدة، حاول أرسطو إذ يجمع بين حكومة العوام (الديمقراطية) وبين حكومة النخبة أو الصفوة (الأرستقراطية)، وإخراج مفهوم جديد وهو الجمهورية (Rps - publca). والأمر الثاني: أن من يستقري تاريخ الفكر اليوناني وخاصة عند أرسطو يتبين له صدق ما قاله بارتملي سانتهيلير أستاذ الفلسفة ووزير الخارجية الفرنسية الأسبق: من أن كتاب بودان الذي كان له في زمانه اسم كبير ليس إلا صدى خافتاً للنظريات القديمة. فقد درس أرسطو الخصائص الرئيسية لمبدأ السيادة، وكان هذا المفهوم يعكس فكر أرسطو حول القوة العليا للدولة، يراجع كتابه في السياسة. ترجمة من الإغريقية إلى الفرنسية بارتملي ثم ترجمه إلى العربية أحمد لطفي السيد. ط2، القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1979م، ص75-206 وما بعدها.

(2) وهذا ما يكشف مدى التأثير بفكر أرسطو، وإعادة صياغته بلغة عامية (Langue Vulgaire). مما كان له الأثر الفعال في انتشار الكتاب بين الناس في ذلك

وهذه القوة السيدة، أو السيادة (وباللاتينية: majestas). فالسيادة هي النقطة الجوهرية الرئيسية والأكثر ضرورة في فهم الجمهورية (الدولة)، فهي التي تميز الدولة وشكلها وتدعم استقلالها وانسجامها واستقرارها، فالسيادة هي أعظم سلطة أمرة، والسلطة الكليّة، ومن خصائصها أنها مطلقة غير محددة. وغير قابلة للتحويل ولا للانقسام والتجزئة.

والنتيجة الأساسية لهذه السيادة، والعلاقة الفارقة لهذه السلطة الدائمة والمطلقة، هي قدرتها على التشريع وسنّ القوانين ونقضها وتعديلها وإغائها، أما النتائج الأخرى الحقيقية للسيادة فهي تبع للتشريع ومتضمنة في وضع القانون ونقضه، ومنها إعلان الحرب وإقرار السلام، وإصدار الأحكام النهائية،

=

الوقت كما قال بارتلمي سانتهيلير ! فقد تكلم أرسطو عن أصل السيادة والاستعباد، فقد شبه الدولة وتكوينها بالأسرة والبيت. لأن كل دولة - عند أرسطو - تتركب من بيوت. فقد تكلم عن الإدارة البيئية وفروعها، فالأسرة الكاملة تشمل عبيداً وأحراراً، ومن فروعها الإدارة الزوجية، ثم الإدارية السديّة (أي صاحب السيادة في البيت).

ومن اجتماع الأسرة أو العائلات تتكون القرية، ومن اجتماع عدة قرى تؤلف الدولة التامة، ويرى أرسطو أن الخبر هو أساس تلك الاجتماعات (الأسرة فالقرية فالدولة). فكل دولة هي بالبدئية (القطرة) اجتماع وكل اجتماع لا يتألف إلا لخير (خدمة عامة) ما دام الناس أياً كانوا لا يعملون أبداً شيئاً إلا وهم يقصدون إلى ما يظهر لهم أنه خير (أي في صالح الجماعة).

فكل الاجتماعات تهدف إلى خير من نوع ما، وأن أهم الخيرات (المصلحة العامة) كلها يجب أن يكون موضوع أهم الاجتماعات ذلك الذي يشمل الأخر كلها، وهذا هو الذي يسمى بالضبط الدولة، أو الاجتماع السياسي عند أرسطو، يراجع: كتاب السياسة لأرسطو (المصدر السابق ذكره)، ص 92 وما بعدها. وكذلك كتاب أرسطو في السياسة، ترجمة الأب أوغسطينس بربرارة البولسي، ط2، بيروت، اللجنة اللبنانية لترجمة الروائع، 1980م، ص 12 وما بعدها.

وحق العفو، وتعيين كبار المواطنين بالدولة، وصك النقود، واستيفاء الرسوم والضرائب⁽¹⁾.

وهذه النتيجة الجوهرية لفكرة السيادة المتمثلة في أن الحاكم أو السلطان هو المشرع الأكبر بل الأوحد. مدينة بوجودها إلى ثلاثة مصادر تاريخية - كما يقول اللورد لويد: ((الأول: الإمبراطور الروماني، الذي كان لإرادته "قوة القانون" حسب تعبير ((جوستينيان)) نفسه في ((قوانينه))، ولم يكن تأثير القانون الروماني في تطور القانون الغربي أكثر ظهوراً وبروزاً منه في تطبيق هذا المبدأ على حكام الدول الأوروبية التي وهدت قوتها واستقلالها في القرنين الخامس عشر والسادس عشر، والثاني: خلال العصور التي يطلق عليها اسم ((العصور المظلمة))، التي تلت سقوط الإمبراطورية الرومانية وعهد الإقطاع اللاحق، حيث احتفظت البابوية لنفسها بسلطتي التشريع العليا شكلاً وموضوعاً في البلاد المسيحية، ففي هذا العهد حيث انحدر القانون الوضعي إلى مجموعة

(1) إن فكرة وحدة الدولة القومية المعاصرة، انعكست على مبدأ السيادة، فصارت نتائج السيادة ذات مظهرين متميزين، المظهر الداخلي الذي يتجلى في تنظيم الشؤون الداخلية للدولة. بموجب التشريعات والقوانين والقرارات المحلية، والمظهر الخارجي الذي تتجلى فيه سيادة الدولة في علاقاتها مع الدول الأخرى، ونتيجته الأساسية أن لكل دولة الحرية الكاملة في الدخول مع الدول الأخرى في علاقات تحكمها المعاهدات والأعراف والمواثيق الدولية سواء أكانت على مستوى دولتين أم على مستوى أكثر أو أغلب الدول (كما هو الحال في ميثاق الأمم المتحدة)، وفي شأن تطور فكرة السيادة عند جان بودان يمكن الرجوع إلى: جان جاك شوفالبييه، تاريخ الفكر السياسي، ترجمة: د. محمد عرب صاصيلا. ط4، بيروت، المؤسسة الجامعية، (1419هـ - 1998م)، ص283، وما بعدها.

وكذلك، فرنسوا شاتليه (وآخرون)، معجم المؤلفات السياسية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ط2، بيروت، المؤسسة الجامعية، (1422هـ - 2001م)، ص227 وما بعدها. وقارن أندروفنسننت. نظريات الدولة، ترجمة: د. مالك أبو شهيوه والدكتور محمود خلف. ط1، بيروت، طرابلس، دار الجيل، دار الرواد، (1417هـ - 1997م)، ص79 وما بعدها.

من الأعراف والتقاليد، وحيث كان الملوك والأباطرة مهتمين بتوسيع رقعة سلطتهم وسيطرتهم على منافسيهم وعلى الأقتان المتمردين. تولى البابا، بصفته نائب المسيح على الأرض، والمفسر الوحيد للقانون الإلهي، السلطة الكاملة لممارسة دور المشرع الأعلى، وكان يساعده في ذلك جهاز إداري متطور جداً لا نظير له في الممالك الإقطاعية، أو حتى لدى مجلس العدل الإمبراطوري وعندما تحطمت وحدة أوروبا المسيحية نتيجة الأحداث التي أخذت تعرف باسم النهضة والإصلاح، بزغ المصدر الثالث، وهو المصدر الأهم للمفهوم الحديث للسيادة، وكان هذا عهد ظهور الدولة المستقلة التي ظلت طيلة العصور الوسطى تناضل لتحطيم بقايا الإقطاعية وسيادة البابوية، ثم ظهرت هذه الدول كوارثه للسيادة التي لا تتنازع التي كان يدعيها البابا والإمبراطور الروماني في العصور السابقة⁽¹⁾.

وهكذا تطورة نظرية السيادة في الفكر القانوني الغربي — بعد بوان — وتناولها المفكرون بالبحث والتحليل والشرح والتعليق، وفقاً لنظريات الحق الإلهي أو التفويض الإلهي. أو طبقاً لنظريات القانون الطبيعي أو نظريات القانون الوضعي، وفي ظل هذا التطور تم تأصيل أساس شرعية السيادة لله أو الأمة أو الشعب. ولقد تأثر الفكر العربي والإسلامي بكل هذه الاتجاهات والنظريات.

السيادة والحاكمية: يستفاد من آراء المفكر الفرنسي جان بودان، أنه يربط فكرة السيادة بالسيد فهو صاحب السلطان والحاكم الأعلى، والمشرع الأكبر، ولكن طبقاً لشرع الله تعالى والقانون الطبيعي، ولعل هذه أبرز ما في أفكار بودان، فسّن القانون وتعديله ونقضه هو النتيجة الأساسية التي تمثل جوهر السيادة ومكون حقيقتها. ومن هنا فليس بدعاً من الرأي ما ذهب إليه المفكر الإسلامي الباكستاني في العصر الحديث من ترجمة مصطلح السيادة (Sovereignty)

(1) لويد. فكرة القانون، المصدر السابق ذكره، ص207.

إلى مفهوم ((الحاكمية)) الذي رده إلى الله سبحانه وتعالى امتثالاً لقول الله تعالى: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ، يَقِصُّ الْحَقُّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ﴾⁽¹⁾. وقول الله تعالى: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ، أَمْرٌ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ، ذَلِكَ الدِّينُ الْقِيمُ (الثابت المستقيم)، وَلَكِنْ أَكْثَرُ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾⁽²⁾. وقول الله تعالى: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَعَلَيْهِ فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُتَوَكِّلُونَ﴾⁽³⁾.

حيث يقول بشأن الحاكمية⁽⁴⁾، (تطلق هذه الكلمة على السلطة العليا والسلطة المطلقة، على حسب ما يصطلح عليه اليوم في علم السياسة فلا معنى لكون فرد من الأفراد - أو مجموعة من الأفراد أو هيئة مؤلفة منهم - حاكماً إلا أن حكمه هو القانون، وله الصلاحيات التامة، والسلطات الكلية غير المحدودة لينفذ حكمه في أفراد الدولة، وهم مضطرون إلى طاعته طوعاً أو كرهاً، وما هناك من شيء خارجي يحد صلاحياته في الحكم غير إرادته ومشينته هو نفسه، والأفراد ليس لهم بإزائه حق من الحقوق، وكل من له شيء من الحقوق منهم، فإنما هو منحة جاد بها عليه حاكمه، وكل حق يسلبه هذا الحاكم ينعدم بنفسه، لأنه لا ينشأ كل حق فطري إلا لأن الشارع قد أنشأه، فإذا سلبه الشارع لم يعد حقاً من الحقوق حتى يطالب به، إن القانون يسن بإرادة صاحب الحاكمية ويجب على الأفراد طاعته، وأما صاحب الحاكمية نفسه. فما هناك من قانون، يقيد ويوجب عليه الطاعة لأحد، فهو القادر المطلق في ذاته، ولا يجوز سؤاله فيما أصدر من أحكام عن الخير أو الشر ولا عن الصواب أو الخطأ. فكل ما يفعله هو الخير ولا يحل لأحد ممن يطيعه أن يعده من الشر ويرفضه، وكل ما يفعله هو الصواب

(1) سورة الأنعام، الآية: (57).

(2) سورة يوسف، الآية: (40).

(3) سورة يوسف، الآية: (67).

(4) أبو الاعلى المودودي، تدوين الدستور الإسلامي، ط2، جدة، الدار السعودية،

(1407هـ - 1987م)، ص23 وما بعدها.

ولا يحل لأحد ممن يتبعه أن يرى فيه شيئاً من الخطأ، فلا بد أن يعترف له الجميع بكونه سبوحاً قدوساً منزهاً عن الخطأ، بصرف النظر عما إذا كان كذلك، أم لم يكن). ولاشك أن هذا يعكس تماماً وبوضوح فقه القانون العام الفرنسي وخاصة عند جان بودان وبالتالي فإن فكر الإمام المودودي عامة، وفي شأن السيادة أو الحاكمية (Soverienty) خاصة، يمثل مرحلة من مراحل الصراع الثقافي والتحدي الفكري الذي كان يواجه المسلمين في دولة الهند التي تعاني من الاستعمار الأوروبي وخاصة الإنجليزي. وانتهت بعد ذلك إلى الانقسام والانسلاخ، وانفصلت عنها مقاطعة كبيرة ظهرت على أساسها ما عرف (بدولة باكستان)⁽¹⁾.

وبشأن صاحب الحاكمية، يقرر الإمام المودودي بكل وضوح: (أن الحاكمية في الإسلام مختصة بالله وحده لا يشاركه ولا ينازعه فيها غيره). وهذا الحسم في قضية الحاكمية يعكس الظروف والأحوال التي كانت تسود الهند وانفصال دولة باكستان عنها، ومحاولتها إقامة نظام سياسي مستقل. يقول الإمام المودودي: (فإن الجماعة الإسلامية في باكستان تهدف أول ما تهدف إليه من الغايات النبيلة إلى بناء مجتمع في هذه البلاد يؤمن بالمبادئ الإسلامية الأصلية إيماناً عميقاً عن قناعة وإخلاص، ويطبّقها تطبيقاً صحيحاً في أقواله وأعماله وشؤون حياته، يعطي للعالم صورة نموذجية حسية للإسلام. ويعيد سيرته الأولى. فإذا قام هذا المجتمع، وقوي ساعده، وأشدت أزره، فإنه سيقرض دعائم الإلحاد والمادية. التي بنيت عليها الحياة الحاضرة في شتى شعبها الخلقية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية باسم المدنية، ليقم على أنقاضها صرح

(1) يراجع بشأن نشأة دولة باكستان، الدكتور وإحسان حقي. باكستان ماضيها وحاضرها.

ط1، بيروت، دار النفائس، (1393هـ - 1973م)، ص145 وما بعدها.

الإسلام الشامخ الذي يرسى قواعده على توحيد الله عز وجل وكمال العبودية لله في أمتال أمره ونهيه⁽¹⁾.

وترتبط العبودية لله تعالى، بالوحدانية والإلهية والربوبية، ويشرح الإمام المودودي مفهوم (الرب) في فقه القرآن الكريم الذي جاء بلسان عربي غير ذي عوج، فينقل معناها الأصلي الأساسي وهو إصلاح الشيء والقيام عليه⁽²⁾، أي (التربية)، ثم تتشعب عنه معاني التصرف والتعهد والاستصلاح والإتمام والتكميل، ومن هنا تنشأ في الكلمة معاني العلو والرئاسة والتملك والسيادة، وعلى هذا الأساس يقرر الإمام المودودي: أن جميع الأمم التي قد وصمها القرآن الكريم بالظلم والضلال وفساد العقيدة وإفساد الأرض بعد إصلاحها من لدن أعرق العصور في القدم إلى زمن القرآن الكريم، لم تكن منها جاحدة بوجود الله، ولا كانت تنكر كون الله رباً وإلهاً بالإطلاق، بل كان ضلالها الأصلي المشترك بين جميعها أنها كانت قد قسمت المعاني الخمسة لمفهوم (الرب) التي وردت في القرآن الكريم إلى قسمين، يقول الإمام المودودي: (فإما المعاني التي تدل على أن

(1) أبو الأعلى المودودي، الإسلام والمدنية الحديثة، ط9، جدة، دار السعودية، (1407هـ — 1987م)، ص9. ولا شك أن هذا الموقف من الإمام المودودي، يكشف عن مدى تأثير الهندوكية في الشعوب التي تسكن ما يعرف بشبه جزيرة الهند، والتي تسودها أديان وأرباب وآلهة متعددة، ويصارعها الفكرتان الأساسيتان الخير والنور، مقابل الشر والظلام، فهناك إله النور (بالفارسية: يزدان) وإله الظلمة (بالفارسية أهرمن)، ومنهم فرق متعددة، يراجع: الإمام ابن حزم (ت456هـ). الفصل الملل والأهواء والنحل. بيروت، دار الفكر، (1400هـ — 1980م)، ج1، ص34 وما بعدها، وكذلك، الإمام الشهرستاني (ت548هـ). الملل والنحل (على هامش الفصل لابن حزم)، ج2، ص72 وما بعدها. وكذلك الملل والنحل للإمام الشهرستاني، تحقيق: الأستاذ عبد العزيز محمد الوكيل القاهرة: مؤسسة الحلبي، (1387هـ — 1968م)، ج2، ص38 وما بعدها.

(2) أحمد بن فارس. معجم مقاييس اللغة، بعناية الدكتور محمد عوض مرعب والأنسة فاطمة محمد أصلان، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (1422هـ — 2001م)، ص378.

(الرب) هو الكفيل بتربية الخلق وتعهده، وقضاء حاجته وحفظه ورعايته بالطرق الخارجية عن النظام الطبيعي، فكانت لها عندهم ودلالة أخرى مختلفة، وهم وإن كانوا لا يعتقدون إلا الله تعالى ربهم الأعلى بموجبها، إلا أنهم كانوا يشركون به في الربوبية: الملائكة والجن والقوى الغيبية والنجوم والسيارات (الأفلاك) والأنبياء والأولياء والأئمة الروحانيين).

(وأما المعنى الذي يدل على أن (الرب). هو مالك الأمر والنهي وصاحب السلطة العليا، ومصدر الهداية والإرشاد، ومرجع القانون والتشريع، وحاكم الدولة والمملكة، وقطب الاجتماع والمدنية، فكانت له عندهم دلالة أخرى متباينة، وبموجب هذا المفهوم كانوا إما يعتقدون أن النفوس الإنسانية وهدم رباً من دون الله، وإما يستسلمون لربوبية تلك النفوس في شؤون الأخلاق والمدنية والسياسية مع كونهم يؤمنون إيماناً نظرياً بأن الله هو الرب، هذا هو الضلال الذي مازالت تبعث لحسمه الرسل عليهم السلام من لدن فجر التاريخ، ولأجل ذلك بعث الله أخيراً محمد ﷺ وكانت دعوتهم جميعاً أن الرب بجميع معاني الكلمة واحد ليس غير، وهو الله تقدست أسماؤه، والربوبية ما كنت لتقبل التجزئة ولم يكن جزء من أجزائها ليرجع إلى أحد من دون الله بوجه من الوجوه، وأن نظام هذا الكون مرتبط بأصله ومركزه وثيق الارتباط، قد خلقه الله الواحد الأحد، ويحكمه الفرد الصمد، ويملك كل السلطة والصلاحيات فيه الإله الفذ الموحد ! فلا يد لأحد غير الله في خلق هذا النظام ولا شريك مع الله في إدارته وتدبيره، ولا قسيم له في ملكوته، وبما أن الله تعالى هو مالك السلطة المركزية، فإنه هو وحده ربكم في دائرة ما فوق الطبيعة، وربكم في شؤون المدينة والسياسة والأخلاق، ومعبودكم ووجهة ركوعكم وسجودكم، ومرجع دعائكم وعماد توكلكم، والمتكفل بقضاء حاجتكم، وكذلك هو الملك، ومالك الملك، وهو الشارع والمقنن، وهو الأمر والنهي، وكل هاتين الدالتين للربوبية اللتين قد فصلتم إحداهما عن الأخرى لجاهليتكم، هي في حقيقة الأمر قوام الإلوهية وعمادها وخاصة إلهية

الإله، لذلك لا يمكن فصل إحداهما عن الأخرى، كما لا يجوز أن يشرك مع الله أحد من خلقه باعتبار أيهما⁽¹⁾.

وهذا النص يكشف عن عدة أشياء تؤكد مدى تأثير ردود الفعل لدى مسلمي الهند، ضد الاتجاهات المتعددة في فهم الربوبية والإلهوية والوحدانية عند الديانات الهندوسية التي تسود شبه القارة الهندية وما حولها، فالحاكمة مرتبطة بالوحدانية أما من يريد الشرائع والقوانين الإنسانية، فهي محاولة يمكن ردها إلى التغريب (وحدة الغرب الأوروبي)، أو إلى فكرة العولمة التي تمثل مرحلة متطورة من التغريب (فكرة القطب الواحد: القوة العظمى، أو الإمبراطورية) التي تسعى إلى خلق العالم الجديد، وهي كلها أفكار يحاول فيها الإنسان السيطرة على غيره والتحايل على أن يجعل المتعدد واحداً، فالقانون محاولة لتجميع متعدد من القوانين المتقابلة أو المتشابهة والمتداخلة تحت فكرة (القانون المقارن). والدساتير جعلها دستوراً واحداً، وكذلك المواثيق الدولية المختلفة والمعاهدات المتعددة، والأعراف المتباينة، يحاول الإنسان في ظل العولمة جعلها في ميثاق واحد (كميثاق الأمم المتحدة)!

فكلها محاولات تعود إلى فكرة سيطرة الواحد، وجعل ما ليس واحداً واحداً، أما الحاكمة التي تعود إلى الوحدانية، فهي تعتمد الواحد أساساً لتنظيم الحياة المتعددة وردها إلى الواحد (وهو الخالق والعالم والحاكم له الأسمى الحسنى والصفات العظمى)، فالذين تعدد عندهم الإلهة والأرباب – كالهنود والصينيين واليابانيين، ومن جاورهم من الآسيويين – تعددت عندهم الشرائع والقوانين وحدث عندهم الاستغراب والدهشة ثم الإنكار والإعراض حيث يقول

(1) أبو الأعلى المودودي. المصطلحات الأربعة في القرآن، تعريب محمد كاظم سبياق، ط5،

الكويت: دار القلم، (1413هـ – 1993م)، ص87 – 89.

الله تعالى: ﴿وعجبوا أن جاءهم منذر منهم وقال الكافرون هذا ساحر كذاب، أجعل الإلهة إلهاً واحداً، إن هذا لشيء عجاب﴾⁽¹⁾.

وسيدنا يوسف عليه السلام وضح هذا الأمر، وغيره من الأنبياء والرسل عليهم الصلاة والسلام، عندما أراد ملك مصر في ذلك الوقت (وهو أمنحوتب الرابع فيما يرجح التاريخ). الدعوة إلى توحيد الإلهة المصرية المتعددة (وتسمى باختاتون)، بينما كشف قول سيدنا يوسف عليه السلام عن هذه الظاهرة، وفي ذات الوقت دعا إلى الوحدانية التي تقوم عليها الحاكمية، حيث جاء في القرآن الكريم التفصيل الكامل لقصة سيدنا يوسف عليه السلام، بما يؤكد أن أساس فكرة الحاكمية وما ترتب عليها من نتائج تشريعية وسياسية وغيرها، هو القرآن الكريم⁽²⁾، يقول الله تعالى على لسان يوسف عليه السلام في الرد على الفتيين اللذين دخلا السجن معه: ﴿يا صاحبي السجن أرباب متفرقون خيرٌ أم الله الواحد

(1) سورة ص، الآيات: (4-5).

(2) وليس كما يدعى بعض الباحثين الذين يردونها إلى قول الخوارج للإمام علي بن أبي طالب (كرم الله وجهه)، في مسألة التحكيم: ((لا حكم إلا لله)). ورد عليهم الإمام علي بقوله: (كلمة حق يراد بها باطل، نعم إنه لا حكم إلا لله، ولكن هؤلاء يقولون: لا إمره إلا لله، وإنه لا بُدَّ للناس من أمير برٍّ أو فاجر، يعمل في إمرته المؤمن، ويستمتع فيها الكافر، ويبلغ الله فيها الآجل، ويجمعه الفيء، ويقابل به العدو، وتأمين به السبل، ويؤخذ به للضعيف من القوى، حتى يستريح برٍّ، ويستراح من فاجر. يراجع كتاب: نهج البلاغة: الجامع لخطب ورسائل وحكم أمير المؤمنين أبي الحسن علي بن أبي طالب/ شرح الشيخ محمد عبده، وتحقيق: عبد العزيز سيد الأهل. ط4، بيروت: دار الأندلس، 1978م. ص98-99. ولا شك أن هذا القول في هذه الواقعة يكشف بوضوح حقيقة الأساس في الحاكمية على أصل شرعي جاء تطبيقاً لمسألة عملية في حياة المسلمين في مجال تنظيم الدولة وسيادتها بموجب أحكام الله سبحانه وتعالى، ووردت على لسان أحد الخلفاء الراشدين ومن المبشرين بالجنة. ولا شك أن الواقعة من جانب آخر، تكشف عن مدى السذاجة الاجتماعية والانحراف العقلي في فهم الآيات القرآنية!؟

القهار ﴿ما تعبدون من دونه إلا أسماء سميتموها أنتم وآباؤكم ما أنزل الله بها من سلطان﴾ إن الحكم إلا لله أمر ألا تعبدوا إلا إياه ﴿ذلك الدين القيم﴾ ولكن أكثر الناس لا يعلمون. ﴿فهذه الواقعة التي جمعت بين سيدنا يوسف وصاحبي السجن، هي واقعة داخل مرفق من مرافق الدولة، وأخطر مرفق يرتبط بنظام الحكم وسياسة الدولة، ويفصل فيه سيدنا يوسف عليه السلام قضية الحاكمية وارتباطها بالربوبية والإلوهية والوحدانية، أما غيرها فإنما هي أسماء يحاول الإنسان أن يأتي بها من حين إلى آخر وليس لها من معنى في تدبير الحكم والسياسة، وإنما هي من صنع الإنسان الذي يريد أن يسيطر ويستبد بالأمر حكماً وتشريعاً وسلطاناً كالأسماء التي كانت سائدة عند المصريين في ذلك الوقت، مثل: فرعون، وأمون الذي حطم سيدنا يوسف عليه السلام معبده وسجن كهنته القائمين عليه، وكشف حقيقة أمرهم في السيطرة والاستبداد واستعباد الناس. وكالأسماء اليوم: مثل الديمقراطية، والرأسمالية (الليبرالية)، والتبوقراطية، والأرستوقراطية وغيرها من الأسماء التي تخالف الدين القيم المستقيم الثابت كل المخالفة، ولكن أكثر الناس لا يعلمون أو أكثر الناس لا يفقهون، أو أكثر الناس لا يؤمنون، أو أكثر الناس لا يعقلون.

تطور فكرة الحاكمية: يكاد ينعقد الإجماع بين الباحثين في قضية الدولة الإسلامية وفكرة الحاكمية وعلاقتها بمبدأ السيادة المعاصرة على أن أكثر من تأثر بأفكار الإمام المودودي هو الأستاذ سيد قطب، وعلى وجه الخصوص فيما جاء في كتابه ((معالم في الطريق))، وهو الذي يمثل بفكره ومنهجه الجيل الثاني من جماعة الإخوان المسلمين في مصر، ومن يقف على ظروف المحنة التي تعرضت لها الجماعة، وخاصة محنة سيد قطب وسجنه، يدرك ردود الفعل التي كانت تقود الأستاذ سيد قطب في تنظيره السياسي خاصة والفكر الثقافي عامة، وبرغم أن كتابه هذا لا يشمل كل معالم الطريق الإسلامي وإنما يمثل المجموعة الأولى — كما يقول الأستاذ سيد نفسه — من هذه المعالم، والتي يرجو أن تتبعها

مجموعة أخرى أو مجموعات، كلما هداه الله إلى معالم هذا الطريق⁽¹⁾؟! بالرغم من ذلك، فإن تاريخ الحركات الإسلامية المعاصرة لم تعرف كتاباً، ((كان أكثر انتشاراً، ولا أقوى تأثيراً، ولا أخطر نتائج ولا أشد رعباً لأعداء الحركة الإسلامية))⁽²⁾ منه، ومن هنا انقسم الناس حوله ثلاث فئات: (فئة قاذحة اعتبرته سحراً أسود، ودعوة للظلم وبرنامجاً للتخريب وللإثارة والخروج، وكثرة من الشباب مادحة اعتبرته أملاً المفقود، ورائدها المأمول الذي يحدد لها معالم الطريق الذي تسلكه للتمكن في الأرض، وفئة منصفة اعتبرته كالفئة الثانية كتاباً عظيماً لداعية عظيم وأخذت ما فيه من حق وخير واستفادت منه كثيراً، لكنها ظلت تذكر أن مؤلفه — مع إخلاصه وسعة علمه — بشر لم تكتب له العصمة فأخذت من قوله وتركت)⁽³⁾.

وبالرغم من أن الأستاذ سيد قطب لم يعيش في دولة تسودها الديانة الهندوكية ذات الأديان والأرباب المتعددة — كالأمم المودودي — ولكنه عاش عمره كله (1906 — 1966م). في وسط دولة عربية مسلمة، يسيطر عليها الاستعمار الغربي الأوروبي عسكرياً وثقافياً وسياسياً، في ظل حكام وطنيين خاضعين خضوعاً كاملاً لفكره تغريب الحياة العربية الإسلامية ومن أشدها الاتجاه الاشتراكي الذي جاءت به الناصرية وكان يغلب عليه ما عرف في ذلك الوقت (بالاشتراكية العلمية) التي نص عليها الميثاق، بقوله: (إن الاشتراكية

(1) الأستاذ سيد قطب، معالم في الطريق، الطبعة الشرعية الثالثة عشرة، القاهرة: دار

الشروق، (1409هـ — 1989م)، ص 13.

(2) الدكتور جعفر شيخ إدريس. قضية المنهج عند سيد قطب في (معالم في الطريق)، بحث

ضمن أعمال ندوة اتجاهات الفكر الإسلامي المعاصر. البحرين: مكتب التربية العربي

لدول الخليج، (1407هـ — 1987م)، ص 532.

(3) الدكتور جعفر (نفس المصدر السابق).

العلمية هي الصيغة الملائمة لإيجاد المنهج الصحيح للتقدم⁽¹⁾. ومن المستقر عليه أن اصطلاح (الاشتراكية العلمية). يقصد به الاشتراكية الشيوعية وقد تبنتها بعض النظم السياسية العربية ونصت عليها في دساتيرها (كاليمين الجنوبي)، ولا شك كانت ردود أفعال ضد سيطرت الاستعمار الرأسمالي. وهكذا كان رد فعل الأستاذ سيد قطب شديداً وقاسياً لأعداء الإسلام، وعندما اطلع بعض المفكرين الروس على كتاب (معالم في الطريق) قالوا: لا حياة مع مبادئنا مع حياة مؤلف هذا الكتاب، ومن هنا كانت ردود أفعال أصحاب الفكر التحرري والتقدمي هي الأخرى شديدة ومبالغ فيها. فوصل الأمر ببعض هذه الاتجاهات إلى إنكار فكرة اشتقاق كلمة ((الحاكمية)) واعتقد هذا الاتجاه أنها غريبة وغير مألوفة على الأذن العربية^{(2)؟!}

(1) قدم الرئيس جمال عبد الناصر الميثاق الوطني للمؤتمر الوطني للقوى الشعبية في 21 مايو سنة 1962م وناقش المؤتمر الميثاق وأقره بالإجماع: يراجع جمال عبد الناصر. وثائق الثورة العربية (فلسفة - الميثاق - تقرير الميثاق - بيان 30 مارس). بيروت (بدون ناشر ولا تاريخ نشر). الجزء الثاني، ص76. والمتفق عليه أن صيغة ((الاشتراكية العلمية)) هي الصيغة المعتمدة في اللغة العربية لمذهب كارل مارس (أبو الشيوعية)، تمييزاً له عما سبقه أو عاصره من مذاهب اشتراكية. يراجع الدكتور عبد الحميد متولي (أستاذ القانون الدستوري والنظم السياسية في جامعة الإسكندرية الأسبق). نظرات في أنظمة الحكم في الدول النامية. ط2، الإسكندرية: منشأة المعارف، سنة 1992م، ص673، وهذه المبالغة في صيغة الاشتراكية العلمية قابلها غلو في تطبيق الحاكمية، ومن هنا وقع الصدام بين الفكر الناصري والأخوان المسلمين، يراجع الدكتور عبد الغني عماد، الإسلاميون بين الثورة والدولة، ط1، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، سنة 2013م، ص215.

(2) الدكتور عبد الإله بلقزيز، الدولة في الفكر الإسلامي المعاصر، ط2، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، سنة 2004م، ص203 (هامش 41)، ص240 وما بعدها.

وهذا الموقف يمثل جناية كبرى على أهم خصائص اللغة العربية، وسمة اللسان العربي في التطور واستيعاب مسميات الحضارة ومظاهر تطورها، وهو ((علم الاشتقاق)).

فمادة (الحاء والكاف والميم)، أين وجدت، وكيف وقعت من تقدم بعض حروفها على بعض، وتأخره عنه، إنما هو المنع والقيود. وجهات تراكيبها الست مستعملة كلها إلا (مكح) فهي تبدو مهملة في اللسان العربي. فالأصل الأول لمعنى (حكم) هو المنع، وكل هذا طبقاً لأحكام علم الاشتقاق الذي يكاد ينفرد به فقه اللغة العربية دون اللغة العالمية المعاصرة.

ومن هنا جاء لفظ (الحاكمية)، وهو مصدر صناعي على وزن الفاعلية (كالربوبية والإلهوية)، وكذلك (الجاهلية والإعرابية ونحو ذلك) ومن ينكر هذا، يبدو أنه غير عالم بشكل كافٍ بعلم الاشتقاق وعليه مراجعة هذه المسألة جيداً، بما يكفل منعه (بالحكمة) اللغوية، (والحكمة) الاصطلاحية الشرعية عن السفه في اللغة العربية، والاعتداء على مصطلحات الشريعة الإسلامية، وانتهاك القداسة الإلهية والمساس بحدود الربوبية، يقول الله تعالى: ﴿ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون﴾⁽¹⁾. وقول الله تعالى: ﴿وتلك حدود الله، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه﴾⁽²⁾.

ولم يقتصر الأمر على ((علم الاشتقاق)) وحدوده التي كانت من خصائص بلاغة القرآن الكريم، وفقه اللسان العربي، الذي أنزل الله تعالى به القرآن الكريم ووصفه بأنه ((حكم عربي))، يقول الله تعالى: ﴿وكذلك أنزلناه حكماً عربياً، ولئن اتبعت أهواءهم بعدما جاءك من العلم مالك من الله من ولي ولا واق﴾⁽³⁾.

(1) سورة البقرة، الآية: (229).

(2) سورة الطلاق، الآية: (1).

(3) سورة الرعد، الآية: (37).

وقوله تعالى: ﴿إِنْ أَنْزَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾⁽¹⁾، بل امتد الأمر إلى القرآن الكريم نفسه، حيث أنكر بعض الباحثين من ذوي الاتجاهات العقلانية التي تدعو إلى التقدم والنهضة والتطور باسم العلوم والحريّة والحضارة وغيرها من الأسماء التي ظللت الكثير من الناس عن منهج الله تعالى ورسوله الكريم ﷺ، حيث ينكر هذا الاتجاه على قول الحق سبحانه وتعالى: ﴿مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾⁽²⁾، أنه لا يقصد بالكتاب: القرآن الكريم، وإنما المراد به: (اللوح المحفوظ)⁽³⁾! ويستدل ببعض آراء المفسرين مثل البيضاوي والسيوطي والطبري

(1) سورة يوسف، الآية: (2).

ولاشك أن هذا المنهج الذي يبنى الاستغراب في اشتقاق لفظ ((الحاكمية)) يخالف منهج اللغة العربية، ويتكرر - دون علم - نصيحة أبي الفتح عثمان بن جني (من علماء فقه اللغة في القرن الرابع الهجري)، التي جاءت في كتابه ((الخصائص))، حيث يقول: ((وقد رَسَمْتُ له منه (علم الاشتقاق) رسماً فاحتذته، وتَقَيَّلَه (اتبع خطاه) تخطَّ به، وتُكثِرُ إعظام هذه اللغة الكريمة من أجله، نعم، وتسترفده في بعض الحاجة إليه، فيعنيك ويأخذ بيدك)). كتاب الخصائص / تحقيق: محمد على النجار. القاهرة: طبعة دار الكتب المصرية، سنة 1955م، ج2، ص139، فالاشتقاق لكلمة ((الحاكمية)) ليس بدعاً من الرأي، فأصله من كلمة أو أكثر مع تناسب بينهما في اللفظ والمعنى. يراجع كتاب الاشتقاق لابن دُرَيْد (223 - 321هـ) تحقيق: عبد السلام هارون القاهرة، مكتبة الخانجي، (1378هـ - 1558م)، ص26، وفي اشتقاقات (حكم) يراجع: ص75-76، ص147-148.

(2) سورة الأنعام، الآية: (38).

(3) يراجع الدكتور محمد عمارة، الدولة الإسلامية بين العلمانية والسلطة الدينية، ط2، القاهرة: دار الشروق، 2007م، ص57-58. ويبدو أن الدكتور محمد عمارة قد خفف من اتجاهه في نقض ((الحاكمية)) لفظاً ومعنى، فقد ذهب في كتابه الذي عنوانه بسؤال: (هل الإسلام هو الحل؟ ويبدو كذلك، أن الإجابة حاسمة وبنعم، لأن أعقب العنوان السؤال بعنوان آخر فرعي على هيئة استفسار: بلماذا وكيف؟. يقول بوضوح شديد: (فلقد كان المسلمون، على مر تاريخهم القديم، يواجهون (مشكلات التراجع والموات الحضاري)، (بحلول الإحياء والنهوض الإسلامي) فكان التجديد دائماً وأبداً إسلامياً، وكانت الحلول دائماً

والقرطبي وغيرهم، وعندما يشعر بأن بعض المفسرين يرجح أن المقصود بالكتاب في هذه الآية الكريمة: القرآن الكريم، يحاول مصادرة هذا التفسير، ويحصر المعنى في أمور الدين، ويقصرها عن أمور السياسة والدنيا وتظيم المجتمعات، فإذا لم يكن الدين يشمل هذه الأمور فما هو إذن الدين؟! ويرجح الشيخ محمد متولي الشعراوي، أن المقصود بالكتاب: إنه القرآن الكريم، وكل شيء موجود ومذكور أو مطمور في القرآن الكريم، وفي تفسير قول الله تعالى: ﴿إِن الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ يَقِصُّ الْحَقُّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ﴾⁽¹⁾، يقول الشيخ الشعراوي: (نعم إن الحكم لله لأنه سبحانه يفصل بين المواقف دون هوى لأنه لا ينتفع بشيء مما يفعل، فقد أوجد الحق هذا الكون وهو في غنى عنه، لأن الله سبحانه وتعالى كل صفات الكمال ولم يضيف له خلق الكون صفة زائدة، وقد خلق سبحانه الكون لمصلحة خلقه فقط). ومن هنا فإن كمال القرآن الكريم وتبانه لكل شيء وتفصيله لكل شيء، أمر متحقق اكتمالاً واتماماً لمنهج الله تعالى في هداية الناس في جميع

وأبداً إسلامية المرجعية والمنابع والأصول، ومن هنا فلم تكن توصف اجتهادات وتجديدات الأعلام والمذاهب والدعوات بـ(الإسلامية). لأنه لم يكن هناك البديل المغاير غير الإسلامي الذي يزاحم الحل الإسلامي في ساحات التجديد والنهوض والتغيير))، ويضيف قائلاً: (كان التجديد والتغيير والحل دائماً إسلامياً، فهو عودة إلى الأصول والمبادئ والقواعد التي اكتملت في القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة)، وهنا يقرر الحل الإسلامي بناءً على اكتمال المسألة في القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة، وبالتالي ينتهي إلى القول بشأن ((السيادة)) في التشريع ابتداءً أنها لله سبحانه وتعالى، وأصول الشريعة ومبادئها وثوابتها وفلسفتها الإلهية تتمثل فيه ((حاكمية الله)) (أما البناء عليها، تفصيلاً وتنمية وتطويراً وتقريعاً واجتهاداً للمستجدات، فهو فقه وتقنين وتتمثل فيها سلطات الإنسان الحكومة بحاكمية الله)، ط4، القاهرة: دار الشروق، 2007م، ص11، ص84.

(1) سورة الأنعام: الآتية (27).

أمور حياتهم الدنيوية، عقيدة وشريعة، وأخلاقاً وسياسة واجتماعاً وغيرها. علم ذلك من عمله وجهله من جهله.

وعلى ذلك، يقول الشيخ الشعراوي: (ومن حكمة الحق أن يظل بقاء المخالفين للمنهج الإيماني تأييداً للمنهج الإيماني، ويجب أن نفهم أن الشر الذي يحدث في الكون لا يقع بعيداً عن إرادة الله أو على الرغم من إرادة الله، فقد خلق الحق الإنسان وأعطاه الاختيار، وهو سبحانه الذي سمح للإنسان أن يصدر منه ما يختاره سواءً أكان خيراً أم شراً، إذن فلا شيء يحدث في الكون قهراً عنه، لأنه سبحانه الذي أوجد الاختيار، ولو أراد الحق ألا يقدر أحد على شر لما فعل أحد شراً، ولكنك أيها المؤمن إن نظرت إلى حقيقة اليقين في فلسفته لوجدت أن بقاء الشر وبقاء الكفر من أسباب تأييد اليقين الإيماني، كيف؟ لأننا لو عشنا في عالم لا يوجد به شر لما كان هناك ضحايا، ولو لم يوجد ضحايا لما كان هناك حثٌ على الخير وحضٌ ودفعٌ إليه، ولذلك تجد روح الإيمان تقوى حين يهاج الإسلام من أي عدو من أعدائه، وتجد الإسلام قد استيقظ في نفوس الناس، فلو لم يوجد في الكون آثار ضارة للشر، لما اتجه الناس إلى الخير، وكذلك الكفر من أسباب اليقين الإيماني، فعندما يطغى أصحاب الكفر في الأرض فساداً واستبداداً. نجد الناس تتدرع باليقين وتتحصن بالإيمان لأنه يعصم الإنسان من شرور كثيرة، إذن فوجود الشر والكفر هو خدمة لليقين الإيماني)⁽¹⁾.

السيادة وموقف الدساتير: لقد رأينا كيف تعددت الآراء والمواقف بشأن فكرة السيادة ومن قابلها بمفهوم ((الحاكمية))⁽²⁾، وتبين أن أساسها الأصيل (لغة

(1) تفسير الشعراوي، القاهرة: طبعة أخبار اليوم، ج6، ص3666-3667، وكذلك: ص3610، وكذلك: ج1، ص6956 وما بعدها.

(2) لقد نبه الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي - بعد تلك الصراعات الفكرية التي سادت اتجاهات الرأي العام وعند المفكرين والباحثين في مجال الفقه الإسلامي والدستوري والدولي - إلى أن مبدأ ((الحاكمية لله)) مبدأ إسلامي أصيل، قرره جميع الأصوليين في

واصطلاحاً): السيد الذي يقرر أنها فكرة الحق الشرعية في الجماعة، فقد يكون فرداً، كما هو الحال في النظم القديمة عندما كان الملك هو الإله عند مصر الفرعونية، ثم صار ابن الإله أو خليفة الإله وممثله، ثم وكيله، ومفوضه، ثم صار الملك المطلق المستبد بالأمر دون رقيب ولا حسيب، وفي النظم الحديثة تطور الأمر وتنازل الملك عن عرشه جزئياً أو كلياً، فصارت السيادة للأمة، ثم للشعب، وهذا ما تعكسه بعض الوثائق الدستورية والتشريعات الأساسية: ومن ذلك ميثاق إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي سنة 1789م الذي قرر أن: الشعب هو مصدر السيادة، وهذه واحدة لا تقبل التجزئة، ولا تقبل الإلغاء، ولا الارتهان، ثم إعلان سنة 1793م في المادة الخامسة والعشرين، ثم الدستور الفرنسي الصادر في 4 أكتوبر سنة 1958م ينص في المادة الثالثة على أن: (السيادة الوطنية ملك للشعب، وهو يمارسها بواسطة ممثليه وعن طريق الاستفتاء العام، وليس لأي جزء من الشعب ولا لأي فرد أن يدعى لنفسه الحق في ممارستها).

وتعترف الدساتير العربية — في أغلبها — بأن السيادة للشعب أو الأمة ومن بينها الدستور الليبي الصادر في 7 أكتوبر سنة 1951م، الذي كان ينص على أن: (السيادة للأمة، وهي بإرادة الله وديعة الشعب للملك محمد إدريس المهدي السنوسي، ثم لأولاده الذكور من بعده الأكبر فالأكبر طبقة بعد طبقة)

مباحثهم عن ((الحكم)) الشرعي، وعن ((الحاكم)) فقد اتفقوا على أن ((الحاكم)) هو الله تعالى، والنبي ﷺ مبلغ عنه، فالله تعالى هو الذي يأمر وينهى، ويحلل ويحرم، ويحكم ويشرع))، والحاكمة بهذا المعنى — أذن — ليست من ابتكار الإمام المودودي ولا من الاستاذ سيد قطب، وليس أصلها عند ((الخوارج)) بذلك المعنى الساذج للحكم أو ((الحاكمة))؟! يراجع الدكتور يوسف القرضاوي، من فقه الدولة في الإسلام، ط6، القاهرة: دار الشروق، 2009م، ص140، وكذلك كتابه: بينات الحل الإسلامي، (وشبهات العلمانيين والمتغربين)، ط2، القاهرة: مكتبة وهبة، (1413هـ — 1993م)، ص163 وما بعدها.

المادة 44 من الدستور الليبي، ولا — شك في غرابة النص وصياغته ومضمونه، فكيف تكون ((السيادة)) — بالمعنى السابق بيانه — للأمة، وفي ذات الوقت بإرادة الله تصير وديعة الشعب للملك، وباستقراء فقه اللغة العربية في صياغة النصوص ذات المبادئ والأحكام التشريعية، واستخدام لام الملكية أو أنواعه الأخرى، واستخدام حرف الجر الآخر وهو الباء. وهل هي للإلصاق أو للتبعيض، وكذلك حرف الواو هل هو للإضافة أم للاستئناف، ومن هنا فالنص في منتهى الغموض، والحمد لله أنه ملغي، ولكن هناك نصوص مشابهة في بعض دساتير الدول العربية الملكية؟! ولما كانت الأوضاع والتطورات تكشف عن أحوال أخرى جديدة، لم تكن في حسابان من صاغوا الدستور ولا من صدق عليه، فإن الأحداث كشفت عن ذلك الاضطراب وعدم القدرة على التوفيق بين الواقع المتجدد والمتطور للحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها.

ومن هنا كانت ضرورة إعادة صياغة المادة المشار إليها (44)، وصدر تعديل بعض أحكام الدستور بتاريخ 3 ذي الحجة 1382هـ الموافق 25 أبريل 1963م، وجاء مبدأ السيادة في نص المادة (40) على النحو التالي: (السيادة لله، وهي بإرادته تعالى وديعة للأمة، والأمة مصدر السلطات)، وعدل نص المادة (44) حيث صار يقرر: أن السيادة أمانة للأمة للملك مع مراعاة ما جاء في المادة (40)، ورغم محاولة هذه الصياغة الجديدة تطوير فكرة السيادة إلا أن التوفيق بين الواقع التشريعي، والإسلام لا زالت مختلة وغير موفقه؟! ولقد حاولت المذكرة الإيضاحية شرح هذه المسألة حيث جاء فيها: (وبمناسبة هذا الإصلاح الدستوري رؤى من المصلحة العامة تصحيح بعض النصوص القائمة في الدستور، أو ضبط صياغتها أو تعديلها، كما يجب إلغاء بعضها)، وقبل شرح بعض هذه النصوص — نود أن نشير إلى أن من بين ما أتى به التعديل الدستوري من جديد:

أولاً: تنص المادة 40 من الدستور على أن: (السيادة للأمة، والأمة مصدر السلطات، ولما كانت السيادة في واقع الأمر حسبما أجمع واستقر عليه بحق

فقهاء الشريعة الإسلامية هي لله جل وعلا)، فعدل النص بما يرد الأمور إلى نصابها الصحيح فجرى: (السيادة لله وهي بإرادته تعالى وديعة للأمة والأمة مصدر السلطات)⁽¹⁾، وعدلت تبعاً لذلك المادة (44)، كما سبق القول.

وعلى الرغم من الاعتراف والإقرار بإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية واستقرار الأمر على أن السيادة لله سبحانه وتعالى، فإن الصياغة لا زالت مضطربة، وتثير الالتباس والتساؤل عن كيفية هذه الوديعة للأمة، والتي تحولت إلى أمانة للملك، فإذا كان المقصود أن السيادة وإن كانت خالصة لله سبحانه وتعالى، إلا أنه فوضها للأمة كلها على أساس هذه الوديعة، فهذا النظر ربما لا يوافق عليه بعض الفقه بحجة أن التفويض (أن يقوم المفوض إليه، بعمل يدخل أصلاً في اختصاص المفوض، ومن سماته ألا يكون عمل المفوض إليه باسم المفوض ولحسابه (كالوكالة والنيابة)، وإنما يعمل المفوض إليه وكأنه صاحب اختصاص أصيل، فينسب إليه ما يصدر عنه، وعلى ذلك إذا قيل بأن الله سبحانه وتعالى فوض للأمة سلطة الأمر العليا فمؤدي ذلك أنه في مقدورها أن تصدر ما تشاء من الأوامر والنواهي التي تتفق أو لا تتفق مع أوامر ونواهي المفوض، كما يكون في إمكانها أن تبدل وتعديل كيفما شاءت)⁽²⁾.

ويبدو أن الاتجاه العام في الدساتير العربية التي صدرت قبل منتصف القرن العشرين وخاصة ذات النظام الملكي اتجهت إلى النص على أن السيادة للأمة (أو أن الأمة مصدر السلطات)، وأن الاتجاه بعد منتصف القرن العشرين وخاصة في ظل النظم العسكرية التي جاءت بعد انقلابات عسكرية، بنظم الحكم الجمهورية قد تبنت (مبدأ السيادة للشعب)، فقد نص الإعلان الدستوري الذي

(1) يراجع الأستاذ سالم الكتبي. الدستور في ليبيا (تاريخ وتطورات)، ط1، بنغازي: دار الساقية (صحيفة الحكمة)، 2012م، ص203.

(2) د.صبحي عبده سعيد، الحكم وأصول الحكم في النظام الإسلامي، القاهرة: دار الفكر العربي (مطبعة جامعة القاهرة)، 1985م، ص71.

صدر في ليبيا بعد الانقلاب العسكري سنة 1969م، بتاريخ 11 ديسمبر 1969م على أن: (ليبيا جمهورية عربية ديمقراطية حرة، السيادة فيها للشعب). ويبدو أن الدساتير التي صدرت بعد الثورات العربية، فيما عرف ((بالربيع العربي)) قد تبنت ذات المبدأ، وهو النص على أن السيادة للشعب. فقد نصت المادة الأولى من الإعلان الدستوري الصادر بعد ثورة 17 فبراير سنة 2011م (في 3 أغسطس)، على أن: (ليبيا دولة ديمقراطية مستقلة، الشعب فيها مصدر السلطات). والعبارة الأخيرة هي تفسير لمبدأ السيادة للشعب.

وهكذا الأمر في الدساتير المصرية التي صدرت بعد ثورة 25 يناير 2011م، حيث نصت على أن: (السيادة للشعب وحده) سواء كان نص المادة رقم (5) من دستور سنة 2012م، أم المادة رقم (4) من دستور سنة 2013م وقد فات هذه الصياغات والنصوص الدستورية ما نبه إليه بعض الفقه الإسلامي⁽¹⁾ من (أن هناك farkاً جوهرياً بين من له الحق في السلطة باعتباره مصدراً لها، وبين من له حق مباشرة مظاهرها عند الممارسة وفقاً لأوامر صاحبها الأصل، فإن قيل بأن الأمة تملك في الأمور العامة سيادة (أي سلطة الأمر العليا)، فهذا خطأ كبير، ذلك أن السيادة لا تقبل التجزئة ولا الانقسام، بمعنى أن السيادة لا تقبل أن تكون معها سيادة أخرى بجانبها تنازعها، وإلا انخلعت عن كليهما صفتها (يلاحظ أن الدستور المصري الحالي ينص على أن: (السيادة للشعب وحده)، المادة الرابعة منه. ومن استقراء التشريعات التي سبقت الإشارة إليها يتبين أنها تشريعات تقليدية كلها تدور في فلك النظم السياسي والقانونية الأوربية ذات النزعات الوثنية والعلمانية المنكرة لله سبحانه وتعالى فيما يتعلق بتنظيم الدولة وأصول الحكم، أو المنكر لفكره الإله مطلقاً كالنظم الشيوعية الماركسية ذات النزعات المادية الإلحادية.

(1) المرجع السابق، ص72.

ومن هنا نجد الشيخ على عبد الرزاق (من علماء الأزهر)، يقرر: ((بأن محمداً ﷺ ما كان إلا رسولاً لدعوة دينية خالصة للدين، لا تشوبها نزعة ملك، ولا دعوة لدولة، وأنه لم يكن للنبي ﷺ ملك ولا حكومة، وأنه ﷺ لم يقم بتأسيس مملكة بالمعنى الذي يفهم سياسة من هذه الكلمة ومرادفاتها، ما كان إلا رسولاً كإخوانه الخالين من الرسل، وما كان ملكاً، ولا مؤسس دولة، ولا داعياً إلى ملك))⁽¹⁾.

وتدور الفكرة الرئيسية لكتابه حول أثبات أن الإسلام لا علاقة له بالخلافة (الإمامة العظمى)، فهي ليست نظاماً إسلامياً، ولا علاقة لها بالدين الإسلامي، وهي إمامة الخلفاء الراشدين، إنما هي نظام دنيوي (علماني) مخالف أو مضاد للدين، وأغراضه دنيوية للملك والتغلب والاستعمار لا لتحقيق: أو خدمة أغراض الدين.

وبناء على ذلك، يختم كتابه بقوله: ((والحق أن الدين الإسلامي برئ من تلك الخلافة التي يتعارفها لمسلمون، وبرئ من كل ما هيأوا حولها من رغبة ورهبة، ومن عز وقوة. والخلافة ليست في شيء من الخطط الدينية، كلا ولا القضاء ولا غيرها من وظائف الحكم ومراكز الدولة. وإنما تلك كلها خطط سياسية صرفه، لا شأن للدين بها، فهو لم يعرفها ولم ينكرها، ولا أمر بها ولا نهى عنها، وإنما تركها لنا، لنرجع فيها إلى أحكام العقل وتجارب الأمم، وقواعد السياسة))⁽²⁾.

(1) الشيخ على عبد الرزاق. الإسلام وأصول الحكم، نقد وتعليق الدكتور ممدوح حقي،

بيروت، دار مكتبة الحياة، دون تاريخ نشره، ص 136.

(2) المرجع نفسه، ص 201.

ولا شك أنها دعوى علمانية خالصة، وواضحة ولا تحتاج إلى مزيد بيان وتوضيح⁽¹⁾، ومن هنا لحقتها دعوات أخرى أشد منها وأعجب من مفكرين عرب ومسلمين، وفي مقدمتهم الدكتور طه حسين، حيث بلغ به الجحود والنكران إلى القول عن القرآن الكريم نفسه ما لم يكن أن يصدقه القارئ الكريم، حيث جاء في كتاب الدكتور طه حسين بعنوان: **(في الشعر الجاهلي)** قوله: (للتوراة أن تحدثنا عن إبراهيم وإسماعيل، وللقرآن أن يحدثنا عنهما أيضاً، ولكن ورود هذين الأسمين في التوراة والقرآن لا يكفي لإثبات وجودهما التاريخي، فضلاً عن إثبات هذه القصة التي تحدثنا بهجرة إسماعيل بن إبراهيم إلى مكة، ونشأة العرب المستعربة فيها، ونحن مضطرون إلى أن نرى في هذه القصة نوعاً من الحيلة في إثبات الصلة بين اليهود والعرب من جهة وبين الإسلام واليهودية والقرآن والتوراة من جهة أخرى)⁽²⁾!

وبناء على هذا الجحود والنكران على منهج القرآن الكريم، ووصفه بهذه الأوصاف التي جمعه بها مع التوراة اليهودية، والتي لا يمكن ولا يعقل أن ترد حتى على خاطر المؤمن! فإن الدكتور طه حسين بعد هذا الجحود والنكران، وتلك العلمانية التي قررها الشيخ على عبد الرزاق، يقرر بشأن وجوب الأخذ بأسباب الحضارة. لا على سبيل الكلام يرسل إرسالا، ولا في المظاهر الكاذبة والأوضاع الملققة، وإنما هي واضحة بينة مستقيمة ليس فيها عوج ولا التواء وهي واحدة فذة ليس لها تعدد، وهي — كما يقول: (أن نسير سيرة الأوربيين

(1) ولا زالت فكرة الكتاب يرددها بعض الباحثين، وكان خير من ردها ونقضها بشيء من التحليل والتأصيل (لغة واصطلاحاً وتاريخاً وشريعة) هو الدكتور محمد ضياء الدين الرئيس في كتابه بعنوان: الإسلام والخلافة في العصر الحديث. ط2، القاهرة، دار الكتب المصرية، (1344هـ - 1926م)، ص26.

(2) الدكتور طه حسين في الشعر الجاهلي، ط1، القاهرة، دار الكتب المصرية، (1344هـ - 1926م)، ص26.

ونسلك طريقهم لنكون لهم أنداداً، ولنكون لهم شركاء في الحضارة، خيرها وشرها، حلوها ومرها، وما يحب منها وما يكره وما يحمد منها وما يعاب)، ويضيف الدكتور طه حسين مؤكداً: (ومن زعم لنا غير ذلك فهو خادع أو مخدوع)⁽¹⁾.

ولعل من أبرز معالم حركة اليقظة الإسلامية خلال المائة عامة الماضية وما قبلها بقليل تكشف الحقيقة التي ظلت تسود الوطن العربي، وانتجت ذلك الجيل الحائر بين العلمانية من جهة وبين الإلحاد والمادية من جهة أخرى، مثل جيل الدكتور طه حسين والشيخ على عبد الرزاق، ومن بعدهم أجيال أخرى لا زالت تتخبط خبط عشواء في الليلة الظلماء؟! وقد نبه الإمام محمد على السنوسي

(1) الدكتور طه حسين. مستقبل الثقافة في مصر. ط1، بيروت، دار الكتاب اللبناني، 1973م (ضمن الأعمال الكاملة)، المجلد التاسع، ص54. ولقد أعادت دار المعارف بمدينة سوسة التونسية، نشر بعض كتب الدكتور طه حسين ومن بينها كتاب (مستقبل الثقافة في مصر)، 2001م، ص45. ويراجع رسالتنا للماجستير بعنوان: ((منهج الإسلام في مواجهة التحديات الحضارية المعاصرة. ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، (1423هـ - 2002م)، ص136 وما بعدها.

وفي ضوء هذه الاتجاهات التي ركبت متنّ الشطط في الأخذ بنظم الحضارة الأوروبية، والتطرف في نقل التشريعات ومختلف النظم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فإن الأمر يبدو أنه بيت بليل. من قبل مطلع القرن العشرين (الذي جعلناه مؤشر التدخل الأجنبي السافر بمختلف مظاهره في الوطن العربي)، ومن هنا نجد تطوراً تشريعاً واضحاً بدأ يسود التشريعات العربية، وبالتالي فإن الهيئة الدستورية التي أخذت وقتاً طويلاً حتى تضع ما يعرف بمشروع الدستور الليبي، عليها - طبقاً لنصيحة الدكتور طه حسين - أن لا يفوتها وهي تقرر القواعد الدستورية بشأن الحقوق والحريات العامة ومبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، أن تنص بوضوح على آخر ما وصلت إليه تطورات التشريعات الأوروبية وفي مقدمتها التشريع الفرنسي الذي أقر ما يعرف (بالزواج المثلي)؟! وإلا سيتهم بأنه دستور متخلف وغير صالح لمسايرة التطور الحضاري لأن الهيئة التي صاغته تعتبر هيئة متخلفة ورجعية ولم تأخذ بسنن تطور الحياة في مجال مبادئ العدالة والمساواة!!؟

إلى قضية التدخل الأجنبي وقاوم الاستعمار الأوروبي في أفريقيا عامة، وليبيا خاصة، وقد واجه التدخل الفرنسي في تشاد ووسط أفريقيا. وقاوم التدخل الإيطالي في ليبيا والصومال وجاهد في الله حق جهاده، وقد لخص منهج دعوته بقوله: (أفكر في العالم الإسلامي، فعلى الرغم من سلاطينه وأمرائه ورؤسائه وعلمائه. فهم لا يزيدون عن أن يكونوا كقطيع من الغنم الذي لا راعي له، في كل محل من محلات الإسلام تجد المسلمين وعلماء الدين، ولكنك لا تجد في العالم الإسلامي مرشداً حقيقياً تكون غايته سوق الجميع إلى هدف واحد. إن ديننا الحنيف دين التوحيد أسس على الاتحاد، ولكن الخلاف والتفرق قد ساد جميع النواحي لأن العلماء والمشايخ ليست لهم غير دينية حتى ينشروا العلوم والمعارف، انظروا أحوال أهل السودان والصحراء تجدوا أفواجاً من الشعوب يعبدون الأوثان، ويوجد في كل مسجد من مساجد المعمورة جماعة من العلماء غير العاملين ولا هم لهم غير راحة أجسادهم. حريصين على لذاتهم، غير قائلين لواجباتهم، لا ضمائر تؤنبهم على إهمالهم إرشاد هؤلاء المساكين، وقد اتصل بتأخير أحوال العالم الإسلامي من القوافل التي ترد إلى بلادنا، وأننا مغلوبون في كل محل، وأن المقاطعات والخطط المعمورة تذهب من أيدي المسلمين في كل وقت وبسرعة البرق، فالإسلام في حالة من التدهور المخيف وهو ما فكرت فيه)⁽¹⁾.

وبعد ما يقرب من مائة عام على وفاة الإمام محمد بن علي السنوسي (ت 1859م) وأثناء تحرير ليبيا من النفوذ والتدخل الأجنبي، وفي خضم تلك الأمواج المتلاطمة على ساحة السيادة الليبية بين آراء واجتهادات رؤساء تلك الأحزاب التي ظهرت على أثر الفترة التي سادت فيها التدخلات الأجنبية

(1) يراجع ديوسف فضل حسن. الحركة المهدية والسنوسية. بحث ضمن أعمال ندوة اتجاهات الفكر الإسلامي المعاصر (المصدر السابق)، (ص 381-382). كذلك. أ. أنور الجندي. تاريخ اليقظة الإسلامية (موسوعة مقدمات العلوم والمناهج - ج 10). القاهرة: دار الأنصار، سنة 1988م، ص 50 وما بعدها.

الأوربية الإيطالية والإنجليزية والفرنسية وغيرها. يقرر أحد زعماء هيئة تحرير ليبيا: أن الأحوال مربكة والكل يعملون لغايات شخصية، وأنه تردد كثيراً — وهو في هذه السن المتقدمة — في الحضور والنضال، وبكى، وأقسم أنه لا مطمع له، ولا يريد أن يرى هذه الأمة إلا محررة⁽¹⁾.

وما أشبه الليلة بالبارحة — كما يقول المثل السائر — فالتغريب والتبعية من جهة، والجهل والضعف والتفرق من جهة أخرى هي العوامل المساعدة والمرغبة في التدخل الأجنبي وتسهيل سيطرت النفوذ الاستعماري فكراً وثقافةً وأسلوباً أدبياً وأخلاقياً! ويلخص الإمام المودودي هذه الظاهرة التي تسيطر على المسلمين منذ زمن بعيد وتجعلهم فريسة للعبودية الفكرية والتدخل الأجنبي والنفوذ الاستعماري، بقوله: (إن الحكم والسيادة والغلبة والاستيلاء نوعان: أحدهما الغلبة المعنوية والخلقية، والآخر المادية والسياسية، فأما الغلبة من النوع الأول فهي أن تتقدم أمة من حيث قواها الفكرية والعلمية تقدماً يجعل سائر الأمم تؤمن بأفكارها،

(1) هذا ما يرويه الدكتور محمد فؤاد شكري (أستاذ التاريخ الحديث في جامعة القاهرة الأسبق). عن ما قاله المجاهد الليبي بشير السعدواي (ت 1957م). ويضيف الدكتور فؤاد شكري، قائلاً: ((وقد تأثرت أنا الآخر من حديثه وأغرقت عيناى)). نقلاً عن بحث الدكتور السيد رجب حراز، أستاذ التاريخ الحديث بجامعة القاهرة، بعنوان: الأحزاب الليبية وقضايا الاستقلال — الأمارة — الوحدة، (1946م — 1948م)، منشور بمجلة البحوث والدراسات العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، العدد السادس، يونيو (حزيران)، 1975م، ص 67.

ولقد كانت رسالة الدكتوراه للدكتور محمد فؤاد شكري. بعنوان: (السنوسية دين ودولة) وهي منشورة عدة مرات، وقد شارك الدكتور فؤاد شكري في مساعدة الشعب الليبي بمختلف طوائفه وأحزابه وقبائله على نيل استقلاله وتكوين دولة ليبيا الحديثة، وقد فصل الدكتور فؤاد شكري هذه الأمور في كتابه بعنوان: (ميلاد دولة ليبيا الحديثة) في مجلدين ضخمين صدر أولها في سنة 1957م، وقد أرخ فيه لحياة المناضل الليبي بشير السعدواي في الجزء الثاني من الكتاب، ص 386 وما بعدها.

فتتغلب نظراتها على الأذهان وتستولي منازلها ومعتقداتها على المشاعر وتنطبع بطابعها العقليات فتكون الحضارة حضارتها، والعلوم علومها، والتحقيق سائقوم به هذه، والحق ما هو عندها حق، والباطل ما تحكم هي عليه أنه باطل. وأما الغلبة من النوع الآخر فهي أن تصبح أمة من شدة الصولة والبأس باعتبار القوى المادية بحيث تعود الأمم الأخرى لا تستطيع أن تحتفظ باستقلالها السياسي إزاءها. فتستبد هذه بجميع وسائل الثروة عند تلك الأمم وتسيطر على تدبير شؤونها كاملة. أو إلى حد ما. وكذلك الهزيمة والخنوع نوعان: أحدهما الهزيمة الفكرية (كما قررها منطوق الدكتور طه حسين)، والأخرى السياسية (كما قررها بحث الشيخ على عبد الرزاق). وقس بيان هذين على ما سبق من بيان نوعي الغلبة⁽¹⁾.

وما يشهده حال المسلمين جميعاً والأوضاع في الوطن العربي عامة، وليبيا خاصة، تكشف عن أن المسلمين يعانون اليوم هذه العبودية المضاعفة (المعنوية والمادية). فالنزعات العرقية والطائفية والقبلية والصراعات على السلطة والثروة بمختلف أنواع الأسلحة، كلها أمور ممهدات للتدخل الأجنبي، ومقدمات للنفوذ والسيطرة الاستعمارية بمختلف أشكالها وأنواعها، فما حقيقة هذا التدخل الأجنبي؟!

المطلب الثاني

التدخل الأجنبي وأثره على السيادة الوطنية للدولة

تمهيد:

إذا كان جوهر السيادة (الحاكمية)، يتمثل في سنّ القانون ونقضه، فإن السيادة الليبية خاصة، والسيادة العربية والإسلامية عامة، مصابة إصابة مباشرة في جوهرها التشريعي، فسيادة التشريعات الغربية — كما سبق القول — على

(1) الإمام المودودي. نحن والحضارة الغربية، ط2، جدة: دار السعودية،

(1407هـ - 1987م)، ص9.

الوطن العربي والعالم الإسلامي لا تخفى على أحد. وفكرة: أن المغلوب دائماً يقد الغالب – كما قررها ابن خلدون – في مختلف أمورها، وكما لخصها المفكر الجزائري (مالك بن نبي 1905 – 1973م) في مقولة: ((القابلية للاستعمار)) وهي الحالة العامة التي تكون عليها دولة ما سياسياً واقتصادياً وعسكرياً وثقافياً، والتي تعمل على إغراء الآخرين بالتدخل المباشر أو غير المباشر، وهذه القابلية تصاب بها الشعوب نتيجة عوامل كثيرة أساسية وثانوية. ولعل أهم العوامل الأساسية في ظهور حالة القابلية للتدخل الأجنبي الاستعماري (بأنواعه المختلفة). تتمثل في عاملين رئيسيين، هما: التغريب والعولمة. ومن مظاهرها، أن كل أعمال المسلمين هي ردود أفعال ضد الاستعمار، سواء أكانت ردود أفعال ضده أم معه، سلبية أم إيجابية، أصلها الحق أم الباطل؟!

ومن هنا كانت أفكار المودودي وسيد قطب ومن لف لفهم، هي ردود أفعال ضد الاستعمار والتدخل الأجنبي على مختلف جوانبه، وخاصة التدخل الأجنبي التشريعي والثقافي، وبالتالي كانت الانتقادات التي وجهت إلى أفكارهما، هي ردود أفعال مضادة، وإن كانت موافقة للتدخل الفكري الأجنبي، ثقافة وتشريعاً!

وإذا سألتني عنهما كليهما، قلت: فيها ضررٌ كبيرٌ، ومنافع للناس وضررٌهما أكبرٌ بكثيرٍ جداً من نفعهما؟! بل كل الاتجاهات والأحزاب والحركات على النحو السائد في المجتمعات العربية والإسلامية هي كذلك؟! وبناء على ما تقدم جميعاً، فإن الأمر يحتاج إلى فعلٍ حاسمٍ قاطع، وقولٍ فيه فصل الخطاب في أمر التدخل الأجنبي بأنواعه ووأشكاله وصوره المختلفة، وما دام الأمر هو اختلافاً بين طوائف إسلامية بعضها يوصف بأنه يتبع منهج الغلو والتطرف، والآخر بالاعتدال والوسطية، ويقابلها ما يمكن وصفه بالاتجاه العلماني التغريبي، أو الاتجاه العقلاني التنويري (الوضعي المادي).

ولما كان الرسول ﷺ قد تركنا على شريعة سمحة واضحة، كاملة تامة، ووصف هذه الحالة التي ترك عليها الأمة الإسلامية بقوله ﷺ: (تركتم على مثل البيضاء، ليلها ونهارها سواء). وفي حديث العرياض بن سارية يقول: (وعظنا رسول الله ﷺ موعظة ذرفت منها العيون، ووجلت منها القلوب)، فقلنا: (يا رسول الله، إن هذه لموعظة مُودَّع، فماذا تعهد إلينا؟)، قال ﷺ: (قد تركتم على البيضاء، ليلها كنهار، لا يزيغ عنها بعدي إلا هالك، من يعيش منكم فسيرى اختلافاً كثيراً، فعليكم بما عرفتهم من سنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين عضوا عليها بالنواجذ. وعليكم بالطاعة، وإن عبداً حبشياً، فإنما المؤمن كالجمل الأنف حيثما قيد انقاد)، وذكر العبد الحبشي، صيغة مبالغة في الطاعة، وذكر الجمل الأنف (أي الذي جعل الزمام في أنفه، فيسهل قياده حتى من الصغير)، وهي كذلك صيغة مبالغة، في الانقياد على منهج الله تعالى وسبيله⁽¹⁾. يقول الله تعالى: ﴿وأن هذا صراطي مستقيماً فاتبعوه ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله﴾⁽²⁾، وإذا حدث اختلاف بين المؤمنين وهو من طبائع الناس في الاختلاف يقول الله تعالى: ﴿وما اختلفتم فيه من شيء فحكمه إلى الله، ذلكم الله ربي عليه توكلت وإليه أنيب﴾⁽³⁾، ومهمة الرسول ﷺ تبيان ذلك، يقول الله تعالى: ﴿وما أنزلنا عليك الكتاب إلا لتبين لهم الذي اختلفوا فيه وهدى ورحمةً لقوم يؤمنون﴾⁽⁴⁾.

وإذا كان المتفق عليه أن الله تعالى خلق الإنسان ولم يتركه سدى، بل سخر له ما في السموات وما في الأرض جميعاً منه، وجعله خليفته في عمارة الأرض وإصلاحها، ووضع له المنهج والشرعة بحيث يسير على الصراط

(1) سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت، دار إحياء التراث العربي،

(1395 هـ - 1975م)، ج1، (ص4)، وما بعدها.

(2) سورة الأنعام، الآية: (153).

(3) سورة الشورى، الآية: (10).

(4) سورة النحل، الآية: (64).

المستقيم، فلا يبقى بعد ذلك إلا أن يعلم الإنسان بأن الاختلاف بين الناس هو من سنن الله تعالى في الخلق، يقول الله تعالى: ﴿وما كان الناس إلا أمة واحدة فاختلّفوا﴾ ولولا كلمة سبقت من ربك لقضى بينهم فيما فيه يختلفون⁽¹⁾، ويقول الله تعالى: ﴿ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة ولا يزالون مختلفين إلا من رحم ربك ولذلك خلقهم وتمت كلمة ربك لأملأن جهنم من الجنة والناس أجمعين﴾⁽²⁾، ومن سنن الله أن ينتج عن هذا الاختلاف الاعتراض والتناقض، وقد ينتهي إلى التدافع والتنازع الذي يأخذ أشكالاً متنوعة من الشدة والقسوة؟

يقول الله تعالى: ﴿ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض ولكن الله ذو فضل على العالمين﴾⁽³⁾. ويقول الله تعالى: ﴿ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد يذكر فيها اسم الله كثيراً﴾ ولينصر الله من ينصره ﴿إن الله لقوى عزيز﴾⁽⁴⁾. فيبدو أن هذا النوع من الاختلاف بين الناس، وما يؤدي إليه من التدافع والتنازع هو من سنن الله تعالى في خلقه، ومن المظاهر الطبيعية في علاقات الناس بعضهم مع بعض، ويقول الله تعالى: ﴿سنة الله في الذين خلوا من قبل﴾ ولن تجد لسنة الله تبديلاً⁽⁵⁾.

(1) سورة يونس، الآية: (19).

(2) سورة هود، الآيات: (118-119).

(3) سورة البقرة، الآية: (251).

(4) سورة الحج، الآية: (40).

(5) سورة الأحزاب، الآية: (62).

ويقول الله تعالى: ﴿فهل ينظرون إلا سنت الأولين﴾ فلن تجد لسنة الله تبديلاً ﴿ولن تجد لسنة الله تحويلاً﴾ سورة فاطر، الآية: (43). ولكن أكثر الناس لا يعقلون، أو لا يفقهون، أو لا يعلمون، أو لا يؤمنون. ولا أحد من الخلق حتى الأنبياء والرسل هو وكيل على أحد منهم، بل الله تعالى هو خالق الناس وهو على كل شيء وكيل، إلا هل بلغت اللهم فاشهد؟ فالحاكمة الإلهية هي (المانعية) بمعنى وضع وترتيب الأمور وتنظيمها في حدود الله تعالى، فتلك حدود الله فلا تعدوه.

وقد رأينا كيف حذر الرسول ﷺ أمته من فتنة الاختلاف والنزاع — وإن كان من سنن الله تعالى في الحياة الدنيا — فقال: ((تركتم على المحجة البيضاء التي ليلها كنهار))، وقال أيضاً: ((تركتم فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما: كتاب الله وسنة رسوله))⁽¹⁾.

فهما المصدران الأساسيان لتلك المحجة البيضاء، فإي تدخل فيهما يفسد حياة المسلمين، ولعل أخطر أنواع! التدخل هو الذي يحل قوانين البشر محل شريعة الله تعالى. وقد تبين فيما سبق، أن أهم مظاهر إنتهاك السيادة بين الدول هو المساس بالتشريع. ولما كانت الحاكمية الإلهية تقوم على الالتزام بحدود الله تعالى التي فصلتها شرائعها للناس فأبي اعتداء عليها يعتبر تجاوز لحدود الله تعالى، وتدخل من البشر في شريعته التي تمثل الصراط المستقيم الذي هو المحجة البيضاء التي تركها محمد ﷺ لأمة حتى لا تظل من بعده وتتحرف وحتى يتضح مدى الإخلال بهذه السبيل، وإنتهاك حرمة الشريعة الإسلامية في الوطن العربي والعالم الإسلامي، نعالج في البحث مفهوم التدخل الأجنبي وأنواعه وأشكاله في فقرة أولى، ثم نعالج شرعية التدخل وأسبابها في فقرة ثانية، على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم التدخل وأنواعه وأشكاله

1 — التعريف بالمفهوم في اللغة والاصطلاح وتطور دلالاته: التَدَخُّلُ: في فقه اللغة العربية هو مصدر (تَدَخَّلَ)، وأصل الكلمة من مادة (الدال، والخاء، واللام). يقال: دخل المكان (أو في المكان، أو إلى المكان) بمعنى: صار داخله، وعكسه خرج منه، فهو بمعنى الولوج⁽²⁾.

(1) الأمام مالك. الموطأ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، القاهرة، دار أحياء الكتب العربية، (1370 هـ — 1951م)، ج2، ص899. وكذلك، سنن أبى ماجه (المصدر السابق ذكره)، ج1، ص16، (الحديث رقم 43).

(2) أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة (المصدر السابق ذكره)، ص359. وكذلك المعجم العربي الأساسي، تأليف وإعداد جماعة من كبار اللغويين العرب، تونس، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، 1989م، ص441.

2 – والتدخل في فقه القانون العام: أن تقحم دولة نفسها وتقدم على الخوض في شؤون دولة أخرى على غير أساس من الشرعية الدولية، بمعنى آخر، أن تحشر دولة نفسها في شؤون دولة أخرى غصباً عن إرادتها ودون أي سند قانوني⁽¹⁾.

3 – وبناء على هذا التعريف، يعتبر مبدأ عدم التدخل من أهم لوازم مبدأ السيادة، الذي يكفل سيادة الدولة وسلطانها الداخلي المتمثل فيما يعرف بفكرة (القطاع المحفوظ به للدول، أو الاختصاص الوطني، أو المانع القانون لكل دولة)، وهي فكرة غامضة نسبية وغير واضحة المعالم، يتسع ويضيق مجالها وفقاً لمجموعة من العناصر المختلفة والمتغيرة، ولا يمكن تحديدها والاتفاق بسهولة على حقيقتها، فالعوامل السياسية والاقتصادية والعسكرية كلها تلعب الدور

(1) يراجع الدكتور على صادق أبو هيف. القانون الدولي العام، ط2، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1975م، ص209، وكذلك، أوليفيه دوها ميل وأيف ميني، المعجم الدستوري، ترجمة ترجمة منصور القاضي. ط1، بيروت، المؤسسة الجامعية، (1416هـ – 1996م)، ص265، ويلاحظ أن المقابل لكلمة (التدخل) العربية، في اللغة الأوربية (الإنجليزية والفرنسية)، كلمتان: الأولى وهي: Intervention والثانية هي: Ingerence. وهما كلمتان في الأصل مركبتان. كما هو المعروف في فقه اللغة الأوروبية، وربما دلت الكلمة الأولى على التدخل البسيط الميسر، والأخرى دلت على التدخل بشدة وقسوة، ومن هنا نجد أنها المستعملة غالباً في التدخل العسكري بين الدول. يقول الدكتور على عبد الرحمن ضوي (أستاذ القانون الدولي): ((نستعمل في العربية مصطلح (عدم التدخل) كترجمة واحدة لعبارتين: Non- intervention و Non- ingerence، وهما عبارتان قد تستخدمان حتى في الفقه غير الناطق بالعربية على أنهما مترادفتان. والأولى تعني ألا تتدخل بشكل إيجابي في شؤون غيرك، والثانية تعني ألا تحشر نفسك في شؤون غيرك. المقصود بالمصطلح الأول المبدأ الذي يحظر عدم احترام السلامة الإقليمية لدولة ما، أما المصطلح الثاني فهو أعم إذ يعني الالتزام الواقع على عاتق كل دولة باحترام الخاصية الاستثنائية للاختصاصات الإقليمية)). يراجع كتابه، بعنوان: القانون الدولي العام. ط2، طرابلس: الشركة العامة للورق والطباعة، 2005م، ص263، هامش رقم (1).

الأساسي في تحديد مجال فكرة الاختصاص الوطني الداخلي المرتبط أشد الارتباط بفكرة السيادة بمعناها العام⁽¹⁾.

ومن هنا يمكن القول بأن ما يدخل في صميم الاختصاص الداخلي للدولة (مجموعة من الأمور التي تستطيع التصرف بصدها بحرية كاملة دون أن يحد من قدرتها الكاملة على التصرف التزام دولي، أو عرفي، أو اتفاقي)⁽²⁾، وعلى هذا الأساس (فهو مبدأ يطبق على كل منظمة دولية حتى في حالة عدم وجود نص صريح في ميثاقها المنشئ)⁽³⁾، وبالتالي فإن ما يدخل في صميم الاختصاص الداخلي للدولة: نظامها السياسي (جمهوري أو ملكي). (رئاسي أو نيابي). ونظمها الاقتصادية الاجتماعية، وتحديد جنسيتها وكيفية اكتسابها وفقدانها.

(1) الدكتور محمد السعيد الدقاق والدكتور مصطفى سلامة حسن. المنظمات الدولية المعاصرة. الإسكندرية: منشأة المعارف (بدون سنة نشر)، ص 86 وما بعدها. ويقول الدكتور محمد سامي عبد الحميد: (أن فكرة الاختصاص الداخلي – بهذا المفهوم – فكرة نسبية المدى، يختلف نطاقها باختلاف الدول، فكلما تعددت التزامات الدولة في المجال الدولي، ضاق مجال اختصاصها الداخلي، وكلما قلت التزاماتها تجاه غيرها من الدول، اتسع مجال هذا الاختصاص، وأياً كان وجه الصواب فيما يتعلق بتحديد المفهوم القانوني الدقيق لفكرة الاختصاص الداخلي، فليس لهذا الأمر كبير أهمية من الناحية العملية، لأن العمل قد جرى في الأمم المتحدة – منذ إنشائها – على تفسير فكرة الاختصاص الداخلي تفسيراً سياسياً تغلب عليه اعتبارات المصالح والمناورات وظروف كل حالة بالذات، الأمر الذي يحد – في رأينا – من أهمية التوسع في بحث فقهي معقد محدود الجدوى من الناحية العملية). يراجع كتابه بعنوان: قانون المنظمات الدولية. ج 1 (الأمم المتحدة). ط 8، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1997م، ص 83-84، وهذا ما يذكرنا دائماً – بنسبية قواعد القانون الدولي العام، لعدم وجود عنصر الالتزام فيها، وبالتالي فإن أصحاب القوة والسلطان هم المسيطرون ولهم السيادة في الداخل والخارج!؟

(2) الدكتور محمد سامي عبد الحميد. قانون المنظمات الدولية (المصدر السابق)، ص 83.

(3) الدكتور أحمد أبو الوفا. الوسيط في قانون المنظمات الدولية. ط 5، القاهرة: دار النهضة

العربية، (1419هـ – 1998م)، ص 163 وما بعدها.

وتنظيم الهجرة منها وإليها، والتصرف في أموالها وإعداد ميزانيتها وتحديد نفقاتها وإراداتها العامة والخاصة والدفاع عن إقليمها وحماية شعبها وأرضها وغير ذلك.⁽¹⁾

ومن استقراء أحكام الفقه الإسلامي، كما جاءت في الكتاب والسنة النبوية الشريفة، يستتبط الفقهاء ما يؤكد على أخذ الإسلام: (بمبدأ عدم التدخل في شؤون الغير) سواء أكان الأمر بين الأفراد أم بين الدول، فهذا المبدأ يمثل قاعدة أساسية من القواعد التي تنظم العلاقات بين الأفراد والدول على حد سواء، لأن الإسلام يقوم على السلام والتآخي والتسامح والمساواة بين الناس جميعاً، ويمنع الاعتداء إلا في حالة الدفاع عن النفس، فالسلام هو المثل الأعلى للتعايش بين الأمم والشعوب والدول وهو هدف الحياة الاجتماعية بين الناس كلهم، والحرب هي الحالة الاستثنائية عند الضرورة التي يجب - دائماً - أن تقدر بقدرها وظروفها المحيطة بها⁽²⁾.

(1) وهذا ما يكشف عن مدى المغالاة في مفهوم مبدأ السيادة المطلقة ما يترتب عليه من نتائج خطيرة من شأنها أن تجب قواعد القانون الدولي، وتغل يد المنظمات الدولية في ما تضعه من اتفاقات ومعاهدات تكون الأساس الأصيل للاعتراف، والقواعد الدولية، ومن هنا كان من الضروري أن تتزايد القيود على ممارسة السيادة بمعناها المطلق، مما أسهم في التخفيف من غلوائها والتضييق من نطاقها، وقصر مدلولها على السيادة الوطنية النسبية، وهكذا تطورت الأمور الدولية في عهد عصبة الأمم، ثم من بعده ميثاق الأمم المتحدة، بما يكفل المحافظة على الأمن والسلم الدوليين. يراجع الدكتور حامد سلطان. القانون الدولي العام في وقت السلم. 6، القاهرة، دار النهضة العربية، 1976م، ص 585 وما بعدها، وكذلك رسالة الدكتور سليمان عبد المجيد. النظرية العامة للقواعد الأمرة في النظام القانوني الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1979م، ص 206 وما بعدها.

(2) يقول الشيخ الإمام محمد أبو زهرة (أستاذ الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة الأسبق): (وإن الإسلام إذ يقرر السلم على أنه أصل من أصول العلاقات الإنسانية بين الدول لا يسمح للمؤمنين أن يتدخلوا في شؤون الدول لإلحماية الحريات العامة، وعندما يستغيث

4 - أنواع التدخل وأشكاله: تتعدد أشكال التدخل وصورة في شؤون الدول فيما بينها، فقد يكون سياسياً أو عسكرياً، أو اقتصادياً أو ثقافياً وغيرها، وبشكل مباشر أو غير مباشر وبصورة جماعية أو فردية.... إلخ⁽¹⁾.

وقد شهدت الدولة الليبية خاصة والوطن العربي عامة، جميع أنواع التدخل، فقد تدخلت الدولة الإيطالية في الشؤون الليبية مع مطلع القرن العشرين

به المظلومون، أو يعتدي على المعتقدين له، فإنه يتدخل حينئذ لمنع الفتنة في الدين، فهو يحترم حق كل دولة في الوجود، وحقها في أن تكون سيادة نفسها وحقها في الدفاع عن أراضيها وسيادتها، ولا فرق في ذلك بين دولة راقية متحضرة، وأخرى متبديية أو غير راقية. وإن تدخل في شأن الثانية فلإرشاد والتوجيه، لا للتحكم والسيادة، فإن السيادة حق طبيعي تتمتع به كل جامعة من الناس كما يتمتع به الآحاد على السواء)، يراجع كتابه العلاقات الدولية في الإسلام. القاهرة، دار الفكر العربي، (1415هـ - 1995م)، ص50، والأمر يحتاج إلى بحث موسع يضيق عنه هذا المقام، ولعل الدكتور أحمد أبو الوفا. قد حاول أن يستوفي (مبدأ التدخل) وأحكامه وغيره من الأحكام والقواعد والمبادئ التي يحتويها القانون الدولي المعاصر، ضمن مؤلفه: كتاب الإعلام بقواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية في شريعة الإسلام، ج15، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، (1421هـ - 2001م)، ج5، ص8 وما بعدها.

(1) تقول الموسوعة السياسية عن التدخل وأنواعه بأنه: (أقدام دولة على مساعدة أحد فريقين متصارعين في حرب أهلية دون أن يعتبر دخولاً في حالة حرب، وبشكل عام، يدعو القانون الدولي إلى عدم تدخل الدول في الصراعات الأهلية، وهو غير مبدأ الحياد، الذي يقوم في حالات الصراع المسلح بين دولتين لا في دولة واحدة. ويأخذ التدخل أشكالاً عديدة، منها الاقتصادي (مساعدات)، والعسكري (إرسال متطوعين أو جنود)، ودبلوماسي (نصرة طرف معين في المحافل الدولية وبالوسائل السياسية). ويذهب بعض الدارسين إلى الاستنتاج بأن منع اللجوء إلى القوة في الموائيق والأعراف الدولية المعاصرة قلص الأعمال المشمولة بتعبير الحرب، وفتح المجال بالتالي لكثير من الأعمال التي تدخل تحت تعريف التدخل). ط2، بيروت، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1985م، ج1، ص705.

الماضي بأمور ذات أبعاد ثقافية واقتصادية كانت بمثابة المقدمات الممهدة للتدخلات السياسية والعسكرية فيما بعد على مراحل متعددة حتى استولت القوات الإيطالية الفاشية على الأراضي الليبية بكاملها. ولم يقف الأمر على الاحتلال الاستعماري بمعناه المعروف في القانون العام الدولي، بل اتجه التدخل الإيطالي في ليبيا خاصة وأفريقيا عامة على أساس إعادة الإمبراطورية الرومانية تحت (الأسطورة الديموغرافية). التي كان من نتائجها أن ليبيا تمثل الشاطئ الرابع لهذه الإمبراطورية الاستعمارية المزعومة⁽¹⁾.

وكما يكون التدخل من دولة منفردة وبطريقة مباشرة (كالتدخل الإيطالي) فإن من صور التدخل، أن يكون من عدة دول مجتمعة. فما حصل في ليبيا أيضاً، عقب انتهاء الحرب العالمية الثانية سنة 1945م، وتدخل مجموعة من دول الخلفاء (إنجلترا وفرنسا وأمريكا) يمثل نوعاً من التدخل المباشر من مجموعة دول في الشؤون الليبية الداخلية سياسياً واقتصادياً وعسكرياً وغيرها وصارت تتصارع فيما بينها حول السيطرة عليها وتقسيمها إلى مناطق نفوذ، ثم تطورت المسألة إلى أن وضعت الدولة الليبية تحت الانتداب المباشر للأمم المتحدة، ثم قسمت إلى ثلاثة أقسام رئيسية اتحادية (فيما يشبه الإتحاد الفدرالي الأمريكي). تحت اسم. ولاية فزان، وولاية برقة، وولاية طرابلس، ويظهر بوضوح في هذه الحالة التدخل العسكري والسياسي والدبلوماسي العلني والخفي والمباشر وغير المباشر.

ثم كانت فاتحة التدخل الأجنبي في الشؤون الليبية في بداية القرن الحادي والعشرين الحالي، وبأنواعه المذكورة، عندما تدخل الحلف الأطلسي (النيتو)

(1) يراجع التفاصيل عند، كلوديو سيجري. الشاطئ الرابع (الاستيطان الإيطالي في ليبيا)، ترجمة د. عبد القادر مصطفى المحيشي. طرابلس: (منشورات مركز دراسات جهاد الليبيين ضد الغزو الإيطالي)، 1987م، ص 20 وما بعدها.

تدخلًا عسكرياً مباشراً تحت الشرعية الدولية⁽¹⁾ فعندما اندلعت ما يعرف بثورات الربيع العربي، ومن بينها ثورة 17 فبراير سنة 2011م في ليبيا التي (سرعان ما تحول ما لحقها تحول جذري، محلياً وإقليمياً ودولياً، بانسطار الجيش واندلاع المواجهة المسلحة، كراً وفضاً، على إثر القمع الدموي لأحداث التظاهر، وخاصة في مدن المنطقة الشرقية، وبذلك تم التمهيد لتدخل دولي، اتخذ له مظلة من قرار ي. مجلس الأمن (نوي الرقمين 1970 و 1973م)، تحت طائلة (الفصل السابع) من ميثاق الأمم المتحدة، بتفويض (أعضاء الأمم المتحدة) لفرض الحظر الجوي على ليبيا و (اتخاذ جميع ما يلزم لحماية المدنيين)، إلى جانب إجراءات عقابية أخرى، وسبق ذلك ومهد له، بطلب مباشر من بعض الدول الغربية، قرار من مجلس جامعة الدول العربية على مستوى وزراء الخارجية، بمشاركة نشطة من دول ((مجلس التعاون الخليجي)، قوامه دعوة (مجلس الأمن) الدولي للقيام بدوره في (حماية المدنيين) عن طريق فرض منطقة لحظر الطيران، وإقامة (مناطق آمنة) داخل الأراضي الليبية: وسارعت الدول الغربية القائدة، وخاصة الولايات المتحدة وفرنسا وبريطانيا، بعد توفر الغطاء العربي الرسمي، إلى تشكيل قوة جوية (قوامها 350 قاذفة مقاتلة على الأقل، نصفها تقريباً من الولايات المتحدة)، وقوة بحرية من (مشاة البحرية) لفرض الحظر الجوي ومنع وصول الأسلحة إلى ليبيا. وفي 25 آذار / مارس أو كلت قيادة مهمات التحالف العسكري المكون، شكلاً من نحو 28 دولة، منها دولتان عربيتان من الخليج، إلى (حلف الأطلسي)، مع السماح ضمناً للدول الثلاث – الولايات المتحدة وفرنسا وبريطانيا – بالقيام بخط عمليات منفصل قوامه استخدام القوة لتنفيذ أغراضها،

(1) لقد كشف الوقائع والأحداث مدى الانحراف بالشرعية الدولية ضد العرب والمسلمين؟!
 تراجع في التفاصيل: الدكتور عبد العزيز سرحان. أزمة المنظمات العربية الإسلامية في عصر الهيمنة الأمريكية الإسرائيلية. القاهرة: المطبعة التجارية الحديثة،
 (1414هـ – 1994م)، ص 43 وما بعدها.

بما في ذلك الهجمات الجوية ضد أهداف متنوعة تابعة للحكومة الليبية، وكانت الهجمات القوية المنسقة قد بدأت بالفعل منذ 20 آذار / مارس تقريباً باستخدام أدوات القتال الهجومى المتطور، وخاصة: صواريخ (توماهوك) الأمريكية، وطائرات (تورنيدو) البريطانية و(ميراج) الفرنسية⁽¹⁾.

ولما كانت الدولة الليبية لازالت بموجب تلك القرارات الأممية تحت أحكام (الفصل السابع)⁽²⁾، من ميثاق الأمم المتحدة، فإن أشكال وأنواع التدخل بصورها السياسية والدبلوماسية والعسكرية، أيضاً لازالت قائمة ومستمرة، ولعل ما يشجع قيامها، ويذكي استمرارها، هو الصراع الدائر على الأرض الليبية، والاختلافات العميقة التي تشهدها المدن الليبية وهذه الحرب الأهلية التي لم تضع أوزارها بعد ومن هنا فلا يقف التدخل الأجنبي بصوره المختلفة إلا اتفاق الشعب

(1) د. محمد عبد الشفيق عيسى. أثر المحيط الإقليمي والدولي. ضمن بحوث ندوة: أزمة الدولة في الوطن العربية. ط2، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2012م، ص481 — 428. وبشأن التأصيل التاريخي للتدخل العسكري والسياسي الأمريكي في الشؤون الليبية، فإن هذا النوع من التدخل الأجنبي يعود إلى أكثر من قرنين من الزمان وربما إلى الربع الأخير من القرن الثامن عشر، عندما أخذت الولايات المتحدة الأمريكية في إنشاء أسطولها البحري، الذي يمثل أساس ما عرف فيما بعد (بالأسطول السادس الأمريكي) الذي مقره البحر الأبيض المتوسط ومقابل الشواطئ الليبية، والذي يمثل قوة التدخل المتحركة أو المتنقلة وفي أي وقت تقتضيه المصالح الأمريكية، يراجع في شأن الأسطول الأمريكي. جلين تكَرّ. معارك طرابلس (بين الأسطول الليبي والأسطول الأمريكي في القرن التاسع عشر) / ترجمة عمر الديراوي أبو حجلة. طرابلس: مكتبة الفرجاني، بدون تاريخ نشر، ص59 وما بعدها.

(2) في هذا الفصل يمنح ميثاق الأمم المتحدة لمجلس الأمن اتخاذ كافة التدابير والأعمال اللازمة في حالات تهديد السلم الدولي والإخلال به ووقوع العدوان، بما في ذلك استخدام القوة العسكرية. وبموجب قرارات ملزمة، يراجع الدكتور محمد سامي عبد المجيد، قانون المنظمات الدولية (المصدر السابق)، ج1، ص116 وما بعدها.

الليبي وسيادة روح التسامح والتعاون والتكافل والأخوة بينهم من أجل بناء الدولة الليبية الراشدة على أساس هذه القيم الأخوية الإنسانية الخالدة.

ثانياً: شرعية التدخل وأسبابها

1 – الأساس القانوني للتدخل: تبين – فيما سبق – أن الأصل في التدخل الأجنبي أنه عمل غير مشروع في العلاقات الدولية، واستقر الأمر – كما اتضح – أنه مبدأ من مبادئ القانون الدولي المعاصر، حيث أن التدخل أي كان نوعه يمثل اعتداءً صارخاً على سيادة الدول، وإخلاقاً سافراً باستقلالها وانتهاك حرمة أراضيها وإن كان الواقع العملي يشهد بغير ذلك خلال القرون الماضية، والشواهد كثيرة ومتعددة من التدخل الأجنبي في الشؤون الليبية خاصة، والعربية الإسلامية عامة، على الرغم من النص الصريح في المادة الثانية على منع التدخل في الشؤون التي من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، وتقوم الهيئة على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع الأعضاء وإذا كان من المستقر عليه في ميثاق الأمم المتحدة أن الاختصاص الأصيل والأهم لها، هو حفظ السلم والأمن الدوليين⁽¹⁾ إلا أنه من المسلم به في قواعد القانون الدولي أن المنظمة – من حيث

(1) ولقد جاء هذا الاختصاص الأصيل ضمن المقاصد الدولية التي أنشئت من أجلها (عصبة الأمم) في بداية الأمر ثم (الأمم المتحدة). بوضعها الحالي، حيث نصت المادة الأولى من ميثاق (الأمم المتحدة)، على أن: (مقاصد الأمم المتحدة هي: حفظ السلم والأمن الدولي، وتحقيقاً لهذه الغاية تتخذ الهيئة التدابير المشتركة الفعالة لمنع الأسباب التي تهدد السلم وإزالتها ولقمع أعمال العدوان وغيرها من وجوه الإخلال بالسلم، وتتنزع بالوسائل السلمية، وفقاً لمبادئ العدل والقانون الدولي، لحل النزاعات الدولية التي قد تؤدي إلى الإخلال بالسلم أو لتسويتها)، وتنص المادة 24 من الميثاق على أنه. (رغبة في أن يكون العمل الذي تقوم به (الأمم المتحدة) سريعاً فعالاً، يعهد أعضاء تلك الهيئة إلى مجلس الأمن بالتبعية الرئيسية في أمر حفظ السلم والأمن الدولي ويوافقون على أن هذا المجلس يعمل نائباً عنهم في قيامه بواجباته التي تفرضها عليه هذه التبعية، يراجع في التفاصيل، الدكتور على صادق أبو هيف، القانون الدولي العام (المصدر السابق)، ص14، وما بعدها.

المبدأ— لا يجوز لها التدخل في الأمور المتعلقة أساساً بالاختصاص الداخلي لأي من الدول وهي المتعلقة بسيادتها على إقليمها وشعبها. وهذا القيد على اختصاص الأمم المتحدة، هو ما أشارت إليه الفقرة السابعة من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة، حيث تنص على أنه (ليس في هذا الميثاق ما يسوغ (للأمم المتحدة)، أن تتدخل في الشؤون التي من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، وليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لأن تحل بحكم هذا الميثاق، على أن هذا المبدأ لا يخل بتطبيق تدابير القمع الواردة في (الفصل السابع). والتي يتخذها مجلس الأمن من أجل الحفاظ على السلم والأمن الدوليين بتفويض من الهيئة ونيابة عنها.

ولا شك أن من مقتضيات الحياة الإنسانية في ظل العلاقات الدولية بين الدول المختلفة، أن تنتوع المصالح وقد تتعارض، مما يؤدي في بعض الظروف الواقعية العملية والفعلية، حدوث صراع أو نزاع على المصالح المشتركة بين دولتين أو أكثر، يمكن أن تكون أحدهما قانونية وعلى أساس من سند الحقوق الشرعية، والأخرى ذات مصلحة واقعية مادية فعلية، ولا يمكن التوفيق بينهما، مما قد يمس باستقلال أحدهما أو يؤثر في اختصاصها الوطني وبالتالي انتهاك حرمة أراضيها وسيادتها الوطنية، فيما يعرف في القانون الدولي: (بحالة الضرورة)⁽¹⁾ ومن هنا تلعب ظروف وأحوال الضرورات دوراً رئيساً في عملية تفسير ميثاق الأمم المتحدة، وغيره من المواثيق والمعاهدات الدولية⁽²⁾.

(1) يراجع التفاصيل، الدكتور مصطفى أحمد فؤاد. فكرة الضرورة في القانون الدولي.

الإسكندرية: منشأة المعارف، 1987م، ص20 وما بعدها.

(2) فقد يتجه التفسير إلى القياس والتوسع في فهم النص، أو قد يأخذ بالتفسير الضيق، ويمكن أن يسلك بعض الأطراف من الدول منهج التفسير الضمني الذي يغلب المصالح والاتجاهات السياسية على غيرها من اتجاهات التفسير القانوني والقضائي التي تصب في صالح السلم والأمن الدوليين، فلا توجد قواعد أو ضوابط أساسية قانونية محددة تتم

ومن ذلك على سبيل المثال، الاتجاه الذي يذهب في تفسير الفقرة السابعة من المادة الثانية المشار إليها، حين إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، واعتراض على ذلك بحجة: أن وقوع جريمة على إقليم دولة يعني حدوث مسألة داخلية تهم القضاء الوطني فحسب، وأن أي افتتات على ذلك، كإنشاء محكمة جنائية دولية – يمس السيادة الداخلية للدولة ويعد تدخلاً في صميم شؤونها الداخلية، ويتعارض مع مبدأ الاختصاص الإقليمي. فضلاً عن ذلك فإن الواقع العملي يشهد على أن العدالة الجنائية الدولية تسير بصورة انتقائية أو خاضعة للاعتبارات والمواضع والمصالح السياسية⁽¹⁾، فهي عدالة دولية تزن الأمور والأحداث. بمكيالين – كما يقال – وتنتهج مذهب النفعية والفلسفة الذرائعية (البراجماتية)؟!

ولكن في ظل تطور قواعد القانون الدولي الإنساني، ظهرت فكرة (ممرات الطوارئ الإنسانية)، وظهر مفهوم: (التدخل الإنساني): (**Ingerence Humanitaire**). الذي على أساسه تقدم المساعدات الغذائية أو الصحية وما في حكمها (إلى دولة ما سكانها مهددون بشكل خطير في حياتهم، أو صحتهم لا يمكن أن يعتبر كتدخل غير مشروع في الشؤون الداخلية لهذه الدولة)⁽²⁾. وبناءً على ما تقدم، ظهر اتجاه في فقه القانون العام يقدر مثل هذه الظروف الاستثنائية وحالات الطوارئ الإنسانية، التي تكون نتيجة كوارث

بموجبها عملية التفسير. يراجع في التفاصيل، الدكتور عبد الواحد محمد الفار. قواعد تفسير المعاهدات الدولية. القاهرة: دار النهضة العربية، 1980م، ص 17 وما بعدها مع الأخذ بعين الاعتبار ما نصت عليه المواد (31/32/33) من معاهدة فيينا بشأن المعاهدات. (1) د. إبراهيم دراجي. القانون الدولي الإنساني والمحكمة الجنائية الدولية. بحث ضمن كتاب: ((القانون الدولي الإنساني)) بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2010م، ج3، ص 152 وما بعدها.

(2) أوليفيه دو هاميل وأيف ميني. المعجم الدستوري (المصدر السابق)، ص 266.

طبيعية أو صناعية أو سياسية وغيرها، مع التسليم بأن التدخل هو عمل غير مشروع من حيث المبدأ.

2 – الأسباب الاستثنائية لشرعية التدخل:

لقد كان لتطور قواعد القانون الدولي الإنساني – كما سبق القول – أثرها في روابط وعلاقات الدول، ونتيجة لظروف إنسانية استثنائية قد تخلقها حالات الضرورة في النزاعات بين مصالح الدول المتعددة والمتضاربة في بعض الأحيان، أن وجدت بعض المبررات التي صارت أسباباً تبيح التدخل في شؤون الدول، وتمثل قيدياً على الاختصاص الوطني الداخلي، وتمس بسيادة الدولة على إقليمها، ولعل أهم هذه الأحوال الاستثنائية التي يجوز فيها التدخل هي الآتية⁽¹⁾:

أولاً: التدخل دفاعاً عن حقوق الدولة: من مقتضيات هذه الحالة هو الدفاع عن النفس وحماية الدولة من أن تنتهك سيادتها، ويعتدي على حقوقها الإقليمية، فقد ينشأ هذا النوع من التدخل عند المبالغة في ممارسة الدول لحقوقها الوطنية والغلو في ذلك لدرجة الشطط والخروج من الحدود والضوابط في استعمال الحق، مما يصل إلى الإضرار والمساس بحقوق الدول الأخرى، فيما يعرف بـ (إساءة استعمال السلطة)⁽²⁾.

(1) الدكتور على صادق أبو هيف. القانون الدولي العام (المصدر السابق)، ص 212 وما بعدها. وقارن الدكتور فوزي أو صديق. مبدأ التدخل والسيادة. الجزائر، دار الكتاب الحديث، 1999م، ص 234 وما بعدها.

(2) يراجع الدكتور عبد العزيز سرحان. دور محكمة العدل الدولية في تسوية المنازعات الدولية، ط2، القاهرة: بدون ناشر، 1986م، ص 135. ومن الحالات التي يسوقها بعض الفقه الدولي على سبيل المثال: (حالة قيام دولة معروفة بميلها للعنوان بزيادة تسليحها زيادة لا تتفق مع مجرد ما يلزمها للدفاع عن نفسها، وحالة قيام مؤامرة في إقليم دولة بغرض إشعال ثورة في دولة مجاورة، أو قلب نظام الحكم فيها، وحالة قيام ثورة في دولة وانتشارها بشكل يخشى منه سلامة الدول المجاورة، وحالة تصريح دولة علناً بعزمها على بسط نفوذها على جيرانها، أو على غيرهم من الدول الأخرى). الدكتور أبو هيف. المصدر نفسه.

ثانياً: التدخل للدوافع الإنسانية: يتمتع الإنسان بحقوق أساسية لا يجوز المساس بها. فإذا حدث وأن اعتدت دولة ما على حقوق الأقليات من رعاياها، أو عدم حمايتهم من الاعتداء على حرياتهم وحقوقهم العامة، فإن بعض الفقه يجوز التدخل في هذه الحالات الإنسانية، ومن باب أولى تدخل الدولة من أجل حماية رعاياها إنسانياً إذا حدث عليهم اعتداء غير مشروع ولم تحميهم السلطات المحلية أو ينصفهم القضاء في الدولة الأجنبية.

ولقد حاول فقه القانون العام الدولي أن يبني أساس هذا التدخل الإنساني على تفسير الفقرة الرابعة من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة، التي تنص على حظر التهديد باستعمال القوة أو استخدامها من أعضاء هيئة الأمم المتحدة، ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة المنصوص عليها في المادة الأولى من الميثاق، والتي كان أهمها — كما سبق القول — حفظ السلم والأمن الدوليين. وعلى أساس هذا الفهم، يجب أن لا يكون التدخل لدوافع إنسانية موجهاً ضد الوحدة الإقليمية لتراب الدولة، ولا أن تكون موجهة ضد استقلالها وسيادتها الوطنية، ويجب أن تكون متفقة ومنسجمة مع مقاصد الأمم المتحدة، وأهمها الحفاظ على السلم والأمن الدوليين⁽¹⁾.

وقد يأخذ التدخل الإنساني صورة تدخل جماعي غير مباشر أو غير مباشر، وقد يخلق حالة أخرى تعرف بـ(التدخل ضد التدخل). وهي الحالة التي تقوم إذا تدخلت دولة ما في شؤون دولة أخرى فهل يجوز لدولة ثالثة أن تتدخل لتمنع التدخل الأول أو تبطل أثره؟

ثالثاً: التطبيقات في حالة الدولة الليبية: لقد رأينا — فيما سبق — أن الدولة الليبية خاصة، والوطن العربي والإسلامي عامة، قد عرفت التدخل الأجنبي بشتى

(1) الدكتور فوزي أو صديق. مبدأ التدخل والسيادة، المصدر السابق ذكره، ص 244

صوره وأنواعه، وما تمر به الأوضاع بالدولة الليبية اعتباراً من اندلاع ثورة 17 فبراير سنة 2011م، يشهد هذه الصور من التدخل الأجنبي وتطبيقاتها على أرض الواقع، ويستفاد من ذلك طرح السؤال المحوري في هذه الدراسة، عن مدى انتهاك سيادة الدولة الليبية بسبب هذا التدخل الأجنبي على مختلف أنواعه وتعدد أشكاله وصوره؟!

فقد طلب المجلس الانتقالي التدخل الأجنبي من بداية الأمر، ثم جاءت الحكومة المؤقتة، التي انبثقت عن مجلس النواب المنتخب (في أبريل سنة 2014م) وطلبت رسمياً التدخل، مع الأخذ بعين الاعتبار أن الدولة الليبية - كما سبق البيان - لا زالت تخضع لأحكام (الفصل السابع) من ميثاق الأمم المتحدة. ولما كانت قواعد القانون الدولي وأعرافه، تقرر بأن الحرب الأهلية: (هي حالة صراع مسلح يقع بين فريقين أو أكثر في أراضي دولة واحدة، نتيجة لنزاعات جادة وتعذر إيجاد أرضية مشتركة لحلها بالتدريج، أو بالوسائل السلمية، ويكون الهدف لدى الأطراف السيطرة على مقاليد الأمور وممارسة السيادة، أما أسباب الحرب، فقد تكون سياسية، أو طبقية، أو دينية، أو عرقية، أو إقليمية، أو مزيج من هذه العوامل)⁽¹⁾. وما يدور على الأراضي الليبية قد يقترب أو يتفق مع هذا التكييف القانوني الدولي.

ولعل ما شهدته أحوال العالم خلال القرن العشرين من تغيرات وتطورات في مختلف المجالات السياسية والاقتصادية والعسكرية والعلمية وغيرها، كان لها التأثير المباشر على أحوال ليبيا خاصة والوطن العربي والعالم الإسلامي عامة، فبعد أن انحسر الاستعماري المادي العسكري، خلفه ما يمكن أن يطلق عليه الاستعمار الثقافي والاقتصادي، وهو أشد من الأول فتكاً وظلماً، وما لبث أن أعاد الاستعمار المادي العسكري بشكل أو آخر؟! وقد رأينا كيف أن عملية التغريب

(1) الموسوعة السياسية، المصدر السابق، ج2، ص181.

(وهي المتمثل في محاولة الاقتداء بالغرب وتقليده في كل شيء تقريباً، ومن أهم ما نقل التشريعات والقوانين الغربية، وهي الأصل في انتهاء مبدأ السيادة وضربه في الصميم). قد كانت من أهم العوامل التي خلقت النفسية العربية والإسلامية القابلة للاستعمار، وبالتالي للتدخل الأجنبي، حتى في سلوك الأفراد وعاداتهم وتقاليدهم وتحيتهم اليومية (مساءً وصباحاً)، وليس الأمر مقصوراً على القوانين والنظم التشريعية فحسب، فإن فكرة (العولمة)، قد رسخت هذه العملية وأصلتها فكرياً وعملياً بعد أن صار العالم يوصف بأنه: (قرية واحدة)⁽¹⁾.

وبناء على ذلك، صارت المجتمعات العربية والإسلامية على ما هي عليه من التمزق والتشردم والتصارع والتنازع، وبؤرة للحروب الأهلية، التي تمثل مجتمعة المناخ الملائم والسند القانوني للإنساني للتدخل الأجنبي تحت (الشرعية الدولية).

وإذا كانت الشعوب العربية والإسلامية عامة، وخاصة الشعب الليبي تدين بالإسلام في أغلبها، والإسلام يحرم القتال بين المسلمين، فإن العلاقة بينهم تقوم على الأخوة الإيمانية، حيث يقول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَخْوِيكُمْ﴾ واتقوا الله لعلكم ترحمون⁽²⁾ ومن هنا فإن الأخوة والسلام والتكافل والتعاون والمحبة كلها أساس العلاقة بين المسلمين دائماً، ولكن إذا وقع الاختلاف بينهم وأدى إلى الحرب والقتال، فإن هذا شأن داخلي بين المسلمين، يجب على الأمة ممثلة في الحكومة أو رئيس الدولة أو أولى الأمر منهم، أن تقض النزاع، وتحل المشكلة، وتتهي الخلاف بين الطرفين بالوسائل الودية الأخوية كالصلح، والتحاكم إلى القرآن الكريم والرجوع إلى السنة الشريفة،

(1) يراجع في التفاصيل كتابنا: (أصول الثقافة الإسلامية)، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي،

2014م، ص124 وما بعدها.

(2) سورة الحجرات، الآية: (10).

يقول الله تعالى: ﴿وما اختلفتم فيه من شيء فحكمه إلى الله﴾ ذلكم الله ربي عليه توكلت وإليه أنيب﴿(1).

ويقول الله تعالى: ﴿وما أنزلنا عليك الكتاب إلا لتبين لهم الذي اختلفوا فيه وهدىً ورحمةً لقوم يؤمنون﴾(2).

فإذا لم يرض أحد الطرفين المتنازعين بالحلول الودية الأخوية، ورفض الصلح، فإن حالته هذه تكيّف على أنها (حالة فئة باغية معتدية)، ووفقاً لهذا التكييف الفقهي لها يجوز استخدام الشدة والسلاح ضدها، حتى تخضع لأمر الأمة بما يكفل الاستقرار والأمن والسلام بين المسلمين جميعاً، وهذا ما يقرره القرآن الكريم، حيث يقول الله تعالى: ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اختلفتا فأصلحوا بينهما﴾ فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين﴿(3) وما يدور في ليبيا وغيرها من الوطن العربي من أعمال القتل وقطع الطريق وهدم البيوت وحرق الأشجار والمزروعات، وترويع الآمنين، وتخريب المرافق العامة، والاستيلاء على أموال الناس بالباطل، والفساد في الأرض على أشكاله المختلفة. كلها أعمال إجرامية من مختلف العصابات التي تمارس أعمال غير مشروعة، وكلها تخضع مباشرة للتشريعات الجنائية والعقابية داخل الدولة، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تجيز التدخل الأجنبي الذي ينتهك سيادة الدولة، ويتسلط على إقليمها ويحشر نفسه في شؤونها الداخلية، وما يجري اليوم في ليبيا يؤكد تواجد كل القوى الأجنبية، باستخباراتها وأساليبها المتنوعة – تقريباً – على الأراضي الليبية(4).

(1) سورة الشورى، الآية: (10).

(2) سورة النحل، الآية: (64).

(3) سورة الحجرات، الآية: (9).

(4) يراجع التفاصيل، الدكتور يوسف محمد الصواني، ليبيا الثورة وتحديات بناء الدولة، ط1، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، 2013م، ص222، وفي مواضع متفرقة أخرى.

ومن هنا يجب أن يفتن الناس إلى قول الله تعالى: ﴿وأطيعوا الله ورسوله، ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم واصبروا إن الله مع الصابرين﴾⁽¹⁾.

الخاتمة

والخلاصة التي تمثل زبدة هذه الدراسة، تنتهي إلى أن القاعدة الأصولية في فقه القانون العام المستقر عليها فقهاً وقضاءً هي التي تقول: ((أن مبدأ عدم التدخل هو من المبادئ الأساسية في القانون الدولي الذي يعتمد في أصل ظهوره على العرف الدولي، ثم استقر في ضمير الجماعة الدولية، وأخذ سبيله إلى نصوص المعاهدات والمواثيق الدولية وفي مقدمتها ميثاق الأمم المتحدة)).

أما التدخل فهو يمثل حالة تقدم فيها إحدى الدول إلى توريط نفسها في شؤون دولة أخرى، واقتحام إقليمها الوطني والاعتداء على سيادتها، ويأخذ هذا التدخل عدة أشكال، ومجموعة من الصور والأنواع، فمنها السياسي والعسكري والاقتصادي وغيرها، ومنها المباشر وغير المباشر، ومنها الجماعي والافرادي. ولعل أسباب هذا التدخل متعددة ومتنوعة هي الأخرى، ومما يساعد على ذلك التدخل ويمهد له السبيل: عاملان رئيسيان هما: **التغريب والعولمة**.

فلا شك أن ما كشف عنه البحث يؤكد أن التغريب وهو منهج إتباع الغرب وتقليده (والمقصود أوروبا وأمريكا) في أسلوب الحياة وطرق المعيشة ووسائل الاتصال، وتنظيم مرافق الدولة وهيئاتها باستعارة قوانينها ونقل تشريعاتها، كل هذه الأساليب والطرق والمناهج، قد كان لها الدور الأساسي في التمهيد لمظاهر الغزو الثقافي والعلمي، التي كانت المقدمات الممهدة للتدخل العسكري والاقتصادي.

وبانتشار فكرة العولمة، اكتملت مسيرة التدخل السافر في شؤون الدول، ولم يقتصر الأمر في هذه الحالة على التدخل في الدول الفقيرة والضعيفة المختلفة

(1) سورة الأنفال، الآية: (46).

كالدولة الأفريقية، بل امتد أمر تأثير العولمة حتى شمل التدخل في شؤون بعض الدول الأوروبية نفسها!؟

وبناء على ما تقدم جميعاً، فإن معالجة ما يمكن أن يسمى (أزمة التدخل وانتهاك مبدأ السيادة الوطنية)، يحتاج إلى دراسة موسعة تقوم على توضيح مجموعة من العناصر الكفيلة بالمحافظة على استقلال الدولة وحماية سيادتها، وفي مقدمة هذه المجموعة، العنصر الثقافي: الذي يضمن توصيف الواقع الدولي المحيط بالإنسان، بما يكفل رؤية واضحة. ووعي وطني متميز، ثم العنصر العلمي، الذي يكفل الاستفادة من العلوم وتطبيقاتها في حدود التقاليد والأعراف والعقائد التي تسود مجتمع الدولة، وتمثل المخزون التراثي الذي تقوم عليه الهوية الوطنية والشخصية الإنسانية المتميزة.

وأما ما تشهده الدولة الليبية الآن، فلا شك أنها مسألة مأسوية وصعبة وقاسية، وتحتاج إلى وقت قد يقصر أو يطول، ولكن لو سادت الأخوة الإسلامية والروح الوطنية والصدق الإيماني والنية الحسنة الخالصة لوجه الله تعالى، فإن الأمر قد يكون سهلاً وميسوراً وصدق الله العظيم، حيث يقول: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَغَيِّرُ مَا

بِقَوْمٍ حَتَّىٰ يَغَيِّرُوا مَا بِأَنْفُسِهِمْ﴾⁽¹⁾.

والحمد لله أولاً وآخراً

(1) سورة الرعد، الآية: (11).

المصادر والمراجع

– القرآن الكريم.

- ابن جنى (عثمان بن جنى: ت 392 هـ). الخصائص، تحقيق: محمد على النجار، طبعة مصورة عن طبعة دار الكتب المصرية، (1371هـ – 1952م). بيروت، دار الكتاب العربي.
- ابن حزم (أبو محمد على بن أحمد: ت 456 هـ). الفصل في الملل والأهواء والنحل. بيروت، دار الفكر، (1400هـ – 1980م).
- ابن حنبل (أحمد بن حنبل: ت 241هـ). المسند، تحقيق: أحمد محمد شاكر. القاهرة، دار المعارف (ابتداءً من 1368هـ – 1949م).
- ابن دريد (أبو بكر محمد بن الحسن: ت 321هـ). الاشتقاق، تحقيق: عبد السلام محمد هارون. القاهرة، مكتبة الخانجي، (1378هـ – 1958م).
- ابن ماجة (الحفاظ أبو عبد الله محمد بن يزيد: ت 275 هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت، دار إحياء التراث العربي، (1395هـ – 1975م).
- أبو الاعلى المودودي تدوين الدستور الإسلامي، الطبعة الثانية، جدة، الدار السعودية، (1407هـ – 1987م).
- أبو الاعلى المودودي الإسلام والمدينة الحديثة، الطبعة التاسعة، جدة: الدار السعودية، (1407هـ – 1987م).
- أبو الاعلى المودودي المصطلحات الأربعة في القرآن، الطبعة الخامسة، الكويت، دار القلم، (1413هـ – 1993م).
- أبو الاعلى المودودي تدوين الدستور الإسلامي. الطبعة الثانية، جدة: الدار السعودية، سنة 1407هـ – 1987م.
- أبو داود (سليمان السجستاني: ت 275 هـ). السنن، أعداد وتعليق عزت عبيد دعاس. الطبعة الأولى، حمص (سورية)، نشر وتوزيع: محمد علي السيد، (1388هـ – 1969م).

- د. أحمد أبو الوفا. الوسيط في قانون المنظمات الدولية، الطبعة الخامسة، القاهرة، دار النهضة العربية، (1421هـ - 2001م).
- د. أحمد أبو الوفا. كتاب الإعلام بقواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية في شريعة الإسلام. الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998م.
- أحمد بن فارس (ت 395 هـ). معجم مقاييس اللغة، الطبعة الأولى، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (1422هـ - 2001م).
- أرسطو، في السياسة، ترجمة الأب أوغسطينس بربارة البولسي، الطبعة الثانية، بيروت، اللجنة اللبنانية لترجمة الروائع، سنة 1980م.
- أرسطو، السياسة، ترجمة أحمد لطفي السيد، الطبعة الثانية، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1979م.
- أندريه لالاند، موسوعة لالاند الفلسفية، تعريب خليل أحمد خليل، الطبعة الثانية، بيروت (باريس)، منشورات عويدات، 2001م.
- أوليفيه دو هاميل وأيف ميني. المعجم الدستوري، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، بيروت، المؤسسة الجامعية، (1416هـ - 1996م).
- د. ثروت بدوي، النظم السياسية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1989م.
- جاك دوندييه دب فاير. الدولة، ترجمة أحمد حسيب عباس. القاهرة: مكتبة نهضة مصر، 1958م.
- جان جاك روسو. العقد الاجتماعي (أو مبادئ القانون السياسي)، ترجمة بولس غانم. بيروت، اللجنة اللبنانية لترجمة الروائع، 1972م.
- جان جاك شوفالبيه. تاريخ الفكر السياسي، ترجمة محمد عرب صاصيلا. الطبعة الرابعة، بيروت، المؤسسة الجامعية، (1419هـ - 1998م).
- جورج بوردو. الدولة، ترجمة د. سليم حداد. الطبعة الثالثة، بيروت، المؤسسة الجامعية، (1423هـ - 2002م).
- د. حامد سلطان، القانون الدولي العام، الطبعة السادسة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1976م.

- دينس لويد، فكرة القانون، ترجمة سليم الصويص، الكويت، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب رقم 47، (1402هـ - 1981م).
- د. سالم الكيتي، الدستور في ليبيا (تاريخ وتطورات)، الطبعة الأولى، بنغازي، دار الساقية (الكلمة)، 2012م.
- د. سليمان عبد المجيد، النظرية العامة للقواعد الأمر في النظام القانوني الدولي، أطروحة دكتوراه - جامعة القاهرة، 1979م، القاهرة، دار النهضة العربية.
- سيد قطب، معالم في الطريق، الطبعة الثالثة عشر، القاهرة، دار الشرق، (1409هـ - 1989م).
- 2 الشهرستاني (أبو الفتح محمد عبد الكريم، ت548هـ). الملل والنحل / تحقيق: عبد العزيز محمد الوكيل. القاهرة، مؤسسة الحلبي، (1387هـ - 1968م).
- د. صبحي عبده سعيد، الحاكم وأصول الحكم في النظام الإسلامي، القاهرة، دار الفكر العربي، 1985م.
- د. طه حسين. في الشعر الجاهلي. الطبعة الأولى، القاهرة: مطبعة دار الكتب المصرية، (1344هـ 1926م).
- د. طه حسين. مستقبل الثقافة في مصر. سوسة (تونس): دار المعارف، 2001م.
- د. عبد الإله بلقزيز. الدولة في الفكر الإسلامي المعاصر، الطبعة الثانية، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2004م.
- د. عبد الحميد متولي نظريات في أنظمة الحكم في الدول النامية، الطبعة الثانية، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1992م.
- د. عبد العزيز سرحان. أزمة المنظمات العربية والإسلامية في عصر الهيمنة الأمريكية الإسرائيلية. القاهرة: المطبعة التجارية الكبرى، (1414هـ 1994م).
- د. عبد العزيز سرحان. دور محكمة العدل الدولية في تسوية المنازعات الدولية، الطبعة الثانية، القاهرة: بدون ناشر، 1986م.

- د. عبد الغني عماد. الإسلاميون بين الثورة والدولة. الطبعة الأولى، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2013م.
- د. عبد الواحد محمد الفار. قواعد تفسير المعاهدات الدولية. القاهرة: دار النهضة العربية، 1980م.
- د. على سعد الله. نظرية الدولة في الفكر الحلدوني. (رسالة دكتوراه). الطبعة الأولى، عمان: دار مجدلاوى، (1424هـ – 2009م).
- د. على صادق أبو هيف. القانون. القانون الولي العام. الطبعة الثانية، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1975م.
- د. على عبد الرحمن ضوى، القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، طرابلس، الشركة العامة للورق والطباعة، 2005م.
- الشيخ على عبد الرزاق: الإسلام وأصول الحكم (بحث في الخلافة والحكومة في الإسلام) نقد وتعليق الدكتور ممدوح حقي. بيروت: دار مكتبة الحياة، بدون سنة نشر.
- د. علي عبد اللطيف حميدة. المجتمع والدولة والاستعمار في ليبيا (أطروحة دكتوراه). الطبعة الثانية، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 1998م.
- فرنسوا شاتلييه (وآخران)، معجم المؤلفات السياسية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، الطبعة الثانية، بيروت، المؤسسة الجامعية، (1422هـ – 2001م).
- د. فوزي أوصديق. مبدأ التدخل والسيادة (أصله أطروحة دكتوراه)، الجزائر، (القاهرة)، دار الكتاب الحديث، 1999م.
- الشيخ الإمام محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية في الإسلام، القاهرة، دار الفكر العربي، (1415هـ – 1995م).
- د. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي، الطبعة السادسة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية 1989م.
- د. محمد سامي عبد الحميد، قانون المنظمات الدولية، الطبعة الثامنة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1997م.

- د. محمد سعيد الدقاق والدكتور مصطفى سلامة حسن. المنظمات الدولية المعاصرة، الإسكندرية، منشأة المعارف، بدون سنة نشر.
- د. محمد ضياء الدين الرئيس. الإسلام والخلافة في العصر الحديث. الطبعة الثانية، القاهرة، دار الثرات، 1976م.
- د. محمد علي محمد، أصول الاجتماع السياسي، الإسكندرية، دار المعرفة الجامعية، 1980م.
- د. محمد عمارة الدولة الإسلامية بين العلمانية والسلطة الدينية، الطبعة الثانية، القاهرة، دار الشرق، 2007م.
- د. محمد عمارة، هل الإسلام هو الحل؟ الطبعة الرابعة، القاهرة، دار الشروق، 2007م.
- د. محمد فؤاد شكري. ميلاد دولة ليبيا الحديثة.
- الشيخ محمد متولي الشعراوي. تفسير الشعراوي، راجعه وخرج أحاديثه الدكتور أحمد عمر هاشم (رئيس جامعة الأزهر الأسبق)، القاهرة، طبعة أخبار اليوم، 1991م.
- د. مصطفى أحمد فؤاد، فكرة الضرورة في القانون الدولي المعاصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1987م.
- الإمام النووي (محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، ت626هـ)، شرح صحيح مسلم. بيروت، دار الكتب العلمية، بدون سنة نشر.
- د. يوسف القرضاوي، بينات الحل الإسلامي وشبهات العلمانية والمتغربين، الطبعة الثانية، القاهرة، مكتبة وهبة، (1413هـ – 1993م).
- د. يوسف القرضاوي، من فقه الدولة في الإسلام. الطبعة السادسة، القاهرة، دار الشروق، 2009م.
- د. يوسف محمد الصواني، ليبيا الثورة وتحديات بناء الدولة، الطبعة الأولى، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، 2013م.

التزامات الموظف الدولي تجاه المنظمة ودولة المقر

(دراسة في ضوء احكام القانون الدولي الاداري)

د: منصور الفيتوري حامد(*)

المقدمة

يكن سر نجاح الوظائف الدولية عامة، سواء كانت الدبلوماسية أو القنصلية، وبخاصة الوظيفة الادارية الدولية، في الحفاظ علي مبدأ التوازن في العلاقة بين اداء الوظائف الدولية بحرية كاملة ومناخ ملائم يجسد الاستقلالية ويمنح الشعور بالطمأنينة والسكينة والسلام، وبين احترام سيادة وقوانين ولوائح ونظم الدولة المضيفة، وعدم تعريض امنها الوطني واستقرارها للخطر، مما ينعكس ايجاباً على العلاقة بين الطرفين، ويؤدي الى تعزيز التعاون بينهما؛ تحقيقاً للأهداف المشتركة، وتجسيدا للتعاون البناء المنصوص عليه في صلب اتفاقيات المقر المبرمة بين المنظمات الدولية والدول المستضيفة لها، وايضا في نصوص اتفاقيات حصانات وامتيازات منظمة الأمم المتحدة، والوكالات المتخصصة، والمنظمات الاقليمية⁽¹⁾.

هذا وقد افرزت الممارسات الدولية في هذا المجال العديد من الاشكاليات سواء فيما يتعلق بخرق الموظفين الدوليين لالتزاماتهم تجاه المنظمات العاملين بها

(*) عضو هيئة التدريس بقسم القانون العام بكلية القانون، جامعة طرابلس.

(1) من اهم وأشهر الاتفاقيات الدولية المنظمة لحقوق والتزامات الموظفين الدوليين:

* اتفاقية مزايا وحصانات منظمة العمل الدولية لسنة 1938م.

* اتفاقية مزايا وحصانات منظمة الامم المتحدة لسنة 1946م.

* اتفاقية مزايا وحصانات الوكالات المتخصصة لسنة 1947م.

* اتفاقية مزايا وحصانات جامعة الدول العربية لسنة 1953م.

من جهة، أو تجاه الدول المضيفة لمقرات منظماتهم، مما أدى الى ازمت حادة، اثرت سلبا على السير الطبيعي لعمل المنظمات الدولية، وعكرت صفو العلاقات الودية بين المنظمات والدول المستضيفة لها.

هذا ونظرا لخطورة خرق الالتزامات الدولية من قبل الموظفين الدوليين المنصوص عليها في الانظمة الاساسية، واللوائح الداخلية للمنظمات الدولية والاقليمية، وفي صلب الاتفاقيات الدولية للحصانات والامتيازات الدولية، واتفاقيات المقر الثنائية المبرمة مع الدول المضيفة لمقر المنظمات الدولية، وما يترتب عليها من نتائج سلبية تمس جوهر عمل المنظمات الدولية، وتحد من تحقيق: اهدافها وتعرقل حسن اداء رسالتها في خدمة المجتمع الدولي.

لذا ولأهمية موضوع الدراسة وتشعب إشكالياته سنتطرق له بالدراسة والتحليل وفق الخطة المنهجية الآتية:

المطلب الاول: التزامات الموظف الدولي تجاه المنظمة الدولية.

المطلب الثاني: التزامات الموظف الدولي تجاه دولة مقر المنظمة.

المطلب الاول

التزامات الموظف الدولي تجاه المنظمة الدولية

نظراً لسمو ورفعة مكانة الوظيفة الادارية على غيرها من الوظائف الأخرى مثل الوظيفة الادارية الوطنية، او الوظيفة الدبلوماسية والقنصلية، حيث يتميز الموظف الدولي عن غيره من الموظفين باعتباره في خدمة المجتمع الدولي بكل اطرافه، واعراقه، واديانه، ومعتقداته، من أجل تحقيق: المصلحة الدولية العليا على عكس اقرانه من الموظفين اللذين يعملون في خدمة دولة واحدة، لتحقيق: مصلحتها الوطنية، لذا ونظراً لجسامة وخطورة وأهمية الوظيفة الدولية منحت طائفة واسعة من الامتيازات والحقوق من أجل ضمان الاستقلالية والحياد للموظفين الدوليين، وحمائتهم من جميع الضغوطات والتدخلات سواء من الدول التي يحملون جنسيتها، أو دول الاقامة الدائمة والعمل، كما أقيمت على عاتقهم

طائفة واسعة من الواجبات والالتزامات تم النص عليها في صلب المواثيق الدولية المنشئة للمنظمات الدولية والاقليمية، وفي الانظمة الاساسية واللوائح الداخلية للمنظمات الدولية وايضا في اتفاقيات المقر المبرمة مع الدول المضيفة للمنظمات الدولية من اجل تحقيق: التوازن في العلاقة بين المنظمة، ودولة المقر من جهة، وتحقيق: المصلحة العليا للمنظمات الدولية من جهة اخرى، من خلال احترام موظفيها والتزامهم بلوائحها وانظمتها الاساسية. كما وضعت جزاءات تأديبية صارمة بحق كل من يخرق هذه الواجبات أو الالتزامات ضمنا للتقيد الصارم باللوائح التنظيمية، تصل الى حد العزل من الوظيفة وانهاء الرابطة الوظيفية الدولية في الاخطاء الجسيمة.

هذا ونظرا لأهمية هذه الالتزامات باعتبارها قيوداً تضع سلوكاً قوياً ومحدداً للموظفين الدوليين، ومسلكاً يجب نهجه واتباعه في التعامل الدولي حماية لشرف وهيبة ومكانة الوظيفة الادارية الدولية، في اعلى سلم مراتب الوظائف العامة، والتي يمكن اجمالها وتلخيصها في النقاط الاتية:-

اولاً: التزام الولاء الدولي الكامل والمطلق للمنظمة الدولية:

يعتبر هذا الواجب أو الالتزام حجر الزاوية في الالتزامات الدولية واكثرها جدلاً وغموضاً، وحساسية، ويرتبط ارتباطاً مباشراً باستقلالية الموظف الدولي، وعدم ازدواجية ولائه وتبعيته الادارية حيث نصت جميع المواثيق الدولية المنشئة للمنظمات الدولية والانظمة الأساسية واللوائح الداخلية على هذا الالتزام الاساسي،⁽¹⁾ والذي يرتبط بوجود الوظيفة الدولية، ويعمل على تحقيق: اهدافها وحماية مصالحها العليا دون اعتبارات اخرى، مثل جنسيته، أو إقامته،

(1) نص النظام الاساسي لموظفي للأمم المتحدة وجامعة الدول العربية والاتحاد الافريقي على هذا الالتزام، انظر: د. فتح الله محمد حسين السريري، وثائق دولية، 2014م،

حيث تظل علاقته قانونية مع دولته او دولة الاقامة بينما تبعيته الادارية وولائه الوظيفي مطلق دون استثناءات ترد عليه لصالح منظمته، التي يدين لها بالولاء الوظيفي طيلة مدة خدمته ويعمل بكل جهده ويسخر كل طاقاته، من أجل انجاح العمل الدولي والرقمي بمنظمته الى اعلى المستويات وتحقيق: اهدافها، واداء رسالتها على اكمل وجه وافضل صورة.

ويمكن تلخيص فحوى ومحتوى ومدلول الولاء الدولي المطلق والكامل في ان يجعل الموظف الدولي نصب عينيه، وهدفه الاول تحقيق: المصالح العليا للمنظمة العامل بها دون أي اعتبارات اخرى، ولا يتلقى أي تعليمات، او اوامر من أي جهة اخرى عدا سلطات المنظمة، وهو غير معني بأي اوامر من حكومات، أو مؤسسات خارج نطاق منظمته، فولائه لسلطته الرئاسية بمنظمته العامل بها، وهو مستقل استقلال تام عن أي سلطات وطنية، أو أجنبية اخرى، وقد نصت على هذا الالتزام المادة الاولى من النظام الاساسي لموظفي هيئة الامم المتحدة الفقرة (ب) على النحو التالي. يدلي الموظفون بالإعلان الكتابي التالي بحضور الامين العام، أو ممثله المخول له ذلك: (اعلن واعد رسميا بأن امارس بكل ولاء، وضمير، المهام المسندة الى بصفتي موظفا مدنيا دوليا في الامم المتحدة، وان اودي هذه المهام وانظم سلوكي واضعا نصب عيني مصالح الامم المتحدة وحدها، والا التمس أو اقبل أية تعليمات فيما يتعلق بأداء واجباتي من أية حكومة، او جهة اخرى، خارجة عن المنظمة...) (1).

وقد نصت اللائحة الثالثة / الفقرة (ج)، من النظام الاساسي للعاملين بالاتحاد الافريقي على هذا الالتزام كالاتي: (عند اداء مهامهم لا يجوز للعاملين قبول توجيهات تصدر اليهم من اية حكومة لدولة عضو، أو من أي سلطة اخرى، أو أي مصدر خارج الاتحاد الافريقي) (2).

(1) انظر: د.فتح الله السريري، وثائق دولية، مرجع سابق، ص 6-68-33.

(2) نفس المرجع والصفحة.

كما نصت لائحة موظفي جامعة الدول العربية على هذا الالتزام في صلب نظامها الاساسي، من خلال المادة الرابعة الفقرة السادسة، حيث ألزمت موظفيها بالولاء الكامل للجامعة، وعدم تلقي تعليمات أو أوامر من أي جهة اخري عدا سلطات الجامعة⁽¹⁾.

هذا وقد اثير كثير من الجدل، او اللغظ حول مفهوم الولاء حيث اعتبره البعض قطيعة الموظف الدولي مع دولته التي يحمل جنسيتها، او دولة الإقامة وهذا تفسير خاطئ بالمطلق فالولاء الدولي للمنظمة هو ولاء وتبعية ادارية مؤقتة مرتبطة بالعمل الوظيفي، اما الولاء الوطني للدولة فهذا موضوع اخر لا علاقة له بالوظيفة الدولية، والتي لا تشترط علي الموظف القطيعة مع بلاده او بلد اقامته، بل تشجعه على التواصل مع بلده والتفاعل إيجابياً معه، وتمنحه تذاكر سفر سنوية له ولعائلته لقضاء إجازته ببلده، وتجديد الروابط معها فهناك فرق شاسع بين الولاء الوطني، والولاء الدولي، والذي يتمحور حول الولاء الوظيفي والتبعية الادارية، طيلة مدة شغل الوظيفة الادارية الدولية، من أجل تحقيق: اهداف ورسالة المنظمة التي أنشئت من أجلها⁽²⁾.

(1) المرجع السابق، ص 6-68-33.

(2) انظر: التزامات الموظف الدولي بعامه، والتزام الولاء الدولي بخاصة، د. جمال طه ندا، الموظف الدولي دراسة مقارنة في القانون الدولي الاداري، الناشر، الهيئة المصرية للكتاب، 1986م، ص 117. د. عبد العزيز سرحان، القانون الدولي الاداري، الناشر دار النهضة العربية القاهرة، 1990م، ص 134. فرحات محمد فرحات، حقوق الموظف الدولي في ضوء مبادئ القانون الدولي الاداري، رسالة ماجستير في القانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس 2008م. ص 28. د. محمد السعيد الدقاق، مصطفى سلامة حسين، التنظيم الدولي، الناشر دار المطبوعات الجامعية، 1997م، ص 162. د. مصطفى سيد عبدالرحمن، قانون التنظيم الدولي، الناشر دار النهضة العربية، 1990م، ص 137. علي الحضير، النظام القانوني للعاملين بالمنظمات الدولية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بنغازي، 1999م، ص 65.

ثانياً: التزام كتمان وعدم افشاء الاسرار الوظيفية.

من أهم الالتزامات والواجبات الملقاة على عاتق الموظف الدولي كتمان اسرار الوظيفة الدولية، التي اطلع عليها طيلة مدة عمله بالمنظمة، ويستمر هذا الالتزام حتى بعد ترك الوظيفة الدولية، وانتهاء الرابطة الوظيفية بين الموظف الدولي، والمنظمة الدولية، ويدخل هذا الالتزام في ما يسمى بالأمن الوظيفي للمنظمة على غرار الأمن الوطني للدول⁽¹⁾.

فمتلماً تحافظ الدولة على أسرارها، وتجرم كل من يفشي هذه الاسرار بعقوبات مشددة، نظراً لخطورة هذه الجريمة والتي تمس سيادة الدولة وامنها واستقلالها، لجأت ايضا المنظمات الدولية الى حماية أمنها الوظيفي، فوضعت جزاءات مشددة وصارمة ضد كل من يعرض امن المنظمة ومصالحها للخطر، من خلال نشر وثائق، أو تسريبها للأعلام أو للدول، أو مؤسسات، أو شركات خاصة، سواء كان مقابل اموال أو منح أو وظائف أو مزايا مقابل ذلك، كما انشئت المنظمات اجهزة امنية لحماية ارشيفها واسرارها، ومتابعة الموظفين في هذا المجال لضمان اقصي درجات الحفاظ علي الامن الوظيفي للمنظمة، خاصة المنظمات ذات الطابع العسكري، والامني، والنووي، والتي تقتضي سرية فائقة وانشاء اجهزة لمكافحة التجسس، وحماية امن هذه المنظمات ذات الطبيعة الحساسة.

(1) لمزيد من المعلومات حول هذا الالتزام راجع: ابراهيم عثمان عبدالله فليفل، واجبات والتزامات الموظف الدولي في ظل قواعد ومبادئ القانون الدولي الاداري، رسالة ماجستير في القانون، اكااديمية الدراسات العليا فرع بنغازي، 2010م. ص71-80. د.فتح الله محمد حسين السريري، المركز القانوني للموظف الدولين، الناشر دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2013م، ص83. د.ابراهيم احمد شلبي، التنظيم الدولي، الناشر الدار الجامعية للنشر، 1986م، ص94. د.محسن افكيرين، قانون المنظمات الدولية، الناشر دار النهضة العربية القاهرة، 2010م، ص81.

وفي هذا السياق نصت كل الانظمة الاساسية للمنظمات على واجب كتمان الاسرار الوظيفية، وعدم إفشائها حتى بعد مغادرة الوظيفة الدولية، حيث الزم النظام الاساسي لموظفي للأمم المتحدة جميع العاملين بتوخي الحذر عند التعامل مع الاسرار الوظيفية للمنظمة من خلال البند (1-2) فقرة (ط).

(يمارس الموظفون اقصى قدر من الحصافة فيما يتعلق بجميع مسائل العمل الرسمي، ولا يجوز لهم ان ينقلوا إلي أي حكومة، أو كيان، أو شخص، أو اية جهة أخرى، اية معلومات يكونون قد اطلعوا عليها بحكم مركزهم الرسمي ويعلمون، أو يفترض انهم يعلمون، انها لم تعمم ما إلا اذا كان ذلك، مما يقتضيه الاداء المعتاد لواجباتهم أو بإذن من الامين العام، ولا تنقضي هذه الالتزامات بانتهاء الخدمة)⁽¹⁾.

كما يدخل ضمن هذا الالتزام عدم الظهور في برامج اذاعية، أو نشر معلومات للصحافة، أو تأليف كتب بها وثائق خاصة بالمنظمة دون إذن أو موافقة المنظمة.

ثالثاً: التزام الحياد والنزاهة في التعامل الدولي

يشكل هذا الالتزام مؤشر لسمو ورفعة الوظيفة الادارية الدولية، حيث يلتزم الموظف الدولي بالحياد الكامل في المجال السياسي، والثقافي، والديني، والعرقي، فلا يظهر ميوله السياسية أو تفضيله لفكر سياسي، أو نظام دستوري محدد، بل يحترم جميع الانظمة السياسية في العالم ويتعامل بشفافية وحياد مطلق في حالة النزاعات العرقية، أو الدينية، يقدم خدماته للجميع دون اعتبارات سياسية، أو ثقافية، أو دينية، أو عرقية، فلا يعلن حبه لثقافة معينة على حساب اخرى، أو تفضيله لدين معين على آخر، أو رفعه عرق على باقي الاعراف، بل يعلن احترامه وتقديره لجميع الاديان، والثقافات، والاعراق، ويحترم عادات

(1) انظر: المادة (1) البند 1-2 فقرة (ط) من النظام الاساسي لموظفي هيئة الامم المتحدة.

وتقاليد وطقوس جميع شعوب العالم، فهو رسول سلام لجميع شعوب العالم على قدم المساواة دون أي اعتبارات أخرى، فهو خادم للمجتمع الدولي بكل اطيافه، وأي خروج عن الحياد والنزاهة في التعامل الدولي يعرضه للمسألة القانونية، وقد تطرق النظام الاساسي لهيئة الامم المتحدة تحت بند الحقوق والواجبات الاساسية للموظفين الدوليين إلى هذا الالتزام من خلال المادة (1) البند (1-2) الفقرة (ب) (يتمسك الموظفون بأعلى مستويات الكفاءة والمقدرة والنزاهة، ويشمل مفهوم النزاهة علي سبيل المثال لا الحصر الاستقامة، الحياد، والعدل، الامانة، الصدق، في جميع الامور التي تمس عملهم ومركزهم)⁽¹⁾.

كما تطرقت الفقرة (ح) الي الحياد السياسي حيث نصت علي: (للموظفين ان يمارسوا حق التصويت، ولكن عليهم كفالة ان يكون اشتراكهم في أي نشاط سياسي متماشيا مع الاستقلال والحياد، اللذين يقتضيهما مركزهم كموظفين مدنيين دوليين، وغير ضار بهذا الاستقلال والحياد)⁽²⁾.

كما أشار النظام الاساسي لجامعة الدول العربية في المادة الثانية إلى هذا الالتزام كالآتي: المادة (2) فقرة (1) (موظفو الجامعة، موظفون دوليون يلتزمون بالقيام بمهامهم وفقا لما تقتضيه مصلحة الجامعة، وبأن يكون سلوكهم متفقا مع ما يقتضيه عملهم من نزاهة وحياد)⁽³⁾.

كما تطرق النظام الاساسي للاتحاد الافريقي الي هذا الالتزام في الفصل الثالث تحت عنوان الواجبات والحقوق الفقرة (ب) وايضا الفقرة (ح) والتي الزمت الموظفين بالحياد والنزاهة والصدق والامانة والسلوك القويم.

(1) انظر: د. فتح الله محمد حسين السريري، وثائق دولية، لوائح ونظم العاملين بالمنظمات

الدولية، مرجع سابق، ص7.

(2) المرجع نفسه، ص8.

(3) المرجع نفسه، ص26.

رابعاً: التفرغ التام للوظيفة

نصت الانظمة الاساسية للمنظمات الدولية على هذا الالتزام الاساسي حيث الزمت الموظف الدولي بالتفرغ التام، وتخصيص كل وقته وجهده لوظيفته، وحظرت على الموظف القيام بأعمال ولو كانت مؤقتة دون موافقة المنظمة⁽¹⁾، كما الزمت الموظف بعدم قبول هدايا، أو منح، أو مكافآت أو اوسمة، دون موافقة المنظمة، لضمان التفرغ للوظيفة والاستقلال والحياد، وأي خرق لهذا الالتزام يتعرض الموظف الدولي للمسألة القانونية، وإيقاع عقوبات تأديبية رادعة قد تصل إلى حد العزل من الوظيفة. وفي هذا السياق نصت لائحة موظفي هيئة الامم المتحدة تحت بند الحقوق والواجبات، فقرة (ي) (لا يجوز للموظف ان يقبل أي تكريم، أو وسام أو هدية، أو مكافأة، من اية حكومة).⁽²⁾

وجاءت الفقرة (ك) لتأكيد هذا الالتزام مع اعترافها بالمجاملات الدبلوماسية، حيث نصت على (إذا كان رفض تكريم أو وسام أو هدية غير منتظرة من حكومة من الحكومات، يسبب إحراجاً للمنظمة، جاز للموظف ان يتسلمها باسم المنظمة، ثم يبلغ الامين العام بها ويسلمها له، فأما ان يحتفظ الامين العام بها للمنظمة، او يرتب التصرف بها لمنفعة المنظمة، او لغرض خيري)⁽³⁾.

وفي هذا السياق جاء النظام الاساسي لموظفي جامعة الدول العربية ليؤكد على هذا الالتزام في مادته الثامنة تحت عنوان: واجبات الموظفين الفقرة (و) (يحضر علي موظف الجامعة الجمع بين وظيفته وبين عمل اخر...)⁽⁴⁾

(1) انظر: صلاح بشير مخزوم الرازقي، الحماية القضائية للموظف الدولي، رسالة ماجستير في القانون، اكااديمية الدراسات العليا فرع بنغازي، 2010م، ص20.

(2) انظر: فتح الله السريري، وثائق دولية، مرجع سابق، ص9.

(3) انظر: المرجع السابق، ص9.

(4) انظر: المرجع السابق ص34.

المطلب الثاني

التزامات الموظف الدولي تجاه مقر دولة المنظمة

يشكل التزام الموظفين الدوليين بواجباتهم تجاه دولة مقر المنظمة وعدم خرقها، أو انتهاكها، حجر الزاوية في نجاح العلاقة بين الطرفين، والوصول بها إلى أعلى مستويات التعاون والتنسيق والتكامل، ومثلما يقوم القانون الدبلوماسي والقنصلي على مبدأ التوازن في العلاقة بين منح الدول المضيضة للبعثات الدبلوماسية والقنصلية كامل حصاناتها وامتيازاتها، دون تقييد، أو إجحاف، أو تعسف، مقابل التزام البعثات الدبلوماسية والقنصلية بواجباتها كاملة تجاه الدول المضيفة، وفقاً لنصوص الاتفاقيات الدولية الدبلوماسية والقنصلية.

وفي هذا السياق يقوم أيضاً قانون الوظيفة الدولية على مبدأ التوازن في العلاقة بين البعثات الدولية للمنظمات وسلطات الدول المضيفة لها، حيث تتمتع البعثات الدولية بالحصانات والامتيازات الدولية المقررة وفق منظومة القانون الدولي، والتي تفرض التزامات وتعهدات على دول المقر المستضيفة لمقار المنظمات الدولية، بمنحها كامل الحصانات والامتيازات دون تقييد أو تعسف من قبل سلطاتها، وتوفير جو مناسب للعمل الدولي، وتعمل بكل السبل لإنجاح عمل المنظمات ومنحها كامل التسهيلات اللازمة والضرورية لأعمالها، كما يقع على عاتقها توفير الحماية الأمنية الكاملة حتى تستطيع المنظمة القيام بعملها، وأداء رسالتها التي أنشئت من أجلها، وأن تتعاون بلا حدود مع أجهزة المنظمة مقابل التزام بعثة المنظمة بجميع التزاماتها تجاه دولة المقر المنصوص عليها في المواثيق الدولية، ودولة المقر، والنظام الأساسي للمنظمة، بغية الوصول إلى علاقات نموذجية تجسد التكامل والتنسيق المثمر لخدمة العلاقات الدولية وتحقيق: أهداف المنظمات الدولية في بناء جسر التعاون الدولي الإيجابي في جميع المجالات والميادين، وحتى يتحقق هذا الهدف الأسمى، سنتطرق إلى أهم الالتزامات الدولية الملقاة على عاتق الموظفين الدوليين تجاه دولة المقر، طبقاً لما

نصت عليه الاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية والأنظمة الأساسية واللوائح الداخلية للمنظمات الدولية وفي الأنظمة المشتركة مثل النظام الدبلوماسي والقنصلي، وذلك على النحو التالي:

أولاً: التزام عدم التدخل في الشؤون الداخلية والخارجية لدولة المقر:

يمنع منعاً باتاً على الموظفين الدوليين التدخل في صميم الشؤون الداخلية والخارجية لدولة المقر، والمس بسيادتها، وتوجيه الأوامر الى سلطاتها، أو محاولة التأثير في سياستها الخارجية، أو الاتصال بالأحزاب السياسية في الداخل وتحريضها ضد الحكومة، وعلان الدعم لحزب معين، كما يدخل ضمن هذا الالتزام احترام سيادة الدولة ونظامها السياسي، والاقتصادي، ومحاكمها وسلطاتها القضائية، ورموزها الوطنية، ووحدتها الوطنية، ومكوناتها العرقية، ورموزها الدينية، وعدم تعريض السلم الأهلي للخطر. ويجد هذا الالتزام مشروعته في صلب ميثاق الامم المتحدة، حيث نصت المادة الثانية الفقرة 7 على الاتي:

(ليس في هذا الميثاق ما يسوغ للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، كما أنه ليس هناك ما يلزم الدول الأعضاء بعرض تلك الامور لكي تحل بحكم الميثاق....)⁽¹⁾.

الا ان هذا الالتزام لا يعتبر قيداً على صميم عمل المنظمات الدولية فيما يتعلق برصد حقوق الانسان ووضع الاقليات، وحقوق المرأة، والطفل، والمحاكمات السياسية، وانتهاكات حقوق الانسان، وحقوق الاجانب العاملين بدولة المقر، والذي يدخل في صلب وظائف المنظمات الدولية واعداد تقارير عن حالة حقوق الانسان داخل الدول بما فيها دولة المقر، ورفعها للمنظمات المختصة.

(1) انظر ميثاق هيئة الامم المتحدة المادة (2) فقرة (7).

ثانياً: التزام احترام قوانين ونظم ولوائح دولة المقر:

يعد هذا الالتزام من اهم الالتزامات والتي يشكل خرقها ازمات حادة بين المنظمة ودولة المقر، حيث يقع على الموظفين الدوليين احترام قوانين الدولة المضيفة، وعدم مخالفتها حفاظاً على الأمن الوطني لدولة المقر، وعدم تعريضه للخطر، حيث يشكل قانون المرور العمود الفقري لهذه القوانين فيجب على البعثات الدولية احترام أنظمة المرور، والنقيد بها، وعدم مخالفتها⁽¹⁾، بالإضافة الى احترام قوانين التخطيط العمراني، وتخطيط المدن، وقوانين الحجر الصحي، حيث يحظر استيراد أو تصدير الحيوانات، أو طيور خاضعة للحجر الصحي، بالإضافة الى احترام القوانين الاستثنائية مثل قوانين الطوارئ، وحظر التجول، بالإضافة الى قوانين العملات، والمعادن الثمينة، واحترام قوانين النظام العام، والعادات والتقاليد السائدة في دولة المقر حفاظاً على مشاعر السكان، كما يحظر على الموظفين الدوليين الدخول الى مناطق عسكرية، أو أمنية، يمنع الاقتراب منها، أو تصويرها، لمتطلبات الامن الوطني لدولة المقر، كما يجب عليهم احترام قوانين البيئة، والمحميات الطبيعية، والتي تمتع الصيد في البر، والبحر، في أوقات معينة حفاظاً على التنوع البيئي.

(1) في إطار احترام قوانين المرور وعدم التقيد بعض السفارات والمنظمات بقواعد قانون السير بالمغرب، ارسلت وزارة الخارجية المغربية كتاباً دورياً الى البعثات الدبلوماسية الدولية والقنصلية العاملة بالمغرب بتاريخ 15-12-1988م، تحظرهم بأنها لن تتسامح أو تتساهل مع الدبلوماسيين، أو الموظفين الدوليين، في حال خرقهم أو انتهاكهم لقانون السير، نظراً لكثرة التجاوزات وتكرارها لذا تأمل الوزارة من البعثات الدبلوماسية الدولية، اتخاذ الاجراءات اللازمة لاحترام التزاماتهم الدولي تجاه دولة المقر. لمزيد من المعلومات انظر: د. عبد الكريم الادريسي، الحصانات والامتيازات الدبلوماسية والقنصلية والدولية ومقتضيات الامن الوطني، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، المغرب 1998-1999م، ص486.

ثالثاً: التزام التعاون وعدم اساءة استخدام الحصانات والامتيازات الدولية:

منحت المزايا والحصانات للموظفين الدوليين ليس لصفته الشخصية بل لصفته الدولية من أجل تحقيق: أهداف المنظمة.

لذا نصت المواثيق الدولية والأنظمة الأساسية على ضرورة التعاون مع دولة المقر، وعدم استغلال الحصانات والمزايا لغايات واهداف شخصية بعيدة عن اهداف ومبادئ المنظمات الدولية التي منحت من أجلها، وهذا ما تطرقت إليه اتفاقية مزايا وحصانات الامم المتحدة لسنة 1946م، في مادتها الخامسة كالآتي: مادة (5) فقرة (21): (تساعد منظمة الامم المتحدة في كل وقت مع السلطات التابعة للدول الأعضاء، بغية تسهيل حسن تطبيق العدالة، وتأمين مراعاة انظمة الشرطة، وتجنب كل سوء استعمال قد يؤدي اليه استخدام الحصانات والامتيازات والتسهيلات الواردة في هذه المادة)⁽¹⁾

وفي هذا السياق جاءت الاتفاقية صارمة تجاه استغلال الحصانات والمزايا لغايات واهداف لا تخدم مصالح المنظمات الدولية، وتؤثر سلباً على العلاقات الطبيعية بين المنظمة ودولة المقر، حيث اجازت المادة (5) فقرة (20) للأمين العام للمنظمة رفع الحصانة عن الموظف الدولي في حال خروجه عن نطاق وظيفته، واستغلاله للحصانات لا اهداف شخصية تضر بمصلحة المنظمة وتعرق سير العدالة بالدولة المضيفة، وذهبت هذه المادة إلى أبعد من ذلك، حيث ألزمت الامين العام برفع الحصانة عندما يرى انها تتعارض مع السير الطبيعي للعدالة في دولة المقر، مما يجعل من هذا الالتزام حجر الزاوية في نجاح العلاقة مع الدولة المضيفة، والوصول بالعلاقات بين المنظمة ودولة المقر إلى أعلى المستويات، لتحقيق: أهدافها المشتركة.

(1) انظر: عبداللطيف رمضان عثمان، الحصانات والامتيازات الدبلوماسية للمنظمات الدولية،

رسالة ماجستير، أكاديمية الدراسات العليا طرابلس، لسنة 2013م، ص166.

رابعاً: التزام عدم ممارسة أنشطة تجارية أو مهنية خاصة بدولة المقر:

يدخل هذا الالتزام في اطار عدم الازدواجية بين العمل الوظيفي الدولي وأعمال خاصة أخرى، ونظرا للمزايا والحصانات التي يتمتع بها الموظفون الدوليون على أقاليم دول المقر، فمن غير المنطقي القيام بأعمال تجارية ومهنية خاصة تتعارض مع التزاماتهم الدولية بعمامة كما تتعارض مع واجباتهم تجاه المنظمة العاملين بها، والتي تشترط على موظفيها التفرغ التام للوظيفة الدولية، وعدم القيام بأعمال أخرى طيلة شغل الوظيفة الدولية، وقد تم النص على هذا الالتزام في صلب الاتفاقيات الدولية، والانظمة الاساسية المنشئة للمنظمات الدولية.

حيث الزم النظام الاساسي لموظفي هيئة الامم المتحدة جميع العاملين بالمنظمة للتفرغ التام للوظيفة وعدم القيام بأعمال أخرى، فقد نصت الفقرة (س) في بند الحقوق والواجبات على الآتي: (لا يجوز للموظفين الاشتغال بأي مهنة أو وظيفة خارجية، سواء مقابل أجر أو بدون أجر، إلا بعد موافقة الامين العام)⁽¹⁾

كما نص النظام الاساسي لموظفي جامعة الدول العربية على هذا الالتزام من خلال المادة (8) فقرة (9): (يحظر على الموظف بالجامعة الجمع بين وظيفته وبين أي عمل آخر....)⁽²⁾

وهناك ميزة خاصة لهذا الالتزام حيث يحمل صفة مزدوجة فهو واجب على الموظف تجاه منظمته حيث يلتزم بالتفرغ التام لوظيفته، وأيضاً التزام على الموظف تجاه دولة المقر، تجنباً لملازمات حول مفهوم العدالة في ظل تمتع الموظف بحصانات وامتيازات تؤثر سلباً على العدالة، والمنافسة الشريفة في الأعمال الأخرى.

(1) انظر: د. فتح الله السريري، وثائق دولية، مرجع سابق، ص10.

(2) المرجع نفسه، ص10.

لذا استقرا الفقه الدولي والقضاء الدولي والقانون الدولي على حظر القيام بأعمال خاصة في دولة المقر من قبل الموظفين الدوليين.

خامسا: التزام عدم اساءة استخدام المقار الدولية

يعتبر مبدأ اساءة استخدام المقار الدولية احد اهم المبادئ التي يقوم عليها قانون الوظيفة الدولية الادارية، ويشكل هذا المبدأ احد أهم الاعمدة التي تقوم عليها العلاقات الودية بين المنظمة ودولة المقر، وصمام أمان هذه العلاقات، لذا تحرص كل دول المقر عند عقد اتفاقيات المقر على تضمين هذا المبدأ في صلب هذه الاتفاقيات لضمان أمنها الوطني، وحفظ استقرارها، وهو مبدأ راسخ في كل من القانون الدبلوماسي، والقنصلي، وكرسته عملياً اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961م، وايضا اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام 1963م، كما أشارت اتفاقية مزايا وحصانات الامم المتحدة لعام 1946م الى عدم اساءة استخدام الحصانات والمزايا المقررة في هذه الاتفاقية ومن ضمنها عدم اساءة استخدام المقار لغير الأغراض المشروعة قانوناً طبقاً للمادة (5) فقرة (21) من الاتفاقية⁽¹⁾.

ويدخل ضمن هذا الالتزام عدم إيواء مجرمين فارين من العدالة او مطلوبين داخل مقر المنظمة، أو استنقال معارضين ومنحهم التسهيلات، او ان يكون مقر المنظمة منطلق لأعمال تهدد أمن واستقرار الدولة المضيفة، أو وكر للتجسس علي الدولة، او تحويله الي مكان لبيع منتجات محظورة في البلاد، وغيرها من الأمور التي تتعارض مع طبيعة الوظيفة الدولية،

(1) انظر: النص الكامل للمادة (5) فقرة (21) من اتفاقية مزايا وحصانات الامم المتحدة لعام

1946م. عبداللطيف رمضان عثمان في الحصانات والامتيازات الدبلوماسية للمنظمات

الدولية، ص16. مرجع سابق.

لذا تحرص الدول المضيفة على تضمين اتفاقيات المقر التزام عدم اساءة استخدام مقار المنظمات الدولية لغير الاغراض المشروعة قانوناً، وفي هذا السياق جاءت المادة السادسة من اتفاقية المقر المبرمة بين جامعة الدول العربية، والحكومة التونسية بتاريخ 15.4.1980م. حيث جاء نص المادة كالآتي: مادة (6) (مع عدم المساس بأحكام الاتفاق لا تسمح الجامعة بأن يكون مقرها ملجأ يحتمي فيه أي شخص يجري البحث عنه لتنفيذ حكم قضائي ضده، أو يكون ملاحقاً بسبب حالة تلبس، أو تكون السلطات المختصة قد أصدرت أمراً بالقبض عليه وبترحيله)⁽¹⁾.

كما جاءت اتفاقية المقر المبرمة بين الامانة العامة لاتحاد المغرب العربي، وحكومة المملكة المغربية بتاريخ 4.1.1994م مكرسة لهذا الالتزام عدم اساءة استخدام المقار الدولية لغير الاغراض المشروعة قانوناً، لضمان امن واستقرار دولة المقر، وحماية أمنها الوطني، حيث نصت المادة الثامنة من اتفاقية المقر علي الآتي:

مادة (8) (مع عدم المساس بالحصانات والامتيازات التي يقرها هذا الاتفاق، لا يجوز ان يكون مقر الامانة العامة ملجأ يحتمي فيه أي شخص يجري البحث عنه لتنفيذ حكم قضائي ضده، أو يكون ملاحقاً بسبب حالة تلبس، أو تكون السلطات المختصة قد اصدرت أمر بالقبض عليه أو ترحيله)⁽²⁾.

(1) انظر: النص الكامل لاتفاقية المقر المبرمة بين الحكومة التونسية والامانة العامة للجامعة العربية لسنة 1980م. د. الصادق شعبان في قانون المنظمات الدولية، الناشر مركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس، 1985م ص312.

(2) انظر: النص الكامل لاتفاقية المقر المبرمة بين حكومة المملكة المغربية والامانة العامة لاتحاد المغرب العربي لسنة 1994م، د. الصادق شعبان، قانون المنظمات الدولية، ص312 وما بعدها، مرجع سابق.

الخاتمة

بعد دراسة موضوع التزامات وواجبات الموظف الدولي، تجاه المنظمات الدولية العاملين لصالحها، ودول المقر العاملين فوق إقليمها، في ضوء قواعد ومبادئ القانون الدولي العام بعامة، وقواعد ومبادئ القانون الدولي الإداري بخاصة، توصلت الدراسة إلى جملة من النتائج، وبعض التوصيات، نجلها كالاتي:

أولاً: النتائج

- علي عكس الواجبات والالتزامات الدبلوماسية، والقنصلية والتي حددت بدقة متناهية من خلال اتفاقية فيينا الدبلوماسية لعام 1961م، واتفاقية فيينا القنصلية لعام 1963م، نجد هناك غموض، ولبس، وتداخل، في تحديد الالتزامات الدولية، سواء في اتفاقية مزايا وحصانات ومزايا وحصانات الامم المتحدة لعام 1946م، واتفاقية حصانات ومزايا الوكالات المتخصصة لعام 1947م.
- هناك قصور في اغلب الانظمة الاساسية للمنظمات الدولية، والاقليمية، من حيث عدم تحديد الواجبات الدولية وتبويبها، وتحديد قسم خاص بالواجبات تجاه المنظمة، وقسم اخر بالواجبات تجاه دول المقر.
- ساهمت اتفاقيات المقر الثنائية المبرمة بين المنظمات ودول المقر في ابراز جانب كبير من التزامات الموظفين الدوليين تجاه دول المقر.

ثانياً: التوصيات

- اوصي بإجراء تعديلات جوهرية على اتفاقية مزايا وحصانات الامم المتحدة لعام 1946م واتفاقية حصانات ومزايا الوكالات المتخصصة لعام 1947م، وازافة ابواب مستقلة تحدد التزامات الموظفين الدوليين تجاه منظماتهم وتجاه دول المقر.

- اوصي بتعديل النظام الاساسي لموظفي هيئة الامم المتحدة وكذلك النظام الاساسي لجامعة الدول العربية والاتحاد الافريقي وإفراد فصول مستقلة تحدد الواجبات الدولية بدقة وتفصل سواء التزامات الموظف الدولي تجاه المنظمة العامل بها او تجاه دول المقر.
- اوصي بإنشاء معاهد وأكاديميات دبلوماسية بالمنظمات الدولية على غرار المعاهد الدبلوماسية بوزارات الخارجية من اجل رفع كفاءة الموظفين الدوليين واعدادهم اعداد عالي ونشر ثقافة الوظيفة الدولية.

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب

- د. إبراهيم احمد شلبي، التنظيم الدولي، الناشر الدار الجامعية للنشر، 1986م.
- د. الصادق شعبان، قانون المنظمات الدولية، الناشر مركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس 1985م.
- د. جمال طه ندا، الموظف الدولي دراسة مقارنة في القانون الدولي الاداري، الناشر الهيئة المصرية للكتاب، 1986م.
- د. عبدالعزيز سرحان، القانون الدولي الاداري، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة 1990م.
- د. فتح الله محمد حسين السريري، وثائق دولية، لوائح ونظم العاملين بالمنظمات الدولية، المركز القانوني للموظف الدولي، الناشر دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2013م.
- د. محسن افكيرين، قانون المنظمات الدولية، الناشر دار النهضة العربية القاهرة، 2010م.
- د. محمد السعيد الدقاق، مصطفى سلامة حسين، التنظيم الدولي، الناشر دار المطبوعات الجامعية، 1997م.
- د. مصطفى سيد عبدالرحمن، قانون التنظيم الدولي، الناشر دار النهضة العربية، 1990م.

ثانياً: المواثيق والاتفاقيات الدولية

- ميثاق منظمة الأمم المتحدة.
- اتفاقية مزايا وحصانات منظمة العمل الدولية لعام 1938م.
- اتفاقية مزايا وحصانات منظمة الأمم المتحدة لعام 1946م.
- اتفاقية مزايا وحصانات الوكالات المتخصصة لسنة 1947م.
- اتفاقية مزايا وحصانات جامعة الدول العربية لعام 1953م.

ثالثاً: الرسائل العلمية:

أ- رسائل الدكتوراه.

- عبدالكريم الادريسي، الحصانات والامتيازات الدبلوماسية والقنصلية والدولية ومقتضيات الأمن الوطني، رسالة دكتوراه دولة في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب 1999م.

ب- رسائل الماجستير:

- ابراهيم عثمان عبدالله فليفل، واجبات والتزامات الموظف الدولي في ظل قواعد ومبادئ القانون الدولي الاداري، رسالة ماجستير في القانون، أكاديمية الدراسات العليا فرع بنغازي، 2010م.
- صلاح بشير مخزوم الرازقي، الحماية القضائية للموظف الدولي، رسالة ماجستير في القانون، أكاديمية الدراسات العليا فرع بنغازي، 2010م.
- عبداللطيف رمضان عثمان، الحصانات والامتيازات الدبلوماسية للمنظمات الدولية، رسالة ماجستير في القانون، أكاديمية الدراسات العليا طرابلس 2013م.
- علي حمد الحضييري، النظام القانوني للعاملين بالمنظمات الدولية، رسالة ماجستير في القانون، كلية القانون جامعة بنغازي 1999م.
- فرحات محمد فرحات، حقوق الموظف الدولي في ضوء مبادئ القانون الدولي الاداري، رسالة ماجستير في القانون، أكاديمية الدراسات العليا طرابلس 2008م.

دستور 1951م في ضوء المعايير الدولية للديمقراطية

(نقاط القوة والضعف)

د. عادل عبد الحفيظ كندير (*)

مقدمة

تتمثل الخطوة القادمة وفق خارطة الطريق المنصوص عليها في الإعلان الدستوري في إجراء انتخابات لجنة الـ60 المكلفة بكتابة مسودة دستور ليبيا الجديد، وكلما اقترب موعد إقامتها، خرج على السطح نقاش حول دستور ليبيا لعام 1951م بعد غياب دام أكثر من نصف قرن من الزمان، وتتحصر وجهات النظر حول هذه الوثيقة الهامة في أربع هي:

الأولى: تنجح بشدة نحو العودة التامة والمطلقة للعمل بدستور 1951م، وبأنه لا يقلل من شأن هذه الدعوة تعطيل العمل به أربعة عقود من الزمان لعدم مشروعية السبب الذي أدى إلى ذلك والمتمثل في انقلاب 1969م الذي فرض بالقوة على الشعب الليبي. ويُمثل أنصار المَلَكِيَّة والفيدرالية غالبية أصحاب هذا الاتجاه.

الثانية: أقل حماساً من وجهة النظر الأولى، وترى ضرورة إصلاح دستور 1951م قبل العمل به، وذلك بالتمييز بين الأجزاء الصالحة للتطبيق في هذه المرحلة، وبين تلك التي تجاوزها الزمن ولم تعد تتلاءم مع ما هو موجود من معطيات اليوم، إذ يرى أنصار هذا الاتجاه أنه إذا كان بالإمكان الإبقاء على أجزاء معينة من دستور 1951م كتلك المتعلقة بحماية الحقوق والحريات مثلاً،

(*) عضو هيئة التدريس بكلية القانون جامعة طرابلس.

فإنه لا يمكن الإبقاء على الجزء المتعلق بالملكية على سبيل المثال، ويمثل أنصار الجمهورية غالبية أصحاب هذا الاتجاه.

الثالثة: ترى أن دستور 1951م لم يعد نموذجاً ملائماً للعمل به، وإنما أصبح يمثل مرجعية مهمة ومفيدة للنقاش بالنسبة لأعضاء لجنة الـ60 عند مباشرتهم لأداء مهام كتابة مسودة الدستور الجديد، وبعبارة أخرى فإن دستور 1951م سيمثل نقطة انطلاق للاسترشاد به دون أي إلزام بنصوصه، ويميل أغلب الأكاديميين الليبيين المهتمين بصناعة الدساتير إلى الأخذ بهذا الاتجاه.

الرابعة: وجهة النظر الأخيرة تسير في اتجاه مخالف تماماً لوجهات النظر السابقة، بالقول بأن دستور 1951م لم يعد يتمتع إلا بقيمة ثقافية، أي أنه أصبح يمثل وثيقة تشكل إرثاً ثقافياً لليبيين جميعاً ولم تعد له أية قيمة قانونية أو عملية، وعلى هذا الرأي سار عدد قليل من الأكاديميين الليبيين المهتمين بصناعة الدساتير.

وبالنظر إلى ما تقدم، فإن الإشكالية القانونية التي تعالجها هذه الورقة ستحاول تقديم دراسة علمية تحليلية تقوم على بيان نقاط القوة والضعف في دستور 1951م وفق رؤية قانونية تستند إلى المعايير الدولية الحديثة في القانون الدستوري، تعتمد بشكل أساسي على قرارات وتقارير مقدمة من قبل منظمات دولية متخصصة في هذا الشأن⁽¹⁾، وستنصب أساساً على النص المعتمد سنة 1951م قبل إدخال التعديلات عليه سنة 1963م، وفق الخطة المنهجية الآتية:

(1) مثل منظمة الأمم المتحدة والمنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، والمؤسسة الدولية للديمقراطيات والانتخابات. وأهمها:

أ- ورقة نقاش بعنوان: "التفاوض حول المبادئ الأساسية قبل وضع الدستور، تجارب مقارنة ودروس مستفادة"، نوفمبر 2012، IDEA، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات.

المطلب الأول: نقاط القوة في دستور 1951م.
المطلب الثاني: نقاط الضعف في دستور 1951م

المطلب الأول

نقاط القوة في دستور 1951م

سيتم بداية التعرض لشكل الدولة والنظام السياسي المُعتمد في دستور 1951م (الفرع الأول)، ثم سيتم بعد ذلك حصر نقاط القوة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شكل الدولة والنظام السياسي في ليبيا عام 1951م

بداية نشير إلى أن دستور 1951م ينص على أن ليبيا دولة ملكية فيدرالية تتكون من ثلاث ولايات هي: برقة وطرابلس الغرب وفزان⁽¹⁾، وعلى

=

ب- الورقة البحثية رقم 21 للمنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، "تقييم دستور ليبيا لعام 1951م وفقا للمعايير الدولية"، يوليو 2012م.

www.democracy-repoting.org

ج- المذكرة الإعلامية رقم 20 للمنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية بعنوان: "الدروس المستفادة من تجارب سن الدساتير: العمليات القائمة على مشاركة شعبية واسعة، نوفمبر 2011م، www.democracy-repoting.org.

د- ورقة بحثية للمنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية بعنوان: تعزيز القانون الدولي لدعم الحكم الديمقراطي والانتخابات النزيهة، مركز كارتر.

www.democracy-repoting.org

هـ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم A/RES/59/201 بتحديد العناصر الأساسية للديمقراطية، ديسمبر 2003م، منشور على الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.undemocracy.com/A-RES-59-2005>

(1) تنص ديباجة دستور ليبيا لعام 1951م على الآتي: "نحن ممثلي شعب ليبيا من برقة وطرابلس الغرب وفزان المجتمعين بمدينة طرابلس فمدينة بنغازي في جمعية وطنية تأسيسية بإرادة الله. بعد الاتفاق وعقد العزم على تأليف اتحاد بيننا تحت تاج الملك محمد

=

توزيع الصلاحيات⁽¹⁾ بين السلطات الفيدرالية وبين سلطات الأقاليم المحلية (المادة 39) بحيث حددت صلاحية الأولى على سبيل الحصر في المادة 36 وتتولى سلطات الأقاليم الصلاحيات الأخرى غير المنصوص عليها في الدستور بالنسبة للسلطات الفيدرالية التي حصرت صلاحياتها في الآتي: الشؤون الخارجية والعسكرية، التجارة الدولية، الهجرة والضرائب والجنسية، القانون العسكري، السياسة العلمية، النقل العام، البنك الاتحادي والسياسة المالية والاقتصادية، الشرطة والتعليم العالي. كما نص الدستور (المادة 38) على بعض الصلاحيات تمارسها السلطات التنفيذية للأقاليم الثلاث تحت إشراف السلطة التشريعية الفيدرالية بهدف التنسيق بينها، بحيث تتولى الأخيرة عملية التنسيق بين السلطات الثلاثة فيما يتعلق بالمسائل التالية: الشركات والبنوك والملكية الفكرية، وضريبة الدخل، الموازين والمقاييس، والإحصاء السكاني، الموانئ الجوية والبحرية، القانون المدني والتجاري والجنائي، الإعلام، العمل والضمان الاجتماعي، التعليم العام، الصحة العامة.

وحدد الفصل الرابع من الدستور السلطات الفيدرالية في ثلاث هي: السلطة التنفيذية ويمثلها الملك⁽²⁾، والسلطة التشريعية ويتولاها الملك بالاشتراك

ادريس المهدي السنوسي الذي بايعه الشعب الليبي ونادت به هذه الجمعية الوطنية التأسيسية ملكا دستوريا على ليبيا ". أما المادة 2 من الدستور فتقضي بأن: " ليبيا دولة ملكية وراثية ونظامها نيابي وتسمى "المملكة الليبية المتحدة".

- (1) وردت هذه الصلاحيات في الفصل الثالث الذي ألغي بفرعيه الأول والثاني بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1963م، وبموجبه ألغي النظام الفيدرالي وأصبحت ليبيا دولة موحدة.
- (2) تنص المادة 42 من دستور 1951م على أن: "السلطة التنفيذية يتولاها الملك على حدود هذا الدستور".

مع البرلمان⁽¹⁾ من خلال التصديق على القوانين⁽²⁾، والسلطة القضائية وتمثلها المحكمة العليا والمحاكم الأخرى التي تصدر أحكامها باسم الملك⁽³⁾. وفيما يتعلق بالسلطة التنفيذية نص الدستور على أن الحكم الملكي وراثي يرثه الابن الأكبر للملك السابق. ويقوم الملك بتعيين رئيس الوزراء، وبتعيين مجلس الوزراء بعد التشاور مع رئيس الحكومة، ويكون مجلس الوزراء مسئولاً أمام الملك وأن "الملك مصون وغير مسئول"⁽⁴⁾ وهو الرئيس الأعلى للدولة والقائد الأعلى لجميع القوات المسلحة⁽⁵⁾.

أما بخصوص السلطة التشريعية فنص الدستور على أن البرلمان (مجلس الأمة) ينقسم إلى غرفتين، مجلس الشيوخ ومجلس النواب⁽⁶⁾ يمثلان الأقاليم الثلاث (طرابلس الغرب وبرقة ووزان)، بحيث يتكون مجلس الشيوخ من ثمانية أعضاء لكل ولاية، أربعة منهم يعينهم الملك والأربعة الآخرون تختارهم السلطة التشريعية في كل إقليم (المادة 95)، أما النواب فيحدد عددهم بنسبة نائب عن كل

(1) تنص المادة 41 من دستور 1951م على أن: "السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلس الأمة. ويصدر الملك القوانين بعد أن يقرها مجلس الأمة على الوجه المبين في هذا الدستور".

(2) تنص المادة 62 من دستور 1951م على أن: "الملك يصدق على القوانين ويصدرها".

(3) تنص المادة 43 من دستور 1951م على أن: "السلطة القضائية تتولاها المحكمة العليا والمحاكم الأخرى التي تصدر أحكامها في حدود الدستور وفق القانون وباسم الملك".

(4) نص المادة 59 من دستور 1951م.

(5) تنص المادة 58 من دستور 1951م على أن: "الملك هو الرئيس الأعلى للدولة". أما المادة 68 فتتص: "الملك هو القائد الأعلى لجميع القوات المسلحة في المملكة الليبية، ومهمتها حماية سيادة البلاد وسلامة أراضيها وأمنها، وتشتمل الجيش وقوات الأمن".

(6) تنص المادة 93 من دستور 1951م على أن: "مجلس الأمة يتكون من مجلسين: مجلس الشيوخ ومجلس النواب".

20000 نسمة، على أن لا يقل عدد ممثلي كل إقليم عن 5 نواب⁽¹⁾، ويُعد ممثلو مجلس النواب المسؤولين الوحيدون في السلطة الفيدرالية المختارون مباشرة من الشعب عبر انتخابات ديمقراطية⁽²⁾.

أما بخصوص السلطة القضائية، فقد نص الدستور على أن قضاة المحكمة العليا يتم تعيينهم من قبل الملك ويؤدون اليمين أمامه وأن القضاء يصدر أحكامه باسم الملك الذي لا تنتفد أحكام الإعدام إلا بعد موافقته، بل وله حق العفو وتخفيف العقوبة المقضي بها⁽³⁾، أما بشأن الحجم والتنظيم الهيكلي للمحكمة العليا وبقية النظام القضائي فقد ترك أمره للقوانين العادية ولم يتضمن دستور 1951م شيئاً بشأنها⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: حصر نقاط القوة في دستور 1951م

أما الآن، وبعد العرض المتقدم المتعلق ببيان الكيفية التي نظم بها دستور 1951م شكل الدولة والنظام السياسي، نأتي على حصر نقاط القوة التي تتوافق مع المعايير الدولية للديمقراطية:

- (1) تنص المادة 101 من دستور 1951م على أن: "يحدد عدد على أساس نائب واحد عن كل عشرين ألفاً من السكان أو عن كل جزء من هذا العدد يجاوز نصفه".
- (2) تنص المادة دستور 1951م على أن: "يؤلف مجلس النواب من أعضاء يجرى انتخابهم بالاقتراع السري العام على مقتضى أحكام قانون الانتخاب".
- (3) تنص المادة 141 من دستور 1951م على أن: "تشكل المحكمة العليا من رئيس وقضاة يعينون بمرسوم. ويؤدون اليمين أمام الملك قبل توليهم مناصبهم". أما المادة 76 فتتص: " لا ينفذ حكم الإعدام الصادر من، الآلية: محكمة ليبية إلا بموافقة الملك". في حين أن المادة 77 تقضي بأن: " للملك حق العفو وتخفيف العقوبة".
- (4) تنص المادة 143 من دستور 1951م على أن: " يحدد القانون اختصاصات المحكمة العليا، ويرتب جهات القضاء الأخرى ويعين اختصاصاتها".

• يتعرض دستور 1951م لحماية معظم حقوق الإنسان والحريات الأساسية من خلال الفصل الثاني المتعلق بحقوق الشعب⁽¹⁾، وهو ما يعتبره البعض ضماناً دستورية سابقة لأنها في ذلك الوقت، وقد ساعد واضعو دستور 1951م على تحقيق هذه الخطوة المتقدمة البدء في كتابة مسودة الدستور بعد سنتين من صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948م⁽²⁾، وهي الحقوق لم تتضمنها دساتير دول متقدمة في تلك الفترة. ومن أهم هذه الحقوق حق المساواة أمام القانون والحق في التقاضي وغيرها كثير. وأكثر من ذلك قضت المادة 197 من الدستور بأنه: "لا يجوز اقتراح تنقيح الأحكام الخاصة بشكل الحكم الملكي وبنظام وراثته العرش وبالحكم النيابي وبمبادئ الحرية والمساواة التي يكفلها هذا الدستور"⁽³⁾.

• حاول دستور 1951م العمل على إقرار مبدأ الفصل بين السلطات وتحقيق نوع من التوازن بينها، ف فيما يتعلق بالسلطة القضائية نصت المادة 145 على أن القضاة مستقلون ومسئولون أمام القانون فقط⁽⁴⁾.

أما فيما يتعلق بالسلطة التشريعية، فقد حاول دستور 1951م منح استقلالية لأعضاء السلطة التشريعية ضد الجهات التي تملك تعيينهم (كالملك وسلطات الأقاليم والناخبين) بالنص على أن كل عضو في البرلمان هو ممثل عن

(1) انظر المواد من 8 إلى 36 من دستور 1951م.

(2) صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10.12.1948م، وصدر الدستور الليبي عن الجمعية الوطنية الليبية في 7 أكتوبر 1951م

بعد أن شرعت لجنة الـ60 في كتابة مسودته قبل عام من تاريخ إصداره تقريباً.

(3) ولكن للأسف هذه المادة لم يطالها التنقيح فقط بل والإلغاء من خلال القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1963م.

(4) تنص المادة 145 من دستور 1951م على أن: "لقضاة مستقلون ولا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، وهم غير قابلين للعزل وذلك على الوجه المبين في القانون".

الشعب بأسره⁽¹⁾، ولا يملك ناخبوه أو السلطة التي قامت بتعيينه أن تحدد وكالته بقيد أو شرط. كما وضع الدستور في المادة 136 آلية مهمة للتخفيف من حدة حق الفيتو الذي يتمتع به الملك في مواجهة البرلمان (الاعتراض على القوانين) بالنص على أنه إذا ما طلب الملك من مجلس الأمة إعادة النظر في قانون ما، فإن على المجلس في هذه الحالة بحث القانون من جديد، فإذا أقره ثانية بموافقة ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم كل من المجلسين صدق عليه الملك وأصدره خلال ثلاثين يوماً من إبلاغ القرار الأخير إليه. أما إذا كانت الأغلبية أقل من الثلثين امتنع النظر فيه في دور الانعقاد نفسه فإذا عاد مجلس الأمة في دور انعقاد آخر إلى إقرار ذلك المشروع بأغلبية جميع الأعضاء الذين يتألف منهم كل من المجلسين صدق عليه الملك وأصدره خلال ثلاثين يوماً من إبلاغ القرار إليه. وهو ما يفيد وجود آليتين يمكن من خلالها البرلمان إقرار القانون الذي اعترض عليه الملك هي أغلبية الثلثين في الانعقاد الأول بعد المراجعة، والأغلبية المطلقة المتحصلة عليها في اجتماعين اثنين. كما يشترط دستور 1951م حصول الملك على موافقة البرلمان حتى يتمكن من إعلان الأحكام العرفية وحالة الطوارئ⁽²⁾، ولا يُجيز للملك حل مجلسي البرلمان في أثناء حالة الطوارئ⁽³⁾.

(1) تنص المادة 108 من دستور 1951م على أن: "عضو مجلس الأمة يمثل الشعب كله ولا يجوز لناخبيه ولا للسلطة التي تعينه تحديد وكالته بقيد أو شرط".

(2) تنص المادة 70 من دستور 1951م على أن: "الملك يعلن الأحكام العرفية وحالة الطوارئ على أن يعرض إعلان الأحكام العرفية على مجلس الأمة ليقرر استمرارها أو إلغائها، وإذا وقع ذلك الإعلان في غير دور الانعقاد وجب دعوة مجلس الأمة للاجتماع على وجه السرعة".

(3) تنص المادة 195 من دستور 1951م على أن: "لا يجوز بأية حال تعطيل حكم من أحكام هذا الدستور إلا أن يكون ذلك وقتياً في زمن الحرب أو في أثناء قيام الأحكام العرفية، وعلى الوجه المبين في القانون، وعلى أي حال لا يجوز تعطيل انعقاد مجلس الأمة متى توفرت في انعقاده الشروط المقررة في هذا الدستور".

- مكافحة الفساد: يحتوي المادة دستور 1951م على أحكام هامة لمحاربة الفساد، إذ تحرم هذه المادة على الوزراء شغل مناصب أخرى في الحكومة أو المشاركة في أي مشروع تجاري أو مالي بما في ذلك عضوية مجالس الإدارة⁽¹⁾، وذلك لضمان عنصر النزاهة. كما أن الفصل التاسع من الدستور⁽²⁾ المتعلق بالنظام المالي للدولة تتضمن أحكاما تفصيلية للإجراءات اللازمة لموافقة البرلمان على الميزانية الفيدرالية مما يمثل رقابة برلمانية⁽³⁾ هامة على المسائل المالية وضمانة حقيقية لمكافحة الفساد.
- مبدأ المساءلة: على اعتبار أن الملك مصون وغير مسئول، فإن المسؤولية التامة تقع على مجلس الوزراء، ويقضي دستور 1951م على حق البرلمان في استدعاء أي من الوزراء للاستجواب والشهادة في جلسة علنية⁽⁴⁾، وهو ما يمثل آلية دستورية جيدة نحو مساءلة المسؤولين.

(1) تنص المادة 90 من دستور 1951م على أن: " لا يجوز للوزراء أن يتولوا، الآية: وظيفة عامة أخرى في أثناء توليهم الحكم أو أن يمارسوا، الآية: مهنة أو أن يشتروا أو يستأجروا شيئا من أملاك الدولة أو يؤجروها أو يبيعوها شيئا من أموالهم أو يقايضوها عليه، ولا أن يدخلوا بصورة مباشرة أو غير مباشرة في التعهدات والمناقصات التي تعقدها الإدارة العامة أو المؤسسات الخاضعة لإدارة الدولة أو مراقبتها، كما لا يجوز لهم أن يكونوا أعضاء في مجلس إدارة، الآية: شركة أو أن يشتركوا اشتراكا فعليا في عمل تجاري أو مالي".

(2) انظر المواد من 159 إلى 175 من دستور 1951م.

(3) لمزيد التفصيل حول هذه النقطة، انظر: منع الديكتاتوريات، الضمانات الدستورية ضد إعادة إنتاج السلطوية، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، الفقرة 8 المعنونة "الرقابة البرلمانية على الميزانية".

www.democracy-repoting.org

(4) تنص المادة 122 من دستور 1951م على أن: " لكل عضو من أعضاء مجلس الأمة أن يوجه إلى الوزراء أسئلة واستجوابات وذلك على الوجه الذي يبين بالنظام الداخلي لكل

- **مبدأ الشفافية:** يقضي دستور 1951م بضرورة علنية كل جلسات مجلسي البرلمان (النواب والشيوخ) ما لم يصوت أي من المجلسين على سرية الجلسة⁽¹⁾، وهو ما يعتبر ترسيخاً لمبدأ الشفافية.
- **مبدأ الوصول للسلطة بطريقة ديمقراطية سلمية:** يقضي دستور 1951م بحق تكوين الجمعيات السلمية (بما في ذلك الأحزاب)، ويمكن القول بأن صفة (السلمية) تحوي في مضمونها منع أي منظمة أو كيان سياسي تحقيق: أهداف سياسية بالقوة العسكرية⁽²⁾، وهو ما يشكل أداة فعالة لمواجهة أي حزب أو كيان سياسي يسعى للوصول إلى السلطة بطريقة غير ديمقراطية عبر استخدام القوة.

المطلب الثاني

نقاط الضعف في دستور 1951م

سيتم التعرض لبيان نقاط الضعف المتعلقة بالعلاقة بين السلطات والتوازن بينها (الفرع الأول)، ثم لبيان تلك المتصلة بالحقوق والحريات وعلاقة الدين بالدولة (الفرع الثاني).

مجلس. ولا تجري المناقشة في استجواب ما إلا بعد ثمانية أيام على الأقل من يوم تقديمه وذلك فيما عدا حالة الاستعجال وبشرط موافقة من وجه إليه الاستجواب".

(1) تنص المادة 114 من دستور 1951م على أن: "جلسات المجلسين علنية على أن كلا منهما ينعقد بهيئة سرية بناء على طلب الحكومة أو عشرة من الأعضاء ليقرر ما إذا كانت المناقشة في الموضوع المطروح أمامه تجري في جلسة سرية أو علنية".

(2) تنص المادة 26 من دستور 1951م على أن: "حق تكوين الجمعيات السلمية مكفول وكيفية استعمال هذا الحق يبينها القانون".

الفرع الأول: نقاط الضعف ذات الصلة بالتوازن بين السلطات

يأتي هذا المطلب على بيان نقاط الضعف في دستور 1951م ذات الصلة بالعلاقة بين السلطات والتوازن فيما بينها، لاحتوائه عددا من القواعد أو الأحكام التي لا تتفق مع المعايير الدولية الحديثة للديمقراطية أو لعدم احتواء هذه القواعد أو الأحكام لمثل هذه المعايير⁽¹⁾، وأهمها ما يلي:

- لم يعمل دستور 1951م على تعزيز مبدأ الفصل بين السلطات وتحقيق التوازن بينها على نحو فعال، فهو يحصن الملك ويمنحه صلاحية تعيين مجلس الوزراء، وقضاة المحكمة العليا، ونصف أعضاء مجلس الشيوخ، وله صلاحية حل مجلس النواب، في الوقت الذي يتطلب الأمر لحجب الثقة عن الحكومة من قبل البرلمان ضرورة التصويت، ويمتص الملك بحق النقض في مواجهة القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية.

وهو ما يفيد بتمتع الملك بصلاحيات واسعة في مواجهة السلطة القضائية والسلطة التشريعية من خلال آلية التعيين والنقض في الوقت الذي لا توجد فيه رقابة مطلقة على الملك. هذه الصلاحيات السابقة تجعل من النظام الملكي نظاما ملكيا مطلقا يتمتع بصلاحيات واسعة لا يجب أن يتمتع بها أي رئيس ولو كان منتخبا شعبيا عبر انتخابات ديمقراطية.

- ضعف الصلاحية الممنوحة للسلطة القضائية في دستور 1951م، فهو لا يمنح القضاء حق مراجعة القوانين قبل إصدارها⁽²⁾، على نحو ما هو موجود في

(1) لمزيد التفصيل حول هذه النقطة، انظر: الإجماع الدولي، العناصر الأساسية للديمقراطية، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، الفقرة 1 المعنونة "فصل السلطات وتوازن القوى". www.democracy-reporting.org.

(2) لمزيد التفصيل حول مراجعة القوانين، انظر: منع الديكتاتوريات، الضمانات الدستورية ضد إعادة إنتاج السلطوية، المرجع السابق، الفقرة 7 المعنونة "المراجعة القضائية للدستور".

الأنظمة المقارنة من خلال وجود مجلس دستوري (قضائي) يتولى مراجعة مطابقة القوانين للدستور قبل إصدارها كنوع من الرقابة الوقائية، بل إنه لا يمنح القضاء صلاحية واضحة فيما يتعلق بالرقابة العلاجية والمتعلقة بالنظر في الطعون المقدمة بعدم دستورية القوانين أو القرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية، فإذا كانت المادة 43 تنص على أن: السلطة القضائية تتولاها المحكمة العليا والمحاكم الأخرى التي تصدر أحكامها في حدود الدستور ووفق القانون باسم الملك. فإن الفصل الثامن الخاص بالسلطة القضائية لا يضيف شيئاً ويحيل على القوانين العادية مهمة تحديد صلاحيات السلطة القضائية ما يجعل السلطة القضائية تحت اختصاص السلطة التشريعية وتعد هذه النتيجة إخلالاً بالتوازن المطلوب بين السلطات، فدستور 1951م لم يحدد إلا اختصاص واحد للمحكمة العليا لا تستطيع السلطة التشريعية المساس به وهو ذلك الوارد في المادة 151 وهو الفصل بالنظر في المنازعات التي تنشأ بين الحكومة الفيدرالية وبين حكومات الأقاليم أو بين حكومات الأقاليم بعضها ببعض.

- لم يحدد دستور 1951م العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي، وذلك ببيان مكانة القانون الدولي في النظام القانوني الداخلي، وهي مسألة جديرة بالاهتمام بصفة أساسية للقاضي الوطني الملزم كقاعدة عامة بتطبيق أحكام القانون الوطني والذي قد يتعارض مع أحكام معاهدة دولية ملزمة للدولة الليبية وهو ما قد يجعل الأخيرة تحت طائلة المسؤولية الدولية.

الفرع الثاني: نقاط الضعف ذات الصلة بالحقوق والحريات والدين

يأتي هذا المطلب على بيان نقاط الضعف في دستور 1951م ذات الصلة بالحقوق والحريات وعلاقة الدين بالدولة، لاحتوائه عدداً من القواعد أو الأحكام التي لا تتفق مع المعايير الدولية الحديثة للديمقراطية أو لعدم احتواء هذه القواعد أو الأحكام لمثل هذه المعايير، على النحو التالي:

• بالرغم من أن دستور 1951م نظم الحقوق والحريات في الفصل الثالث على النحو السابق بيانه فإنه ينص على إمكانية تقييد العديد من الحقوق والحريات باستخدام عبارات واسعة ومطاطة مثل "على النحو الوارد بالقانون أو باستثناء الحالات التي يحددها القانون وغيره" (1). وإذا كان وجود مثل هذه العبارات ليس غريبا في الدساتير الديمقراطية بل وفي القانون الدولي لحقوق الإنسان (2)؛

(1) من ذلك على سبيل المثال المادة 15 من دستور 1951م تنص على أن: "كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته قانونا في محاكمة تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه وتكون المحاكمة علنية إلا في الأحوال الاستثنائية التي ينص عليها القانون". كما تنص المادة 20 بأن: "تكفل سرية الخطابات والبرقيات والمواصلات التليفونية وجميع المراسلات على اختلاف صورها ووسائلها، ولا يجوز مراقبتها أو تأخيرها إلا في الحالات التي ينص عليها القانون". وانظر كذلك المواد 16 و17 و18 و19 و23 و25 و26 و31.

(2) من ذلك على سبيل المثال أن المادة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تنص على أن: " لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، دون، الآية: تفرقة بين الرجال والنساء. فضلا عما تقدم فلن يكون هناك أي تمييز أساسه الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي لبلد أو البقعة التي ينتمي إليها الفرد سواء كان هذا البلد أو تلك البقعة مستقلا أو تحت الوصاية أو غير متمتع بالحكم الذاتي أو كانت سيادته خاضعة لأي قيد من القيود". ومن ذلك أيضا ما تقضي به المادة 12 من العهد الدولي الأول للحقوق المدنية والسياسية بأن: "1 - لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة ما حق حرية التنقل فيه وحرية اختيار مكان إقامته. 2 - لكل فرد حرية مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلده. 3 - لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة أعلاه بأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون، وتكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحررياتهم، وتكون متمشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد. 4 - لا يجوز حرمان أحد، تعسفا، من حق الدخول إلى بلده". وكذلك أيضا المواد 13 و19 و20 و21 من ذات العهد.

فإن هذا التقييد (وفق المعايير الدولية للديمقراطية) يجب ألا يكون مطلقاً وفي أضيق الحدود وألا يمس بجوهر الحق وضرورياً، فالاستثناء يضل استثناء فلا يجب القياس عليه أو التوسع فيه؛ لأن استخدام مثل العبارات السابقة يعطي صلاحيات واسعة للسلطة التشريعية للمساس بالحقوق والحريات ما يجعلها مؤهلة لأن تكون أداة للديكتاتورية، هذا فضلاً عن أن دستور 1951م لم يتضمن ما يسمى الجيل الثالث من الحقوق وهو: الحقوق التضامنية كحق البيئة وحق التنمية وحق السلم⁽¹⁾.

كما أن دستور 1951م لم يضع مبادئ عامة لتنظيم أهم آلية لممارسة الحقوق السياسية وهي الانتخابات الحرة المباشرة وترك ذلك لهوى السلطة التشريعية بتنظيم الانتخابات بموجب قانون (المادتين 100 و 103) من الدستور.

- محدودية ما تضمنه دستور 1951م من أحكام وقواعد بشأن علاقة الدين بالدولة، حيث اكتفت المادة 5 بالنص على أن: "الإسلام دين الدولة" دون أية تفاصيل أخرى، فمن المتفق عليه في فقه القانون الدستوري أن للسلطات مدلولات وظيفية (تسوية الصراعات) وقانونية (بيان السلطات الحاكمة) وأيديولوجية يسير عليها النظام السياسي والقانوني والاجتماعي والاقتصادي في الدولة، ويجب أن تُعبّر هذه الأيديولوجية عن الإرادة العامة للشعب على نحو يضمن وحدته ويحقق طموحاته وحاجاته ويحدد أهداف العمل السياسي والقانوني وغيره. وعليه فإن النص السابق لا يتضمن هذا التعبير، فهو لا يحدد بشكل واضح علاقة الدين بالنظام السياسي أو القانوني أو الاقتصادي⁽²⁾، مما

(1) لمزيد التفصيل، انظر: الورقة البحثية رقم 31 للمنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، "القيود القانونية على الحقوق المدنية والسياسية، أكتوبر 2012،

www.democracy-reporting.org، DRI

(2) حاول الأخوة في مصر بعد ثورة 25 يناير 2011م تحديد علاقة الدين بالدولة بشكل مفصل من خلال دستور مصر 2012، فنص هذا الدستور (قبل تعطيل العمل به وتشكيل لجنة الـ10 ثم لجنة الـ50 لتعديله) في المادة 2 من على أن: "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع". ثم حرص

يؤدي إلى حصر الدين عمليا في النظام الاجتماعي وخير شاهد على ذلك أن الشريعة لم تكن مصدرا وحيدا للتشريع ولا مصدرا رئيسا له، وهو ما دفع نحو وضع قوانين مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، من ذلك على سبيل المثال وضع قوانين تجيز التعامل بالربا بين الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين⁽¹⁾.

واضعو دستور مصر 2012م، على بيان المقصود من مصطلح (مبادئ الشريعة الإسلامية) الوارد في المادة سابقة الذكر بالنص في المادة 219 على أن: "مبادئ الشريعة الإسلامية تشمل أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية والفقهية ومصادرها المعتمدة في مذاهب أهل السنة والجماعة". وبعد 30 يونيو 2013م، عملت لجنة الـ10 التي كافت بوضع مسودة لتعديل دستور 2012م، عملت على حذف وإلغاء المادة 219، وقد أثار هذا الحذف جدلا في لجنة الـ50، ففي الوقت الذي أعربت فيه (حركة أقباط بلا قيود) عن ارتياحها لحذف هذه المادة واعتبرت ذلك إنجازا، رفض كل من (الدعوة السلفية وحزب النور) حذف هذه المادة، مؤكدين أن حذفها يعني الحشد بالتصويت بـ(لا) عند الاستفتاء على الدستور المعدل. واعتبر أستاذ الفقه المقارن بجامعة الأزهر (سعد الدين الهلالي) أن بقاء المادة 219 مفاده أن ولاية الفقيه أعلى من ولاية القضاء. أما بعض القوى السياسية فقد أعلنت موافقتها على الحذف بحجة أن المادة 2 من الدستور كفيلة بالحفاظ على الشريعة الإسلامية. لمزيد التفصيل حول الموضوع، انظر: المفكرة القانونية، جدول بأبرز تعديلات الدستور المصري كما أقرتها لجنة العشرة وبأبرز الاعتراضات عليها.

<http://www.legal-agenda.com/article>

أما في تونس بعد ثورة 14 يناير 2011 (وحتى تاريخ كتابة النسخة الثالثة لمسودة الدستور) فإن علاقة الدين بالدولة لم تعالج بشكل كافٍ، إذ جاء في المادة 1 من المسودة الثالثة "تونس دولة حرة، مستقلة، ذات سيادة، الإسلام دينها، والعربية لغتها، والجمهورية نظامها. أما المادة 5 فنصت: "الدولة راعية للدين، كافلة لحرية المعتقد وممارسة الشعائر الدينية، حامية للمقدسات، ضامنة لحياد دور العبادة عن التوظيف الحزبي".

(1) وهو ما دفع بالمشروع الليبي إلى إصدار تشريع يحرم التعامل بالربا بعد ثورة 17 فبراير 2011م، وهو القانون رقم (1) لسنة 2013م في شأن منع المعاملات الربوية الصادر عن المؤتمر الوطني العام بتاريخ 6 يناير 2013م.

الخاتمة

نخلص مما تقدم إلى إقامة موازنة بين نقاط القوة والضعف لدستور 1951م وفق المعطيات الراهنة للمعايير الدولية للديمقراطية، ويمكن القول: إن دستور 1951م يجنح نحو التوسع في صلاحيات السلطة التنفيذية مقابل إضعاف السلطة القضائية، وإتاحة المجال للسلطة التشريعية لتقييد الحقوق والحريات. ومن ثم فإن خيار العمل بدستور 1951م أو بأجزاء منه قد لا يكون خطوة في الاتجاه الصحيح.

ففضلا عن أن استعادة النظام الملكي للصلاحيات المنصوص عليها في الدستور لا يبدو متوافقا مع المعايير الدولية الحديثة للديمقراطية، فإن المطالبة بالحفاظ على بقية الدستور مع تغيير نظام الحكم إلى النظام الجمهوري الرئاسي (باستبدال كلمة الملك بالرئيس) لا تتوافق أيضا مع معايير الديمقراطية، لأن الإشكالية لا تتمثل في النظام الملكي بقدر ما تتمثل في العيب المتعلق بمبدأ الفصل بين السلطات وعدم التوازن بينها في دستور 1951م، وهو عيب لا يمكن تداركه باستبدال الملك بالرئيس، والأكثر من ذلك فإن دستور 1951م يترك المجال مفتوحا للتعدي على بعض الحقوق والحريات بموجب قوانين عادية، لذلك فإن الحل الأمثل يتمثل أولا في اتخاذ دستور 1951م نقطة بداية تسترشد بها لجنة الـ 60 عند كتابة مسودة الدستور الجديد، وثانيا اعتباره وثيقة تمثل إرثا ثقافيا لليبيين بعد إقرار الدستور الجديد.

المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الأوراق البحثية

- الورقة البحثية: "التفاوض حول المبادئ الأساسية قبل وضع الدستور، تجارب مقارنة ودروس مستفادة"، نوفمبر 2012م، IDEA، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات. Canada، منشورة بدعم من وزارة الشؤون الخارجية والتجارة الدولية الكندية.
- الورقة البحثية رقم 21 للمنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، "تقييم دستور ليبيا لعام 1951م وفقاً للمعايير الدولية"، يوليو 2012م.
www.democracy-repoting.org
- المذكرة الإعلامية رقم 20 للمنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، "الدروس المستفادة من تجارب سن الدساتير: العمليات القائمة على مشاركة شعبية واسعة، نوفمبر 2011م.
www.democracy-repoting.org
- الورقة البحثية: تعزيز القانون الدولي لدعم الحكم الديمقراطي والانتخابات النزيهة، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، مركز كارتر.
www.democracy-repoting.org
- الورقة البحثية: الإجماع الدولي، العناصر الأساسية للديمقراطية، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، الفقرة 1 المعنونة "فصل السلطات وتوازن القوى".
www.democracy-repoting.org
- الورقة البحثية: منع الديكتاتوريات، الضمانات الدستورية ضد إعادة إنتاج السلطوية، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، الفقرة 8 المعنونة "الرقابة البرلمانية على الميزانية":
www.democracy-repoting.org

- المفكرة القانونية: جدول بأبرز تعديلات الدستور المصري كما أقرتها لجنة العشرة وبأبرز الاعتراضات عليها.

<http://www.legal-agenda.com/article>

ثالثاً: الوثائق

- دستور ليبيا لعام 1951م.
- القانون الإتحادي رقم 1 لسنة 1963م.
- القانون المدني الليبي لسنة 1953م.
- القانون رقم (1) لسنة 2013م في شأن منع المعاملات الربوية الصادر عن المؤتمر الوطني العام بتاريخ 6 يناير 2013م.
- الدستور المصري 2012م (النسخة الأولى قبل تعطيل العمل به).
- النسخة الثالثة لمسودة الدستور التونسي بتاريخ ديسمبر 2012م.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948م.
- العهد الدولي الأول للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م.
- العهد الدولي الثاني للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966م.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم A/RES/59/201 بتحديد العناصر الأساسية للديمقراطية، ديسمبر 2003م، منشور على الرابط الالكتروني التالي:
<http://www.undemocracy.com/A-RES-59-2005>

حق المحكوم عليه في معاملة إنسانية

أ. إيتسام حسن سالم بن عيسى (*)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَإِذَا سَأَلَكَ عِبَادِي عَنِّي فَإِنِّي قَرِيبٌ أُجِيبُ دَعْوَةَ الدَّاعِ إِذَا دَعَانِ فَلْيَسْتَجِيبُوا لِي وَلْيُؤْمِنُوا بِي لَعَلَّهُمْ يَرْشُدُونَ﴾ (1)

المقدمة

تحرص النظم العقابية الحديثة على إضفاء طابع إنساني على تنفيذ العقوبة، وذلك بتجنب معاملة المحكوم عليهم بأسلوب يهدر كرامتهم أو إنسانيتهم، وعلى ذلك فإن كل تطور حديث يهدف إلى إصلاح المجرم، ويجب أن يقوم على أساس احترام كرامة الإنسان (2).

وقد تضمن إعلان حقوق الإنسان والمواطن، إبان الثورة الفرنسية سنة 1789م عدة مبادئ تنص على احترام كرامة الإنسان، مانعاً بذلك تعرضه لأي معاملة من شأنها أن تحط من كرامته.

كما جاء ميثاق الأمم المتحدة سنة 1945م، متضمناً الاعتراف بحق الإنسان في الكرامة الإنسانية معلناً " نحن شعوب الأمم المتحدة، وقد آلبنا على أنفسنا أن نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الإنسانية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره".

(*) عضو هيئة التدريس بقسم القانون العام بكلية القانون الخمس، جامعة المرقب.

(1) سورة البقرة: الآية (186).

(2) مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، حقوق الإنسان في مرحلة التنفيذ العقابي، دار النهضة

العربية، القاهرة، مصر، ط2، 2008م، ص74.

ثم تلاه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948م الذي جاء في مادته الأولى "يولد جميع الناس أحراراً متساوين في الكرامة" وبعدها توالى الاتفاقيات الدولية والدساتير مؤكدة حقَّ الإنسان بكرامة إنسانية.

لذلك أصبح من الضروري اليوم الاعتراف، بانتماء السجين إلى الأسرة البشرية وبأن له حقاً في الكرامة، دون تمييز بينه وبين الإنسان غير المجرم، وبالتالي أصبح للسجين جملة من الحقوق تضمنها جل القوانين العقابية⁽¹⁾.

فهذه القوانين تحظر استخدام العنف ضد المحكوم عليه (المطلب الأول) كما تحظر استخدام القسوة ضده (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حظر استخدام التعذيب ضد المحكوم عليه

إن معاملة المحكوم عليه بصورة تشعره بالآلام جسدية ونفسية أمر منبوذ أخلاقياً ومرفوض من قبل الإنسان؛ ولكن على الرغم من ذلك، فإن الواقع يكشف في كثير من الأحيان عن وجود مثل هذه الممارسات، وحتى لا تظل هذه الأفعال تمارس دونما قيود تحد منها، فإن الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية⁽²⁾، قد

(1) في هذا الشأن يقول نبيل مصطفى خليل: إن هناك حقوقاً يعرف الجميع أن طبيعتها لا تقبل التقييد أو الإنقاص سواء على المستوى العالمي أو الإقليمي، وعدم قابلية بعض هذه الحقوق الأساسية للتقييد أو الإنقاص لم يعد حالياً مجرد اتجاه عقائدي بل هو إنجاز الحضارة الفائق، راجع مؤلفه: آليات الحماية الدولية لحقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005م، ص 80 وما بعدها.

(2) فعلى سبيل المثال، نصت المادة (26) من دستور الإمارات العربية المتحدة على أنه (... لا يعرض أي إنسان للتعذيب أو المعاملة الحاطة بالكرامة)، ونصت المادة (19 / د) من دستور البحرين على أنه (لا يعرض أي إنسان للتعذيب المادي أو المعنوي، أو للإغراء، أو للمعاملة الحاطة بالكرامة، ويحدد القانون عقاب من يفعل ذلك، كما يبطل كل قول أو اعتراف يثبت صدوره تحت وطأة التعذيب أو الإغراء أو لتلك المعاملة أو التهديد

سعت جاهدة من أجل حظرها، وسنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم التعذيب، وبيان صفة مرتكبه في (الفرع الأول) ثم تجريم استخدامه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم التعذيب وصفة مرتكبه

اختلفت الصيغ والأفكار التي تطرقت لمفهوم التعذيب كل حسب أسلوب تعبيره والركائز التي ينطلق منها، إلا أنها اجتمعت على النقطة التي تمثل صلب التعذيب، ألا وهي (الألم الجسدي والنفسي) الذي يلحق المحكوم عليه، ولما كان التعذيب عبارة عن سلوك ينتج عنه ألم بالمحكوم عليه، فإنه لا بد أن يكون هذا السلوك صادراً عن شخص ما، وقد اشترط القانون في مرتكبه صفة معينة،

=

بأي منها)، ونصت المادة (36) من الدستور القطري على أنه (... لا يعرض أي إنسان للتعذيب أو للمعاملة الحاطة بالكرامة، ويعتبر التعذيب جريمة يعاقب عليها القانون). ونصت المادة (3/28) من الدستور السوري على أنه: (لا يجوز تعذيب أحد جسدياً أو معنوياً أو معاملته معاملة مهينة، ويحدد القانون عقاب من يفعل ذلك)، ونصت المادة (18) من الدستور الصومالي على أن: (الإيذاء الجسماني أو المعنوي ضد أي شخص مفروض على حريته الشخصية أي قيد من القيود يعتبر جريمة تستوجب العقاب)، ونصت المادة (20) من النظام الأساسي لسلطنة عمان على أنه: (لا يعرض أي إنسان للتعذيب المادي أو المعنوي أو للإغواء أو للمعاملة الحاطة بالكرامة، ويحدد القانون عقاب من يفعل ذلك..)، ونصت المادة (31) من الدستور الكويتي على أن: (لا يعرض أي إنسان للتعذيب أو للمعاملة الحاطة بالكرامة)، ونصت المادة (34) من هذا الدستور على أن: (... يحظر إيذاء المتهم جسمانياً أو معنوياً)، ونصت المادة (42) من الدستور المصري على أن: (كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأي قيد يجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان، فلا يجوز إيذاؤه بدنياً أو معنوياً، كما لا يجوز حجزه أو حبسه في غير الأماكن الخاضعة لقوانين تنظيم السجون...)، نقلاً عن: سعدي محمد الخطيب، حقوق السجناء وفقاً للأحكام والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان والديساتير العرفية وقوانين أصول المحاكمات الجزائية والعقوبات وتنظيم السجون وحماية الأحداث، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ط1، 2010م، ص26 وما بعدها.

ولتوضيح ذلك يجب أولاً تحديد مفهوم التعذيب، وثانياً بيان صفة مرتكب التعذيب.

أولاً: مفهوم التعذيب

التعذيب لغة هو "العذاب، ويعني النكال والعقوبة"⁽¹⁾، وقد تطرقت عديد الاتفاقيات الدولية إضافة إلى الفقه الدولي لتعريف التعذيب.

وقد اعتبر التعذيب مصطلحاً عاماً يستعمل لوصف أي عملية تنزل آلاماً جسدية أو نفسية بإنسان ما وبصورة متعمدة ومنظمة كوسيلة لاستخراج معلومات، أو الحصول على اعتراف أو لغرض التخويف والترهيب، أو كشكل من أشكال العقوبة أو وسيلة للسيطرة على مجموعة معينة تشكل خطراً على السلطة المركزية. تستعمل التعذيب في بعض الحالات لفرض مجموعة من القيم والمعتقدات التي تعتبرها الجهة المعذبة قيماً أخلاقية⁽²⁾.

كما عرف النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (نظام روما) التعذيب بأنه "جريمة تقوم على إلحاق ألم شديد أو معاناة شديدة جسدياً أو عقلياً للحصول على معلومات أو اعترافات أو إنزال عقوبة أو الترويع أو الإكراه أو لأي سبب يعود لأي شكل من أشكال التمييز"⁽³⁾.

وقد عرفت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة في الحكم الصادر عن الدائرة الابتدائية في 26 فبراير 2001م في قضية المدعي العام ضد "داريو كوديتس" وماريو سركيز التعذيب بأنه (تعمد إحداث معاناة شديدة أو إلحاق أذى خطير بالجسم أو الصحة، وهذه الجريمة تشكل فعلاً أو امتناعاً متعمداً يتسبب

(1) ابن منظور، لسان العرب، مجلد 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003م، ص682.

(2) فرانسوا أبو شيه سولينيه، القاموس العالمي للقانون الإنساني، دار العلم للملايين، القاهرة، مصر، ط1، 2006م، ص206.

(3) القانون الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المادة (8) (2) (أ) (خ) و(ج) (1).

في آلام أو إصابات خطيرة عقلية أو بدنية، شريطة إثبات المستوى المطلوب من الآلام⁽¹⁾، ويتضح أن المحكمة الجنائية الدولية في تعريفها لجريمة التعذيب أخذت بنص المادة الثانية من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة.

وعرفت منظمة العفو الدولية التعذيب بأنه (توقيع آلام بصورة قصدية من طرف مرتكب التعذيب على ضحيته بهدف الوصول إلى غايته رغماً عن إرادة الشخص الضحية)⁽²⁾.

وعرفت الجمعية الطبية العالمية في بيان طوكيو لسنة 1975م التعذيب بأنه (يتمثل في الآلام الجسمية والنفسية المسلطة، وتكون مقصودة ومنظمة أو دون أي سبب ظاهر من طرف شخص أو عدة أشخاص قاموا بهذه الأعمال من تلقاء أنفسهم أو تنفيذاً لأوامر تلقوها وللحصول على معلومات أو اعترافات أو تعامل من طرف الضحية أو لأي سبب آخر)⁽³⁾.

أما اتفاقية مناهضة التعذيب لسنة 1984م فقد عرفت التعذيب في المادة الأولى منها بأنه (أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد، جسدياً كان أو عقلياً، يلحق عمداً بشخص ما، بقصد الحصول من هذا الشخص أو من شخص ثالث على معلومات أو على اعتراف، أو معاقبته على عمل ارتكبه، أو يشتبه في أنه ارتكبه هو أو شخص ثالث، أو تخويله أو إرغامه هو أو شخص ثالث وعندما يلحق هذا الألم أو العذاب به لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أياً كان نوعه أو يحرض عليه، أو يوافق عليه أو سكت عنه موظف رسمي أو شخص

(1) النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا، مادة (2).

(2) علي الزمالي، مناهضة التعذيب، مذكرة للحصول على الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، غير منشورة، 2004م-2005م، ص4.

(3) ميثاق طوكيو، الجمعية الطبية العالمية لعام 1975م، منظمة العفو الدولية، الأطباء

والتعذيب بين المشاركة والصمود، طبع بفرع تونس، ط3، ص159.

ثالث يتصرف بصفته الرسمية ولا يتضمن ذلك الألم العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية أو الملازم لهذه العقوبات أو الذي يكون نتيجة عرضية لها). يستفاد من هذا النص أن واضعي الاتفاقية قصروا ارتكاب جريمة التعذيب على الموظف صاحب الصفة الرسمية، إلا أنه أثناء النزاعات المسلحة الدولية أو غير الدولية قد يرتكبها غير الموظف الرسمي، فهذه الاتفاقية استندت إليها المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة في أحكامها باعتبارها تدرج في إطار القواعد العرفية الدولية لذلك فهي تشكل قواعد دولية يمكن الاستناد إليها مع قواعد القانون الدولي الإنساني⁽¹⁾.

وتعتبر اتفاقية مناهضة التعذيب لسنة 1984م تنوياً لمجهودات الأمم المتحدة في مناهضة التعذيب بعد إصدارها إعلان مناهضة التعذيب سنة 1975م، الذي عرف التعذيب بأنه (أي عمل ينتج عنه ألم أو عناء شديد، جسدياً كان أو عقلياً، يتم إلحاقه عمدًا بشخص ما، بفعل أحد الموظفين العموميين أو بتحريض منه، لأغراض مثل الحصول من هذا الشخص أو من شخص آخر على معلومات أو اعتراف، أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه أو تخويله أو تخويف أشخاص آخرين، ولا يشمل التعذيب الألم أو العناء الذي يكون ناشئاً عن مجرد جزاءات مشروعة أو ملازماً لها أو مترتباً عليها في حدود تمشي ذلك مع القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء)⁽²⁾.

(1) كنوت دورمان، اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية، أركان جرائم الحرب، تقديم: أحمد فتحي سرور، القانون الدولي الإنساني، التحقيق على الصعيد الوطني، ط1، 2003م، دار المستقبل العربي، د. م، ص499.

(2) إعلان الجمعية العامة، قرار رقم 2453 لسنة 1975م، مجموعة حقوق الإنسان صكوك الدولية، المجلد 1، الجزء الأول، الأمم المتحدة 1993م، نيويورك.

يرى بعض الفقهاء أن هذا الإعلان أشمل من اتفاقية مناهضة التعذيب لسنة 1984م فيما يتعلق بالغاية أو المأرب من التعذيب⁽¹⁾، كما لم يربط وجود جريمة التعذيب بالموظف ذي الصفة الرسمية وإنما أتى في صيغة مطلقة، في حين أن الاتفاقية قصرت فعل التعذيب على الموظف الرسمي.

وتري اللجنة الدولية للصليب الأحمر المنظمة أن هناك جانبين للتعذيب: أحدهما نفسي، والآخر بدني، ولا يمكن فصل أحدهما عن الآخر، وأن التعذيب ينطوي على عنصر ذي دلالة ثقافية⁽²⁾.

هذا عن تعريف التعذيب لدى المنظمات الدولية وفي الاتفاقيات الدولية، أما في الفقه، فقد تطرق العديد من الفقهاء إلى تحديد تعريف للتعذيب، لعل أهمها أن (التعذيب بمفهومه الدقيق ينطوي على قدر من الجسامة والخطورة، بحيث يلغي من يمارسه كافة اعتبارات الإنسانية والاحترام الواجب لآدمية الإنسان حين يقوم بممارسة هذه الأفعال)⁽³⁾.

أما المشرع الليبي فلم يعرف التعذيب، ولم يشترط له درجة معينة من الجسامة، وبذلك فالأمر متروك لتقدير قاضي الموضوع، ويتبين ذلك من خلال ما نصت عليه المادة 435 ق.ع.ل والمعنونة كالاتي "تعذيب المسجونين".

وفي السياق نفسه لم يعرف المشرع المصري التعذيب ولم يشترط له درجة معينة من الجسامة، والأمر في ذلك متروك لتقدير محكمة الموضوع، وقد تصدت محكمة جنابات طنطا لتحديد مفهوم التعذيب المقصود بالمادة 126 ق.ع.

(1) حسن سعد، سند الحماية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط2، 2004م، ص352.

(2) اللجنة الدولية للصليب الأحمر، عمل اللجنة الدولية للصليب الأحمر لصالح السجناء، مطبوعات اللجنة الدولية، جنيف، ص21.

(3) عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، د. ط، 2004م.

م على رأسها (أنه الإيذاء القاسي العنيف الذي يفعل فعله ويفت من عزيمة
المعذب، فيحمله على قبول الإدلاء بالاعتراف للخلاص منه)⁽¹⁾.

وانطلاقاً من هذه التعريفات، فإن التعذيب يتخذ صورتين: إحداها بدنية،
والأخرى نفسية، الأولى تتمثل في التعذيب المادي، والثانية تتمثل في التعذيب
المعنوي، وبالتالي فإن التعذيب يتجسد في الآلام والمعاناة التي تلحق الفرد أو
الجماعة لغرض محدد.

ثانياً: صفة مرتكب التعذيب

اشتراط المشرع الليبي لوقوع جريمة التعذيب، أن يقوم به
موظف عمومي وهذا ما نصت عليه المادة 435 ق.ع. ل المعنونة "تعذيب
المسجونين" التي تنص على أن (كل موظف عمومي يأمر بتعذيب المتهمين أو
يعذبهم بنفسه...).

وقد عرف المشرع الليبي الموظف العام في المادة 4/16 ق.ع. ل بأنه
(كل من أنيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة أو الولايات أو الهيئات العامة
الأخرى، سواء كان موظفاً أو مستخدماً دائماً أو مؤقتاً، براتب أو بدونه، ويدخل
في ذلك محررو العقود والأعضاء المساعدون في المحاكم والمحكمون والخبراء
والترجمة والشهود أثناء قيامهم بواجباتهم).

ويلزم أن يصدر من الموظف العمومي أحد أمرين: إما فعل التعذيب
الذي يقع مباشرة من الموظف العمومي، وإما الأمر به، أي أن يكلف شخصاً
آخر بالقيام بفعل التعذيب، وفي كلتا الحالتين يعتبر الموظف العمومي فاعلاً
أصلياً في جريمة التعذيب وليس شريكاً.

(1) محكمة جنايات طنطا في 1927.7.28م، المجموعة الرسمية، ص28، رقم 115، مشار

إليه لدى بهاء الدين إبراهيم، عصمت عدلي، طارق إبراهيم الدسوقي، حقوق الإنسان بين

التشريع والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005م، ص354.

وما تجدر ملاحظته أن الموظف العمومي في جريمة التعذيب لا يهدر بسلوكه الإجرامي مصلحة قانونية واحدة تتمثل في حق الشخص في سلامة جسمه وعدم المساس بكرامته الإنسانية، بل يهدر أيضاً مصالح أخرى كمصلحة العدالة التي تتمثل في حماية حرية المتهم وصون اعترافه من الإكراه المادي والمعنوي، ومصلحة الإدارة التي تتمثل في عدم تعدي الموظف العمومي حدود وظيفته، وذلك بتعذيب المشتبه فيه أو المتهم أو السجين.

وعلى الرغم من تعدد المصالح القانونية التي تتعرض للعدوان بسبب سلوك الموظف العمومي في جريمة التعذيب فإنه مما لا شك فيه أن المصلحة الغالبة من بين تلك المصالح هي مصلحة الشخص في سلامة جسمه، وعدم الاعتداء على كرامته الإنسانية، والأمر بالتعذيب من قبل الموظف العمومي يتخذ شكلين، فقد يكون إيجابياً أو سلبياً، فبالنسبة لشكل الأمر بالتعذيب الإيجابي فأصداره يكون كافياً لقيام هذا النوع من الأمر، إذ لا يشترط أن يكون الأمر في شكل معين، قد يصدر الأمر صريحاً مباشرة، وقد يكون ضمناً وذلك بالإشارة إلى علامة متفق عليها مسبقاً⁽¹⁾.

كما يتحقق التعذيب عن طريق الإذن بالتعذيب، وهو أن المرؤوس يبادر ويقترح على الرئيس أن يقوم بفعل التعذيب، فيعبر الرئيس عن عدم اعتراضه أو موافقته، وفي هذه الحالة فالأمر بالتعذيب يصدر بشكل إيجابي أيضاً⁽²⁾.

أما شكل الأمر بالتعذيب السلبي فالرئيس لم يعد مضطراً لإصدار الأمر بل إنه يعبر عن موافقته لممارسات التعذيب بمجرد عدم الاعتراض على

(1) منية بنت عبد الله ورغي، التعذيب وآليات مناهضته في القانون الجنائي التونسي والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة المرقب، تزهونة، 2008 - 2009م، ص 82 وما بعدها.

(2) حياة عباس، " التعذيب بين الواقع والقانون"، مذكرة للحصول على شهادة الدراسات المعمقة في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1991م-1992م، ص 124.

الاعتداءات الواقعة على جسد المجني عليه، وكنتيجة مترتبة على هذه الأفعال المجرمة، قرر المشرع الليبي معاقبة الموظف العام في المادة 435 عقوبات سألقة الذكر، "بالسجن من ثلاث سنوات إلى عشر".

وبالرغم من هذا الموقف الذي يحمد للمشرع الليبي، فإنه يؤخذ عليه عدم تعريفه للتعذيب وعدم تحديده للأفعال التي تعتبر تعذيباً وبذلك يبقى النص غامضاً، فلمن يعود تقدير فعل ما بأنه تعذيب أم أنه ليس كذلك؟ هل تعود المسألة للسلطة التقديرية للقاضي؟ كما لم يذكر الغاية أو الهدف من التعذيب حتى يمكن تمييزه عن أفعال مشابهة أخرى، وقصر فعل التعذيب على الموظف العمومي فقط إذا أمر به أو قام بالعمل بنفسه.

الفرع الثاني: حظر التعذيب

سعيًا وراء الرقي بالمعاملة الإنسانية وبعيداً عن المساس بقيمة الفرد الإنسان واحتراماً لها وهي متجسدة في ذات المحكوم عليه، ظهر إلى حيز الوجود العديد من الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية التي تحظر التعذيب باعتباره من أبرز أساليب المساس بالقيمة الإنسانية للفرد، الأمر الذي يستلزم البحث في تجريم استخدام التعذيب وفقاً للقواعد العامة (أولاً)، وفي تجريم استخدام التعذيب وفق الأحكام الخاصة (ثانياً).

أولاً: تجريم استخدام التعذيب طبقاً للقواعد العامة (في المواثيق الدولية)

أ – الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

يعتبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 1948م أول وثيقة دولية تهتم بحقوق الإنسان، وتهدف إلى ضمان وتعزيز الاحترام والمراعاة العالميين لحقوق الإنسان وحرياته⁽¹⁾. ولن يتم هذا الاحترام إلا بصيانة كرامة الإنسان والحفاظ على سلامته البدنية والعقلية، وهكذا قرر

(1) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

الإعلان في مادته الخامسة أنه (لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة). والمتمتع في هذا النص يستنتج المنع المطلق للتعذيب، بحيث لا يمكن لأي أحد أن يستخدمه لتحقيق: أغراض معينة، ويمكن الاستناد لهذا الإعلان في زمن السلم والحرب، فالحظر حسب النص حظر مطلق.

غير أن هذا الإعلان يطرح تساؤلاً جوهرياً حول القوة الملزمة للقواعد والمبادئ التي يتضمنها؛ فمن جهة ليس للإعلان أي قيمة قانونية ملزمة للدول، ويبقى مجرد توصية صادرة عن الجمعية العامة، ويسمى "بالقانون اللين" أو "القانون المتساهل"⁽¹⁾ وهي قيمة معنوية وأخلاقية وغير ملزمة، باعتباره لا يرقى إلى درجة قواعد القانون الدولي الملزمة.

يضم الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مجموعة من المبادئ، كالحق في الحياة وصيانة الذات البشرية من التعذيب ومبادئ أخرى تُعنى بحماية حقوق الإنسان، ولذلك فإنه حرّياً بالمجتمع الدولي الالتزام بهذه المبادئ والقواعد التي تتأنتى قيمتها القانونية من كونها قواعد أو مبادئ ذات قيمة عرفية، بل قد تكون قواعد أمرية⁽²⁾. وترى منظمة العفو الدولية أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

(1) القانون اللين، SOFTLAW.

(2) في حين يرى شارك مالك رئيس المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة العربي الوحيد الذي شارك في إعداد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في رده علي الدين لا مأخذ الجد التزام الدول باحترام الإعلان أنه إذا (استهزأ المشككون بقرار قيمته أنه توصية للدول الأعضاء فليتذكروا أن قرار تقسيم فلسطين كان أيضا توصية من قبل الهيئة العامة، وإذا يتمتع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بنفس القيمة القانونية التي يتمتع بها قرار 29 نوفمبر 1947م بتقسيم فلسطين وإذا وجد قرار 29 نوفمبر قوى عالمية دفعته شوطاً بعيداً نحو التنفيذ، أفلا يمكن أن تعباً إرادات أمام الانتقادات التي وجهت للإعلان وأمام انتهاكات مازالت تمارس في حق الفرد). علي ضوي القانون الدولي العام، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، ط2، سنة 2005م، ص376.

يشكل صكاً مرجعياً رفيعاً ينطبق على جميع الدول، لأنه أصبح مرجعاً للمعاهدات الدولية الهادفة لحماية حقوق الإنسان وللعديد من الدساتير الوطنية.

ب - العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م.

اعتمد من قبل الجمعية العامة عام 1966م ودخل حيز النفاذ في 23 مارس 1966م. ولما كان التعذيب من أبشع مظاهر انتهاك حقوق الإنسان فقد نص في مادته السابعة على أنه (لا يجوز إخضاع أي شخص للتعذيب ولا لعقوبات أو معاملة وحشية لا إنسانية، أو حاطة من قدره، ويمنع خاصة إخضاع أي شخص دون رضاه الحر لاختبار طبي أو علمي معين). وبهذا النص فإن هذا العهد حظر التعذيب حظراً تاماً، بالإضافة إلى أن هذا العهد يسري في كل الأوقات في السلم والحرب، غير أنه تضمن أحكاماً استثنائية وهي حالة الطوارئ، ولكن هذا القيد لا يكون إلا في الإطار الضيق ويشترط أن تكون هذه الإجراءات متوافقة مع الموجبات الأخرى التي يفرضها القانون الدولي⁽¹⁾.

ونصت المادة (2/4) على أن التقييد أو الاستثناء لا يشمل بعض نصوص العهد، ومنها المادة 7 التي تحظر التعذيب، وعليه فإن تحريم التعذيب يسري في السلم والحرب والاضطرابات.

ج - اتفاقية حقوق الطفل:

نصت المادة 37 من اتفاقية حقوق الطفل على (ألا يعرض أي طفل للتعذيب أو لغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة).

وشدّدت هذه الاتفاقية على التزام الدول الأطراف باحترام قواعد القانون الدولي الإنساني المنطبقة عليها في النزاعات المسلحة وذات الصلة بالطفل وأن تضمن هذه القواعد⁽²⁾ وأقرت بعض التدابير الوقائية لضمان حماية ورعاية

(1) العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، مادة (4) فقرة (1).

(2) اتفاقية حقوق الطفل، مادة (1/38).

الأطفال المتأثرين بنزاع مسلح بالفقرة الرابعة من المادة 38 ويكون ذلك بالتزام الدول بموجبات القانون الدولي الإنساني بحماية المدنيين.

إن الطفل يمثل حالة خاصة نظراً للاحتياجات التي يتطلبها بالإضافة إلى أن درجة تحمله للآلام والمعاناة التي يتسبب فيها التعذيب وغيرها من المعاملات القاسية ليست بالدرجة التي يتحملها الكبار، الأمر الذي يفرض على المتحاربين توفير حماية أكبر للأطفال.

د - اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام 1984م:

قد نصت المادة (1/2) من هذه الاتفاقية على أن (تتخذ كل دولة طرف إجراءات تشريعية، إدارية وقضائية وغيرها من الإجراءات لمنع اقرار أعمال التعذيب)، وأكدت الاتفاقية أنه لا يمكن اتخاذ أي ظرف استثنائي كالحرب أو التهديد بالحرب أو احتمال وقوع خطر كالاضطرابات الداخلية لتبرير أفعال التعذيب⁽¹⁾ ونصت الفقرة الثالثة من المادة (2) على أنه: (لا يمكن التذرع بأمر سلطة أعلى لتبرير أفعال التعذيب) فالمساءلة القانونية والقضائية توجه للقائم بأفعال التعذيب حتى ولو أمر من قبل رئيسه والذي بدوره يكون محلاً للتنبع القضائي، كما اعتبرت الاتفاقية أن تسليم أي شخص لدولة أخرى يعتقد أنها ستقوم بتعذيبه هو مخالف لأحكام الاتفاقية⁽²⁾.

كما تعهدت الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بتجريم جميع أعمال التعذيب، أو محاولة ممارسة التعذيب أو المشاركة في عمل التعذيب.⁽³⁾ ولتعزيز الحماية من التعذيب أقرت الاتفاقية بالمادة (2/4) توقيع العقوبات اللازمة على مرتكبي جريمة التعذيب.

(1) اتفاقية مناهضة التعذيب، مادة (2/1).

(2) اتفاقية مناهضة التعذيب، مادة (2/3).

(3) اتفاقية مناهضة التعذيب، مادة (2/4).

مما لا شك فيه أن هذه الاتفاقية ملزمة لجميع الأطراف، واعتمدها المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا باعتبارها أصبحت من القواعد العرفية الدولية لحقوق الإنسان.

هـ - إعلان مناهضة التعذيب 9 ديسمبر 1975م:

عرّف هذا الإعلان التعذيب في مادته الأولى، ثم آدان التعذيب بوصفه إنكاراً لمقاصد ميثاق الأمم المتحدة وانتهاكاً لحقوق الإنسان والحريات الأساسية المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان "في المادة الثانية" وأيضاً شدّد في "مادته الثالثة" على عدم السماح بالتعذيب لأي دولة في الظروف الاستثنائية، مثل حالة الحرب أو خطر الحروب واتخاذها ذريعة لتبرير التعذيب.

و - الميثاق العربي لحقوق الإنسان:

تضمن الميثاق العربي لحقوق الإنسان حظراً لأي ممارسة لأفعال التعذيب؛ إذ شدّد بالمادة (1/8) على منع التعذيب، واعتبره جريمة لا تسقط بالتقادم⁽¹⁾ كما يمكن ملاحقة مرتكبه مهما تقادم الزمن والهدف من ذلك الحماية من التعذيب مستقبلياً ورد الاعتبار لمن مورس ضدهم التعذيب.

ز - الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان:

أكد الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان في المادة 5 منه على حماية الإنسان من أفعال التعذيب، حيث جاء بها (لكل فرد الحق في احترام كرامته الملازمة للشخص البشري وبالاعتراف بشخصيته القانونية، وحظرت كل أشكال الاستغلال والإذلال للإنسان ولاسيماً العبودية وتجارة الرقيق والتعذيب الجسدي والمعنوي والعقوبات أو المعاملة الوحشية اللاإنسانية أو المذلة..).

قد حرّم الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان أفعال التعذيب تحريماً قاطعاً، وقررت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان منع التعذيب بالمادة الثالثة حيث

(1) الميثاق العربي لحقوق الإنسان، مادة (2/1).

نصت على أنه (لا يجوز إخضاع أي كان للتعذيب ولا لعقوبات أو معاملة لا إنسانية أو مذلة).

وأيضاً شددت معاهدة حقوق الإنسان الأمريكية على حظر التعذيب واعتباره انتهاكاً لحقوق الإنسان وذلك بالمادة الخامسة من الاتفاقية كما أقرت مجموعة من التدابير والإجراءات لقمع مرتكبي أفعال التعذيب على النطاق الأمريكي، وتجدر الإشارة إلى وجود اتفاقيات إقليمية متخصصة في الحماية من التعذيب.

حيث أكدت الاتفاقية الأوروبية لمناهضة التعذيب في المادة 30 على أنه: (لا يجوز إخضاع أي أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة غير الإنسانية أو المهينة للكرامة). كما كرست العديد من التدابير للحماية والوقاية من التعذيب.

كما أقرت اتفاقية الدول الأمريكية لمنع التعذيب والمعاقبة عليه الولاية القضائية الشاملة على التعذيب بين الدول الأطراف في منطقة الأمريكيتين، وحددت مجموعة من التدابير المتعلقة بمنعه والتحقيق فيه وتقديم المسؤولين عن ارتكابه إلى القضاء ومنح تعويضات إلى الضحايا.

إن تعدد المعاهدات الدولية التي تمنع التعذيب يؤكد إجماع المجتمع الدولي على خطورة هذه الجريمة النكراء، ويتجلى هذا الخطر خصوصاً في القانون الدولي لحقوق الإنسان الذي يكرس الحماية من التعذيب في زمن السلم وفي وقت الحرب من خلال مجموعة من التدابير الوقائية والعقابية التي تحد من استخدام التعذيب.

والخلاصة أن القانون الدولي يحظر التعذيب بشكل قاطع، وذلك بموجب ميثاق الأمم المتحدة من خلال تحريمه لاستخدام القوة المسلحة في العلاقات الدولية وبموجب اتفاقيات جنيف لعام 1949م والبروتوكولين الإضافيين لسنة 1977م التي تشكل قواعد القانون الدولي الإنساني علاوة على منعه بمقتضى القانون الدولي لحقوق الإنسان وغايتها هي حفظ وصيانة إنسانية الإنسان، وحماية حياته وسلامته الجسدية والعقلية ولذلك فإن اتفاقيات حقوق الإنسان

تسري جنباً إلى جنب مع القانون الدولي الإنساني وتعتبر قواعد القانونين ملزمة لجميع الدول الأطراف باعتبارها قواعد أمر، إضافة إلى كونها قواعد تهم حقوق الإنسان لا يمكن مخالفتها.

صفوة القول أن الجهود لم تقف عند هذا الحد، بل أرادت أن تخصص ما هو عام فانتقلت من المبادئ العامة إلى الأحكام الخاصة.

ثانياً: حظر استخدام التعذيب طبقاً للأحكام الخاصة

" يعد حق الكرامة الإنسانية من الحقوق الأساسية للإنسان، وهي تتجسد في كل ما يتصل بقيمة الإنسان في وجوده المادي والمعنوي والعقلي، وإن كان البشر مختلفين في تكوينهم النفسي والاجتماعي،.. إلا أن صفة التكريم تظل ملازمة للوجود الإنساني، ودونما الحاجة إلى البحث في معيارية التحديد للكرامة الإنسانية، فأى مساس أو أي اعتداء على كرامة الإنسان، يعدّ "تعذيباً" وهو مجرم فضلاً عن أنه محرّم"⁽¹⁾.

ولعل جل الاتفاقيات سعت في إطار حمايتها لحقوق الإنسان إلى مناهضة التعذيب بكل أشكاله التقليدية والمستحدثة، حيث حرمت هذا الوباء العالمي، وحددت الأفعال المكونة لجريمة التعذيب، إلا أن الاتفاقيات الدولية لوحدها تبقى قاصرة على تحقيق: هذه الحماية الناجمة ضد التعذيب إن لم يعاضدها مجهود داخلي للدول، وفي هذا الإطار حثت اتفاقية مناهضة التعذيب الدول على تجريم التعذيب في صلب قوانينها الداخلية، وأن تتخذ الإجراءات المناسبة لذلك على مستوى القواعد الموضوعية والإجرائية.

ثالثاً: تجريم التعذيب على مستوى القواعد الجنائية الموضوعية

تنص المادة الرابعة من اتفاقية مناهضة التعذيب، (على أن تضمن كل دولة طرف أن تكون جميع أعمال التعذيب جرائم بموجب قانونها الجنائي).

(1) ميلود المهدي، محاضرات في حقوق الإنسان، ج2، دار الرواد، طرابلس، ليبيا، ط1،

وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة أنه: (تجعل كل دولة طرف هذه الجرائم مستوجبة للعقاب بعقوبات مناسبة، تأخذ في الاعتبار طبيعتها الخطيرة...).

ويكون التجريم بالنص في صلب القانون الداخلي، على أن التعذيب جريمة معاقب عليها، وعلى أن يقع ضبط مختلف الأركان الضرورية لاكتمال الجريمة، وتمييزها عن بقية الأفعال التي تكون مكونة لجرائم أخرى، مثل الاعتداء بالعنف أو التعدي على الحرية الذاتية دون موجب.

قد يتبادر للذهن أن نص العديد من الدول على تجريم التعذيب جاء بالضرورة إثر مصادقتها على اتفاقية مناهضة التعذيب، ولكن الأمر على العكس من ذلك، فقد تضمنت بعض الدساتير الصادرة بتاريخ سابق تجريماً للتعذيب، ولعل ذلك كان من الأساس تماشياً إما مع مقتضيات المادة الخامسة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وإما استجابة لأحكام المادة السابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

وفي هذا الإطار منع المشرع الليبي التعذيب⁽¹⁾. فوفقاً لقانون العقوبات يعد التعذيب جنائية معاقبا "عليها بالسجن من ثلاث سنوات إلى عشر (المادة 435 ق.ع.ل) سالفه الذكر، كما جرم قانون العقوبات قبض الموظفين العموميين على الناس بدون حق.

(1) هناك دول صادقت على الاتفاقية، إلا أنها تنص في قانونها الداخلي على تجريم التعذيب، من ذلك القانون البيروني مثلاً قبل 1998م، مما حدا ببلجنة مناهضة التعذيب إلى الإيحاء بتعريف التعذيب كجرم مستقل يعاقب عليه بالعقوبة المناسبة لخطورته، كما شددت لجنة الأمم المتحدة من ناحيتها على أنه بموجب المادة الرابعة من الاتفاقية، فإنه يتوجب جعل أعمال التعذيب جريمة بمقتضى القانون الجنائي الوطني، كما أوصى المقرر الخاص المعني بالتعذيب بتعيين التعذيب وتعريفه في التشريع الوطني باعتباره جريمة محددة في غاية الخطورة تقرير المقرر الخاص المعني بالتعذيب للجلسة 56 للجمعية العامة للأمم المتحدة، فبراير 2001م، الفقرة 39.

يتضح مما تقدم أن القانون الجنائي الموضوعي حظر التعذيب بنصوص صريحة، حيث جرمه وقرر معاقبة مرتكبه. وللقانون الجنائي الإجرائي أيضاً دور داعم لحريات الأفراد ولعدم تعرضهم للتعذيب.

رابعاً: حظر التعذيب وفقاً للقواعد الإجرائية

مما لا شك فيه أن القواعد الجنائية الإجرائية هي تفعيل للقواعد الجنائية الموضوعية، ونظراً لأهمية تجريم التعذيب، يستوجب أن تلعب القواعد الجنائية الإجرائية دورها في اجتناب هذه الآفة والقضاء عليها، خاصة أن أفعال التعذيب ترتكب بشكل أكثر حدة ضد المتهمين للحصول منهم على الاعتراف أو على معلومات أو غير ذلك من طرف المكلفين بتطبيق القوانين بمناسبة الاعتقال والاستجواب.

لذلك نص المبدأ (21) من مجموعة المبادئ المتعلقة بالاعتقال على أن: (يحظر استغلال حالة الشخص المحتجز أو المسجون استغلالاً غير لائق بغرض انتزاع اعتراف منه، أو إرغامه على تجريم نفسه بأيّة طريقة أخرى، أو الشهادة ضد أي شخص آخر، كما لا يعرض أي شخص محتجز أثناء الاستجواب للعنف أو التهديد أو لأساليب استجواب، تنال من قدرته على اتخاذ القرارات أو من حكمه على الأمور)⁽¹⁾.

كما أوصت لجنة مناهضة التعذيب في السياق نفسه باعتماد تدابير تشريعية، تمنح المشتبه بهم الحق في التزام الصمت، والحق في الفحص الطبي فور اعتقالهم أو بعد كل جلسة من جلسات الاستجواب، وقبل مثلهم أمام قاضي التحقيق أو قبل الإفراج عنهم⁽²⁾.

كما أوصى المقرر الخاص المعني بالتعذيب، بأنه (ينبغي للأحكام القانونية أن تكفل منح المحتجزين إمكانية الحصول على خدمات محام في

(1) تقرير لجنة مناهضة التعذيب، مرجع سابق، ص 22.

(2) تقرير المقرر الخاص المعني بالتعذيب، مرجع سابق ذكره، الفقرة 39 (9).

غضون 24 ساعة من عملية الاحتجاز⁽¹⁾. وبذلك يجب استبعاد الاعتراف المنتزع تحت التعذيب وعدم الاعتداد به، وهو ما نصت عليه المادة 15 من اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب.

وكما هو الحال على المستوى الدولي، اهتم المشرعون في مختلف الدول بإرساء مبادئ وقواعد إجرائية تحول دون المساس بحقوق المتهمين في عدم تعريضهم للتعذيب بمناسبة اتخاذ إجراءات الملاحقة الجنائية أو التحقيق في مواجهتهم، من ذلك ما تضمنه الدستور المصري في مادته الثانية والأربعين التي تنص على أن (كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأي قيد، تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان، ولا يجوز إيذاؤه بدنياً أو معنوياً، كما لا يجوز حبسه أو حجزه في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون).

إن التزام الدول بهذه القوانين يضمنه استعراض منظم لما اتخذته من إجراءات تنظيم التعامل مع السجناء والمتهمين، من شأن هذا الاستعراض تمكين منفذي القانون من معرفة ضوابط عملهم، حتى لا يتجاوزوا إلى الانتهاكات، وتمكين الأفراد حتى يعلموا مالهم من حقوق، فيعارضون الممارسات اللا مشروعة، فعلى الدول إذن ضبط مراجعة دائمة لقواعد وإجراءات التعامل مع الأفراد في أي مرحلة من مراحل الدعوى، حتى لا تتخلل هذه الإجراءات أي انتهاكات لحرمة الفرد وإنسانيته، وحتى لا يسمح لمنفذي هذه القواعد أن يمارسوا التعذيب.

كما لاحظت لجنة حقوق الإنسان "أن الإبقاء على مراجعة منهجية لقواعد الاستجواب والتعليمات والأساليب والممارسات المتعلقة به، وكذلك للترتيبات المتعلقة باحتجاز الأشخاص الخاضعين لأي شكل من أشكال الاعتقال

(1) تقرير المقرر الخاص المعني بالتعذيب، مرجع سابق، الفقرة (39 / و).

أو الاحتجاز أو السجن، يشكل وسيلة فعالة لمنع وقوع حالات التعذيب وإساءة المعاملة⁽¹⁾.

المطلب الثاني

حظر استخدام القسوة ضد المحكوم عليهم

إذا كانت عملية الإصلاح والتأهيل تقتضي دائماً القيام بأعمال إيجابية، فإن حظر استخدام القسوة ضد السجنين هو من الأعمال السلبية التي تطبع علاقة السجنين بالمؤسسة العقابية، فقد نصت جميع الصكوك الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان على أنه: (لا يجوز تعريض أي شخص للتعذيب أو المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة)⁽²⁾.

وإذا كان هذا الحق مطلقاً وغير قابل للانتقاص منه بالنسبة لكل إنسان فإنه شديد الأهمية بالنسبة للأشخاص المحرومين من الحرية.

ذلك أن العنف لا يرجى معه تقويم سلوك السجنين وإنما قد يؤدي إلى إذكاء عدوانيته تجاه غيره، وعدم تقبله لبرنامج التأهيل، بينما ترسم السياسة العقابية الحديثة أهدافاً ترمي إلى العمل على تقليص الظروف التي يمكن أن تقوم بين حياة السجن والحياة الحرة⁽³⁾، ولا يمكن تحقيق: تلك الأهداف إلا بتتمية حس المسؤولية لدى السجناء بوسائل عملية تضمن الاحترام الواجب لكرامتهم البشرية. لذلك فإن أي أسلوب أو محاولة تسعى لإصلاح المحكوم عليه، يجب أن تكون داخل أطر الكرامة الإنسانية، فلا تهدرها أو تنقص منها، مهما كانت الغاية المرجوة من وراء استخدامه، ولذلك فقد حظرت الاتفاقيات الدولية القسوة

(1) لجنة حقوق الإنسان، نقابة المحامين، طرابلس، ليبيا، 1998م، فقرة (11).

(2) المادة (4/10) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، تراجع أيضاً الفقرة 5 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

(3) سوسن حامي، تأهيل السجنين، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، تونس، تونس، 2005م-2006م، ص33.

باعتبارها أسلوباً لهدر كرامة الإنسان أو الانتقاص منها، فهو أمر تنبذه الطبيعة البشرية السوية..

واستناداً إلى هذا الحظر وجب التطرق إلى مفهوم القسوة والعقبات التي تعترض منع استخدامها (فرع أول) ثم إلى بيان صور القسوة (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: مفهوم القسوة والعقبات التي تعترض منع استخدامها

نظراً للارتباط والشبه الكبير بين الأساليب العنيفة التي توجه ضد المحكوم عليه أحياناً، والتي تشكل مساساً بشعوره الإنساني، فإنه كان من الضروري أن نوضح بشيء من التفصيل (أولاً) مفهوم القسوة (وثانياً) العقبات التي تعترض منع استخدامها.

أولاً: مفهوم القسوة في المعاملة العقابية:

لم تتعرض القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء لتعريف مفهوم القسوة، بل منعت بصفة عامة العقوبة الجسدية والعقوبة بالوضع في زنزانة مظلمة وأية عقوبة قاسية أو لا إنسانية⁽¹⁾.

طبقاً لما قضت به القاعدة 31 من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء (يجب تحريم العقوبة البدنية والعقاب بالوضع في زنزانة مظلمة وكل العقوبات القاسية اللاإنسانية أو المهذرة للأدمية تحريماً تاماً كجزاءات تأديبية). كما منعت أغلب الاتفاقيات الدولية كالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م في مادته السابعة، واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، تعرض أي شخص للتعذيب أو لمعاملة قاسية.

(1) بسمة الفضلاوي، حقوق السجين، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة بكلية العلوم

القانونية، تونس، 1995م-1996م، ص 31.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن التعذيب يختلف عن القسوة وعن المعاملة غير الإنسانية، وقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم (3452) الصادر في 1 ديسمبر 1975م، والذي عرف التعذيب بأنه: (فعل يشكل معاملة أو عقاباً قاسياً أو غير إنساني مقصود يتسم بالجسامة ومن شأنه إذلال المجني عليه).

في حين أن القسوة هي (كل إيذاء قد يصيب الإنسان، ويمكن أن يكون إيذاءً جسدياً أو معنوياً)، فالاختلاف بين الإيذاء والتعذيب لا يتصل بالمضمون، إنما بالدرجة، فإذا كان الإيذاء شديداً يصبح تعذيباً، وإذا لم يصل إلى تلك الدرجة يصبح نوعاً من أنواع استعمال القسوة⁽¹⁾.

وقد عرضت على المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في 17 مارس 1978م دعوى رفعها عدد من المتهمين الذين ينتمون إلى إيرلندا الشمالية ضد بريطانيا بسبب تعرضهم أثناء التحقيق لصور من المعاملة اعتبروها نوعاً من التعذيب، وكان من صور هذه المعاملة تعرض المتهمين لخمسة أساليب من القسوة والتي اشتملت على الإجبار على الوقوف، وضع أكياس على الرأس، التعرض لأصوات مزعجة، الحرمان من النوم، الحرمان من الطعام، فقررت المحكمة بأن الأساليب الخمسة عند استخدامها معاً، فإنها تقع في خانة المعاملة اللاإنسانية والتي تشكل انحطاطاً بالكرامة، ورفضت المحكمة اعتبار هذه الأساليب نوعاً من التعذيب.

ثانياً: العقوبات القانونية التي تعترض منع استخدام القوة:

كان من نتائج الفصل بين السلطات، أن تبنت بعض الدول التي تتبع نظام التفريق بين القضاء العادي والقضاء الإداري، موقفاً يتمثل في عدم التدخل في أعمال الإدارة الداخلية.

(1) عبد العزيز سرحان، "الإطار القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي الجنائي"،

دار الهناء للطباعة، د. م، د. ط، 1987م، ص 242.

فليس من اختصاص القاضي العادي الفصل في المنازعات المتعلقة بأعمال الإدارة، وحتى القضاء الإداري ولئن اختص بإلغاء القرارات الإدارية والتعويض عنها، فإنه ليس من صلاحياته إصدار أوامر إلى الإدارة العقابية لمنع استخدام القسوة أو لتعديل ظروف معينة داخل السجن⁽¹⁾.

أما بالنسبة للقانون الأنجلو سكسوني الذي لا يتبنى نظام التفريق، فإنه يسمح للمحكمة أن تصدر أوامر إلى الإدارة العقابية، كما سار على ذلك القضاء الأمريكي بأن أمر إدارة السجن بتغيير بعض الظروف حتى تتماشى مع القانون والدستور⁽²⁾.

إن طبيعة المنازعات المتعلقة بهذا الموضوع واختلافها عن سائر المنازعات الإدارية، تجعل من اللازم إيجاد قضاء في مجال تنفيذ العقوبات⁽³⁾.

الفرع الثاني: صور القسوة

تعددت أساليب المعاملة القاسية ضد المحكوم عليهم، وتنوعت، وصار رواد هذه الممارسات يتفننون في ابتداع وسائل مبتكرة لها، فكان منها ما نصت عليها بعض القوانين ونظمتها في لوائحها التنفيذية، ومن هذه الممارسات: أولاً الحبس الانفرادي، ثانياً القيود الحديدية، وهذا ما سنتولى البحث فيه.

أولاً: الحبس الانفرادي

يعتبر الحبس الانفرادي من أخطر أنواع المعاملة القاسية، وأشدّها وقعاً على نفسية السجين، وقد يصطحب ذلك بعض الانتهاكات المادية كحرمانه من الأكل والشرب أو شد وثاقه.

(1) بسمّة الفضلاوي، حقوق السجين، مرجع سابق، ص39.

(2) غنام محمد غنام، حقوق الإنسان في السجون، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1994م، ص45.

(3) بسمّة الفضلاوي، حقوق السجين، مرجع سابق، ص40.

ومن الأنظمة التي عرفت الحبس الانفرادي في تاريخ السياسات العقابية النظام البنسلفاني والنظام الأوبراني. ففي النظام البنسلفاني يطبق نظام الحبس الانفرادي، حيث تفرض العزلة على كل المحكوم عليهم بصفة تمنع الاتصال بينهم وذلك سواء في الليل أو في النهار وسط إجراءات أمن مشددة⁽¹⁾.

وقد طبق هذا النظام لأول مرة عندما تم إنشاء سجن بنسلفانيا الشرقي (Eastern Pennsylvania) سنة 1821م، وكان الغرض من هذا النظام هو إتاحة الظروف للسجين للتأمل في الجريمة والندم عليها، كما يمهد لتفريد دقيق انطلاقاً من أن لكل محكوم عليه حياة مستقلة، غير أن هذا النظام لم يعد سائداً في الوقت الحاضر حيث هجره سجن بنسلفانيا نفسه، وأهم أسباب التخلي عن هذا النظام تشدده المبالغ فيه لقطع كل سبل الاتصال حتى بين السجين وحارسه، فلا يتكلمان إلا من وراء القضبان، ولا يحصل المحكوم عليه على طعامه إلا من فتحة خاصة بذلك، كما أن سرير النوم ومنضدته وكرسيه يلتصقان بالأرض فلا يمكن تحريكهما⁽²⁾.

ولهذا النظام تأثيره السيء على السجين، إذ يؤدي إلى تقوية النزعات العدوانية لديه، كالنزعة إلى العنف.

(1) سوسن حامي، تأهيل السجين، مرجع سابق، ص 89.

(2) مازن ليلوي راضي، د. حيدر إبراهيم عبد الهادي، مرجع سابق ذكره، ص 179، عبد الرحمن أبو توتة، أصول علم العقاب، منشورات ELGA، فاليتا، مالطا، ص 227 وما بعدها، 2001م، فوزية عبد الستار، علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992م، يسر أنور علي، آمال عبد الرحيم عثمان، علم العقاب، ج 2، ص 84، دار النهضة العربية، مصر، ط 1، د. ن، ث 381. محمود نجيب حسني، دروس في علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د. ط، 1988م.

أما بالنسبة للنظام الأوبراني أو النظام المختلط، فهو يركز على العمل الجماعي أثناء النهار والعزلة أثناء الليل، ومن العناصر الأساسية لهذا النظام، فرض الصمت على المحكوم عليهم عند اجتماعهم، وذلك لتجنب التبادل الفكري الضار بينهم، من أجل ذلك يطلق عليه في العرف الإنجليزي (تعبير النظام الصامت) Silent System

وقد اهتم الفقهاء ورجال القانون بهذا الموضوع، وأبرز ملتقى دولي عقد في 19.10.1985م تحت إشراف الفرع الفرنسي لمنظمة العفو الدولية بعنوان (العزل والتعذيب) أهم المخاطر التي يخلفها الحبس الانفرادي على إرادة المتهم وقدرته الفكرية.

صفوة القول أنّ لجنة حقوق الإنسان اعتبرت "الحبس الانفرادي" للشخص المعتقل أو المسجون يمكن أن يرقى إلى مرتبة الأفعال المحرمة بمقتضى المادة 7 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أي إلى مرتبة التعذيب⁽¹⁾.

ثانياً: استخدام القيود الحديدية

كان وضع السلاسل والقيود الحديدية بيدي أو بقدمي السجين سائداً في العصور السابقة، فبالرغم من عقوبة السجن، لم يمنع ذلك من تقييده وتكبيله بالأغلال وذلك للحيلولة دون هروبه، إلى أن صرحت القاعدة (33) من القواعد النموذجية لمعاملة السجناء بأنه: (لا يجوز إطلاقاً استخدام أدوات الإكراه، مثل حديد الأيدي، والسلاسل الحديدية، وقمصان الكتاف، كجزء تآديبي، كما لا يجوز إطلاقاً استعمال السلاسل أو الحديد كوسيلة من وسائل الإكراه، أما أدوات الإكراه الأخرى، فلا يجوز استخدامها إلا في الحالات الآتية:

(1) التعليق العام 20 على المادة [7] من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي

تبنته لجنة حقوق الإنسان في جلستها 44 سنة 1992م.

- كإجراء احتياطي ضد الهرب أثناء نقل المسجون وأن تنزع منه بمجرد مثوله أمام السلطات الجنائية أو الإدارية.
- لأسباب طبية بناء على تعليمات الطبيب.
- بناء على أمر مدير السجن في حالة فشل الوسائل الأخرى للسيطرة على المسجون، وذلك لمنعه من الإضرار بنفسه أو إيذاء غيره أو إتلاف الممتلكات...).

عليه، لا يجوز لإدارة المؤسسة العقابية أن تعامل المحكوم عليه معاملة تحط من كرامته أو إنسانيته، كأن تأمر بوضع السلاسل والقيود الحديدية في يده أو في قدمه، حتى ولو كان القصد من ذلك منعه من الهرب، لأن هناك طرقاً كثيرة وأساليب متعددة يمكنها أن تتبعها، وعن طريقها تستطيع أن تحقق كل ما ترنو إليه دون أن تمس كرامته أو إنسانيته⁽¹⁾.

وقد نصت المادة 98 من القانون رقم (5) لسنة 2005م بشأن مؤسسات الإصلاح والتأهيل على أنه (... لمدير المؤسسة أن يأمر بقيد أيدي النزير بحديد لمدة 72 ساعة إذا وقع هياج أو تعد شديد مستمر، أو خيف إحاقه ضرراً بنفسه أو بغيره، ولمدير المؤسسة - كذلك - أن يأمر بقيد أرجل النزير بحديد إذا خيف هربه أثناء نقله وكان لهذا الخوف أسباب معقولة...).

إن الخوف من هرب المحكوم عليه في ظل مؤسسة عقابية يتميز نظامها بالشدّة والحزم، أمر متوقع ولا غرابة فيه، فإنه يجب على إدارة المؤسسة أن تبحث عن إجراء آخر أو وسيلة أخرى يمكنها عن طريقها تحقيق: ذات الغرض المقصود، دون أن تلجأ إلى استخدام أسلوب القيد الحديدي.

(1) عبد العزيز محسن محمد، حماية حقوق الإنسان في مرحلة تنفيذ الأحكام الجنائية، دراسة

مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د. س، ص 141.

فالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لم يرد به أي استثناء على حظر استعمال القسوة في التنفيذ العقابي، الأمر الذي يعطي للمحكوم عليه حقاً ثابتاً في الكرامة الإنسانية لا يمكن التحايل أو الخروج عليه⁽¹⁾.

الخاتمة

ما من شك، في أن نشوء فكرة حق الإنسان في مرحلة ما بعد المحاكمة، لم تتبلور بوضوح إلا في بداية القرن الماضي، وكان من آثار ذلك تغيير نظرة المجتمع إلى المحكوم عليه من نظرة دونية إلى اعتباره مواطناً قد حاد عن الطريق السوي، مما يعني أنه مازالت لديه كرامة المواطن وحقوقه، وأن له تجاه الدولة الحق في رعايته وتأهيله حتى يتمكن من استرداد مكانته في المجتمع. والمتأمل اليوم في الدساتير والقوانين الوطنية ولوائحها التنفيذية، يلاحظ تقريرها لحق المحكوم عليه، استجابة لما استقرت عليه السياسة العقابية الحديثة من وجوب مراعاة الجوانب الإنسانية، واحترام كرامته وأدميته، مع إصلاحه وتأهيله لحياة اجتماعية متوازنة.

ولكن فوق كل ذي علم عليم، والله هو القدير العليم

(1) غنام محمد غنام، حقوق الإنسان في مرحلة التنفيذ العقابي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1988م، ص31، مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، مرجع سابق، ص81 وما بعدها.

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب العامة

- أحمد فتحي سرور، القانون الدولي الإنساني، التحقيق على الصعيد الوطني، دار المستقبل العربي، دم، الطبعة الثانية، 2003م.
- عبد العزيز سرحان، الإطار القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي الجنائي، دار الهناء للطباعة، دم، دن، دس، 1987م.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، دط، 2004م.
- علي ضوى، القانون الدولي العام، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، الطبعة الثانية، 2005م.
- نبيل مصطفى خليل، آليات الحماية الدولية لحقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دط، 2005م.

ثانياً: الكتب المتخصصة

- بهاء الدين عصمت عدلي، طارق إبراهيم الدسوقي، حقوق الإنسان بين التشريع والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، دط، 2005م.
- حسن سعد، سند الحماية للإنسان في السلامة الجسدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، 2004م.
- سعدي محمد الخطيب، حقوق السجناء وفقاً للأحكام والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان والداستاتير العرفية وقوانين أصول المحاكمات الجزائية والعقوبات وتنظيم السجون وحماية الأحداث، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2010م.
- عبد الرحمن محمد أبو توتة، أصول علم العقاب، منشورات ELGA، فاليتا، مالطا، دط، 2001م.

- عبد العزيز محمد محسن، حماية حقوق الإنسان في تنفيذ الأحكام الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.ط، 1994م.
- غنام محمد غنام، حقوق الإنسان في مرحلة التنفيذ العقابي، دار النهضة، القاهرة، مصر، د.ط، 1988م.
- غنام محمد غنام، حقوق الإنسان في السجون، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1994م.
- فوزية عبد الستار، علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977م.
- ما زن ليلوي راضي، أدهم عبد الهادي، حقوق الإنسان، دراسة تحليلية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2000م.
- محمود سليمان موسى، علم العقاب ومعاملة المذنبين، قواعده ونظرياته وتطبيقاته في ليبيا، دراسة مقارنة في النظم العقابية المعاصرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2004م.
- محمود نجيب حسني، دروس في علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.ط، 1988م.
- ميلود المهدي، محاضرات في حقوق الإنسان، ج2، دار الرواد، طرابلس، ليبيا، ط، 2007م.
- يسرا أنور علي، آمال عبد الرحيم عثمان، أصول علم العقاب، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، د.س.

ثالثًا: الرسائل

- بسمة الفضلاوي، حقوق السجين، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة لكلية العلوم القانونية، رسالة ماجستير، غير منشورة، تونس، 1995م - 1996م.
- حياة عباس، " التعذيب بين الواقع والقانون"، مذكرة للحصول على شهادة الدراسات المعمقة في القانون، رسالة غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1991-1992م.

- سوسن حامي، تأهيل السجين، رسالة ماجستير، غير منشورة، كلية القانون والعلوم السياسية، تونس، 2005-2006م.
- علي الزمالي، مناهضة التعذيب، مذكرة للحصول على الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، غير منشورة، جامعة المنار، تونس، 2004-2005م.
- منية بنت عبد الله ورغي، التعذيب وآليات مناهضته في القانون الجنائي التونسي والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية القانون، جامعة المرقب، تزهونة، ليبيا، 2008-2009م.

رابعاً: التقارير والمنشورات

أ. التقارير

- لجنة مناهضة التعذيب العامة، الوثائق الرسمية، الدورة 53، الملحق رقم 44، (44،53) A.
- تقرير المقرر الخاص المعني بالتعذيب للجلسة 56، للجمعية العامة للأمم المتحدة، فبراير، 2001م، 33.
- تقرير المقرر الخاص للجنة حقوق الإنسان، 2003/09/08م.
- تقرير لجنة حقوق الإنسان، نقابة المحامين، طرابلس، ليبيا، 1998م.

ب. المنشورات

- منشورات منظمة العفو الدولية، بعنوان التعذيب، 1984م.
- منشورات منظمة العفو الدولية، مكافحة التعذيب، دليل التحركات، ملاحظات المقرر الخاص المعني بالتعذيب من المقرر الخاص، لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، E/ CN /7-10، 1997م.
- منشورات منظمة العفو الدولية، بعنوان مكافحة التعذيب، دليل التحركات، 2001م.

خامسا: الجرائد والمجلات

- صحيفة العدالة، صحيفة شهرية، تصدر عن الإدارة العامة للعلاقات والتعاون باللجنة الشعبية العامة للعدل، يوم الأحد، 14 ذو القعدة، 1/الحرث/1377و. ر-2009م، العددان، العدد الأول 68، السنة الرابعة، العدد الثاني، 72 السنة الخامسة.

سادسا: وثائق دولية**أ. الاتفاقيات الدولية**

- ديباجة ميثاق الأمم المتحدة.
- اتفاقية مناهضة التعذيب 1984م.
- اتفاقية حقوق الطفل.
- اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949م.
- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان 1969م.
- الاتفاقية الأمريكية لمنع التعذيب والعقاب عليها سنة 1987م.
- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.
- الاتفاقية الأوروبية لمنع التعذيب والمعاملة أو العقوبة اللاإنسانية أو المهينة 1989م.

- البر وتوكلان الإضافيان لعام 1977م.

- اتفاقية قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء لسنة 1955م.

ب. المعاهدات الدولية

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966م.

ج. النظم الأساسية

- النظام الأساسي لمحكمة طوكيو.
- النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة.
- النظام الداخلي للجنة مناهضة التعذيب.

د. الإعلانات الدولية

- ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
- إعلان طوكيو الجمعية الطبية العالمية لعام 1975م.
- إعلان الجمعية العامة رقم (2453) لسنة 1975م، مجموعة حقوق الإنسان، صكوك دولية، المجلد 1، ج1، الأمم المتحدة، 1993م، نيويورك، إعلان مناهضة التعذيب، 1975م.

هـ. القرارات الدولية

- مجموعة المبادئ المتعلقة بالاعتقال 1955م.

سابعاً: التشريعات**أ. الدساتير**

- الدستور السوري.
- الدستور القطري.
- دستور الإمارات العربية المتحدة.
- الدستور الصومالي.
- الدستور البحريني.
- الدستور المصري.
- الدستور التونسي 1959م.

ب. القوانين

- قانون الإجراءات الجنائية الليبي.
- قانون العقوبات الليبي.
- قانون مؤسسات الإصلاح والتأهيل رقم 5 ولائحته التنفيذية لسنة 1373و.ر - 2005م بشأن الإصلاح والتأهيل.
- القانون عدد 52، 2001م، المؤرخ 2001/5/14م المتعلق بنظام السجون في تونس.

- قانون السجون العماني (نظام السجون لسنة 1954م) وتعديلاته.
- قانون تنظيم السجون الكويتي (القانون رقم 26 لسنة 1962م وتعديلاته).
- القانون المصري لتنظيم السجون رقم 396 لسنة 1956م ولائحته الداخلية.

ثانيًا: القوانين

قانون رقم (33) لسنة 2012م بشأن أحكام القانون

رقم (6) لسنة 1982م بإعادة تنظيم المحكمة العليا

المجلس الوطني الانتقالي المؤقت:

بعد الاطلاع على:

- بيان انتصار ثورة 17 فبراير الصادر بتاريخ 22 فبراير 2011م.
- وعلى الإعلان الدستوري المؤقت الصادر في 2011/8/3م وتعديلاته.
- وعلى النظام الأساسي للمجلس ولائحته الداخلية للمجلس.
- وعلى قانون المرافعات المدنية والتجارية.
- وعلى قانون الإجراءات الجنائية.
- وعلى القانون رقم 20 لسنة 2010م بشأن التأمين الصحي.
- وعلى القانون رقم 13 لسنة 1980م بشأن الضمان الاجتماعي وتعديلاته.
- وعلى القانون رقم 6 لسنة 1982م بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا وتعديلاته.
- وبناءً على ما عرضه السيد المستشار رئيس المحكمة العليا.

أصدر القانون الآتي

المادة (1)

تعديل المادة الرابعة عشر من القانون رقم 6 لسنة 1982م على النحو التالي:
 يحال رئيس ومستشارو المحكمة العليا على المعاش ببلوغهم سن الخامسة والستين سنة ميلادية، ويجوز بناءً على طلب صاحب الشأن وموافقة الجمعية العمومية للمحكمة وباقتراع سري وبقرار منها أن تمت خدمته مدة أو مدد حتى بلوغ سن السبعين وفي جميع الأحوال للجمعية العمومية خلال فترة سريان مدة

الخدمة أن تقرر إحالة المعنى على المعاش ودون موافقته متى رأت عدم قدرته على أداء وظيفته لأي سبب من الأسباب.

ويستحق مستشارو المحكمة العليا الذين تنتهي خدمتهم لأي سبب عدا الفصل بالطريق التأديبي معاشاً تقاعدياً يحسب على أساس (70) في المائة من آخر مرتب كان يتقاضاه متى بلغت مدة خدمته عشرين سنة، وتزداد هذه النسبة بواقع (2) في المائة عن كل سنة خدمة يقضيها بعد العشرين سنة، على ألا يتجاوز المعاش آخر مرتب كان يتقاضاه وإذا زيدت مرتبات مستشاري المحكمة العليا العاملين زيد المعاش بذات النسبة التي يزداد بها المرتب وتسري على مستشاري المحكمة العليا فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أحكام قوانين التقاعد العامة.

المادة (2)

تضاف إلى القانون رقم 6 لسنة 1982م المشار إليه مادتان جديدتان تحت رقمي المادة السابعة والعشرون مكرر والمادة الخمسون مكرر يكون نصهما على النحو التالي:

المادة السابعة والعشرون مكرر

تشكل بالمحكمة دائرة أو أكثر تتولى فحص الطعون قبل إحالتها إلى الدوائر المختصة بالمحكمة وإذا رأت دائرة فحص الطعون بعد سماع رأي نيابة النقض أن الطعن جدير بالعرض على المحكمة العليا، أو لأن الفصل في الطعن يقتضي تقرير مبدأ قانوني لم يسبق للمحكمة تقريره أصدرت قراراً بإحالته إليها، أما إذا رأت - بإجماع الآراء - أنه غير مقبول شكلاً أو باطلاً أو غير جائز أو كان قضاء المحكمة قد استقر على رأي يحسم المسألة القانونية سند الطعن قررت عدم إحالته ويضحي الحكم المطعون فيه بقرار عدم الإحالة باتاً.

المادة الخمسون مكرر

ينشأ بالمحكمة صندوق للرعاية الصحية والاجتماعية للعاملين بالمحكمة والمتقاعدين تكون له الشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة وتتكون إيراداته مما يخصص له في الميزانية العامة سنوياً ومن فائض مخصصات ميزانيات السنوات السابقة إن وجدت.

وينظم الصندوق وتبين كيفية الصرف منه والأغراض التي تصرف فيها وكيفية التصرف في أمواله بلائحة تصدر عن الجمعية العمومية للمحكمة.

المادة (3)

تؤول إلى الصندوق المبالغ التي خصصت للتأمين الطبي على العاملين بالمحكمة في الميزانية العامة لسنة 2012م.

المادة (4)

يعمل بهذا القانون من تاريخ صدوره ويلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون وينشر في الجريدة الرسمية.

المجلس الوطني الانتقالي - المؤقت

صدر في طرابلس بتاريخ: الاثنين

الموافق: 2012/6/11م

JOURNAL OF LAW RESEARCH

Issued By Faculty Of Law Misurata University



للتواصل معنا

 الإدارة 051 2618442

 المسجل 051 2614727

 فاكس 051 2618443

 E.mail: law_misurata@yahoo.com

 كلية القانون بجامعة مصراته