# مجلة العلوم القانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها كلية القانون– ترهونة

جامعة الزيتونة

العدد التاسع ـ السنة الرابعة ـ 2016م

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

## الافتتاحية

الحمدلله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين.
أما بعد ...

يسرني أن أقدم العدد التاسع من مجلة العلوم القانونية بكلية القانون ترهونة وهوحافل كالأعداد السابقة بالبحوث الشرعية والقانونية المتخصصة التي لها أهميتها العلمية ، ونرجو أن تكون هذه البحوث العلمية قد أجابت عن الأسئلة التي تدور في أذهان القراء من خلال القضايا التي تعرضها هذه المجلة في علوم الشريعة والقانون ،بما يسهم في دفع عجلة البحث العلمي والاستجابة لمتطلبات الواقع، ومناط ذلك مرهون بالمزيد من بسط جوانب هذه الدراسات عن طريق البحث المستمر،ولهذا فإن المجلة تفتح أبوابها للمهتمين بأمر البحث العلمي للمشاركة في مادتها العلمية ، وإبداء الآراء حولها .

وأخيراً نرجو أن يكون هذا العدد عند حسن ظن القارئ الكريم، وأن يحقق ماحققه العدد السابق ، ونساءل الله أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم ، والحمد لله الذي بنعمه تتم الصالحات .

محمد علي زبيدة
رئيس تحرير المجلة

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

# قراءة حول اللائحة التنفيذية للقانون رقم (4) لسنة (1982م) بشأن جواز تشريح الجثث والاستفادة من زرع أعضاء الموتى، الصادرة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) رقم (193) لسنة (2007 م)

إعداد الدكتور : مفتاح الصويعي منصور الرقيبي
عميد كلية القانون ترهونة - جامعة الزيتونة

## مـــقـدمـــة

الحمد لله رب العالمين و الصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي الأمين وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين، وبعد:

فقد أصبحت عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى إلى أجسام الأحياء تمثل أملاً كبيراً لعلاج المرضى الذين يعانون عجزاً في وظيفة عضو من أعضاء الجسم الحيوية، كالقلب والكلى وغيرها، و الحقيقة أن القانون الليبي كان من السباقين في إباحة هذا النوع من العمليات وتنظيمها تشريعياً، حيث تمثلت أول معالجة له في هذا الشأن بموجب القانون رقم (4) لسنة (1982م)، بشأن جواز تشريح الجثث والاستفادة من زرع أعضاء الموتى[1]، حيث نصت المادة (2) من القانون سالف الذكر

---

([1])- منشور بالجريدة الرسمية العدد (10) لسنة (1982م)، المؤرخ في : (06/أبريل/1982م)، تجدر الإشارة إلى أن المشرّع الليبي كان قد نظم عمليات نقل القرنية وإعادة زرعها بموجب المادة (67) من القانون الصحي رقم (106) لسنة (1973)، التي نصت على أنه (( لوزير الصحة أن ينشئ في مستشفيات العيون أو في أقسامها مراكز لجمع العيون التي يحتاج إليها في ترقيع القرنية، ويكون الحصول على العيون عن طريق التبرع أو الوصية ))، كما نظم عمليات نقل الأعضاء من أجسام الأحياء بموجب المادة تنص المادة (15) من القانون رقم (17) لسنة (1986م) بشأن المسؤولية الطبية على أنه : (( لا يجوز المساس بجسم الإنسان أو نقل عضو أو جزء منه ما لم يكن ذلك بموافقته الخطية ، وبعد التأكد من عدم حصول ضرر له إن كان حياً ، أو كان ذلك وفقاً لأحكام القانون رقم 4 لسنة 1982م المشار إليه إن كان ميتاً .))منشور بالجريدة الرسمية – العدد=

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

## المطلب الأول
## معايير تحديد الموت

قبل سنوات قليلة لم نجد من يتكلم عن معيار حديث أو قديم للوفاة، إذ أن للموت في ذلك الوقت معيار واحد، وهو توقف الأجهزة الحيوية في جسم الإنسان توقفاً تاماً، ولكن في هذا العصر وبعد تطور وسائل الإنعاش الصناعي يرى البعض أنه قد وجدت حالة ثالثة، مابين الحياة و الموت أي أن الأجهزة الحيوية في الإنسان تعمل ومخه متوقف .

هذه الحالة أثارت جدلاً كبيرا في مختلف الأوساط الطبية والدنية والقانونية، فهل يعتبر الشخص الموجود على هذه الحالة أنساناً حياً يلزم الطبيب ببذل العناية اللازمة لعلاجه، أم هو إنسان متوفٍ يدفن أو تستأصل الأعضاء من جثثه لزرعها في شخص آخر، وللوصول إلى رأي معين في هذا الموضوع، يقتضي منا الأمر عرض هذين المعيارين وذلك على النحو الآتي :

### الفرع الأول
### المعيار التقليدي للموت

يعتبر الشخص ميتاً وفق هذا المعيار، عند توقف دورته الدموية (القلب) وجهازه التنفسي (الرئتين) عن العمل توقفاً تاماً، مما يترتب عليه عدم وصول الدم المحمّل بالأكسجين إلى المخ وسائر أعضاء الجسم، ويحدث الموت وفق هذا المعيار في ثلاث مراحل، تسمى الأولى بمرحلة الموت الظاهري وفيها يتوقف القلب والرئتان عن العمل[1]

---

([1])- يعرف الموت الإكلينيكي أو الظاهري بأنه (( التوقف النهائي للمقومات الأساسية للحياة مثل التنفس والنبض وخفقان القلب لشخص مازال حياً ولكنه يظهر بمظهر الميت، ولذلك لا يجوز استقطاع أي عضو من جسم هذا الشخص لأنه لا يعتبر ميتاً )) التعريف للأستاذ : VIGOURAUX . نقلاً عن د. أحمد شوقي أبوخطوة – القانون=

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

موت بمعنى الكلمة وما مظاهر الحياة الموجودة على جسم الإنسان في مثل هذه الحالات إلا حياة صناعية قائمة على الأجهزة المساعدة [1]، ذلك أن المخ ومراكز الأعصاب الهامة فيه لا تتحمل أي نقص في الأكسجين الذي يزودها به القلب والرئتان، والتلف الذي ينشأ عن ذلك، هو تلف لا رجعة فيه لأن جسم الإنسان لا يمكنه تعويض الخلايا التالفة في المخ كما في بقية الأعضاء، ولا توجد أية وسيلة طبية حتى هذا الوقت لمعالجته أو للقيام بوظيفة المخ[2]، لذا يخلص أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن توقف المخ نهائياً عن أداء وظائفه في جسم الإنسان، هو المعيار الذي يجب أن يستند عليه الطبيب لتقرير ثبوت الوفاة، وله أن يستأصل الأعضاء من الجثة استنادا عليه، وقد تبنى هذا المعيار بعض القوانين الصادرة بشأن تنظيم هذه العمليات[3]، وأوصت بإتباعه بعض الهيئات و المنظمات العلمية

---

=العصبية الهامة التي تتحكم في الوعي والحركة والكلام والسمع والبصر والذاكرة والتنفس والدورة الدموية والسيطرة على درجة الحرارة والسيطرة على الغدد وتنظيم وظائف الأعضاء الهامة، أما النوع الثاني وهي الغيبوبة العميقة الناجمة عن وفاة المخ الجزئية أي حدوث تلف في الأجزاء العليا من المخ وهي الأجزاء التي تتحكم في اليقظة والسمع والبصر والإحساس والإدراك، حيث يعتبر الأطباء إن المصاب بالغيبوبة النهائية هو إنسان متوفي وما استمرار أجهزة الإنعاش الصناعي تعمل على جسمه إلاّ للمحافظة على صلاحية الأعضاء لعملية الزرع، أما المصاب بالنوع الثاني فهو إنسان حي ويتم علاجه بوسائل الإنعاش، للمحافظة على البقية الباقية من خلايا المخ للمزيد من التفصيل راجع، د. أحمد جلال الجوهري – الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية – مجلة الحقوق والشريعة – جامعة الكويت – العدد الثاني – السنة الخامسة – يوليو 1981م – صـ126.

([1])- محمد سامي الشوا – مرجع سبق ذكره – صـ719، بسام محتسب بالله – مرجع سبق ذكره – صـ454 .

([2])- د. أحمد جلال الجوهري - مرجع سبق ذكره – صـ125 .

([3])-أنظر على سبيل المثال، المرسوم اللبناني رقم 1442 لسنة 1984م، الذي نص في المادة الأولى منه على أنه : (( يعتبر ميتاً الإنسان الذي توقفت فيه بشكل غير قابل للعكس وظائف الجهاز الدموي أو وظائف كامل الدماغ بما فيه جسر المخيخ والنخاع المستطيل ))ونص في المادة الثانية على أنه:(( يثبت الموت الدماغي=

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

**الفرع الثاني**

**مدى توافق اللائحة التنفيذية للقانون رقم (4) لسنة (1982م) مع القانون**

باستقرائنا لهذه اللائحة التي ضمت تسعة عشرة مادة، وبمقارنتها مع موقف القانون الليبي على النحو السابق بيانه، نلاحظ أنها قد انضوت على عدة مخالفات للقانون، ذلك أن المشرِّع عندما فوّض اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) بإصدار هذه اللائحة، حدد لها المجال الذي يحتاج إلى بيان آلية للتنفيذ، وهو بيان ترتيب درجات القرابة فيما يخص الموافقة على تشريح جثث الموتى للأغراض العلمية والتعليمية، أو عند استئصال الأعضاء من الجثث بغية زرعها فقط.

ولكن نلاحظ أن اللجنة الشعبية العامة (سابقاً)، قد تجاوزت في هذه اللائحة حدود التفويض الممنوح لها، بنصها على عدة أمور لم يتضمنها القانون الذي أتت هذه اللائحة أصلاً تنفيذا له، ومع أننا نلتمس العذر للجنة الشعبية العامة في ذلك، لأن لفظ <u>وتشمل اللائحة</u> لفظ عام وفضفاض ومن الممكن أن يعني أن هناك أمور أخرى تنظمها وتتولى بيان آلية تنفيذها، ولأنها تريد وضع هذا القانون الذي ظل ما يقارب الخمسٌ وعشرون سنة موضع التنفيذ.

ولكن هذا - بأي حال من الأحوال - لا يبرر أن تضع اللجنة الشعبية العامة (سابقاً)، نفسها مكان المشرِّع وتسن مواد، كان ينبغي أن يصدر بها قانون ينظمها، من ذلك مثلاً ما نصت عليه المادة الرابعة من اللائحة بأنه: ((يعتبر الشخص قد فارق الحياة وتترتب جميع الأحكام الشرعية والقانونية لوفاته إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً وحكم الأطباء الاختصاصيون بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وفي هذه الحالة يجوز رفع أجهزة الإنعاش الصناعي المركبة ويتم إصدار شهادة وفاة بذلك .)).

فهذا النص في واقع الأمر انضوى على مخالفتين، الأولى : أن اللائحة غير مخوّلة أصلاً بتنظيم هذه المسألة، لأن المشرِّع لم يعطها هذا التفويض،

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

# تعويض المتهم أو المدان في القضاء الدولي الجنائي

إعداد الدكتور : أشرف عمران محمد
أستاذ القانون الجنائي المساعد بكلية القانون ترهونة – جامعة الزيتونة

مقدمة :

يعاني بعض المتهمين خلال توجيه الاتهام لهم من بعض التقصير في التأكد من صحة هذا الاتهام ، والتحقق من استيفاء جميع الأدلة التي بناءً عليها يتم تحرك الدعوى ، وهو ما ينتج عنه في الغالب تمديد فترة الحبس الاحتياطي للمتهم ، أو حتى إدانته وتنفيذ الحكم عليه،وهو بريء من التهمة ،كما أن المتهم قد يكون ضحية لدعوى كيدية قدمت ضده لتشويه سمعته أو النيل منه، ثم يتبين بعد نظر الدعوى براءته مما نسب إليه ؛ بسبب عدم توفر الأدلة الكاملة لثبوت الاتهام.

لذلك جاء نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لينص على تعويض المتهم أو الشخص المدان على خلاف أنظمة المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة التي لم تقر هذا الحق على الإطلاق رغم أهميته بالنسبة للمتهم ،أو الشخص المدان بحكم نهائي .

وتبدو أهمية هذا الموضوع في بيان جزء من حقوق كل من المتهم أو الشخص المدان حيث من الممكن أن يكون أي منهما ضحية الحجز غير المشروع وسلب حريته مما أدى إلى تعرضه لضرر مادي أو أدبي يستوجب التعويض حتما ،فإذا كان الهدف

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

شاركوا في اتخاذ أي قرار سابق للمحكمة فيما يتعلق بمقدم الطلب[1].

وبالتالي لا يقبل أن يقدم طلب التعويض شفوياً ، بل يقدم مكتوباً إلى هيئة رئاسة المحكمة الجنائية الدولية التي تقوم بتشكيل دائرة مؤلفة من ثلاثة قضاة للنظر في طلب التعويض ، شريطة ألا يكون أحد من هؤلاء القضاة قد اشترك في أي قرار للمحكمة فيما يتعلق بمقدم الطلب كأن يكون قد اشترك مع الدائرة الابتدائية للمحكمة الجنائية الدولية في إصدار حكم بالإدانة ضد المتهم .

رابعاً/ ضرورة أن يُقدّم طلب التعويض في موعد لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ إخطار مقدم الطلب بقرار المحكمة فيما يتعلق بما يلي[2]:

أ- عدم مشروعية القبض على الشخص أو احتجازه .

ب- نقض الإدانة.

ج- حدوث خطأ قضائي جسيم وواضح .

وعليه يقدم طلب التعويض في موعد لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ إخطار المتهم بقرار المحكمة بإخلاء سبيله وبراءته ومن ثم عدم مشروعية القبض الاحتجاز ، أو من تاريخ صدور حكم من

---

[1] - القاعدة (173/ 1) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

[2] - القاعدة (173/ 2) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

# الوضع القانوني هو المحور الأساسي لحق الطفل "دراسة مقارنة"

إعداد الدكتور :محمد على الطشانى
عضو هيئة التدريس بكلية القانون درنة – جامعة عمر المختار

المقدمة :

تعرف الشخصية القانونية "Personnalité Juridique" في التشريع الاسلامي بـ "الذمة" وهي وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الانسان ويصير به أهلا للإلزام والالتزام، أي صالحا لأن تكون له حقوقاً وعليه واجبات[1]. والشخصية القانونية هي القدرة للحصول على الحقوق والواجبات[2]. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة عن كيفيتها.

يحمي التشريع الإسلامي الطفل منذ كونه جنينا، في إطار الحق في الحياة الذي يعد حقا واجب النفاذ على كل الحقوق الأخرى. وهكذا فإن الإجهاض وقتل الأطفال محرم شرعا ويعاقب عليه جنائيا، كما يتضح من أحكام المواد 390-394 من قانون العقوبات الليبي، حيث تنص المادة أنه "يعاقب بالسجن لمدة لا تزيد على 6 سنوات كل من يتسبب في إجهاض امرأة حامل دون رضاها ".

فالطفل له شخصية قانونية موجودة قبل ولادته، وهو معني بالحقوق، بما في ذلك حق الإرث. نلاحظ أيضا أن القانون المدني الفرنسي يأخذ بعين الاعتبار حق الطفل في الإرث بحسب الفقرة 1 من المادة 725 والمادة 906 من القانون المدني الفرنسي تحت المقولة اللاتينية :

[1] عبدالرازق السنهوري،"مصادر الحق في الفقه الاسلامي"، موسسة التاريخ العربي، دار احياء التراث العربي، الطبعة1، ج1. ص 17.

[2].DEKEUWER-DEFOSSEZ F. « Les droits de l'enfant ». Que sais-je P.U.F. Paris, 1991.p.3.

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

**المبحث الأول : مكونات الوضع القانوني للطفل الشرعي**

عند ثبوت الأبوة الشرعية المتعلقة بالطفل، يصبح هذا الأخير عضواً من عائلة الأب وبالتالي فهو يحمل اسمه وهذا هو الذي يقصد "بالنسب"[1] Filiation. ينتج عن شرعية النسب آثار قانونية موروثة حددها قانون الأحوال الشخصية وهي: القرابة، معوقات الزواج؛ حقوق الميراث؛ الحقوق والواجبات المتبادلة بين الأب والطفل. وقد احتفظ قانون الأحوال الشخصية الليبي بأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بتنظيم الأحوال الشخصية، واحتفظ أيضا بالتقسيم التقليدي بين الجنسين في العمل والمسؤوليات داخل الأسرة. فالأم مسؤولة عن بعض حقوق الأطفال مثل الرضاعة الطبيعية والحق في الحضانة. بينما يرجع إلى الأب حماية جميع حقوق الملكية وتلك المتعلقة بشخص الطفل، مثل الحق في التعليم والتمثيل القانوني.

أما بالنسبة لواجبات الطفل، فهي موزعة بنفس الطريقة اتجاه الأب أو الأم. ومع ذلك، فإننا نشهد إجلالا كبيرا للأم، في ظل النصوص القرآنية والأحاديث النبوية التي تظهر دور ودرجة الأم[2].

نقترح فيما يلي أن نقدم في البداية العناصر الرئيسية لتحديد الشخصية القانونية للطفل (المطلب الاول)، وثانيا أحد العناصر الخاصة بالمجتمعات التي تستمد قانون الأحوال الشخصية و قانون الأسرة من التشريع الديني كما هو الحال في ليبيا ألا وهو: دين الطفل (المطلب الثاني).

---

[1] منذ انشاء الحالة المدنية يترجم النسب بالإسم العائلي في حين أنه أعمق من ذلك فالنسب يشير إلى الرابطة مع الأسلاف من الذكور. وهذه هي الطريقة التي كانت تعطي نسب الشخص واسمه العائلي.

[2] (وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلاَهُمَا فَلاَ تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلاً كَرِيمًا وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ) سورة الإسراء الآيات 23،24. (وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ) سورة لقمان اية 14. (ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً حملته أمه كُرهاً ووضعته كُرها وحملُه وفصاله ثلاثون شهراً) سورة الأحقاف اية 15.

فقد سئل عليه الصلاة والسلام فقيل له: يا رسول الله، من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال: «أمك» قال: ثم من؟، قال: «أمك»، قال: ثم من؟ قال: «أمك»، قال: ثم من؟ قال: «أبوك» رواه البخاري.

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

4. تأجيل إعلان الولادة

بعد إعلان الطفل في المدة المحددة بالقانون، وهي على الأكثر 10 أيام، يتم تقييد اسم ولقب الطفل في صفحات كتيب العائلة، والذي يتضمن بالضرورة الاسم، اللقب، المهنة، العنوان، وتاريخ ومكان ولادة الأب.

في القانون الفرنسي،لا يجب تجاوز المدة المحددة لإعلان الولادة[1] وإلا يتم الإلتجاء للتدوين عن طريق المحاكم، وبعبارة أخرى يتم التقييد بموجب حكم صادر من المحكمة.

وفيما يتعلق بإعلان الوفاة، فالموعد النهائي للإعلان هو 24 ساعة ابتداء من تاريخ ووقت الوفاة. ويتم تمديد هذه الفترة إلى 10 ايام إذا حدثت الوفاة في المناطق التي تكون فيها مكاتب السجل المدني غير موجودة. ولكن هذا الإعلان لا يعد صحيحا إلا إذا أكد ذلك شهود حضروا الوفاة وتكون شهادتهم مكتوبة و موقعة بأيديهم.

وهكذا، ومنذ تطبيق القانون المدني في عام 1953 فرخصة الدفن رهينة بشهادة الوفاة يتم الحصول عليها من الطبيب الشرعي أو الطبيب المعالج الذي يسجل حالة الوفاة. بالمقابل فقد كان إعلان الميلاد لفظيا فقط، و لم يكن ضابط الحالة المدنية مطالبا بالتحقق من صحة البيانات. بالإضافة إلى ذلك، و بما أن معظم الولادات كانت تتم في البيوت، فقد كان من الصعب منح شهادة طبية صادرة عن طبيب أو ممرضة التوليد الذين حضرا الولادة.

و لا يجوزلضابط الحالة المدنية تسجيل اسم الأب في شهادة الميلاد للطفل إلا بعد التحقق من عقد الزواج المكتوب، وفي غياب عقد مكتوب قد يكتفي ضابط الحالة المدنية بشهادة اثنين من الشهود تثبت وجود روابط زوجية،

---

=حديثي الولادة، أو من قام بالإدلاء ببيانات كاذبة لإنشاء شهادة الميلاد أو تسجيل طفل مزعوم، أو قام تغيير هويته".

[1] يمكن أن يحول إعلان الولادة عن وقته إذا وقعت الولادة في بلد أجنبي: في هذه الحالة يتم التسجيل في السفارة أو القنصلية في غضون 15 يوما بعد الولادة

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

وهناك مشكلة آخرى، تخص الآباء الذين هم في علاقات متوترة مع زوجاتهم الذين يسارعون إلى نفي أي علاقة زواج قائمة أساسا على عقد غير مكتوب، الذين يقررون الهروب و نفي أي صلة أبوة بأبنائهم.

ومع ذلك فقد بذل جهد كبير في القوانين لتدارك بعض الحالات المتنازع فيها. فالقانون رقم 59 لعام 1973 الذي يكمل وينظم شؤون الحالة المدنية ينص مضمونه أن عدم تسجيل الطفل في سجل الأسرة لا يستلزم التنصل من الزواج، و لا يفتح الطريق إلى الأعمال التي تشكل خطرا على مستقبل الطفل.

فمن الأولى أن يتم كتابة عقد الزواج ، ونسخه على سجلات المحاكم وإرسال نسخة منه إلى الأحوال المدنية.

للقيام بذلك، سيكون من المثير للاهتمام إجراء حملات توعية وتثقيفية للسكان من خلال وسائل الإعلام التي تكون في متناول جميع شرائح المجتمع، وبلغة واضحة. لأن الحقوق غالبا ما تكون موجودة، ولكن يعم الجهل بها.

5. الإعلانات القضائية وتعديلات شهادة الميلاد.

قد يحدث عند تسجيل الطفل في سجلات الحالة المدنية الخطأ والسهو. ويجب هنا تمييز حالتين :

- يقدم طلب التصحيح الذي قد ينجم عن خطأ في أحد عناصر الحالة المدنية للطفل عند الإبلاغ عن ولادته. وقد يكون راجعا إلى وجود معلومات لا تتطابق مع الواقع، أو وجود عناصر يحظرها القانون.

- الإعلانات القضائية تخص الولادة أو الوفاة، التي لم تبلغ إلى ضابط الحالة المدنية ضمن المهلة القانونية المحددة لذلك.

في هذا الصدد، وفيما يتعلق بالمواليد والوفيات التي لم يتم التصريح بها في المهل القانونية، فإن تقييدها يرجع إلى اللجنة الشعبية التي تحقق في صحة الولادة وفي نسب الطفل . وبالتالي، "أي شخص له مصلحة مشروعة يمكنه

---

=هذا الحكم. في وقت صدور القانون، فقد تم عقد الكثير من الأنكحة "بالفاتحة". وهذا يعني أن العلاقة الزوجية تعقد بعد قراءة السورة الأولى من القرآن الكريم. وما تزال بعض الحالات قائمة حاليا، لا سيما في المناطق الريفية.

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

كان القصد منه أساسا منع تضييق المجتمع المسلم. وهكذا، عندما يعتنق الخاطب الإسلام، يختفي العائق ويتم تعزيز المجتمع المسلم بانضمام أعضاء جدد[1].

--الحاضنة غير المسلمة، ولو أنها كانت الأم، يسقط حقها في الحضانة إذا سعت لإبعاد الطفل من دين والده، أي الإسلام[2].

إن الاستناد على الدين الإسلامي فيما يخص النسب لم يأت من قبيل الصدفة، لأن من تأثيره الإنتماء إلى حضارة معينة وإلى نمط عيش معين. في الواقع، إن الإسلام هو نظام عالمي وشمولي لأنه لا يحدد فقط قواعد الإيمان ولكن أيضا السلوك الاجتماعي والقانوني والهيكل السياسي. ولذلك، فالإشارة إلى الدين يعني استبعاد أي نوع من العلمنة، بما في ذلك حرية الضمير والدين المنصوص عليها في المادة 14 من اتفاقية الأمم المتحدة. يجب علينا أيضا أن نقول أن العديد من الدول الإسلامية، بما في ذلك ليبيا، عبرت عن تحفظات فيما يتعلق بأي حكم من أحكام الاتفاقية على حقوق الطفل، التي من شأنها أن تكون مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، من بين هذه الأحكام مبدأ حرية الدين.

بينما يعد خيار دين الطفل تقليديا من صلاحيات سلطة الوالدين، فإن اتفاقية نيويورك في الفقرة 2 من المادة 14 لا تقبل بتدخل الوالدين إلا من أجل توجيه الطفل وتقديم المشورة ولكن في أي حال من الأحوال لا يجب فرض الدين. قد يؤدي هذا الحكم إلى حالة نزاع للآباء والأمهات الذين سوف يرون مجالا لتضييق سلطتهما على الطفل. وتبين أحكام المادة 14 من الاتفاقية أن على الطفل اختيار دينه بكل حرية، عندما يصل إلى السن الذي يسمح له بذلك.

---

[1] المادة 12 من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشان الزواج والطلاق "موانع الزواج المؤقتة تخص [...] ج) ألا يكون الزوج غير مسلم بالنسبة للمرأة المسلمة .

[2] المادة 64 من القانون رقم 10 لسنة 1984 تنص علي أن " تستحق الأم الكتابية حضانة أولادها المسلمين ما لم يتبين منها تنشئة الأولاد على غير دين أبيهم المسلم ".

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

في هذا الصدد، يمكن أن يشكل القانون حلا مناسبا تماما. وهذه مهمة صعبة للعلوم القانونية على حد تعبير VANDEVELDE H. الذي يشيرإلى أن "[...] وصلنا إلى نقطة حيث لا يمكن أن يتعلق القانون فقط بسوابق قانونية ولا إلى كبار الكتاب القانونيين أو ببساطة إلى المجتمعات المتقدمة الحديثة [...] "[1]. وبعبارة أخرى، فوضع حلول قانونية تأخذ بعين الاعتبار التغير الاقتصادي والاجتماعي، أمر أساسي إن لم يكن حيويا. ومن بين العقبات التي تواجه المشرع الليبي، الجمود العلمي و الإكتفاء بالتقليد، وكذلك الرأي العام المحافظ وجميع ردود الفعل العاطفية التي تنشأ عندما يتعلق الأمر بالبحث عن حلول لبعض القضايا الشائكة، مثل تلك المتعلقة بالأطفال غير الشرعيين أو اللقطاء.

2. جنسية ودين الطفل اللقيط

لا تشكل جنسية الطفل اللقيط أي صعوبة، لأنه يكتسب الجنسية الليبية وفقا لمبدأ حق الإقليم بموجب المادة 3 الفقرة (ج) من القانون رقم 24 لسنة 2010 بشأن الجنسية. وفي الوقت نفسه، في القانون الفرنسي، الطفل الذي يولد على الأراضي الفرنسية ومجهول الأبوين يعد فرنسيا[2]. يعتبر ليبيا الطفل اللقيط المفروض ولادته في ليبيا، وهذا يعني كل أراضي ليبيا، ويدخل في ذلك المياه الإقليمية والسفن والطائرات الليبية. ويظل الطفل ليبيا ما لم يثبت قبل بلوغه سن الرشد من أنه ولد من أب أجنبي، وبالتالي سيمنح جنسية ابيه، وفي هذه الحالة سوف يتم اعتبار الطفل كأن لم يكن ليبيا على الإطلاق.

أما بالنسبة لدين الطفل اللقيط، تعتبر الشريعة الإسلامية الطفل بأنه مسلم، إذا وجد في بلد مسلم ومن طرف شخص مسلم. أما إذا عثر عليه من

---

[1]. VANDEVELDE H. Note de présentation du colloque Maghrébin sur« l'instabilité de la famille et la protection de l'enfant au Maghreb » in R.A.J.S.P. Alger, 1968.

[2] المادة 19 من القانون المدني الفرنسي.

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

اللقيط. فشهادة الميلاد لا تحمل أي عبارة بخصوص اسم الأب. وهذا ما يمكنه أن يحدث آثارا نفسية وخيمة للطفل الذي سيحمل طول حياته ذل العلاقة غير المشروعة داخل مجتمع كثير الحساب حول المسائل الأخلاقية، إضافة الي النظر بكل ازدراء له ونعته بـ "ابن حرام" في علاقة لا دخل له فيها وهو الذي يتحمل نتائجها بفعل لم يفعله.

في القانون الفرنسي يعتبر الطفل المولود خارج العلاقة الزوجية موضوع الاعتراف بالنسب من طرف أحد الوالدين أو كليهما. لذلك إذا ثبت النسب في وقت واحد في موعد أقصاه يوم الولادة، يأخذ الطفل حينذاك اسم الأب وهو موضوع المادة 311-21 الفقرة 1 من القانون المدني الفرنسي. إذا ثبت النسب على التوالي يأخذ اسم الشخص الأول[1] الذي قام بإعلان الولادة. وإذا كان هناك بيان من جانب واحد يأخذ الطفل اسم الوالد الذي أقر النسب.

وقد اقترح فريق العمل التشريعي في ليبيا[2]، بمناسبة انشاء تقرير حول تنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة، للسماح لضابط الحالة المدنية وضع اسم شخص وهمي مكان الاسم الشخصي للأب، في حين يذكر في سجلات الحالة المدنية أن الطفل ولد من أب مجهول مع الحرص أن يحاط ذلك بكل السرية اللازمة. إن الجهد التشريعي في هذا الاتجاه سيمنع المآسي التي قد تنشأ من هذا الفراغ، الذي هو اعتراف بنسب الطفل المجهول. وخاصة في ليبيا حيث أن أقصى المعاناة التي يمكن للشخص أن يتعرض لها هي الإشارة إليه بالطفل "غير الشرعي" أو ابن "الزنا".

---

[1].BRUSORIO-AILLAUD M. « Droit des personnes et de la famille », éd.larcier, Bruxelles, 2012. p. 28.

[2] تقرير لجنة حقوق الطفل بالأمم المتحدة. CRC/C/28 add.6. 1996.5.23، ص 6.

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

# مبادئ وقواعد التعامل الدبلوماسي والقنصلي

إعـــــــــداد الدكتورة : صليحة علي صداقة
عضو هيئة التدريس بكلية القانون - درنة –جامعة عمرالمختار

**تقـــــــديـــــم .**

بداية ، ينبغي الوقوف أمام مفهوم المبادئ والقواعد القانونية المعمول بها في التعامل الدولي ، حيث لا يمكن حصر المبادئ العامة في اطار حدود معينة ، لأنها قابلة للتطور بمرور الزمن .

ورغم إقرار فقهاء القانون بالأهمية الكبرى للمبادئ العامة للقانون ، بصفة عامة ، باعتبارها تعبر عن حيوية النظام القانوني وأداة من أدوات تنميته وتطويره ، فانه لا يوجد اتفاق فقهي على تحديد المقصود منها .

ويذهب رأي الى ان المبدأ العام هو قاعدة القواعد القانونية ،بمعنى قابليته للانطباق على قواعد قانونية أخرى ، بحيث تكون الأخيرة تطبيقاً للمبدأ العام ، وإذا أخذنا المبدأ العام على هذا المعنى ، فإنها تصبح فكرة فنية المقصود منها وضع بناء منطقي متماسك للقواعد القانونية [1] .

وعرفت المبادئ العامة للقانون بأنها ، مجموعة من المبادئ التي تستخدم في توجيه النظام القانوني ، من حيث تطبيقه وتنميته ، ولو لم يكن لها دقة القواعد القانونية الوضعية وانضباطها [2] .

---

[1] راجع : -عبد الواحد الناصر : العلاقات الدولية : القواعد والممارسات الدبلوماسية ، ط 1 ، شركة بابل للطباعة والنشر ، 1993 ، الرباط ، ص 11 – 12 .
-عدنان جاموس ، المدخل إلى علم القانون ، جامعة دمشق ،1986 ، ص 8 .

[2] أنظر : - قاسم خضير عباس ، المبادئ الأولية في القانون الدبلوماسي ، الرافدين للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2009 ، ص 10 – 14 .
-هشام القاسم ، المدخل إلى علم القانون ، جامعة دمشق ، 2004 , ص 15 – 18 .

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

**المطلب الثالث**

**مبدأ المعاملة بالمثل وعدم التمييز .**

مبدأ المعاملة بالمثل [1] وهو مبدأ قديم ، بسيط وواضح ، يدفع الدول إلى مراعاة حسن المعاملة للدبلوماسيين المعتمدين لديها ومنحهم الامتيازات والحصانات الدبلوماسية لكي يحصل معتمدوها على معاملة مماثلة في الدول الأخرى ، كما يشمل هذا المبدأ الرد على قيام الدول الأخرى بطرد الممثلين الدبلوماسيين بحجة القيام بأعمال مشبوهة ، كالتجسس أو التخريب أو التدخل في الشؤون الداخلية ، ذلك عن طريق اتخاذ إجراء مماثل بحق ممثل ذلك البلد المعتمدين لديها.

نظريا ( قانونيا وسياسيا ) يأخذ النظام الدولي ، فيما يخص تنظيم العلاقة بين أعضائه من الدول ، بمبدأ المعاملة بالمثل ، فمن حق الدولة التي تتعرض لإجراء ما من قبل دولة أخرى أن ترد بإجراء مماثل ، دون ما شبهة تصعيد ، حفاظا على مبدأ المساواة بين الدول ، وتفاديا لتدهور العلاقة فيما بينها.

إلا أنه لا يجب أن يؤخذ تطبيق هذا المبدأ على إطلاقه في العلاقات بين الدول ، كما هو الحال في العلاقة بين الأفراد ، هناك فرق بين مجرد احتمال وجود الخيار وبين واقع القدرة على الإقدام على الأخذ به ، وما يحكم العلاقة بين الدول هو واقع ميزان القوى السائد بينها. فمجرد وجود الخيار متاحا ، لا يعني بالضرورة توقع الأخذ به عند حدوث تطور يبرر تفعيله .

---

[1] أنظر بالخصوص :

-أحمد أبو الوفا ، قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية ( علما وعملا ) مع إشارة خاصة لما هو مطبق في مصر ، ط 3 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2012 ، ص 33 – 34 .

-علي محمد جعفر ، مشروعية المعاملة بالمثل في القانون الدولي منشور في 30 .1 . 2009 ،على الرابط :

http://ashahed.blogspot.com/2011/05/blog-post_3809.html#.VGYPkMmzna0

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

الفعلية كشفت عن خلل في تنفيذ هذا المبدأ فالتدخلات تزيد ، كما تعددت وسائلها وأسبابها وصورها ، حيث حاولت العديد من الدول انتهاك ذلك المبدأ والتخفيف من حدته ، فالدوافع الحقيقية للسياسات الخارجية للدول قد تنظر دائما لهذا المبدأ باعتباره لا يناسب أهدافها .

## المطلب السادس

## مبدأ حسن النية في العلاقات الدبلوماسية .

من الركائز الأساسية للدبلوماسية حماية المصالح الوطنية للدولة والدفاع عن حقوقها ، والعمل على أساس الأخذ والعطاء ..

لذلك يكون من أولويات عمل الدبلوماسي بناء حسن النية وتنميتها بكل ما يمتلكه من مصادر ، فإذا كانت ميول الدولة المعتمد لديها صديقة ، أو على الأقل ليست عدائية ، فإن تنمية حسن النية تجاه بلده سوف يقوي الموقف الوطني ويساعد على حماية مصالحها ، وحتى في بلد ذات ميول عدائية محتملة فإن هدف الدبلوماسية هو النضال من أجل حسن النية .

وكما هو سائد في العلاقات البشرية ، فإن العمل الدبلوماسي قائم على تدعيم صورة وأسم دولة الدبلوماسي في الدولة المعتمد لديها ، واكتساب الاحترام لها وخلق حسن النية تجاهها [1] .

---

[1] أنظر بالخصوص :

-PH . Pinsolle ; distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international (clunet) 1998 p.904 – 905 .

-جمال النشار ، النية وأثرها في البناء في ملك الغير ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 1999 ، ص 9 وما بعدها .

-السيد بدوي ، نحو نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1989 ، ص 10 وما بعدها.

-أحمد عبد الكريم اسماعيل ، مبدأ حسن النية في تنفيذ وتفسير المعاهدات الدولية ، رسالة دكتوراه ، جامعة اسيوط ، كلية الحقوق ، 2006 ، ص 869 .

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

# القوانين الوضعية بين التعديل والصياغة

إعداد الدكتور : سليم عبدالدائم بشينة
أستاذ الشريعة الإسلامية المحاضر بكلية القانون – ترهونة / جامعة الزيتونة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين .

صدر قرار المؤتمر الوطني بتاريخ (12/04لسنة2013م)بشأن تعديل القوانين الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية، وتم تشكيل لجنة بإشراف دار الإفتاء مكونة من ثلاثين عضواً – إضافة إلى الخبراء – بمختلف التخصصات الشرعية والقانونية والاقتصادية، ثم أعيد تشكيلها وتقسيمها إلى أربع لجان ...

هذا القرار أيد من دار الإفتاء, ورابطة علماء ليبيا، وغيرها من الهيئات والعلماء داخل البلاد وخارجها، وعورض من علماء آخرين من داخل البلاد وخارجها وقالوا : التعديل لا يجدى وإنما الحل هو الصياغة.

وإن كان لكلا الفريقين حججه وأدلته كما سنأتي عليها إلا أن التعديل أو الصياغة أحياناً يكونان من اختصاص ومهام السلطة التنفيذية مثل :

- المقصود بتطبيق الشريعة وتحديد الميدان الذي يبدأ به .
- وكيفية مواجهة المشكلات العالمية التي تعترض تطبيق الشريعة الإسلامية .

فهذه جميعها من السياسة التشريعية العامة للدولة.وأحيانا يكونان من اختصاص ومهام السلطة التشريعية لتعديل المخالف للشريعةوغيره إذا كانت هناك مصلحة.وأحيانا يكونان من اختصاص ومهام اللجنة المخولة عن السلطة التشريعية كما في هذا القرار الذي يقتصر عملها فيه على تعديل المخالف فقط.

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

لفظا وفحوى, هذه نقطة. والثانيةأن اللجنة مخولة بتعديل القوانين الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية نصاً أو إجماعاً أو قياساً كعقود الربا والغرر والجهالة الفاحشة دون غيرها من القوانين التي يوجد لها أصل أو شبه مهما كان ضعيفا وسواء وجد دليله أم لا مادام أنه مذكور كرأي لأحد العلماء في الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه قديماً أو حديثاً وأنه لا يخالف القطعي (قوانين الأحكام).

وكذلك القوانين التي لا تتعارض مع ثوابت الشريعة (القوانين التنظيمية) كقوانين المرافعات ونظم القضاء والتعازيروغيرها.

وكذلك القوانين التنظيمية المتعلقة بشؤون الإدارة العامة المنظمة لمصالح المجتمع كقوانين الضرائب والجيش والمواصلات والتخطيط والزراعة والاقتصاد والتعليم والصحة والضمان الاجتماعي وغيرها, فهذه لا يطالها التعديل؛ لأنها مبنية على المصالح والأعراف لا على نصوص الشريعة.

وكذلك القوانين المنظمة للحكم, فهي مبنية على السياسة الشرعية.

أما قوانين الأحوال الشخصية وقوانين القصاص والدية وقوانين الحدود[1] وغيرها المصاغة من الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها الفقهية، فهذه ليست قوانين وضعية، ولا يوجد فيها مخالفة للشريعة، ولا يشملها القرار، ولا اللجنة مخولة بالنظر فيها وتعديلها بنص القرار المذكور سابقاً .

وعليه فما صرح به بعض أعضاء اللجنة بوسائل الإعلام بأنها ردت بعض القوانين إلى الراجح من أقوال أهل العلم (الجمهور) كوقوع الطلاق الثلاث في كلمة واحدة، وإلغاء الوصية الواجبة إلى آخر ما صرح به .

هذا العمل إن كان فعلا قد حصل، أو أن اللجنة عازمة عليه، هو عمل مخالف دستوراً وقانوناً وقضاء وفقها وإفتاء.فهي مقيدة بتعديل المخالف، أما الموافق فليس من مهامها، ولا يدخل في اختصاصها وفقا للقرار المذكور سابقاً.

[1]- ما عدا رجم الزاني المحصن .

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

# نظرة في الاحتجاج بالقياس في مسائل الحدود والقصاص

إعداد الأستاذ : مفتاح جعفر سعيد عبدالجواد
باحث بمرحلة الدكتوراه ، جامعة بيروت الإسلامية

## المقدمة

الحمد لله وكفى،والصلاة والسلام على عباده الذين اصطفى .

أما بعد:

إن التشريع الجنائي الإسلامي علم من علوم الشريعة الإسلامية يبحث في أفعال المكلفين خاصة فيما يتعلق بالحدود والقصاص من زاوية الخطاب الطالب للترك طلباً جازماً، فإنه مختص بتجريم الأفعال المحظورة التي يرتكبها المكلف ويضع لها أحكامها وضوابطها،إلا أن هذه الأحكام مبنية على نصوص الشريعة ومقاصدها، فلم تكن بغرض الهوى والتشهي،وإنما مستقاة من مصادر لها حجة قوية من حيث الثبوت والدلالة فجلها ثابت بالنص القرآني على وجه الإجمال،وجاءت السنة تفصيلاً لهذا المجمل أو تقييداً لذاك المطلق.

فالكتاب والسنة والإجماع لا خلاف في اعتبارهم مصدر من مصادر التجريم والعقاب،ولكن السؤال الذي يحتاج إلى بيان هو:هل القياس حجة في التجريم والعقاب أو لا؟وهل القول بحجيته يعد تناقضاً مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أو لا؟ وهل دلالة القياس الظنية تعد شبهة يدرأ بها الحد أو لا ؟

من هنا جاءت الإجابة عن هذا التساؤل تحت عنوان:"نظرة في الاحتجاج بالقياس في التجريم والعقاب في مسائل الحدود والقياس " .

**خطة البحث:**

**توطئة :**

التعريف بالمصطلحات الواردة في البحث

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

# خصوصية الحماية الجنائية للمتعاقد الإلكتروني(بحث مقارن)

إعداد الدكتورة : روسم عطية موسى

عضو هيئة التدريس بكلية القانون – درنة- جامعة عمر المختار

## مقدمة

منذ القرن التاسع عشر كانت الطريقة الوحيدة للتعاقد عن بعد تتحقق بالمراسلة, حيث يقوم البائع بطرح عروضاته من خلال كتالوج أو إعلان, ويمرر الشاري طلبيته من خلال وسيلة بريدية, لا زالت هذه الطريقة في البيع موجودة وتمارس حتى الآن, إلا أنها لم تعد الشكل الوحيد للبيع عن بعد.

ثم تعددت وسائل البيع عن بعد بسبب تطور تكنولوجيا الاتصال, وتنوعت تبعاً لذلك أساليب الإضرار بالمتعاقد.

ويقصد بالمتعاقد عن بعد: هو الذي يبرم عقداً مع مورد بشأن سلع وخدمات, في إطار نظام بيع أو تقديم خدمات عن بعد من قبل المورد الذي يستعمل تقنية الاتصال عن بعد لغاية إبرام العقد, بما في ذلك إنشاء العقد ذاته.[1]

فالمتعاقد في إطار التعامل عن بعد هو ذاته في عملية التعاقد التقليدية, لكنه فقط يتعامل عبر وسائط إلكترونية أو يستفيد من الخدمات الإلكترونية.

### أهمية البحث

لقيت الحماية الجنائية للمتعاقد عن بعد اهتماماً محلياً ودولياً, فبعد أن كانت قد قامت بحماية المتعاقد التقليدي باعتباره الطرف الضعيف في عقد

---

[1] طوني ميشال عيسى, التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت, (د.ط), (د.م.ن): صادر ناشرون, 2001, ص: 254.

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

## المبحث الأول

## خصوصية الحماية الجنائية الموضوعية

- **خصوصية الركن المادي:**

إن النشاط أو السلوك المادي في الجريمة الإلكترونية يتطلب وجود بيئة رقمية وجهاز كمبيوتر واتصال بشبكة الإنترنت, ويتطلب أيضاً معرفة بداية هذا النشاط والشروع فيه ونتيجته.

إن النشاط أو السلوك المادي عبر الإنترنت محلاً لتساؤلات عديدة , سيما فيما يتعلق ببداية أو الشروع في ارتكاب الجريمة, ومثل هذا النشاط يختلف عما هو الحال في العالم المادي, فارتكاب جريمة عبر الإنترنت يحتاج بالضرورة إلى منطق تقني, وبدونه لا يمكن للشخص حتى الاتصال بالإنترنت, سواء كان بقصد ارتكاب جريمة أم لمجرد التصفح أو الدخول في الاتصال المباشر كالمحادثة وغيرها.

وهذا السلوك المادي الإيجابي الممثل في المنطق التقني يجعل الجريمة عبر الإنترنت ذات طابع موحد بالضرورة , فهي تباشر من حيث السلوك أو النشاط المادي فيها, كأحد عناصر الركن المادي يضاف إلى فلسفة الركن المادي في الجريمة.

وتبرز القيمة الموحدة في الحاجة إلى النشاط التقني أمراً لازماً هنا و إلا فقدت الجريمة مقوماتها, لذلك يعد الدفع بعدم وجود قدرات تقنية حال الاتهام بارتكاب جريمة عبر الإنترنت ما دام كان الغرض مجرد الإبحار العادي ولا وجود لمشروع إجرامي هنا, فالحاجة إلى النشاط التقني أمراً لازماً وإلا فقدت الجريمة مقوماتها.

وهذا يعني - بدقة أكثر- تمتع الشخص بالتقنية الكافية في هذا الشأن لارتكاب الجريمة, ويترتب على هذا الأمر نتيجة هامة تتمثل في ضرورة بناء منطق الإدانة في مثل هذه النوعية على اشتراط الدراية بالكمبيوتر , إذ من غير المتصور أن يكتفى بالإدانة لمجرد أن الشخص اعترف بارتكابه للجريمة, وهو لا يعلم عن الكمبيوتر والإنترنت شيئاً.

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

معنوياً لها لا تقوم بدون توفره وبأنه في المبدأ يكتفا بالقصد العام, ولا يتطلب القصد الخاص, إلا استثناء في بعض الجرائم فقط, بحيث يظهر في النص صراحة أو ضمناً أو تفرضه طبيعة الجريمة.

غير أنه بدأت تظهر بوادر جديدة في أمريكا حول عدم تطلب النية الجرمية لدى الفاعل لقيام هذه الجريمة, وقد تجلى ذلك في العديد من الأحكام القضائية نذكر منها:

حكم أصدرته المحكمة الفدرالية في كاليفورنيا عام 1995 , قضت بأن الشركة التي تهتم بعمليات ترويج الإنتاج عبر الإعلانات على شبكة الإنترنت, تعد هي المسئولة عن سرقة هذه الإعلانات أو أشكالها, في حال لم تقم بوضع علامة الحقوق الذهنية المحفوظة Copy RIGHT عليها. ولا تعتبر النية عنصراً جرمياً لقيام الجريمة.[1]

وفي حكم آخر أصدرته المحكمة الجزئية في فلوريدا, أدانت شخصاً صاحب شركة تعمل في البث على الإنترنت لإقدامه على نشر العديد من الصور الخاصة بمجلة ( Play boy) المشهورة, وعلى بيع هذه الصور بسعر أقل من سعر المجلة, مما شكل منافسة غير مشروعة, وأدى إلى قيام العديد من الأشخاص الذي يدخلون على شبكة الإنترنت, بسحب الصور والاستعاضة عن شراء المجلة المذكورة, مما الحق ضرراً بها.[2]

ولقد اعتبرت هذه المحكمة بأنه لا حاجة لتوفر القصد لدى هذا الشخص لقيام جرمي المنافسة غير المشروعة والقرصنة المعلوماتية, **فالنية أو المعرفة ليست عنصراً لقيام الجريمة.كما أنه لا يعتد بحسن النية أو عدم العلم.**

**أما في القضاء الفرنسي** فإن منطق سوء النية يكتسح النصوص التي تطبق بشأن الإنترنت, حتى أنه يخل أن هذه الجرائم لا يمكن أن تدخل حيز

---

(1)Jonathan Rosenoer : Cyber Law, The law of the internet, R.R. Donnelley and sons, Harrisonburg, V.A,USA, 1997, p:80 - 82.

(2) Jonathan Rosenoer : op. cit, p: 39 41.

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

ثم صدر قانون فيدرالي مختص بالتوقيع الإلكتروني ضمن نطاق التجارة الداخلية والعالمية, وقد صدر هذا القانون في 30/ 6/ 2000 :

Electronic Signatures in Global and National Commerce Act

وبتطبيق قواعد أحكام هذه القوانين, نجد أن قواعد الإثبات الفيدرالية, وقانون التوقيع الإلكتروني, تقبل السندات الإلكترونية في الإثبات بوصفها دليلاً كتابياً كاملاً , سواء من حيث الكتابة الإلكترونية أو اعتماد التوقيع الإلكتروني.

أما في فرنسا ولما كانت حجية السندات الإلكترونية بموجب أحكام قانون 1980 حجية ناقصة, ولم تعد تنسجم مع متطلبات التطور التكنولوجي المتسارع , فقد تدخل المشرع لتعديل قواعد الإثبات, فصدر التعديل التشريعي في 13/ 3/ 2000 والمعدل لنص المادة (1316) من القانون المدني الفرنسي إذ أعاد المشرع صياغة نص المادة لتستوعب كل صور الكتابة, سواء كانت بالأساليب التقليدية أم الإلكترونية, وجاءت في المادة(1316) فقرة جديدة تتعلق بالسند الإلكتروني وجعله مساوياً في الإثبات للسند المكتوب.[1]

وهكذا يتضح أن التعديل الذي تبناه المشرع الفرنسي جاء منسجماً مع التطور الهائل الذي وصلت إليه تكنولوجيا وسائل التقدم العلمي في الإثبات, إذ أصبحت الكتابة الإلكترونية مساوية للكتابة الورقية في الإثبات.

وفي مصر وفي إطار التوجه المصري نحو النهضة التكنولوجية, وتنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات , سواء على المستوى الحكومي أو المؤسسي أو من جانب الأفراد, ولكي تتواكب مصر مع التطور المتلاحق في استخدامات تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في

---

[1] هدى حامد قشقوش, الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت, (د.ط) , القاهرة: دار النهضة العربية, 2000, ص72.

مختلف الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية, فقد دعت الحاجة إلى إصدار قانون لتنظيم التوقيع الإلكتروني والإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية.

وفي هذا الإطار صدر القانون المصري رقم (15 ) لعام 2004 بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات رقم (109) لعام 2005.[1]

وهذا القانون لم يواجه كافة الصعوبات والمسائل التي تواجه اعتبار المحرر الإلكتروني دليلاً كتابياً كاملاً في الإثبات على قدم المساواة مع المحرر الورقي,إذ يظل من اللازم مواجهة بعض المسائل التقليدية التي قد تثير صعوبات لدى تطبيقها على المحررات الإلكترونية باعتبار أنها وضعت في وقت سادت فيه الكتابة على دعامة ورقية.

## الخاتمة

لقد توصلنا من خلال بحثنا لموضوع خصوصية الحماية الجنائية للمتعاقد الالكتروني لجملة من النتائج والتوصيات نوردها فيما يلي:

✓ **النتائج**

**أولا:على المستوى الموضوعي**

- إن النشاط أو السلوك المادي عبر الإنترنت يتطلب وجود بيئة رقمية ويحتاج إلى منطق تقني, وبدونه لا يمكن للشخص حتى الاتصال بالإنترنت, ومثل هذا النشاط يختلف عما هو الحال في العالم المادي.

---

[1] صدر قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (15), في الأول من ربيع الأول 1425, الموافق 21 / 4/ 2004, ونشر في الجريدة الرسمية ع(17 تابع/ د), في 22 / 4/ 2004, ص: 17 - 26.

وصدرت اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني بموجب قرار وزير الاتصالات, وتكنولوجيا المعلومات رقم (109) لعام 2005 الصادر في 15/ 5/ 2005, والمنشور في جريدة الوقائع المصرية بتاريخ 5/25/ 2005 ع (115) تابع.

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

# الضبطية القضائية فى الفقه الإسلامى

إعداد الأستاذ : حيدر حسن فرحات العائب
باحث بمرحلة الماجستير بكلية الحقوق – جامعة المنصورة

## المقدمة

إنّ موضوع الضبطية القضائية في النظام الإسلامي من الموضوعات ذات الأهمية البالغة؛ لارتباطه بأهمّ القضايا الجوهرية المتعلقة بإصلاح العمق الاجتماعي عقيدة وأخلاقاً وسلوكاً ومعاملة ، و في عموم نظم حياته ، وهو موضوع غاية فى الخطورة، والبحث فيه شيق ممتع وهو فى الوقت ذاته شائك مؤلم، شائق لأنّه يمتّ بصلة إلى التاريخ الإسلامي في تلك الحقبة من عصور الإسلام الزاهرة ويدلي برحم وشيجة ترتبط بحكمة التشريع الإسلامي منذ نشأته، وحتى قيام الساعة ، كما تؤكد على شرعة التعاون والتناصر بين بني الإنسان الذين ورثوا آدم خليفة الله في أرضه ليستمتع بما آتاه الله من فضله ، في المدى الذي قدر لبقاء العالم في تلك الحياة الدنيا، وشائك لتعلقه بحريات الأفراد وتصرفاتهم، فلا يجوز أن يُترك أى أحد يفعل ما شاء كيفما شاء ووقتما شاء، ثم يقول أنا حر، فلا بد من سلطة تضرب بيد من حديد على أيد العابثين بمقدرات المجتمع وعاداته وتقاليده التى تتوافق مع نهج الإسلام القويم ، وصراطه المستقيم .

والسر في تشريع الحسبة ـــ وحينما أقول الحسبة أعنى بها الضبطية القضائية والعكس صحيح ـــ في الإسلام أنّ الناس لا تتم مصالحهم الدنيوية ، ومقاصدهم الأخروية، إلاّ بالاجتماع والتعاون على جلب المنافع ودفع المضار ،وأنهم محتاجون دائماً إلى نظام يسيرون على هديه وسلطة تحرص على تحقيق هذا النظام في حياة المجتمع ؛لأن " كل بني آدم لا تتم مصلحتهم لا في الدنيا ولا في الآخرة، إلاّ بالاجتماع والتعاون والتناصر؛ فالتعاون على جلب منافعهم ، والتناصر لدفع مضارهم؛

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

خصائص القضاء، ونظر المظالم والشرطة، فهى تفصل فى المنازعات الظاهرة والتى لا تحتاج إلى دليل، وهو ما يشبه القضاء، وتتولى تأديب المجاهر بالمعصية، وهى فى ذلك تشبه ولاية المظالم، بالأضافة إلى مراعاتها للنظام العام والأمن فى الطرقات، وهى فى ذلك تتميز بعدة سمات من أهمها :

**أولاً : الضبطية القضائية لها طابع قضائى**

ولاية الحسبة ( الضبطية القضائية ) كما عرفتها الشريعة الإسلامية، هى نوع من الهيئات ذات الولاية البوليسية القائمة فى بعض النظم الحديثة، والتى تباشر إلى جانب اختصاصها التنفيذى اختصاصاً قضائياً يجيز لمأمور الضبط القضائى ( المحتسب) أن يحكم بتعزيره فلا يتجاوزه إلى حد فيما دفعه القضاء عنه، حتى إذا جاوز ذلك القدر وجب أن يكون جامعاً بنص صريح بين قضاء وضبط، والضبط على هذا الوجه يصح أن يكون جهة قضاء درجة أولى كقضاء المخالفات مثلاً؛ لذلك جاز أن يحيل إليها القاضى ما رفه هو عنه، ومن الجائز أيضاً أن يحيل والى المظالم إليها الدعوى لتفصل فيها إذا رأى أنها داخلة فى اختصاصها دون حاجة إلى إحالة من القاضى(1)

وعلى العموم أشرنا فى المطلب السابق إلى بحث ما بين الحسبة والقضاء من أوجه اتفاق واختلاف، وفيما اشرنا إليه الكفاية.

**ثانياً : تعدد اختصاصات مأمورى الضبط القضائى ( المحتسب ) فى الفقه الإسلامى**

يمكن لمامورى الضبطية لقضائية فى الفقه الإسلامى القيام بإجراء أو أكثر من إجراءات التحقيق، حيث يمكنه القيام بتوجيه التهم، والتحقيق مع المتهمين، وكذلك توقيع العقاب ثم تنفيذه، وهو ما جرى عليه العمل فى العصور الإسلامية المتعاقبة، فالشرطة هى من تقدم الدليل على ارتكاب

(1) انظر : سلطات مأمور الضبط القضائى فى حالة الجريمة المشهودة ( التلبس ) دراسة فى القانون اليمنى مقارنة بالفقه الإسلامى والقانون المصرى،عبد الرحمن محمد عبد الله الحضر، رسالة نال بها المؤلف درجة الدكتوراة من اكاديمية الشرطة المصرية، 1418هـ=1998من ص147 وما بعدها

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ

مجلة العلوم القانونية ـــــــ