

مجلة البحوث القانونية

مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون - جامعة مصراتة

من المحتويات -

- صنع القرارات الإدارية
د. محمد نجيب أحمد الكبتي
- النور القضائي في تعزيز الضمانات القانونية للزعيم الملكية للمنفعة العامة
د. محفوظ علي تواتي
- العرف كمصدر للقانون الإداري الليبي
د. محمود عمر معنوق
- الشركة القابضة أداة قانونية لإدارة مجموعة الشركات
د. فرح سليمان حمودة
- الدفع بعدم الاختصاص وإشكالياته في قانون المرافعات الليبي
أ. يوسف مختار المستيري
- تولي المرأة منصب القضاء في الفقه الإسلامي
د. أحمد عثمان احميدة
- أساس الحماية الجنائية للجنين
د. شعبان محمد عكاش
- مياسة التجريم والعقاب في مسألة الأسعار في التشريع الليبي
د. أبو بكر أحمد الأصغري
- LE PROJET TERRITORIAL TOURISTIQUE
FONDEMENT D'UNE MOBILITE DURABLE EN LYBIE
D. BOUTET
- تعليق على حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا
ببطلان قرار المؤتمر الوطني العام رقم 2014/38
بتكليف أحمد معيتيق برئاسة الحكومة
د. محمود سلامة الغرياني



السنة الثانية

العدد الثاني

أكتوبر 2014 م

مجلة البحوث القانونية - مجلة نصف سنوية محكمة تصدر عن كلية القانون جامعة مصراتة

السنة الثانية - العدد الثاني - أكتوبر 2014 م



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 مصراتة

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 134/2013م

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

صنع القرارات الإدارية

- 9 د.محمد نجيب أحمد الكبتي
الدور القضائي في تعزيز الضمانات القانونية لنزع الملكية للمنفعة العامة
- 28 د.محفوظ علي تواتي
الحرب على الإرهاب في ضوء القانون الدولي
- 48 د.إيناس عبد الله أبو حميرة
العرف كمصدر للقانون الإداري الليبي
- 78 د.محمود عمر معتوق
الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في المواثيق الدولية والشريعة الإسلامية
- 103 أ.زينب عبد الله علي أبو بريدة
مبدأ تسوية النزاعات الدولية بالوسائل السلمية
- 138 أ.فرج محمد حنيش
الشركة القابضة أداة قانونية لإدارة مجموعة الشركات
- 171 د. فرج سليمان حمودة
الدفع بعدم الاختصاص وإشكالياته في قانون المرافعات الليبي
- 202 أ.يوسف مختار المستيري
تولي المرأة منصب القضاء في الفقه الإسلامي
- 232 د. أحمد عثمان احميدة
أساس الحماية الجنائية للجنين
- 259 د. شعبان محمد عكاش

- 296 سياسة التجريم والعقاب في مسألة الأسعار في التشريع الليبي
د. أبو بكر أحمد الأنصاري
- 332 حق المتهم في الاستعانة بمحام أثناء مرحلتي الاستدلال والتحقيق في القانون الليبي
د. علي محمد عنيبة
- 360 LE Project Territorial Touristique Fondement D'une Mobilite Durable En Lybie
D. BOUTET

ثانياً: التعليق على الأحكام

- تعليق على حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا ببطان قرار المؤتمر الوطني العام رقم 2014/38 بتكليف أحمد معيتيق برئاسة الحكومة
د. محمود سلامة الغرياني

ثالثاً: القوانين

- 400 القانون رقم (14) لسنة 2013م بتعديل بعض أحكام قانون نظام القضاء

الإفتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي فضل أهل العلم وأخصهم بخشيته، والصلاة على أكرم من دعا إلى الله
وعلم، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

أما بعد ،،،

إن مزيداً من السرور يغمرنا ونحن ندبج هذه الكلمات في هذا المقام؛ لتكون
افتتاحية للعدد الثالث 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.
ونحن إذ نقدم للقراء هذا العدد، نتمنى أن يكون في مستوى تطلعاتهم، وأن
يجدوا فيه ما يشدهم إليه، ونستنهض همهم إلى التواصل مع المجلة ومدّها بما تجود به
قرائهم من أبحاث ودراسات قيمة تضيف على المجلة قيمة سابقة لدى المطلعين عليها.
ونأمل من القراء الكرام إبداء ملاحظاتهم وانتقاداتهم الهادفة، ونعدهم بانها
ستلقي صدراً رحباً متشوقاً إلى معرفتها والعمل بها؛ لتفادي الأخطاء التي يقع فيها كل
من شدّ منزره للعمل.

وتغتتم 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

صنع القرارات الإدارية

د. محمد نجيب أحمد الكبتي*

تعتبر عملية صنع القرارات أساس وجوهر العملية الإدارية ومحورها الرئيسي، فالممارسة الإدارية تتطلب مواجهة مجموعة كبيرة من المواقف والمهام اليومية، مما يستدعي معها الاختيار بين البدائل المختلفة لما يجب عمله.

فصنع القرارات من حتميات الأمور في الإدارة العامة والخاصة على حدٍ سواء، وعلى الرغم من أن هذه العملية لا تعتبر وظيفة مستقلة من وظائف الإدارة، إلا أنها تعد بمثابة الوسيلة أو الأداة الأساسية لممارسة جميع وظائف الإدارة الأخرى من تخطيط وتنظيم وتنسيق وقيادة ورقابة.

وتمثل وظيفة صنع واتخاذ القرارات من حيث طبيعتها، عملية اختيار بين بدائل عديدة محتملة، فهي بمفهومها انعكاس لسلوك مستقبلي يترتب عليه نتائج متوقعة، فهي تعنى بالماضي حيث تحدد المشكلة التي تواجه متخذ القرارات وتجمع المعلومات والبيانات حولها، والتي تبعث على الشعور بالمسؤولية لاتخاذ القرار.

كما أنها تعكس الحاضر في عملية الاختيار بين البدائل المطروحة، ولها كذلك ميزة المستقبل من جهة تنفيذ القرار لمعالجة حالة وتحقيق النتائج المرجوة.

وعملية صنع القرارات عملية ديناميكية مستمرة ودائمة، ومتغلغلة في جميع مستويات الجهاز الإداري، وتتضح بصورة أكبر في مستوى الإدارة العليا، لأن ذلك يمثل جوهر نشاطها الإداري، فهي تعبر عن استمرار النشاط الإداري وحيويته وانسيابيته.

(* عضو هيئة التدريس، كلية القانون، جامعة مصراتة.

والسؤال هنا ما المعنى والمقصود بالقرار والصور التي يظهر فيها، وما هي الخطوات التي تمر بها عملية صنع القرارات والعوامل التي تساعد في اتخاذ قرار رشيد؟ وهل القرارات صورة واحدة أم أن لها صور متعددة؟ لأجل التوضيح والإجابة على هذه التساؤلات اتبعنا الخطة التالية:

المطلب الأول: ماهية القرار الإداري.

المطلب الثاني: خطوات صنع القرارات.

المطلب الأول

ماهية القرار الإداري

يقتضي أن لا تخضع عملية صنع القرار لعامل الصدفة بل يجب أن تعكس ظروف العمل وأن تكون متزنة ومتلائمة معه، فما المقصود بالقرار الإداري لغةً واصطلاحاً، وأنواعه، وكيف يستطيع الرئيس الإداري أن يتخذ القرار الصائب. نوضح ذلك في النقاط التالية:

أولاً: مفهوم القرار الإداري:

يعني مفهوم قرار باللغة الإنجليزية Decision وهو مشتق من أصل لاتيني ويعني البث النهائي والإرادة المحددة لصانع القرار بشأن ما يجب وما لا يجب فعله للوصول إلى موقف معين أي إلى نتيجة محددة ونهائية⁽¹⁾.

ويختلف المعنى الاصطلاحي للقرار في القانون الإداري عنه في علم الإدارة العامة، فالقرار في القانون الإداري يعني العمل القانوني الذي يصدر عن موظف أو هيئة إدارية، أحادي الجانب في الشكل الذي يحدده القانون بقصد أحداث آثار قانونية بالإنشاء أو التعديل أو الإلغاء، وتهدف الإدارة من ورائه إلى

(1) نقلاً عن د. إبراهيم عبدالعزيز شيحا، أصول الإدارة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية،

تحقيق المصلحة العامة⁽¹⁾، وفق هذا المفهوم لا يكون القرار الإداري صحيحاً إلا إذا توافرت فيه خمسة أركان هي الاختصاص، والشكل، والسبب، والمحل، والغاية، والقرار الإداري بهذا الوصف لا يشغل إلا جانباً محدوداً من نشاط وعمل الإدارة، إذ قد تمضي أيام عديدة على جهة الإدارة دون أن تصدر قرار بهذا المعنى، كما أن إصدار القرارات لا يتم إلا في مستويات الإدارة العليا عادةً. أما مفهوم القرار في إطار علم الإدارة فهو أكثر شمولاً وأوسع دلالة من مضمونه في القانون الإداري، فهو الاختيار المقصود للرئيس الإداري من بين أكثر من بديل مطروح أمامه بقصد معالجة موقف أو حالة معينة، وبذلك يمكن أن نعرّف القرار حسب مفهوم الإدارة العامة (بأنه الاختيار المدرك بين البدائل المتاحة في موقف معين، أو هو عملية المفاضلة بين حلول بديلة لمواجهة مشكلة معينة، واختيار الحل الأمثل من بينها)⁽²⁾.

ويتضح من التعريف السابق أن للقرار وفق هذا المفهوم ركنان أساسيان:

1- أن يكون أمام الرئيس الإداري أكثر من بديل: بمعنى أن يمارس هذا الرئيس اختصاصه في مجال السلطة التقديرية بأن تكون أمامه خيارات عديدة تكون له حرية اختيار أحدها وفق ما تقتضيه مصلحة العمل وملاساته، أما عندما يكون هذا الرئيس يمارس اختصاصاً مقيداً، أي عندما تحدد له القوانين واللوائح سلوكاً معيناً وطريقاً واحداً لمعالجة المشكلة فإن المدير لا يتخذ قراراً لأنه هنا مجرد مطبقاً لما أملاه عليه القانون وليس له حرية الاختيار، كأن يوجب القانون ترقية

(1) راجع في ذلك الطعن الإداري رقم 1 لسنة 1 قضائية، قضاء المحكمة العليا القضاء الإداري والدستوري، الجزء الأول، ص25، كذلك د. محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الثالثة، طرابلس 1998م، ص144 وما بعدها. كذلك د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص173.

(2) لمزيد من التوضيح راجع د. عبدالفتاح حسن، مبادئ الإدارة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967م، ص145.

الموظف بالأقدمية، ففي هذه الحالة لا يتخذ الرئيس الإداري قراراً، وهذا خلاف لو كانت الترقية بالاختيار، فيكون أمامه الترقية من عدمها، وبمعنى آخر يكون أمام الرئيس الإداري أكثر من بديل عندما تكون له سلطة إصدار القرار أو الامتناع عن إصداره⁽¹⁾، على أنه يشترط في البدائل المطروحة أن تكون متاحة أي ممكنة ليست مستحيلة أو محظورة.

2- أن يتم الاختيار بناءً على تفكير وتعقل دون ضغط أو إكراه: وهو ما يعني أن يتخذ القرار بقصد وشعور من مصدر القرار وليس محض الصدفة أو لا شعور، فالتصرفات العفوية أو اللا شعورية تصدر دون دراسة أو تفكير، وبالتالي لا تعد قرارات بالمعنى الفني، إضافة إلى ذلك يجب أن يتم الاختيار المدرك بكل حرية وليس تحت ضغط أو إكراه مادي أو معنوي؛ لأن ذلك يفسد عملية الاختيار ويعدم حرية اختيار البديل الأمثل والمناسب من بين البدائل المتاحة.

نخلص إلى القول بأن مفهوم القرار من منظور القانون الإداري يهتم بمسألة مشروعية أو قانونية القرار ومدى توافر شروط صحته، أما علم الإدارة العامة فيهتم بالجوانب الفنية في عملية صنع القرار للوصول إلى صدور القرار الرشيد والمناسب في الوقت المناسب، وبالتالي يقتضي لنكون أمام قرار وجود مشكلة أو موقف معين وتوافر أكثر من بديل أو حل متاح لمعالجة هذه المشكلة أو ذلك الموقف، وأن يكون لمصدر القرار حرية الاختيار والمفاضلة بين البدائل الممكنة. وتتميز عملية صنع القرارات بأنها نشاط ذهني أو فكري للرئيس الإداري ومدى مقدرته على التصور والتعلم والتذكر واستيعاب العوامل المحيطة وتوظيفها لاتخاذ القرار الرشيد لتحقيق أهداف المنظمة الإدارية⁽²⁾.

(1) د. عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص 146.

(2) راجع د. موسى خليل، الإدارة المعاصرة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،

الطبعة الثانية، بيروت، 2011م، ص 210.

ثانياً: أنواع القرارات الإدارية:

تصنف القرارات الإدارية إلى عدة أنواع ويمكن تحديدها في الأنواع التالية:

1- **القرارات الأساسية والقرارات الروتينية:** وهي أهم نوع للقرارات، ويقصد بالقرارات الأساسية هي القرارات التي تتعلق بكيان المنظمة وسياستها وأهدافها العامة التي تسعى إلى تحقيقها، ويطلق عليها أحياناً القرارات الإستراتيجية، ومن أمثلتها القرارات المتعلقة بالتخطيط الشامل، أو بتغيير في التوجهات والسياسات العامة، أو إعادة هيكلة المنظمة بالإضافة والتوسع أو الخفض والتضييق⁽¹⁾.

أما القرارات الروتينية فهي القرارات المنكررة اليومية والتي لا تحتاج لبحث ودراسة معمّقة، كونها لا تؤثر في التنظيم تأثيراً مباشراً، حيث تصدر بشكل تلقائي وفوري وعادةً تتعلق بالأعمال ذات الطابع الكتابي وليس الفني، ومن أمثلتها، قرار منح إجازة لأحد العاملين، ومنح ترخيص مزاولة نشاط، أو منح تصريح خروج أثناء ساعات الدوام الرسمي.

وتسمى القرارات الروتينية عند بعض الباحثين بالقرارات المجدولة كونها متكررة ويمكن تحديدها وجدولة طريقة وأسلوب إجراءاتها، كما تسمى القرارات الأساسية بالقرارات غير المجدولة، حيث كل قرار له ظروفه وملايساته الخاصة، وبالتالي يحتاج إلى إجراءات وأسلوب خاص لاتخاذ.

وعادةً تتخذ القرارات الأساسية من قمة التنظيم، أي الإدارة العليا، لما تتسم به من جوانب فنية وأهمية، أما القرارات الروتينية فتصدر من الإدارة الوسطى والدنيا.

2- **القرارات اللائحية والقرارات الفردية:** ويعتمد هذا التصنيف على المخاطبين بالقرار، فيكون القرار لائحياً إذا كان يخاطب الأفراد بأوصافهم لا بذواتهم، فهي قرارات موجهة لأفراد غير محددين، حيث يسري القرار على كل من توافرت فيه الشروط التي حددت في القرار، وتصدر عادةً هذه القرارات من السلطات

(1) لمزيد من التفصيل راجع، د. محمد رفعت عبدالوهاب، د. حسن عثمان محمد، الإدارة

العامة، دار المطبوعات الجامية، الإسكندرية، 1899م، ص498.

الإدارية العليا في الدولة، وتظهر هذه القرارات في شكل لوائح تنفيذية، والتي توضح آلية تنفيذ القوانين الصادرة عن المشرع، وتفصل ما جاء عاماً في هذه القوانين دون إضافة أحكام جديدة.

كذلك قد تظهر القرارات اللائحية كلوائح تنظيمية، عندما تبين وتحدد البناء الهيكلي للوحدات الإدارية واختصاصاتها الإدارية والمالية والفنية. كما تظهر اللوائح في شكل لوائح مستقلة عندما تنظم موضوعات لم يسبق للمشرع تنظيمها وفوض الإدارة العليا في تنظيمها.

أما القرارات الفردية فهي التي يُخاطب فيها مصدر القرار فرداً أو أفراد معينين بذواتهم، وذلك بقصد الإنشاء أو التعديل أو الإلغاء في مراكزهم القانونية كقرارات التعيين أو التأديب أو النقل، وتصدر مثل هذه القرارات من مختلف المستويات الإدارية.

ويلاحظ أن القرارات الفردية ليس لها تأثير مباشر في حياة التنظيم على خلاف القرارات اللائحية، باعتبارها تضع قواعد قانونية عامة، فهي تتميز بعمق وشمول من حيث إعدادها ودراستها ونطاق تطبيقها داخل المنظمات الإدارية⁽¹⁾.

3- القرارات النظامية والقرارات الشخصية: ويعد القرار نظامياً عندما يتخذه الرئيس الإداري بوصفه وصفته الرسمية في التنظيم، أي باعتباره مسئولاً حسب الوظيفة التي يشغلها، - وزير - رئيس جامعة - مدير مؤسسة - وعمله هذا يؤثر في سير العمل بالمنظمة الإدارية، كقرارات التأديب أو الترقية، أو دمج وإنشاء الأقسام بالمنظمة.

أما القرارات الشخصية، فهي التي يتخذها في إطار تقديره كفرد عادي، فهي لصيقة بشخصه ولها قيمة ذاتية، أي لا تمس المنظمة من ناحية رسمية، فهي

(1) راجع د. محمد عبدالله الحراري، مرجع سابق، ص 180. كذلك د. محمد رفعت

عبدالوهاب، ود. حسن عثمان، مرجع سابق، ص 501.

متصلة بتصرفات المدير الشخصية، كأن يحدد يوم للمقابلات للجمهور، أو يحدد موعد إجازته السنوية⁽¹⁾.

ثالثاً: العوامل التي تساعد على اتخاذ القرار الصائب والرشيد:

لاشك أن الغاية التي تنتشدها الإدارة من قراراتها هو الوصول إلى قرارات رشيدة، تساعد على تحقيق كفاءة وفاعلية أكبر في عمل المنظمة والتي بدورها تؤدي إلى تحقيق المنظمة لأهدافها على أكمل وجه.

لكن للوصول إلى هذه الغاية هناك العديد من العوامل لو انتبه إليها رئيس الإدارة لكانت عاملاً مساعداً في تحقيق هذه الغاية، فأهداف المنظمة أو الهيئة تشكل محور التوجيه الأساسي لكل العمليات بها، لذلك فإن بؤرة الاهتمام في اتخاذ القرار هي اختيار أنسب الوسائل التي يبدو أنها سوف تحقق أهداف المنظمة التكنيكية أو الإستراتيجية.

ومن أهم العوامل التي تؤثر في اتخاذ القرار الآتي:

1- **العامل النفسي والواقعي:** ويتعلق هذا الجانب بشخصية مصدر القرار ومدى تفهمه للواقع الذي تعمل فيه المنظمة الإدارية، حيث يتوجب على المسئول الإداري تحقيق أهداف المنظمة التي يعمل بها وليس أهدافه الشخصية، حتى وإن كان رأيه الشخصي لا يتفق مع أهداف المنظمة، بمعنى يجب أن لا يؤثر ذلك في إخلاصه وتفانيه في تحقيق تلك الأهداف كما حددتها القوانين واللوائح التي تحكم عمله، وكما يقول الفقه أنه في اللحظة التي يحس فيها المدير أن شعوره

(1) لمزيد من التفصيل راجع د. إبراهيم عبدالعزيز شيجا، مرجع سابق، ص 344.

كذلك د. نجم الدين الغنوم، دراسة في سييسولوجيا الإدارة،

ص 5، <http://www.annajah.net/Arabic/show.id=3077>

الشخصي قد أصبح لا يساير أهداف المنظمة، أو يتعارض معها بدرجة خطيرة فيجب عليه أن يغادر مركزه فوراً⁽¹⁾.

أو من الأفضل له أن يتخلى عن مسؤولياته لغيره، فالبواعث النفسية لدى المسئول ومدى معقوليتها، والبيئة النفسية التي يعيش فيها هما اللتان تفسران وتوجهان هذا المسئول إلى اختيار القرار من بين البدائل التي أمامه.

فالقائد الإداري يجب أن يتمتع بما يسمى بالحاسة الإدارية في قيامه بمهام الإدارة، وأن يؤمن إيماناً كاملاً بوجود تحقيق أهداف المنظمة قدر إيمانه بوجود تحقيق أهدافه الذاتية أو الخاصة، وأن يعمل على إثارتها أيّاً كان رأيه فيها.

كما تعتبر الثقافة السائدة في المجتمع خاصة نسق القيم والمبادئ التي تتصل بعملية اتخاذ القرار عنصراً مهماً يجب أخذه في الحسبان، فالإدارة لا تمارس نشاطها في الفراغ إنما تباشره داخل المجتمع وللمجتمع، وبالتالي لا بد من مراعاة الأطر الاجتماعية والثقافية للمجتمع عند اتخاذ القرار.

2- المشاركة في اتخاذ القرار: يكاد يجمع كتاب الإدارة العامة على أن عملية صنع القرارات يجب أن لا تقف عند حد المدير أو الرئيس الإداري، وإنما يجب أن تمتد لتشمل معاوني ومساعدى المدير وإلى كل من لهم صلة بموضوع القرار، أو يمس مصالحهم، أي توسيع دائرة المشاركين كلما كان ذلك ضرورياً، وعدم تركيز صنع القرار في يد فرد واحد، فهي عملية جماعية بالدرجة الأولى.

وتتعدد وسائل المشاركة، فقد تكون بالاقتراح أو الرأي أو تقديم المعلومات والبيانات التي تساعد في اتخاذ القرار الناضج، وهذه المشاركة قد تكون من الأعضاء في المنظمة أو من خارجها.

فعموم الموظفين في الوحدات الإدارية العامة يدخلون كقوة مؤثرة وفعالة في الاختيارات والحلول التي تسلكها الإدارة لمواجهة متطلبات العمل،

(1) راجع د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ علم الإدارة العامة، دار الفكر العربي، الطبعة

فهؤلاء الموظفون يجب أن لا يقتصر دورهم على تنفيذ ما يصدر إليهم من أوامر فقط، فمن الخطر تحويلهم إلى مجرد آلات وإغفال أهمية مشاركتهم في عملية صنع القرارات داخل المنظمة الإدارية.

وكما يقول "لانديرج" يصدر القرار باسم شخص واحد نيابةً عن المنظمة، إلا أنه يجب أن لا نعفل الآخرين الذين ساهموا في تمييز المشكلات وتحديد وتقييم البدائل والتوصل إلى الخيار النهائي، وبالتالي يمكن إرجاع عناصر القرار إلى أشخاص عديدين، بمعنى أن عملية صنع القرارات هي جهد مشترك لأكثر من فرد وليس جهداً فردياً محضاً ينسب لفرد معين مهما كان موقعه في البناء التنظيمي للإدارة⁽¹⁾.

وكما تكون المشاركة من داخل المنظمة، تكون من خارجها، فالإدارة لا تعمل في فراغ، إنما في بيئة اجتماعية معينة، فهي تتأثر بالبيئة المحيطة بها وتؤثر فيها خاصةً في الدول الحديثة التي لا تستأثر الإدارة وحدها باتخاذ القرارات التي لها تأثير مباشر على سلوك ومصالح الأفراد، فالمواطنون والرأي العام يلعبان الدور البارز في عملية اختيار القيادات السياسية والإدارية، مما يحتم إشراكهم في عملية صنع القرارات الإدارية التي تهمهم وتؤثر في مراكزهم القانونية بأنماط مختلفة.

وصور هذه المشاركة قد تكون من خلال الأفراد الذين يتمتعون بالخبرة والكفاءة والتخصص العلمي والفني في مجال موضوع القرار، ومن أمثلة هؤلاء أساتذة الجامعات والمعاهد العليا، والعاملين في الأبحاث والدراسات والتطوير، وكبار المختصين في المجالات الاقتصادية والقانونية والهندسية والتخطيط، كذلك ممثلي النقابات والاتحادات والجمعيات والمهن الحرة.

وتسهم المشاركة في صنع القرارات في جعل هذه القرارات أكثر واقعية وأكثر قبولاً للتنفيذ عن رغبة واقتناع، وتعطي لمن اشترك في صنع

(1) راجع د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص184. كذلك د. محمد رفعت عبدالوهاب،

المرجع السابق، ص523 وما بعدها.

القرار الشعور بأهميته، ويؤدي إلى الإخلاص والتفاني في خدمة المنظمة، والعمل على تحقيق أهدافها، كما تؤدي المشاركة إلى تدريب وتربية كوادر جديدة من القادة الإداريين تكون مدربة وذات خبرة في صنع القرارات، وزيادة الثقة المتبادلة بين الرؤساء والمرؤوسين، إضافةً إلى أن عدم المشاركة قد يخلق جواً من الإحباط ويؤثر على الروح المعنوية وكفاءة الأداء داخل المنظمة⁽¹⁾.

3- الوقت كعامل مؤثر في صنع القرار: يحظى الوقت بأهمية بالغة كعامل مؤثر في صنع القرار الإداري؛ وذلك من عدة جوانب، من أهمها وقت التعرف على المشكلة التي يلزم اتخاذ القرار بشأنها، فالتعرف المبكر على المشكلة وتعيين حدودها وأبعادها في الوقت المناسب يمنح المختصين الفرصة لدراستها وإيجاد الحلول المناسبة لعلاجها، وفي ذات الوقت يؤدي التأخر في اكتشافها إلى تفاقمها وخروجها عن السيطرة، وبالتالي صعوبة علاجها، وللوصول إلى هذه الغاية يقتضي أن يتمتع الرئيس الإداري بما يسمى بالحاسة الإدارية، التي من مقتضياتها العمل على استباق الأحداث والتنبؤ قدر الإمكان بالمشكلات قبل وقوعها من خلال الظروف والملابسات المحيطة بمجال العمل، وهذا يتوقف على كفاءة ومهارة الرئيس الإدارية ومساعدته، فالمعرفة المبكرة بالمشكلة تسهم في أن تأتي الحلول لها طبيعية متأنية دون زعر أو فوضى داخل المنظمة.

وعادةً يحتاج القرار الرشيد إلى كم هائل من المعلومات والبيانات والإحصائيات يعتمد عليها مصدر القرار، على أن تكون حديثة ودقيقة وواقعية، الأمر الذي يحتاج إلى الوقت الكافي للوصول إلى ذلك، وبالتالي القائد الإداري الناجح هو الذي يستطيع أن يوازن بين هذه المتطلبات، بين صحة المعلومات وحدائتها، ووصولها في الوقت المناسب.

(1) راجع د. إبراهيم عبدالعزيز شيحا، المرجع السابق، ص 257. كذلك د. كامل بربير،

الإدارة عملية ونظام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 1996م،

يبقى أخيراً أهمية إعلان القرار وإعلام الآخرين به عنصراً أساسياً في فاعلية القرار، خاصةً لمن لهم صلة بمضمون القرار ويتعلق بصميم عملهم، فتكون لهم الأولوية في إخطارهم بالقرار قبل غيرهم.

وفي جميع الأحوال يجب أن يتمتع مصدر القرار بالجرأة في اتخاذ القرارات الحاسمة وسرعة مواجهة ما يعترض عمل المنظمة من مشكلات، لكن ذلك لا يعني إصدار قرارات مبتسرة عشوائية غير مدروسة، إنما تعني سرعة مواجهة الموقف وحسم الأمور بقرارات مؤثرة، والابتعاد عن التردد في اتخاذ المواقف؛ لأن ذلك يؤدي إلى خلق حالة من الفوضى والتسيب في المنظمة الإدارية وبعدها عن تحقيق أهدافها.

المطلب الثاني

خطوات صنع القرارات

لاشك أن الوصول إلى اتخاذ قرار على درجة عالية من التعقل والالتزان ليس بالأمر السهل، أو هو ليس وليد الصدفة أو الفكرة العابرة، إنما عملية متصلة تمر بمراحل عديدة، وتحتاج من صانعي القرارات إلى جهد كبير وبحث وتحليل للمشكلة والخيارات المطروحة لمعالجتها.

وقد اختلفت آراء المهتمين بدراسة علم الإدارة العامة في عدد هذه المراحل التي تمر بها عملية صنع القرار، والتي يمكن حوصلتها في المراحل الآتية التي تبدأ بعملية تشخيص المشكلة وتحري أسبابها، ثم البحث على الحلول الممكنة لمعالجتها، ثم لتعدد الحلول يحتاج الأمر إلى تقييم كل منها، ثم الخلوص إلى اختيار أفضل هذه الحلول، حيث يتضح أن مراحل صنع القرارات أربعة، هي:

- تشخيص المشكلة وتحديد أسبابها.
- البحث عن البدائل.
- تقييم البدائل.
- اختيار البديل الأمثل.

وهذه الخطوات الأربع التي تشكل مخرجات كل خطوات المدخلات الخطوة التالية وصولاً إلى المخرج النهائي المتمثل في القرار الرشيد، وتجنب الانعكاس السلبي للقرارات الخاطئة، التي قد تكون آثار تكلفتها الاقتصادية أكبر بكثير من بقاء الموقف دون حل.

نوضح هذه المراحل بشيء من التفصيل في الآتي:

1- تشخيص المشكلة وتحديد أسبابها:

يعتبر تحديد المشكلة وتعريفها ومعرفة أسبابها من أهم خطوات ومراحل عملية صنع القرار، لأن الخطأ في ذلك سيؤثر دون شك في سلامة وصحة مخرجات الخطوات التالية، وصدور القرار غير الملائم.

ويقصد بالمشكل، الانحراف بين ما هو كائن وما يجب أن يكون، فالمشكلة هي النتيجة المطلوب الوصول إليها عن طريق تصحيح أو إلغاء أمر من الأمور، والمشكلات قد تكون موجودة ولكن الناس لا يدركونها لأنهم يعيشون فيما هو كائن ولا يعرفون ما يجب أن يكون، فلكي يدرك الناس المشكلات يجب أن تكون هناك قيم ومعايير يعترفون ويلتزمون بها⁽¹⁾.

وتبدأ عملية تشخيص المشكلة بدراسة الحالة الكائنة وتحري أسبابها الحقيقية دون الأسباب الظاهرية والسطحية، فقد تكون هناك أسباب كاذبة أو وهمية ينبغي على صانع القرار استبعادها، ويساعده في الوصول إلى ذلك الاستعانة بأهل الخبرة والتخصص من داخل التنظيم أو خارجه خاصة في القرارات الهامة والإستراتيجية، لإبعاد احتمالات الخطأ في التشخيص نتيجة نقص الخبرة الفنية لدى متخذي القرار، فالخطأ في مرحلة التشخيص وتحري أسباب المشكلة يؤدي حتماً إلى أخطاء في جميع المراحل التالية له، فالمدير الذي يخطئ في تحديد المشكلة ومعرفة أسبابها الحقيقية كالطبيب الذي يخطئ في تشخيص المرض لا جدوى من الدواء الذي يوصفه لمريضه، إذ لا قيمة أو أهمية

(1) انظر د. محمد مختار عثمان، مبادئ علم الإدارة العامة، منشورات جامعة قاروينس،

لعلاج مهما كان مكلفاً طالما بُني على خطأ في التشخيص وخطأ في تحديد الأسباب، وهو ما يقتضي من صانع القرار تحديد المشكلة وأوصافها بكل دقة ومعرفة السبب الذي أدّى إلى النتيجة خلافاً لما يجب أن يكون، فلا يكون القرار صائباً عندما يكتفي صانعو القرار بمجرد إلقاء نظرة بسيطة للمشكلة دون تحليلها بطريقة علمية منطقية، أو ينتقلون إلى البحث في الحلول قبل استكمال التشخيص، وهو ما يؤدي إلى اتخاذ قرارات غير رشيدة لا تحقق الغاية من إصدارها، لذلك يتطلب في القائد الإداري الخبرة والكفاءة والفتنة وعمق البصيرة ورجاحة التقدير وسعة الأفق، فالرئيس الإداري الماهر هو الذي يتوقع ويتنبأ بالمشكلات قبل وقوعها ليستعد لها بقرارات إذا ما ظهرت، ويساعده في ذلك الاهتمام بشكاوى المرؤوسين والمتعاملين مع الإدارة من جهة، وإنشاء مكاتب متخصصة للقيام بالدراسات والأبحاث وتقديم التقارير الدورية عن سير العمل بالمنظمة الإدارية، من حيث الكم والكيف والزمن المحدد للتنفيذ وأوجه الانحراف وتحديد المسؤوليات.

2- البحث عن البدائل:

يقصد بهذه الخطوة البحث عن الحلول والمسالك المختلفة لمواجهة موقف معين أو لإيجاد حل لمشكلة قائمة، وهي مرحلة شاقة ودقيقة تتطلب من صانع القرار جهداً يدرك به كافة البدائل والحلول المرتبطة بالحل الخاص بالمشكلة، أي تفكيراً ابتكارياً ولا يكتفي بتقليد الغير، فكل منظمة إدارية لها خصوصيتها ومحيطها الذي تعمل فيه.

وليس شرطاً أن تكون الحلول والبدائل المعروضة تصب في اتجاه واحد، أو تتفق مع رأي الرئيس الإداري، إنما يقتضي خلق مناقشة الآراء المعارضة كوسيلة فعالة للوصول إلى البديل الصائب، فوجود آراء معارضة يخلق قدراً من التوازن بين كافة الأطراف المعنية باتخاذ القرار؛ وذلك استناداً إلى الآتي:

أ- الاختلاف في وجهات النظر والأفكار والآراء يؤدي إلى اكتشاف بدائل لدى مصدر القرار لها صلة بالموقف، وهو ما يوسع مجال الاختيار لدى صانعي القرار، بحيث لا يكون أسير لعدد قليل من البدائل، ولكي لا يقول صانع القرار في النهاية "ليس بالإمكان أفضل مما كان" أو ماذا يريدون مني، فانتساع قاعدة البدائل تسمح للمدير بهامش مناورة أكبر لاختيار البديل الأفضل⁽¹⁾.

ب- كذلك مناقشة الرأي الآخر يعطي بعداً أساسياً لعملية اتخاذ القرار، فهي وسيلة للتفكير الابتكاري والخلق، فتزاحم الأفكار وتضادها أحياناً يولد أفكاراً جديدة تساعد في الوصول إلى الحل الأمثل.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أنه ليست البدائل كلها يجب أن تطرح على طاولة الاختيارات، حيث يجب استبعاد بعضاً منها:

- الحلول والبدائل التي يستحيل تطبيقها.
 - البدائل التي سبق تجربتها وثبت فشلها في مواقف مشابهة.
 - البدائل ذات التكلفة العالية، وأن تكاليفها تزيد عن الفائدة التي تعود من تطبيقها.
 - الحلول والبدائل التي من شأنها إثارة الرأي العام، أو تعرض الأمن الداخلي للخطر، أو لتعارضها مع قيم وأخلاقيات المجتمع.
- لذلك يجب أن يكتفي بعرض البدائل الممكنة وتتوافر الإمكانيات اللازمة لتنفيذها⁽²⁾.

وإذا كان يتوجب على صانع القرار أن يلم ويدرس كل الحلول المتاحة لكن في ذات الوقت ليس شرطاً أن يتخذ قرار إيجابي في جميع الأحوال، فعدم اتخاذ القرار قد يكون هو ذاته الحل الأمثل، انتظاراً لتغيرات سياسية أو اقتصادية داخل الدولة.

(1) راجع د. كامل بربر، المرجع السابق، ص 166 وما بعدها.

(2) انظر د. محمد رفعت عبدالوهاب، مرجع سابق، ص 509.

3- تقييم البدائل:

وتعني هذه الخطوة وزن الأمور في شأن كل بديل وحل محتمل، ومعرفة مزاياه وعيوبه، بمعنى تحديد كافة نقاط الضعف والقوة لكل بديل من البدائل المتاحة، ولا تقتصر هذه المهمة على الرئيس الإداري وحده إنما عليه لأهميتها أن يستعين بمن حوله من الخبراء والمستشارين وما بحوزتهم من معلومات وبيانات على كل بديل، خاصة إذا كانت المشكلة محل المعالجة ذات طابع فني ومتعددة الجوانب.

ويتوقف نجاح عملية التقييم على صدقية وحداثة هذه البيانات والمعلومات ووصولها في الوقت المناسب، لتجنب القرارات الطائشة أو المغامرة غير المحسوبة العواقب.

وتشمل عملية التقييم النواحي الآتية:

- مدى توفر الإمكانيات المادية والبشرية اللازمة للتنفيذ.
 - المخاطر والفوائد التي تعود على المنظمة والمجتمع.
 - مدى مناسبة الوقت والظروف لتبني البديل.
 - مدى اتفاق البديل مع النظام القانوني في الدولة والظروف والعوامل البيئية، أي من حيث مشروعيته، كذلك مدى تقبل المخاطبين بالقرار له ومدى استجابتهم لتنفيذه، أي من حيث شرعيته.
- وباستكمال عملية التقييم ينتهي الأمر أمام صانع القرار لاختيار البديل الأمثل.

4- اختيار البديل الأمثل:

تمثل هذه المرحلة المحطة الأخيرة التي تصل إليها عملية صنع القرار، والتي يتولى فيها صانع القرار اختيار الحل والبديل الأكثر مزايا والأقل عيوباً من البدائل والحلول المتاحة.

فهذه المرحلة هي جوهر القرار ومادته الأساسية، بل هي القرار ذاته، وتتوقف عملية الاختيار كثيراً على مدى كفاءة وقوة الشخصية لدى الرئيس

الإداري وقدرته على التصرف السليم، كذلك الظروف المحيطة داخل المنظمة أو خارجها، وما تشكله من ضغوط تؤثر في هذا الاختيار، كما لا ننسى اتجاهات الرأي العام والأعلام بصوره المختلفة⁽¹⁾.

ومن المعايير التي يمكن الاسترشاد بها في عملية الاختيار:

- أن يكون الاختيار مقبولاً من المنفذين للقرار أو المتأثرين به.
- أن تقل فيه نسبة المخاطر، فعملية الاختيار تستند على الموازنة بين المخاطر المحتملة والمنافع والمزايا التي يحققها القرار.
- أن يراعي القرار أولوية المسألة محل القرار من بين المسائل المعروضة، خاصةً فيما يتعلق بتنفيذ المشروعات الائتمانية والاقتصادية.
- كذلك مراعاة المصالح التي يخدمها القرار وتفضيل بعضها على بعض، فالقرار الذي يخدم مصلحة حيوية يحتاجها كم هائل من المواطنين مقدم على مصلحة يقتصر عائدها على أفراد معينين فقط.

وفي عموم القول فإن لكل بديل أو حل مزايا وعيوب وعلى صانع القرار أن يزن كل منها ويختار أفضلها لمعالجة الموقف أو المشكلة التي يواجهها، ولاشك أن ذلك يتوقف على مهارات وقدرات وخبرة صانع القرار وتكوينه العلمي والشخصي، فإذا كانت هذه القدرات والتكوين لا يتناسب مع مسؤوليات متخذ القرار، فيختار القرار غير السليم.

وبعد استكمال هذه الخطوات الأربع تقع المسؤولية على متخذ القرار بضرورة تحديد خطة أو برنامج تنفيذه، وبيان أسلوب التنفيذ وخطواته، مع وجوب متابعته لعملية التنفيذ، حيث يتطلب في بعض الأحيان إصدار قرارات فرعية تساعد في تنفيذ القرار والوصول به إلى الغاية منه⁽²⁾.

(1) راجع د. إبراهيم شيحا، المرجع السابق، ص 354.

(2) لمزيد من التفصيل راجع د. عبدالغني بسيوني عبدالله، أصول علم الإدارة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006م، ص 356.

ومن نافلة القول أنه يجب التمييز بين عملية صنع القرارات واتخاذها، إذ يخلط كثيرٌ من الباحثين بين العمليتين، والحقيقة أن الثانية تشكل خطوة من الأولى، فاتخاذ القرار يمثل الخطوة الأخيرة في صنع القرارات، وهو العمل الذي يقوم الرئيس الإداري وينسب إليه، فعملية اتخاذ القرار عملية انفرادية يقوم بها شخص معين وفق ما يحدد البناء الهيكلي للمنظمة الإدارية.

أما عملية صنع القرار كما أسلفنا القول فإنها عملية جماعية تضامنية، أي نتاج جهد مشترك بين عدد من المختصين ساهموا في إعداد وتحضير وتكوين القرار.

الخاتمة

تعتبر عملية صنع القرارات الإدارية من أهم المسائل التي تضطلع بها الإدارة سواءً كان عامة أو خاصة، حيث يتوقف عمل الإدارة ونشاطها على ما تتخذه من قرارات في مختلف فروع نشاطها؛ لذلك لاحظنا من خلال مجريات البحث اهتمام الباحثين بعملية صنع القرارات، وحرصوا على تحديد مفهومها وأساسها والخطوات التي تمر بها عملية صنع القرارات، ووضعوا لها شروطاً وقواعد لكي يتمكن متخذ القرار من مراعاتها بما يخدم المصالح التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها.

فعملية صنع القرارات تعد بمثابة وسيلة وأداة أساسية لممارسة جميع وظائف الإدارة من تخطيط وتنظيم وتنسيق ورقابة، وهو ما جعلها محط أنظار الباحثين، فتناولوها بالبحث والدراسة.

وقد تبين لنا من خلال ما تناولته في هذه الورقة النتائج التالية:

- إن عملية صنع القرارات عملية ديناميكية مستمرة متغلغلة في كافة مستويات الإدارة وأبرزها في مستوى الإدارة العليا.
- هناك تمايز في مفهوم القرار بين القانون الإداري وعلم الإدارة، حيث يهتم الأول بمسألة مشروعية القرار وشروط صحته، أما الثاني فيهتم بالجوانب

الفنية في عملية صنع القرار، وهذا أوسع دلالة وأكثر شمولاً من مفهومه في القانون الإداري.

- إن عملية صنع القرارات نشاط ذهني وفكري لصانعي القرار، تتمثل في الاختيار المدرك بين البدائل المتاحة لمعالجة، موقف معين، فهي عملية مفاضلة لاختيار الحل الأمثل المناسب من بين الحلول المطروحة.
- تبين لنا أهمية المشاركة في صنع القرارات من داخل المنظمة أو خارجها، حيث يؤدي إلى جعل القرارات أكثر واقعية وأكثر قبولاً عند التنفيذ عن رغبة واقتناع، والشعور لمن اشترك في صنع القرار بأهميته وجعله أكثر إخلاصاً وتفانياً في خدمة الإدارة، إضافةً إلى تدريب وترقية كوادر جدد من القادة الإداريين.

- إن صنع القرار يجب أن لا يكون وليد الصدفة، إنما يقتضي مروره بمراحل عديدة تبدأ بتحديد المشكلة ومعرفة أسبابها، ووضع بدائل وحلول التي يصلح أحدها لمعالجة المشكلة، وذلك بتقييم كل بديل ومعرفة نقاط الضعف والقوة فيه، ليتمكن متخذ القرار في النهاية من اختيار أفضلها الأكثر مزايا والأقل عيوباً.

وأخيراً نوصي من يتولى انتخاب أو تكليف أو تعيين القادة الإداريين [الوزراء- الوكلاء- ورؤساء وأعضاء المجالس البلدية والمحافظات- ومدراء الهيئات والمؤسسات والمصالح العامة بضرورة اختيار من هو أهل لهذه المهام من حيث التأهيل العلمي والكفاءة والخبرة والجرأة على تسيير هذه المرافق، دون النظر إلى الجوانب الأخرى؛ لأن ذلك يتوقف عليه سلامة ورشد القرارات التي يتخذونها ومدى صدقيتها وملاءمتها للمواقف والمشكلات التي يواجهونها.

والله ولي التوفيق والسداد

قائمة المراجع

- د. إبراهيم عبدالعزيز شيحا، أصول الإدارة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993م.
- د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ علم الإدارة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987م.
- د. عبدالغني بسيوني عبدالله، أصول علم الإدارة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006م.
- د. عبدالفتاح حسن، مبادئ الإدارة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967م.
- د. كامل بربر، الإدارة عملية ونظام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1996م.
- د. محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، المركز القومي للبحوث والدراسات، الطبعة الثالثة، طرابلس 1998م.
- د. محمد رفعت عبدالوهاب ود. حسن عثمان محمد، الإدارة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999م.
- محمد مختار عثمان، مبادئ علم الإدارة العامة، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي 1990م.
- د. موسى خليل، الإدارة المعاصرة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2011م.
- مجموعة مؤلفين، اتخاذ القرارات، نقله إلى اللغة العربية أنور الدائم باكير عبدالله، منشورات مكتبة العبيكان، الرياض 2010م.
- مجلة المحكمة العليا الليبية، تصدر عن المكتب الفني بالمحكمة.

الدور القضائي في تعزيز الضمانات القانونية

لنزع الملكية للمنفعة العامة

د. محفوظ علي تواتي*

مقدمة

تعتبر الملكية من الحقوق المنصوص عليها قانوناً والتي ينبغي أن تصان من أي تعدي من الغير أفراداً كانوا أو جماعات، وهي بالتالي تعتبر حقاً أصيلاً من الحقوق التي تكفلها القوانين واللوائح على مختلف درجاتها، فنجد أن دستور الاستقلال الليبي الصادر في 1951م قد نص في مادته 31 على أن (للملكية حرمة فلا يمنع المالك من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون ولا ينزع من أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه وبشرط تعويضه تعويضاً عادلاً)، وهو الأمر الذي أكد عليه الإعلان الدستوري الصادر بعد ثورة السابع عشر من فبراير والذي نص في مادته 11 على أن (للمساكن والعقارات حرمة فلا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون، وبالكيفية المبينة فيه...) وأكد ذات الإعلان في مادته 16 على أن (الملكية الخاصة مصونة ولا يمنع المالك في ملكه إلا في حدود القانون)، وعلى المستوى التشريعي فإن القانون المدني الليبي الصادر في 20 فبراير 1954م ينص على أنه (لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون وبالطريق التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل)⁽¹⁾.

(* أستاذ القانون العام بكلية الشريعة والقانون بالجامعة الاسمرية - زليتن.

(1) المادة 814 من القانون المدني الليبي

والذي يفهم من هذه النصوص أنها وإن أكدت على حق الملكية وحرمته وضرورة صيانته إلا أنها أشارت إلى جواز نزع الملكية في حال ما إذا كان هذا الإجراء في سبيل تحقيق المصلحة العامة، على أن يراعى تعويض المالك تعويضا عادلا.

ولما كان تحقيق التنمية المتكاملة للدولة يحتاج إلى عمليات بناء وتشبيد وتعمير للمساكن لإشباع الحاجات العامة، إضافة إلى جعل مساحات خضراء داخل المدن، فإن الدولة ولتحقيق هذه المشاريع تكون في حاجة إلى مساحات من الأراضي الفضاء وحتى الأراضي المعمورة لتنفيذ مخططاتها، وهنا تكمن الإشكالية في السعي لتحقيق التوازن بين تحقيق المنفعة العامة من جهة ومحاولة المحافظة على حقوق ومصالح الأفراد من جهة أخرى. عليه ولتحقيق هذا الأمر فإن الإدارات المسؤولة عن تنفيذ المشروعات العامة تكون ملزمة باتباع الوسائل القانونية لذلك، وهو ما يعرف بنزع الملكية للمنفعة العامة.

بالتالي فإن نزع الملكية للمنفعة العامة هو، التصرف القانوني الذي تتخذه الدولة بهدف نزع ملكية عقار من مالكة الأصلي تحقيقا للمصلحة العامة ومقابل تعويض عادل، ولما كان مفهوم الملكية في ظل النظام السابق قد وردت عليه عدة قيود ومر بمراحل مختلفة نتيجة للفلسفة السياسية التي بنيت عليها تلك القيود، فإن دراستنا ستحاول الفاء الضوء على الدور القضائي في محاولة الرقابة على هذه التصرفات الخطيرة التي تمس حقا من الحقوق التي تعترف بها كافة الشرائع القانونية.

فكما هو معروف فإن نزع الملكية للمنفعة العامة قد نظم بعدة قوانين، قانون سنة 1961م بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة، والقانون رقم 116 لسنة 1972م بتنظيم التطوير العمراني والقانون رقم 6 لسنة 1973م بتعديل بعض أحكام القانون رقم 116 لسنة 1972م، والقانون رقم 21 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بتقرير المنفعة العامة والتصرف في الأراضي ولعل أخطرها هو القانون رقم 4 لسنة 1978م بشأن الملكية العقارية.

كل هذه القوانين نظمت الإجراءات التي يلزم على الإدارة اتباعها عند قيامها بالتصرف القانوني الخاص بنزع الملكية للمنفعة العامة، وهو ما نجده بينا في القانون رقم 116 لسنة 1972م بتنظيم التطوير العمراني الذي تناول موضوع نزع الملكية في الباب الرابع بعنوان (في أيلولة العقارات اللازمة للمنفعة العامة للدولة)، وجاء في نص المادة 17 من القانون بأن (يكون تقرير المنفعة العامة لمشروعات المرافق والمنافع العامة الواقعة داخل المخططات المعتمدة للمدن والقرى أو خارجها بقرار من مجلس الوزراء بناء على عرض وزير الإسكان، ويجب أن يتضمن القرار أو يرفق به بيان محدد وواف عم المشروع ذي النفع العام والعقارات اللازمة له وحدودها وينشر هذا القرار والبيان في الجريدة الرسمية. ويترتب على إيداع القرار والبيان المشار إليهما مكتب التسجيل العقاري نقل ملكية العقارات اللازمة للمشروع إلى الدولة).

من خلال كل ما سبق بيانه يمكننا القول بأن نزع الملكية العقارية للمنفعة العامة يجب أن تتبع فيه إجراءات خاصة تتعلق أساسا بنقطتين أساسيتين هما:

أولاً: أن يصدر القرار بنزع الملكية بناء على قرار بتحديد مشاريع المنفعة العامة
ثانياً: أن يضمن القرار للمالك الأصلي تعويضا عادلاً عن عقاره.

ولكن السؤال الذي يثار في هذا الشأن هو ما دور القضاء في الرقابة على هذه الإجراءات؟ وكيف عمل القضاء الليبي على تطوير أحكامه بشكل يكفل تحقيق التوازن الفعلي بين المصلحة العامة والمصلحة والحقوق الشخصية؟ للإجابة على هذه التساؤلات فطاننا قمسنا البحث إلى مطلبين كالاتي:

المطلب الأول: دور القضاء في الرقابة على قرارات نزع الملكية

المطلب الثاني: دور القضاء في الرقابة على التعويض عن نزع الملكية العقارية

المطلب الأول

دور القضاء في الرقابة على قرارات نزع الملكية

تشكل رقابة القضاء لأعمال الإدارة في نظام نزع الملكية للمنفعة العامة أحد أهم الضمانات المفروضة في هذا النظام، خاصة وأن الإدارة تكون طرفاً رئيسياً في هذا الموضوع فهي التي تقوم بنزع الملكية وهي التي تقوم بكتابة الإجراءات اللازمة لإتمام هذه العملية، وبالتالي تعد الرقابة القضائية ضماناً حقيقية لمنزوعي الملكية لما تخوله من حماية أكيدة ضد الانتهاكات التي قد تمس الملكية الخاصة. وتتم حماية القضاء للملكية الخاصة في هذا المجال عبر الدعاوي التي يرفعها منزعو الملكية ضد انحرافات نازع الملكية، فقد تتمثل في دعوى إلغاء قرار المنفعة العامة أو دعوى التعويض⁽¹⁾.

الفرع الأول

دور القضاء في الرقابة على إجراءات نزع الملكية

ولما كان نزع الملكية للمنفعة العامة من أخطر الأمور التي تقوم بها الإدارة ذلك أن هذا الإجراء يمس حقاً من الحقوق الأساسية للأفراد، وبالتالي فإن نزع الملكية لأبد أن يستند إلى توافر شرط أساسي ورئيس يبيح هذا التصرف وهو شرط المنفعة العامة، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا الليبية حيث قضت بأن (قيام المنفعة العامة هو الركن الأساسي الذي يقوم عليه قرار نزع الملكية، وهذا القرار هو الذي يحدد المنفعة العامة وأن مشروعيتها تتحدد عند صدوره، شأنه في ذلك شأن أي قرار إداري ولا يتأثر بما قد يستجد من ظروف

(1) العربي محمدي، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة وحماية الملكية الخاصة، بحث مقدم

للدراستات العليا، كلية الحقوق أكذال - الرباط، المغرب، ص 6-7.

بعد صدوره⁽¹⁾، ولكن ما المقصود بالمنفعة العامة هنا وما هي حدودها؟

تجيب محكمتنا العليا في هذا الشأن وتقرر في حكمها في الطعن الإداري رقم 7/13 ق بقولها ((إن الدستور الليبي نص في المادة 315 منه على حظر نزع الملكية إلا بسبب المنفعة العامة. ولا شك أن هذا الحكم الذي أرساه الدستور الليبي هو من الأصول الأصيلة في كل الشرائع الحديثة القائمة على احترام الملكية الفردية في الحدود المرسومة ومن هذه الحدود جواز انتزاعها من أصحاب الحقوق فيها لغايات المنفعة العامة. ولا يقتصر معنى النفع العام على وجوه النشاط التي تمارسها الدولة أو احد أقسامها في هذا السبيل بل يمتد ذلك الحكم إلى سائر أشخاص القانون العام التي وجدت لتمارس جزءا من سلطان الدولة فيكون لها ما للدولة نفسها من حصانات القانون العام. وليس يغير من وصف الشخصية العامة اجتناء الربح من إدارة المرفق أو إسهام الأفراد فيه))⁽²⁾، ولكن الإدارة وإن كانت لها سلطة تقديرية في تحديد المنفعة العامة إلا أنها ليست مطلقة من كل قيد، بل أوجب عليها القضاء الالتزام بأن يكون نزع الملكية من أجل المصلحة العامة، وهو ما أكدته المحكمة العليا الليبية في حكمها في الطعن الإداري رقم 42/81 ق والذي جاء فيه ((إنه ولئن كان يجوز للإدارة نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة وأن تقدير المصلحة العامة متروك لتقديرها إلا أن حق الإدارة في نزع ملكية العقارات للمرافق والمنافع العامة ليس معناه أن تستعمله على هواها لأن هذه السلطة التقديرية في نزع ملكية العقارات وإن كانت مطلقة من حيث موضوعها إلا أنها مقيدة من حيث غايتها بحيث تكون الغاية من نزع

(1) طعن اداري رقم 44/55 ق الصادر في 31/12/2000م، المحكمة العليا الليبية المبادئ الادارية، الباحث في مبادئ المحكمة العليا، الإصدار الأول، إعداد اللجنة الشعبية العامة للعدل سابقا وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي ضمن مشروع تحديث قطاع العدل.

(2) طعن إداري رقم 7/13 ق والطعن الإداري رقم 7/19 ق، الصادرين بتاريخ 1962/03/24م، الباحث في مبادئ المحكمة العليا، مرجع سبق ذكره.

ملكية العقارات لغرض المرافق والمنافع العامة⁽¹⁾، وبالتالي فإن أي استيلاء على عقار لصالح أشخاص من غير أشخاص القانون العام يترتب عليه البطلان، وهو ما رتبته المحكمة العليا بتأكيدهما على أن (لما كان الواقع في الدعوى أن القرار المطعون فيه قد نزع ملكية لصالح جمعية ملقَى الإخاء التعاونية للإسكان وهي بلا شك جمعية تتكون من أشخاص طبيعيين اتفقوا فيما بينهم على التعاون لبناء مساكن لهم مما يكون معه التمتع الذي تحققه تلك الجمعية نفع خاص يعود على أعضائها دون غيرهم - بخلاف ما تحققه المرافق والمشروعات العامة، وهي بذلك لا يجوز نزع ملكية العقارات لصالحها، ويكون ما انتهى إليه الحكم المطعون من إلغاء للقرار المطعون فيه قد صادف صحيح القانون)⁽²⁾.

ومع هذا ينبغي التمييز هنا بين نوعين من القرارات التي تتخذها الإدارة في هذه المرحلة، وهي القرار الأول الخاص بتقرير المنفعة العامة، والقرار الثاني وهو القرار الصادر بنزع الملكية، والقرار الأول هو ركن السبب والغاية في القرار الإداري بخصوص نزع الملكية، هذا التمييز لا يوضح من خلال استقراء نصوص القانون رقم 116 بشأن التطوير العمراني، ولكن المحكمة العليا هي التي جعلت تمييزاً بين هذين القرارين وذلك حماية للمصلحة العامة من عمليات التحايل أولاً وللمصلحة الخاصة ثانياً من خلال حماية الملاك العقاريين

(1) حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 42/81 ق الصادر بتاريخ 1997/12/29م، نفس المرجع السابق. وانظر كذلك حكمها في الطعن الإداري رقم 38/14 ق الصادر بتاريخ 1993/05/16م والذي جاء فيه (لا يجوز نزع ملكية العقارات إلا إذا كان ذلك لازماً لمشروعات المرافق والمنافع العامة والمرفق العام هو كل مشروع يعمل باطراد وانتظام تحت إشراف الدولة لسد حاجة عامة مع خضوعه لنظام قانوني معين فإذا نص المشرع صراحة على الطبيعة القانونية للمشروع تعين النزول على حكم النص وإذا لم يفصح عن طبيعته فإنه يلزم استجلاء مقاصده من مجموعة القواعد التي تحكمه)، مجلة المحكمة العليا، س28، ع 3-4، ص45.

(2) حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 45/131 ق الصادر بتاريخ 2003/01/19م، الباحث في مبادئ المحكمة العليا، مرجع سبق ذكره.

من تعسف الإدارة في استعمالها لسلطتها، بحيث يصدر مجلس الوزراء قراره الذي يقرر فيه صفة المنفعة العامة للعقارات المراد نزع ملكيتها، بحيث يتضمن بياناً وافياً عن المشروع ذي النفع العام والعقارات اللازمة له وحدودها وينشر هذا القرار مع البيان بالجريدة الرسمية، ثم يصدر القرار بنزع الملكية بحيث يصدر بعدها قرار عن مجلس الوزراء ينقل الملكية اللازمة للمشروع للدولة⁽¹⁾، ويفهم هذا جلياً من خلال حكميها، حيث جاء في حكمها الصادر في الطعن المدني رقم 17/32 ق بأن ((إجراءات نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة طبقاً لقانون نزع الملكية تمر بمرحلتين، مرحلة أولى تبدأ من تاريخ صدور القرار بتقرير المنفعة العامة ثم نشره، حيث تجري بعد ذلك إجراءات الحصر والتقدير، ويكون التقدير من قبل اللجنة المختصة على أساس القيمة من تاريخ نشر القرار بتقرير المنفعة وكل ما يعمل بعد نشر القرار المقرر للمنفعة في الجريدة الرسمية يعتبر أنه أجري بقصد الحصول على تعويض أزيد، وبعد إعداد كشوف الحصر والتقدير تعرض على الكافة ويخطر الملاك بالإخلاء فإن قبل التعويض صرفت له التعويضات وتعد له نماذج يوقعونها وتنتقل الملكية بتوقيعهم عليها فإن تعذر الحصول على توقيعهم يصدر قرار بنزع الملكية ينشر في الجريدة الرسمية يقوم مقام توقيع الملاك))⁽²⁾.

(1) د. محمد الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، الطبعة السادسة، المكتبة الجامعية، الزاوية ليبيا، 2010م، ص 520-521. وانظر كمثل على هذه الإجراءات، مدونة الإجراءات الصادرة عن مؤتمر الشعب العام سابقاً، بتاريخ 2004/6/15م، والمتضمنة عدة قرارات بالخصوص.

(2) طعن مدني رقم 17/32 ق الصادر في 15/06/1971م، المحكمة العليا الليبية، مجلة المحكمة العليا السنة 8 العدد 1، ص 176، وانظر أيضاً الباحث في مبادئ المحكمة العليا، المرجع السابق ذكره.

الفرع الثاني

دور القضاء في الزام الإدارة باتباع الإجراءات القانونية لنزع الملكية

إن الإدارة ووفقا للقضاء الليبي إذا ما قامت بنزع ملكية عقار من مالكه دون اتباع الإجراءات المنصوص عليها ودون أن يكون نزع الملكية للمشروعات المقررة قانونا بالمادة 18 من قانون رقم 116 والتعديل الوارد في القانون رقم 6 لسنة 1973م، فإنها تكون في حكم المغتصب لأملاك الآخرين⁽¹⁾، وقد استقر القضاء الليبي على مبدأ قضائي سكت عنه القانون وهو أن الإدارة في حالة ما استولت على أملاك عقارية بغير وجه حق أو حتى دون اتباع الإجراءات القانونية فإنها تكون ملزمة بالتعويض ليس عن العقار فحسب ولكن عن الضرر الذي لحق بالملاك نتيجة لتعدي الجهة الإدارية على حقوقهم، وبالتالي يكون التعويض عما فاتهم من كسب وما لحقهم من خسارة، والمنتبع لأحكام القضاء الليبي يجد العديد من الأحكام القضائية في هذا الشأن نكتفي ببيان أحداها وهو من أكثر الأحكام وضوحا في تعزيز القضاء للضمانات القانونية في حماية الملكية العقارية، ففي حكمها الصادر في الطعن رقم 22/157 قضت بأن (جهة الإدارة

(1) (إن مسألة نزع ملكية العقارات قد حددها القانون رقم 116 لسنة 1972م بشأن التطوير العمراني حيث بين كيفية النزع والإجراءات التي تتبع في سبيل ذلك كما حدد الأهداف والأغراض التي يجوز نزع ملكية العقارات لأجلها وهي في مجموعها تتعلق بتحقيق منفعة عامة أو لصالح المشروعات والمرافق العامة مما يعني أن نزع الملكية لغير تلك الأغراض لا يجيزه القانون تكريسا لمبدأ قدسية الملكية الخاصة مما يتعين معه النظر في طبيعة الجهة المنزوع لصالحها الملكية ومدى تحقيقها للنفع العام، ولما كان الواقع في الدعوى أن القرار المطعون فيه قد نزع الملكية لصالح جمعية ملتقى الإخاء التعاونية للإسكان وهي بلا شك جمعية تتكون من أشخاص طبيعيين اتفقوا فيما بينهم على التعاون لبناء مساكن لهم مما يكون معه النفع الذي تحققه تلك الجمعية هو نفع خاص يعود على أعضائها دون غيرهم بخلاف ما تحققه المرافق والمشروعات العامة، وهي بذلك لا يجوز نزع ملكية العقارات لصالحها، ويكون ما انتهى إليه الحكم المطعون من إلغاء للقرار المطعون فيه قد صادف صحيح القانون)، طعن إداري رقم 45/131 ق الصادر في 2003/01/19م، الباحث في مبادئ المحكم العليا الليبية، المرجع السابق.

إذا استولت على الأرض لاستغلالها في حفر آبار جديدة لتوفير المياه الصالحة للشرب لسكان المنطقة ولم تتخذ الإجراءات القانونية لنزع الملكية وحرمت أصحاب الأرض من حيازتها دون حق فإنها تكون مسؤولة عن التعويض بمقدار ما أصابهم من ضرر بسبب حرمانهم من الانتفاع بأرضهم من تاريخ الاستيلاء عليها وإن كان استغلالها لكامل مساحتها لم يتم إلا في تاريخ لاحق أو كان المنتفعون بالمياه يستعملون الطرق في المرور بسياراتهم إلى الآبار التي حفرت فيها، ولمحكمة الموضوع أن تحدد مقدار قيمة التعويض المستحق على مقتضى العناصر الواقعية التي تستظهرها من الأدلة المعروضة عليها ولا تخضع في تقديرها لرقابة محكمة النقض⁽¹⁾، عليه فإن استيلاء الإدارة على الأملاك العقارية دون اتباع الإجراءات المقررة قانوناً يستلزم التعويض للمالك عن الضرر الذي الحق به، وهذا التعويض يتم تقديره لا على أساس المعايير المنصوص عليها في قوانين نزع الملكية للمنفعة العامة وإنما وفقاً للقواعد المعمول بها في شأن المسؤولية عن العمل غير المشروع حيث يتمتع القاضي بسلطة واسعة في تقديره فله أن يحكم بتقدير التعويض للمالك الذي اغتصبت أرضه ليس فقط عما لحقه من ضرر بل عما فاتته من كسب أيضاً طبقاً لأحكام القانون المدني في هذا الشأن⁽²⁾، ولكن ينبغي التنبيه في هذا المقام أن المالك وإن كان له حق التعويض إلا أنه ليس له الحق في المطالبة باسترداد العقار إذا ما اتخذت الإدارة قراراً بنزع الملكية للمنفعة العامة واتبعت الإجراءات المنصوص عليها قانوناً، وأن لم تقم الإدارة باتخاذ مثل هذا القرار فإن للمالك الحق في التعويض واسترداد عقاره⁽³⁾. وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد أحكامها، والذي يلاحظ من

(1) طعن مدني رقم 22/157 قق الصادر في 24/04/1977م، المحكمة العليا الليبية، مجلة المحكمة العليا السنة 14 العدد الثاني، ص94.

(2) د. محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، الطبعة السادسة، المكتبة الجامعية، الزاوية ليبيا، 2010م، ص526.

(3) انظر في ذات المعنى في القضاء المصري، د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، ط6، 2007م، ص564-565.

استقراء الحكم أنها وازنة بين المصلحة العامة في ترتيب صحة نزع الملكية من جهة وفي حق المضرور في التعويض عن تصرفات الإدارة قبل التصحيح وإصدار القرار، فقد جاء في حكم المحكمة العليا ((إن استيلاء جهة الإدارة على العقار دون اتخاذ الإجراءات المقررة قانوناً لنزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يخول لصاحب العقار استرداد العقار وطلب التعويض عن الضرر، إلا أنه لجهة الإدارة الحق في أن تصدر القرار بنزع الملكية للمنفعة العامة وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون في أي وقت، ولا يكون للمالك من بعد صدور القرار الحق في طلب صدور القرار لمجرد أنه صدر أثناء رفع دعوى الطرد وكل ماله أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه وقت الغصب وما تقاوم من ضرر بعد ذلك إلى حين صدور القرار بنزع الملكية كما لا يقبل منه الجدل في تقرير المنفعة العامة لأن تقديرها متروك لجهة الإدارة دون معقب عليها طالما لم يثبت أن هناك انحرافاً بالسلطة))⁽¹⁾.

المطلب الثاني

دور القضاء في الرقابة على التعويض عن نزع الملكية العقارية

إذا كان قيدُ نزع الملكية للمنفعة العامة يعد إكراها قانونياً على حق الملكية بل تعدياً على هذا الحق، فإن المنطق القانوني يفرض ضرورة إعطاء مقابل للملاك الذين يتم نزع ملكية عقاراتهم عن حقوقهم الضائعة وعن الامتيازات التي كانت تخولها لهم، فأعطاء تعويض عادل لهم يشكل أهم الضمانات المخولة للملكية ويشكل مقابلاً عن المساس والتعدي على هذا الحق، هذا التعويض يعد من أهم الحقوق التي يتمتع بها الملاك في حالة نزع ملكيتهم ولهذا فقد تم النص على التعويض في النصوص الدستورية والقانونية، وفي ليبيا فإن القانون رقم 116 لسنة 1972م نص في مادته 19 على أن (يستحق ملاك العقارات التي يتقرر لزومها للمشروعات العامة..... تعويضاً يحسب على أساس

(1) حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 24/29 ق الصادر بتاريخ 1980/02/27م،

مجلة المحكمة العليا، س16، ع4، ص34.

قيمتها في تاريخ أيلولتها إلى الدولة...)، ولكن هذا الحق في التعويض عن الأملاك العقارية قد تم تقييده وحصره بالقانون رقم 21 لسنة 1984م لدرجة مست بحقوق العديد من الأفراد الذين لا تنطبق عليهم الشروط التي وضعها القانون المذكور، ذلك أن المادة الأولى منه قد حددت الحالات المستحقة للتعويض في التالي:

- السكن الوحيد أو قطعة الأرض الوحيدة
 - العقار الذي يزاول فيه مالكة مهنته أو حرفته أو صناعته
 - المغروسات والأشجار والإنشاءات الزراعية الموجودة بالمزرعة المنتفع بها).
- وبالتالي فإنه قد يطرح التساؤل عن دور القضاء الليبي فيما يتعلق بهذا الحصر الذي يعد مساساً مجحفاً بحقوق الملكية العقارية؟

الفرع الأول

الجهة المختصة بالنظر في الدعوى المتعلقة بالتعويض

قبل الولوج إلى الإجابة عن التساؤل السابق ينبغي الإشارة في عجالة أن القانون رقم 116 لسنة 1972م يحسب له أنه قد أوكل إلى القضاء (المحاكم الابتدائية الواقع في نطاق اختصاصها العقار) النظر في الاعتراضات على تقدير قيمة التعويض في قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة على عكس القانون الذي سبقه وهو قانون نزع الملكية العقارية للمنفعة العامة الصادر في 3 يوليو 1961م، وفي هذا حسب وجهة نظرنا أن فيه تقديم ضمانات أكثر للملاك حتى لا تكون ذات الجهة التي أقرت التعويض هي التي تنتظر في الاعتراض عليه فتكون خصما وحكما في آن واحد. وحكم المحكمة في هذه الحالة ليس حكما نهائيا وإنما يمكن الطعن فيه أمام المحاكم الأعلى درجة، ففي حكمها الصادر في 1976/01/25م قضت المحكمة العليا الليبية بأن (لما كان مقتضى نص المادة 23 من القانون رقم 116 لسنة 1972م في شأن التنظيم العمراني يدل على أن المشرع وضع قاعدة من قواعد المرافعات بمقتضاها جعل الاختصاص بنظر الاعتراض على تقدير الجهة نازعة الملكية للتعويض للمحكمة الابتدائية المدنية

التي يقع في دائرتها العقار وعلى أن يكون حكمها قابلاً للاستئناف في جميع الأحوال وهي قاعدة تخالف المواد 11، 13، 14 من القانون الملغي.....

الاعتراض على تقدير التعويض فإنه لا يخضع للقانون الملغي وإنما يخضع لحكم المادة 23 من القانون رقم 116 لسنة 1972م⁽¹⁾، ولكن ينبغي في هذا الجال التمييز بين الدعاوى القضائية المتعلقة بالاعتراض على تقدير التعويض والدعاوى القضائية المتعلقة بقرارات نزع الملكية، فالأولى يختص بها القضاء المدني، أما دعاوى إلغاء قرارات نزع الملكية فهي من اختصاص القضاء الإداري، وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في حكمها في الطعن الإداري رقم 48/24ق (لما كان موضوع الدعوى كما يتبين من حيثيات الحكم المطعون فيه هو المطالبة بإلغاء قرار إداري صادر بنزع ملكية المطعون ضدهم وبالتالي فإن المختص بالفصل فيه هو القضاء الإداري وليس محكمة الشعب لأنه لا يتعلق برد عقار آل إلى الدولة مما يكون معه النعي على الحكم بمخالفة قواعد الاختصاص الولائي على غير أساس)⁽²⁾. ولكن في المقابل فإن دعوى التعويض الناشئة عن استيلاء الإدارة على عقار دون اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون نزع الملكية تكون من اختصاص القضاء العادي لا الإداري ذلك أن (المنازعة في تقدير التعويض المستحق عن العقار الذي تستولي عليه جهة الإدارة دون اتباع إجراءات نزع الملكية تعتبر من المنازعات التي تخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية التي يختص بها القضاء العادي بل وإن المشرع نفسه قد أخضع تلك المنازعات للقضاء العادي بما نص عليه في إجراءات نزع الملكية ومن ثم

(1) طعن إداري رقم 22/101 ق الصادر في 25/1/1976م، مجلة المحكمة العليا الليبية، السنة 12 العدد الرابع، ص90.

(2) حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 48/24ق الصادر بتاريخ 26/12/2004م، الباحث في مبادئ المحكمة العليا، مرجع سبق ذكره.

لا يكون للقضاء الإداري في جميع الأحوال اختصاص في منازعات تقدير التعويض⁽¹⁾.

هذا النص على اختصاص القضاء في المسائل المتعلقة بالتعويض عن قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة لم يتوقف على مسائل تقدير قيمة التعويض، بل إن القضاء الليبي عزز من ضمانات منزوعي الملكية من خلال تقريره لمبدأ الإجبار للسلطة نازعة الملكية لدفعها وإلزامها بتأدية التعويض المقرر لأصحاب العقارات منزوعة الملكية.

الفرع الثاني

دور القضاء في ضمان حصول أصحاب العقار على التعويض

إذا ما تم استصدار القرار الإداري بنزع ملكية العقار، وجب على الجهة الإدارية دفع التعويض المقدر قانوناً، والتزام الإدارة في هذه الحالة التزام جبري، بمعنى أنها ملزمة بحكم القانون بتأدية التزامها بدفع التعويض، فإن هي امتنعت أو تأخرت فإن للمتضرر رفع دعوى أمام القضاء لإلزامها بتأدية التعويض، وهو مبدأ أقرته المحكمة العليا الليبية في حكمها الصادر في الطعن المدني رقم 38/150ق، حيث قضت بأنه (لما كان قانون التطوير العمراني قرر الأحكام الخاصة بتقدير التعويض ووضع القواعد التي أوجبها لصرفه، ورخص للجهة نازعة الملكية في أن تصرف المبالغ المتنازع عليها لمالك العقار، أو أن تودعها في حساب الأمانات إلى أن يتم حسم النزاع قضاءً أو رضاً، وقد خلا القانون المذكور من النص على طريقة الوفاء بالتعويض الذي لا نزاع فيه على أحقية المالك له كله أو بعضه، ولا يجوز للجهة نازعة الملكية الامتناع عن الوفاء به على مقتضى القواعد المقررة في القانون، فإن هذه الجهة تكون ملزمة بالوفاء بالتعويض لمالك العقار لان التعويض التزام فرضه عليها القانون وينفذ جبراً

(1) حكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 26/28ق الصادر بتاريخ 1981/12/2م،

مجلة المحكمة العليا، س18، ع3-4، ص60.

بنص المادة 203 من القانون المدني الذي يرجع إليه فيما لا يتعارض مع النصوص الخاصة المقررة بقانون التطوير العمراني، الذي لا يقيد سلطة المحكمة عند الفصل في الاعتراض بالوقوف عند تقدير التعويض دون القضاء بالالتزام⁽¹⁾. ولكن ينبغي الإشارة إلى أن انتقال العقار إلى ملكية الدولة يتم من تاريخ صدور القرار الخاص بنزع ملكية العقار وليس من تاريخ صرف التعويض، ولكن مالك العقار يلتزم بتسليم العقار خلال ثلاثة أشهر من إخطاره بالإخلاء⁽²⁾.

من خلال ما سبق يمكن القول أن القضاء الليبي قد ساهم في تعزيز وتطوير الضمانات القانونية فيما يتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة، ولكن وفي المقابل وبالرجوع إلى التساؤل الذي طرحناه فيما يتعلق بنص المادة الأولى من القانون رقم 21 لسنة 1984م، التي حددت الحالات التي يجوز فيها التعويض، فإنه يمكن للباحث من خلال ما اطلع عليه من أحكام المحاكم في هذا الشأن وفي موضوع الملكية العقارية بصفة عامة، القول بأن القضاء الليبي حقيقة لم يكن موفقا في هذه المسائل ذلك أنه قد ساير ما نص عليه القانون من حرمان الملاك من حقوقهم في التعويض عن مساكنهم وعقاراتهم التي تزيد عن العدد الواحد، فنجد أن القضاء الليبي قد طبق أحكام القانون رقم 4 لسنة 1978م بشأن الملكية العقارية، وهو بالتالي وان كان قد أرسى مبادئ سامية تعزز من ضمانات الملكية العقارية فيما سبق بيانه، إلا أنه جاء في هذه النقطة وهدم هذه الضمانات، ولكن ما يمكن أن نجد فيه العذر للقضاء في تلك الفترة أنه لم يكن قضاء مستقلا باعتبارها، خاضعا لسيطرة السلطة الحاكمة في تلك الفترة، كذلك فإن افتقار الدولة الليبية لوجود دستور ردحا من الزمان زاد على الثلاثين عاما قد يشفع للقضاء

(1) طعن مدني رقم 38/150ق، الصادر في 28/11/1993م، مجلة المحكمة العليا الليبية،

السنة 30 العدد 1، ص69.

(2) د. محمد الحراري، مرجع سبق ذكره، ص523.

الليبي بعض الأخطاء والتضارب، نظرا للظروف الصعبة والضغط التي كان يتعرض لها الجهاز القضائي بصفة عامة على مختلف الصعد.

ومن بين الأمثلة في أحكام القضاء الليبي في هذا الشأن والتي تثبت تأثر أحكامه سلبا فيما يتعلق بتعزيز ضمانات الملكية العقارية بالقوانين السابقة المبنية على فلسفة سياسية مبهمة مجافية للواقع والحق، حكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 26/95ق والذي جاء فيه (إن القانون رقم 4 لسنة 78 متعلق بالنظام العام يستهدف منع الاستغلال لتوفير حاجة السكن لمن لم يكن يملك مسكنا خاصا ولحماية أرباب الحرف والمهن الذين يمارسون مهنتهم وحرفتهم في مبان مملوكة لأشخاص آخرين بالأجرة فقد جاء هذا القانون بأحكام تنظم الملكية العقارية وتعطي لكل مواطن الحق في تملك مسكن ومن يملك أكثر من مسكن له الحق في اختيار واحد منها / وفيما يخص العقارات غير المعدة للسكن والتي لا يشغلها مالكا بنفسه لغرض مهنته أو حرفته تؤل للدولة وتدار بمعرفة اللجنة الخاصة وللمالك أن يختار أحد هذه المباني إذا كان يملك أكثر من المحل الذي يشغله وذلك لغرض ممارسة مهنته أو حرفته)⁽¹⁾، وفي تأكيد للمحكمة العليا على موقفها وعلى ما يدعم نص القانون رقم 21 لسنة 1984م، فقد أكدت في حكم لها صادر في 25/06/2000م بأن (إنه وبصدور القانون رقم 78/4 بتقرير بعض الأحكام الخاصة بالملكية العقارية لم يعد لأي مواطن الحق في تملك أكثر من مسكن أو حيازة أكثر من قطعة أرض صالحة لبناء مسكن عليها وما زاد على ذلك يؤول إلى الدولة وهو ما يستفاد من نصوص المواد 1، 3، 4 والمعدلة بالقانون رقم 6 لسنة 1986م)⁽²⁾.

(1) الطعن المدني رقم 26/95ق الصادر في 24/01/1983م، مجلة المحكمة العليا، السنة 19 العدد4، ص121.

(2) طعن إداري رقم 44/14ق الصادر في 25/06/2000م، الباحث في مبادئ المحكمة العليا، مرجع سبق ذكره.

من خلال الأحكام السابقة نستطيع الاستنتاج أن المحكمة العليا قد استقرت في الماضي على عدم تعويض الملاك إلا في الحالات الواردة في المادة الأولى من القانون رقم 21 لسنة 1984م، وهو اتجاه من وجهة نظرنا يضر بكل الضمانات الممنوحة للملاك، إذ أن حرمانهم من أملاكهم وحرمانهم إضافة لذلك من التعويض هو منهج ينافي جميع الأسس والحقوق والأصول القانونية، وهو ما يجب إعادة النظر فيه الآن من خلال المحكمة العليا وإيجاد الوسائل القانونية السليمة لتدارك الأضرار التي ترتبت على هذه القوانين، بما يضمن الحقوق ويصون المصلحة العامة.

الخاتمة

في الختام يمكننا القول باطمئنان أن القضاء الليبي حاول أن يعزز الضمانات القانونية لعمليات نزع الملكية للمنفعة العامة من خلال إقراره للعديد من المبادئ القانونية السامية، ولكن ونتيجة للفلسفة السياسية والظروف التي مرت بها الدولة الليبية خلال الفترة الماضية، وما ترتب عليه من قوانين تحد من الملكية العقارية ومن حمايتها القانونية، فإن القضاء الليبي تأثر مثله في ذلك مثل جميع المجالات القانونية والاقتصادية وحتى الاجتماعية التي تأثرت بتلك الظروف، ولكن وبعد قيام ثورة السابع عشر من فبراير وباعتبار ليبيا اليوم على طريق جديد لبناء دولة يكون القانون دعائمها في العلاقات والمعاملات فإنه من وجهة نظرنا لا بد من ضمان التالي:

أولاً: ضمان تام لاستقلالية القضاء من أي تأثير لأي جهة كانت، فيكون القضاء هو الفصل في جميع المنازعات التي تمس الحقوق العامة والخاصة، ويكون الرقيب على أعمال جميع السلطات بحثاً عن تحقيق دولة القانون المنشودة.

ثانياً: البحث عن أفضل السبل القانونية والاقتصادية لتعويض الأفراد الذين طبقت عليهم القوانين السابقة الخاصة بتنظيم الملكية العقارية، عن طريق إيجاد سبل تكون بعيدة عن الفوضى وتضمن إعادة الحقوق إلى أصحابها أو/و تعويضهم.

ثالثاً: النص دستورياً على حماية الملكية العقارية وعدم جواز المس بها إلا وفقاً للقوانين والمبادئ السامية التي تقرها الشرائع المختلفة.

المراجع

- العربي محمدي، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة وحماية الملكية الخاصة، بحث مقدم للدراسات العليا، كلية الحقوق أكادال - الرباط، المغرب.
- د. محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، الطبعة السادسة، المكتبة الجامعية، الزاوية، ليبيا، 2010م.
- د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، ط6، 2007م.
- استند البحث في أساسه إلى أحكام المحكمة العليا الليبية، وهي الأحكام التي تم الإشارة لها في موضعها خلال هذا البحث:
- طعن إداري رقم 44/55 ق الصادر في 31/12/2000م، المحكمة العليا الليبية المبادئ الإدارية، الباحث في مبادئ المحكمة العليا، الإصدار الأول، إعداد اللجنة الشعبية العامة للعدل سابقا وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي ضمن مشروع تحديث قطاع العدل.
- طعن إداري رقم 7/13 ق والطعن الإداري رقم 7/19 ق، الصادرين بتاريخ 24/03/1962م، الباحث في مبادئ المحكمة العليا، الإصدار الأول، إعداد اللجنة الشعبية العامة للعدل سابقا وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي ضمن مشروع تحديث قطاع العدل..
- حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 42/81 ق الصادر بتاريخ 29/12/1997م، الباحث في مبادئ المحكمة العليا، الإصدار الأول، إعداد اللجنة الشعبية العامة للعدل سابقا وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي ضمن مشروع تحديث قطاع العدل.
- الطعن الإداري رقم 38/14 ق الصادر بتاريخ 16/05/1993م، مجلة المحكمة العليا، س28، ع 3-4، ص45.
- حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 45/131 ق الصادر بتاريخ 19/01/2003م، الباحث في مبادئ المحكمة العليا، الإصدار الأول، إعداد

اللجنة الشعبية العامة للعدل سابقا وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي ضمن مشروع تحديث قطاع العدل..

- طعن مدني رقم 17/32 ق الصادر في 15/06/1971م، المحكمة العليا الليبية، مجلة المحكمة العليا السنة 8 العدد 1، ص176.
- طعن أداري رقم 45/131 ق الصادر في 19/01/2003م، الباحث في مبادئ المحكم العليا الليبية، الباحث في مبادئ المحكمة العليا، الإصدار الأول، إعداد اللجنة الشعبية العامة للعدل سابقا وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي ضمن مشروع تحديث قطاع العدل.
- حكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 22/157 ق الصادر في 24/04/1977م، المحكمة العليا الليبية، مجلة المحكمة العليا السنة 14 العدد الثاني، ص94.
- حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 24/29 ق الصادر بتاريخ 27/02/1980م، مجلة المحكمة العليا، س16، ع4، ص34.
- حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 22/101 ق الصادر في 25/1/1976م، مجلة المحكمة العليا الليبية، السنة 12 العدد الرابع، ص90.
- حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 48/24 ق الصادر بتاريخ 26/12/2004م، الباحث في مبادئ المحكمة العليا، الإصدار الأول، إعداد اللجنة الشعبية العامة للعدل سابقا وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي ضمن مشروع تحديث قطاع العدل.
- حكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 26/28 ق الصادر بتاريخ 2/12/1981م، مجلة المحكمة العليا، س18، ع3-4، ص60.
- حكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 38/150 ق، الصادر في 28/11/1993م، مجلة المحكمة العليا الليبية، السنة 30 العدد 1، ص69.
- حكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 26/95 ق الصادر في 24/01/1983م، مجلة المحكمة العليا، السنة 19 العدد4، ص121.

- حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 44/14 ق الصادر في 2000/06/25م، الباحث في مبادئ المحكمة العليا، الإصدار الأول، إعداد اللجنة الشعبية العامة للعدل سابقا وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي ضمن مشروع تحديث قطاع العدل.

الحرب على الإرهاب في ضوء القانون الدولي

إيناس عبد الله أبو حميرة *

مقدمة

الحرب على الإرهاب مصطلح دخل قاموس القانون الدولي بعد أحداث 11 سبتمبر 2001م، أعلنتها الولايات المتحدة الأمريكية ضد أفغانستان بدعوى أنها معقل للجماعات الإرهابية "طالبان". وقد أثارت هذه الحرب جدلاً واسعاً في فقه القانون الدولي بين مؤيد ومعارض لها سواء من حيث إشكالية التكييف القانوني لهذه الحرب وهل تنطبق عليها أحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة بالرغم من أنها تمت خارج إطار هيئة الأمم المتحدة؟ أو هل تنطبق عليها أحكام المادة 51 من الميثاق إذا أخذنا بتوصيف الولايات المتحدة الأمريكية بأنها حرب للدفاع الشرعي الوقائي بالرغم من أن أحكام المادة 51 من الميثاق لا تنص على الدفاع الشرعي الوقائي بل تشترط لمباشرة أعمال الدفاع الشرعي أن يكون العدوان المسلح قد وقع فعلاً؟. فضلاً عن ذلك يثور التساؤل حول مدى خضوع هذه الحرب لقواعد القانون الدولي الإنساني فهي حرب موجهة ضد حركة لا ضد دولة؟

الواقع فإن الإشكال الذي طرَحَ بمناسبة الحرب على الإرهاب لم يتوقف عند حد التكييف القانوني فحسب وإنما تعداه إلى كيفية التعامل الدولي مع هذه الظاهرة الذي اتسم بازدواجية معايير التطبيق، إذ تم تجاهل العديد من النداءات بضرورة إيجاد الصيغة القانونية الكفيلة بمكافحة الإرهاب في ظل معاهدة دولية في المقابل لم تتجرأ أمريكا وحلفائها ولو لمرة واحدة بوصف الأعمال التي ترتكبها إسرائيل في الأراضي المحتلة بالإرهاب. أخيراً ربط الإرهاب بالإسلام

(* عضو هيئة التدريس بكلية القانون، جامعة طرابلس).

واستخدم الزعم بدعم الإرهاب كانت أوراق ضاغطة على دول العالم الثالث وذريعة للتدخل في العديد من الدول وهكذا يتضح أن من يقود هذه الحرب اعتمد على معيار المصلحة الخاصة وسياسة الكيل بمكيالين.

ولبيان موقف القانون الدولي من الارهاب رأينا أن تكون خطة بحث الموضوع وفقاً للتالي:

المبحث الأول: التكييف القانوني للحرب على الإرهاب ومدى مشروعيتها.

المبحث الثاني: الحرب على الإرهاب وواقع الممارسة الدولية.

المبحث الأول

التكييف القانوني للحرب على الإرهاب ومدى مشروعيتها

في ظل اختلاف فقهاء القانون الدولي بين مؤيد ومعارض حول مسألة التكييف القانوني للحرب على الإرهاب عليه سنحاول تحديد التكييف القانوني للحرب على الإرهاب وما يترتب على ذلك من نتائج من حيث مدى تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني على هذه الحرب تم البحث في مدى مشروعيتها، كل ذلك من خلال مطلبين اثنين:

المطلب الأول: التكييف القانوني للحرب على الإرهاب.

المطلب الثاني: مدى مشروعية الحرب على الإرهاب.

المطلب الأول

التكييف القانوني للحرب على الإرهاب

البحث عن الأساس القانوني للحرب على الإرهاب ينحصر في إحدى فرضيتين: الأولى هي محاولة إيجاد أساس لها ضمن مفاهيم موجودة مسبقاً في القانون الدولي. الفرضية الثانية هي أن الحرب على الإرهاب مفهوم جديد للحرب يختلف عن المفهوم الكلاسيكي وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الأساس القانوني للحرب على الإرهاب وميثاق الأمم المتحدة

يعد الدفاع الشرعي من حالات الاستخدام المشروع للقوة المسلحة في ظل ميثاق الأمم المتحدة والمنصوص عليه في المادة 51 منه ((ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينتقص الحق الطبيعي للدول، فرادى أو جماعات، في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء "الأمم المتحدة" وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدولي، والتدابير التي اتخذها الأعضاء استعمالاً لحق الدفاع عن النفس تبلغ إلى المجلس فوراً، ولا تؤثر تلك التدابير بأي حال فيما للمجلس - بمقتضى سلطته ومسؤولياته المستمرة من أحكام هذا الميثاق - من الحق في أن يتخذ في أي وقت ما يرى ضرورة لاتخاذ من الأعمال لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه)).

الواقع إن الدفاع الشرعي حق استثنائي لا يمارس إلا في حدود ضيقة وذلك وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة وتتمثل في: وقوع عدوان مسلح حال علي إقليم الدولة، بالإضافة إلي نسبة العدوان المسلح إلي الدولة التي يباشر الدفاع الشرعي في مواجهتها، أيضا من الشروط المنصوص عليها في هذه المادة إلا يتجاوز الدفاع الشرعي الحد اللازم لرد العدوان¹، كما نصت على إخضاع الممارسات العسكرية للدولة التي يرخص لها حق الدفاع الشرعي للرقابة اللاحقة لمجلس الأمن، وأخيرا ينتهي الحق في مباشرة رخصة الدفاع الشرعي بمجرد تدخل مجلس الأمن لأغراض إعادة السلم والأمن الدولي إلي نصابهما.

(1) أضافت محكمة العدل الدولية شرط الضرورة والتناسب إلي جانب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 من الميثاق حيث أكدت عليهما في حكمها الصادر في قضية نيكاراغوا عام 1986م.

للإطلاع على حيثيات الحكم راجع: موجز الأحكام والفتاوى الصادرة عن محكمة العدل الدولية على الموقع:

وعليه فإذا توفرت الشروط السابقة على الحرب ضد الإرهاب، كانت هذه الحرب من قبيل الدفاع الشرعي. سنحاول تطبيق هذه الشروط على الحرب التي قادتها أمريكا بعد أحداث 11 سبتمبر 2001م لتأكيد أو نفي صفة الدفاع الشرعي عليها، ولعل المثال الحي لهذه الحرب تلك التي قادتها الولايات المتحدة الأمريكية على أفغانستان، إذ يجب هنا أثبات علم طالبان بوقوع تفجيرات سبتمبر واثبات المساهمة الفعلية فيها وهل يوصف دعم طالبان إلي الجماعات الإرهابية في حالة ثبوت ذلك بأنه اعتداء مسلح وفق المفهوم المعتمد في القانون الدولي؟ والذي إلي حد هذه الساعة لم تتأكد هذه الفرضية⁽¹⁾. والواقع فإنه حتى مع وجود فرضية الاعتداء المسلح فإن الدفاع الشرعي يزول بمجرد اجتماع مجلس الأمن واخذ الإجراءات اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين وكما هو معلوم مجلس الأمن قام باتخاذ تلك الإجراءات مما يسقط مبرر الدفاع الشرعي⁽²⁾.

كما يشترط في العدوان أن يكون من قبل دولة ما ضد سيادة دولة أخرى أو سلامتها أو استقلالها السياسي، في حين وقع العدوان من قبل حركة طالبان كما زعم بذلك. كما تشترط المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة أن يكون الاعتداء حالاً وهذا يعني أن توافر الشروط اللازمة لمباشرة الدولة حق الدفاع الشرعي لا يعني أن الدولة حرة في ممارسة هذا الحق متى تشاء بل لا بد لأن تخضع في ذلك لضوابط وقيود محددة، غير أن قادة الحرب ضد الإرهاب ذهبوا في تبرير حربهم الطويلة إلي الاستناد إلي الدفاع الشرعي الوقائي أو الاستباقي

(1) لم تقدم الولايات المتحدة الأمريكية للعالم أي دليل على تورط تنظيم القاعدة في هجمات 11 سبتمبر 2001م، أضف إلي أن الكثيرين شككوا في حقيقة الشريط المصور الذي ظهر فيه "أسامة بن لادن" زعيم التنظيم بعد سنة من وقوع الهجمات معلناً فيه مسؤولية تنظيم القاعدة عنها، وليس بخفي تأثير الحملة الإعلامية التي أدارتها الإدارة الأمريكية لإقناع الرأي العام العالمي بحقيقة موقفها للمزيد راجع: احمد حسن سويدان، الإرهاب الدولي في ظل المتغيرات الدولية، منشورات دار الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2005م، ص118.

(2) المرجع السابق ص65.

الذي يعني حق الدفاع الشرعي للدولة وان كان العمل الإرهابي لم يقع بعد وإنما هو وشيك أو محتمل الوقوع⁽¹⁾. وعلى هذا الأساس تبرر أمريكا حربها المستمرة والتي لا تعرف نهاية فبعد حربها ضد العراق وأفغانستان تشن حرب ضد أشباح في مناطق مختلفة من العالم ولعل خطاب الرئيس اوباما مؤخرا 2014م وما جاء فيه من ضرورة إنشاء حلف دولي للقضاء على الإرهاب المتمثل في "داعش" في العراق وسوريا خير دليل على ذلك. فكيف يتم تبرير قيام هذه الحرب بالدفاع الشرعي في غياب العدوان المسلح فالقول إن الحرب في هذه الدول هي حرب ضد الإرهاب، قول مخالف للحقيقة فهذه الدول ليست لديها أهداف ضد أميركا.

كما أن من ضوابط استخدام القوة العسكرية استنادا للحق في الدفاع الشرعي، ضرورة توقف أعمال الدفاع الشرعي بمجرد انتهاء العدوان ولذا إذا انتهى العدوان المسلح أو توقف فإن كل استخدام للقوة العسكرية بعد ذلك يخرج عن إطار الشرعية.⁽²⁾

بناء على ذلك فأنا نرى في قيام الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها بالعمليات العسكرية بعد انتهاء هجمات 11 سبتمبر 2001م واستمرارها ليومنا هذا هو أمر قد تعدى الزمن الذي تقرر من اجله الحق في الدفاع الشرعي، الأمر

(1) هذا ما أكده " جورج بوش الابن" في خطاب له في يوليو 2002م في كلية "ويست بوينت" العسكرية حيث قال: ((ثمة تهديدات جديدة تتطلب نوعا جديدا من التفكير، فلخوض هذا النوع الجديد من الحرب ضد الإرهاب داخل الولايات المتحدة الأمريكية وخارجها، حددنا إستراتيجية الحرب الوقائية. فإذا ما انتظرنا حتى تستكمل التهديدات استعداداه فمعنى ذلك انه قد انتظرنا أكثر من اللازم، ويتطلب امننا أن يتحلى جميع الأمريكيين ببعد النظر وان نكون مستعدين للقيام بعمل استباقي، فلن نتردد في العمل ولو بمفردنا إذا لزم الأمر لممارسة حقنا في الدفاع عن أنفسنا بشن حرب وقائية ضد الإرهابيين، ومنعهم من إلحاق أضرار بشعبنا وبلدنا))، انظر الموقع:

<http://www.Khmaq.gov.sa>

(2) عادل عبد الله المسدي، الحرب ضد الإرهاب والدفاع الشرعي في ضوء أحكام القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006م، ص130.

الذي يخرج هذه العمليات عن إطارها الشرعي، ويجعلها تأخذ صفة العدوان المستمر وغير المبرر ضد السلامة الإقليمية والاستقلال السياسي للدول لعدم توافقها مع الهدف والغرض من الدفاع الشرعي وفقا للمادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة. وهذا ما يدفعنا للبحث في مدى ملائمة نظام الأمن الجماعي كأساس للحرب على الإرهاب كما يسوق البعض.

يعد نظام الأمن الجماعي من الحالات التي تستند في مشروعيتها على ميثاق الأمم المتحدة حيث أوكلت مهمة القيام بها إلي مجلس الأمن الذي له صلاحية استخدام القوة المسلحة لحفظ السلم والأمن الدوليين في حالة ما إذا رأى أن التدابير المنصوص عليها في المادة 41 من الميثاق (الجزاءات غير العسكرية) لا تفي بالغرض، فهل تتوفر شروط ممارسة نظام الأمن الجماعي في الحرب على الإرهاب؟.

بالرغم من أن الإرهاب يشكل في كثير من الحالات تهديدا للسلم والأمن الدوليين، غير أن مجلس الأمن لم يلجأ إلي يومنا هذا لنظام الأمن الجماعي، إذ أن الحرب على الإرهاب تقودها الولايات المتحدة وحلفاؤها دون إذن أو حتى موافقة من مجلس الأمن الذي اكتفى في عديد المرات بإدانة الأعمال الإرهابية، وطالب بوقفها بالتعاون الدولي بين الدول وتجاهل أخرى وهو ما سيتم معالجته بشي من التفصيل عند التعرض للتعامل الدولي مع ظاهرة الإرهاب.

ثانيا/ الحرب على الإرهاب شكل من أشكال النزاع المسلح

ينصرف وصف الحرب بالمعنى القانوني إلي كل نزاع مسلح أطرافه الدول أو غيرها من أشخاص القانون الدولي العام الأخرى، وقد يكون الغرض من ورائه تحقيق مصالح خاصة وما يترتب على ذلك من تطبيق لقانون النزاعات المسلحة⁽¹⁾.

(1) راجع: جعفر عبد السلام، قواعد العلاقات الدولية في القانون الدولي وفي التشريعة الإسلامية' مكتبة السلام العالمية، القاهرة، الطبعة الأولى 1981م، ص694. حازم محمد علم، قانون النزاعات المسلحة الدولية، دون دار وبلد نشر، 1994م، ص18-43.

وعليه فإن قيام حالة الحرب تستلزم توافر العناصر التالية: وجود صراع مسلح باللجوء إلى القوة المسلحة باعتبار هذا الأخير هو الذي يميز الحرب عن غيرها من المفاهيم المشابهة كالأعمال العسكرية والأعمال الانتقامية في صورها غير المسلحة. انحصار أطراف النزاع المسلح في الدول أو احد أشخاص القانون الدولي وما يستلزمه ذلك من تطبيق أحكام قانون النزاعات المسلحة.

واستنادا إلى ما سبق فإنه يشترط لوصف الحرب بأنها نزاع مسلح بالمعنى القانوني للكلمة فهل تتوفر هذه الشروط على هذه الحرب المعلنة، فرغم أن الحرب والإرهاب يشتركان في استعمال القوة المسلحة في كثير من الأحيان وبالتالي تترتب عليهما نفس الآثار تقريبا فيما يتعلق بتهديد السلم والأمن الدوليين، إلا أنهما يختلفان في الهدف، فالحرب والنزاع المسلح غالبا ما تكون لتحقيق أهداف أيديولوجية في حين الهدف من الإرهاب نشر الذعر في الأوساط المدنية، كما أن الحرب تكون بين أشخاص القانون الدولي وعلي رأسهم الدول في حين الإرهاب احد أطرافه غالبا جماعات إرهابية، ولذلك ورغم خطورة الإرهاب التي لا تقل عن النزاع المسلح إلا أنه لا يعد كافيا لإعمال قانون الحرب.

والواقع فإنه من الصعب القول أن الحرب على الإرهاب حرب بالمعنى الفني للكلمة وإنما شكل جديد للحرب يتطلب تطوير قواعد القانون الدولي وخصوصا قانون النزاعات المسلحة لتشمل هذه النزاعات، والدليل على ذلك أن الولايات المتحدة بالرغم من اعترافها بحالة الحرب إلا أنها رفضت الالتزام بقواعد القانون الإنساني في أحداث 11 سبتمبر 2001م بحجة أنها أعمال حرب تبرر لرد فعل عسكري أكثر من كونها جرائم الحق العام، مما يجعل القانون الدولي المعاصر لا يتلاءم مع المستجدات الجديدة خاصة وأنه لا يعتبر الإرهاب كعنصر أساسي للأشكال الجديدة للحرب. وهذا يثير أيضا إشكالية مدى تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني على هذه الحرب.

إن عدم التوصل إلي اتفاق جامع حول مسألة تكثيف الحرب على الإرهاب جعل هناك صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق بشأنها. فمن ناحية القانون الدولي الإنساني لا ينطبق إلا على حالة النزاع المسلح ونظرا لعدم انطباق عناصر هذا الأخير على الحرب ضد الإرهاب كما سبق وان رأينا فإن قواعد القانون الإنساني لا تغطي مثل هذه الأحداث. إلا أنه ومن ناحية أخرى لا جدل في أن القانون الدولي الإنساني يحظر كافة أشكال الإرهاب التي ترتكب في أي نزاع مسلح حيث أشارت اتفاقية جنيف الرابعة في المادة 33 وكذلك المادة 2/51 من البروتوكول الإضافي الأول إلي الأعمال الإرهابية كما تحضر المادة 3 المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع الأعمال الإرهابية. ونرى من جانبنا انه لا يوجد أي تعارض بين مكافحة الإرهاب واحترام قواعد القانون الدولي الإنساني فمسألة مشروعية الحرب على الإرهاب من عدمها ليست من اختصاص القانون الدولي الإنساني وإنما هي مسألة تخضع لميثاق الأمم المتحدة كما سنرى لاحقا وعليه فالقانون الدولي الإنساني واجب الاحترام ولو كانت الحرب غير مشروعة فغاية هذا الأخير حماية الإنسان، كما انه من المفترض أن تسعى مكافحة الإرهاب إلي تحقيق التوازن بين متطلبات حماية الأمن الوطني في مواجهة التهديدات الإرهابية وبين الحماية الفعلية لحقوق الإنسان.

المطلب الثاني

مدى مشروعية الحرب على الإرهاب

لا احد يشكك بأن الإرهاب هو فعل يتعارض مع حصر استخدام القوة في العلاقات الدولية بين الدول، كما إن دعم الجماعات الإرهابية يشكل خرق لمبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية وعليه فإن الأعمال الإرهابية من تفجيرات وقتل للأبرياء وتهجير للمدنيين يمكن أن توصف بأنها إخلال بالسلم والأمن الدوليين، الأمر الذي يخول مجلس الأمن اتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لإعادة السلم والأمن إلي نصابها.

وعلى ضوء ذلك فالسؤال المطروح هو مدى مشروعية الحرب التي قادت بها وتقودها الولايات المتحدة بدعم من حلفائها بعد أحداث 11 سبتمبر 2001م.

كما وضحنا سابقا فإن مجلس الأمن لم يتخذ أي خطوات فعلية من اجل القضاء على ظاهرة الإرهاب، واقتصر اهتمامه على مجموعة من القرارات التي تدين الأعمال الإرهابية¹، ففي اليوم التالي للتفجيرات التي تعرضت لها الولايات المتحدة في 11 سبتمبر 2001م اتخذ مجلس الأمن قرار أدان فيه الأعمال الإرهابية واعتبر أن هذه الأعمال كأى عمل إرهابي تشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين، كما طالب الدول بوقف أي نوع من الدعم للجماعات الإرهابية⁽²⁾، إلا أنه لم يأذن لأية دولة بمعاقبة من ينتهك ذلك بالقوة، بل بالعكس من ذلك أكد في جميع قراراته الصادرة في هذا الشأن على اختصاصه بالإلزام باحترام قراراته⁽³⁾. ومعنى ذلك أن الحرب على الإرهاب التي قادت بها أمريكا على أفغانستان وعلى غيرها من الدول الأخرى تمت دون إذن أو حتى موافقة من مجلس الأمن.

وقد ذهب البعض لتبرير مشروعية هذه الحرب أن مجلس الأمن منح مقدما ترخيصا عاما يسمح بموجبه للولايات المتحدة القيام بأعمال عسكرية

(1) للإطلاع على قرارات مجلس الأمن (الوثائق الرسمية لمجلس الأمن للأمم المتحدة) انظر الموقع:

<http://www.un.org/Arabic/sc/resoldeci>

(2) انظر قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1368) الصادر عن مجلس الأمن في جلسته المنعقدة بتاريخ 2001/9/12م الوثائق الرسمية لمجلس الأمن للأمم المتحدة (S/RES/1368/2001)

(3) راجع نص القرارين (S/RES/1368/2001) (S/RES/1373/2001) في موقع الأمم المتحدة

لمحاربة الإرهاب⁽¹⁾، غير انه من الناحية القانونية غير مقبول ذلك أن ميثاق الأمم المتحدة يعطي لمجلس الأمن سلطة اتخاذ التدابير العسكرية، وليس السماح لدول أخرى القيام بذلك أي انه لا تفويض في تفويض.

ومن جانب آخر فأن الاستناد إلي الدفاع الشرعي لتبرير الحرب على الإرهاب أمر مردود كما سبق وان ذكرنا سالفا وذلك لعدم توافر الشروط المنصوص عليها في المادة 51 من الميثاق كما أن مجلس الأمن أدان في العديد من المناسبات الحرب التي شنتها بعض الدول ضد دول أخرى بدعوى أنها تأوي وتدعم جماعات إرهابية، مبررا ذلك أن مثل هذه الأعمال لا ترقى إلي الاعتداء المسلح وهذا ما حدث عندما قامت الولايات المتحدة الأمريكية بقذف عدة مدن ليبية سنة 1986م كرد فعل على التفجيرات التي تعرضت لها المصالح الأمريكية في برلين والذي أدانته الجمعية العامة بأغلبية ساحقة⁽²⁾.

هل يوجد في القانون الدولي ما يبرر القيام بحرب وقائية مبنية على

شكوك غير مؤكدة؟

لا الأهداف والمبررات الأمريكية المقدمة وعلى رأسها مقاومة الإرهاب يبرر مثل هذه الحروب أو يوفر لها أساسا قانونيا مشروعاً وذلك أيا كانت الأرضية التي يتم الارتكاز عليها فقهية أو قانونية أو عرفية لمحاولة توفير أساس لها، ويبقى سندها الوحيد سياسيا وعسكريا بالأساس، هو مبدأ "جورج بوش" الجديد أي تلك النظرية التي ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية بعد أحداث

(1) راجع موقع مركز الشرق العربي للدراسات الحضارية والإستراتيجية علي الإنترنت، دراسة في قرار رقم 13730 بتاريخ 2001/9/28م. متاح من خلال:

<http://www.asharqalarabi.org.uk/index.htm>

(2) يجدر بالذكر أن مجلس الأمن الدولي لم يتمكن من إصدار قرار يدين الولايات المتحدة الأمريكية نظرا لاستخدام الأخيرة وفرنسا لحق الفيتو ضد مشروع قرار يدين الولايات المتحدة الأمريكية. انظر علاء الدين راشد، الأمم المتحدة والإرهاب، قبل وبعد 11 سبتمبر. مع تحليل نصوص الصكوك العالمية لمكافحة الإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م، ص18.

11 سبتمبر 2001م والقائمة على مبدأ الاستباق والضربة الوقائية - الحرب الوقائية - وهي نظرية حرب متعارضة مع قواعد الشرعية الدولية ومع المصلحة الدولية العامة المشتركة أساسا في حفظ وضمان السلم والأمن لجميع الدول كبيرها وصغيرها.

المبحث الثاني

الحرب على الإرهاب وواقع الممارسة الدولية

يعد الإرهاب ظاهرة قديمة عانت منه البشرية عبر المراحل التاريخية المتعاقبة، وفي أواخر القرن العشرين زاد شيئا فشيئا في مناخ ساعد على تفعيله وانتشاره نظرا للتقدم التكنولوجي واتساع ثورة الاتصالات وتدخل النفوذ المساعدة للحركات الإرهابية، وبذلك أصبح الإرهاب يشكل خطرا حقيقيا على الأمن الدولي غير أن مجلس الأمن والدول الكبرى تجاهلته في العديد من القضايا بالرغم من وجود نداءات محذرة من خطورة هذه الظاهرة ومطالبة بعقد اتفاقية في هذا الشأن، ولكن دون جدوى إلي أن استهدفت الولايات المتحدة في عقر دارها ليصبح موضوع الإرهاب بعد 11 من سبتمبر 2001م من أولويات السياسة الخارجية للدول الكبرى.

وعليه سنتناول بالتحليل كيفية التعامل الدولي مع ظاهرة الإرهاب والنتائج المترتبة على ذلك في مطلبين:

المطلب الأول: ازدواجية أسلوب التعاون الدولي مع ظاهرة الإرهاب.

المطلب الثاني: نتائج سياسة ازدواجية معيار التعامل مع ظاهرة الإرهاب.

المطلب الأول

ازدواجية أسلوب التعامل الدولي مع ظاهرة الإرهاب

اكتفى مجلس الأمن في العديد من المرات بإدانة الأعمال الإرهابية، وطالب بوقفها بواسطة التعاون الدولي، ويمكن أن نذكر على سبيل المثال عمليات الإبادة التي مارسها الصرب في حق مسلمي البوسنة والهرسك، من ذبح

الرضع والأطفال واحرق بعضهم ليرحلوا دون أن يعرفوا لماذا قتلوا؟ أيضا الأعمال الإرهابية الإسرائيلية في فلسطين، وما تقوم به إسرائيل في غزة من إرهاب فلم يفرض مجلس الأمن عقوبات ضد إسرائيل التي تقوم باستمرار بهجمات توصف بأنها إرهابية بل حتى لا يدين هذه الأعمال وفي حالات أخرى وصف مجلس الأمن أعمال بعض الجماعات بالإرهابية دون أن يفرض عقوبات ضدها مثال ذلك جيش تحرير كوسوفو، والذي بالرغم إدانته بالقيام بأعمال إرهابية في يوغسلافيا ومقدونيا إلا أنه لم يفرض أي عقوبات ضده.

وفي حالات أخرى قام مجلس الأمن باتخاذ إجراءات وإصدار قرارات ضد الأعمال الإرهابية فتم فرض عقوبات اقتصادية على ليبيا في 1991م بمناسبة قضية لوكربي، ووقع عقوبات دبلوماسية على السودان في 26 ابريل 1996م لرفضه التعاون مع التحقيق الهادف إلي تحديد المسؤولين عن محاولة اغتيال الرئيس المصري حسني مبارك 26 يونيو 1995م.

ولم تياس الأصوات منادية بضرورة وضع أرضية قانونية لتجريم هذه الظاهرة، ولكن تجاهلت الدول الكبرى صيحات ضحايا هذه الكارثة في حين عندما تكون الضحية إحدى هذه الدول ستتغير المعايير وتتقلب الموازين.

عقب هجمات 11 سبتمبر 2001م أدركت الدول الكبرى وخاصة الولايات المتحدة مدى خطورة ظاهرة الإرهاب حيث اعتنقت أمريكا سياسة الحرب ضد الإرهاب والتي كان ضحيتها الأولى أفغانستان بدعوى أنها معقل الجماعات الإرهابية، وأعلنت بأنها حرب بلا نهاية وحددت أهدافها في مجموعة الدول الإسلامية منها العراق لتهمة بدعمه للإرهاب وامتلاكه لأسلحة الدمار الشامل

وفي يونيو 2014م أعلنت واشنطن الحرب بتحالف دولي جديد والعدو المعلن فيها هذه المرة تنظيم الدولة الإسلامية في العراق وسوريا. واستخدم التحالف كل ما يملك من تقنيات عسكرية بعد الإعلان عن بدأ العمليات العسكرية ضد "داعش" لتكون هذه الحرب تكمله لحرب معلنه بدأت في أفغانستان.

هكذا ألصقت صفة الإرهاب بالإسلام في حين لم تتجرأ الولايات المتحدة الأمريكية أن تصف أعمال التقتيل والتخريب التي يرتكبها الكيان الصهيوني في حق الشعب الفلسطيني بالإرهاب. لقد مرت تلك المجازر البشعة في قانا، ودير بلح، وجنين، وغزة. دون أن تحدث ضجة وكأن أولئك الذين ماتوا في هذه الأماكن ليسوا بشر والبشرية تقتصر على الأمريكيين فقط ولعل ما يؤكد ذلك ما تسعى إليه الولايات المتحدة مؤخرا في المطالبة بضرورة إصدار قرار يقضي بتطبيق أحكام الفصل السابع على سوريا بعد ذبح صحفي أمريكي في 2014م وكأن قتل مليون سوري وتشريد عشرة ملايين آخرين لا يستحق قرار دوليا بوضع سوريا تحت الفصل السابع لكنه ضروري بعد ذبح الصحفي الأمريكي. مما يقتضي منا أن نتساءل أليس الإرهاب إرهاب أينما كان وضد من كان؟

هكذا يتضح أن هذه الحرب كانت مبنية على أساس السياسة الانتقائية ومعيار ازدواجية للولايات المتحدة في التعامل مع القضايا الدولية، حيث تروج للخطر الإسلامي وتغض الطرف عن الخطر الصهيوني الذي يشكل إرهابا بآثم معنى الكلمة.

المطلب الثاني

نتائج سياسة ازدواجية معيار التعامل مع ظاهرة الإرهاب

أفضت سياسة ازدواجية معايير التعامل مع ظاهرة الإرهاب إلي جملة من النتائج والتي من أهمها عدم وصول دول العالم إلي مفهوم موحد للإرهاب، بل على العكس تماما أدت هذه السياسة إلي ظهور مفاهيم جديدة غير مألوفة في التنظيم الدولي مثل الخطر الإسلامي، وتم الخلط بين المقاومة والإرهاب وسنتولى بيان ذلك على النحو التالي:

أولا/ عدم وجود مفهوم موحد للإرهاب

أن أهم ما يدور حوله النقاش في تحديد مفهوم الإرهاب هو مشكلة التعريف، نظرا للصعوبة التي تحيط به والتي ترجع إلي العديد من الأسباب التي تعود في معظمها إلي طبيعة العمل الإرهابي بذاته، واختلاف نظرة الدول له، فما يراه البعض إرهابا يراه البعض الآخر عملا مشروعاً⁽¹⁾.

وهنا لابد من القول أن هناك خلاف حاد حول بعض المفاهيم الأساسية لضرورة التمييز بين إرهاب الأفراد وإرهاب الدولة، وهو الموقف الذي تمسكت به مجموعة عدم الانحياز، التي تقدمت باقتراح يعتبر من أفعال الإرهاب الدولي: أعمال العنف والقمع والتي تمارسها الأنظمة الاستعمارية والعنصرية الأجنبية ضد الشعوب التي تكافح من أجل التحرير والحصول على حقها المشروع في تقرير المصير والاستقلال ومن أجل حقوق الإنسان وحياته الأساسية الأخرى، وهناك أيضا قيام دول معينة تعمل على تقديم المساعدة لبقايا التنظيمات الفاشية أو المرتزقة التي تمارس أعمالها الإرهابية ضد دول أخرى ذات سيادة، أو غض الطرف عن ممارسات هذه التنظيمات. ومن هذه الأفعال أيضا أعمال العنف التي يمارسها أفراد أو جماعات والتي تعرض للخطر حياة الأبرياء أو تنتهك الحريات السياسية، دون إخلال بالحقوق غير القابلة للتصرف في حق تقرير المصير والاستقلال لكل الشعوب الخاضعة لسيطرة الأنظمة الاستعمارية والعنصرية أو لأية أشكال أخرى من السيطرة الأجنبية أو لحقها المشروع في الكفاح، وعلى وجه الخصوص كفاح حركات التحرر الوطني طبقا لأهداف ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة.

ويتضح من التعريف الذي قدمته مجموعة عدم الانحياز أنه ميز بين إرهاب الدولة وإرهاب الأفراد، كما أنه يستثنى كفاح حركات التحرر الذي يعتبر عملا مشروعاً وفق القانون الدولي وميثاق الأمم المتحدة وقراراتها، في الوقت

(1) علاء الدين راشد، المشكلة في تعريف الإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م،

الذي تزعمت الولايات المتحدة اتجاهها مضادا يستبعد إرهاب الدولة، ويقتصر الإرهاب على إرهاب الأفراد أو مجموعة من الأفراد، وهذا في نظرنا من شئنه تبرير الأعمال الإرهابية التي تقوم بها في كل من العراق، وأفغانستان، والصومال، والسودان، وكذلك تبريرا لأعمال إسرائيل في فلسطين المحتلة، حيث تقدمت الولايات المتحدة الأمريكية بمشروع يؤدي عمليا إلى تجريم حركات التحرر الوطني، كما يركز المشروع الأمريكي على الإرهاب الفردي، فقد أعتبر أن (كل شخص يقوم في ظروف غير مشروعه بقتل آخر أو إحداث ضرر بدني فادح له أو يقوم باختطاف أو يحاول ارتكاب هذا الفعل، فإنه يرتكب جريمة ذات بعد دولي)⁽¹⁾.

ويعتبر المشروع الأمريكي أن الجريمة في هذا الحال ذات بعد دولي إذا ما كان العمل:

- مرتكبا أو محدثا لإثارة خارج إقليم الدولة التي يحمل مرتكب الجريمة جنسيتها، متناسيا في ذلك الأعمال الإرهابية التي تمارسها المنظمات الإرهابية أمريكية المنشأ في بلادها.
- مرتكبا أو محدثا لإثارة من خارج إقليم الدولة أو داخل إقليم الدولة التي وجه العمل ضدها إذا كان للمرتكب هذا اعتقادا بأن من وجه ضده الفعل لا يحمل جنسية تلك الدولة.
- إذا كان العمل مرتكبا ضد عضو من القوات المسلحة لدولة خلالا المنازعات.
- إذا كان العمل يستهدف المساس بمصالح أو الحصول على تنازلات من دولة أو منظمة دولية⁽²⁾.

(1) محمد تاج الدين الحسيني، مساهمة في فهم ظاهرة الإرهاب الدولي، الرباط عام 1990م، ص24.

(2) أحمد ثابت، نقد المفهوم الجديد عن الإرهاب الدولي، كتاب أزمة لوكربي، دون دار نشر وبلد نشر، ص23 - 124.

وكانت الولايات المتحدة قد تقدمت أيضا إلى (اللجنة المتخصصة المعنية بالإرهاب الدولي) التابعة للأمم المتحدة⁽¹⁾، بمشروع اتفاقية دولية يهدف إلى مكافحة ما تسمية بالإرهاب من أجل الحيلولة دون حصول الإرهابيين على ما سمته أي مأوى أو مكان آمن لا تطاله الملاحقة أو العقاب، في أي مكان من العالم. كما أن المشروع كان يعتبر أية هجمة إرهابية على أية دولة طرف في الاتفاقية هجمة على جميع الدول الأطراف. إلا أن هذا المشروع، لم يشر أبدا إلى نضال الشعوب ضد الاستعمار والاحتلال والعنصرية والصهيونية، أو حق تقرير المصير. ونظرا لذلك فإن اللجنة لم تأخذ بهذا المشروع ولم تناقشه، كما أن

(1) أنشأ القرار (1373) لجنة مكافحة الإرهاب (C T C) بموجب الفقرة (6) منه وهي تتكون من جميع أعضاء مجلس الأمن الخمسة عشر ولها رئيس وثلاث نواب، وتتكون من ثلاث لجان فرعية يتولى رئاسة كل منها نائب الرئيس، وتراقب هذه اللجنة تنفيذ القرار ولا تعد لجنة جزاءات، وتسعى اللجنة إلي إرساء الأساس لإجراء حوار مستمر بين مجلس الأمن وجميع الدول أعضاء الأمم المتحدة حول أفضل الطرق التي يمكن بها زيادة القدرات الوطنية لمكافحة الإرهاب وأضاف مجلس الأمن (المديرية التنفيذية لمكافحة الإرهاب) بموجب القرار رقم (1535) في 26/مارس/2004م).

وطبقا لهذا القرار تطلب اللجنة من جميع الدول إن تقدم إليها تقارير عن الخطوات التي اتخذتها والتي سوف تتخذها لتنفيذ القرار، وتعتبر هذه التقارير أساس التعامل مع الدول، وتقدم هذه التقارير إلي اللجان الفرعية، وتدعى الدول للحضور إلي اللجان الفرعية حال مناقشة التقارير وتستعين اللجنة بعدد من المستشارين والخبراء المستقلين ذوو الخبرة، وتقدر اللجنة في ضوء هذه التقارير مدى التزام الدول بتنفيذ القرار من عدمه، ويمكن للجنة أن تطلب المزيد من الإيضاحات والإجراءات، ويجب علي الدول أن ترد علي هذه الرسائل خلال ثلاثة أشهر.

وقد حددت اللجنة عملها في ثلاثة مراحل، الأولى خاصة بالتشريعات والثانية لمدى قدرة وكفاءة هذه التشريعات علي تغطية جميع جوانب القرار، والثالثة لدراسة ظروف كل دولة.

الولايات المتحدة الأمريكية لم تصر بدورها على دراسته، خاصة بعد أن تأكدت أن الاتجاه العام في اللجنة يرفض المفاهيم التي يطرحها هذا المشروع.

وأظهرت الولايات المتحدة اختلافا مستمرا مع جهود ومحاولات الجمعية العامة للأمم المتحدة، لتحديد مفهوم الإرهاب الدولي والتفرقة في إطاره بين إرهاب الدولة وإرهاب الأفراد أو مجموعات من الأفراد، وكذلك بين الإرهاب الدولي وحق الشعوب والحركات الوطنية في تقرير المصير.

فقد تمسكت في إطار اللجنة الخاصة بالإرهاب الدولي باستبعاد إرهاب الدولة من اختصاص اللجنة ومن التعريف الخاص لمفهوم الإرهاب، وذلك لأنها لجأت في حالات عدة إلى إرهاب الدولة، بالقيام بنفسها باختطاف الطائرة المصرية في الأجواء الدولية عام 1985م، وإجبارها على الهبوط في إحدى قواعد حلف الأطلسي بجزيرة صقلية بإيطاليا. كما إنها قامت بغزو غرينادا عام 1983م وقصف ليبيا عام 1986م، واقتحام عاصمة بنما واعتقال رئيسها عام 1989م.

كما لا ننسى احتلال الولايات المتحدة الأمريكية لكلامن العراق وأفغانستان عام 2003م وذلك اتهاما منها لإمكانية حصول العراق على السلاح النووي والقضاء على ما كانت تسمية الولايات المتحدة على النظام الدكتاتوري في العراق، والقضاء على قواعد الإرهاب لتنظيم القاعدة في أفغانستان، بالإضافة إلى ذلك قصفها الجوي والبحري على الصومال للقضاء على المحاكم الإسلامية هناك التي تعتبرها وكرا لعناصر القاعدة في شرق أفريقيا. كما لا ننسى إسرائيل التي تعبت بالشعب العربي الفلسطيني منذ وجود هذا الكيان الغاصب عام 1948م.

فمناحيم بيغن الذي ارتكب في عام 1948م مجزرة دير ياسين في فلسطين، أصبح رئيسا لحكومة الكيان الصهيوني، وقد استقبلته بريطانيا بهذه الصفة على الرغم من أنه كان مطلوباً للقضاء البريطاني بتهمة تفجير فندق الملك داوود في مدينة القدس أثناء الانتداب البريطاني عام 1946م، وهو الحادث الذي

ذهب ضحيته (200) شخص بين قتيل وجريح كان بينهم عدد من المسؤولين العسكريين والإداريين البريطانيين⁽¹⁾.

ودخل أرييل شارون عالم المجازر الجماعية من قرية (قبيلة) في فلسطين، حيث كان يترأس الفرقة (101) في عام 1953م، عندما اقتحمت الفرقة عينها تلك القرية العربية وقتلت (96) شخصا من سكانها، وقد أدانت الأمم المتحدة تلك الجريمة، وكان قرار الإدانة الأول الذي يصدر عن المنظمة الدولية ضد إسرائيل. ولقد تواصل هذا الإرهاب إلى مخيمي صبرا وشاتيلا في بيروت في سبتمبر من عام 1982م، وبإشراف أرييل شارون نفسه الذي أصبح في العام 2000م رئيسا لوزراء إسرائيل. وتواصل الإرهاب الإسرائيلي حتى العاصمة التونسية (مقر منظمة التحرير الفلسطينية)⁽²⁾.

لابد من الإشارة هنا إلى تعريف منظمة المؤتمر الإسلامي في مؤتمرها المنعقد على مستوى وزراء خارجية المنظمة في عام 2001م، في الدوحة في قطر في محاولة لإيجاد تعريف للإرهاب، كان اقرب التعاريف لظاهرة الإرهاب منطقية أكثر من غيرها، حيث عرف الإرهاب هنا على أنه: رسالة عنف عشوائية من مجهول بغير هدف مشروع أو قضية عادلة وهو بهذا مخالف للشرائع السماوية والأعراف الدولية، كما لا يجوز الخلط بين الكفاح المسلح الذي يراد به خدمة القضايا العادلة ومجابهة الظلم والاحتلال كما يحدث في فلسطين ولبنان. بالإضافة إلى العراق وأفغانستان، وقد جاء هذا التعريف تحت عنوان الدعوة العربية الإسلامية إلى ضرورة تحديد واضح لمعنى الإرهاب تحت مظلة الأمم المتحدة، وليؤكد الرفض القاطع لمحاولات الربط بين الإسلام والإرهاب. حيث تبني البيان الختامي للمؤتمر الإسلامي، الدعوة إلى الحوار بين الحضارات وعدم اعتبار الصراع وكأنه صراع ديانات، لأن الحضارة الإسلامية لها إسهامها

(1) كمال حمد، الإرهاب والمقاومة في ضوء القانون الدولي العام، بيروت، عام 2003م،

ص84.

(2) المصدر السابق، ص85.

الحضاري والمطلوب التفاعل مع الحضارات الأخرى، كما أبدى المؤتمر إدانته للهجمات التي تعرضت لها الولايات المتحدة الأمريكية في 11 سبتمبر من عام 2001م، وقد راء من الضروري التمييز بين الإرهاب والمقاومة وعدم جواز اتهام دين ما بالإرهاب لأن الدين الإسلامي كشرعية لا يقر باستهداف المدنيين. كما أكد المؤتمر على دعمه للانتفاضة الفلسطينية حين ذلك، كما دعمت حق الشعب الفلسطيني في إقامة دولته المستقلة وعاصمتها القدس الشريف وعودة اللاجئين وإدانة الإرهاب الإسرائيلي الذي يمثل إرهاباً رسمياً منظماً، كما أكد دعم الموقف السوري فيما يتعلق بعودة مرتفعات الجولان المحتلة منذ عام 1967م، ودعم المقاومة في لبنان لاسترداد كامل الأراضي اللبنانية المحتلة في مزارع شبعا، ودعم حق لبنان في الحصول على تعويضات جراء الاحتلال والاعتداءات الإسرائيلية على أبنائه وأراضيه⁽¹⁾.

ثانياً/ ظهور مفاهيم جديدة في التنظيم الدولي

أسفرت التحولات الدولية الراهنة وخصوصاً بعد العمليات على مركز التجارة العالمية والبنتاغون عن ظهور ما اصطلح بتسميته الخطر الإسلامي والذي اختصره "سامويل هنتنغتون" صاحب نظرية صراع الحضارات حين قال "إن للإسلام حدوداً دموية"⁽²⁾. وبعد هذه العمليات بدأت سياسة الترويج للخطر الإسلامي وتم تجنيد جميع الوسائل الإعلامية لتصف المسلمين بأبشع الصور في حملة عدائية موجهة للعرب والمسلمين، وذلك في ظل غياب أعلام عربي مضاد يصحح الصورة الحقيقية للإسلام، والواقع فإن العرب ساهموا بقصد أو عن غير قصد في رسم هذه الصورة عن الإسلام حينما ساد الخلاف بين المسلمين أنفسهم. فكيف لهؤلاء المسلمين أن يتفقوا على رؤية مشتركة للتعاور مع الغرب وهم عجزوا عن التعاور فيما بينهم؟

(1) <http://www.oic-oci.org/oicv>

(2) سامويل هنتنغتون، صدام الحضارات، إعادة صنع النظام العالمي، ترجمة طلعت الشايب، الطبعة الثانية، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1998م، ص 29 وما بعدها.

فلا شك أن الغرب يملك جميع الوسائل في ظل أعلام العولمة ليروج لحرب عدائية موجهة للعرب والمسلمين ولا يمكن أن نستهن بها، بل لابد من وضع حلول عاجلة لها ولعل من أولويات ما يجب معالجته حالة التجزئة والتخلف لان الصراع المستقبلي سوف يكون صراعا علميا معلومانيا.

مبدأ السيادة الوطنية مبدأ قديم، قدم فكرة الدولة ذاتها وقد ظهر هذا المبدأ لتأكيد وجود الدول الأوربية الحديثة وذاتيتها بالرغم من الانتقادات التي وجهت لهذا المبدأ فإنه لازال من المبادئ العامة في القانون الدولي المعاصر، بل والرئيسية التي يقوم عليه النظام الدولي، ونص عليه ميثاق الأمم المتحدة في المادة 1/2 فقال (تقوم الهيئة على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها) وتؤكد هذا المبدأ بالنص عليه في العديد من الاتفاقيات الدولية.

ومع التطورات التي طرأت على القانون الدولي منذ صياغة ميثاق الأمم المتحدة، تم التدخل في كثير من المجالات التي تعد طبقاً لمبدأ السيادة من الاختصاص المطلق للدول، ورغم ذلك تم الاحتفاظ بهذا المبدأ، إلا أن صدرت عدة آراء في الفقه الدولي تنادى بضرورة أن يفهم مبدأ السيادة في حدود القانون الدولي المعاصر، وقد أشارت إلى ذلك المحكمة الدائمة للعدل الدولي في أحد أحكامها، حيث قررت أن على الدولة إلا تتجاوز الحدود التي رسمها القانون لصلاحيتها، وتكون تصرفاتها ضمن تلك الحدود تدخل في سيادتها، وهو ما يعنى أن السيادة فكرة قانونية محدودة ونابعة من القانون الدولي وخاضعة له، وهو ما شجع على القول بأن مبدأ السيادة قد زال عنه طابعة العتيق المطلق، وأن الدولة في المجتمع الدولي المعاصر، قد أصبحت دولة قانون تلتزم بقواعد ومبادئ يحددها القانون الدولي.⁽¹⁾

ولكن البعض الآخر ذهب إلي ابعده من ذلك ونادى بزوال فكرة السيادة تحت تأثير المتغيرات الدولية الجديدة لتحل محلها المصلحة الدولية بدلاً من

(1) صلاح الدين عامر، القانون الدولي في عالم مضطرب، بحث منشور في مجلة السياسة الدولية، العدد 152، 2002م، ص85.

المصلحة الخاصة للدول، والتي قد تتعارض، مما يؤدي إلى نشوب المنازعات الدولية وبالتالي الحروب، خاصة وأن هؤلاء الفقهاء قالوا بأن العالم كله أصبح قرية واحدة وأن الإنسان أصبح عالمياً، مما أدى إلى ظهور الاهتمام بحقوق هذا الإنسان مهما كانت دولته أو جنسيته، مما يضحى معه التدخل في الشؤون الداخلية للدول لا يعد انتهاكاً لمبدأ السيادة⁽¹⁾.

هذا وقد استغلت الولايات المتحدة أحداث الحادي عشر من سبتمبر، والحرب ضد أفغانستان لتعلن أنها لن ولم تلتزم بهذا المبدأ العتيق لتتهى بذلك مبدأ من المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها القانون الدولي بل يعد من القواعد الآمرة في القانون الدولي التي لا يجوز انتهاكها فقط بل لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً هذا الاتفاق والانتهاك، وقد قامت الولايات المتحدة بانتهاك سيادة دولة أفغانستان ودول أخرى تحت مسميات حقوق الإنسان وحق التدخل لنصرة الديمقراطية.

الأمر الذي يبدو على أكبر درجات الخطورة لأنه يتعلق بإرساء سوابق دولية يمكن تكرارها في العمل الدولي، مما يمهد السبيل لإرساء قواعد عرفية جديدة تنسخ القواعد القانونية المستقرة، مما يؤدي إلى السيطرة الأمريكية على مقدرات العالم وإساکها بزمام الأمور التي تؤدي بالضرورة إلى إضعاف مبدأ السيادة الوطنية، بحيث لا يشكل هذا المبدأ العتيق عقبه أمام ظهور قانون دولي أمريكي جديد يختلف في أسسه عن القانون الدولي الذي التزم المجتمع الدولي على العمل بموجبه والانصياع لأحكامه.

استغلت الولايات المتحدة أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001م، فاستباححت لنفسها التدخل في الشؤون التي تعد من صميم السلطان الداخلي للدول، حيث قضت على حكومات واستبدلتها بحكومات أخرى فاتحة الباب لمواجهات ومشكلات عديدة مما يعد مخالفة لمبدأ أساسي من المبادئ العامة للقانون الدولي

(1) صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص 85.

وقاعدة أمرة من قواعده هو مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول المادة 7/2 من ميثاق الأمم المتحدة.

بدأت الولايات المتحدة الأمريكية في التعامل مع القانون الدولي بغية تطويعه لخدمة مصالحها وأهدافها، عن طريق زعزعة مبدأ السيادة الوطنية والمساواة فيها ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية الدول، وطالبت بتحريم استخدام القوة من القيود التي يفرضها القانون الدولي المعاصر حتى تستطيع أن تتعامل بحسم مع أي دولة قد تقف في سبيل فرض هيمنتها وسيطرتها على العالم من خلال استخدام القوة دون التزام بالمعايير والمبادئ التي يفرضها القانون الدولي المعاصر، والعودة الي معايير القانون الدولي التقليدي الذي كان يطلق الحق للدولة في استخدام القوة المسلحة دون قيد، فكانت أفغانستان الخطوة الأولى والعراق الثانية.

وكان مما ترتب على تحريم استخدام القوة من القيود التي يفرضها القانون الدولي المعاصر أن ادعت الولايات المتحدة الأمريكية بأن قيود ميثاق الأمم المتحدة الواردة في المادة 4/2 بشأن حظر استخدام القوة والاستثناءات الواردة على هذا الحظر والمتمثلة في المادة 51 لم تعد تتناسب مع التطورات الدولية ومن ثم يجب إقامة إطار قانوني جديد ينظم استخدام القوة في عالم اليوم بكل تفاعلاته وتداعياته وذلك لتغيير طبيعة النظام الدولي حالياً عما كان عليه حال وضع ميثاق الأمم المتحدة. ويستلزم أيضاً تحريم استخدام القوة في العلاقات الدولية، تغييراً في شروط الدفاع الشرعي خاصة شرط أن يكون هناك خطر هجوم وشيك وتغيير مفهوم الخطر الحال في ضوء إمكانيات وأهداف خصوم اليوم وتذهب إلى التأكيد على أنه بقدر جسامة التهديد يعظم الخطر، وتظهر الحاجة الملحة للقيام بعمل استبقائي للدفاع عن النفس، حتى ولو ظلت هناك

شكوك أو عدم يقين حول زمان ومكان الهجوم المحتمل للعدو⁽¹⁾ مما يعنى معه إقرار حق الدفاع الشرعي الوقائي طبقاً لوجهة النظر الأمريكية.

ثالثاً/ الخط بين المقاومة المسلحة والإرهاب

المقاومة المسلحة هي الوسيلة التي تستخدمها في الغالب حركات التحرر الوطني في نضالها من أجل الاستقلال وتحرير أرضها من المحتل الأجنبي والوصول إلى تقرير مصيرها، وتبقى هذه المقاومة مشروعاً من وجهة نظر القانون الدولي طالما كان أعضاؤها يحترمون القواعد المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف وبروتوكولها الإضافيين.

وتستمد هذه المقاومة مشروعيتها من الفقرة الثانية من المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة بالإضافة إلى العديد من النصوص الدولية الأخرى⁽²⁾. وعلى الرغم من صراحة النصوص فقد لجأت العديد من القوى الدولية إلى وصف حركات التحرر الوطني بالإرهاب وإلى أن أعمال الكفاح المسلح ليست سوى أعمال إرهابية تستهدف المدنيين الأبرياء⁽³⁾.

إن التحليل الدقيق للواقع الدولي يظهر أن هناك صورتان للخط بين الإرهاب والمقاومة أو لاهما الخط المتعمد وثنائهما الخط غير المقصود. يزخر الواقع الدولي بأمثلة كثيرة عن الخط المتعمد ومن أبرزها ما ورد في التقرير الصادر عن وزارة الخارجية الأمريكية بتاريخ 2001/5/1م والمتعلق بالإرهاب من أن 90% من المتهمين بالإرهاب هم من العرب والمسلمين وأن هناك عشرين منظمة إرهابية في العالم منها ثلاث عشرة منظمة فلسطينية وتضمن التقرير المذكور قائمة بالدول المتهمه بالإرهاب ومساندته ودعمه منها أربع دول عربية هي سوريا ولبنان والسودان وليبيا وواحدة إسلامية هي إيران أما الدولتان

(1) صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي، النهضة العربية، 2003م، ص42.

(2) دوللي حمد، الإرهاب الدولي، مكتبة صادر ناشرون، بيروت، 2003م، ص41.

(3) إمام حسنين، الإرهاب بين التجريم والمشروعية، دار مصر المحروسة، القاهرة، الطبعة

اللتان تقعان خارج الدائرة العربية والإسلامية فهما كوبا وكوريا الشمالية، والدولتان الأخيرتان تم وضعهما في القائمة لاعتبارات سياسية تخص الولايات المتحدة ذاتها⁽¹⁾.

والمدقق في هذه القائمة يلحظ مدى الانتقائية التي تمارسها الولايات المتحدة في إلصاق صفة الإرهاب ببعض الدول وحجبها عن أخرى وبما يتوافق مع مصالحها وإلا فكيف يمكن تفسير اعتماد الولايات المتحدة أسلوب المفاوضات في التعامل مع ملف كوريا الشمالية النووي على حين تمارس أسلوب الضغط أو التهديد بفرض عقوبات في التعامل مع الملفات الدولية الأخرى.

كما وامتد الخلط بين المقاومة والإرهاب إلى القرارات التي تصدرها منظمة الأمم المتحدة. والأمم المتحدة منظمة عالمية تضم في عضويتها كل دول العالم تقريباً ويفترض أن تتسم القرارات الصادرة عن أجهزتها الرئيسية بالحيادة والنزاهة والعدالة وأن تتسق هذه القرارات والمبادئ التي أرساها الميثاق الأممي ولا شك في أن هذا المستوى من الخلط أخطر من غيره بالنظر لخطورة وجسامة المهام التي تضطلع بها المنظمة الدولية فضلاً عما تتمتع به القرارات الصادرة عنها من قوة قانونية قابلة للتنفيذ بصورتيه الرضائية والقسرية أو على الأقل لما تحظى به هذه القرارات من قوة أدبية تضطر معها الدول الأعضاء إلى احترامها حرصاً منها على سمعتها الدولية وتجنباً لضغوط الرأي العام العالمي.

لكن القراءة الدقيقة للقرارات الصادرة عن المنظمة الدولية ابتداءً من منتصف التسعينات في القرن العشرين تكشف بوضوح صدور العديد من القرارات الدولية التي تخلط بين المقاومة كحق مشروع للشعوب المستعمرة وبين الإرهاب⁽²⁾.

(1) نقلا عن عبد الرحمن عمار، قضية بين الحق والباطل، منشورات اتحاد الكتاب العرب، دمشق، 2003م، ص 82-83.

(2) للإطلاع على قرارات الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة. انظر الموقع:

فمن جهة أولى يلاحظ أن قرارات الجمعية العامة بدءاً من القرار 1994/60م مروراً بالقرار رقم 60/49⁽¹⁾، والذي اتخذته الجمعية العامة في دورتها التاسعة والأربعين⁽²⁾ والقرار رقم 158/55 في دورتها الخامسة والخمسين تحت عنوان التدابير الرامية إلى القضاء على الإرهاب الدولي والقرار رقم 614/55 تحت عنوان توصيات اللجنة السادسة⁽³⁾، قد سوت بين جميع أشكال العنف الذي يروع الناس دون تمييز بين إرهاب ومقاومة مسلحة.

ومن جهة أخرى فقد أصدر مجلس الأمن الدولي العديد من القرارات التي سوت بدورها بين جميع أشكال العنف دون تمييز بين حق المقاومة المسلحة ضد الاحتلال الأجنبي وبين الإرهاب وأبرز هذه القرارات القرار رقم 99/1269 تاريخ 19/10/1999م⁽⁴⁾ والقرار رقم 1373 تاريخ 28/9/2001م⁽⁵⁾ والقرار رقم 2003/1455 تاريخ 17/1/2003⁽⁶⁾ والقرار رقم 2003/1456 تاريخ 20/1/2003⁽⁷⁾ والقرار رقم 2003/1516 تاريخ 20/11/2003⁽⁸⁾ والقرار رقم 2004/1526 تاريخ 30/1/2004⁽⁹⁾.

إن صدور هذا العدد من القرارات الدولية من جانب جهازي المنظمة الرئيسيين الجمعية العامة ومجلس الأمن والتي تخط جميعها بين المقاومة والإرهاب تكشف بوضوح لا لبس فيه عن توجه لدى المنظمة الدولية يتعارض مع التوجه القانوني والذي سبق وأن استقرت عليه الأمم المتحدة في العديد من

(1) البند الأول من القرار ص5.

(2) الفقرة [1] من القرار.

(3) الفقرة [1] من القرار.

(4) الفقرة الثانية من ديباجة القرار والفقرة رقم [1] من ذات القرار.

(5) الفقرة الثانية من ديباجة القرار.

(6) الفقرة السادسة من ديباجة القرار.

(7) الفقرة الثانية من القرار.

(8) الفقرة الرابعة من القرار.

(9) الفقرة السادسة من ديباجة القرار.

قراراتها فضلاً عن أن هذا التوجه لا يتسق ونصوص ميثاق الأمم المتحدة بشأن حق الشعوب في تقرير مصيرها، وربما يعود ذلك إلى تفكك وانهيار الاتحاد السوفيتي والذي بدأت إرهاباته تظهر إلى حيز الوجود ابتداءً من منتصف الثمانينات في القرن العشرين والذي تمخض عنه تفرد الولايات المتحدة بزعامة العالم من خلال امتلاكها قوة عسكرية كاسحة غير مسبوقة في التاريخ البشري وقوة تكنولوجية واقتصادية لا تنافس.

أما الخلط الغير مقصود يتم من خلال الربط المباشر بين هجمات إرهابية ينطبق عليها وصف الإرهاب الدولي وبين مقاومة مشروعة بإضفاء عدم المشروعية على هذه المقاومة.

فبالنسبة لقضية العرب المركزية القضية الفلسطينية ظل التمييز بين الإرهاب والمقاومة الوطنية إحدى أهم القضايا التي تصدرت الاهتمامات العربية منذ انطلاق المقاومة الفلسطينية وفي المقابل كان الخلط بينهما أحد الأهداف التي سعت إسرائيل إلى تحقيقها.

كانت الشرعية الدولية هي نقطة الارتكاز القانونية الصلبة التي استند إليها العرب في التمييز بين الإرهاب والمقاومة الفلسطينية بينما سعت إسرائيل إلى تعويض ضعف وهشاشة موقفها القانوني عبر محاولاتها المستمرة بوصف أصحاب الحق بالإرهاب.

واستمر الموقف العربي قوياً إلى أن وقعت هجمات الحادي عشر من سبتمبر، وبالرغم من أن الأغلبية الساحقة من الحكومات والأحزاب والمنظمات العربية وعلى رأسها السلطة الفلسطينية أدانت تلك الهجمات باعتبارها إرهاباً سافراً أعمى وقع المحذور عندما ربط بعض العرب بين تلك الهجمات والقضية الفلسطينية.

ويمكن إيجاز أهم عناصر الربط في عنصرين أساسيين أولهما الربط المباشر بين هجمات الحادي عشر من سبتمبر والقضية الفلسطينية من خلال ترديد مقولة أن الإرهاب لن ينتهي من دون الوصول إلى حل نهائي وعادل

للقضية الفلسطينية، الأمر الذي أتاح لإسرائيل التلاعب بهذا الخطاب وتفسيره بصورة تعطي أن الإرهاب فلسطيني ثم إعادة تأويله باتجاه أن المقاومة الفلسطينية تمثل إرهاباً لا مقاومة مشروعة. وثانيهما ترديد البعض لمقولة أن هجمات الحادي عشر من سبتمبر كانت رد فعل على الانحياز الأمريكي لإسرائيل وما ترتكبه من فظائع بحق الشعب الفلسطيني ويعني هذا ببساطة شديدة أن مرتكبي الهجمات على الولايات المتحدة أرادوا الانتقام للفلسطينيين أو إرغام الولايات المتحدة على إعادة النظر في سياستها تجاه قضيتهم وفي الحالين أحد سبل الدفاع من الحقوق الفلسطينية.

والذي لا شك فيه أنه ليس أسهل على من يريد التلاعب بمثل هذه المقولات من استخدامها لاستعداد الرأي العام الأمريكي والغربي عموماً ضد القضية الفلسطينية.

ويصب في مجرى هذا الخلط أيضاً مقولة أن الولايات المتحدة تتحمل المسؤولية عن صنع الإرهاب الذي أفرزه زعيم القاعدة باعتباره صنيعة أمريكية. كما ساهم مثل هذا الخلط في تعزيز التوجه الأمريكي والذي يخطط عمداً بين الإرهاب والمقاومة نحو اتخاذ مواقف حادة من المقاومة الفلسطينية إلى حد اعتبار مقاومة الفلسطينيين للاحتلال الإسرائيلي إرهاباً فيما بررت أعمال الإبادة الإسرائيلية باعتبارها دفاعاً شرعياً عن النفس وجعلت رئيس وزراء إسرائيل قطب السلام مقابل رئيس السلطة الفلسطينية رأس الإرهاب⁽¹⁾.

بل أن قائمة المنظمات الإرهابية التي أصدرتها الولايات المتحدة ضمت أربع حركات مقاومة فلسطينية شملت كل من حماس والجهاد الإسلامي والجماعة الشعبية وكتائب الأقصى التابعة لحركة فتح⁽²⁾.

(1) وحيد عبد المجيد، الإرهاب وأمريكا والإسلام من يطفئ النار، دار مصر المحروسة، القاهرة، الطبعة الأولى، 2003م، ص 170-175.

(2) عبد الله الأشعل، القانون الدولي لمكافحة الإرهاب، القاهرة، 2003م، ص 76.

الخاتمة

يشكل الإرهاب دون أدنى شك انتهاكا لحقوق الإنسان، ويتسبب في عدم استقرار على كافة الأصعدة، من هنا جاءت ضرورة مكافحته ومعالجة أسبابه، إلا أن مكافحة الإرهاب بحد ذاتها يمكن أن يعترىها الكثير من الشوائب الناجمة عن عدم التمييز بشكل واضح ودقيق بين ما هو عمل إرهابي وما هو عمل غير إرهابي من ناحية، وعدم التقيد بالأصول والقواعد والضوابط المفترض التقيد بها في إطار الأعمال الأمنية والعسكرية المعتمدة في محاربة الإرهاب. لان الحرب على الإرهاب إذا لم يجر ضبطها تتحول إلي إرهاب. لذلك نقترح الآتي:

أولاً: ضرورة إبرام اتفاقية دولية تحدد مفهوم الإرهاب بدقة حتى لا يستخدم غياب المفهوم الموحد كذريعة لأعمال السياسة الانتقائية وتغليب المصلحة الخاصة.

ثانياً: ضرورة تطوير القانون الدولي الإنساني لاستيعاب المفاهيم الجديدة ومن بينها الحرب على الإرهاب.

ثالثاً: ضرورة الالتزام بالتدابير المنصوص عليها في القانون الدولي الإنساني لضمان احترام حقوق الإنسان عند اتخاذ أية تدابير لمكافحة الإرهاب.

المراجع

أولا/ الكتب

- أحمد ثابت، نقد المفهوم الجديد عن الإرهاب الدولي، كتاب أزمة لوكربي، دون دار نشر وبلد.
- احمد حسن سويدان، الإرهاب الدولي في ظل المتغيرات الدولية، منشورات دار الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2005م.
- إمام حسنين، الإرهاب بين التجريم والمشروعية، دار مصر المحروسة، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001م.
- جعفر عبد السلام، قواعد العلاقات الدولية في القانون الدولي وفي الشريعة الإسلامية مكتبة السلام العالمية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1981م.
- حازم محمد علم، قانون النزاعات المسلحة الدولية، دون دار وبلد نشر، 1994م.
- دوللي حمد، الإرهاب الدولي، مكتبة صادر ناشرون، بيروت، 2003م.
- صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي، النهضة العربية، 2003م.
- صامويل هنتنغتون، ترجمة طلعت الشايب، صدام الحضارات، إعادة صنع النظام العالمي، الطبعة الثانية، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1998م.
- عادل عبد الله المسدي، الحرب ضد الإرهاب والدفاع الشرعي في ضوء أحكام القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006م.
- عبد الله الأشعل، القانون الدولي لمكافحة الإرهاب، القاهرة، 2003م.
- عبد الرحمن عمار، قضية بين الحق والباطل، منشورات اتحاد الكتاب العرب، دمشق، 2003م.
- علاء الدين راشد، المشكلة في تعريف الإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.

- كمال حمد، الإرهاب والمقاومة في ضوء القانون الدولي العام، بيروت، 2003م.
- محمد تاج الدين الحسيني، مساهمة في فهم ظاهرة الإرهاب الدولي، الرباط، 1990م.
- وحيد عبد المجيد، الإرهاب وأمريكا والإسلام من يطفئ النار، دار مصر المحروسة، القاهرة، الطبعة الأولى، 2003م.

ثانيا/ المقالات

- صلاح الدين عامر، القانون الدولي في عالم مضطرب، السياسة الدولية، العدد 152

ثالثا/ وثائق الأمم المتحدة

- قرارات مجلس الأمن:

<http://www.un.org/Arabic/sc/resoldeci>

- قرارات الجمعية العامة:

<http://www.un.org/fr/documents/garesolution.shtml>

رابعا/ أحكام وفتاوى محكمة العدل الدولية

- حكم محكمة العدل الدولية في قضية النشاطات العسكرية نيكاراغوا: 1986م
- <http://www.icj-cij.org/homepage/ar/files/sum-1948-1991.pdf>

خامسا/ وثائق أخرى

- <http://www.Khmaq.gov.sa>
- <http://www.asharqalarabi.org.uk/index.htm>

العرف كمصدر للقانون الإداري الليبي

الدكتور/ محمود عمر معتوق*

المقدمة:

يمثل مبدأ المشروعية في العصر الحديث أعلى الضمانات التي حققها الإنسان، حيث يلعب هذا المبدأ قيمة قانونية هامة، ظل المواطن يسعى للحصول عليها فترة طويلة من الزمن امتدت عدة قرون، ناضل فيها من أجل تحقيق الحد الأدنى من الحقوق والحريات على الأقل من الناحية النظرية البحتة، ولكي يستطيع المواطن الشعور بهذه القيمة، كان عليه إلزام جهة الإدارة، ببعض القواعد القانونية، وإلا أصبحت هذه الحريات والحقوق التي حصل عليها هذا المواطن بكفاحه الطويل والمرير في مهب الريح.

وتضل الإدارة المناط بها حماية هذه الحقوق أول من ينتهكها ويعصف بها، لذلك وخوفاً من الاعتداء على مبدأ المشروعية فقد صاغ المجتمع العديد من القواعد القانونية، إذا قامت الإدارة بمخالفتها يعنى أنها قامت بالاعتداء على حقوق الإنسان بمفهومها العام، ومن بين هذه القواعد القانون الأساسية (الدستور) الذي يمثل قمة النصوص التشريعية التي يضعها الشعب كله من خلال الاستفتاء على كل ما يرد فيه من نصوص تبين المبادئ العامة التي تحكم المجتمع، ناهيك عن توضيح الحقوق والحريات التي يتمتع بها أفراد المجتمع، بحيث تخضع باقي السلطات الأخرى لما يرد فيه من أحكام ومبادئ، ويأتي القانون أو ما يسمى بالتشريع العادي في المرتبة الثانية، فهو القواعد القانونية العامة والمجردة التي تسنها السلطة التشريعية في الدولة، ومن النصوص التي يجب أن تحترم من قبل

(* أستاذ مساعد، كلية القانون جامعة طرابلس).

الإدارة ما أطلق عليه بالتشريع الفرعي أو اللوائح، وهو الآخر قواعد قانونية عامة مجردة، مثله مثل القانون، لكنه مع ذلك يصدر عن الإدارة نفسها. بالإضافة إلى ما تقدم من قواعد مدونة تلتزم الإدارة بقواعد قانونية أخرى لكنها غير مدونة هذه المرة، تعلوها من حيث القوة ما يطلق عليه المبادئ العامة للقانون، وهي مجموعة من القواعد الأساسية أو الجوهرية يستخلصها القضاء من الروح العامة لإحكام القانون في مجتمع ما، تعبر عن الضمير الإنساني والعقل البشري وتعد انعكاسا للظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وكذلك الأيديولوجية في الدولة.

وأخيرا يجب على الإدارة — وهي تقوم بإعمالها المادية أو القانونية — أن تراعى القواعد العرفية التي عملت بها فترة معقولة من الزمن وشعرت بأنها قواعد ملزمة، خاصة إذا عرفنا أن هذه القواعد تمثل مع أحكام القضاء المصدران الرئيسيان للقواعد القانونية في بعض الدول ومنها المملكة المتحدة كمثل، وهذه القاعدة القانونية هي التي ستكون محور بحثنا هذا، وسوف نعالجه من خلال ثلاثة مطالب، نخصص الأول لتعريف العرف الإداري في التشريع والفقهاء والقضاء، بحيث نرى في المطلب الثاني أركان العرف الإداري، ثم نخلص الحديث في المطلب الثالث والأخير عن أساس القوة الإلزامية للعرف، وكذلك العلاقة التي تربط العرف الإداري بغيره من القوانين الأخرى، كل ذلك من خلال ما تفق عليه الفقهاء من آراء وما استقر عليه القضاء الليبي من مبادئ وأحكام.

المطلب الأول: تعريف العرف

سنعالج في هذا المطلب تعريف العرف في التشريع، أولا ثم موقف الفقهاء ثانيا، لكي نرى أخيرا اتجاه القضاء.

أولا: تعريف العرف في التشريع.

لم يقوم المشرع الليبي بتعريف العرف في التشريعات المختلفة الصادرة عنه، لكنه مع ذلك أشار إلى العرف بشكل عام، باعتباره أحد مصادر القانون

المدني التي يجب أن يطبقها القاضي عند الفصل في النزاع المعروف عليه في المادة الأولى من التقنين المدني الليبي الصادر في عام 1953م، وقد جاء في المادة المذكورة (1) – تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. 2 – فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة⁽¹⁾.

إذن هذا النص ورد في المدونة المدنية، ومع ذلك فإن العديد من رجال الفقه يري بأنه نصا عاما يسري على كافة فروع القانون الأخرى بما فيها القانون الإداري موضوع بحثنا هذا، ولعل ما يمكن الإشارة إليه في هذا المقام أن النص المشار إليه أعطي التشريع مركزا متميزا وهاما مقارنة بباقي المصادر الأخرى، لكنه أعطي الشريعة الإسلامية وكذلك العرف دورا احتياطيا مما يعني – والحالة هذه – أن القاضي لا يلجا إلى هذين المصدرين، طالما وجد نصا آخر يمكن تطبيقه على النزاع المعروف عليه في التشريع⁽²⁾، ومع أن نص المادة الأولى من القانون المدني الليبي منقول نقلا شبه حرفيا عن القانون المدني المصري الجديد، لكن الملاحظ إن المشرع الليبي قدم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف، في حين أن المشرع المصري قدم العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك بسبب كما يري بعض الفقه إلى (أن الشعب الليبي شعب كله مسلم ولا توجد به أقليات غير مسلمة ومن ثم تأتي الشريعة الإسلامية كأحد المناهل المفضلة، لاشتقاق التشريع منها، ... عكس الحال في مصر حيث توجد أقليات غير مسلمة مثل الأقباط الذين يدينون بغير الإسلام، ومن ثم لاحظ المشرع

(1) انظر نصوص القانون المدني الليبي الصادر سنة 1953م، منشورات اللجنة الشعبية

العامة للعدل والأمن العام (سابقا) إدارة القانون، ط1، 2003م.

(2) أنظر عبدالقادر محمد شهاب، أساسيات القانون والحق في القانون العربي الليبي، جامعة

قار يونس، بنغازي، ط2، 1994م، ص115.

هذا العامل الاجتماعي عند تحديده لمصادر القانون بحيث عول على العرف الاجتماعي⁽¹⁾.

ثانياً - تعريف الفقه.

عرّف جانب من الفقه العرف بأنه (اطراد سلوك الأفراد على نحو معين مع اعتقادهم بالزامية هذا السلوك)⁽²⁾ كما عرّفه جانب آخر بأنه (اعتقاد أفراد الجماعة أو فئة منهم على إتباع قاعدة معينة في سلوكهم على نحو يؤدي إلى شعورهم بالزام تلك القاعدة لضرورتها لحياتهم)⁽³⁾ أما الدكتور عمر محمد السيوي فيقول بان العرف بشكل عام هو (إتباع الأفراد لنمط معين من السلوك في تنظيم علاقة من علاقاتهم واطراد العمل على هذا النحو، مع الشعور بالزامه وضرورة احترامه)⁽⁴⁾ وفي نطاق القانون الإداري يعرف بأنه (العادات التي درجت الجهات الإدارية على إتباعها في مزاوله نشاط معين لها، وثبتت في الضمير القانوني عند الإدارة والأفراد بحيث أصبحت واجبة الإتباع والالتزام بها)⁽⁵⁾ المستشار الدكتور خليفة سالم الجهمي يقول بأن العرف هو (ماجرت

(1) عبدا لسلام علي المزوغي، النظرية العامة للقانون، نظرية القانون، الكتاب الأول، المدخل لعلم القانون، الجزء الأول، نظرية القانون، الجامعة المفتوحة، طرابلس، الطبعة الثانية، 1992م، ص 151 وهذا القول تؤكد المحكمة العليا من خلال قولها (إن تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية، مقدم على تطبيق العرف، وذلك بخلاف القانون المدني المصري الذي جعل مبادئ العرف مقدمة على مبادئ الشريعة الإسلامية...) طعن مدني رقم 39 لسنة 12 ق جلسة 31 ديسمبر 1966م مجلة المحكمة العليا، السنة الرابعة، العدد الثاني، ص 12.

(2) عبدالقادر محمد شهاب، المرجع السابق، ص 151.

(3) الكوني علي اعبودة، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل لعلم القانون، كلية القانون، جامعة ناصر، ط 1، 1992م، ص 216.

(4) عمر محمد السيوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، (بدون طبعة) 2013م، ص 23.

(5) صبيح بشير مسكوني، القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية (دراسة مقارنة)، منشورات جامعة بنغازي، كلية الحقوق، بنغازي، (بدون طبعة) 1974م، ص 45.

السلطة الإدارية علي انتهاجه من قواعد وأوضاع معينة، بصدد مباشرة أحد أوجه نشاطها الإداري، واعتادت الالتزام به والسير علي هديه، دون أن تستند في ذلك على أساس تشريعي، مما تعتبر معه تلك القواعد والأوضاع قاعدة عرفية ملزمة للإدارة في مواجهة الأفراد، ويترتب على مخالفتها عدم المشروعية⁽¹⁾. وقد عرفه آخر جانب من الفقه الليبي بأنه (العادات التي تسير عليها الإدارة عند مزاولتها لنشاط معين والتي تعتبرها بمثابة قواعد ملزمة لها)⁽²⁾ وأخيرا يمكن الإشارة إلى تعريف الدكتور مازن ليلو راضي أحد شراح القانون الإداري الليبي، والذي عرف العرف الإداري قائلًا هو (مجموعة القواعد التي درجت الإدارة على إتباعها في أداء وظيفتها في مجال نشاطها وتستمر فتصبح ملزمة لها وتعد مخالفتها مخالفة للمشروعية تؤدي إلى إبطال تصرفها بالطرق المقررة قانونا)⁽³⁾ ومن جانبنا نعتقد بأن العرف الإداري هو ما اعتادت عليه الإدارة العامة في اعلي مستوياتها من سلوك وشعرت بأنه ملزم واجب الإتباع.

ثالثًا - تعريف القضاء.

بعد أن أكد القضاء على بأن العرف الإداري هو أحد مصادر المشروعية التي يجب أن تحترمها الإدارة، وهي تقوم بإعمالها مادية كانت أو قانونية، وإلا كان العمل الذي تقوم به باطل معرض للإلغاء، حيث ذهبت المحكمة العليا إلى القول في هذا الشأن (يجب أن يكون القرار الإداري مطابقا

(1) أنظر خليفة سالم الجهمي، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، ط1، 2009م، ص22.

(2) محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، (رقابة دوائر القضاء الإداري) ط5، المكتبة الجامعة، الزاوية - ليبيا، 2010م، ص82.

(3) مازن ليلو راضي، الوجيز في القضاء الإداري الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (بدون طبعة) 2003م، ص15.

للدستور والقوانين واللوائح، كما يجب أن يكون مطابقاً للعرف الإداري...⁽¹⁾ أما محاكم مجلس الدولة المصري فهي الأخرى قامت بتعريف العرف، فمن جانبها محكمة القضاء الإداري المصرية قالت بأنه (النظام التي تقره جهة الإدارة في بصدد أمر معين وتسير على سنته)⁽²⁾، أما المحكمة الإدارية العليا فإنها ترى بأن العرف الإداري هو (تعبير اصطلح على إطلاقه على الأوضاع التي درجت الجهات الإدارية على إتباعها في مزاولة نشاط معين لها وينشأ من استمرار الإدارة التزامها لهذه الأوضاع والسير على سنتها في مباشرة هذا النشاط أن تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الإتباع ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة)⁽³⁾. المحكمة العليا ترى بأن العرف الإداري هو (أن تسير الإدارة على نحو معين في مواجهة حالة معينة، بحيث تصبح القاعدة التي تلتزمها مختارة بمثابة القانون،...)⁽⁴⁾.

إذن نخلص إلى القول بأن المشرع والفقهاء وكذلك القضاء الليبي والمفكرون متفقون جميعاً على أن العرف الإداري هو أحد مصادر المشروعية الإدارية غير المدونة، التي يجب على الإدارة احترامها والعمل بمقتضاها. وتجدر الإشارة إلى أن العديد من القواعد القانونية هي في الأصل قواعد عرفية تم نقلها إلى التشريع، ومثالها قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام التي نقلها القضاء الفرنسي بناء على العرف الذي استقرت عليه الإدارة

(1) طعن إداري رقم 6 لسنة 3 ق جلسة 26 يونيو 1957م قضاء المحكمة العليا الاتحادية (القضاء الإداري والدستوري) الجزء الأول، ص 79.

(2) القضية رقم 323 لسنة 1 ق، جلسة 17 نوفمبر 1948م مجموعة مجلس الدولة لإحكام القضاء الإداري، السنة الثانية، بند 62، ص 356.

(3) القضية رقم 1177 لسنة 5 ق جلسة 24 فبراير 1962م مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة السابعة، العدد الثالث، ص 355، بند 41.

(4) طعن إداري رقم 6 لسنة 3 ق جلسة 26 يونيو 1957م، قضاء المحكمة العليا الاتحادية، (القضاء الإداري والدستوري) سبقت الإشارة إليه.

الفرنسية من قديم الزمان، من أجل حماية أموال التاج من إسراف الملوك وتبذيرهم⁽¹⁾، مع عدم وجود نص تشريعي يقرر هذه القاعدة التي أصبحت بعد ذلك نص تشريعي نقلته العديد من القوانين المدنية في الدول العربية بما فيها القانون المدني الليبي الصادر سنة 1953م⁽²⁾.

المطلب الثاني: أركان العرف الإداري

يتكون العرف الإداري شأنه شأن العرف بشكل عام، من ركنين أحدهما الركن المادي والآخر هو الركن المعنوي، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ 22 يونيو 1957م حيث تذهب إلى القول (يقوم العرف بتوافر ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي...)⁽³⁾، ونعالج كلا منهما بشيء من التفصيل.

أولاً- الركن المادي.

يقوم الركن المادي للعرف الإداري على اطراد الإدارة وفق سلوك معين، بغض النظر عن نوعية هذا السلوك ايجابيا أو سلبيا، وهذا السلوك الذي تستقر عليه الإدارة، هو في الواقع تصرف يجب أن تعود جهة الإدارة إليه أكثر من مرة، ومن هذا المنطلق فإنه يمكن القول بأن تطبيق هذا السلوك لمرة واحدة لا يشكل في حد ذاته عادة، وذلك، لأن عدد هذه المرات يختلف باختلاف العادات ذاتها، مما يصعب معه القول خضوع السلوك لفترة معينة من الزمن، وهذا يترتب عليه ترك الأمر لقاضي الموضوع ليقرر متى تشكل العادة الركن المادي

(1) القضية رقم 3480 لسنة 9 ق، جلسة 22 يونيو 1957م مجموعة المبادئ القانونية التي

قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة الحادية عشرة، ص496، بند 316.

(2) خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص23.

(3) أنظر المادة 87 من القانون المدني الليبي بعنوان الأموال العامة، والتي تنص على أن:-

1 - تعتبر أموالا عامة، العقارات والمنقولات التي للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة

والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار، ...

2 - وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم.

للعرف، ولكي تساهم العادة في تكوين العرف الإداري، يجب توفر عدة شروط يمكن الإشارة إلى أهمها:ـ

1- العمومية:

يشترط في العادة الإدارية أن تكون عامة، أي لأتكون العادة تطبق في ظروف دون آخري متشابهة، وهو ما أكده القضاء الإداري ذاته (... شرط العرف أن يكون عاما متبعا من غالبية من يعينهم الأمر...)⁽¹⁾. وفي حكم آخر يؤكد نفس القضاء (... يشترط للعرف الإداري شرطان: أولهما أن يكون العرف عاما، وأن تطبقه الإدارة بصورة منتظمة...)⁽²⁾. وبناء على ما تقدم فإنه يمكن القول بأن باضطراد شخص أو أكثر على سلوك معين لا يشكل عادة، مع العلم بإمكانية اتفاق شريحة معينة (المحامين - التجار - الموظفين - المحاسبين) على إتباع سلوك محدد، وهو ما يطلق عليه بالسلوك المهني، وقد سلم جانبا من الفقه على أن أطراد رئيس الدولة على سلوك معين يرقى الى مستوى العادة، كأن يصدر قرارات في شأن من الشؤون العامة، دون الرجوع للسلطة المختصة، ويأخذ بهذا السلوك الرئيس الذي يأتي بعده ليصبح عرفا ملزما⁽³⁾.

2- قدم العادة:

بالإضافة إلى قدم العادة يشترط فيها أن تكون قديمة، وأن تمضي على الأخذ بها فترة من معقولة من الوقت، ولعل أهمية قدم العادة يعود إلى وجوب عدم تأثر الإدارة بحالات فردية وطارئة، إلا أن ما يمكن الإشارة إليه، بأن قدم

(1) القضية رقم 3480 لسنة 9 ق جلسة 22 يونيو 1957م محكمة القضاء الإداري، سبقت الإشارة لها.

(2) الطعن رقم 1136 لسنة 38 ق المحكمة الإدارية العليا، مشار إليه لدى محمد ماهر أبو العينين، (أحكام وفتاوى مجلس الدولة) الكتاب الثالث، (بدون ناشر) (بدون طبعة) 1999م، ص86.

(3) محمد إبراهيم دسوقي، النظرية العامة للقانون والحق مع دراسة في القانون الليبي، المكتبة الوطنية، بنغازي، ط1، 1976م، ص95.

العادة ليس له مدة محددة، بل تختلف طولا وقصرا حسب متطلبات ظروف الزمان والمكان، لذلك يجب أن يترك الأمر لتقدير قاضي الموضوع لكي يقدر كل حالة لوحدها⁽¹⁾، وقد أكد القضاء على أهمية قدم العادة (... أن يكون قديما أي أستقر ومضت على أتباعه فترة من الزمن تتناسب مع طبيعة الوضع وتقدير ذلك مرجعه إلى القضاء الذي يثبت في كل حالة من أن القاعدة قد مضى على اطراد العمل بها زمن كاف يؤكد ثباتها واستقرارها...)⁽²⁾.

3- ثبات العادة:

من أهم شروط العادة الإدارية أن تكون ثابتة، والثبوت يعنى أن تطبق الإدارة العادة بصفة منتظمة وغير منقطعة، أي أنها لا تطبقها مرة وتهملها مرة أخرى، فلو سلمنا وأن قامت الإدارة بمثل هذا السلوك، فلا يمكن القول بان هذا العمل قد وصل إلى مرحلة العادة التي تكون الركن المادي للعرف الإداري وتطبيقا لهذا القول رفض مجلس الدولة الفرنسي إلغاء قرار إداري، لأن السلوك الذي قامت به جهة الإدارة لم يرق إلي مستوى العادة فبتاريخ 21مايو 1920م رفض المجلس الدعوى المرفوعة من المدعى بإلغاء قرار إداري صادر بتاريخ 20 فبراير 1919م عن السيد مدير إدارة البريد والتلغراف بمحافظة السين، لأنه وحسب إدعائه رفض المدير إشراكه في قسمة المبالغ التي يتم توزيعها على العاملين نهاية كل عام، بالإضافة إلي قوله أن هذا الإجراء صار عادة ثابتة يجب الالتزام بها، لكن المجلس رفض الأخذ بهذا الادعاء ومضى قائلا في هذا الصدد(إن السيد جاكوب لم يثبت عدم احترام القوانين واللوائح كما أنه لم يثبت أن المدير خالف الأعراف السائدة)⁽³⁾. من جانبه القضاء الليبي ألزم على من يدعى بوجود عرف إداري أن يثبته، وقد رفضت المحكمة العليا إلغاء قرار إداري لمخالفته للعرف الإداري لأن الطاعن لم يستطع أثبات وجود العرف الذي خالفته

(1) عمر محمد السيوى، المرجع السابق، ص24.

(2) القضية رقم 3480 لسنة 9ق، سبقت الإشارة إليه.

(3) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 21 مايو 1920م المجموعة، ص543

الإدارة أصلاً، وتذهب المحكمة قائلة في هذا الشأن (إن القانون الذي استندت إليه الإدارة في إصدارها قراراتها بالإخلاء لم ينص على ضرورة انقضاء الأجل المحدد للمستأجرين الذين تستهدفهم تلك القرارات في عقود إيجاراتهم ولم يكن هناك عرف إداري تسيير عليه الإدارة في منح المستأجر أجل لمدة ثلاثة أشهر قبل عملية الإخلاء)⁽¹⁾. ناهيك عن أن القضاء المصري اشترط هو الآخر في العادة بضرورة ثباتها وفي هذا المقام تذهب محكمة القضاء الإداري إلى القول (... إنه وإن كان العرف الإداري هو بمنزلة القاعدة القانونية بحيث تعتبر مخالفة هذا العرف مخالفة للقانون، إلا أنه يجب أن يكون العرف الإداري ثابتاً مستقراً، كأن تكون الإدارة قد سارت على سنة معينة وباطراد المدة الكافية والتزمت به دائماً وطبقته في جميع الحالات الفردية...)⁽²⁾.

4- إلا تخالف العادة النظام العام والآداب.

يرى جانب من الفقه بأنه ولكي تكون العادة ركناً مادياً للتعريف فإنه يجب إلا تخالف النظام العام والآداب، ناهيك عن ضرورة عدم مخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية، ويجب أن تتوافق هذه العادة مع الدين الإسلامي الحنيف بما يتضمنه من أوامر ونواهي⁽³⁾، بالإضافة لوجوب عدم مخالفة العادة الإدارية للمبادئ العليا التي يقوم عليها النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي في المجتمع⁽⁴⁾.

(1) أنظر طعن إداري رقم 14 لسنة 15 ق، جلسة 12 أبريل 1970م مجلة المحكمة العليا، السنة السادسة، العدد الرابع، ص26.

(2) القضية رقم 1540 لسنة 1 ق، جلسة 24 يونيو 1953م مجموعة مجلس الدولة لإحكام القضاء الإداري، السنة السابعة، ص1781، بند 867.

(3) أنظر عبد القادر محمد شهاب، المرجع السابق، ص152. وأنظر تأكيد هذا القول لدى الكوني علي أعبودة، المرجع السابق، ص248. أنظر أخيراً سعد سالم العسبلي، الوجيز في مبادئ القانون، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، ط2، 2007م، ص69.

(4) بكر القباني، العرف كمصدر للقانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة (بدون طبعة) (بدون تاريخ) ص26.

5- إلا تخالف العادة التشريع.

يكاد يجمع الفقه⁽¹⁾ كما أن القضاء شبه مستقر⁽²⁾ علي أنه من الأهمية بمكان إلا تخالف العادة التشريع النافذ، وبغض النظر نوع هذا التشريع دستورا أو قانونا أو لائحيا، وفي هذا الصدد تذهب المحكمة العليا إلى القول (يجب أن يكون الإداري القرار مطابق للدستور والقوانين واللوائح... كما يجب أن يكون مطابقا للعرف الإداري...)⁽³⁾، ولا يوافق البعض على هذا الاتجاه على إطلاقه فالدكتور محمود حلمي يرى وحسب قوله بأن العرف ينشأ إذا درجت الإدارة على قاعدة معينة، ويعد ذلك بمثابة قرار ضمني منها، فلا يمكن قيام العرف الإداري إلا إذا أجازته الإدارة ضمنا، وأن إرادة الإدارة الضمنية هي التي أعطت للعرف قوته الإلزامية، لذلك فأن صاحب هذا القول يرى بأنه يجب لا يخالف العرف أمرا كتابيا سابقا صادرا من جهة الإدارة، لكن هذا الرأي يخالف ما تواتر عليه القضاء الإداري المصري في عدة مناسبات ففي حكمها بتاريخ 8 مايو 1965م تذهب المحكمة الإدارية العليا إلى القول (... من المسلم به أن العرف وإن جاز أن يعدل أو يغير من القواعد القانونية... فإنه لا يجوز أن يخالف نصا أمرا، والنصوص الإدارية جميعا قواعد أمرة لا يستساغ أن ينشأ عرف على خلافها...)⁽⁴⁾.

(1) برهان خليل زريق، نحو نظرية عامة في العرف الإداري، رسالة دكتوراه، منشورات مطبعة عكرمة، دمشق (بدون طبعة) 1986م، ص 7 وما بعدها. سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة علي أعمال الإدارة (مبدأ المشروعية - تنظيم القضاء الإداري)، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الاسكندرية، (بدون طبعة) (بدون تاريخ نشر)، ص 67. عبد القادر باينة، المرجع السابق، ص 19.

(2) أنظر طعن مدني رقم 107 لسنة 25 ق جلسة 15 مارس 1981م، مجلة المحكمة العليا، السنة الثانية عشرة، العدد الأول، ص 55.

(3) طعن إداري رقم 6 لسنة 3 ق جلسة 26 يونيو 1957م، سبقت الإشارة إليه. 31 - محمود حلمي، المرجع السابق، ص 179.

(4) القضية رقم 1462 لسنة 7 ق، جلسة 8 مايو 1965م مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة العاشرة، العدد الثاني، ص 1299، بند 116.

6- علانية العادة.

يرى جانب من فقه القانون العام بضرورة توفر العلانية في العدة لكي ترقى إلى مستوى تشكل معه الركن المادي للعرف، بحيث لا تكون العادة خفية، وهذا القول ينطبق على العادة الإدارية دون العادة المدنية، وذلك لأن الصالح العام يتطلب الذبوع حيث لا يفاجأ المواطن بحكم لم يكن يعلم به مسبقاً⁽¹⁾.

ثانياً- الركن المعنوي.

تجدر الإشارة بأنه لا يكفي تواتر الإدارة على سلوك محدد تتوفر جميع الشروط المشار إليها أففاً، بل يجب توافر الاعتقاد لدى جهة الإدارة بإلزام هذا السلوك وعدم مخالفته، وأن مخالفته تعني البطلان، وفي هذا الصدد تقول محكمة القضاء الإداري المصرية (... كما يجب أن يتوفر الشعور بإلزام العرف، بمعنى أن يستقر في الأذهان ضرورة احترام القاعدة العرفية وتوقيع الجزاء على من يخالفها...)⁽²⁾ ولكن السؤال الذي يواجهنا هو هل يحق للإدارة أن تعدل العرف

الإداري أو تحيد عنه؟

الواقع أن الفقه سلم بأنه يحق للإدارة أن تعدل العرف كما يمكنها أن تحيد عنه، لكن شريطة وجود مصلحة عامة تبرر هذا التصرف⁽³⁾ ويتم العدول عن العرف إذا خالفت الإدارة أحد الأعراف القائمة والذي كان يراعى ويؤخذ به، ويتم ذلك من خلال إنشاء قاعدة قانونية جديدة أملتها سنة التطور الذي في الغالب تشهد

(1) بكر القباني، المرجع السابق، ص27.

(2) القضية رقم 3480 لسنة 9 ق جلسة 22 يونيو 1957م محكمة القضاء الإداري سبقت الإشارة إليه.

(3) أنظر صبيح بشير مسكوني مبادئ القانون الإداري الليبي (دراسة مقارنة) المكتبة الوطنية، بنغازي، ط2، 1977م ص68. أنظر كذلك مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص16. خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص23. وانظر أخيراً محمود حافظ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط7، (دون تاريخ) ص37. وانظر عبدا لعزير عبد المنعم خليفة، إجراءات تأديب الموظف العام، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2008م، ص37.

الإدارة، لذلك فإن مخالفة العرف القديم من جهة الإدارة لا يعنى - والحالة هذه - أنه مخالفا للقانون، طالما وجدت النية الحقيقية للعدول عن العرف القديم بشكل نهائي ومطلق، أما لو سلمنا بأن اكتشف القاضي أن الإدارة قد تخلت عن العرف السائد في حالة محددة، واستمرت في تطبيقه والعمل به حالات أخرى متشابهة فإن تصرفها في هذه الحالة يكون باطلا ويمكن إلغائه⁽¹⁾. وفي هذا الإطار تذهب المحكمة الإدارية العليا إلى القول (... مما يجدر التنبيه إليه أن من المبادئ المسلم بها أن الترخيص الصادر من جهة الإدارة، إنما هو تصرف إداري يتم بالقرار الصادر بمنحه، وهو تصرف مؤقت بطبيعته قابل للسحب والتعديل في أي وقت متى اقتضت المصلحة العامة ذلك...)⁽²⁾.

وبناء على ما تم عرضه فإنه يجب التفرقة بين القاعدة القانونية العامة، والتسامح العارض الذي قد تعمل به الإدارة في وقت من الأوقات، فالتسامح ومع تكراره لا يرقى إلى مستوى القاعدة القانونية الملزمة، وهو ما ذهب إليه المحكمة العليا (... يجب أن يكون القرار الإداري مطابقا للعرف الإداري، وهو أن تسير الإدارة على نحو معين في مواجهة حالة معينة بحيث تصبح القاعدة التي تلتزمها بمثابة قانون... مع وجوب التمييز بين التسامح العارض الذي يصدر في حالة معينة وبين وضع قاعدة والالتزام بها...)⁽³⁾، وفي هذا الصدد تذهب محكمة القضاء الإداري إلى القول (... أصحاب المحلات العمومية الذين تقع محلاتهم في أحياء أصبحت غير جائز الترخيص في بيع المشروبات الروحية فيها ملزمون بتنفيذ أحكام القانون... فإذا كانت جهة الإدارة قد تسامحت في هذا التنفيذ فأرجأته سنة امتدت إلى سنوات فليس من شأن هذا التسامح أن يكسب

(1) برهان خليل زريق، المرجع السابق، ص234.

(2) القضية رقم 417 لسنة 9 ق جلسة 25 يناير 1964م مجموع المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة التاسعة، العدد الأول، ص522، بند45.

(3) طعن إداري رقم 6 لسنة 3 ق، جلسة 26 يونيو 1957م، قضاء المحكمة العليا الاتحادية، سبقت الإشارة إليه.

أصحاب المحلات العمومية حقا في استغلال محلاتهم لبيع الخمر مع في ذلك من تعطيل لحكم القانون...⁽¹⁾.

المطلب الثالث:

الأساس القانوني للعرف وعلاقته بغير من القوانين

تجدر الإشارة بأن الفقه قد انقسم على نفسه كثيرا حول الأساس القانوني الذي يقوم عليه العرف بشكل عام والعرف الإداري بشكل خاص، كما يجب التنويه بأن العرف لعب دورا لا يمكن الاستهانة به كمصدر للعديد من القوانين، ومن هذا المنطلق سنعالج في هذا المطلب أساس قوة العرف أولا لكي نري بعد ذلك علاقته بغيره من القوانين الأخرى.

أولاً- أساس القوة الملزمة للعرف.

لو سلمنا بأن توافرت أركان العرف المشار إليها في المطلب الثاني، أصبح أحد مصادر المشروعية الإدارية، التي يجب أن تحترم من قبل جهة الإدارة وهي تقوم بالإعمال المناطة بها، لكن السؤال الذي واجه الفقه ما هو أساس قوة العرف لكي يكون من القواعد القانونية الملزمة؟

اختلف الفقه اختلافا شديدا حول هذا الموضوع خاصة في نطاق القانون الخاص، وسلم بعدة نظريات وأفكار لا يوجد مثل لها في مجال القانون العام، ومن هذا المنطلق نحاول استعراض هذه النظريات، والى أي مدى يمكن

(1) القضية رقم 3480 لسنة 1 ق، جلسة 4 نوفمبر 1947م، مجموعة مجلس الدولة لإحكام القضاء الإداري، السنة الثانية، ص29، بند 6. وتؤكد هذا القول المحكمة الإدارية العليا حيث تقول في هذا الصدد (إذا كانت الإدارة قد تسامحت في تنفيذ قانون الرقابة على النقد، وذلك بان سمحت لصيارفة البحر في مدينة بور سعيد بمزاولة بيع النقد الأجنبي الذي يقصر القانون التعامل فيها على البنوك، فإن هذا التسامح ليس من شأنه أن ينشأ عرفا يكسب صيارفة البحر حقا، يتعارض مع ما قرره القانون) القضية رقم 417 لسنة 9 ق، جلسة 25 من يناير 1965م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة التاسعة، العدد الأول، ص522، بند 45.

تطبيقها كأساس لقوة العرف الإداري، خاصة وأن القضاء يؤكد دائماً أنه قد يستقى بعض المبادئ والقواعد القانونية من القانون المدني من أجل تطبيقها على المنازعات الإدارية في حال لم تسعفه القواعد القانونية المكتوبة، وفي هذا الإطار تؤكد المحكمة العليا (أن روابط القانون الخاص تختلف عن روابط القانون العام وأن قواعد القانون المدني قد وضعت لتحكم روابط القانون الخاص ولا تطبق وجوباً على روابط القانون العام، إلا إذا وجد نص يقضى بذلك فلا يلتزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية حتماً وكما هي وإن كان له أن يقتبس من تلك القواعد ما يتلاءم مع روابط القانون العام...⁽¹⁾)، ولعل النظريات التي استند إليها الفقه لتبرير إلزامية العرف كأحد مصادر المشروعية الإدارية غير المدونة هي:

1- نظرية إرادة المشرع:

يذهب مؤيدي المذهب الشكلي – والذين لا يعترفون بغير التشريع باعتباره المصدر الوحيد للقاعدة القانونية – إلى القول بأن أساس العرف يكمن في إرادة المشرع الضمنية، فمادام المشرع لم يعترض على تلك القواعد التي تكونت بفعل العرف، فمعنى ذلك أن إرادته انصرفت ضمناً للموافقة والرضا بهذه القواعد وإقرارها، وإذا كان يمكن الأخذ بهذا الأساس في نطاق القانون الخاص، فإنه من الصعوبة بمكان التسليم به في مجال القانون الإداري، ويعود السبب في ذلك لكون العرف الإداري ينشأ بفعل الإدارة وحدها وليس للمشرع أية علاقة به، وهذا ما جعل العديد من فقهاء القانون العام يستبعدون تطبيق الأعراف المعمول بها في نطاق القانون الخاص في مجال القانون العام، فضلاً عما تقدم فإن هذا الرأي يصطدم بالواقع حيث أن العرف يسبق في الوجود التشريع ذاته⁽²⁾.

(1) طعن إداري رقم 35 لسنة 32 ق، جلسة 17 مايو 1987م، مجلة المحكمة العليا، السنة الخامسة والعشرون، العددان الأول والثاني، ص39. وانظر كذلك الطعن الإداري رقم 12 لسنة 22 ق جلسة 26 فبراير 1976م، مجلة المحكمة العليا، السنة الثانية عشرة، العدد الرابع، ص49.

(2) الكوني على أعبودة، المرجع السابق، ص221.

2 - نظرية إرادة المشرع:

ذهب اتجاه في الفقه إلى القول بأن العرف لا يحتاج موافقة من المشرع ليكسب قوته الإلزامية، لكنه يستمد قوته من الشعب مباشرة، مثله مثل التشريع الذي يستمد هو الآخر قوته من الشعب⁽¹⁾، ومن هذا المنطلق فمن حق الشعب وهو صاحب الحق في التشريع أن يضع من القواعد القانونية ما يشاء سواء بواسطة العرف أو التشريع، وفي هذا المقام يقول الفقيه الألماني سافيني (إذا نظرنا إلى العرف والتشريع باعتبار قوتها الملزمة وجب أن نضعهما في مستوى واحد، ففي وسع القانون العرفي أن يكمل أو يعدل أو يبطل قانونا مكتوبا، كما أن في وسعه أن يخلق قاعدة جديدة ويحل محل القاعدة المكتوبة التي ألغاهما)⁽²⁾. ورغم انتقاد جانب كبير من الفقه لنظرية إرادة المشرع كأساس لقوة العرف الإلزامية، لكن يجب الاعتراف بفضلها في التسليم بالعرف كمصدر للقانون⁽³⁾.

3 - نظرية ضرورة العرف:

يرى جانب كبير من الفقه بأنه يجب تأسيس القوة الملزمة للعرف الإداري إلى أهمية القواعد العرفية كأحد مصادر المشروعية الإدارية، والتي يجب أن تحترم من قبل الإدارة⁽⁴⁾ ومن جانبنا نعتقد بقرب هذه النظرية للواقع العملي، فقد تضطر الإدارة وهي تقوم بمهامها المسندة لها من قبل المجتمع، وفي غياب النص التشريعي، إلى إتباع سلوك معين تستقر عليه فترة من الزمن، لكي

(1) أحمد حشمت أبو ستيت، العرف كمصدر للقانون، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة، العدد الخامس، 1935م، ص221.

(2) محمد مصطفى شلبي، الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية، مجلة الحقوق، العددان الأول والثاني، 1960م، ص61.

(3) أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص61.

(4) سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، (بدون طبعة) 1974م، ص49. بكر القباني، المرجع السابق، ص39. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص106.

يصبح بعد ذلك قاعدة قانونية ملزمة، ولعله من المناسب القول مع جانب من الفقه (بأنه من السذاجة محاولة عمل يتعلق بالقانون العام والقانون الخاص دون مراعاة ناموس التقاليد فإن العلم والعمل يقتضيان الجمع بين هذا الناموس وبين قانون آخر لا يقل عنه ضرورة وأهمية ونعني به قانون التقدم)⁽¹⁾.

ثانياً - قيمة العرف وعلاقته بغير من القوانين.

المسلم به أن العرف قد لعب دوراً لا يمكن الاستهانة به قديماً، خاصة قبل ظهور حركة التقنين واكتشاف الكتابة، لكن هذا الدور تراجع، بحيث أصبح لا يشكل إلا مصدراً ثانوياً مقارنة بما كان يلعبه سابقاً، مما جعل جانباً من الفقه يصل به الحال إلى إنكار أي دور للعرف كمصدر للقانون، وهذا القول لا يمكن التسليم به في الدول التي تطبق ما يطلق عليه بنظام القانون العرفي (common law) ولعل من الأسباب التي جعلت العرف يتراجع، تاركاً مكانه للتشريع، ظهور الدولة بمفهومها الحديث من ناحية، وتزايد حركة التدوين من ناحية أخرى، خاصة في ظل ما يشهده العالم من تطور مذهل في مجال الاتصالات وتقنية المعلومات، من هذا المنطلق أصبح العرف يأتي في مرتبة متأخرة كمصدر للقانون، حيث يسبقه التشريع الأساسي (الدستور) والعادي (القانون) والفرعي (اللوائح) وهي جميعها مصادر مدونة للقانون بشكل عام والقانون الإداري بشكل خاص، كما تتقدمه في المرتبة القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون التي سلم المشرع الليبي بقيمتها وأنها قواعد قانونية ملزمة لا يجوز الخروج على مقتضاها⁽²⁾، ورغم تفهقر العرف الإداري كمصدر للمشروعية الإدارية، لكنه مع ذلك لازال يقوم بدور لا يمكن الاستهانة به في

(1) وايت إبراهيم، التقاليد، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، العدد الثالث، 1932م، ص382.

(2) أنظر نص المادة 31 من القانون رقم 6 لسنة 1982م، بإعادة تنظيم المحكمة العليا، الجريدة الرسمية، السنة العشرون، العدد الثاني والعشرون، 1982م، حيث جاء فيها (تكون المبادئ القانونية التي تقرها المحكمة العليا في أحكامها ملزمة لجميع المحاكم وكافة الجهات الأخرى في ليبيا).

بعض فروع القانون الآخري، تتفاوت هذه الأهمية حسب موقف الدول من العرف من جهة، وحسب العلاقات القانونية التي ينظمها القانون من جهة آخري، فعلى سبيل المثال يحتل العرف مكانا هاما ومتميزا في مجال القانون الدولي العام، ويعود ذلك إلى حداثة هذا الفرع من فروع القانون من ناحية، ولعدم وجود سلطة تشريعية دولية من ناحية آخري، ولعدم تقنين القواعد الدولية على هيئة نصوص قانونية، مثل بعض فروع القانون الأخرى (القانون المدني - القانون الجنائي) من ناحية ثالثة⁽¹⁾، أما في مجال القانون الدستوري فإن العرف كمصدر لهذا الفرع من فروع القانون يكاد يكون معدوما خاصة في ظل الدول التي تتبنى نظام القانون المكتوب، وهي أغلب دول العالم اليوم، هذا إذا ما تركنا بعض الدول التي تأخذ بنظام القانون العرفي، حيث يقدم العرف على غيره من المصادر الأخرى مثل المملكة المتحدة⁽²⁾. أما في مجال القانون الجنائي فدور العرف ينعدم بشكل نهائي ومطلق، خاصة في مجال التجريم والعقاب وذلك استنادا إلى المبدأ العالمي (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

في مجال القانون التجاري يلعب العرف أهمية كبيرة، وقد يتقدم التشريع أحيانا، وهو ما يؤكد القضاء الليبي، حيث تذهب المحكمة العليا إلى القول (من المقرر أن العرف يعتبر أصلا تستمد منه الأحكام ويجب الرجوع إليه لفض النزاع عند فقدان النص أو في حالة ما إذا كان هناك نص يحيل للعرف الجاري... وقد أحال المشرع في كثير من المواضيع إلى العرف والعادة الجارية

(1) حامد سلطان، القانون الدولي العام في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، 1976م، ص35، رقم 51. وأنظر كذلك محمد سامى عبدالحميد أصول القانون الدولي العام (الجماعة الدولية - القاعدة الدولية - الحياة الدولية) منشأة المعارف، الاسكندرية، (بدون طبعة) 1995م، ص145 وما بعدها.

(2) محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، (بدون طبعة) 1971م، ص40. وأنظر حول العرف الدستوري، عبدا لقادر عبدا لله قدورة، القانون الدستوري، (بدون ناشر) الطبعة الأولى، 2009م، ص137 وما بعدها.

وخاصة في المسائل التجارية⁽¹⁾. ووفقا لنصوص القانون المدني نجد أن المشرع الليبي قد أحال إلى تطبيق العرف التجاري في بعض المواد مثال ذلك المواد أرقام (148 – 236 – 445 – 446)، لأن التجار كثيرا ما يتفقون علي قواعد تفصيلية وفنية، قد تغفل عن المشرع من الإحاطة بها وتنظيمها في نصوص تشريعية واضحة ودقيقة⁽²⁾، وفي نطاق القانون المدني فأهمية العرف ضعيفة نتيجة كثرة النصوص فالمحكمة لا تلجأ إلي العرف إلا بعد التأكد من عدم وجود نص تشريعي بحكم النزاع، ووفقا لنص المادة الأولى من القانون المدني فالنصوص التشريعية تأتي في المرتبة الأولى تليها مبادئ الشريعة الإسلامية وأخيرا العرف وفي هذا الصدد تقول المحكمة العليا (إنه وإن كان القانون المدني قد خلت مواده من بيان الضمان الخاص بهلاك الفاكهة قبل أو بعد نضجه إلا أن الشريعة الإسلامية قد حفلت بتلك الأحكام وقد كان على المحكمة وقد خلا القانون المدني من تلك الأحكام أن تلجأ على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وهي أولى من العرف)⁽³⁾.

(1) أنظر طعن مدني رقم 107 لسنة 25 ق جلسة 15 مارس 1981م مجلة المحكمة العليا، السنة الثامنة عشرة، العدد الأول، ص55.

(2) بكر القباني، المرجع السابق، ص7. وانظر طعن إداري رقم 7 لسنة 21 ق، جلسة 6 فبراير 1975م، مجلة المحكمة العليا، السنة الحادية عشرة، العدد الثالث، ص23 حيث تقول المحكمة في هذا الشأن مؤكدة الدور الذي يلعبه العرف كمصدر من مصادر القانون التجاري (إن عبارة العرف التجاري ليست المقصود منها العرف بالمعنى المتعارف عليه في القانون والذي يعد من مصادر التشريع والاحتكام إليه في بعض الأصول وإنما المقصود هو الحالة السائدة في السوق التي ترتفع حيناً وتنخفض حيناً آخر حسب القانون الاقتصادي الخاضع للعرض والطلب وعوامل المنافسة والاحتكار ولا يصح أن يؤخذ التساهل في التعبير عن المعنى المقصود متى وضح ذلك المعنى أساسا للطعن بأنه ليس هناك عرف أو أنه لا دليل عليه...).

(3) مشار إلى هذا الحكم لدى الكوني على أعبودة، المرجع السابق، ص224.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن الفقه شبه متفق بأن العرف يلعب دوراً فعالاً ولا يمكن الاستهانة به في مجال القانون الإداري⁽¹⁾، فهو أحد مصادر المشروعية الإدارية الذي يجب أن يحترم من قبل الإدارة وهي تؤدي أعمالها المناطة بها وتؤكد المحكمة العليا على هذا القول (يجب أن تكون القرارات الإدارية... مطابقة للعرف الإداري،...)⁽²⁾ وتطبيقاً لهذا القول نجد أن المحكمة العليا قد ألغت قراراً إدارياً لمخالفته لما تعارفت عليه الإدارة من وجوب مراعاة الشكل في تعيين شيخ القبيلة وتمضي المحكمة قائلة في الشأن (إن الشكل الذي درجت عليه الإدارة في تعيين شيخ القبيلة أو إنهاء عمله هو قرار مكتوب، وهذا الشكل تقتضيه طبيعة هذا النوع من القرارات الإدارية، والقرار المطعون فيه إذا لم يصدر به قرار مكتوب يعتبر معيباً...)⁽³⁾.

-
- (1) انظر عمر محمد السيوي، المرجع السابق، ص 23. محمد عبد الله الحراري، المرجع السابق، ص 83. مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 15 وما بعدها. محمد مختار عثمان، المبادئ والأحكام القانونية للإدارة الشعبية بالجمهورية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، (بدون طبعة) 1989م، ص 37. صبيح بشير مسكوني، المرجع السابق، ص 44. وأنظر في الفقه الليبي كذلك خليفة على الجبراني، القضاء الإداري الليبي (الرقابة على أعمال الإدارة) مركز سيما للطباعة والإعلان، طرابلس، الطبعة الأولى، 2005م، ص 52 وما بعدها. وأنظر أخيراً خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 22 وما بعدها.
- (2) طعن إداري رقم 6 لسنة 3 ق، جلسة 26 فبراير 1957م قضاء المحكمة العليا الاتحادية سبقت الإشارة إليه.
- (3) طعن إداري رقم 4 لسنة 15 ق، جلسة 12 أبريل 1970م، مجلة المحكمة العليا، السنة السادسة، العدد الرابع، ص 26.

الخاتمة:

هكذا نصل إلى نهاية هذه الورقة التي خصصناها للعرف الإداري كأحد مصادر القانون الإداري الليبي، وقد اتضح لنا أن العرف بشكل عام يلعب دورا لا يمكن الاستهانة به كمصدر للقانون، بل أنه يحتل المقدمة في ما يطلق عليه بنظام القانون العرفي والذي يجري تطبيقه والعمل به في بعض دول العام ولعل على رأسها المملكة المتحدة، حيث يقدم العرف حتى على التشريع ذاته، ومع أن العرف قد تراجع دوره بشكل عام للصالح التشريع خاصة في القانون المدني، لكنه مع هذا مازال يمثل مصدرا هاما لبعض القوانين، ولعل أهمها القانون الدولي، ويعود ذلك إلى عدم تقنين قواعده من ناحية ولعدم وجود حكومة دولية تقوم بهذه المهمة من ناحية أخرى، إلا أن ما يمكن الإشارة إليه أن العرف يقوم بمهمة كبيرة في مجال القانون التجاري، حيث تمثل الأعراف التجارية قيمة قانونية تساهم في خلق القاعدة القانونية، حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه على النزاع المعروض على المحكمة، لكن ما يمكن التنويه له في هذا السياق أن العرف تراجع في مجال القانون الدستوري في ظل انتشار الدساتير المكتوبة التي أصبحت تعم أغلب أقطار العالم إلا ما ندر كما لاحظنا، إما في مجال القانون الجنائي فإن دور العرف ينعدم تماما انطلاقا من المبدأ الدستوري (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص). وفي القانون الإداري - وهو موضوع هذه الورقة -، فإن القضاء سلم بالدور الذي يلعبه العرف كمصدر للمشروعية الإدارية، واعتبر أن مخالفة السلوك الذي تعمل به الإدارة فترة من الزمن، وتشعر بأنه ملزم لها، يرقى إلى مستوي القاعدة القانونية، وأن مخالفة هذه القاعدة يترتب عليه بطلان العمل قانونيا كان أم ماديا، وقد رأينا تطبيقات قضائية للعرف كمصدر للقانون الإداري سواء في القانون الليبي أو المقارن، ولكي يكون هناك عرفا إداريا فإن القضاء اشتراط توافر ركنان أساسيان وهما الركن المادي أي تكرار السلوك الإداري فترة من الزمن يقدرها القاضي، وكذلك الركن المعنوي،

ويعني الشعور بإلزامية هذا السلوك، وإذا كان الفقه قد اختلف اختلافا شديدا حول أساس القوة الملزمة للعرف، فإن الرأي الراجح، يذهب إلى القول بأن الضرورة الملحة هي أحد الأسباب التي تجعل المحكمة تلجأ إلى العرف نتيجة غياب النص التشريعي، فالقاضي يضطر أحيانا للبحث عن قاعدة قانونية لكي يطبقها على النزاع المعروض أمامه.

وأخيرا نأمل أن نكون قد سلطنا بعض الضوء على أحد مصادر القانون الإداري الليبي وهو العرف، والذي يمثل بالإضافة إلى مصادر أخرى ما يسمى بكتلة المشروعية الإدارية.

وما توفيقني إلا بالله عليه توكلت واليه المصير،،

المراجع:**أولاً: الكتب**

- عبدالقادر محمد شهاب، أساسيات القانون والحق في القانون العربي الليبي، جامعة قار يونس، بنغازي، الطبعة الثانية، 1994م.
- عبدا لسلام علي المزوغي، النظرية العامة للقانون، نظرية القانون، الكتاب الأول، المدخل لعلم القانون، الجزء الأول، نظرية القانون، الجامعة المفتوحة، طرابلس، الطبعة الثانية، 1992م.
- الكوني علي اعبودة، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل لعلم القانون، كلية القانون، جامعة ناصر، الطبعة الأولى، 1992م.
- عمر محمد السيوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، (بدون طبعة) 2013م.
- صبيح بشير مسكوني، القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية (دراسة مقارنة)، منشورات جامعة بنغازي، كلية الحقوق، بنغازي، (بدون طبعة) 1974م.
- خليفة سالم الجهمي، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، الطبعة الأولى، 2009م.
- محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، (رقابة دوائر القضاء الإداري) الطبعة الخامسة، المكتبة الجامعة، الزاوية - ليبيا، 2010م.
- مازن ليلو راضي، الوجيز في القضاء الإداري الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (بدون طبعة)، 2003م.
- محمد ماهر أبو العينين، (أحكام وفتاوى مجلس الدولة) الكتاب الثالث، (بدون ناشر) (بدون طبعة)، 1999م.
- محمد إبراهيم دسوقي، النظرية العامة للقانون والحق مع دراسة في القانون الليبي، المكتبة الوطنية، بنغازي، الطبعة الأولى، 1976م.

- سعد سالم العسبلى، الوجيز في مبادئ القانون، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، الطبعة الثانية، 2007م.
- بكر القباني، العرف كمصدر للقانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة (بدون طبعة)، (بدون تاريخ).
- برهان خليل زريق، نحو نظرية عامة في العرف الإداري، منشورات مطبعة عكرمة، دمشق (بدون طبعة) 1986م.
- سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة علي أعمال الإدارة (مبدأ المشروعية – تنظيم القضاء الإداري)، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الاسكندرية، (بدون طبعة) (بدون تاريخ نشر).
- أنظر صبيح بشير مسكوني مبادئ القانون الإداري الليبي (دراسة مقارنة) المكتبة الوطنية، بنغازي، الطبعة الثانية، 1977م.
- محمود حافظ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السابعة، (دون تاريخ).
- عبدا لعزیز عبد المنعم خليفة، إجراءات تأديب الموظف العام، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008م.
- محمد مصطفى شلبى، الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية، مجلة الحقوق، العددان الأول والثاني، 1960م.
- سمير عبد السيد تتاغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، (بدون طبعة)، 1974م.
- حامد سلطان، القانون الدولي العام في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، 1976م.
- محمد سامى عبدالحميد، أصول القانون الدولي العام (الجماعة الدولية – القاعدة الدولية – الحياة الدولية) منشأة المعارف، الاسكندرية، (بدون طبعة) 1995م.

- محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، (بدون طبعة)، 1971م.
- عبدا لقادر عبدا لله قدورة، القانون الدستوري، (بدون ناشر) الطبعة الأولى، 2009م.
- محمد مختار عثمان، المبادئ والأحكام القانونية للإدارة الشعبية بالجمهورية، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، (بدون طبعة) 1989م.
- خليفة على الجبراني، القضاء الإداري الليبي (الرقابة على أعمال الإدارة) مركز سيما للطباعة والإعلان، طرابلس، الطبعة الأولى، 2005م.

ثانياً: البحوث

- أحمد حشمت أبو ستين، العرف كمصدر للقانون، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة، العدد الخامس، 1935م.
- وايت إبراهيم، التقاليد، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، العدد الثالث، 1932م.

ثالثاً: المدونات التشريعية

- نصوص القانون المدني الليبي الصادر سنة 1953م، منشورات اللجنة الشعبية العامة للعدل والأمن العام (سابقاً) إدارة القانون، الطبعة الأولى، 2003م.
- الجريدة الرسمية الليبية، أعداد مختلفة.

رابعاً: المدونات القضائية

- قضاء المحكمة العليا الاتحادية (ليبية) القضاء الإداري. مجلة المحكمة العليا الليبية، أعداد مختلفة.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا بمصر، سنوات مختلفة.
- مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، مصر، سنوات مختلفة.

الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في المواثيق الدولية والشريعة الإسلامية

زينب عبد الله علي أبو بريدة*

مقدمة

تحلّل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية مكانه هامة في النظام القانوني وفي الأمان والأمانى السياسية لجميع الشعوب، فقد أولتها منظمة الأمم المتحدة اهتماما كبيرا وذلك في إطار نشاطاتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ويذكر أن قوانين ودساتير القرن الثامن والتاسع عشر تعرضت للحقوق المدنية والسياسية ولكنها لم تتعرض بشكل مباشر لهذه الفئة من الحقوق أي الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ومع بزوغ القرن العشرين بدأت دساتير بعض الدول بالتعرض لهذه الحقوق، منها دستور الولايات المتحدة المكسيكية لسنة 1917م، وإعلان الشعب العادل والمستقل في 16/1/1918م حيث أضيف إلى دستور الجمهورية الاشتراكية الفدرالية السوفييتية، ودستور فايمار الألماني عام 1919م، ودستور الجمهورية الاسبانية لسنة 1913م، ودستور الاتحاد السوفييتي لسنة 1936م، ودستور ايرلندا سنة 1937م.

وبعد نهاية الحرب العالمية الثانية، نتيجة لتأثير الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فإن أغلبية الدول اعترفت في دساتيرها بهذه الحقوق، ومن الجدير بالذكر أن أول الاتفاقيات الدولية بهذا الشأن هي التي تعرضت إلى حق العمل فقد ورد في (المادة 23) من ميثاق عصبة الأمم المتحدة أن الدول الأعضاء في العصبة ستعمل ما بوسعها لوضع شروط عمل متساوية وإنسانية، كما أكدا

(*) باحثة قانونية.

دستور منظمة العمل الدولية أن الجماعة الدولية ستبدل جهودا معتبرة من أجل تطبيق الطرق والمبادئ الواردة في الدستور.

ثم صدر ميثاق الأمم المتحدة الذي يعتبر بداية مرحلة جديدة في إطار التنظيم الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية جاء في الفصل الأول من الميثاق المعنون: "التعاون الدولي الاقتصادي والاجتماعي" يعلن عن أهداف الأمم المتحدة في تحقيق مستوى أعلى من المعيشة وتوفير أسباب الاستخدام المتصل بكل فرد والنهوض بعوامل التطور والتقدم الاقتصادي والاجتماعي⁽¹⁾.

ثم صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة في العاشر من ديسمبر 1948م الذي أكد الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في (المواد 22 - 27) يعتبر هذا الإعلان أهم وثيقة لحقوق الإنسان على المستوى العالمي، لما تضمنه ذلك الإعلان من تصنيف وتحديد وتوضيح للحقوق التي يجب أن يتمتع بها الإنسان بغض النظر عن جنسه ولونه أو دينه.

فقد جاء في ديباجة الإعلان: ((لما كان الإقرار بما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم، ومن حقوق متساوية وثابتة، يشكل أساس الحرية والعدل والسلام في العالم. ولما كان تجاهل حقوق الإنسان وازدراؤهما قد أفضيا إلى أعمال أثارت بربريتها الضمير الإنساني، وكان البشر قد نادوا ببزوغ عالم يتمتعون فيه بحرية القول والعقيدة والتحرر من الخوف والفاقة، كأسى ما ترنو إليه نفوسهم. ولما كان من الأساسي أن تتمتع حقوق الإنسان بحماية النظام القانوني إذا أريد للبشر إلا يضطروا آخر الأمر إلى اللجوء بالتمرد على الطغيان والاضطهاد، فإن الجمعية العامة تنشر على الملأ هذا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بوصفه المثل الأعلى المشترك الذي ينبغي أن تبلغه كافة الشعوب وكافة

(1) د. غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحياته الأساسية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1997م، ص164.

الأمم، كما يسعى جميع أفراد المجتمع وهيئاته، واضعين هذا الإعلان نصب أعينهم على الدوام، ومن التعليم والتربية، إلى توطيد احترام هذه الحقوق والحريات، وكما يكفلوا، بالتدابير المطردة الوطنية والدولية، الاعتراف العالمي بها ومراعاتها الفعلية)) والحقوق التي تضمنها الإعلان العالمي عبارة عن مجموعتين من الحقوق الأولى هي المدنية والسياسية والأخرى هي الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

حيث تضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ثلاثون مادة، تضمنت الحقوق الأساسية التي يجب أن يتمتع بها الإنسان بغض النظر عن جنسه ولونه أو دينه، فقد حددت وثيقة الإعلان العالمي لحقوق المدنية والسياسية في المواد (3 - 21) والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في المواد (22 - 27) أما المواد (28 - 30) جاء بها أن لكل إنسان الحق في التمتع بالنظام الاجتماعي والدولي الذي تتوافر فيه الحياة والحقوق المنصوص عليها في هذا الإعلان توافر تاما وكذلك الواجبات التي يتعين على الفرد الالتزام بها إزاء المجتمع،

وتعتبر حقوق الإنسان وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة أو تفضيل حق على آخر أو اعتبار حق أهم من حق آخر. إن هذا لا يعني أن حقوق الإنسان لا تختلف فيما بينها من حيث طبيعتها أو الواجبات المترتبة على الدولة للوفاء به، فحقوق الإنسان سواء أكانت مدنية وسياسية أو اقتصادية واجتماعية وثقافية هي حقوق متساوية غير قابلة للتجزئة، والدول تحت طائلة الإلزام القانوني بإعمال تلك الحقوق وضمن تمتع مواطنيها بها. وحقيقة أن حقوق الإنسان وحدة واحدة قد جرى التأكيد عليها دوما من خلال أعمال الأمم المتحدة المختلفة ذات العلاقة، بل يمكن التأكيد على أنه نادرا ما تخلو وثيقة لحقوق الإنسان من التأكيد على ذلك. وقد جاء في إعلان فيينا الصادر عن المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان المنعقد في فيينا في الفترة ما بين 14-25 حزيران 1993م على أن ((كل حقوق الإنسان وحدة واحدة وغير قابلة للتجزئة ومتلاحمة ومترابطة. وأن المجتمع الدولي يجب

أن يعامل حقوق الإنسان عالمياً، بطريقة متساوية ومنصفة، على قدم المساواة وبنفس التأكيد⁽¹⁾.

كما تعرض لهذه الحقوق بصورة مفصلة الاتفاق الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حيث جاء هذا الاتفاق على عكس الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فخلق التزامات بحق الدول المصادقة عليه، وأيضاً لعبت المنظمات الإقليمية دوراً مهماً في ميدان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كما أصدرت الدول الأوروبية مجموعة من التشريعات وذلك لأعمال القواعد العالمية لحقوق الإنسان.

وقد شكل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الأساس لكل الاتفاقيات والمواثيق والإعلانات اللاحقة العالمية والإقليمية وأصبح ملهماً لكل دساتير الدول تقريباً فيما يتعلق بأبواب الحقوق والحريات.

وسوف نخصص بحثنا هذا للحديث عن الفئة الثانية من حقوق الإنسان وهي الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية كما جاءت في المواثيق والوثائق العالمية، وكما كفلتها الشريعة الغراء.

خطة البحث:

حقوق الإنسان التي سوف يتناولها هذا البحث هي تلك الحقوق الجوهرية والطبيعية التي يجب ان يتمتع بها كل فرد يعيش في ظل دولة، باعتبارها حقوقاً أصيقة بشخصه كإنسان، وهي حقوق يتعين احترامها بواسطة الدول والحكومات والأفراد بصرف النظر عن لون الشخص أو دينه أو جنسه أو عرقه أو وضعه الاجتماعي.

ومن هنا فإن حقوق الإنسان التي سوف نتطرق لها هنا هي مبادئ عالمية جاء النص عليها في الكثير من الوثائق والاتفاقيات الدولية، وبالتالي فهي

(1) أ. د. حسام بدرأوي، الحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية، 2011م، منشور على

الرابط:

ملزمة، ويجب الدفاع عنها باعتبارها من المكاسب الحضارية التي أوجدتها
الضرورة الإنسانية، والتي لا يجوز التنازل عنها بأي حال من الأحوال.

وسف نكتفي في هذا البحث بدراسة بعض هذه الحقوق من خلال الخطة

البحثية التالية:

تمهيد: نتناول فيه التعريف بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

المطلب الأول/ الحقوق الاجتماعية

الفرع الأول: الحق في الضمان الاجتماعي

الفرع الثاني: الحق في العمل

الفرع الثالث: الحق في الرعاية الصحية

المطلب الثاني/ الحقوق الثقافية

الفرع الأول: الحق في التعليم

الفرع الثاني: الحق في الثقافة والتقدم العلمي والتقني

المطلب الثالث/ الآليات الدولية لمراقبة تنفيذ هذه الحقوق

تمهيد:

التعريف بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

ورد النص على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في الإعلان
العالمي لحقوق الإنسان، وكذلك تم تأكيد هذه الحقوق في الاتفاقية الدولية الخاصة
بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وبعض الاتفاقيات والإعلانات الدولية
الأخرى هذه الحقوق هي الحق في الضمان الاجتماعي والحق في العمل وفي
الحصول على أجر متساو للعمل المتساوي، وفي إنشاء نقابات، والحق في الراحة
وأوقات الفراغ، والحق في مستوى معيشي كاف للمحافظة على صحته ورفاهيته،
والحق في التعليم، والحق في حصول الأم والطفل على المساعدة وعلى الرعاية
الصحية الواجبة.

أقر "الإعلان العالمي لحقوق الإنسان" مجموعة كبيرة من الحقوق

الإنسانية التي ينبغي أن يتمتع بها كل إنسان دون تمييز، هي تشمل حق كل إنسان في العمل وحقه في اختيار الوظيفة والتمتع بظروف عادلة ومواتية والحماية من البطالة، كما ينبغي أن يحصل كل رجل أو امرأة على نفس الأجر إذا كان هو أو هي تؤدي نفس العمل وأن يكون هناك تكافؤ في الفرص ويكون لكل إنسان الحق في الحصول على الراحة والترفيه ومن الحقوق الأخرى الحق في التمتع بمستوى معيشة طيبة مثل كفاية الطعام والشراب والملبس والسكن والخدمات الطبية والاجتماعية والأمن الاجتماعي، ويجب أن تتمتع الأمومة والطفولة بالحق في الحصول على الرعاية اللازمة والمساعدة الخاصة ويكون لكل إنسان الحق في التمتع بالتعليم وحق المشاركة الحرة في الحياة الثقافية للمجتمع، وغير ذلك من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

كما تمثل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فئة واسعة من الحقوق الإنسانية التي يكفلها ((العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية)) وغيره من مواثيق حقوق الإنسان الدولية والإقليمية الملزمة قانوناً. ولا تكاد توجد دولة في العالم ليست طرفاً في وحدة على الأقل من المواثيق الملزمة قانوناً التي تكفل هذه الحقوق، ومن بينها:

- الحق في العمل، وخاصةً الحق في شروط توظيف عادلة ونزيهة، والحماية من العمل القسري أو الإجباري، والحق في تشكيل نقابات والانضمام إليها.
- الحق في التعليم، بما في ذلك ضمان أن يكون التعليم في المرحلة الأولية إلزامياً وبالجمان، وأن يكون التعليم متاحاً ومقبولاً بشكل ملائم بالنسبة لكل فرد.

- الحقوق الثقافية للأقليات والسكان الأصليين.

- الحق في الحصول على أعلى مستوى يمكن بلوغه للصحة البدنية والعقلية، بما في ذلك الحق في التمتع بظروف معيشة صحية، والحق في الحصول على خدمات صحية ملائمة ومقبولة وذات مستوى.

- الحق في الحصول على مأوى ملائم، بما في ذلك الحق في ضمان الملكية، والحماية من الإجلاء القسري، والحق في الحصول على مأوى صالح للسكن بتكاليف محتملة وفي موقع مناسب وأن يكون ملائماً ثقافياً.
 - الحق في الحصول على الغذاء، بما في ذلك الحق في التحرر من الجوع، والحق في الحصول في كل الأوقات على غذاء ملائم أو على سبل الحصول عليه.
 - الحق في الحصول على المياه، ويعني الحق في الحصول على ما يكفي من المياه والمرافق الصحية، على أن تكون متاحة وميسرة (مادياً واقتصادياً) وأمنة.
- نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في البنود 22 إلى 27 إلى جملة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتي يمكن تصنيفها إلى:
- الحق في الضمان الاجتماعي (المادة 22).
 - الحق في العمل (المادة 23 والمادة 24).
 - الحق في مستوى معيشي كاف لضمان الصحة - التغذية - المسكن ورعاية الطفولة والأمومة (المادة 25).
 - الحق في التعليم (المادة 26).
 - الثقافة والنقد العلمي والتقني (المادة 27).
- أمّا العهد الدولي الخاص بحقوق الإنسان فهو ينطلق ممّا نصّ عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مع إعادة الترتيب والتدقيق. إضافة إلى ذلك، يقرّ هذا العهد مبدئين يمثّلان جوهر محتوى كلّ الحقوق المنصوص عليها وهما :
- 1- مبدأ عدم التمييز:

إذ (تتعهدّ الدول الأطراف في هذا العهد بأن تجعل ممارسة الحقوق المنصوص عليها في هذا العهد بريئة من أي تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب) (المادة 2/2).

2- مبدأ المساواة بين الذكور والإناث :

إذ تؤكد (المادة 3) بأن "تتعهد الدول الأطراف في العهد بضمن مساواة الذكور والإناث في حقّ التمتعّ بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المنصوص عليها في هذا العهد". أمّا عن جملة الحقوق المعنوية في هذا العهد فهي:

- الحقّ في العمل (المادة 6).
- الحقّ في شروط عمل عادلة ومرضية (المكافآت- الأجر الأدنى المناسب- ظروف العمل في كنف السلامة والصحة، مدة العمل المعقولة) (المادة 8).
- الحقّ النقابي والحقّ في الإضراب (المادة 8). ويمكن اعتبار ما جاء في (المواد 6، 7، 8) متعلّق كلّه بالحقوق المتعلقة بالعمل.
- الحقّ في الضمان الاجتماعي بما في ذلك التأمينات الاجتماعية (المادة 9).
- الحقّ في حماية خاصة للأمومة والطفولة (المادة 10).
- الحقّ في مستوى معيشي كاف مع التركيز على ضمان التغذية (التحرّر من الجوع) والماوى وكذلك في تحسين متواصل للظروف المعيشية (المادة 11).
- الحقّ في التمتعّ بأعلى مستوى من الصحة مع إشارة خاصة إلى الطفولة والصحة البيئية والوقاية من الأمراض الوبائية وكذلك التمتعّ بالعناية الطبية (المادة 12).
- الحقّ في التربية والتعليم خاصة في جعل التعليم الابتدائي إلزامياً وإتاحته مجاناً للجميع (المادة 13). كما تؤكد (المادة 14) من جديد على كفالة إلزامية ومجانية التعليم الابتدائي.
- حقّ المشاركة في الحياة الثقافية والاستفادة من التقدم العلمي وتطوّراته (المادة 15)⁽¹⁾.

(1) د. أحمد إبراهيم عامر، حقوق الإنسان كمدخل للسلم العالمي، الطبعة الأولى، 2007م، المركز القومي للإصدارات، ص145.

ونتناول دراسة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مواده (22 إلى 27) في هذا البحث مقسم إلى:

المطلب الأول

الحقوق الاجتماعية

تتمثل الحقوق الاجتماعية في الحق في الضمان الاجتماعي والحق في العمل والحق في الرعاية الصحية، نتناولها في هذا المبحث من خلال فروع ثلاث:

الفرع الأول: الحق في الضمان الاجتماعي.

الفرع الثاني: الحق في العمل.

الفرع الثالث: الحق في الرعاية الصحية.

الفرع الأول: الحق في الضمان الاجتماعي

تعتبر الغاية من الضمان الاجتماعي هي مسؤولية الدولة عن تأمين وسائل العيش والراحة للمواطنين وإيجاد الطرق لوقايتهم من التعرض للحاجة، وإمداد المعونة لهم طوال الحياة عند العجز الدائم، وقد جاء إيضاحاً لمعناه من إعلان حقوق الإنسان: (إن لكل شخص الحق في مستوى لائق كاف من المعيشة لتأمين صحته وسعادته وعائلته خاصة من حيث الغذاء والكساء والمأوى والخدمات الطبية والاجتماعية الضرورية، وله الحق في الضمان في حالات البطالة والمرض والعجز والترمل والشيخوخة وفقد وسائل العيش الأخرى نتيجة الظروف الخارجة عن إرادته. كما أن للأمم و الطفولة الحق في الإعانة والمساعدة اللازمة المخصوصة). وهذا الأمر يتفق مع مسؤولية الدولة عن حماية الأفراد من الفقر والعوز وعلى ضمان معيشتهم عند العجز عن العمل⁽¹⁾.

(1) Ali Fadhil, (2012). Available at. <http://irapatty22.blogspot.com>.

وفي بعض البلاد تأخذ الحكومات بالمسئولية إلى تبني سياسة التأمين الاجتماعي، فتنفذ إجراءات مختلفة بهدف تخفيف الوضع التعسفي للمحرومين من موارد مناسبة وتمنح المساعدات للأشخاص المحتاجين (العاطلين على العمل، المسنين، المرضى على سبيل المثال) ومن الدول التي تتبع سياسة التأمين الاجتماعي الولايات المتحدة الأمريكية فقد كان من بين ضحايا الكساد العظيم الذي حدث 1929-1939م في الولايات المتحدة الأمريكية ملايين من الأمريكيين المسنين الذين رأوا مدخراتهم وقد محيت في الكارثة الاقتصادية العالمية، وكان اعتمادهم على أبنائهم وبناتهم والأقارب الآخرين يشكل غالباً عبئاً إضافياً غير محتمل على الشباب الذين كانوا يعانون صعوبات مالية من قبل، وللتخفيف من مشكلتهم وفي نفس الوقت تحقيق قدر من التأمين للعاطلين وأطفال الأسر الفقيرة أصدر الكونجرس في سنة 1935م قانون التأمين الاجتماعي.

وكان التأمين الاجتماعي في صورته الأصلية يقوم على أربعة عناصر: تأمين الباقيين على قيد الحياة والتأمين ضد العجز، والمعونة العامة، والتأمين ضد البطالة، وتأمين الشيخوخة، وفي سنة 1939م منح تعديل هام لهذا القانون ومزايا لزوجات المستفيدين من التأمين الاجتماعي ولأولادهم القصر (أقل من 18 سنة)⁽¹⁾.

يرد إقرار بالحق في الضمان الاجتماعي باعتباره حقاً من حقوق الإنسان في صكي حقوق الإنسان الأساسيين، وهما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كما تنص عليه صكوك قانونية دولية وإقليمية أخرى.

فقد جاء النص في (المادة 22) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بأن "لكل شخص، بصفته عضواً في المجتمع، الحق في الضمان الاجتماعي، ومن حقه أن توفر له، من خلال المجهود القومي والتعاون الدولي وبما يتفق مع هيكل الدولة

(1) د. محمود سلام زنتي، مدخل تاريخي لدراسة حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، 1987،

ومواردها، الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي لا غنى عنها لكرامته ولتنامي شخصيته في حرية".

وجاء في (المادة 25) بأنه:

• " لكل شخص الحق في مستوى معيشة يكفي لضمان الصحة والرفاهة له ولأسرته، وخاصة على صعيد المأكل والملبس والسكن والعناية الطبية وصعيد الخدمات الاجتماعية الضرورية، وله الحق في ما يأمن به الغوائل في حالات البطالة أو المرض أو العجز أو الترمل أو الشيخوخة أو غير ذلك من الظروف الخارجة عن إرادته والتي تفقده أسباب عيشه".

• " للأبوة والطفولة حق في رعاية ومساعدة خاصتين ولجميع الأطفال حق التمتع بذات الحماية الاجتماعية سواء ولدوا في إطار الزواج أو خارج هذا الإطار".

وفي العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فقد جاء النص في (المادة 9) بأن "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في الضمان الاجتماعي، بما في ذلك التأمينات الاجتماعية"⁽¹⁾.

كما تأكد هذا الحق من قبل أجهزة منظمة العمل الدولية، فالخطوط الرئيسية، حددت من قبل المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية سنة 1944م، وهناك مجموعة من الاتفاقيات الصادرة عن منظمة العمل الدولية حول هذا الحق منها⁽²⁾:

• التوصية رقم 67 المتعلقة بضمان وسائل العيش، قررت هذه التوصيات نموذج الحماية للتأمين الاجتماعي والإجباري ضد جميع المخاطر لحماية الشخص المؤمن ولتوفير حياة جيدة له سواء عند عدم قدرته على العمل أو في حالة وفاته، ويجب أن يشمل التأمين عائلته، وأقرت التوصيات أيضا

(1) مؤتمر العمل الدولي، الضمان الاجتماعي من اجل العدالة الاجتماعية وعولمة عادلة،

الدورة المائة، 2011م، التقرير السادس، ط1، 2011م.

(2) مؤتمر العمل الدولي (مرجع سابق).

مجموعة من نماذج التأمين الاجتماعي والتي ضمنها تغطية الاحتياجات التي لا تقع على عاتق التأمين الاجتماعي الإجباري وخاصة في حالة المعطوبين وكبار السن والأرامل.

- التوصية رقم 69 المتعلقة بالعلاج الطبي.
- اتفاقية الضمان الاجتماعي رقم 102 لسنة 1952 م المتعلقة بالعلاج الطبي التعويضي عن المرض والبطالة والشيخوخة وكذلك حوادث العمل ورعاية الأطفال وتكاليف الولادة.

- الاتفاقية رقم 103 لسنة 1952م المتعلقة بحماية الأمومة.
 - الاتفاقية رقم 121 لسنة 1963م المتعلقة بحوادث العمل والأمراض المهنية.
 - الاتفاقية رقم 130 لسنة 1969م المتعلقة بالعلاج الطبي.
- وجميع هذه الاتفاقيات أضيفت لها مجموعة من التوصيات، ثم أن القانون الأوروبي للضمان الاجتماعي وبروتوكوله الصادر عن المجلس الأوروبي جاء مطابقا للاتفاقية رقم 102 المذكورة أعلاه مع إضافة امتيازات أوسع⁽¹⁾.

أما بالنسبة لموقف الشريعة الإسلامية من الضمان الاجتماعي فقد وضع الإسلام نظاما إسلاميا للضمان الاجتماعي مبني على أسس التكافل الاجتماعي، والإعالة الاجتماعية، ويقصد بالتكافل الاجتماعي التكافل بين الناس من أجل العيش ويقصد به التعاون والترابط بين أفراد المجتمع تلقائيا أو إلزاميا أحيانا من أجل معاونة المحتاجين والمعوزين والعجزة والضعفاء والشيوخ والمرضى على العيش بدوافع كثيرة متنوعة منها صلة الدم والقرابة والصلات العائلية القبلية ثم الدينية والوطنية والقومية أو الحب الإنساني أو الرغبة في الحصول على فائدة ما أو حبا في عمل البر والخير أو لمجرد التظاهر الخير والمباهاة⁽²⁾.

(1) مؤتمر العمل الدولي (مرجع سابق).

(2) د. صادق مهدي السعيد، حقوق الإنسان في العمل والضمان الاجتماعي، بحثه المقدم لندوة حقوق الإنسان في الإسلام، الكويت 9-14 ديسمبر 1980م.

وقد سلك الإسلام للتكافل الاجتماعي سبلا ووسائل بعضها على سبيل الإلزام والوجوب كالنفقات والزكاة والكفارات والصدقات، فالزكاة حق للجماعة في عنق الفرد لتكفل لطوائف منهم كفايتهم أحيانا وشيئا من المتاع بعد الكفاف أحيانا، فالإسلام يكره للناس الفقر والحاجة ويحتم أن ينال كل فرد كفايته من جهده الخاص وموارده الخاصة حيث يستطيع ومن مال الجماعة حين يعجز لسبب من الأسباب⁽¹⁾. وبذلك فإن التكافل قاعدة الحياة في الأمة الإسلامية، حيث يقوم المجتمع الإسلامي على أساس من التضامن الاجتماعي والإخاء، قال تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾⁽²⁾.

ويقوم هذا التضامن في الإسلام في صور عديدة، وتعاون المجتمع في الإسلام قد يكون عن طريق صدقة إلزامية وهي الزكاة لقوله تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها﴾⁽³⁾ أو عن طريق صدقة التطوع التي يأتيها أهل الخير من المسلمين، قال تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين﴾⁽⁴⁾ كما حث الإسلام على نشر البر والعدالة حتى مع من يخالف المسلمين في الدين حتى يعيش الناس عيشة هائلة، قال تعالى: ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم﴾ أن الله يحب المقسطين⁽⁵⁾ بذلك فقد دعا الإسلام إلى هذا التكافل والترابط كأساس لضمان معيشة الفقراء والمحتاجين بصورة إنسانية خيرية وذم كل تعاون مقصود به غاية غير إنسانية.

(1) د. مبارك سيف الهاشمي، أ. عبدالمنعم حسين العمري، حقوق الإنسان في الإسلام، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع الكويت، ط1، 2006م، ص122.

(2) سورة المائدة، الآية: 2.

(3) سورة التوبة، الآية: 103.

(4) سورة التوبة، الآية: 60.

(5) سورة الممتحنة، الآية: 8.

أما الإعالة الاجتماعية، فقد فرض الإسلام نفقة البعض على البعض الآخر من الناس بحيث يصبح كل واحد منهم مسؤولاً عن ضمان معيشة نفسه وغيره من الأهل والأقربين.

عند تعذر وجود القريب المسئول على الإعالة أو كان فقيراً لا يملك القدرة على هذه الإعالة فعندئذ تقع النفقة على بيت المال أي خزانة المجتمع الإسلامي الذي ينوب عنه الدولة الإسلامية، وأن هذه الإعالة التي تقع على بيت المال هي الإعالة الاجتماعية، فهي تعطى للمحتاجين كحق لهم من أموال المجتمع، وهذا فرض على السلطات للفقراء والمحتاجين والأدلة على ذلك كثيرة قال تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾⁽¹⁾. وهذا موجه لجميع الناس ولصالح الفقراء وهو ينصرف إلى الأفراد أو إلى الدولة لأنها تمثل الأفراد⁽²⁾.

الفرع الثاني: الحق في العمل

يعتبر العمل أهم وسيلة من وسائل العيش والنشاط في الحياة الاجتماعية، فالحق في العمل يعد أحد أهم الحقوق الاقتصادية والاجتماعية. ونظراً لأهمية هذا الحق في حياة الإنسان فقد كفل بمقتضى عدد من الوثائق فقد نصت (المادة 23) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن "لكل إنسان حق العمل، وحق اختيار نوع العمل بمحض حريته، والحق في أن تكون شروط العمل عادلة ومرضية ومواتية، وحق الحماية ضد البطالة. ولكل إنسان الحق بلا تمييز من أي نوع في أجر متساو مقابل نفس العمل. ولكل من يعمل الحق في أجر مجز ومناسب يكفل له ولأسرته معيشة تليق بكرامة الإنسان، ويتبعه إذا لزم الأمر وسائل أخرى من وسائل الحماية الاجتماعية. ولكل إنسان الحق في تكوين نقابات مع آخرين والانضمام إليها من أجل حماية مصالحه". كما أشارت الاتفاقية

(1) سورة النور، الآية: 32.

(2) د. غازي حسن صباريني، مرجع سابق، ص 179.

الاقتصادية والاجتماعية والثقافية إلى هذا الحق فقد نصت عليه (المادتان 6، 7)، حيث نصت (المادة 6) على أن:

(أ) تعترف الدول الأطراف في هذا العهد بالحق في العمل، الذي يشمل ما لكل شخص من حق في أن تتاح له إمكانية كسب رزقه بعمل يختاره، أو يقبله بحرية، وتقوم باتخاذ تدابير مناسبة لصون هذا الحق.

(ب) يجب أن تشمل التدابير التي تتخذها كل من الدول الأطراف في هذا العهد لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق، توفير برامج التوجيه والتدريب للتقنيين والمهنيين، والأخذ في هذا المجال بسياسات وتقنيات من شأنها تحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية وثقافية مطرده وعماله كاملة ومنتجة في ظل شروط تضمن للفرد الحريات السياسية والاقتصادية والأساسية". كما نصت (المادة 7) على أن "تعترف الدول الأطراف في هذا العهد بما لكل شخص من حق في التمتع بشروط عمل عادلة ومرضية تكفل على الخصوص:

مكافأة توفر لجميع العمال كحد أدنى، أجراً منصفاً ومتساوياً للعمل المتساوي دون تمييز، على أن يضمن للمرأة خصوصاً تمتعها بشروط عمل لا تكون أدنى من تلك التي يتمتع بها الرجل، وتقاضيها أجراً يساوي أجر الرجل لدى تساوي العمل.

عيشاً كريماً للعامل وأسرته.

(ج) ظروف عمل تكفل السلامة والصحة.

(د) تساوي الجميع في فرص الترقية داخل عملهم إلى مرتبة أعلى ملائمة دون إخضاع ذلك إلا لاعتباري الأقدمية والكفاءة.

(هـ) الاستراحة وأوقات الفراغ والتحديد المعقول لساعات العمل، والإجازات الدورية المدفوعة الأجر، والمكافأة عن أيام العطل الرسمية⁽¹⁾.

(1) د. الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة،

وأيضاً أشار الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لهذا الحق حيث نصت (المادة 15) على أن "حق العمل مكفول في ظل ظروف متكافئة ومرضية مقابل أجر متكافئ مع عمل متكافئ".

كما نص الميثاق العربي لحقوق الإنسان على هذا الحق في (المادة 34) من الميثاق في فقرتها الأولى والثانية على أن:

1- العمل حق طبيعي لكل مواطن، وتعمل الدولة على توفير فرص العمل قدر الإمكان لأكبر عدد ممكن من المقبلين عليه، مع ضمان الإنتاج وحرية العمل وتكافؤ الفرص، ودون تمييز بسبب اللون أو الجنس أو العرق أو الدين أو اللغة أو الرأي السياسي أو الانتماء النقابي أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الإعاقة أو أي وضع آخر.

2- لكل عامل الحق في التمتع بشروط عمل عادلة ومرضية، تؤمن الحصول على أجر مناسب لتغطية مطالب الحياة الأساسية له ولأسرته، وتكفل تحديد ساعات العمل والراحة والإجازات المدفوعة الأجر، وقواعد حفظ الصحة والسلامة المهنية وحماية النساء والأطفال والأشخاص ذوي الإعاقات أثناء العمل⁽¹⁾.

كما أقر المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية اتفاقية سياسة التوظيف سنة 1964م للتغلب على مشكلة البطالة ونقص التشغيل والتي بموجبها "تتعهد الدول الأطراف بإتباع سياسة فعالة تتوخى تحقيق التشغيل الكامل والمنتج القائم على الاختيار الحر" وتستهدف هذه السياسة ضمان:

أن ثمة عملاً لجميع أولئك القادرين على العمل والباحثين عنه.

أن هذا العمل، عمل منتج بقدر الإمكان.

أن ثمة حرية في اختيار العمل، وأن هناك أكمل الفرص الممكنة لكل عامل ليؤهل نفسه للعمل الذي يلائمه تماماً، ويستخدم مهاراته ومواهبه فيه،

(1) د. عبدالناصر أبو زيد، حقوق الإنسان في مصر بين القانون والواقع، دار النهضة العربية،

بصرف النظر عن الجنس أو اللون أو النوع أو الدين أو الآراء السياسية أو الأصل الوطني أو المنشأة الاجتماعية، وعلى هذه السياسة أن تراعى مرحلة التنمية الاقتصادية ومستواها⁽¹⁾.

كما حث الإسلام على العمل بكافة صورته وأنواعه المشروعة، وجعله سببا من أسباب الحصول على الأموال وتملكها وللعمل مجالات مختلفة كالصيد والزراعة والتجارة والصناعة، قال تعالى: ﴿هو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور﴾⁽²⁾.

والعمل في الشريعة الإسلامية ذاته عبادة لقول النبي عليه الصلاة والسلام: (العمل عبادة) ويقول: (الساعي على الأرملة والمسكين كالمجاهد في سبيل الله أو القائم الليل الصائم النهار) (رواه الشيخان والترمذي والنسائي)، فالإسلام يولي العمل أهمية كبرى في النظام الاقتصادي، كما أن الرسول عليه الصلاة والسلام كان يحث أتباعه دائما على العمل ويقول: (ما أكل أحد طعاما قط خير من أن يأكل من عمل يده).

ولا يغض من قدر المرء في الإسلام نوع العمل الذي يقوم به، مهما كان هذا العمل بسيط طالما أنه حلال ومشروع، يقول الرسول الكريم عليه الصلاة والسلام: (والذي نفسي بيده لئن يأخذ أحدكم حبله فيحتطب على ظهره خير له من أن يأتي رجلا فيسأله أعطاه أو منعه)، والتاريخ الإسلامي يدلنا على نماذج من كبار العلماء والفقهاء المسلمين، كانوا يمتنون مختلف المهن والأعمال الحرة المباحة.

والعمل لا يقتصر على الحرف اليدوية أو الجسمية أو التجارية، بل يمتد ليشمل كل مجالات الحياة الاقتصادية في الدولة سواء كانت يدوية أو فكرية،

(1) د. عبدالواحد محمد الفار، قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية،

دار النهضة العربية، القاهرة، 1990م، ص490.

(2) سورة الملك، الآية: 15.

فكل جهد يؤدي في عمل مشروع سواء كان مادي أو معنوي أو يجمع بينهما يعتبر عملاً في نظر الإسلام.

حرية العمل مكفولة في الإسلام، فكل فرد له الحق في اختيار العمل المناسب له دون إكراه أو إجبار أو منع وليس في نصوص الشريعة الإسلامية ما يدل على خلاف هذا الأصل، وبذلك فإن العمل في الإسلام واجب على كل مسلم وحق لكل قادر، يتعين على الدولة أن تكفله للجميع في نطاق مبدأ تكافؤ الفرص، وأن يكون العمل في المجالات الاقتصادية المشروعة⁽¹⁾.

وتطبيقاً لهذه النصوص القانونية وما حثت عليه الشريعة الغراء فإن الدولة مكلفة بأن تصدر التشريعات التي تكفل تحقيق ذلك وأن تبدل قصارى جهدها في توفير فرص عمل لمواطنيها، وكفالة العدالة والمساواة بين من توافرت لهم فرص العمل.

الفرع الثالث: الحق في مستوى كاف لضمان الصحة

التغذية – المسكن ورعاية الطفولة والأمومة

تعتبر الصحة حق أساسي من حقوق الإنسان لا غنى عنه من أجل التمتع بحقوق الإنسان الأخرى، ولكل إنسان حق التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه والعيش بكرامة.

ويكفل قانون حقوق الإنسان للفرد وللعائلة هذا الحق وألزم الدول بتوفير المستوى الصحي اللائق للإنسان، واتخاذ الإجراءات الكفيلة واللازمة بتحسين هذا المستوى ومكافحة الأمراض والأوبئة وتوفير العلاج اللازم لها وتهيئة البيئة المناسبة والمناخ الصحي والعناية الطبية، مما يؤدي إلى خفض معدل الوفيات، والنمو الطبيعي والصحي للأطفال. وحق الإنسان في الصحة مسلم به في العديد من الصكوك الدولية، فنص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في (المادة 25 الفقرة 1) على أن (لكل شخص الحق في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة على

(1) د. عبدالواحد محمد الفار، مرجع سابق، ص 491-497.

الصحة والرعاية له ولأسرته، ويتضمن ذلك التغذية والملبس والسكن والعناية الطبية وكذلك الخدمات الاجتماعية اللازمة، وله الحق في تأمين معيشته في حالات البطالة والمرض والعجز والتزمل والشيخوخة وغير ذلك من فقدان وسائل العيش نتيجة لظروف خارجة عن إرادته).

ثم جاء العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، يلزم الدول الأطراف بكفالة هذا الحق ويناشد الدول بالتعاون فيما بينها لكفالة هذا الحق، نصت (المادة 11) على أن: (تقر الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية بحق كل فرد في مستوى معيشي مناسب لنفسه ولعائلته، بما في ذلك الغذاء المناسب والملبس والسكن، وكذلك في تحسين أحواله بصفة مستمرة، وتقوم الدول الأطراف باتخاذ الخطوات المناسبة لضمان تحقيق هذا الحق، مع الإقرار بالأهمية الخاصة للتعاون الدولي القائم على الرضاء الحر في هذا الشأن⁽¹⁾). وتعمل كل دولة على أن يتمتع كل إنسان بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية، وتتخذ في سبيل ذلك التدابير التالية طبقاً لنص (المادة 12):—

أ — العمل على خفض نسبة الوفيات في المواليد وفي وفيات الأطفال من أجل التنمية الصحية للطفل.

ب — تحسين جميع جوانب الصحة البيئية والصناعية.

ج — الوقاية من الأمراض الوبائية والمتوطنة والمهنية والأمراض الأخرى ومعالجتها ومكافحتها.

د — تهيئة ظروف من شأنها تأمين الخدمات الطبية، والعناية الطبية للجميع في حالة المرض⁽²⁾.

(1) د. طارق عزت رخا، قانون حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق في الفكر الوضعي

والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 154.

(2) د. الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، منشأة

المعارف بالإسكندرية، ط3، 2007م، ص 151.

كما نص البيان الإسلامي لحقوق الإنسان الصادر عام 1981م كمصدر ديني لقانون حقوق الإنسان على كفالة هذا الحق بإقراره حق الفرد ومن يعوله في كفايته من مقومات الحياة الجسدية والنفسية كما أكد هذا البيان على هذا الحق كمقوم أساسي من مقومات الحياة للإنسان وكفالتة.

وبمقتضى (المادة 11) من الإتفاق الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية يتضمن الحق في الغذاء المناسب والملبس والسكن ويعلن الحق الأساسي لكل فرد بالتححرر من الجوع ويدعو الدول الأطراف في الاتفاقية منفردة أو بالتعاون الدولي باتخاذ الإجراءات اللازمة لتحسين طرق الإنتاج وحفظ وتوزيع الغذاء عن طريق نشر المعرفة بمبادئ التغذية. وأن تضع في الحسبان مشكلات الدول المستوردة للطعام والدول المصدرة له لضمان توزيع عادل للمواد الغذائية في العالم تبعاً للاحتياجات.

وكذلك هناك مجموعة من الإعلانات الدولية والتي تعرضت لحق الإنسان في الغذاء والكساء والسكن بالتفصيل وخاصة الحق بالغذاء الكافي، فهناك الإعلان المتعلق بالنظام الاقتصادي الدولي الجديد الذي صدر في إطار الجلسة السادسة الخاصة للجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1974م بالقرار (3202/س/4) الذي تضمن فصل خاص بالإجراءات التي تؤمن مصادر الغذاء الكافي.

كما أن المؤتمر العالمي للغذاء الذي انعقد في نوفمبر عام 1974م أصدر إعلان للقضاء النهائي على المجاعة وسوء التغذية، بالإضافة إلى مجموعة من القرارات المتعلقة بالإستراتيجية وهدف الإنتاج الغذائي وإعطاء الأولوية للزراعة وتنمية الأرياف وبرنامج الإصلاح الغذائي وسياسة المساعدة الغذائية، وعليه فإن الجمعية العامة للأمم المتحدة صدقت على هذه القرارات في دورتها التاسعة والعشرون، وتأكيداً لتوصيات المؤتمر العالمي للتغذية أنشأ المجلس العالمي للتغذية جهاز من أجهزة الأمم المتحدة، تم أنشئت الأمم المتحدة بالتعاون مع الفاو (منظمة الأغذية والزراعة) البرنامج العالمي للتغذية، كذلك أصدرت منظمة العمل الدولية مجموعة الاتفاقيات لحق الفرد بمستوى معيشي مناسب أهمها:

• اتفاقية رقم 117 لسنة 1962م المتعلقة بالهدف والقواعد الأساسية للسياسة الاجتماعية.

• توصية رقم 115 لسنة 1961م المتعلقة بالسكن العمالي.

• التوصية رقم 127 لسنة 1966م المتعلقة بدور التعاون في التنمية الاقتصادية والاجتماعية في البلاد النامية.

أما ما يخص رعاية الطفولة والأمومة والحق في الحماية والمساعدة فقد ذكرت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في (المادة 12/25) بأن: (للأمومة والطفولة الحق في مساعدة ورعاية خاصتين). لكل طفل الحق في إجراءات الحماية التي يستوجبها مركزه كقاصر على أسرته وعلى كل المجتمع والدولة، دون تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل القومي أو الاجتماعي، ولكل طفل الحق في أن يكون له جنسية⁽¹⁾.

واتخذت هذه العناصر موضع الصدارة في الإعلان العالمي لحقوق الطفل الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1959م بالقرار رقم 1386 (د - 14).

كما ورد في هذا الإعلان مجموعة من المبادئ والتي من أهمها: أن يتمتع الطفل بحماية خاصة، ويمنح فرصا وتسهيلات لتمكينه من أن يشب وينمو بدنيا وذهنيا وأخلاقيا وروحيا واجتماعيا بطريقة صحية وعادية وفي ظروف من الحرية والكرامة.

• لكل طفل منذ الولادة الحق في اسم وجنسية.

• أن يتمتع الطفل بمزايا الضمان الاجتماعي وينمو في صحة وتقدم لاهه رعاية وحماية خاصة بما في ذلك الرعاية الكافية قبل مولده وبعده، وله الحق في الغذاء الكافي السكن والترفيه والخدمات الطبية.

• أن يعامل الطفل المعوق بدنيا أو عقليا أو اجتماعيا معاملة خاصة ويمنح التعليم والرعاية اللذين تتطلبهما حالته الخاصة.

(1) د. غازي حسن صباريني، مرجع سابق، ص 209-210.

- للطفل الحق في تلقي التعليم الإلزامي والمجاني في مراحل الدراسة الأولى على الأقل.
- يكون الطفل في جميع الظروف بين أول من يتلقى الحماية والغوث.
- حماية الطفل من كافة أشكال الإدمان والقسوة والاستغلال، وأن لا يكون موضع اتجار ولا يسمح لقبول الطفل في عمل قبل الحد الأدنى المناسب من العمر⁽¹⁾.

كما ينص العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في (المادة 12 فقرة 2 (أ)) (على خفض معدل موتى المواليد وموتى الرضع وتأمين نمو الطفل نموا صحيا)، على أنه يتطلب تدابير من أجل تحسين صحة الطفل والأم بما في ذلك إمكانية الوصول إلى خدمات تنظيم الأسرة، والرعاية قبل الولادة وبعدها. للأمم المتحدة في التشريع الإسلامي منزلة كبرى حيث جعل لها القرآن الكريم المنزلة الأولى في قلوب بنيها لمعاناتها في الحمل والرضاعة فنص صراحة على وجوب رعايتها قال تعالى: ﴿ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين أن اشكر لي ولوالديك إلي المصير﴾⁽²⁾.

كما أكد البيان الإسلامي العالمي لحقوق الإنسان أن الشريعة الإسلامية ضمنت هذا الحق ونظمته وجعلت الزواج السبيل الشرعي لتكوين الأسرة ونظمت حقوق المرأة والزوجة والأم والطفل في الرعاية والحماية من الزوج والمجتمع وبالتالي تعد الشريعة الإسلامية أقدم مصدر لقانون حقوق الإنسان في هذا الشأن⁽³⁾.

(1) د.غازي حسن صباريتي، مرجع سابق، ص205.

(2) سورة لقمان، الآية: 14.

(3) د. طارق عزت رخا، مرجع سابق، ص161.

المطلب الثاني: الحقوق الثقافية

تتمثل الحقوق الثقافية في: الحق في التعليم، الحق في الثقافة والتقدم العلمي والتقني، وهذا ما نتناوله في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الحق في التعليم.

الفرع الثاني: الحق في الثقافة والتقدم العلمي والتقني.

الفرع الأول: الحق في التعليم

- لكل إنسان الحق في التعليم، وجاء النص على هذا الحق في (المادة 26) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:
- لكل شخص حق في التعليم، ويجب أن يوفر التعليم مجاناً، على الأقل في مرحلتيه الابتدائية والأساسية، ويكون التعليم الابتدائي إلزامياً، ويكون التعليم الفني والمهني متاحاً للعموم، ويكون التعليم العالي متاحاً للجميع تبعاً لكفاءتهم.
 - يجب أن يستهدف التعليم التنمية الكاملة لشخصية الإنسان وتعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية، كما يجب أن يعزز التفاهم والتسامح والصداقة بين جميع الأمم وجميع الفئات العنصرية أو الدينية، وأن يؤيد الأنشطة التي تضطلع بها الأمم المتحدة لحفظ السلام.
 - للأباء، على سبيل الأولوية، حق اختيار نوع التعليم الذي يعطى لأولادهم⁽¹⁾ وبذلك فإن الحق في التعليم يعتبر أحد الحقوق الثقافية الهامة التي يجب أن تكفلها الدولة لكل مواطن، والحق في اختيار نوع التعليم الذي يناسب مداركه، وطموحاته وتلقيه للأخريين وما يتفرع عن ذلك من نشر هذا العلم بالوسائل المختلفة، ونظراً لأهمية التعليم فقد كفل بموجب الاتفاقيات الدولية والإقليمية.

(1) د. احمد إبراهيم عامر، مرجع سابق، ص119.

في الاتفاقية الدولية لحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فقد أكدت (المادتان 13 و 14) على ذلك، وتتعهد الدول الأطراف باتخاذ الإجراءات الضرورية لتحقيق هذا الحق كاملا، وأن تعمل بصفة خاصة على وضع وإقرار خطة عمل تفصيلية من أجل السير قدما في تنفيذ مبدأ التعليم الإجباري المجاني للجميع في خلال عدد مقبول من السنوات⁽¹⁾. كما أن الاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري نصت (المادة 5) على أن تتعهد الدول بحظر وإزالة التمييز العنصري فيما يتعلق بهذا الحق. وفي الميثاق العربي لحقوق الإنسان نصت (المادة 41) على:

محو الأمية التزام واجب على الدولة، ولكل شخص الحق في التعليم.

تضمن الدول الأطراف لمواطنيها مجانية التعليم على الأقل في مرحلتيه الابتدائية والأساسية، ويكون التعليم الابتدائي إلزاميا ومتاحا بمختلف مراحل وأنواعه للجميع دون تمييز.

• تضمن الدولة توفير تعليم يستهدف التنمية الكاملة لشخصية الإنسان وتعزيز احترام حقوق الإنسان وحياته الأساسية.

• تعمل الدول الأطراف على دمج مبادئ حقوق الإنسان والحريات الأساسية في المناهج والأنشطة التعليمية وبرامج التربية والتكوين والتدريب الرسمية وغير الرسمية.

• تضمن الدول الأطراف وضع الآليات الكفيلة بتحقيق التعليم المستمر مدى الحياة لكل المواطنين ووضع خطة وطنية لتعليم الكبار⁽²⁾.

من واقع النصوص السابقة يمكن القول أن التعليم حق يجب أن تكفله الدولة للمواطن في مرحلته الابتدائية وبصفه إلزامية لتضمن حدا أدنى من المستوى التعليمي لمواطنيها، أما التعليم في المراحل الأخرى فهو متاح للجميع

(1) حقوق الإنسان، د. عبدالواحد محمد الفار، د. معمر رتيب محمد، دار النهضة العربية،

القاهرة 2012م، ص143.

(2) د. عبدالناصر ابوزيد، مرجع سابق، ص122.

على قدم المساواة تبعاً للكفاءة، ومجانية التعليم هي التعبير الفعلي على اعتبار التعليم حق للمواطنين، كما أن تلك المجانية من شأنها جعل مبدأ تكافؤ الفرص ومبدأ المساواة حقيقة حتمية وليس فقط حقيقة نظرية مجردة.

كما أن للعلم مكانة كبيرة في الإسلام ففي الآية الأولى من القرآن الكريم دعوة إلى المعرفة والقراءة التي هي نافذة العلم، فكانت انطلاقة شرارة العلم من (اقرأ) بمعنى تعلم وأفهم وأدرك في قوله تعالى: ﴿اقرأ باسم ربك الذي خلق﴾ خلق الإنسان من علق ﴿اقرأ وربك الأكرم﴾ الذي علم بالقلم ﴿علم الإنسان ما لم يعلم﴾⁽¹⁾، وطبقت عملياً في فداء أسرى بدر بتعليم عشرة من أبناء المسلمين على يد كل أسير من قريش يتقن القراءة والكتابة.

لقد كان الاهتمام بالعلم نتيجة لموقف القرآن الكريم والتشجيع على التعلم، فقد كان الرسول عليه الصلاة والسلام يحث على طلب العلم ويحث الجاهل على التعليم وطلب العلم، وكان تأثير الرسول الكريم عليه الصلاة والسلام بقوله: (من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين).

كما اتفقت كلمة علماء المسلمين على أن التعليم ضروري لجميع الناس وأن التعليم له أهداف ومن هؤلاء العلماء الفرابي والغزالي وإبن خلدون⁽²⁾. ولم تقف الشريعة الإسلامية عند حد الحث على العلم والتفكير، بل اعتبرت أن التعليم فريضة على كل مسلم حيث جاء في الحديث الكريم (اطلبوا العلم ولو في الصين).

بعد انتشار الإسلام انطلق المسلمون للاستزادة من العلم والمعرفة بكافة أنواعها فكان منهم العلماء والفقهاء والأطباء والفلاسفة الذين خلفوا ملايين المؤلفات في كافة العلوم، فالعلم لا يقتصر على جانب دون الآخر وليس له حداً ولا نهاية وتأييداً لذلك قوله تعالى: ﴿وما أوتيتم من العلم إلا قليلاً﴾⁽³⁾.

(1) سورة العلق، الآية: 1-5.

(2) د. مبارك سيف الهاشمي، ا. عبدالمنعم حسين العمري، مرجع سابق، ص 138.

(3) سورة الإسراء، الآية: 85.

وهكذا فإن الحق في التعليم كما نصت عليه النصوص القانونية والشرعية الغراء هو حق لكل فرد في أن يتلقى قدرا من التعليم، كما له الحرية في اختيار نوع التعليم الذي يناسبه ويناسب مداركه وطموحاته.

الفرع الثاني: الحق في الثقافة والتقدم العلمي والتقني

يشمل هذا الحق، حق كل فرد في أن يشارك في الحياة الثقافية، وأن يتمتع بفوائد التقدم العلمي وتطبيقاته، واحترام حرية البحث العلمي والنشاط الإبداعي وتشجيع الاتصال والتعاون الدولي في ميدان العلم والثقافة. فقد جاء النص على هذا الحق في (المادة 27) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بأن:

- لكل شخص حق المشاركة الحرة في حياة المجتمع الثقافية، وفي الاستمتاع بالفنون، والإسهام في التقدم العلمي وفي الفوائد التي تنجم عنه.
- لكل شخص حق في حماية المصالح المعنوية والمادية المترتبة على أي إنتاج علمي أو أدبي أو فني من صنعه.
- كما تضمن العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، هذا الحق في (المادة 15) من الاتفاقية على حق كل فرد في المشاركة في الحياة الثقافية، وفي التمتع بمنافع التقدم العلمي وتطبيقاته، وفي الانتفاع بحماية المصالح المادية والمعنوية الناتجة عن الإنتاج العلمي أو الأدبي أو الفني. كما تلتزم الدول الأطراف باتخاذ جميع الخطوات الضرورية من أجل حفظ وتنمية ونشر العلم والثقافة، كما تلتزم باحترام الحرية اللازمة للبحث العلمي والنشاط الإبداعي وبتشجيع الاتصال والتعاون الدولي في ميدان العلم والثقافة⁽¹⁾.

كما أكد الميثاق العربي لحقوق الإنسان على حق كل شخص في المشاركة في الحياة الثقافية وفي التمتع بفوائد التقدم العلمي، تحقيقا لذلك تتعهد

(1) د. أبو الخير احمد عطية عمر، الضمانات القانونية الدولية والوطنية لحماية حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2004م، ص56.

الدول الأطراف باحترام حرية البحث العلمي، وتكفل حماية المصالح المعنوية والمادية الناتجة عن الإنتاج العلمي أو الأدبي أو الفني.

ويؤكد الميثاق العربي على أن تمسك كل حضارة بقيمتها الأصيلة لا يعني الاغتراب الحضاري أو الانغلاق على الذات لذلك يهدف الميثاق إلى (تنشأة الإنسان في الدول العربية على الاعتزاز بهويته وعلى الوفاء لوطنه أرخا وتاريخا ومصالح مشتركة" كما يهدف إلى "إعداد الأجيال في الدول العربية لحياة حرة مسؤولة في مجتمع مدني تسوده قيم المساواة، والتسامح والاعتدال" كما أن تنشأة الإنسان تكون في ظل "التشجيع بثقافة التآخي البشري والتسامح والانفتاح على الآخر، وفقا لما تقتضيه المبادئ والقيم الإنسانية، وتلك المعلنة في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان).

إن الميثاق يرفض طمس الهوية العربية ويدعو إلى سيادة مبدأ التسامح وهذا ما أكد عليه (إعلان مبادئ التسامح من انه لا تتعارض ممارسة التسامح مع احترام حقوق الإنسان، فهي لا تعني تقبل الظلم الاجتماعي أو تخلي المرء عن معتقداته أو التهاون بشأنها، بل تعني أن المرء حر في التمسك بمعتقداته وأنه يقبل أن يتمسك الآخرون بمعتقداتهم، والتسامح يعني الإقرار بأن البشر المختلفين يطبعهم في مظهرهم وأوضاعهم ولغاتهم وسلوكهم وقيمهم لهم الحق في العيش بسلام وفي أن يطابق مظهرهم مخبرهم، وهي تعني أن آراء الفرد لا ينبغي أن تفرض على الغير)⁽¹⁾.

كما توجد اتفاقيتان عربيتان ذاتا صلة بالحقوق الثقافية، وهي المعاهدة الثقافية، وميثاق الوحدة الثقافية العربية. المعاهدة الثقافية والتي وافق عليها مجلس جامعة الدول العربية 27 نوفمبر 1945م ودخلت النفاذ في 2 مارس 1957م ولم تحظى إلا بتصديق دولتين فقط وهما مصر وسوريا، حيث كان الهدف الأساسي لهذه المعاهدة هو توفيق التعاون في الشؤون الثقافية وزيادة التقارب الذهني

(1) د. وائل أحمد علام، الميثاق العربي لحقوق الإنسان، دراسة حول دور الميثاق في تعزيز

والتآلف الروحي بين أبناء البلاد العربية والاهتمام برفع المستوى الثقافي والعمل على تعميم التعليم ومطالبة الدول بالسعي إلى تشجيع المشاركة في الحياة الثقافية وتوفير الفرص لتنمية الملكات الفنية والفكرية والإبداعية والحماية الفكرية للأعمال الأدبية، حيث تمثل المعاهدة الثقافية إستراتيجية عامة للعمل العربي في مجال الحقوق الثقافية.

أما ميثاق الوحدة الثقافية العربية⁽¹⁾ والذي وافق عليه مجلس جامعة الدول العربية في 21 مايو 1964م وأصبح نافدا في 5 سبتمبر 1964م ويتميز بتصديق أغلب الدول العربية عليه، حيث نص الميثاق على أنه جاء "متابعة لما حققته المعاهدة الثقافية" حيث ينظر إليه أنه مكمل للمعاهدة الثقافية.

ويتميز هذا الميثاق بسعيه نحو ضمان حقوق الإنسان العربي في التعليم والحرية والكرامة والرفاهية وتمكينه من الإسهام في تقدم مجتمعه. حيث نصت (المادة 21) على الحماية الفكرية للأعمال الأدبية "تعمل الدول الأعضاء على أن تضع كل منها تشريعا لحماية الملكية الأدبية والعلمية والفنية لما ينتج في هذه الميادين لكل دولة من دول الجامعة العربية".

أما بالنسبة لموقف الشريعة الإسلامية من هذا الحق، فقد قرر الإسلام حرية البحث العلمي بأوسع معانيه، حيث كفل حرية هذا الحق في كافة المجالات والذي كان من نتيجته ظهور مفهوم الاجتهاد والذي له دور بارز في تطوير الفقه الإسلامي، وقد أتبع القرآن الكريم أسلوب البحث العلمي والاستدلال العقلي لإثبات قدرة الله، فهو دعوة لمواصلة البحث العلمي قال تعالى: ﴿إن في خلق السموات والأرض واختلاف الليل والنهار والفلك التي تجري في البحر بما ينفع الناس ﴿٢٠﴾ وما أنزل الله من السماء من ماء فأحى به الأرض بعد موتها وبث فيها من كل دابة وتصريف الرياح والسحاب المسخر بين السماء والأرض لآيات لقوم يعقلون﴾⁽²⁾ ولا يقتصر واجب التعليم

(1) د. وائل أحمد علام، مرجع سابق، ص 125.

(2) سورة البقرة، الآية: 164.

والبحث العلمي على العلوم الشرعية والدينية وإنما كل ثقافة وعلم فيه نفع المجتمع وخيره وصلاحه⁽¹⁾.

المطلب الثالث

الآليات الدولية لمراقبة تنفيذ هذه الحقوق:

تحتاج الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لتنفيذها على الوجه الأكمل وفقا للمعايير التي يتطلبها قانون حقوق الإنسان إلى خطط اقتصادية واعتمادات مالية واستثمارات وطنية أو أجنبية قد لا يكون في مقدور الدولة القيام به. ونظرا لتباين الحكومات إلى حد كبير في الموارد المتاحة لها، يقر القانون الدولي بأن جعل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية واقعا ملموسا هو أمر لا يمكن أن يتحقق إلا بشكل تدريجي على مر الزمن، ووفقا لمواردها الاقتصادية وبمساعدة المنظمات والهيئات الدولية الأخرى، كما نصت على ذلك (المادة 1 فقرة 4) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أن: (تتعهد كل دولة طرف في الاتفاقية الحالية أن تقوم منفردة ومن خلال المساعدة والتعاون الدوليين باتخاذ الخطوات، خاصة الاقتصادية والفنية، ولأقصى ما تسمح به مواردها المتوفرة من أجل التوصل تدريجيا للحقوق المعترف بها في الاتفاقية الحالية بكافة الطرق المناسبة بما في ذلك على وجه الخصوص تبني الإجراءات التشريعية).

كما نصت (المادة 23) من العهد المذكور على أن: "توافق الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية على أن يشمل العمل الدولي من أجل تحقيق الحقوق المقررة في الاتفاقية الحالية عقد الاتفاقيات ووضع التوصيات وتقديم

(1) د. عبدالناصر ابوزيد، حقوق الإنسان في السلم والحرب، دار النهضة العربية، القاهرة،

المساعدة الفنية وتنظيم الاجتماعات الإقليمية والفنية بالاتفاق مع الحكومات المعنية بقصد التشاور والدراسة"⁽¹⁾.

وعن آليات مراقبة تنفيذ الحقوق السابقة فيلقى على عاتق الدول الأطراف واجب تقديم تقارير دورية تشرح فيها التدابير التي اتخذتها لتنفيذ وتنمية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وترسل هذه التقارير إلى الأمين العام للأمم المتحدة، ليحيل نسخا منها إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي للنظر فيها، كما يحيل نسخا من التقرير إلى الوكالات الدولية المتخصصة المعنية بما ورد في التقرير. وللدول أن تشير في تقريرها إلى العوامل والمصاعب التي تمنعها من الوفاء الكامل بالالتزامات المنصوص عليها في العهد الدولي لكي يعمل المجلس الاقتصادي والاجتماعي مع الوكالات الدولية المتخصصة على معاونة الدولة في الوفاء بالتزاماتها بالعهد الدولي من خلال المساعدات المالية والفنية ويمكن للمجلس الاقتصادي والاجتماعي أيضا أن يحيل إلى لجنة حقوق الإنسان التقارير المقدمة من الدول ومن الوكالات المتخصصة دراستها ووضع توصية عامة بشأنها أو لاطلاعها عليها فقط. كما يشرك العهد الدولي الجمعية العامة للأمم المتحدة في الإشراف العام على تنفيذ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية"⁽²⁾.

(1) د. طارق عزت رخا، مرجع سابق، ص 147.

(2) د. الشافعي محمد بشير، مرجع سابق، ص 153.

الخاتمة:

انتهينا بفضل الله وتوفيقه من كتابة هذا البحث بعنوان حقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في المواثيق الدولية والشريعة الإسلامية، وتناولنا في هذه الدراسة التعريف بهذه الفئة من الحقوق مع ربطها بالشرعية الدولية، وكذلك لموقف الشريعة الغراء من هذه الحقوق، إذ تعد الشريعة الدولية لحقوق الإنسان هي الركيزة الأساسية لعمل منظمة الأمم المتحدة في مجال الحماية والنهوض بحقوق الإنسان والحريات الأساسية، وتتكون من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

ونظراً لاهتمامنا الرئيسي في هذا البحث بدراسة الفئة الثانية من حقوق الإنسان وهي الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، فقد سلطنا الضوء على مجموعة من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية كما نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في (المواد 22 إلى 27) مقسمة إلى خمسة حقوق وهي:

- الحق في الضمان الاجتماعي (المادة 22).
- الحق في العمل (المادة 23 والمادة 24).
- الحق في مستوى معيشي كاف لضمان الصحة - التغذية - المسكن ورعاية الطفولة والأمومة (المادة 25).
- الحق في التعليم (المادة 26).
- الثقافة والتقدم العلمي والتقني (المادة 27).

كما نص على هذه الفئة العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فقد انطلق مما نص عليه لإعلان العالمي لحقوق الإنسان مع إعادة الترتيب والتدقيق، إضافة إلى ذلك فقد أقر هذا العهد مبدئين يمثلان جوهر ومحتوى كل الحقوق المنصوص عليها وهي: مبدأ عدم التمييز في (المادة 2 فقرة 2)، ومبدأ المساواة بين الذكور والإناث في (المادة 3). نظراً لأهمية هذه

الفئة من الحقوق فقد كفلت بمقتضى عدد من الوثائق الدولية والإقليمية، كما كفلتها الشريعة الإسلامية وتعرضنا لهذه الحقوق بشي من التفصيل وفق هذه الدراسة، كما تناولنا بشي من الإيضاح آليات مراقبة تنفيذ هذه الحقوق والذي يلقي على عاتق الدول الأطراف تقديم تقارير دورية عن التدابير التي اتخذتها لتنفيذ هذه الحقوق، وترسل هذه التقارير إلى الأمين العام للأمم المتحدة.

التوصيات:

بالرغم من الضمانات الدولية لهذه لحقوق فإن العالم يشهد العديد من الحقائق، فهناك العديد من الشعوب والأفراد ممن يعانون البطالة والفقر المزمن وكثيرا ما ينجم الجوع عن انتهاكات حقوق الإنسان، كما هناك العديد من الأسر في العالم ممن يعيشون في أحياء الفقراء أو في مستوطنات عشوائية، ومساكن غير ملائمة لا تتوافر فيها المرافق الأساسية، كما هناك العديد ممن يعانون الجهل والأمية والكثير من الأطفال والإناث في شعوب العالم لا تتوافر لهم سبل الحصول على مراحل التعليم الأولى (التعليم الابتدائي). فبرغم مما حققته الأمم المتحدة من إنجاز تشريعي لحماية حقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ولن يكون هناك تحقيق وأعمال لهذه الحقوق على أرض الواقع بدون هذا التشريع، فالعهد الخاص بهذه الحقوق يعتبر ملزما وبشكل قاطع من ناحية قانونية لكل الدول الأطراف الموقعين عليه. إن الأمم المتحدة استطاعت ليس من خلال هذا العهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فحسب أن توفر الحماية التشريعية لهذه الحقوق على مستوى العلاقات الدولية بل أيضا من خلال العديد من الاتفاقيات الدولية التي نصت على حماية العديد من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. إلا أنه لا يزال هناك دورا حقيقيا مطلوب القيام به من جانب الأمم المتحدة أولا لتطبيق العهد الخاص بهذه الحقوق والاتفاقيات الدولية التي نصت على هذه الحقوق وتوفير الحماية الفعالة لذلك، وتقديم المساعدة والدعم اللازمين لأعمال هذه الحقوق، ثانيا ما يقع على عاتق الدول

الأطراف في هذا العهد أو الاتفاقيات الدولية الالتزام بتطبيق ما جاء بها، وثالثاً من جانب المنظمات غير الحكومية لدعم وتعزيز هذه الحقوق من خلال التوعية والإرشاد والضغط الفعال، رابعاً من جانب الشعوب في الوعي التام بهذه الحقوق والمشاركة الحقيقية في تنفيذ هذه الحقوق، إن اهتمام الأمم المتحدة للإنسان لن يكون له جدوى وبالتالي لن تتحقق أهدافها المتمثلة في تحقيق الأمن والسلام الدوليين بدون تحقيق وأعمال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتي تعتبر أساس أعمال الحقوق المدنية والسياسية. أي أنه لا توجد ولن تتحقق حقوق الإنسان بدون الاهتمام بحقوقه الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وتحقيقها على أرض الواقع.

المراجع

- أحمد إبراهيم عامر، حقوق الإنسان كمدخل للسلم العالمي، الطبعة الأولى 2007م، المركز القومي للإصدارات.
- أبو الخير احمد عطية عمر، الضمانات القانونية الدولية والوطنية لحماية حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2004م.
- الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان، ذ مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة.
- الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان مصدرة وتطبيقاته الوطنية والدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثالثة 2007م.
- حسام بدر اوي، الحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية، 2011م.
www.hossambadrawi.com
- صادق مهدي السعيد، حقوق الإنسان في العمل والضمان الاجتماعي، بحثه المقدم لندوة حقوق الإنسان في الإسلام، الكويت 9-14 ديسمبر 1980م.
- طارق عزت رخا، قانون حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عبدالناصر أبوزيد، حقوق الإنسان في مصر بين القانون والواقع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.
- عبدالناصر ابو زيد، حقوق الإنسان في السلم والحرب، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م.
- عبدالواحد محمد الفار ومعمر رتيب محمد، حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة 2012م.
- غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحياته الأساسية، دار الثقافة والنشر والتوزيع عمان الأردن، 1997م.
- مبارك سيف الهاشمي وعبدالمنعم حسين العمري، حقوق الإنسان في الإسلام، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع الكويت، الطبعة الأولى 2006م.

- محمود سلام زناتي، مدخل تاريخي لدراسة حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، 1987م.
- مؤتمر العمل الدولي، الضمان الاجتماعي من اجل العدالة الاجتماعية وعولمة عادلة، الدورة المائة، 2011م، التقرير السادس، الطبعة الأولى 2011م.
- وائل احمد علام، الميثاق العربي لحقوق الإنسان، دراسة حول دور الميثاق في تعزيز حقوق الإنسان في جامعة الدول العربية، 2005م.
- Ali Fadhil, (2012). Available at
[<http://irapatty22.blogspot.com>]

مبدأ تسوية النزاعات الدولية بالوسائل السلمية

(دراسة تحليلية)

أ. فرج محمد محمد حنيش*

الحمد لله معز الإسلام بنصره، ومذل الشرك بقهره، ومصرف الأمور بأمره، ومستدرج المنافقين بمكره، ومقدر الأيام دولا بعدله، والصلاة والسلام علي من رفع الله منار الإسلام بسيفه (سيدنا وحبينا محمد) اللهم صلى وسلم عليه وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلي يوم الدين.
وبعد.....

فمن أهم الأهداف التي يسعى القانون الدولي إلى تحقيقها هو معالجة النزاعات، ويتجلى ذلك في الحيلولة دون وقع هذه المنازعات ابتداءً، وإذا ما وقعت منازعة بالفعل فإنه يوفر الوسائل السلمية لتسوية هذه المنازعات. فنشوب النزاعات بين الدول هو ليس بالأمر الجديد، لكن الأمر المستحدث هنا يتمثل في الوسائل السلمية التي يمكن بواسطتها حل مثل هذه النزاعات.

وتتباين النزاعات الدولية وتختلف الأسباب المؤدية إليها، فهناك مجرد اختلافات بسيطة بين الدول، وبالمقابل توجد منازعات تؤدي إلي توتر واحتكاك دولي الأمر الذي يعرض السلم والأمن الدوليين للخطر، فمثل هذه المنازعات في الماضي كانت تؤدي إلي نشوب الحروب بين الدول، لكن الوضع الآن اختلف مع تطور العلم والتكنولوجية خاصة في صناعة الأسلحة الأمر الذي دفع بالدول إلي السعي لإيجاد وسائل بديلة عن استخدام القوة لحل نزاعاتها، هذه الوسائل تكون سلمية وترضى جميع الأطراف المتنازعة وبشكل سريع.

(* عضو هيئة تدريس بقسم القانون العام، كلية القانون، جامعة مصراتة.

لهذا تكاثفت جهود الدول وسعت إلى تشكيل منظمة عالمية غايتها الأساسية نبذ الحروب بين الدول وتحريمها واللجوء إلى وسائل بديلة حضارية وسلمية، إلا وهي منظمة الأمم المتحدة حيث تم النص في ديباجة ميثاق هذه المنظمة على: (نحن شعوب الأمم المتحدة وقد ألبنا على أنفسنا أن ننقد الأجيال المقبلة من ويلات الحرب التي في خلال جيل واحد جلبت على الإنسانية مرتين أحزاناً يعجز عنها الوصف).

أيضاً الفقرة الثالثة من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة تم التأكيد على ضرورة اللجوء إلى الوسائل السلمية لحل النزاعات الدولية، حيث تم النص على: (يفض جميع أعضاء الهيئة منازعاتهم الدولية بالوسائل السلمية علي وجه لا يجعل السلم والأمن والعدل الدولي عرضة للخطر).

أيضاً الفقرة الرابعة من ذات المادة نصت على تحريم اللجوء إلى القوة في العلاقات الدولية، لذلك فإن مبدأ تسوية النزاعات الدولية بالوسائل السلمية من أهم المبادئ التي تقوم عليها العلاقات الدولية السليمة بين الدول، لهذا اخترناه موضوعاً لهذه الدراسة.

مما تقدم ستكون دراستنا لمبدأ التسوية السلمية للمنازعات الدولية وفقاً

للخطة التالية:

تمهيد: نتناول فيه مفهوم النزاع الدولي وأنواع المنازعات الدولية
المطلب الأول/ الوسائل السياسية أو الدبلوماسية لتسوية النزاعات الدولية
وتشمل:

المفاوضات، المساعي الحميدة، الوساطة، التوفيق، التحقيق.

المطلب الثاني/ طرق التسوية القضائية وتشمل:

التحكيم الدولي، ودور محكمة العدل الدولية في تسوية النزاعات الدولية.

تمهيد

قبل الخوض في غمار الوسائل السلمية لتسوية النزاعات الدولية لابد لنا من أن نبين مفهوم النزاع الدولي وأنواع النزاعات الدولية، حتى يتسنى لنا الحديث عن الوسائل السلمية التي يمكن اللجوء إليها لحل النزاع. فالنزاع الدولي هو (كل خلاف بين دولتين أو أكثر حول مسألة قد تكون قانونية أو سياسية).

وقد عرفت محكمة العدل الدولية الدائمة التابعة لعصبة الأمم النزاع الدولي بأنه (خلاف حول نقطة قانونية أو نقطة واقعية، يتمثل في تناقض أو تعارض بين مواقف أشخاص القانون الدولي).

وقد جرى التعامل الدولي على التمييز بين نوعين من المنازعات: المنازعات القانونية والمنازعات السياسية، وقد اختلف الفقهاء حول معيار التمييز بين هذين النوعين من المنازعات إلا أنه يمكن القول بأن النزاع القانوني، هو النزاع الذي يمكن عرضه على القضاء الدولي وإصدار قرار فيه وفقاً لقواعد القانون الدولي، أما النزاع السياسي فهو الذي لا يصلح لعرضه على القضاء الدولي ويمكن حله بالطرق السياسية للتوفيق بين المصالح المتعارضة. ويختلف النزاع الدولي أيضاً حسب طبيعته، فقد يكون نزاعاً قانونياً بحثاً حول تفسير قاعدة معينة، وقد يكون منازعة سياسية، وقد يكون منازعة ذات طبيعة مختلطة فيها جوانب قانونية وسياسية.

وتختلف المنازعات الدولية أيضاً في مدى خطورتها، فهناك منازعات دولية يترتب عليها تهديد السلم والأمن الدوليين، وقد يكون النزاع الدولي أقل خطورة كطرد إحدى الدول للممثل الدبلوماسي لدولة أخرى.

لكن لو رجعنا إلي نص المادة (36) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية وبالتحديد الفقرة الثانية نجد أنها عدت المسائل القانونية التي يجوز للمحكمة أن تفصل فيها وبالتالي تعتبر هذه المنازعات من قبيل المنازعات القانونية وهذه الحالات حسب ما تم النص عليها في هذه المادة هي:

"أ- تفسير معاهد من المعاهدات. ب- أي مسألة من مسائل القانون الدولي. ج- تحقيق واقعة من الوقائع إذا ثبتت تبين أنها خرق لالتزام دولي. د- نوع التعويض المترتب علي خرق التزام دولي ومدى هذا التعويض".

يتبن لنا بمفهوم المخالفة أن ماعدا هذه المنازعات تدخل في طائفة المنازعات السياسية، وبعض الاتفاقيات الدولية تضع معيارا للنزاع القانوني مثل اتفاقية لوكارنو التي عقدت في 16 أكتوبر 1925م، بينما لم يتفق القفه الدولي علي معيار ثابت للتمييز بين النزاع السياسي والنزاع القانوني.

ونلاحظ أن ميثاق الأمم المتحدة قد بين في المادة (2/ف3) التأكيد على أهمية وضرورة اللجوء إلى تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية. وهذا يعتبر من أهم المبادئ التي قامت عليها منظمة الأمم المتحدة.

ثم جاء تحديد وتوضيح الوسائل السلمية التي يتم اللجوء إليها لتسوية النزاعات الدولية في المادة (33) من ذات الميثاق، حيث جاء النص علي النحو التالي:

(1- يجب علي أطراف أي نزاع من شأن استمراره أن يعرض حفظ السلم والأمن الدولي للخطر أن يلتمسوا حله بادئ ذي بدء بطريق المفاوضة والتحقيق والوساطة والتوفيق والتحكيم والتسوية القضائية، أو أن يلجئوا إلي الوكالات والتنظيمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها اختيارها.

2- ويدعو مجلس الأمن أطراف النزاع إلي أن يسووا ما بينهم من النزاع بتلك الطرق إذا رأي ضرورة لذلك⁽¹⁾.

من خلال النص المتقدم ذكره يمكن لنا عرض هذه الوسائل في المطلبين التاليين:

(1) دخل ميثاق الأمم المتحدة حيز النفاذ بتاريخ 24/10/1945م.

المطلب الأول

الوسائل السياسية أو الدبلوماسية لتسوية النزاعات الدولية

استناداً لنص المادة (33) من ميثاق الأمم المتحدة والمشار إليها سلفاً يتضح لنا أن الوسائل السياسية أو الدبلوماسية التي تم ذكرها في هذه المادة يمكن عرضها في النقاط التالية:

أولاً/ المفاوضات

تعتبر المفاوضات من أقدم الوسائل السلمية لتسوية المنازعات وأكثرها شيوعاً، وهي وسيلة مثلي لحل المنازعات الدولية، لأنها وسيلة سلمية ولأنها طريقة تفاهم مباشرة بين الطرفين المعنيين بالأمر في موضوع يمثل مصلحة مشتركة بينهما هما أدري بها، وهما أصحاب الحق فيها ولا قيمة لأي حل إلا إذا جاء باقتناع منهما، وهذا ما تحققه المفاوضات، ويتم التفاوض مباشرة بين الطرفين، وقد يتم عن طريق طرف ثالث، كما أن الوضع الواقعي لدى كل طرف من أطراف النزاع كقوته العسكرية وإمكاناته الاقتصادية وقدراته السياسية تلعب دوراً مهماً في سير المفاوضات وفي الحل الذي يمكن أن تنتهي إليه.

فالمفاوضات عملية شاملة تتضمن ما هو أكثر من مجرد جلوس طرفين على مائدة في قاعة.

وكذلك هو الحال بالنسبة للالتزام بالتفاوض فهو التزام قانوني، وقد عبرت عنه المحكمة الدائمة للعدل الدولية في القضية المعروفة بقضية (ما فرومتس) فقالت: (إنَّ علي الدول أن تلجأ إلي التفاوض ولا تفكر بالحلول الأخرى إلا بعد فشل التفاوض)، ولا يعني الالتزام بالتفاوض الالتزام بالتوصل إلي حل، فهو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، بمعنى ليس التزاماً بالتوصل إلي نتيجة في إغراق التفاوض. إلا أنَّ فعاليته ونجاح المفاوضات تعتمد علي توافر حد أدنى من تعادل القوى السياسية والعسكرية بين الطرفين

المتفاوضين، وإلا وقعت الدولة الضعيفة فريسة بصفقة تمليها عليها الدول الأقوى⁽¹⁾.

إذا فالمفاوضات الدبلوماسية هي إجراء يتمثل في قيام ممثلو دولتان متنازعتان، أو ممثلو أكثر من دولتين بدراسة مشتركة للخلاف وتبادل وجهات النظر بشأنه للتوصل إلي تسوية له، وذلك دون حاجة إلي تدخل من جانب الغير، وقد تتم المفاوضات بين أطراف النزاع مباشرة، وقد تتم تحت رعاية دولة من الغير أو منظمة دولية إذا كانت تلك الدولة أو هذه المنظمة هي التي تبنت الدعوة إلي المفاوضات بين أطراف النزاع إلي تسوية للخلاف بينهم، أو للاتفاق علي الآلية المناسبة لهذه التسوية، والمفاوضات إجراء يسبق كافة طرق التسوية الأخرى، فهي الوسيلة الطبيعية والمباشرة لتسوية الخلافات الدولية، بل ويمكن مباشرتها في نفس الوقت مع أي طريق تسوية آخر.

ولا يفرض القانون الدولي ضرورة إتباع شكل أو بروتوكول معين تدور المفاوضات وفقاً له، إذ يمكن أن تجري المفاوضات علي مستوى رؤوساء الدول ووزراء الخارجية أو ممثلي الدول المعنية، أو في داخل مؤتمر دولي، وكثيراً ما تحتوى المعاهدات النص علي ضرورة استنفاد المفاوضات الدبلوماسية كشرط مسبق لإجراء التسوية القضائية للخلاف بين الدول، ولا يعني ذلك ضرورة التوصل إلي اتفاق بين الأطراف المتنازعة، فهذا الشرط ليس إلا التزاماً بالتفاوض بحسن نية بقصد الوصول إلي اتفاق (أي التزام ببذل جهد).

وتتميز المفاوضات الدبلوماسية كوسيلة تسوية بالمرونة والحرز، إلا أن فعاليتها محدودة، إذ يتوقف ذلك علي مدى روح التوافق والرغبة في الوصول إلي تسوية التي تسود المتفاوضين⁽²⁾.

(1) د. رشاد عارف السيد، القانون الدولي العام في ثوبه الجديد، الأردن، الطبعة الأولى 2001م، ص 205.

(2) د. إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، 2004-2005م، ص 854.

ولهذا تعتبر المفاوضات من أقدم الوسائل لتسوية المنازعات وأكثرها شيوعاً وأقلها ازدحاماً بالتفاصيل، وبذلك يمكن تعريف المفاوضات (بأنها تبادل الرأي بين دولتين متنازعتين بقصد الوصول إلى تسوية للنزاع القائم بينهما). لقد اعترفت العهود القديمة بوجود التزام قانوني بالتفاوض قبل اللجوء إلى استخدام القوة وفي القرون اللاحقة اعتبر التفاوض بأنه يشكل أحد الشروط المسبقة الضرورية للإقرار بعدالة استخدام القوة، ولا يزال اللجوء إلى القوة دون مفاوضات أو الهجوم دون إنذار يتلقى الشجب والتنديد ولكن حتى لو تركت الأخلاق والعدالة خارج الصورة تماماً، فإنّ للمفاوضات مظهراً مرغوباً فيه جداً، وهو أنّ المفاوضات وسيلة زهيدة الثمن تستطيع أية دولة أن تحقق أهدافها عن طريقها دون أن تتحمل أخطار الحرب ونفقاتها، لذلك سيكون من حماقة اللجوء إلى القوة قبل استخدام المفاوضات.

وتجري المفاوضات عادةً بين وزراء خارجية الدول المتنازعة وممثليها الدبلوماسيين أو من يوكلون إليهم القيام بتلك المهمة، وقد تجري المفاوضات، في إحدى الدولتين المتنازعتين كما قد تجري في بلد ثالث، يكون من الدول المحايدة عادةً، وقد تجرى المفاوضات في مؤتمر دولي أو منظمة دولية⁽¹⁾.

ثانياً. المساعي الحميدة

عندما لا تجد عملية التفاوض نفعاً لتسوية النزاع، فيمكن اللجوء إلى أسلوب (المساعي الحميدة) لمحاولة تسوية النزاع.

ويعرفها الدكتور/ إبراهيم محمد العناني بأنها (إجراء للتسوية السلمية يتمثل في قيام دولة من الغير أو منظمة دولية أو شخصية ذات مكانة، بالسعي دبلوماسياً لإيجاد سبيل للاتفاق بين دولتين متنازعتين، إما عن طريق إقناعهما

(1) د. عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، عمان، الكتاب الثاني 1997م،

بإجراء مفاوضات مباشرة أو وصلها إن كانت قد توقفت، أو إقناعهما بالجوء إلي وسيلة تسوية أخرى دون أن يتعرض لموضوع النزاع⁽¹⁾.

إذا المساعي الحميدة عبارة عن أسلوب متعارف عليه دولياً لفض المنازعات الدولية ويلعب فيه طرفاً ثالثاً لتقريب وجهات نظر الأطراف المتنازعة⁽²⁾، فالمساعي الحميدة لدولة ثالثة تعكس القيام بمجهودات دبلوماسية، بقصد العمل علي إعادة فتح قنوات الاتصال الدبلوماسي بين الأطراف المتنازعة لحل مشاكلهم بالطرق السلمية، إن أطراف النزاع غير ملزمة عموماً بقبول المساعي الحميدة لدولة ثالثة⁽³⁾.

ويقتصر دور الطرف الثالث علي خلق الظروف المساعدة لإجراء المفاوضات المباشرة، إما بمساعدة الأطراف المتنازعة علي تحديد نقاط الخلاف، أو بوضع الشروط المادية لعقد لقاء بينهم⁽⁴⁾.

وقد تهدف المساعي الحميدة إلي وضع حد لحرب قائمة، ومن أمثلة ذلك قبول هولندا واندونيسيا في العام 1947م المساعي الحميدة للولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا وبلجيكا التي عينها مجلس الأمن لإنهاء الحرب التي كانت قائمة بين هاتين الدولتين⁽⁵⁾.

ومن الأمثلة علي المساعي الحميدة ما قامت به الحكومة الأردنية في العام 1969م بشأن النزاع الذي نشب بين العراق وإيران نتيجة قيام الحكومة

(1) د. إبراهيم محمد العناني، مرجع سابق ذكره، ص 855.

(2) من الملاحظ أنه ليس هناك التزام علي أي دولة لتعرض خدماتها في مجال المساعي الحميدة، كما أن أياً من أطراف النزاع ليس ملزماً بقبول عرض المساعي الحميدة.

(3) د. مصطفى عبدالله خشيم، موسوعة علم العلاقات الدولية، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ط2، 2004م، ص 317.

(4) ومثال ذلك الدور الذي قامت به فرنسا في تنظيم وترتيب مفاوضات باريس بشأن التسوية للقضية الفيتنامية عام 1973م، أو تنظيم مفاوضات باريس حول كمبوديا بالثمانينيات.

(5) د. رشاد عارف السيد، مرجع سابق ذكره، ط1، ص 206.

الإيرانية بإلغاء معاهدة الحدود العراقية - الإيرانية المعقودة في العام 1937م والتوتر الذي كان قائماً بينهما علي الحدود.

وتنتهي المساعي الحميدة عادة بمجرد اقتناع الأطراف المتنازعة أو مساعدتهم علي استئناف المفاوضات⁽¹⁾.

ثالثاً. الوساطة

يقصد بها سعي الدولة لإيجاد حل لنزاع قائم بين دولتين عن طريق اشتراكها مباشرة في مفاوضات تقوم بها الدولتان المتنازعتان للتقريب بين وجهات النظر.

فالوساطة درجة متقدمة من المساعي التي يبذلها الغير لتسوية نزاع بين دولتين لتجنيبهما النزاع المسلح أو لوقفه إذا كان قد نشب، فهي تتمثل في عمل إيجابي من جانب الوسيط نحو إيجاد حل للنزاع، والخاصية المميزة للوساطة إنها إجراء اختياري في كافة مراحلها، فالوسيط ليس ملزماً بتقديم وساطته كما أن الأطراف لهم حرية الاختيار عند عرض الوساطة عليهم، والحل المقترح من جانب الوسيط ليس ملزماً للأطراف⁽²⁾.

وقد نصت اتفاقية فيينا لسنة 1907م علي الوساطة بوصفها وسيلة مقترحة لتسوية المنازعات الدولية، والوساطة تفرض قبول الأطراف المتنازعة بها، وهي لا تقيدها ولا تفرض عليها مقترحات تتعارض معها وهي لا تعنى أنها تفضي حتماً إلي الحل، فنجاح الوساطة أو المساعي الحميدة يتوقفان علي قبول الأطراف وتجاوبهما⁽³⁾.

(1) د. مفتاح عمر درباش، ولاية محكمة العدل الدولية في تسوية المنازعات، الدار

الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، 1999م، ص78.

(2) د. إبراهيم محمد العناني، مرجع سابق ذكره، ص855.

(3) د. وليد بيطار، القانون الدولي العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،

بيروت - لبنان، ط1، 2008م، ص721.

ويستمر دور الوسيط خلال مرحلة المفاوضات عن طريق تقديم مقترحات وحلول وسط، من أجل التقريب بين وجهات نظر الأطراف المتنازعة، وعليه فإن الطرف الثالث في حال الوساطة يجب أن يتمتع بثقة الطرفين المتنازعين، وهو أمر صعب التحقق في بعض الأحيان، نظراً لصعوبة إيجاد الطرف الثالث الذي يتمتع بمثل هذه الثقة⁽¹⁾.

ويجدر بنا الإشارة إلي أن شكلاً من الوساطة نصت عليه اتفاقية لاهاي للعام 1899م ولكنه ظل خارج الممارسة الفعلية، وهذا النوع من الوساطة يقترح على كل دولة متنازعة أن تختار دولة تتفاوض عنها، وهكذا لا تجري المفاوضات مباشرة بين الدول المتنازعة بل بين دول اختيرت لتضع تسوية شاملة للنزاع⁽²⁾.

إن القواعد المأخوذ بها في حال الوساطة، هي عموماً نفس القواعد المعمول بها في حال المساعي الحميدة، فالعمل بدور الوسيط من جانب طرف ثالث يعني محاولة التوفيق بين وجهات النظر المتعارضة للأطراف المتنازعة والحصول علي تقتهم في نفس الوقت، وبالتالي فإن جهود الوساطة تتوقف في حال رفض أحد الأطراف المتنازعة لها، كما أن الطرف الوسيط على عكس ما هو قائم في حال المساعي الحميدة يركز ويتعامل مع جوهر طبيعة الخلاف ثم المشاركة الفعلية في حله، وبالتالي قد لا ترحب بقيام الطرف الثالث بمثل هذا الدور.

لكن يجب التنبيه إلي أن المقترحات التي يتقدم بها الطرف الوسيط هي بدورها ذات طبيعة استشارية (Advisory) وبالتالي فهي ليست ملزمة على اعتبار أن الموافقة علي حل نهائي للخلاف أمر متروك لموافقة الأطراف المتنازعة، وعليه يمكن ملاحظة أن الوساطة أصبحت أسلوباً ناجحاً في فض المنازعات الدولية.

(1) د. مصطفى عبدالله خشيم، مرجع سابق ذكره، ص 321.

(2) د. وليد بيطار، مرجع سابق ذكره، ص 722.

ويشير ميثاق الأمم المتحدة في المادة (33) إلى أن الوساطة التي استخدمت في عدة منازعات لم تستخدم عي نطاق واسع، نظراً لأن أي نزاع دولي وصل إلى مرحلة تهديد السلم والأمن الدوليين قد يتطلب استخدام أساليب أخرى لفض المنازعات غير الوساطة، وتصبح وساطة الأمم المتحدة صعبة التحقيق في حال تصلب مواقف الأطراف المتنازعة، قد تدعو الأمين العام للأمم المتحدة شخصياً للقيام بدور الوسيط، كما أن المادة (34) من ميثاق الأمم المتحدة تخول مجلس الأمن الدولي بأن يفحص أي خلاف أو نزاع قد يؤدي إلى توتر ملحوظ في العلاقات الدولية لكي يقرر ما إذا كان استمرار هذا النزاع أو الموقف من شأنه أن يعرض للخطر حفظ السلم والأمن الدوليين⁽¹⁾.

ومن أمثلة الوساطة تعيين الأمين العام للأمم المتحدة السيد "غوناريانغ" كممثل خاص عنه للتوسط بين الأطراف المعنية في النزاع العربي الإسرائيلي بعد حرب العام 1967م وذلك بغية تأمين طريقة يطبق بموجبها قرار مجلس الأمن (رقم 242) الصادر سنة 1967م والقاضي بانسحاب القوات الإسرائيلية من الأراضي العربية المحتلة وحل الجوانب الأخرى للمشكلة.

كما كان مجلس الأمن قبل ذلك قد عين الكونت برنادوت في العام 1948م وسيطاً في القضية الفلسطينية، وبعد اغتياله علي يد العصابات الصهيونية عين مجلس الأمن "رالف بانس" خلفاً لبرنادوت وقد تم بواسطته عقد اتفاقيات الهدنة بين إسرائيل وكل من الدول العربية المجاورة في رودس في العام 1949م⁽²⁾.

رابعاً. التحقيق

هو وسيلة تتمثل في قيام لجنة مشكلة باتفاق خاص بين الأطراف ببحث الوقائع المنشئة للنزاع، ووضع تقرير موضوعي يحدد بدقة مادية هذه الوقائع،

(1) د. مصطفى عبدالله خشيم، مرجع سابق ذكره، ص 322.

(2) د. رشاد عارف السيد، مرجع سابق ذكره، ط 1، ص 207.

وهذا الإجراء هو في الواقع ليس إجراءً مستقلاً وإنما هو إجراء تابع لوسيلة تسوية غير قضائية أو قضائية. وتبدو فعالية هذا الإجراء في أنه يسمح بدراسة المشكلة محل الخلاف بطريقة أكثر موضوعية في إطار وقائعها المادية⁽¹⁾.

وقد تبنى مؤتمر لاهاي 1899م طريقة التحقيق التي اقترحتها روسيا لتكون إحدى وسائل التسوية الدولية للمنازعات، فعند حصول نزاع ما يتم تأليف لجنة تحقيق تقتصر مهمتها على عرض معطيات النزاع، من وقائع وأحداث دون التعرض لمسؤولية الأطراف، وتضع اللجنة تقريراً مفصلاً بالنزاع حيث تستخلص المسؤوليات والنتائج. والتقرير لا يلزم الأطراف إذ يمكن الأخذ به أو الاعتراض عليه ولكنه يحدد اتجاه الحل إما بتسويته بصورة مباشرة أو بعرضه على التحكيم⁽²⁾.

وقد وضعت اتفاقية سنة 1907م تنظيمًا لإجراء التحقيق، موضحة أن هذا الإجراء اختياري وليس لتقرير اللجنة أية صفة إلزامية، وأن تشكيل لجنة التحقيق يتم بنفس طريقة تشكيل محكمة التحكيم حيث يتم اختيار المندوبين فيها من قائمة محكمة التحكيم الدائمة التي نصت الاتفاقية على نظام وضعها، وهي لجنة عرضية يتم تشكيلها في كل حالة على حدة⁽³⁾.

ويعتبر التحقيق نسبيًا حديث الاستعمال وكان من بين أبرز الأمثلة المعروفة باستخدامها القضية المشهورة "دوجربانك Dogger Bank" وتتلخص هذه القضية بأن السفن الحربية الروسية أغرقت سفن الصيد البريطانية في بحر الشمال في العام 1904م معتقدة بأنها سفن يابانية وقد شكلت لجنة تحقيق بموافقة الطرفين للتحقيق في الحادث، وقدمت هذه اللجنة تقريراً بوقائع القضية في العام

(1) د. إبراهيم محمد العناني، مرجع سبق ذكره، ص 856.

(2) د. وليد بيطار، مرجع سابق ذكره، ص 723.

(3) د. إبراهيم محمد العناني، مرجع سبق ذكره، ص 856.

1905م ونتيجة لهذا التقرير تم الاتفاق علي أن تقوم روسيا بدفع تعويض عن الأضرار التي حدثت⁽¹⁾.

ويجب التمييز بين هذا النمط من اللجان في التحقيقات التقليدية بين الدول، واللجان التي تؤلفها المنظمات الدولية لاسيما الأمم المتحدة، بموجب المادة (34) فيما يخص مجلس الأمن الدولي، فنحن أمام نمطين من اللجان:

- لجان تحقيق مشكلة من الدول مباشرة، - ولجان تشكلها منظمات دولية.

فالتحقيق في الحالة الأولي طريقة مستقلة وقائمة بحد ذاتها، بينما لا يعتبر في الحالة الثانية إلا مقدمة وعنصرًا من عناصر الحل الأشمل ووسيلة لإنارة المنظمة الدولية حول نزاع أو موقف معين، يسمح لها بالاضطلاع بمهامها في الحفاظ علي السلم والأمن الدوليين.

فضلاً عن ذلك فإن لجان التحقيق المؤلفة من المنظمات الدولية تعمل كهيئة ثانوية لمجلس الأمن⁽²⁾ أو الجمعية العامة مثلاً، وهي تقدم تقريرها له وليس للدول، ويشمل التقرير إضافة إلي عرض الوقائع المتنازع عليها، اقتراح ما تراه مناسباً لحل النزاع⁽³⁾.

من هذا يتبين لنا أن لجان التحقيق التي يشكلها أطراف النزاع تكون هي الأجدى من تلك التي تشكلها الهيئات الدولية، وذلك من وجهة نظر الباحث هو أن النمط الأول من اللجان تكون أكثر فاعلية لإيجاد حل للنزاع القائم وتلقى القبول

(1) د. رشاد عارف السيد، مرجع سابق ذكره، ط1، ص208.

(2) تنص المادة 29 من ميثاق الأمم المتحدة على "لمجلس الأمن أن ينشأ من الفروع الثانوية ما يري له ضرورة لأداء وظائفه".

واستناداً لذلك قام مجلس الأمن الدولي بتشكيل العديد من لجان التحقيق، نذكر منها علي سبيل المثال لجنة التحقيق التي أرسلها مجلس الأمن الدولي إلي فلسطين المحتلة بعد انتفاضة الأقصى عام 2000م، وقدمت اللجنة تقريرها إلي المجلس عام 2001م وعرف باسم "تقرير ميتشيل".

(3) د. رشاد عارف السيد، مرجع سابق ذكره، ط1، ص209.

من قبل الدول المتنازعة، لأن أطراف النزاع هي من قامت بتشكيل هذه اللجان، وهذا يكشف عن رغبتها الحقيقية لمحاولة الوصول إلي حل للنزاع القائم بينها، وهذا ما لمسناه في القضية المشهورة "Dogger Bank" عام 1904م.

بينما في النمط الثاني من لجان التحقيق المشكلة من قبل المنظمات الدولية، فهي أولاً ليست سوي جزء من الحل المفترض للنزاع القائم، ثم إنها قد لا تلقي قبول الأطراف المتنازعة ومن هذه اللجان، اللجان التي شكلتها الأمم المتحدة للتحقيق بأوضاع السكان في فلسطين المحتلة التي منعتها إسرائيل من تأدية عملها.

ويكون تقرير لجنة التحقيق غير ملزم لأطراف النزاع⁽¹⁾.

إن أهم المنازعات التي تمت تسويتها بطريقة التحقيق هي: النزاع بين السويد وفنلندا حول قضية جزر Aland. فقد أُلِّف مجلس العصبة⁽²⁾ لجنة كانت مهمتها معرفة رغبات السكان في الاحتفاظ بجنسيتهم الفنلندية أم في الحصول علي الجنسية السويدية⁽³⁾.

خامساً: التوفيق

التوفيق إجراء للتسوية السلمية يتمثل في تولي لجنة مشكلة من شخصيات متخصصة (دبلوماسيين خبراء أو رجال سياسة، أو رجال قانون لهم خبرة دولية) بحث الخلاف بين الأطراف، ووضع تقرير يتضمن كل اقتراح مفيد في حل هذا الخلاف⁽⁴⁾.

(1) د. جمعة سعيد سرور، د. محمد حمد العسبلي، محاضرات في القانون الدولي العام

(الجزء الأول)، دار النهضة العربية، ط1، 2011م، ص58.

(2) المقصود به (مجلس عصبة الأمم) المنظمة التي سبقت الأمم المتحدة، حيث تطورت طريقة التحقيق في المنازعات الدولية خاصة بعد إنشاء عصبة الأمم. فالتحقيق لم يعد مجرد تقرير موضوعي يتضمن الوقائع الصحيحة بل أصبح يقترح حلاً للنزاع.

(3) د. وليد بيطار، مرجع سابق ذكره، ص724.

(4) د. إبراهيم محمد العناني، مرجع سابق ذكره، ص858.

وهو أسلوب من أساليب فض المنازعات الدولية بالطرق السلمية، فبعد أن يحدد ممثلوا مجموعة من الدول الأطراف وغير الأطراف في نزاع دولي الحقائق المتعلقة بالنزاع محل الاهتمام، فإنه يتم استخدام هذه الحقائق كأساس جوهري في اقتراح حل للنزاع⁽¹⁾.

والتوفيق هو أسلوب حديث العهد نسبياً لتسوية المنازعات بالطريق السلمي وجري العمل به بعد الحرب العالمية الأولى، وجاء النص عليه في العديد من المعاهدات الثنائية والجماعية التي أبرمت لتسوية المنازعات الدولية أهمها اتفاقات لوكارنو في العام 1925م ومعاهدات البلطيق في العام 1925م وميثاق التحكيم في العام 1928م.

وبذلك يعتبر التوفيق طريقة حديثة لتسوية المنازعات الدولية، وهو طريق وسط بين عدة أنواع من الوساطة وبين التحقيق والقضاء ويتعلق الأمر بإجراء يعهد إلى لجنة دائمة محايدة وبذلك تتميز طريقة التوفيق بالخصائص التالية:

- 1- يخضع تنظيم لجان التوفيق لمبدأين: مبدأ الجماعية ومبدأ الدوام أي أن كل لجنة تتكون من ثلاثة أعضاء أو خمسة، كما أنها لا تتكون لحل خلاف معين، وإنما تنشأ مقدماً بموجب معاهدات تنص عليها.
- 2- صلاحية لجان التوفيق: فالغرض الرئيسي من طريقة التوفيق هو تسوية المنازعات المتعلقة بالمصالح المتبادلة للدول وليس علي الحقوق، ولهذا فإن مهمة اللجنة تنحصر في دراسة النزاع وتقديم تقرير عنه إلي الأطراف المتنازعة يتضمن الاقتراحات التي تراها كفيلة بتسوية النزاع، إلا أن التقرير ليس له صفة إلزامية⁽²⁾.

(1) د. مصطفى عبدالله خشيم، مرج سابق ذكره، ص 293.

(2) د. رشاد السيد، القانون الدولي العام في ثوبه الجديد، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان،

هذا وقد نشأت لجان التوفيق بعد الحرب العالمية الثانية وبوجه خاص في الموائيق الجماعية، ويلاحظ أنَّ أسلوب التوفيق يحظى بأهمية خاصة لدى المنظمات الدولية كأسلوب لفض لخلافات التي قد تنشأ بين أعضائها، أو كطريق لحسم نزاع مصدره تطبيق قرارات المنظمة ذاتها، أو كأداة تتيح اتخاذ قرارات بالتوفيق حول قضايا مُتنازع حولها.

من هذا نخلص إلي أن التوفيق يعني حل النزاع عن طريق إحالته إلي هيئة محايدة تتولى الآتي:

- فحص الموضوع.
 - تحديد الوقائع.
 - اقتراح التسوية الملائمة على الأطراف المتنازعة.
- وقرار هيئة التوفيق غير ملزم لأطراف النزاع، وهذا ما يميزه عن قرار هيئة التحكيم الذي يلتزم أطراف النزاع بتنفيذه⁽¹⁾.

الاختصاص التوفيقى لمجلس الأمن الدولى:

تنص المادة (33) من ميثاق الأمم المتحدة على ما يلي: (يجب على أطراف أي نزاع من شأن استمراره أن يعرض حفظ السلم والأمن الدولى للخطر، أن يلتمسوا حله بادئ ذي بدء بطريق المفاوضة والتحقيق والتحكيم والتسوية القضائية، أو أن يلجئوا إلى الوكالات والتنظيمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها اختيارهم).

لقد تبنى ميثاق الأمم المتحدة في المادة المُشار إليها سابقاً المبدأ الذى يقضى بوجوب اللجوء إلى إحدى الوسائل السلمية، وترك للدول الأعضاء حرية اختيار وسيلة الحل المناسب كما خولت المادة (34) من الميثاق مجلس الأمن

(1) د. جمعة سعيد سرور، د. محمد حمد العسبلى، مرجع سابق ذكره، ص58.

الحق في التدخل مباشرة في حالة وجود نزاع أو موقف يعرض السلم والأمن الدوليين للخطر⁽¹⁾.

وتختلف السلطة التي يتمتع بها مجلس الأمن في هذا الصدد باختلاف درجة حساسية المشكلة المعروضة عليه وخطورتها، فإذا كان الأمر يتعلق بمجرد تهديد للسلم فإنّ مجلس الأمن لا يملك إلاّ إصدار توصيات يدعو فيها أطراف النزاع إلى حل خلافاتهم بالطريقة أو الطرق التي تتراءى لهما، أو قد يقوم مجلس الأمن نفسه بتحديد الطريقة الواجب عليهما إتباعها أو يقترح عليهما الحل المناسب.

ولكن إذا كان النزاع يهدد السلم والأمن الدولي، فإنّ المجلس لا يكتفي بالتوصية بل يصدر أوامره ويفرض تدابير مؤقتة كإيقاف القتال وهذا ما حصل في فلسطين في العام 1948م، وفي حرب العام 1973م وإبان الاجتياح الإسرائيلي للبنان في العام 1981م، أو سحب القوات، كسحب قوات كوريا الشمالية لما وراء خط العرض 38 في العام 1950م، وله أيضاً أن يأمر بتطبيق الجزاءات الاقتصادية⁽²⁾ والعسكرية المنصوص عليها في الفصل السابع من الميثاق، كما حدث في كوريا في العام 1950م، وفي العراق في العام 1990م⁽³⁾. وفي حال عجز مجلس الأمن عن القيام بالمسؤولية السابقة، فإنّ الجمعية العامة للأمم المتحدة تملك الاضطلاع بالاختصاصات السابقة وذلك بالاستناد إلى القرار رقم 377 الصادر في 3 تشرين الثاني في العام 1950م المعروف بقرار الاتحاد من أجل السلام⁽⁴⁾.

(1) د. رشاد السيد، مرجع سابق، ط2، ص318.

(2) هذه الجزاءات نصت عليها المادة (41) من ميثاق الأمم المتحدة. أما الجزاءات العسكرية فقد أشارت المادة (42) من الميثاق إليها صراحة.

(3) د. رشاد عارف السيد، مرجع سبق ذكره، ط1، ص210، وما بعدها.

(4) د. رشاد السيد، مرجع سابق، ط2، ص319. وكذلك د. عبد السلام صالح عرفة، مرجع

سابق ذكره.

المطلب الثاني

طرق التسوية القضائية

تتمثل النماذج الرئيسية لطرق التسوية القضائية على المستوى الدولي في التحكيم ومحكمة العدل الدولية، ومحكمة قانون البحار، بالإضافة إلى عدد من المحاكم الدولية على المستويات الإقليمية مثل محكمة العدل الأوروبية. ونقتصر هنا على الإشارة إلى جهات التسوية القضائية على المستوى الدولي العالمي.

أولاً: التحكيم الدولي:

للجوء إلى التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات، إجراء عرف منذ القدم، فقد عرفته مصر الفرعونية وبابل وآشور. ومع بداية ظهور المجتمع الدولي في مراحل الأخيرة كانت أولى المعاهدات المنظمة للتحكيم، اتفاقية Jay التي وقعتها الولايات المتحدة الأمريكية في العام 1794م، وأولى القضايا العملية التي بلورت النظام الكامل للتحكيم هي قضية "الألباما"⁽¹⁾، بين الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا عام 1871م⁽²⁾.

أولاً: مفهوم التحكيم

يقصد بالتحكيم "عرض النزاع على طرف ثالث يتفق عليه المتنازعون مع التزامهم المسبق بقبول الحل" والتحكيم هو طريقة لفض المنازعات بواسطة

(1) قضية السفينة (ألباما) Alabama بين الولايات المتحدة وبريطانيا، صدر قرار تحكيمي بشأنها في العام 1872، حيث اتهمت الولايات المتحدة بعد انتهاء الحرب الداخلية فيها (حرب الانفصال بين الشمال والجنوب 1861-1865م)، المملكة البريطانية بانتهاك قواعد الحياد والسماح ببناء سفن حربية في مرافئها لحساب الولايات الأمريكية الجنوبية المتمردة، ومنها السفينة (ألباما) التي أنزلت أضراراً جسيمة بالولايات الشمالية، وطالبت واشنطن بتعويضات عن الخسائر. واتفق الطرفان على عرض النزاع على هيئة تحكيم مؤلفة من خمس أعضاء، ثلاثة منهم لا يحملون جنسية إحدى الدولتين.

(2) د. إبراهيم محمد العناني، مرجع سابق ذكره، ص 865.

قضاة ورجال سياسة يختارهم أطراف النزاع، ولقراراته قوة قانونية مستمدة من التعهد بقبول نتائج التحكيم⁽¹⁾.

وقد عرفته المادة (37) من اتفاقية لاهاي للعام 1907م الخاصة بتسوية المنازعات سلمياً بأن: (الغرض من التحكيم الدولي هو تسوية المنازعات بين الدول بواسطة القضاة الذين تختارهم وعلى أساس احترام القانون الدولي).

ثانياً: التطور التاريخي للتحكيم

مر التحكيم بمراحل ثلاث⁽²⁾:

1- **التحكيم بواسطة رئيس دولة:** ويكون ذلك من خلال اختيار أطراف النزاع لأحد رؤساء الدول كقاضي وحيد للفصل في النزاع الذي نشأ بينهما، وقد كان البابا والإمبراطور يقوم بهذه المهمة في حل النزاع علي أساس القانون أو العدالة أو المصلحة.

2- **التحكيم بواسطة لجان مختلطة:** وقد نشأت هذه الطريقة ابتداء من القرن الثامن عشر، وبدأت الدول تميل إلي عرض نزاعاتها علي هيئة محكمين تتكون من قضاة معروفين وعلي وجه الخصوص من كبار فقهاء القانون الدولي.

3- **التحكيم بواسطة محكمة:** يتولى هذا النوع من التحكيم أشخاصاً مستقلين غير متحيزين مشهود لهم بالعلم والنزاهة تمكنهم من الفصل في النزاع حسب القانون ويتبعون في الفصل في النزاع الإجراءات التي يحددها القانون الدولي ويصدرون أحكاماً مسببة.

(1) د. وليد بيطار، مرجع سابق ذكره، ص731.

(2) د. رشاد السيد، مرجع سابق ذكره، ط2، 2011م، ص321.

ثالثاً: محكمة التحكيم الدائمة:

تقرر إنشاء هذه المحكمة في مؤتمر لاهاي الأول، وجعلت ولايتها اختيارية لأن الدول الأعضاء فضلت أن تبقى حرة في الاحتكام إلي أية هيئة أخرى تختارها⁽¹⁾.

وبالرجوع إلي نصوص هذه الاتفاقية يتبين لنا أنه ليس لها من صفة المحكمة والدوام غير الاسم، وإنما هي مجرد قائمة بأسماء أشخاص معينين سلفاً للقيام بأعمال المحكمين وتختار من بينهم الدولتان المتنازعتان هيئة التحكيم إذا رغبتا في اللجوء إلي المحكمة.

وتتألف هيئة التحكيم من خمسة أعضاء تختار كل من الدولتين طرفي النزاع اثنين منهما، ويختار هؤلاء الأربعة عضواً خامساً تكون له الرئاسة. ومقر محكمة التحكيم الدائمة في لاهاي حيث يوجد لها مكتب دولي ثابت يحفظ لائحة بأسماء المحكمين ويقوم بالاتصالات مع الدول، ويديره مجلس إدارة دائم وقد يكون هذا العنصر الوحيد في دوام المحكمة⁽²⁾.

وبالاستناد إلي أصول التحكيم⁽³⁾ التي وردت في اتفاقية لاهاي يمكن تكوين المعلومات التالية عنها:

1- ما يجوز عرضه علي التحكيم: بإمكان الدول عرض أي نزاع علي التحكيم (خلاف حول تفسير معاهدة أو تطبيق قاعدة دولية، أو نزاع حول تعيين الحدود بين دولتين أو أكثر..) والنزاع يعرض علي التحكيم بناء علي اتفاق الأطراف المتنازعة، وقد يتم ذلك قبل النزاع أو بعده أو في أثناءه.

(1) د. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، ط5، 2004م، ص708.

(2) د. رشاد السيد، مرجع سابق ذكره، ط2، ص323.

(3) د. محمد المجذوب، مرجع سابق ذكره، ص709.

2- هيئة التحكيم: للدول المتنازعة كامل الحرية في اختيار الهيئة التحكيمية، وقد جرت العادة في لجان التحكيم الخاصة علي أن تتكون من خمسة محكمين تعين كل دولة اثنين منهم وينتخب الأربعة حكماً خامساً يكون رئيساً للجنة.

3- إجراءات التحكيم: تنقيد هيئة التحكيم بالمسائل التي يطلب إليها بالفصل فيها، وإذا حدد الطرفان القواعد التي يفصل بمقتضاها في النزاع تقيدت الهيئة بها، وإن لم يحددا شيئاً طبقت الهيئة القواعد الثابتة والمتعارف عليها في القانون الدولي العام.

ولا يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والقانون الطبيعي إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك.

رابعاً: قرار التحكيم

يصدر القرار بالأغلبية ويحق للمحكم المخالف إدراج مخالفته ويحتوي القرار علي الأسباب ويذكر فيه أسماء المحكمين، ويتلي في جلسة علنية بحضور الخصوم.

وقرار التحكيم ملزم للطرفين، أي أنه يملك قوة الأحكام القضائية، وهو نهائي لا يقبل الطعن بطريق الاستئناف، ولا يجوز طلب إعادة النظر فيه إلا في حالة واحدة فقط هي اكتشاف أو ظهور وقائع كان من شأنها لو كان يعلم بها المحكمون قبل صدور الحكم أن تجعل الحكم يصدر بشكل آخر، ولكنه يشترط أن ينص علي ذلك في اتفاق الإحالة علي التحكيم⁽¹⁾.

(1) لمزيد من التفاصيل راجع: د. علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة

المعارف، 1975م، ص746 وما بعدها. د. محمد المجنوب، مرجع سابق ذكره، ص710

وما بعدها.

أهم القضايا التي تم تسويتها بطريق التحكيم الدولي: قضية طابا المصرية:

- أبرمت معاهدة (كامب ديفد) بين مصر وإسرائيل في 26 مارس 1979م، والتي نصت علي إنهاء الحرب بين الدولتين وانسحاب إسرائيل من سيناء واستعادة مصر لسيادتها الكاملة عليها.
- إلزام الطرفين بأن تكون الحدود الدائمة بينهما هي الحدود الدولية المعترف بها بين مصر وإقليم فلسطين، الذي كان خاضعاً للانتداب.
- نصت (م4) من المعاهدة أن يتم حل المنازعات الناجمة عن تطبيق أو تفسير هذه المعاهدة عن طريق المفاوضات، وبالنسبة لتلك المنازعات التي لا يمكن حلها عن طريق المفاوضات يمكن التماس حلها عن طريق التوفيق أو إحالتها إلي التحكيم الدولي.
- أخفقت المفاوضات ووساطة واشنطن في الوصول إلي حل حول الحدود، عند ذلك قرر الطرفان في 11 سبتمبر 1986م إحالة النزاع إلي محكمة التحكيم الدولية.
- أنشأت محكمة التحكيم بالاتفاق بينهما ونص الاتفاق على الآتي:
 - أن تكون مدينة جنيف مقراً للمحكمة.
 - أن تكون اللغة الإنجليزية لغة المرافعات المكتوبة والشفوية أمامها.
 - أن يقبل الطرفان الحكم نهائياً ويلتزمان بتنفيذه بأقصى سرعة وبحسن نية⁽¹⁾.

(ثانياً): دور محكمة العدل الدولية في تسوية النزاعات الدولية

قبل التعرض لمحكمة العدل الدولية باعتبارها الجهاز الرئيسي للتسوية القضائية على المستوى الدولي، لابد من تحديد ما إذا كان هناك فرق بين التحكيم وبين القضاء الدولي أم لا؟

(1) د. جمعة سعيد سرور، د. محمد حمد العسبلي، مرجع سابق ذكره، ص63.

هنا وعلى المستوى الدولي لا يوجد فرق جوهري في الخصائص بين التحكيم وبين القضاء بعكس الحال في القانون الداخلي، فمن حيث المبدأ يقوم كل من التحكيم والقضاء الدوليين بتأدية نفس الوظيفة، وهي تسوية الخلافات بين الدول على أساس من القانون، كما أن كل من المحكم والقاضي الدولي يصدر أحكاماً ملزمة ونهائية.

وقد يقال أن التحكيم الدولي يستمد صفته الذاتية من كونه يقوم علي إرادة الأطراف. لكن الواقع الدولي قد أثبت أن كلا من القضاء والتحكيم إجراء رضائي، أي مؤسس علي إرادة مسبقة وحررة من جانب الأطراف التي سيباشر الإجراء في مواجهتها، وقد يرد علي ذلك القول بأن دور الأطراف يتضح أكثر في التحكيم عنه في القضاء، حيث تكون للأطراف حرية اختيار المحكمين مباشرة وتحديد القانون المطبق، وذلك علي خلاف الوضع أمام القضاء، إلا أنه رغم ذلك يمكن القول بعدم وجود خلاف جوهري، إذ أن الاختيار المباشر للمحكمين من جانب الأطراف مقارن إلي حد كبير لقبول قضاة محكمة العدل الدولية - كنموذج أساسي للقضاء الدولي - بتشكيلها كما هو، ثم إن الدول التي تلجأ إلي محكمة العدل تملك دائماً أن تحدد في اتفاق القبول أو إعلان قبول الشرط الاختياري مصادر القواعد التي سوف تقوم المحكمة بتطبيقها في نظر الخلاف الذي سيعرض عليها⁽¹⁾.

ورد النص في المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة الإشارة إلي التذرع بالوسائل السلمية وفقاً لمبادئ العدل والقانون الدولي، لحل المنازعات الدولية التي قد تؤدي إلي الإخلال بالسلم أو لتسويتها، ومن المسلم به أن إقامة السلم والأمن الدوليين علي أسس ثابتة ومستقرة تتطلب إيجاد الأجهزة القادرة علي التصدي لتسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية وتجسيداً لذلك تم إنشاء جهاز قضائي دولي عرف باسم محكمة العدل الدولية⁽²⁾.

(1) د. إبراهيم محمد العناني، مرجع سابق ذكره، ص 873.

(2) د. رشاد عارف السيد، مرجع سبق ذكره، ط1، ص 216.

وقد أنشئت هذه المحكمة في العام 1945م لتحل محل المحكمة الدائمة للعدل الدولية التي كانت قائمة في نطاق عصبة الأمم، وقد أشار ميثاق الأمم المتحدة إلى محكمة العدل الدولية في المادة السابعة باعتبارها أحد الأجهزة الأساسية للمنظمة وخصص لها الفصل الرابع عشر من الميثاق وجاء في المادة (92) أن محكمة العدل الدولية هي الأداة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة، وتقوم بعملها وفق نظامها الأساسي الملحق بهذا الميثاق، وهو مبني على النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولية وجزء لا يتجزأ من هذا الميثاق. ويتضح كذلك أن محكمة العدل الدولية محكمة جديدة وليست استمراراً للمحكمة الدائمة للعدل الدولية، وان بني نظامها على النظام الأساسي لهذا المحكمة⁽¹⁾.

أولاً: تشكيل المحكمة

تتكون المحكمة من خمسة عشر قاضياً يراعي في اختيارهم الاعتبار الشخصي لتوافر كفاءات ومواصفات معينة فيهم "مادة 3 من النظام الأساسي للمحكمة". والأصل أن هؤلاء القضاة لا يمثلون دولهم، ولا يجوز لهم وفقاً لنص المادة "16" من النظام الأساسي للمحكمة تولي وظائف سياسية أو إدارية، ولا يجوز لهم ممارسة أية مهنة أخرى⁽²⁾.

ثانياً: مقر المحكمة

مقر محكمة العدل الدولية هو قصر السلام بلاهاي في هولندا، وللمحكمة أن تعقد جلساتها وتباشر وظائفها في أي مكان آخر، عندما تقرر ملائمة ذلك، ويتعين بقاء رأس المحكمة، والمسجل في مقر المحكمة بصفة مستمرة⁽³⁾.

(1) د. رشاد السيد، ط2، ص325.

(2) د. صليحة على صداقة، المؤسسات الدولية، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، ط2،

2012م، ص227.

(3) د. إبراهيم محمد العناني، مرجع سابق ذكره، ص881.

ثالثاً: من له حق التقاضي أمام المحكمة؟

تنص المادة (1/34) من النظام الأساسي للمحكمة علي أن للدول وحدها أن تكون أطرافاً في الدعوي التي ترفع إلي المحكمة.

كما أن ولاية محكمة العدل الدولية في الأصل ولاية اختيارية، أي قائمة علي رضا جميع المتنازعين بعرض نزاعهم عليها للنظر والفصل فيه، وهكذا لا يجوز للأفراد والجماعات والوحدات السياسية من غير الدول طلب التقاضي أمام محكمة العدل الدولية، أما بالنسبة للدول التي لها الحق في اللجوء إلي المحكمة⁽¹⁾ فهي:

- الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بوصفهم أطرافاً في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.
- الدول من غير أعضاء الأمم المتحدة التي تنظم إلي نظام المحكمة بشروط تحددها الجمعية العامة لكل حالة بناء علي توصية من مجلس الأمن (المادة 93 من ميثاق الأمم المتحدة).
- الدول التي لا تتمتع بعضوية المحكمة إذا ما قبلت الشروط التي يضعها مجلس الأمن لعرض نزاع تكون هي طرفاً فيه علي المحكمة.

رابعاً: اختصاصات محكمة العدل الدولية

تباشر محكمة العدل الدولية نوعين من الاختصاص: اختصاص قضائي واختصاص إفتائي.

أولاً: الاختصاص القضائي

هو اختصاص الفصل في المسألة المعروضة علي المحكمة بحكم قضائي ملزم للأطراف⁽²⁾.

(1) د. رشاد السيد، مرجع سابق ذكره، ط2، 2011م، ص326.

(2) د. إبراهيم محمد العناني، مرجع سابق ذكره، ص886.

إن ولاية محكمة العدل الدولية في الفصل في المنازعات الدولية هي ولاية اختيارية حيث يكون قبول الدول الأعضاء لعرض النزاع علي المحكمة شرطاً أولياً لتقرير ولايتها وهذه الولاية لا تمتد لغير ما تتفق الدول علي إحالته إليها سواء عند قيام النزاع أو قبله⁽¹⁾. وتختص المحكمة بالنظر في المنازعات القائمة بين الدول في الأحوال الآتية:

1- في حالة وجود اتفاق بين الأطراف المتنازعة علي عرض النزاع علي محكمة العدل الدولية، وقد بينت المادة (36/ف1) من النظام الأساسي للمحكمة ذلك⁽²⁾. ولا يشترط أن يكون الاتفاق صادراً قبل أو بعد النزاع كما لا يشترط أن يكون مكتوباً أو صريحاً، فالمحكمة ولاية إزامية علي جميع القضايا المعروضة عليها قانونية أو سياسية.⁽³⁾ وعلي المحكمة أن تفصل في موضوع النزاع ولا يجوز لها أن تصدر قراراً بعدم إمكانية الحكم في النزاع وإنما عليها أن تسد النقص في قواعد القانون الدولي⁽⁴⁾.

(1) د. رشاد السيد، مرجع سابق ذكره، ط2، 2011م، ص326.

(2) تنص المادة (36/ف1) من النظام الأساسي للمحكمة علي (تشمل ولاية المحكمة جميع القضايا التي يعرضها عليه المتقاضون، كما تشمل جميع المسائل المنصوص عليها بصفة خاصة في ميثاق الأمم المتحدة أو في المعاهدات والاتفاقات المعمول بها).

(3) د. عبد السلام صالح عرفة، مرجع سابق ذكره، ص173.

(4) المادة (38) من النظام الأساسي للمحكمة علي: (1) وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي وهي تطبق في هذا الشأن: أ- الاتفاقيات الدولية العامة أو الخاصة التي تضع قواعد معترف بها صراحة من جانب الدول المتنازعة. ب- العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال. ج- مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة. د- أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام من مختلف الأمم. ويعتبر هذا أو ذاك مصدراً احتياطياً من مصادر القانون، وذلك مع مراعات أحكام المادة (59)، (2) لا يترتب علي النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية، وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف متي وافق أطراف الدعوي علي ذلك).

2- في حالة إعلان دولة معينة قبول اختصاص المحكمة بالنظر في المنازعات القانونية

وهو ما يفهم من نص المادة (2/36) من النظام الأساسي للمحكمة التي تنص علي أنه (للدول التي هي أطراف في هذا النظام الأساسي أن تصرح، في أي وقت، بأنها بذات تصريحها هذا ومن دون حاجة إلي اتفاق خاص، تقر للمحكمة بولايتها الجبرية في نظر جميع المنازعات القانونية التي تقوم بينها وبين دولة تقبل الالتزام نفسه، متى كانت هذه المنازعات القانونية تتعلق بالمسائل الآتية:

(أ- تفسير معاهدة من المعاهدات⁽¹⁾. ب- أية مسألة من مسائل القانون الدولي. ج- تحقيق واقعة من الوقائع إذا ثبتت تبين أنها خرق لالتزام دولي. د- نوع التعويض المترتب علي خرق التزام دولة ومدي هذا التعويض)).

3- في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو جماعية تنص علي اختصاص المحكمة بالنظر في المنازعات الناشئة عن هذه الاتفاقيات، وفي هذه الحالة فإن المسألة تعرض علي المحكمة عن طريق طلب من جانب دولة ضد دولة أخرى وتكون الأخيرة ملزمة بالمثل أمام المحكمة، وهناك عدد كبير من هذه الاتفاقيات الثنائية تتعهد فيها الدول مقدما بقبول اختصاص المحكمة⁽²⁾.

ثانياً: الاختصاص الاستشاري

لمحكمة العدل الدولية إلي جانب الاختصاص القضائي، اختصاص آخر تتمتع به وهو الإفتاء في المسائل القانونية باعتباره إصاحاً عن رأي قانوني بصدد نزاع معين أو وجهات نظر متعارضة.

(1) من الأمثلة علي ذلك: الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية في 27 فبراير 1998م، بشأن مسائل تفسير وتطبيق اتفاقية مونتريال 1971م، الناشئة عن الحادث الجوي الذي وقع في لوكربي (ليبيا ضد المملكة المتحدة) (دفعوع ابتدائية).

(2) د. عبد السلام صالح عرفة، مرجع سابق ذكره، ص174.

هذا الاختصاص نصت عليه المادة (96) من ميثاق الأمم المتحدة، حيث

نصت علي:

"1- لأي من الجمعية العامة أو مجلس الأمن أن يطلب إلي محكمة العدل الدولية إفتاءه في أية مسألة قانونية. 2- ولسائر فروع الهيئة والوكالات المتخصصة المرتبطة بها، مما يجوز أن تأذن لها الجمعية العامة بذلك في أي وقت، أن تطلب أيضاً من المحكمة إفتاءها فيما يعرض لها من المسائل القانونية الداخلة في نطاقها".

يتضح من هذا النص أن الميثاق منح الجمعية العامة ومجلس الأمن الحق في الطلب إلي محكمة العدل الدولية إفتاءهما فيما يعرضان عليهما من مسائل قانونية، وكذلك أجاز لفروع الهيئة والوكالات المتخصصة بعد إذن الجمعية الحق في طلب استشارتها في المسائل الداخلة في نطاق الصلاحيات التي تمارسها هذه الفروع.

والميثاق لم يقيد الجمعية والمجلس فهما مخولان بعرض أية مسألة قانونية للإفتاء فيها في حين الفروع الأخرى للهيئة والوكالات المتخصصة لا تستطيع ذلك إلا بالنسبة للمسائل المتنازع عليها التي تواجهها أثناء ممارسة اختصاصاتها⁽¹⁾.

وإذا كانت هذه الفتاوى عبارة عن آراء استشارية فللجهة التي تطلبها مطلق الحرية في إتباعها أو الاعتراض عنها، بمعنى أنها لا تتمتع بوصف الإلزام وإن تمتعت بقوة أدبية كبيرة⁽²⁾.

والسؤال المطروح هنا: هل تكون المحكمة ملزمة بإعطاء الرأي

القانوني عندما تتلقي طلباً بذلك؟

نظرياً ليست المحكمة ملزمة بذلك، وهي عندما تتلقي طلب إبداء الرأي أو عندما تنتظر في المسائل المتنازع فيها فإنها تمارس اختصاصاً أولياً في هذا

(1) د. وليد بيطار، المرجع سابق ذكره، ص 763.

(2) د. رشاد عارف السيد، مرجع سبق ذكره، ط1، ص 221.

المجال يتعلق بقبول الطلب وبصورة عامة لا تستطيع المحكمة أن ترد طلب إيداء الرأي وهي لا ترفضه إلا لأسباب جوهرية⁽¹⁾.

والمحكمة ترفض إيداء الرأي في المسائل غير القانونية أو المسائل المتعلقة بالشؤون الداخلية للدول.

من ذلك يمكن أن نستنتج بعض الفروق بين الاختصاص القضائي والاختصاص الاستشاري للمحكمة وذلك:

- التقاضي أمام المحكمة يكون مكفول للدول فقط، فلا يجوز للأفراد أو حتى المنظمات الدولية أن تتقاضي أمام المحكمة، استناداً لنص المادة (34) من النظام الأساسي للمحكمة، بينما الاختصاص الاستشاري للمحكمة يكون بناء على طلب من الجمعية العامة أو مجلس الأمن، كما يكون أيضاً لفروع الهيئة والوكالات المتخصصة بعد إذن الجمعية العامة الحق في طلب استشارتها في المسائل الداخلة في نطاق الصلاحيات التي تمارسها هذه الفروع.
- يجوز اللجوء إلي مجلس الأمن الدولي من أجل تنفيذ حكم قضائي صادر عن محكمة العدل الدولية إذا امتنع الطرف الآخر عن تنفيذ هذا الحكم⁽²⁾ بينما هذا الأمر غير جائز بالنسبة للفتاوى التي تصدرها المحكمة، لأن هذه الفتاوى لا تتمتع بوصف الإلزام.

(1) لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة راجع كلاً من:

د. وليد بيطار، مرجع سابق ذكره، ص 763 وما بعدها.

د. عبد السلام صالح عرفة، مرجع سابق ذكره، ص 175.

(2) م(94/ف2) من ميثاق الأمم المتحدة نصت علي: (إذا امتنع أحد المتقاضين في قضية ما عن القيام بما يفرضه عليه حكم تصدره المحكمة، فللطرف الآخر أن يلجأ إلي مجلس الأمن، ولهذا المجلس إذا رأي ضرورة لذلك أن يقدم توصياته أو يصدر قراراً بالتدابير التي يجب اتخاذها لتنفيذ الحكم).

الخاتمة

نختم هذا البحث الذي من خلاله تطرقنا لمبدأ مهم من المبادئ التي قامت عليها منظمة الأمم المتحدة إلاّ وهو مبدأ تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية، وهو بالإضافة إلى جملة المبادئ التي قامت عليها هذه المنظمة يعتبر الركيزة الأساسية لتجنب قيام الحروب بين الدول وإقامة علاقات دولية سلمية.

ومن خلال ما حاولنا توضيحه لمفهوم النزاع الدولي وأنواع النزاعات الدولية وكذلك الوسائل أو الطرق السلمية التي من خلالها يمكن أن تسوي النزاعات الدولية سواء تمثلت في الوسائل الدبلوماسية أو السياسية، أو كانت تدرج تحت طائفة طرق التسوية القضائية، يمكن لنا أن نستنتج بعض النقاط التالية:

- أن النزاعات الدولية ليست وليدة هذه اللحظة بل هي موجودة منذ القدم، إلاّ أن ما هو مستحدث هو كيفية تسوية هذه النزاعات، وهذا ما تم التأكيد عليه بعد الحرب العالمية الثانية وبالتحديد عندما تم إنشاء منظمة عالمية ذات طابع سياسي إلاّ وهي الأمم المتحدة والتي نصت على واجب التسوية السلمية للنزاعات الدولية، وجعلته من أهم المبادئ التي قامت عليها، بينما لاحظنا قبل نشأة هذه المنظمة لم يكن هذا المبدأ مطبق بشكل كامل.
- احترام هذا المبدأ مرهون بتطبيق مبدأ آخر وهو مبدأ حصر استخدام القوة أو التهديد باستعمالها في العلاقات الدولية، وهو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة، حيث إن تطبيق هذا المبدأ هو البداية السليمة لتطبيق مبدأ التسوية السلمية للنزاعات الدولية ومن ثم تحقيق أهم مقاصد الأمم المتحدة إلاّ وهو حفظ السلم والأمن الدوليين.
- لمجلس الأمن الدولي دور في تفعيل هذا المبدأ لأنه من خلال دراسة نص المادة (33/ف2) من ميثاق الأمم المتحدة نجد أن مجلس الأمن الدولي (يدعو أطراف النزاع لتسوية ما بينهم من خلاف بتلك الطرق أو الوسائل...)

من خلال ما تقدم ندعو كافة الدول الأعضاء في الأمم المتحدة احترام المبادئ التي قامت عليها المنظمة وكافة الالتزامات الدولية بحسن نية، وأن دور المنظمة لا يمكن أن ينجح في تسوية الخلافات والنزاعات بين الدول إلا إذا التزمت كامل الدول كبيرها وصغيرها بجميع أحكام الميثاق.

" والله ولي التوفيق "

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- د. إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، 2004 - 2005م.
- د. جمعة سعيد سرور، د. محمد حمد العسبلي، محاضرات في القانون الدولي العام (الجزء الأول)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2011م.
- د. رشاد عارف السيد، القانون الدولي العام في ثوبه الجديد، الأردن، الطبعة الأولى 2001م.
- د. رشاد السيد، القانون الدولي العام في ثوبه الجديد، دار وائل للنشر والتوزيع - عمان الطبعة الثانية 2011م.
- د. صليحة على صداقة، المؤسسات الدولية، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 2012م.
- د. عبد السلام صالح عرفة، المنظمات الدولية والإقليمية، المكتب الوطني للبحث والتطوير، الطبعة الأولى، 2004م.
- د. عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، عمان، الكتاب الثاني 1997م.
- د. على صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، 1975م.
- د. مصطفى عبدالله خشيم، موسوعة علم العلاقات الدولية، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الثانية، 2004م.
- د. مفتاح عمر درباش، ولاية محكمة العدل الدولية في تسوية المنازعات، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، 1999م.
- د. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الخامسة، 2004م.
- د. وليد بيطار، القانون الدولي العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 2008م.

ثانياً: الوثائق

- موجز الأحكام والفتاوى الصادرة عن محكمة العدل الدولية (1948-1991م)
(1992-1996م) (1997-2002م) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع
A.92.V.5
- ميثاق الأمم المتحدة، 1945م.
- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

الشركة القابضة أداة قانونية لإدارة مجموعة الشركات

د. فرج سليمان حمودة*

المقدمة:

الشركة القابضة نظام حديث نسبيا عرف في أوروبا والولايات المتحدة منذ نهاية القرن التاسع عشر الميلادي، ثم انتشر ليكتسح دولا عديدة بما فيها ليبيا التي تبنته من خلال المواد 249 إلى 255 من المدونة التجارية الصادرة بموجب القانون رقم 23 لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري⁽¹⁾. هذه الشركة، وإن اتخذت في شكلها القانوني أحد النماذج التقليدية، تتسم بخصوصيات كثيرة تستمد من طبيعة نشاطها ومن دخولها في علاقات رأسمالية مباشرة وغير مباشرة مع شركاتها الوليدة. هي وسيلة ناجعة لفرض السيطرة وإحكامها على عدة شركات بغية تركيز رؤوس الأموال والنهوض بالمشاريع الكبرى في إطار مجموعة تتسم غالبا بالتكامل وتوزيع الأدوار. يمكن لهذه الشركة كذلك أن تستعمل كآلية لجمع مشاريع متعددة تمارس أنشطة مختلفة أو تتواجد في مناطق متباينة داخليا أو دوليا، فتضمن وحدتها من الناحية الاقتصادية واستقلاليتها من الناحية القانونية. بعبارة أخرى تلعب هذه الشركة دورين في آن معا: فهي من ناحية توفر نوعا من التضامن الآمن بين عدة شركات تعمل معا في إطار إدارة مركزية وإستراتيجية موحدة. ومن ناحية أخرى، تحتفظ هذه الشركة بسائر

(* رئيس قسم القانون الخاص بكلية القانون جامعة الزيتونة.

(1) الجريدة الرسمية، عدد خاص 1378/8/21 و.ر. 2010م.

المزايا التي يتمتع بها المساهمون في شركات الأموال والتي يأتي على رأسها تحديد المسؤولية⁽¹⁾.

سنركز في هذه الورقة على جانب مهم من الإشكاليات التي يطرحها هذا النظام القانوني، محاولين مناقشتها وتحليلها ليس فقط على ضوء القانون التجاري الليبي، ولكن أيضا من خلال تتبع الحلول التي يعرضها القانون الفرنسي.

نتناول ذلك في مطلبين على التوالي نتطرق في الأول لماهية الشركة القابضة ونعرض في الثاني الغاية من تنظيمها.

المطلب الأول:

ماهية الشركة القابضة

من حيث المدلول الاصطلاحي، كلمة قابضة متأنيّة من المفردة الانجليزية *to hold or holding*، والفرنسية *tenir ou détenir* التي تعني مسك أو قبض. وقد اختلف الفقه الفرنسي والعربي في تحديد المفهوم القانوني لهذا المصطلح وانقسموا بذلك إلى اتجاهين: اتجاه أول يمثل الغالبية يرى أن مفهوم الشركة القابضة يتحدد من خلال النشاط الذي تمارسه، والذي يقتصر على الاستئثار المباشر بمساهمات مالية تمثل الأغلبية في رأس مال شركات أخرى وتمنح الحق في السيطرة عليها⁽²⁾. هذه الشركة لا تضطلع مباشرة بنشاط تجاري أو صناعي خاص بها، وإنما تمارس ذلك من خلال شركاتها الوليدة، لتتفرغ هي

(1) أنظر: د. حسام عيسى، الشركات متعددة القوميات، المؤسسة العامة للدراسات والنشر، 1990م، ص12 وما يليها.

(2) Henri Bardet et alter, les holdings, guide juridique et fiscal, 4e édition, dossiers pratiques francis lefevre, 2007, p13.

أنظر من الفقه العربي: محمد حسين إسماعيل، الشركة القابضة وعلاقتها بشركاتها التابعة، جامعة مؤتة، ط1، 1990م، ص57. هاني دويدار، التنظيم القانوني للتجارة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1997م، ص600. حسام عيسى، الشركات المتعددة القوميات، المؤسسة العربية لدراسات والنشر، بيروت، ص57.

لإدارة هذه الشركات وتوجيه أنشطتها⁽¹⁾. بعبارة أخرى، تقتصر هذه الشركة في نشاطها على تملك وإدارة محفظة أوراق مالية تمثل مساهماتها في شركات أخرى قصد السيطرة عليها⁽²⁾.

على هذا الأساس يميز جانب كبير من الفقه الحديث في فرنسا بين مفهوم الشركة القابضة على النحو المتقدم ومفهوم الشركة الأم *société mère*: هذه الأخيرة يمكن أن تضطلع في نفس الوقت بدور صناعي ومالي، لتجمع تحت سيطرتها عدة شركات تمارس أنشطة اقتصادية متطابقة أو متشابهة أو متكاملة، في الوقت الذي تحتفظ فيه شخصيا بمزاولة نشاطها الأصلي الصناعي أو الخدمي⁽³⁾.

(1) أنظر: م. حمود سمير الشرقاوي، المشروع متعدد القوميات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه، منشورات مجلة القانون والاقتصاد المصرية، عدد 3، 4 ص76، وقد عرف الكاتب هذه الشركة بأنها (شركة تعنى أساسا في القيام بنشاطها بمباشرة السيطرة والرقابة على إدارة الشركات التابعة بالقدر الذي يضمن لها في النهاية وحدة القرار الاقتصادي الذي يصدر من هذه الشركات). راجع كذلك د. عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008م، ص420 وما يليها. وقد عرف الشركة القابضة بأنها (وسيلة من وسائل التركيز الاقتصادي، الذي ينشأ في مجال الشركات بوسائل متعددة من أهمها تجمع الشركات *groupement de société*، وذلك بأن تخضع مجموعة شركات تمارس نشاطا اقتصاديا متماثلا أو مكملا لإدارة اقتصادية موحدة، ورقابة على ذممها المالية عن طريق إحدى الشركات التي تأتي على رأس التجمع، وتسمى الشركة الأم *société mère*، تباشر سيطرتها على الشركات أعضاء التجمع بالسيطرة على ملكية الأسهم في هذه الشركات، وتتحول الشركة الأم في أغلب الأحوال إلى شركة قابضة *holding company*، يمكنها أن تقضي بسهولة على المنافسة بين المشروعات التي تقوم بنشاط مماثل). من الملاحظ على هذا التعريف أنه يقيم كما يفعل بعض الفقه وكذلك المشرع الفرنسي -سنرى هذا لاحقا- تفرقة بين الشركة الأم والشركة القابضة.

(2) G. Ripert et R. Roblot, traité élémentaire de droit commercial , 7e édition, T.I Paris 1972, n° 711.

(3) Voir, Anne Charveriat et alter, Groupes des sociétés, Memento pratique francis lefebvre, 2010, p.81.

جانب آخر من الفقه يميز بين الشركة القابضة المحضة *holding pure* والشركة القابضة غير المحضة *holding impure*. في الحالة الأولى ينحصر نشاط هذه الشركة في تملك وإدارة محفظة أوراق مالية تمثل مساهماتها في شركاتها الوليدة، وفي الحالة الثانية تمارس الشركة القابضة إلى جانب إدارة مساهماتها على النحو السابق نشاطا صناعيا أو تجاريا خاصا بها، وتحصل على عوائد تضاف إلى ما تحصل عليه من إدارتها لتلك المساهمات⁽¹⁾. وفقا لهذا الفقه ليس النشاط هو العنصر المهم في تحديد مفهوم وطبيعة الشركة القابضة وإنما السيطرة على شركة أو مجموعة شركات أخرى، والتي تنبثق من امتلاكها حصصا تمثل الأغلبية في رؤوس أموالهن⁽²⁾.

على مستوى التشريع، دخلت الشركة القابضة إلى القانون الليبي لأول مرة سنة 2001م، عندما نظمها القانون رقم 21 لسنة 1369 و.ر المعدل بالقانون رقم 21 لسنة 1372 و.ر. فوفقا للمادة 23 من اللائحة التنفيذية لهذا القانون، الصادرة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 171 لسنة 1374 و.ر (2006م)، الشركة القابضة هي (شركة مساهمة الهدف من تأسيسها تملك كامل رأسمال شركة أخرى أو أكثر أو نسبة من الأسهم لا تقل عن 51% والعمل على إدارتها).

(1) Voir, Henri Bardet et alter, *ibidem*. p.13.

(2) أنظر في ذات الاتجاه، رسالتنا للماجستير (الملاحم القانونية للشركات القابضة، نوقشت بجامعة طرابلس سنة 2003م، ص12)، التي خلصنا فيها إلى التأكيد على أن حصر نشاط الشركة القابضة في تملك وإدارة محفظة أوراق مالية تمثل مساهمتها في شركات أخرى يتضمن تقييدا في غير محله، ذلك أن هذا العنصر الجوهرى لهذه الشركات يرتكز على السيطرة بصرف النظر عن طبيعة نشاط الشركة القابضة. وقد ختمنا بالقول أن هذا الرأي له ما يدعمه قانونا وواقعا. قانونا باعتبار أن مشرعي معظم الدول حددوا نسبا رقمية إذا تملكها شركة في رأس مال أخرى اعتبرت الأولى قابضة والثانية مقبوضة، بصرف النظر عن النشاط الذي تؤديه الأولى. فمن المتصور أن تمارس هذه الشركة نشاطا صناعيا معينا وتحقق منتجاتها روجا تجاريا يحفزها على تأسيس شركات وليدة في أقاليم مختلفة، في ذات الوقت الذي تحتفظ هي بممارسة نشاطها الرئيسي.

في القانون التجاري لسنة 1954م (الملغي بموجب القانون رقم 23 لسنة 2010م)، لم يتطرق المشرع الليبي إلى هذا المفهوم، مؤثرا تنظيم الشركات التجارية دون تركيز على طبيعة نشاطها ولا على العلاقات التي تنشئها مع غيرها من الشركات الأخرى. ويرجع السبب في ذلك إلى أن هذه الآلية الحديثة لإدارة الأنشطة الاقتصادية لم تتبلور في الواقع الليبي آن ذاك على نحو يستدعي تنظيمها بقواعد خاصة⁽¹⁾. بالمقابل تطرق هذا القانون لمفهوم الشركة المسيطرة في المادة 511 للتأكيد على حظر شراء الشركة لأسهم شركات تسيطر عليها أو خاضعة هي لسيطرتها. فقد عرفت هذه المادة الشركة المسيطرة بالقول: (وتعد الشركة خاضعة لسيطرة شركة أخرى عندما يكون في حيازة الشركة المسيطرة عدد من الأسهم يمكنها من الحصول على غالبية الأصوات في الجمعية العمومية العادية، أو عندما تكون الشركة خاضعة لسيطرة شركة أخرى بموجب قيود معينة في عقد خاص).

الغاية من هذا النص لا تكمن في تنظيم الشركة القابضة كوسيلة لتركيز رؤوس الأموال وإدارة مجموعات الشركات، وإنما لمنع تبادل الاكتتاب بالأسهم بين شركة مسيطرة وأخرى تابعة لما يؤدي إليه من اختلاق الصورية في رأس مال كلتا الشركتين بمقدار حجم الأسهم المتبادلة. انتقل هذا النص إلى المدونة التجارية الجديدة (لسنة 2010م) لذات الحكمة ودون أي تعديل. هذه المدونة الجديدة - ملغية بموجب مادتها 1358 عددا من التشريعات من بينها القانون التجاري الصادر سنة 1954م وتعديلاته والقانون رقم 61 لسنة 1369 - أعادت تنظيم الشركات القابضة بموجب موادها من 249 إلى 255. عرفت المادة 249 هذه

(1) لازل واقع الاقتصاد الليبي يعاني للأسف نفس المشكلة رغم الفاصل الزمني بين القانون التجاري القديم والقانون التجاري الحالي، ورغم تغير الظروف على المستوى الإقليمي والعالمي. الميزانيات التي أنفقت في السنوات الأخيرة مع حجمها المهول والحاجة الملحة إليها في إعادة الأعمار والنهوض بالمشاريع المتوقفة لم يكن لها عائد يذكر على ذلك ولا على الاقتصاد الوطني عموما.

الشركة بأنها (شركة مساهمة تقوم بالسيطرة المالية والإدارية على شركة أو أكثر من الشركات الأخرى التي تصبح تابعة لها، وذلك من خلال تملكها للأكثرية المطلقة على الأقل من أسهم تلك الشركة أو الشركات، سواء أكانت من الشركات المساهمة أو من الشركات ذات المسؤولية المحدودة أو من شركات التوصية بالأسهم⁽¹⁾).

جعل هذا النص الشركة القابضة مرادفة في شكلها القانوني للشركة المساهمة، مما يعني عدم جواز تبني أي نموذج آخر⁽²⁾. كما أنه اقتصر شكل الشركات التابعة أو الوليدة على إحدى نماذج شركات الأموال (المساهمة، ذات المسؤولية المحدودة أو التوصية بالأسهم)، وذلك خلافاً للقانون رقم 61 لسنة 1369 و.ر الذي حصره في الشركة المساهمة (مادة 27 من اللائحة التنفيذية لهذا القانون)⁽³⁾. أكثر من ذلك، المشرع الليبي لم يكتف في تعريفه لهذه الشركة اكتسائها شكل الشركة المساهمة وإنما أراد لها أن تكون كذلك شركة مساهمة

(1) هذا النص يتشابه إلى حد بعيد مع نص المادة 261 من قانون الشركات القطري رقم 5 لسنة 2002م الذي عرف الشركة القابضة بأنها (شركة تقوم بالسيطرة المالية والإدارية على شركة أو أكثر من الشركات الأخرى لتصبح تابعة لها وذلك من خلال تملكها 51% من أسهم أو حصص تلك الشركة أو الشركات).

(2) بعض المشرعين سلكوا نفس النهج، منهم على سبيل المثال المشرع الأردني الذي عرف الشركة القابضة في المادة 204 فقرة أ من قانون الشركات رقم 22 لسنة 1997م بأنها (شركة مساهمة عامة تقوم بالسيطرة المالية والإدارية على شركة أو شركات أخرى تدعى الشركات التابعة بوحدة من الطرق التالية:

1- أن تمتلك أكثر من نصف رأسمالها.

2- أن يكون لها السيطرة على تأليف مجلس إدارتها).

(3) وفقاً للمادة 27 المذكورة (تعتبر شركة تابعة للشركة القابضة كل شركة تملك الشركة القابضة نسبة (51%) من رأسمالها على الأقل، وتأخذ شكل الشركة المساهمة، ويتبع في شأن تأسيسها أحكام وإجراءات تأسيس الشركة المساهمة، وتثبت لها الشخصية الاعتبارية من تاريخ قيدها في السجل التجاري).

قابضة. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 249 المذكورة على أنه (ولا يجوز لأية شركة مساهمة امتلاك أكثر من خمسين في المائة في أي شركة من الشركات المذكورة في الفقرة السابقة ما لم تقم بتغيير شكلها القانوني إلى شركة قابضة). هذه الإضافة تفيد بأن الشركة القابضة ليست فقط شركة مساهمة تمتلك نسبة تتجاوز الخمسين في المائة من رأسمال شركة أخرى (مساهمة أو ذات مسؤولية محدودة أو توصية بالأسهم)، وإنما كذلك شركة مساهمة ترتدي ثوب الشركة القابضة، الذي يسند إليها ابتداء من خلال عقد التأسيس أو لاحقاً بتعديل هذا العقد⁽¹⁾.

من جانب آخر لا يمكن تعريف الشركة القابضة استناداً فقط إلى شكلها الخارجي ونسبة مساهمتها في شركاتها الوليدة، وإنما كذلك بالاعتماد على النشاط المسند إليها بموجب القانون. فقد نصت المادة 250 من القانون التجاري على أنه (تكون أغراض الشركة القابضة ما يلي:

- تأسيس شركات تابعة لها، أو السيطرة على إدارة شركات أخرى، أو المساهمة في رأس مالها.
- استثمار أموالها في الأسهم والسندات والأوراق المالية.
- تأسيس وإدارة الصناديق، والمحافظ الاستثمارية.
- تقديم القروض والضمانات والتمويل للشركات التابعة لها.

(1) لم تبين الفقرة الثانية من المادة 249 تجاري المذكورة طبيعة الجزاء المترتب على مخالفتها، وما إذا كان يتعلق بالبطلان من عدمه. بمعنى عندما تتجاوز نسبة ما يمتلكه شركة مساهمة في رأسمال أخرى مساهمة أو ذات مسؤولية محدودة أو توصية بالأسهم الخمسين في المائة دون أن تقوم هذه الشركة بتغيير شكلها القانوني إلى شركة قابضة. يمكن القول أنه وبالنظر إلى استهلال عبارة النص المذكور بصيغة عدم الجواز (لا يجوز لأية شركة مساهمة...)، فإن هذا الجزاء يجب أن يكون البطلان المطلق للشركة المساهمة. فهذا النوع من الصياغة يفيد بأن النص القانوني يعد من القواعد الأمرة التي لا يجوز مخالفتها. وعليه فإن الأحكام المتعلقة بالشركة الواقعية تكون واجبة التطبيق طيلة المدة التي تزاول فيها الشركة المساهمة نشاطها بالرغم من بطلانها.

• 5- تملك براءات الاختراع والعلامات التجارية والامتيازات وغيرها من الحقوق المعنوية، واستغلالها، وتأجيرها للشركات التابعة لها أو لغيرها⁽¹⁾.

من هذا النص يتضح أن غرض الشركة القابضة يُختصر في هذه الأنشطة المذكورة على سبيل الحصر. فهذه الشركة بطبيعتها الخاصة وجدت لتمارس نشاط السيطرة على شركات أخرى قائمة أو تتولى تأسيسها، دون أن يتعدى ذلك إلى القيام بنشاط اقتصادي صناعي أو خدمي خاص بها. هذا النشاط تمارسه بصورة غير مباشرة من خلال شركاتها المقبوضة، ليمتدحور جل اهتمامها الشخصي في السهر على حسن سير هذه الشركات من خلال الاستثمار وإعادة الاستثمار في رؤوس أموالهن، وتقديم القروض والضمانات اللازمة لهن، والعمل على إنتاج وشراء براءات اختراع وعلامات تجارية وحقوق امتياز ثم إعادة تأجيرها لهذه الشركات أو غيرها. بعبارة أخرى تجاوز المشرع الليبي في تعريفه للشركة القابضة المفهوم التقليدي المرتكز على تملك وإدارة محفظة أوراق مالية تمثل مساهماتها في شركات أخرى، ليمنحها حق مزاوله أنشطة إضافية تعد ضرورية في إطار مجموعة الشركات.

وتجدر الإشارة كذلك إلى أن هذا النص خول الشركة القابضة حق التعاقد المباشر مع شركاتها الوليدة بمنحهن قروضا وائتمانات وتسهيلات مالية إلى جانب تأجيرهن براءات اختراع وعلامات تجارية وحقوق امتياز دون

(1) يبدو أن هذا النص منقول شبه حرفيا من المادة 205 من قانون الشركات الأردني المشار إليه والذي حدد غايات الشركة القابضة في ما يلي:

أ- إدارة الشركات التابعة لها أو المشاركة في إدارة الشركات الأخرى التي تساهم فيها.

ب- استثمار أموالها في الأسهم والسندات والأوراق المالية.

ج- تقديم القروض والكفالات والتمويل للشركات التابعة لها.

د- تملك براءات الاختراع والعلامات التجارية وحقوق الامتياز وغيرها من الحقوق المعنوية واستغلالها وتأجيرها للشركات التابعة لها ولغيرها.)

هذه الغايات هي نفسها التي حددتها المادة الثانية من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 45 لعام 1983م.

خضوع لإجراءات الإذن المسبق التي تشترطها المادة 181 على شركات الأموال عموماً والمساهمة على وجه الخصوص⁽¹⁾. لكن مع ذلك تطلب المشرع في المادة 251 تجاري جملة شروط لهذه التعاقدات. فقد نصت هذه المادة على أنه (يجوز للشركة القابضة أن تقوم بتقديم القروض والضمانات والتمويل للشركات التابعة لها، أو الإذن لهذه الشركات في القيام بهذه العمليات فيما بينها، وذلك كله بالشروط التالية:

- أن تكون العملية مبررة بالحاجة العملية الحقيقية لها.
- أن تتم العملية بصورة عادية ودون أن تتضمن شروطاً غير معتادة في مثل هذه العمليات.
- إلا يترتب عليها ضرر أو إرهاب للشركة القائمة بها، وأن تتلقى هذه الأخيرة مقابلاً أو مردود حقيقياً من هذه العملية.
- إلا تكون العملية قائمة على اعتبارات ضريبية، أو مراعاة لمصالح شخصية للقائمين بإدارة الشركات المعنية).

من الملفت للانتباه أن هذا النص لم يحدد طبيعة الجزاء المترتب على مخالفته وما إذا كان يتعلق بالبطلان المطلق أو البطلان النسبي أو عدم نفاذ التصرف في حق الشركة. لكن مع ذلك وطالما اكتست الشركة القابضة شكل الشركة المساهمة فإنها تضل خاضعة عند غياب النص الخاص للقواعد العامة لهذه الأخيرة، فيكون التصرف الذي لا يراعى الشروط المذكورة محكوماً بالفقرة

(1) نصت المادة 181 تجاري على أنه (لا يجوز لرئيس أو أعضاء مجلس الإدارة أن يكونوا طرفاً في أي عقد من عقود المعاوضة التي تبرم مع الشركة إلا بإذن مسبق من الجمعية العمومية، ويقع باطلاً كل عقد يبرم على خلاف ذلك). راجع في شرح هذا النص مقالنا بعنوان الشفافية في قانون الشركات، مجلة العلوم القانونية، علمية محكمة تصدرها كلية القانون/تروونة، جامعة الزيتونة، العدد الثالث 2014م، ص71 وما يليها.

الأولى من المادة 181 التي تتطلب استصدار الإذن المسبق من الجمعية العمومية وترتب البطلان المطلق على تخلفه⁽¹⁾.

هذا إذًا عن القانون الليبي، أما ما يخص القانون الفرنسي فلا يوجد حتى الآن تنظيم تشريعي شامل للشركات القابضة ولا حتى لمجموعة الشركات عموماً، وإنما بعض المعالجات الجزئية والظرافية التي تغطي جوانب محددة محل عناية من المشرع⁽²⁾. فعلى مستوى الشركات القابضة لم يتعرض المشرع الفرنسي لهذا التنظيم إلا في المجال الضريبي من خلال عدة نصوص تعالج ظاهرتي الإفلات والازدواج الضريبيين في إطار مجموعة الشركات⁽³⁾.

(1) تجدر الإشارة إلى أن الفصل السادس من القانون التجاري الخاص بعقوبات الشركات (القانون الجنائي للشركات) تضمن عقوبة مترتبة على هذه المخالفة توقع على المديرين. فقد نصت المادة 399 على أنه (يعاقب رئيس وأعضاء مجلس الإدارة، والمديرون العامون، والمديرون، بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن 5000 دينار ولا تزيد عن 20000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، في الأحوال التالية:.... 4- إذا لم تحترم الشروط الواردة في المادة 251 من هذا القانون).

(2) Voir Claude Champaud, groupe de sociétés, cession de contrôle, rev. soc. 2008, n°32, p.28 ; M. Cozian et alter, droit des sociétés, LexisNexis, 2011, p.654.

يقول السيد موريس كوزيان في هذا الشأن بأن (القانون التجاري الفرنسي لم يتعرض لمجموعة الشركات بتنظيم مستقل، وإنما يحتوي فقط بعض النصوص المتناثرة في ثناياه، جزء منها يتعلق بالنظام المحاسبي للشركات المنضوية في إطار مجموعة، وبعضها الآخر يرتبط بالمساهمات المتبادلة بين هذه الشركات. هذا الوضع جعل البعض يقول خطأ بأن القانون الفرنسي لا يعرف ظاهرة مجموعة الشركات. ولكن في الحقيقة هو لا يجهل هذه الظاهرة لأنه يخصص لها عديد القواعد. وإنما نقول بشكل أدق أنه لم يأت بعد بهيكلية قانونية متماسكة ومتكاملة لمجموعة الشركات).

(3) Voir: Henri Bardet et alter, les holding, op. cit. 13 ; Jean-Marc Tirard, la fiscalité des sociétés dans l'UE, collection dirigée par Jean-Pierre Casimir, Groupe Revue Fiduciaire 2006, 7ème éd. P. 191 et s.

هذا المنحى هو ما نهجه كذلك المشرع السويسري الذي لم يتعرض لهذه الظاهرة إلا بنصوص متفرقة جُلها يتعلق بالنظام الضريبي وما يعرف قانوناً بالميزانية =

بالمقابل، أهتم القانون الفرنسي بتنظيم مجموعة الشركات والوحدات التابعة لها دون تركيز على شكل الشركة المنضوية في هذه المجموعة ولا على طبيعة نشاطها⁽¹⁾. هذا التنظيم جاء وليد اعتبارات متعددة ومختلفة، يمكن توضيحها من خلال أبرز أهم النصوص التي تضمنتها مدونة القانون التجاري في هذا الشأن. نطالع في المادة 233 من هذه المدونة عدة مفاهيم للشركات المنضوية في إطار مجموعة: الفقرة الأولى تتحدث عن مفهوم الشركة الأم *société mère* والشركة الوليدة *société filiale* وتتص على أنه (عندما تمتلك شركة أكثر من نصف رأس مال شركة أخرى، الشركة الثانية تعتبر تطبيقاً لها النص بمثابة الوليدة للأولى). هذا الحكم - الذي يرجع في أصله التاريخي إلى المادة 354 من القانون رقم 66-537 الصادر في 1966/07/24م - يركز فقط على المساهمة المالية بالأغلبية التي تتمتع بها الشركة الأم في الشركة الوليدة والتي يترتب عليها ما يعرف لدى الفقه الفرنسي بروابط البنوة *rappports de filiation* بين

= الموحدة لمجموعة الشركات *bilan consolidé*، كما سنأتي إلى تحديد مفهومها لاحقاً. قضاء المحكمة الفدرالية يعامل الشركات المنضوية في إطار مجموعة كشركات مستقلة عن بعضها البعض دون أن يرتب على تبعيتها للشركة القابضة تحولها إلى فروع مجردة من الشخصية القانونية ومن المصالح الذاتية.

Voir, Tribunal fédéral, 6/4/1984, ATF 110 Ib pp. 127 ss.

وفي هذا الحكم ذكرت المحكمة الفدرالية السويسرية أن (إدارة الشركة الوليدة ملزمة أن تأخذ على عاتقها رعاية مصالح هذه الشركة دون تركيز فقط على مصلحة المجموعة التي تنتمي إليها. لا تستطيع هذه الإدارة أن تجري تحويلات مالية دون سبب مشروع، أو فقط لأجل أن تثبت تقيدها بتعليمات إدارة المجموعة ممثلة في الشركة الأم).

Voir encore, François Dessemontel, *la marque holding et la marque de groupe*, Berne, 1990, pp. 121-135.

(1) في حكمها الصادر بتاريخ 1999/5/22م ذكرت محكمة النقض الفرنسية أن (مجموعة الشركات ذات النشاط التجاري والمالي تنشأ بواسطة شركة أم وشركات تابعة لها لغرض تحقيق مصلحة مشتركة بصرف النظر عن الشكل القانوني الخارجي للشركة المسيطرة).

Cass. Crim. 22 juin 1999, n°98-13.611. bull. joly 1999, p.987.

الشركتين⁽¹⁾. الفقرة الثالثة من المادة 233 تجاري تتحدث عن مفهومين آخرين مشابهين هما الشركة الخاضعة للسيطرة *société contrôlée* والشركة المسيطرة *société contrôleuse*. وفقا لها (أ- تعتبر الشركة في حكم المسيطرة على أخرى إذا كانت: 1- تستأثر مباشرة أو بصورة غير مباشرة بقسم من رأس مالها يمنحها أغلبية حقوق التصويت في جمعيتها العمومية. 2- تملك منفردة هذه الأغلبية بموجب عقد خاص مبرم مع بقية الشركاء بالشركة الخاضعة للسيطرة، على ألا يكون العقد متعارضا مع مصلحة هذه الشركة. 3- بمقدورها بواسطة حقوق التصويت التي تملكها أن تفرض فعليا القرارات على الجمعية العمومية لهذه الشركة. ب- على أن السيطرة تكون مفترضة إذا حازت الشركة المسيطرة مباشرة أو على نحو غير مباشر ما يزيد عن 40% من حقوق التصويت بالشركة الأخرى شريطة ألا يستأثر أي من الشركاء بهذه الأخيرة بنسبة مساوية لهذا المقدار)⁽²⁾.

إضافة إلى هاتين الفقرتين للمادة 233، تطالعنا الفقرة 16 من نفس المادة بصورة أخرى للشركات المنضوية في إطار مجموعة. تتعلق هذه الفقرة بالحسابات المجمعّة أو الموحدة *comptes consolidés* وتقرير الإدارة *rapport de gestion* الخاصين بمجموعة الشركات، الذين يتعين على مجلس إدارة الشركة المسيطرة إعدادهما نهاية كل سنة. وفقا لها (أ- تعتبر الشركة في حكم المسيطرة على أخرى عندما تتولى حصريا أو بالتحالف مع الغير السيطرة على مشروع أو عدة مشاريع، أو عندما تمارس نفوذا مؤثرا *influence notable* على هذه المشاريع. ب- يمكن للشركة أن تمارس السيطرة الحصرية

(1) أنظر هذا الفقه في رسالتنا للدكتوراه:

La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés, thèse en droit, soutenue le 19 mars 2013 à l'Université de Franche-Comté, n°62 et s., p.53 et s.

(2) أنظر مزيدا من التفصيل حول هذا النص، مقالنا السابق، مرجع سبق ذكره، ص75 وما يليها.

بواسطة: 1- الاستئثار المباشر أو غير المباشر بأغلبية حقوق التصويت في مشروع آخر. 2- الاستئثار خلال سنتين على التوالي بسلطة تعيين أغلبية أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة conseil de surveillance أو مجلس الإدارة المصغر directoire أو المديرين - حسب الأحوال - لمشروع آخر. ويفترض في الشركة استئثارها بهذه السلطة إذا امتلكت خلال هذه المدة، مباشرة أو بصورة غير مباشرة، 40% من حقوق التصويت في هذا المشروع، وأن أي شريك أو مساهم آخر لا يمتلك مباشرة أو بصورة غير مباشرة نسبة أكبر. 3- السيطرة على مشروع آخر بواسطة عقد خاص أو قيود ينص عليها النظام الأساسي لهذا المشروع، مع الأخذ بعين الاعتبار أن تكون الشركة المسيطرة شريكا أو مساهما في المشروع). وقد عرفت الفقرة ج من هذه المادة السيطرة بالتحالف بأنها تقاسم عدد محدود من الشركاء أو المساهمين السيطرة على مشروع يشتركون في استغلاله، بحيث تنتج القرارات المتعلقة بهذا المشروع عن اتفاقهم الجماعي. وقد نصت الفقرة (د) من نفس المادة على أن (النفوذ المؤثر على إدارة المشروع وسياساته المالية يكون مفترضا عندما تمتلك الشركة مباشرة أو بصورة غير مباشرة نسبة تساوي على الأقل خمس حقوق التصويت في هذا المشروع).

إذاً على خلاف القانون الليبي الذي لم يبسط أحكامه باستفاضة إلا لتنظيم الشركات القابضة، نطالع في القانون الفرنسي عدة مفاهيم للشركات التي تمارس سيطرة على شركات أو مشاريع أخرى: فهناك بداية مفهوم الشركة الأم الذي حددت معياره المادة 233-1 تجاري، ثم مفهوم الشركة المسيطرة وفقا لنص الفقرتين (أ، ب) من المادة 233 تجاري، ثم الشركة المسيطرة المنصوص عليها في المادة 233-16 تجاري. يثار السؤال حول أهمية هذه المفاهيم في القانونين، أو بعبارة أخرى: ما هي الغاية التي توخاها المشرعان الليبي والفرنسي من تنظيمهما لهذه الشركات بمختلف تسمياتها؟

المطلب الثاني

الغاية من تنظيم الشركات القابضة

الغاية من تنظيم الشركات القابضة لا يبدو أنها واحدة في القانونين الليبي والفرنسي. فبالرجوع إلى أحكام هذه الشركات في المدونة التجارية الليبية نلاحظ أن المشرع توخا في تنظيمها هدفا جوهريا يتمثل في الموائمة بين الواقعين القانوني والاقتصادي لمجموعة الشركات. فمن المؤكد أن سيطرة الشركة القابضة على شركاتها الوليدة لا يترتب عليها من الناحية القانونية فقدان هذه الشركات للشخصية المعنوية، رغم كونهن جميعا عناصر في مشروع اقتصادي واحد⁽¹⁾. فمجموعة الشركات تتشكل في الواقع من عدة وحدات تحتفظ كل منها بكيانها القانوني المستقل في الوقت الذي ترتبط اقتصاديا وماليا بعلاقات متشابكة تنشأ عن مساهمات مالية من الشركة الأم لدى الشركات الوليدة، وتؤدي إلى خضوع هذه الأخيرة لسيطرة الشركة الأم⁽²⁾.

(1) محكمة استئناف Douai ذكرت في حكم حديث لها أن (مفهوم مجموعة الشركات يقتضي من جانب أن تقوم بين الشركات الأعضاء في هذه المجموعة علاقات متشابكة تأخذ في الحسبان الشكل القانوني لهذه الشركات، الروابط المالية الضيقة بينها، علاقاتها الاقتصادية المميزة، ثم التبادلات التجارية بشروط مفضلة. ومن جانب آخر يفترض هذا المفهوم رقابة جماعية، وحدة قرار، وإستراتيجية مشتركة مفروضة من طرف الشركة الأم) CA. Douai. Ch.2. SECT.02, 19 sept. 2012, n°07/01415. أنظر كذلك:

Cass. Crim. 22 juin 1999, n°98-13.611. bull. Joly 1999, p.978

(2) Voir, J-P Le Gall, droit des sociétés, groupes de sociétés, 2004, p.45 ;
A. Charveriat, groupe de sociétés, Juridique, Fiscal, social., éd. Mémento Pratique Francis Lefebvre, 2013, p.17.

أنظر كذلك من الفقه العربي: دريد محمد على، الشركة القابضة، المفهوم القانوني وآلية التكوين، مجلة الجامعة الأسمرية، العدد 10 سنة 2008م، وقد ذكر في هذا الصدد أن (الشركة القابضة تستلزم وبالضرورة وجود مجموعة من الشركات التابعة لها، وهي شركات تمارس نشاطا تجاريا معينا، كما أن كلا منها يتمتع بشخصية قانونية مستقلة. بيد أن هذه المجموعة من الشركات ترتبط مع الشركة القابضة بروابط قانونية واقتصادية =

في المدونة التجارية الجديدة (لسنة 2010م) حاول المشرع الليبي أن يسبغ طابعا قانونيا على هذه الحقيقة الواقعية المتمثلة في انتماء الشركات الأعضاء في المجموعة لنفس المشروع الاقتصادي. حيث منح الشركة القابضة سلطات واسعة في مواجهة شركاتها الوليدة، تتجاوز فعليا ما يتمتع به الشريك بالأغلبية. تتضح ملامح هذه الصلاحيات في نصوص متعددة يأتي من بينها كما لاحظنا المادة 251 تجاري المتعلقة بحق الشركة القابضة في تقديم القروض والضمانات والتمويل لشركاتها الوليدة، والإذن لهذه الشركات في القيام بتلك العمليات فيما بينها وفق الشروط السابق إيضاها. الشركة القابضة عندما تمارس هذه السلطات قد لا تضطلع حصريا بمركز الشريك بالأغلبية في شركاتها الوليدة، وإنما تتولى أحيانا دور المدير لهذه الشركات، الأمر الذي يجعلها في حل من الالتزامات المفروضة بموجب المادة 181 تجاري، المتعلقة باستصدار الإذن المسبق من الجمعية العمومية لهذه الأخيرة.

بالإضافة إلى ذلك، تضع المادة 250 تجاري من بين أغراض الشركة القابضة تملك براءات الاختراع والعلامات التجارية والامتيازات وغيرها من الحقوق المعنوية، وتمنح هذه الشركة الحق في تأجيرها للشركات التابعة لها دون إحالة على إجراءات الإذن المسبق وفق المادة 181 تجاري. المشرع كما يتضح لم يرد إخضاع الشركة القابضة لنص المادة 181 رفعا للتعقيد الذي لا يتناسب

= بحيث تبدو وكأنها شركة واحدة. فهذه الشركات وإن كانت مستقلة قانونا إلا أنها تخضع لسيطرة مباشرة أو شبه مباشرة تمارسها الشركة القابضة).

هذا الاختلاف بين التعددية القانونية للشركات الأعضاء في المجموعة والوحدة الاقتصادية لهذه المجموعة يطرح إشكالية كبرى تتعلق بالفرق الجوهرية بين مفهومي الشركة كتنظيم قانوني والمشروع كحقيقة اقتصادية. راجع هذا الاختلاف: د. محمد الجيلاني الأزهرى، قانون النشاط الاقتصادي، المبادئ والقواعد العامة، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 1997م، ص 267.

ووحدة المشروع الاقتصادي لمجموعتها، ولعل مما يؤكد ذلك إعفائه من هذا الشرط كما لاحظنا لتصرفات أشد جسامة.

من جانب آخر، منحت المادة 253 تجاري الشركة القابضة حق الاضطلاع بمركز الشريك الوحيد في شركتها الوليدة، وبالتبعية لذلك جعلت من مجلس إدارتها جمعية عمومية للشركة الوليدة⁽¹⁾. لا شك أن المشرع الليبي بهذا النص يكون قد أترف صراحة بشركة الشخص الواحد التي نظمها القانون الفرنسي منذ سنة 1985م⁽²⁾. يترتب على ذلك أن مجلس إدارة الشركة القابضة

(1) أول تشريع ليبي اعترف بشركة الشخص الواحد كتنظيم ينتمي إلى القانون الخاص هي اللائحة التنفيذية للقانون رقم 171 لسنة 1374 و.ر (2006م) السابق ذكرها والتي نصت في مادتها الثالثة والعشرين على الشركة القابضة هي (شركة مساهمة الهدف من تأسيسها تملك كامل رأسمال شركة أخرى أو أكثر أو نسبة من الأسهم لا تقل عن (51%) والعمل على إدارتها). لكن أهمية هذا القانون محدودة بالنظر إلى أنه حصر مجال شركة الشخص الواحد في إطار مجموعة الشركات القابضة والوليدة.

(2) شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة SARLUP نظام انجلوسكسوني عرف في عدة دول أوروبية منها ألمانيا سنة 1980م، فرنسا 1985م، هولندا 1986م، بلجيكا 1987م. نظمت هذه الشركة في فرنسا بموجب القانون الصادر في 1985/7/11م (حاليا المادة 1-1-223 تجاري)، وكان ذلك استجابة لدواعي اقتصادية تتمثل في حث وتشجيع الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين على استثمار أموالهم على نحو فردي مع تحديد مسؤوليتهم بمقدار ما يرصدونه للمشروع. هذه الشركة يمكن أن تؤسس منذ الأصل من شخص واحد ويمكن أن تنتج عن أيلولة جميع الحصص في شركة ذات مسؤولية محدودة إلى شخص واحد.

Voir, G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, les sociétés commerciales, par M. Germain et V. Magnier, L.G.D.J, Lextensoédition, p.248 et ss.

انتقل هذا النظام لاحقا إلى شركات الأسهم بظهور ما يعرف في فرنسا بشركة الأسهم البسيطة SAS التي تتمتع بنظام قانوني مغاير نسبيا لنظام الشركات المساهمة SA. فقد عرفت لأول مرة مع صدور القانون رقم 94-1 في 3 يناير 1994م، الذي اتسمت قواعده المنظمة للإدارة والتمثيل وتعدد الشركاء بكثير من المرونة. فخلافا للشركات المساهمة =

يتمتع في مواجهة الشركة الوليدة بسلطات قانونية لا حدود لها. فعدم وجود شركاء آخرين إلى جانب الشركة القابضة يعني أن هذا المجلس يمارس في آن معا دور الجمعية العمومية العادية وغير العادية للشركة الوليدة، ويستطيع بالتالي تعيين رئيسه أو بعض أعضائه مديرا أو مديرين لهذه الشركة. بعبارة أخرى، هذا النظام القانوني يقود في الواقع إلى تحول الشركة الوليدة إلى ما يشبه الفرع succursale، رغم احتفاظها قانونا بشخصيتها المستقلة.

= التي اشترط المشرع الفرنسي لإدارتها مجلسا مكونا على الأقل من 8 أشخاص جميعهم من الشركاء (إلى أن صدر القانون رقم 2008-776 في 2008/8/4م الذي أجاز أن يكونوا من الغير)، ويتولى رئاسته شخص طبيعي من المديرين أو من غيرهم - يمكن أن تدار شركة الأسهم البسيطة من شخص وحيد يسمى رئيس الشركة يتولى في آن معا الإدارة والتمثيل (مادة 227-6-1 تجاري). النظام الأساسي للشركة يمكن أن ينص على أن يعاون هذا الرئيس شخص أو مجموعة أشخاص آخرين يتقلدون صفة المديرين العامين المفوضين (مادة 227-6-3 تجاري). طريقة تعيين الرئيس والمديرين (إن وجدوا) يتم تحديدها كذلك بموجب بنود ينص عليها النظام الأساسي، كأن توكل المهمة إلى أغلبية المساهمين كما هي القاعدة في الشركات المساهمة، أو ينص النظام على أن يتم الاختيار بواسطة اتفاق يبرم بين شريكين يمثلان المساهمات الأكثر أهمية، أو بتوافق جميع الشركاء، أو تسند المهمة إلى رئيس الشركة بشأن المديرين المفوضين أو إلى جهة أجنبية عنها يتم تحديدها (شركة قابضة عليا مثلا). اعتبارا من صدور القانون رقم 99-587 في 1999/7/12م يمكن أن تؤسس شركة الأسهم البسيطة من قبل شخص واحد طبيعي أو اعتباري. وإذا كانت مؤسسة سابقا من عدة أشخاص وآلت جميع أسهمها إلى شريك وحيد فإنها لا تتحل وإنما تستمر دون الحاجة حتى لإعادة تعديل عقد التأسيس. القانون رقم 2008-776 الصادر في 2008/8/4م استمر في تخفيف القيود الواردة على تأسيس هذه الشركات لاغيا الحد الأدنى لرأس المال الذي كان يشترطه القانون رقم 94-1 الصادر في 1994/1/3م. هذا القانون الجديد ترك كذلك الخيار للمساهم أو المساهمين في تعيين أو عدم تعيين مراقب حسابات في الشركات التي لا يتجاوز رأس مالها حدودا معينة. راجع

في هذا: G. Ripert et R. Roblot, idem, p.701 et ss.

أنظر كذلك مقالنا السابق الإشارة إليه ص68.

حاول المشرع معالجة هذا التداخل بين الشركتين من خلال نصين متعاقبين هما المادتين 254، 255 تجاري. فالأولى تفرض على الشركة القابضة التزاما قانونيا بأن تعد في نهاية كل سنة مالية ميزانية موحدة توضح من خلالها الأرباح والخسائر أو التدفقات المالية لها flux financiers لها ولجميع الشركات التابعة لها وأن تعرضها على الجمعية العمومية مع الإيضاحات والبيانات المتعلقة بها وفقا لما تتطلبه المعايير والأصول المحاسبية المعمول بها. لاشك أن هذا النص يسير في اتجاه فصل ذم الشركتين كل منهما عن الأخرى، مما يؤدي إلى منع ظاهري اختلاط الذم confusion de patrimoines والصورية fictivité اللتين عالجهما المشرع الفرنسي بواسطة امتداد إجراءات التصفية الجماعية l'extension de la procédure collective ليضم كلتا الشركتين⁽¹⁾.

(1) راجع رسالتنا للدكتوراه السابق الإشارة إليها، ص 309 وما بعدها.

الإجراء الجماعي بمفهومه الواسع (تصفية، إنقاذ أو إصلاح) يمكن أن يمتد وفق القانون الفرنسي من الشركة إلى مديريها في حالة إفلاسها المترتب عن أخطاء هؤلاء في الإدارة faute de gestion، أو من الشركة إلى شركة أخرى صورية تتولى تأسيها، أو من الشركة إلى شركة أخرى تختلط معها في ذمتها المالية. هذا النظام عرف في فرنسا منذ سنة 1985م بموجب القانون الصادر في 25 يناير 1985م، ويتمثل اليوم في نص المادة 621-2 تجاري الذي يقضي بأن (المحكمة المختصة هي المحكمة التجارية إذا كان المدين تاجرا أو مقيدا في سجل الحرفيين... إذا تبين أن الإجراء المفتوح يجب أن يمتد إلى شخص أو أشخاص آخرين، محكمة الدعوى الأصلية تظل مختصة بهؤلاء. الإجراء المفتوح يمكن أن يمتد إلى شخص أو أشخاص آخرين في حالة اختلاط ذمتهم المالية مع ذمة المدين الأصلي أو نتيجة لصورية الشخص المعنوي). المادة 651-2 من نفس القانون (ترجع في أصلها للمادة 128 من القانون رقم 2005-845 الصادر في 26/7/2005م) تنص على أنه (عندما يتبين من مشروع خطة الإنقاذ أو الإصلاح أو التصفية القضائية للشخص المعنوي عدم كفاية أصول هذا الشخص، وكان العجز مترتبا عن خطأ في الإدارة منسوب للمديرين، يمكن للمحكمة أن تضع ديون هذا الشخص جملة أو في جزء منها على كاهل جميع المديرين القانونيين أو الفعليين أو على كاهل بعضهم ممن ساهموا في اقتراف =

بدورها عالجت المادة 255 تجاري مسؤولية الشركة القابضة عن ديون شركاتها الوليدة بطريقة تختلف كثيرا عن الحل في القانون الفرنسي. فقد تطالبت لتحقق هذه المسؤولية توافر شرطين رئيسيين: الأول يتعلق بحجم مساهمة الشركة القابضة في رأسمال الشركة الوليدة الذي لا ينبغي أن يقل عن 75%، والثاني ضرورة صدور حكم بشهر إفلاس الشركة الوليدة. فلئن عرفت المادة 249 تجاري الشركة القابضة استنادا إلى امتلاكها أغلبية الأسهم في شركاتها الوليدة، لا يكفي وفق المادة 255 امتلاك هذه النسبة لترتيب مسؤوليتها حتى وإن وقعت الشركة الوليدة في الإفلاس. بالمقابل، عندما يتوافر الشرطان المذكوران تتحقق مسؤولية الشركة القابضة دونما حاجة للبحث عن خطأ في جانبها. بعبارة أخرى، تكون هذه المسؤولية موضوعية ومفترضة، ولا يجدي الشركة القابضة نفعا لدريئها الدفع بعدم اقترافها خطأ في إدارة شركتها الوليدة أو بخضوع هذه الأخيرة لظروف اقتصادية غير طبيعية.

= هذا الخطأ. تستطيع المحكمة بقرار مسبب أن تعتبرهم جميعا مسئولين). هذا النص الأخير يمثل أهمية خاصة في أنه لم يعتبر فقط المديرين القانونيين معينون بدعوى تكملة الديون *action en complément de passif* وإنما شمل كذلك المدير الفعلي. أنظر في مفهوم المدير الفعلي:

- D. Poracchia, Le dirigeant de fait personne morale par l'intermédiaire d'une personne physique administrateur à titre personnel, note sous Cour de cassation (com.) 27 juin 2006, Société Licorne gestion, anciennement dénommée banque Worms. Rev. Soc. 2006, p.900.
- N. Dedessus-Le-Moustier, La responsabilité du dirigeant de fait. Rev. soc., n°5, p.499.
- Voir encore CA Dijon, ch civ B, 24 févr. 2005, JurisData n° 2005-279859, 2e esp. Dr sociétés 2005, comm. n° 214, obs. notre professeur J.-P Legros qui a écrit à ce propos: « la personne qui accepte la gérance d'une société doit nécessairement en accepter les obligations et ne peut s'exonérer de sa responsabilité en soutenant qu'elle a été défaillante dans sa mission de dirigeant (...) Le seul fait de laisser une autre personne diriger la société à sa place constitue une faute de gestion qui permet de lui attribuer la responsabilité de toutes les conséquences d'une gestion défectueuse ».

هذه المعالجة لا تبدو مُحكمة بما يكفي، فكان ينبغي محاكاة القانون الفرنسي الذي يمثل الامتداد التاريخي والفلسفي للقانون الليبي، ومن ثم التركيز على الخطأ بمفهومه الواسع - خطأ المدير وخطأ الشريك - إلى جانب تبني مفاهيم حديثة في هذا الشأن كمفهوم اختلاط الذمم ومفهوم الصورية ومفهوم المدير الفعلي *dirigeant de fait*، التي عالجها المشرع الفرنسي بشكل جيد. قد يقول البعض أن هذه المفاهيم هي في أصلها فقهية تبناها القضاء الفرنسي ثم زكاها المشرع، نقول إن ذلك صحيح ولكن يضل قضائنا بعيدا عن هذا التطور المرتبط بحركة الاقتصاد والأعمال، فكان من الأولى بالمشرع تيسير المهمة عليه.

هذا إذا ما يخص الحالة في القانون الليبي، أما بخصوص القانون الفرنسي فقد لاحظنا وجود عدة نصوص تعالج ظاهرة مجموعة الشركات، الأمر الذي يدفعنا إلى التذكير بذات السؤال: لماذا هذا التنظيم في القانون الفرنسي؟ من المؤكد أن المشرع الفرنسي لم يرتب على مجرد وصف الشركة بالأم أو المسيطرة مسؤوليتها الموضوعية عن ديون شركاتها الوليدة، وإنما تكون هذه المسؤولية محدودة أو غير محدودة تبعا للشكل القانوني الذي تكتسيه الشركة الوليدة. المبدأ في القانون الفرنسي لازال يقوم على فرضية أن الشركات المنضوية في إطار مجموعة - وإن كانت تنتمي اقتصاديا وماليا لنفس المشروع - تظل محتفظة بشخصيتها القانونية المستقلة، وذمتها المالية المنفصلة التي لا تضمن سوى ديونها الشخصية⁽¹⁾.

(1) Voir, A. Mairot, la société partie au procès civil, thèse en droit, soutenue le 23 octobre 2010 à l'Université de Franche-Comté, n°320, p. 230.

وفي هذا المعنى يقول المؤلف: (الشركة الوليدة بوصفها شخصا قانونيا مستقلا لا يمكن أن تكون خاضعة بقوة القانون لإجراءات التصفية الجماعية المفتحة في مواجهة الشركة الأم).

Voir aussi: J-P. Legros (obs. sous Cass. ch. com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026, FS-P+B, Sté Sodimédical c/

هذه النصوص وجدت إذاً لتؤدي أغراضاً مختلفة، بعضها ورد النص عليه في القانون التجاري والبعض الآخر نظمت بموجب تشريعات خاصة. فيما يخص الشركة المسيطرة المنصوص عليها في المادة 233-3، أراد المشرع الفرنسي من خلالها تنظيم مجموعة الشركات لأجل تطبيق النصوص الخاصة بالمعلومات والإعلانات في إطار هذه المجموعة (المواد من 233-6 إلى 233-15)⁽¹⁾، وكذلك النصوص الخاصة بتحريم المساهمات المتبادلة بين الشركة الأم أو المسيطرة والشركات الوليدة.

إلى جانب ذلك أحال المشرع الفرنسي إلى هذه النصوص في مدونة القانون التجاري نفسها لتنظيم مواضيع أخرى يمكن أن نذكر من بينها على سبيل المثال لا الحصر الاتفاقات المنظمة conventions réglementées التي تبرمها شركة مع أخرى مسيطرة على شركة مساهمة فيها. المشرع الفرنسي أحال إلى نص المادة 233-3 تجاري لتحديد مفهوم الشركة المسيطرة⁽²⁾ (مواد: 225-38، 226-10، 227-10). كذلك أحال هذا المشرع إلى نص المادة

=

Vaugeois ; JurisData n° 2012-015231) ; C. Champaud, Groupe de sociétés. ISF. Notion de holding animatrice. RTD Com. 2007 p.390.

وقد كتب أستاذنا الدكتور Jean-Pierre Legros بصدد تعليقه على حكم النقض المشار إليه أعلاه أن (انتماء الشركة إلى مجموعة شركات وإن كانت اقتصادياً ومالياً في وضع جيد لا يؤثر مطلقاً على تقدير شروط افتتاح الإجراء الجماعي (تصفية liquidation أو إنقاذ sauvegarde أو إصلاح redressement). ويرجع السبب في ذلك إلى اعتبار قانوني صرف يتمثل في احتفاظ الشركات الأعضاء في المجموعة كل بشخصيتها المعنوية. تأسيس محكمة الاستئناف لتبعية هذه الشركات إلى الشركة الأم ليس له - كما خلصت إلى ذلك محكمة النقض - أي تأثير على مسؤولية هذه الأخيرة عن ديون المجموعة).

(1) أنظر توضيح هذه النصوص في مقالنا السابق الإشارة إليه: الشفافية في قانون الشركات، ص 87 وما يليها.

(2) للمزيد من التوضيح حول هذه النقطة راجع نفس المقال، ص 75.

3-233 لتحديد مفهوم "الشركة المسيطرة" المعنية بالإفصاح عن الأسهم أو عن حقوق التصويت التي تمتلكها شركاتها الوليدة في شركات أخرى (مادة 233-9-2)، ولتحديد مفهوم هذه الشركة بغية منح مساهميتها المالكيين - فرادى أو في إطار مجموعة - 5% على الأقل من رأسمالها الحق في طرح أسئلة مكتوبة تتعلق بإدارتها أو بإدارة شركاتها الوليدة (مادة 225-231).

أحيل إلى هذا الضابط أيضا في المادة 17-227 الخاصة بشركة المساهمة البسيطة، التي تسمح بأن يتضمن النظام الأساسي لهذه الأخيرة شرطا يقضي بجواز إلزام الشركة المساهمة فيها بالتنازل عن أسهمها إذا أصبحت خاضعة لسيطرة شركة أخرى وفق المعايير المنصوص عليها في المادة 3-233-3 تجاري، أو إذا تغيرت السيطرة عليها وفقا لنفس المعايير. هذا الحكم أراد المشرع الفرنسي من وراءه حماية الشركة من الآثار الناجمة عن خضوع إحدى الشركات المساهمة فيها لسيطرة شركة أخرى.

يمكن الإشارة كذلك لنص المادة 5-233 تجاري (الصادر بموجب القانون رقم 2010-788 بتاريخ 2010/7/12م) الذي يسمح للشركة المسيطرة وفق المعايير المنصوص عليها في المادتين 1-233، 3-233 من القانون التجاري⁽¹⁾ أن تأخذ على عاتقها عند إعسار شركتها الوليدة كل أو بعض ديون هذه الأخيرة المترتبة عن إخلالها بالتزاماتها المفروضة بموجب المواد 1-162 إلى 9-162 من قانون البيئة. هذا النص يحيل إلى مفهوم الشركة الأم الوارد في المادة 1-233 ومفهوم الشركة المسيطرة الوارد في المادة 3-233، ويتطلب

(1) هذا النص يحيل كذلك إلى المادة 2-233 تجاري التي تنص (عندما تمتلك شركة جزءا من رأس مال شركة أخرى يتراوح بين 10 إلى 50%)، الشركة الثانية تعتبر تطبيقا لهذا النص بمثابة صاحبة مساهمة في الثانية). هذا النص يستعمل تعبير صاحبة مساهمة ayant participation كمفهوم مستقل عن مفهوم الشركة الأم والشركة المسيطرة. لذلك نلاحظ أن المادة 5-233 تحيل على هذا المفهوم في نفس الوقت الذي أحالت فيه على الشركة الأم والشركة المسيطرة.

شرطين لمسؤولية هذه الشركات عن ديون الشركة الوليدة أو الخاضعة للسيطرة، المترتبة عن الإخلال بقانون البيئة: الأول يتمثل في ضرورة التزامهن بالأخذ على عاتقهن ديون هذه الشركة، والثاني ضرورة أن تكون الشركة الوليدة أو الخاضعة للسيطرة في حالة عجز عن الوفاء بالتزاماتها⁽¹⁾. فهذه المسؤولية لا تترتب في مواجهة الشركة الأم أو المسيطرة بقوة القانون وإنما تحتاج إلى تعهد صريح من جانبها، يستوي أن يكون سابقا أو لاحقا لترتب الالتزام في ذمة الشركة الوليدة.

ليس فقط القانون التجاري هو الذي ينظم الديون المترتبة عن مخالفة الالتزامات البيئية، وإنما كذلك قانون البيئة نفسه تطرق إلى هذا الموضوع. فقد أحالت المادة 227 من القانون رقم 788-2010 الصادر بتاريخ 2010/7/12م (المادة 512-17 من قانون البيئة) على مفهوم الشركة الأم (وفق المادة 233-1 تجاري) لتقرير مسؤولية هذه الشركة عندما تعجز شركتها الوليدة عن الوفاء بالتزاماتها المفروضة بموجب قانون البيئة. هذه المادة افترضت لمسؤولية الشركة الأم شرطين رئيسيين: الأول أن تكون الشركة الوليدة في حالة تصفية

(1) المشرع الفرنسي يستعمل مصطلح الشركة العاجزة défailiante لتحديد مفهوم الشركة الوليدة المضمونة دونما تعريف لهذا المصطلح. الفقه مستقر مع ذلك على عدم اشتراط أن تكون هذه الشركة في حالة تصفية. فكما يقول Hannoun الغاية من هذا الحكم تقتضي أن تتمكن الشركة الأم من الأخذ على عاتقها التزامات شركتها الوليدة ليس فقط عندما تكون هذه الأخيرة في حالة تصفية ولكن كذلك عند مرورها بصعوبات مالية.

Ch. Hannoun, La responsabilité environnementale des sociétés mères, Environnement, n°6. juin 2009.

أنظر كذلك:

M-P.Blin-Franchomme, l'autre «affaire du voile»: convictions sociétaires versus responsabilité environnementale des groupes, Revue Lamy Droit des Affaires - 2010 , p.52 et s.). Selon lui: « La référence à la « défaillance de la filiale» est large, et le dispositif ne paraît donc pas être subordonné à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou à une liquidation de la filiale, ce qui favorisera une intervention financière plus précoce de la mère ».

قضائية مترتبة عن عدم كفاية أصولها، والثانية أن ترتكب الشركة الأم خطأ موصوفا *faute caractérisée*. لم نطالع في الفقه أو القضاء مفهوما محددًا لمصطلح الخطأ الموصوف، وقد خلصنا في رسالتنا للدكتوراه إلى أن هذه الصفة المضافة للخطأ ينبغي أن تحمل معنى يميزه عن مجرد الخطأ العادي⁽¹⁾. كذلك خلصنا إلى عدم جواز الخلط بين هذا الخطأ والخطأ في الإدارة الذي لا ينسب إلا للمديرين. الخطأ الموصوف يمكن أن يصدر عن الشركة القابضة وإن كانت لا تشغل وظيفة إدارية في شركتها الوليدة، وإنما باعتبارها شريكا بالأغلبية.

نشير أخيرا إلى أن المشرع الفرنسي ينظم أحيانا مسائل تتعلق بمجموعة الشركات دون تخصيص مفهوم محدد للشركات الأعضاء في هذه المجموعة ولا إحالة إلى أحد المعايير السابق توضيحها⁽²⁾. من ذلك مثلا المادة

(1) أنظر رسالتنا للدكتوراه السابق الإشارة إليها والتي ذكرنا في الصفحة 495 منها:

(Il doit s'agir pour cette faute d'une faute lourde, qui s'oppose à la faute simple et qui mène par nature à l'insuffisance d'actif de la filiale. Ce sont les actes traduisant une imprudence ou débouchant sur un abus de vote ou de personnalité morale qui doivent être pris en considération pour attribuer cette qualification à la société mère. On pourrait donner à titre d'exemple, l'organisation par la société mère de l'insolvabilité de sa filiale, l'instauration d'une politique commune de groupe menant à l'insuffisance d'actif de la filiale, la sous-filialisation motivée par la volonté de segmenter les risques).

(2) نلاحظ وجود هذا الأمر كذلك في القانون التجاري الليبي، وتحديدا في المادة 227 التي نظمت محتويات ميزانية الشركة المساهمة وذكرت ضمن الأصول (فقرة 13) والخصوم (فقرة 9) ديون الشركات المرتبطة بتلك الشركة دون أن تصفي عليهن أي مفهوم محدد أو تحيل بذلك إلى مفهوم قائم. أيضا يمكن الإشارة إلى المادة 400 من نفس القانون التي وردت في الباب الخاص بعقوبات الشركات، ونصت على معاقبة رئيس وأعضاء مجلس الإدارة والمديرين العامين والمديرين والمصفيين بالحبس ستة أشهر على الأقل والغرامة من 5000-20000 دينار إذا اقترضوا على أي وجه سواء مباشرة أو بواسطة شخص آخر من الشركة المنوط بهم إدارتها، أو من شركة خاضعة لسيطرتها، أو من شركة تسيطر عليها شركتهم، أو حصلوا من تلك الشركات على ضمانات خاصة بديونهم الشخصية، =

1231-5 من قانون العمل التي تنص على أنه (عندما تقوم الشركة الأم بنقل أحد مستخدميها للعمل لدى شركتها الوليدة الأجنبية، فتقوم هذه الأخيرة بإبرام عقد عمل معه، الشركة الأم تضمن في حالة فصل العامل من الشركة الوليدة الأجنبية إعادته إلى وطنه وأن توفر له عملاً جديداً يتناسب وأهميته وظيفته السابقة لديها). هذا النص، لعدم تحديده مفهوم الشركة الأم أو إحالته إلى نصوص القانون التجاري على النحو المتقدم، كان ولا يزال مثار جدل في الفقه والقضاء. القضاء الفرنسي يبدي مرونة كبيرة حيال هذا المفهوم، ويطبق نص المادة 1231-5 كلما اتضحت لديه سيطرة الشركة الأم على شركتها الوليدة أياً كان السند القانوني لهذه السيطرة. في حكم لها بتاريخ 17/6/1990م استخلصت محكمة النقض الفرنسية هذه العلاقة بين شركتين ليس من امتلاك إحداهما لجزء يمثل الأكثرية في رأسمال الأخرى، ولكن من مجرد حيازتها عدد من حقوق التصويت في الجمعية العمومية لهذه الأخيرة، إلى جانب المساعدة الفنية التي قدمتها الشركة الأم إلى الشركة الوليدة وما تضمنته من امتيازات لصالحها واعتماد حيوي من جانب الشركة الوليدة¹. بعض الفقه لا يتفق مع هذا القضاء ويرى أن مفهوم الشركة الأم المعنية بالمادة 1231-5 يجب أن يحدد على أساس المساهمة بالأكثرية في رأسمال الشركة الوليدة. وفي ذلك يقول الأستاذ Charveriat (إذا غرضنا الطرف عن هذا الحكم، كنا سنعتبرهم فقط معنيين بهذا الحق عمال الشركات الوليدة المنظمة بموجب قانون 1966/7/24م، بمعنى المشاريع التي تكون الشركة الأم مالكة على الأقل نصف رأسمالها)⁽²⁾.

= ما لم يكن غرض الشركة الإفراض والقيام بالعمليات الائتمانية لجمهور. هذه المادة ذكرت مفهومي الشركة المسيطرة والشركة الخاضعة للسيطرة دونما تنظيم أو إحالة إلى نصوص قائمة كالمادة 121 تجاري أو المادة 249 من نفس القانون.

(1) Cass. soc. 27 juin 1990, n°86-43.483

(2) Voir, A. Charveriat et alter, op. cit. p. 1060 ; voir aussi, CA. Versailles, 3 mars 2009, n°07/03837.

أنظر مزيداً من التفاصيل: رسالتنا للدكتوراه، ص232 وما بعدها.

عالج قانون العمل الفرنسي كذلك مجموعة الشركات في معرض تنظيمه لما يعرف بإعادة دمج العمال *reclassement des salariés* في حالة الفصل لأسباب اقتصادية⁽¹⁾. المادة 1233-4 من هذا القانون تقضي بأنه (لا يمكن فصل العامل لأسباب اقتصادية إلا بعد استنفاد جميع الجهود الخاصة بإعادة تأهيله والتحقق من استحالة إعادة دمج في المشروع أو في مشاريع المجموعة التي ينتمي إليها هذا الأخير). هذا النص يعترف صراحة بالوحدة الاقتصادية والقانونية لمجموعة الشركات في مجال علاقات العمل. فالمستخدم من قبل إحدى الشركات يستفيد - في حال توافر ظروف اقتصادية تبرر تسريحه - من انتماء هذه الشركة إلى مجموعة، لأن بمقدوره إعادة ترتيب وضعه القانوني مع شركة أخرى غير تلك التي تعاقد معها ابتداء. لكن ما يلاحظ على هذا النص هو عدم وضعه تعريفاً محدداً لمجموعة المشاريع *groupe d'entreprises*، ولا إحالته بهذا التعريف إلى أحد المعايير المنصوص عليها في المادة 233 فقرات 1، 3، 16 من القانون التجاري. مع ذلك الفقه والقضاء في فرنسا مستقران على أن مفهوم مجموعة المشاريع يجب أن يؤخذ في تفسيره على معنى واسع، بحيث لا يتقيد نطاقه بالمساهمات المالية للشركة الأم في شركتها الوليدة. هذا المفهوم ينبغي أن يغطي العلاقات التعاقدية بين الشركتين وما قد تفرضه من سلطات إدارية وفنية لإحداهما على الأخرى. وفي هذا يقول أحد الفقهاء أن المجموعة المعنية بالمادة 1233-4 من قانون العمل يجب أن تعرف بمجموعة المشاريع (التي تسمح طبيعاً بنشاطاتها أو ظروف

(1) حددت المادة 1233-3 من قانون العمل هذه الأسباب الاقتصادية بقولها (بعد فصلاً لأسباب اقتصادية قيام رب العمل بفصل العامل لسبب أو أسباب لا تتعلق بشخصه، وإنما لظروف ترتبط بقفل أو تغيير النشاط أو بتعديل عنصر جوهري في عقد العمل يقابل برفض العامل، وتكون هذه الظروف مترتبة خصوصاً عن صعوبات اقتصادية أو إحلال تقنية جديدة محل العمال). راجع شرح وتحليل هذا النص، رسالتنا للدكتوراه، ص 253 وما بعدها.

تنظيمها أو أماكن العمل فيها بإجراء تبادلات بينها لكل أو بعض العمال المرتبطين بها⁽¹⁾. على مستوى القضاء يمكن الإشارة إلى حكم استئناف Amiens الذي خلص إلى القول أن (مفهوم المجموعة لا يغطي فقط الشركات التي تملك فيما بينها علاقات مالية ورأسمالية، وإنما كذلك الشركات العاملة في إطار من التعاون داخل مجالات متقاربة، والتي يسمح تموضعها وتنظيمها بإجراء تبادلات فيما بينها ترد على كل أو بعض كادرها العمالي)⁽²⁾.

(1) F. Duquesne, Droit du travail, 4ème éd. 2004. n°454, p.377.

Voir aussi:

L. Fin-Langer. L'obligation de reclassement à l'étranger, revue de procédure collective, 2007, étude 3, n°9. Il a souligné dans ce sens que « de sociétés qui détiennent une partie du capital d'autres sociétés. Dans ce cas, l'obligation de reclassement ne sera mise en œuvre qu'auprès des entreprises dans lesquelles la permutation de personnel est possible. Mais ce périmètre est également étendu à des entreprises qui n'ont que des relations de partenaires ».

(2) CA d'Amiens, ch. soc. 5 cabinets A 13 nov. 2007. n°07/00026. Voir encore: encore CA Toulouse. Ch4., 21 sept. 2006, n°05/06717 ; CA Nîmes, Ch. soc. 25 janv. 2011, n°09/03653 ; Cass. soc. n° 11-14.271 - 13 juin 2012. Dans cette affaire affirma la cour que « les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer une permutation du personnel ».

الخاتمة:

لا يزال نظام الشركة القابضة قاصرا عن معالجة الإشكاليات والصعوبات بالغة التعقيد المترتبة عن مجموعة الشركات. فهو لا يغطي على نحو كاف العلاقات القانونية والاقتصادية المتشابكة التي تنشأ في إطار هذه المجموعة، ولا يحقق حماية فاعلة للفئات الأطراف فيها. لقد وجد أساسا لاعتبارات متعددة بعضها يتجاوز إدارة وتسيير مجموعة الشركات، لينصب في جوهره على جني مزايا ضريبية أو معالجة أوضاع خاصة من الاستثمار العائلي holding de famille.

في القانون الليبي لاحظنا أن المشرع حاول من خلال المدونة التجارية لسنة 2010م الإجابة على بعض الأسئلة المتعلقة بمفهوم الشركة القابضة وشكلها القانوني وسلطاتها ومسئوليتها، كما أنه اعترف صراحة بشركة الشخص الواحد التي ربما ستكون مقدمة لاستيعابها على نحو أشمل. ولكن ما يبدو على هذه المعالجة أنها محدودة في بعدها ولم تصل إلى المستوى المطلوب. فالتركيز على شكل أو أشكال قانونية معينة للشركات المنضوية في إطار مجموعة، وحصص غرض الشركة القابضة في نشاطات محددة، دون إيجاد تنظيم لغيرها ولو بمعالجات ظرفية كما فعل المشرع الفرنسي، يرتب حالة من الفراغ مقابل السماح بمساهمة الأشخاص المعنوية في تأسيس وتمويل وإدارة الشركات.

من جانب آخر، المشرع الليبي بافتراضه مسؤولية الشركة القابضة لمجرد مساهمتها بنسبة (75%) في شركتها الوليدة الواقعة في الإفلاس يكون قد جعل هذه المسؤولية موضوعية دون أن يترك مجالاً للبحث عن خطأ في جانب الشركة القابضة. وهذا مسلك لا يبدو من وجهة نظرنا محموداً، لأن المعالجة كانت ممكنة بطريقة أكثر شمولية وأكثر مراعاة للقواعد التقليدية في المسؤولية المدنية.

عليه فإننا نقترح أن يعاد النظر في هذا الجزء المتعلق بالشركة القابضة، إما بإلغائه واعتماد المعالجات الظرفية أسوة بالقانون الفرنسي، مع الاكتفاء بصياغة مفاهيم عامة للشركات المسيطرة والخاضعة للسيطرة، بمعايير تتجاوز مجرد امتلاك الأغلبية في رأسمال الشركة الوليدة، وإما بإعادة صياغة هذا الجزء ليوكب أكثر ظاهرة مجموعة الشركات وإفرازاتها على مختلف أوجه الحياة القانونية.

أهم المراجع:

أولاً: المراجع العربية.

- حسام عيسى، الشركات متعددة القوميات، المؤسسة العامة للدراسات والنشر، 1990م.
- محمد حسين إسماعيل، الشركة القابضة وعلاقتها بشركاتها التابعة، جامعة مؤتة، ط1، 1990م.
- هاني دويدار، التنظيم القانوني للتجارة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1997م.
- حسام عيسى، الشركات المتعددة القوميات، المؤسسة العربية لدراسات والنشر، بيروت.
- عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008م.
- محمد الجيلاني الأزهرى، قانون النشاط الاقتصادي، المبادئ والقواعد العامة' المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 1997م.
- فرج سليمان حمودة، الملامح القانونية للشركات القابضة، رسالة ماجستير، كلية القانون، طرابلس، 2003م.

ثانياً: المراجع الأجنبية.

- Henri Bardet et alter, les holdings, guide juridique et fiscal, 4e édition, dossiers pratiques francis lefevre, 2007.
- G. Ripert et R. Roblot, traité élémentaire de droit commercial , 7e édition, T.I Paris 1972.
- Voir, Anne Charveriat et alter, Groupes des sociétés, Memento pratique francis lefevre, 2010.
- Voir: Henri Bardet et alter, les holding, op. cit. 13 ; Jean-Marc Tirard, la fiscalité des sociétés dans l'UE, collection dirigée par Jean-Pierre Casimir, Groupe Revue Fiduciaire 2006.

-
- Voir encore, François Dessemontel, la marque holding et la marque de groupe, Berne, 1990.
 - La protection des créanciers au sein des groups de sociétés, thèse en droit, soutenue le 19 mars 2013 à l'Université de Franche.
 - Voir, J-P Le Gall, droit des sociétés, groupes de sociétés, 2004.
 - A. Charveriat, groupe de sociétés, Juridique, Fiscal, social., éd. Mémento Pratique Francis Lefebvre, 2013.
 - Voir, G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, les sociétés commerciales, par M. Germain et V. Magnier, L.G.D.J, Lextensoédition.

الدفع بعدم الاختصاص وإشكالياته في قانون المرافعات الليبي

(دراسة مقارنة)

يوسف مختار المستيري*

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد...

إن حق الالتجاء إلى القضاء، يستلزم إلى جانب ضمان حرية الادعاء، كفالة حرية الخصم في الدفاع، على اعتبار أن ذلك يعد من مقتضيات الجوهريّة لحسن أداء العدالة، بحيث تتم الموازنة بين طرفي الخصومة من خلال معادلة عادلة، يكون للمدعي فيها أن يمارس حقه في الادعاء بواسطة الطلبات، وفي المقابل يكون للمدعى عليه الحق في الدفاع عن مصالحه وذلك عبر وسيلة الدفع.

فالدفع تعتبر من ضمن الوسائل المتاحة للخصم لممارسة حقه في الدفاع، وعلى المحكمة أن تتمكن من ذلك وحينها يعود الأمر إلى تقديره هو في ممارسة هذا الحق أم لا.

وسنتطرق في هذا البحث لأحد هذه الدفع، وهو الدفع بعدم الاختصاص، في محاولة لمعرفة كيف نظم المشرع الليبي هذا الدفع، وهل كان موفقاً في ذلك أم لا؟

وتتمثل أهمية الموضوع في كونه يثير الكثير من الإشكاليات، لعل أبرزها: هل يعتبر الدفع بعدم الاختصاص من النظام العام أم لا؟ وما هو موقف المشرع في هذا الصدد؟ وهل وضع حكماً عاماً للدفع بعدم الاختصاص يقوم

(* معيد بقسم القانون الخاص، كلية القانون جامعة مصراتة، 2014م).

على التفرقة بين ما يتعلق منها بالنظام العام وبين ما لا يتصل به، ينص فيه على وقت وكيفية إثارتها والفصل فيها؟ بحيث يوضح هل يتم هذا الفصل على استقلال أم مع الموضوع؟ وماهي طبيعة قرار المحكمة عندما تفصل في الدفع؟ وما مدى التزامها عندما تحكم بعدم اختصاصها بالإحالة إلى المحكمة المختصة؟ كل هذه الأسئلة وغيرها هي ما سأحاول الإجابة عليه في هذا البحث.

منهج البحث:

تم الاعتماد على المنهج التحليلي في المبحثين الأول والثاني، من خلال تسليط الضوء على نص المادة (76) من قانون المرافعات ومحاولة دراسته دراسة نقدية؛ كما تم الاعتماد على المنهج المقارن في كامل البحث، وتحديدًا في المبحث الثاني، وذلك بين قانون المرافعات الليبي وقوانين المرافعات في كل من مصر والكويت بشكل أساسي، مع الاستئناس بموقف بعض التشريعات العربية الأخرى كلما سنحت الفرصة وسمح المقام، إلى جانب تطعيم الدراسة بأهم مبادئ المحكمة العليا الصادرة بالخصوص.

خطة البحث:

تمت معالجة الموضوع في إطار خطة ثنائية تنقسم إلى مبحثين رئيسيين، مسبوقين بمبحث تمهيدي، على النحو التالي:

مبحث تمهيدي/ ماهية الدفع بعدم الاختصاص.

المطلب الأول/ تعريف الدفع بعدم الاختصاص.

المطلب الثاني/ موقع الدفع بعدم الاختصاص بين الدفع.

المبحث الأول/ مدى تعلق الدفع بعدم الاختصاص بالنظام العام.

المطلب الأول/ الدفع المتعلقة بالنظام العام.

المطلب الثاني/ الدفع غير المتعلقة بالنظام العام.

المبحث الثاني/ النظام القانوني للدفع بعدم الاختصاص.

المطلب الأول/ إثارة الدفع بعدم الاختصاص.

المطلب الثاني/ الفصل في الدفع بعدم الاختصاص.

المختصرات:

يقصد بالألفاظ التالية حيث ترد في متن هذا البحث، المعنى المبين قرين

كل منها:

- المشرع: المشرع الليبي.
- قانون المرافعات: قانون المرافعات الليبي.
- المحكمة العليا: المحكمة العليا الليبية.

مبحث تمهيدي**ماهية الدفع بعدم الاختصاص**

لتوضيح ماهية الدفع بعدم الاختصاص، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين؛ يتناول الأول تعريف الدفع بعدم الاختصاص، ويتكفل الثاني بتحديد موقع هذا الدفع بين تصنيفات الدفوع، وذلك كالتالي:

المطلب الأول**تعريف الدفع بعدم الاختصاص**

وفي هذا المطلب سيتم تعريف الدفع في اللغة والاصطلاح القانوني (أولاً)، ثم تعريف الاختصاص في اللغة والاصطلاح القانوني (ثانياً)، للوصول إلى وضع تعريف للدفع بعدم الاختصاص.

أولاً/ تعريف الدفع لغةً واصطلاحاً:

الدفع لغةً: من (دَفَعَ) إليه شيئاً و(دَفَعَهُ فاندفع) و(المدافعة) المماثلة⁽¹⁾.

أما في الاصطلاح القانوني: فقد تعددت التعريفات سواء من المشرع أو من القضاء أو من الفقه؛ فمن الناحية التشريعية وإن كان من الأفضل للمشرع أن

(1) الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، دار الفكر، طبعة خاصة لدار القرآن الكريم، بيروت - لبنان، 1972م، باب الدال، ص207.

ينأى بنفسه عن الخوض في التعريفات ويترك هذه المهمة للفقهاء والقضاء، وهذا ما سارت عليه أغلب التشريعات⁽¹⁾ وحسناً فعلت، إلا أن المشرع العراقي قد عرّف في المادة (1/8) من قانون المرافعات الدفع بأنه: ((الإتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلاً أو بعضاً)).

وبالنسبة للقضاء، فقد تعرضت المحكمة العليا في حكم قديم لها لتعريف الدفع، وأعطته مفهوماً موسعاً⁽²⁾، ينسحب على المنازعة من طرف المدعى عليه في الحق ذاته أو في بطلان الخصومة أو المنازعة في حق المدعي في رفع الدعوى، وعرّفته بأنه: ((هو ما يجيب به الخصم على دعوى خصمه))⁽³⁾.

وعلى الصعيد الفقهي، عرّف الدفع بأنه: ((الوسيلة التي يجيب بها الخصم على طلب خصمه بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه))⁽⁴⁾، فالدفع وإن كان يشترك مع الطلب في كونهما وسيلتان لمباشرة الدعوى؛ إلا أنه يختلف عنه في كونه وسيلة دفاعية يهدف المدعى عليه من خلال إيدائه إلى تفادي الحكم عليه بكل ما يدعيه المدعي أو جزء منه، وهو بالتالي لا يُضيف جديداً إلى الدعوى

(1) حيث اكتفت بالنص على شروط قبول الدعوى كالمصلحة والصفة، انظر مثلاً: م(4) من قانون المرافعات الليبي، م(3) مرافعات مصري، م(2) مرافعات كويتي، الفصل(1) من قانون المسطرة المدنية المغربي، في حين نحى قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني منحى آخر، حيث عرّف في المادة (7) منه الدعوى بوسيلتي مباشرتها، الإيجابية وهي الحق في الادعاء، والسلبية وهي الحق في الدفاع؛ مقترباً في ذلك من نص المادة (30) من قانون المرافعات الفرنسي.

(2) انظر: الكوني علي اعبودة، قانون علم القضاء "النشاط القضائي"، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس- ليبيا، ط2، 2003م. ص245.

(3) طعن مدني 15/26، بتاريخ 1969/2/1م، المجموعة المفهرسة، للمستشار عمر عمرو، ج4، ق1، بند 2081، ص466.

(4) أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط15، 1990م. ص182.

((ولا يوسع من نطاق الخصومة))⁽¹⁾، ويشترط لقبوله توافر الصفة والأهلية والمصلحة لدى مقدمه⁽²⁾.

ثانياً/ تعريف الاختصاص لغةً واصطلاحاً:

الاختصاص لغةً: من (خَصَّه) بالشيء (خُصَّصاً وخصوصية) و(اختصَّه) بكذا خَصَّه به⁽³⁾.

وفي الاصطلاح القانوني، يعرف الاختصاص بأنه: نصيب محكمة ما من السلطة أو الصلاحية الممنوحة لمحاكم الجهة القضائية للفصل في المنازعات المرفوعة لها⁽⁴⁾. ومن هنا فإنه لا يجب الخلط بين الاختصاص وبين الولاية، فالاختصاص جزء من الولاية التي هي أعم وأشمل.

وقواعد توزيع الاختصاص، هي تلك القواعد القانونية الإجرائية التي يضعها المشرع ليحدد من خلالها المنازعات التي تدخل في اختصاص كل محكمة⁽⁵⁾، فهي بالتالي تقوم بدور توجيهي وإرشادي في تحديد المحكمة المختصة.

(1) إبراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية "دراسة مقارنة بين

القانونين الأردني والمقران"، بحث منشور على الرابط: www.alhson.com

(2) تنص م(4) مرافعات ليبي: "لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة...".

(3) الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، سبق ذكره، باب الخاء، ص177.

(4) انظر كلاً من: أحمد عمر بوزقية، قانون المرافعات "دروس موجزة لطلاب القانون"، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي- ليبيا، ج1، ط2، 2008م، ص68، الكوني علي عبودة، قانون علم القضاء "النظام القضائي الليبي"، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس- ليبيا، ط3، 2003م، ص295، والذي أوضح الفرق بين الولاية والاختصاص وبين هذا الأخير والتوزيع الداخلي للعمل في دوائر المحكمة.

(5) انظر: أجياد ثامر نايف الدليمي، الدفع بعدم الاختصاص المكاني في الدعوى الاعتراضية، بحث منشور بمجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الموصل- العراق، مجلد (8/السنة 11)، ع30، 2006م، ص126.

وتوزيع الاختصاص إما أن يتم على أساس النوع (من حيث الموضوع، أو القيمة)، أو على أساس المكان، بحيث يكون الاختصاص موضوعياً أو قيمياً أو مكانياً (محلياً)، وقد نص المشرع في قانون المرافعات على الاختصاص النوعي والذي قد يؤسس على قيمة الدعوى أو موضوعها في المواد (42-52)، كما نص على الاختصاص المحلي في المواد (53-68).

وهو الشأن أيضاً بالنسبة لقانون المرافعات المصري (المواد 42-48) بالنسبة للاختصاص النوعي، (المواد 49-62) بالنسبة للاختصاص المحلي؛ وكذلك قانون المسطرة المدنية المغربي (الفصول 18-26) بالنسبة للاختصاص النوعي، (الفصول 27-30) بالنسبة للاختصاص المحلي.

ومن خلال ما سبق، يمكن تعريف الدفع بعدم الاختصاص بأنه:

وسيلة لمباشرة الحق في الدفاع يهدف من خلالها المدعى عليه إلى حمل المحكمة على الامتناع عن الفصل في الدعوى المرفوعة أمامها لكونها (في نظره) غير مختصة بنظرها طبقاً لقواعد الاختصاص التي نص عليها المشرع⁽¹⁾.

لكن ما هو موقع هذا الدفع بين الدفوع الأخرى؟ هذا ما نتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

موقع الدفع بعدم الاختصاص بين الدفوع

يتفق الفقه والقضاء⁽²⁾، على أن الدفوع بشكل عام تنقسم من حيث الهدف الذي يسعى مقدمها إلى تحقيقه، إلى ثلاثة أقسام: الدفوع الموضوعية

(1) انظر: الكوني عبودة، قانون علم القضاء "النشاط القضائي"، مرجع سابق، ص 260، أجياد ثامر نايف الدليمي، مرجع سابق، ص 127.

(2) انظر: المراجع المشار إليها في الهوامش السابقة، طعن مدني 15/26، بتاريخ 1969/2/1م، سبق الإشارة إليه في هامش رقم 2 ص 5 من هذا البحث.

(أولاً)، الدفوع الشكلية (ثانياً)، والدفوع بعدم القبول (ثالثاً)، لذلك سيتم التطرق لهذه التقسيمات على التوالي لتحديد موقع الدفع بعدم الاختصاص. **أولاً/ الدفوع الموضوعية⁽¹⁾:**

وهي التي توجه إلى ذات الحق المدعى به⁽²⁾، ويهدف المدعى عليه من خلالها إلى الحصول على حكم برفض طلبات المدعي كلها أو بعضها لأنه لا أساس لها من القانون⁽³⁾، وهذه الدفوع ((تشمل جميع الأسباب التي قد يدلي بها المدعى عليه لنفي وجود حق المدعي موضوع الدعوى))⁽⁴⁾، كالدفع ببطلان العقد أو بالصورية أو بالتقادم... الخ.

ولذلك فإنها لا تقع تحت حصر، كما أنه بالإمكان إيدؤها في أية حالة أو مرحلة توجد عليها الدعوى إلاً أمام المحكمة العليا، حيث لا يجوز إيداء دفوع موضوعية جديدة باستثناء تلك المتصلة بالنظام العام، فيجوز للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها⁽⁵⁾، وقد نصت المادة (51) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبني على ذلك صراحةً، بعد أن عرّفت المادة (50) الدفاع الموضوعي. والحكم بقبول هذه الدفوع يترتب عليه حسم النزاع على أصل الحق، ويجوز هذا الحكم حجية الأمر المقضي⁽⁶⁾.

-
- (1) يرى الدكتور الكوني عبودة، تسميتها بالدفاع الموضوعي ويميزها عن الدفوع الشكلية أو بعدم القبول، انظر مؤلفه "النشاط القضائي"، ص 246 وما بعدها.
- (2) انظر: أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 222.
- (3) أحمد بوزقية، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 182.
- (4) نصري أنطوان زياب، ثلاثية وسائل الدفاع في أصول المحاكمات المدنية، بحث منشور بمجلة العدل، تصدر عن نقابة المحامين في بيروت- لبنان، ع1، ص 43، 2009م، ص 11، موجود على موقع النقابة على الإنترنت: www.bba.org.lb
- (5) انظر: أحمد بوزقية، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 183.
- (6) انظر: علي أحمد شكورفو، الدفع بالتحكيم وأثره على الدعوى القضائية، بحث منشور بمجلة العلوم الإنسانية، تصدرها كلية الآداب والعلوم/ الخمس، جامعة المرقب - لبيبا، ع3، سبتمبر، 2011م، ص 153.

ثانياً/ الدفع على الشكلية:

وهي تلك الدفع التي توجه إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها دون التطرق لأصل الحق المدعى به، وذلك بهدف إرجاء الفصل في الدعوى⁽¹⁾، وذهبت المحكمة العليا إلى أنّ المشرع الليبي قد جرى على حصر الدفع الشكلية فيما نص عليه منها⁽²⁾؛ ولكن جانباً من الفقه⁽³⁾ يرى وبحق أن الدفع المنصوص عليها في قانون المرافعات إنما وردت على سبيل المثال لا الحصر، وهذا ما هو سائد في أغلب التشريعات الحديثة، كقانون المرافعات المصري (م108) وقانون المرافعات الكويتي (م77) وقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني (م52).

ويبدو أنه قد آن الأوان لأن يواكب المشرع الليبي هذه التشريعات وخصوصاً التشريع الكويتي الذي جاء محكماً وواضحاً في صياغته؛ وأن يضع نظرية عامة للدفع الشكلية، لأنّ هذه الدفع وردت في نصوص متناثرة في قانون المرافعات الحالي، وتمت صياغتها بطريقة تثير الكثير من الإشكاليات، فالمادتان (76، 75) تعرضتا للدفع بعدم الاختصاص، والمادتين (78، 77) للدفع بالإحالة، والمادة (91) للدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور.

ثالثاً/ الدفع بعدم القبول:

على خلاف الدفع الموضوعية والدفع الشكلية، تهدف الدفع بعدم القبول إلى إنكار حق الخصم في طلب الحماية القضائية، فهي لا تتعرض للحق الموضوعي الذي تركز عليه الدعوى، كما لا توجه إلى إجراءات الخصومة؛

(1) انظر: أحمد بوزقية، مرجع سابق، ص183، الكوني اعبودة، قانون علم القضاء "النشاط القضائي"، مرجع سابق، ص245.

(2) انظر: طعن مدني 15/26، بتاريخ 1969/2/1م، سبقت الإشارة إليه.

(3) الكوني اعبودة، "النشاط القضائي"، مرجع سابق، ص260.

وإنما تستهدف بالأساس حق الدعوى في ذاته لانتفاء أحد شروط قبولها⁽¹⁾، كالدفع بعدم القبول لانتفاء الصفة أو المصلحة أو لسبق الفصل...

ولم يحتو قانون المرافعات على نصوص تنظم هذا النوع من الدفوع⁽²⁾، اللهم إلا إشارة عابرة له⁽³⁾ في المادة (91) التي ((أوجبت إيداء الدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور قبل الدفع بعدم قبول الدعوى و.. وإلا سقط الحق فيه..)). ولإقتراب هذا الدفع في بعض جوانبه من الدفوع الموضوعية وفي البعض الآخر من الدفوع الشكلية؛ فقد اختلف الفقه في تحديد طبيعته القانونية⁽⁴⁾، إلا أن الراجح⁽⁵⁾ هو أن الدفوع بعدم القبول تمثل نوعاً ثالثاً مستقلاً وقائماً بذاته، وهو ما تبنته المحكمة العليا حيث قضت بأن: ((الدفع بعدم القبول له طبيعة خاصة ويحتل مركزاً وسطاً فهو قوام بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية))⁽⁶⁾.

(1) انظر: نصري أنطوان زياب، ثلاثية وسائل الدفاع في أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص18، فارس علي عمر الجرجري، الدفوع بعدم قبول الدعوى، بحث منشور بمجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الموصل- العراق، مجلد (10)، ع37، 2008م، ص44 وما بعدها.

(2) بخلاف التشريعات الأخرى التي نظمت هذا الدفع، انظر مثلاً: م(115) مرافعات مصري، م(81) مرافعات كويتي، المواد(62-65) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

(3) أحمد بوزقوية، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص187.

(4) فهناك اتجاه تقليدي ساد لدى الفقه الفرنسي يذهب إلى إدماج هذا الدفع ضمن طائفة الدفوع الشكلية وعدم اعتباره دفعاً مستقلاً، في حين يذهب الاتجاه الحديث إلى التفرقة بين الدفوع بعدم القبول المتصلة بالإجراءات والدفوع بعدم القبول المتعلقة بالموضوع، وهناك من اعتبره دفعاً مستقلاً، انظر في تفصيل هذه الاتجاهات: فارس علي الجرجري، مرجع سابق، ص49 وما بعدها.

(5) انظر: الكوني عبودة، قانون علم القضاء "النشاط القضائي"، مرجع سابق، ص246، فارس علي الجرجري، المرجع السابق، ص53.

(6) طعن مدني 15/26، بتاريخ 1969/2/1م، المجموعة المفهرسة، للمستشار عمر عمرو، ج4، ق1، بند 2083، ص467.

وتقترب الدفوع بعدم القبول من الدفوع الموضوعية من حيث إمكانية إيدائها في أية حالة تكون عليها الدعوى، كما أنها لا تخضع لترتيب معين، في حين تقترب من الدفوع الشكلية في أن الحكم الصادر فيها لا يستنفذ ولاية المحكمة من حيث الموضوع.

يتضح مما سبق، أنّ الدفع بعدم الاختصاص من الدفوع الشكلية التي تهدف إلى ثني المحكمة عن الفصل في الموضوع، لكونها غير مختصة بذلك وفق قواعد الاختصاص.

المبحث الأول

مدى تعلق الدفع بعدم الاختصاص بالنظام العام

بعد أن بيّنا موقع الدفع بعدم الاختصاص ورأينا أنه من الدفوع الشكلية، فإنه من الأهمية بمكان معرفة مدى تعلقه بالنظام العام من عدمها، بالنظر لما يترتب على ذلك من نتائج مهمة.

ومن المعروف أنّ الدفوع بعدم الاختصاص تتنوع إلى الدفع بعدم الاختصاص النوعي من حيث الموضوع، والدفع بعدم الاختصاص النوعي من حيث القيمة، والدفع بعدم الاختصاص المحلي أو المكاني؛ ولعل القارئ لنص المادة (76) من قانون المرافعات يلحظ أنّ المشرع يفرق في المعاملة بين هذه الدفوع من ناحية تعلقها بالنظام العام، فمنها ما يتعلق بالنظام العام (المطلب الأول)، ومنها ما لا يتصل بالنظام العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الدفوع المتعلقة بالنظام العام

تنص المادة (1/76) مرافعات على أنه: ((إذا رفع إلى المحكمة ما ليس من اختصاصها النوعي من حيث الموضوع قررت من تلقاء نفسها عدم اختصاصها في أية حال وأية درجة كانت فيها الدعوى)).

وبالتالي فإن الدفع بعدم الاختصاص النوعي من حيث الموضوع يعتبر كالدفع بانتفاء الولاية، من متعلقات النظام العام، ذلك لأنّ قواعد الاختصاص النوعي من حيث الموضوع تمس نظام التقاضي ذاته وترتبط بالأسس التي يقوم عليها وهي أسس تتصل بالمصلحة العامة ولا علاقة لها بمصالح المتقاضين الخاصة⁽¹⁾، وقضاء المحكمة العليا يسير في هذا الاتجاه أيضاً.

وموقف المشرع الليبي هذا يتفق مع ما درجت عليه أغلب التشريعات المقارنة، والتي نصت صراحةً ودون أي لبس على تعلق هذا الدفع بالنظام العام⁽²⁾، بخلاف قانون المسطرة المدنية المغربي مثلاً والذي شابه شيء من الغموض في تنظيمه للدفع بعدم الاختصاص النوعي، مما أثار جدلاً فقهيّاً كبيراً حول تعلقه بالنظام العام أم لا⁽³⁾.

(1) انظر: عبدالمنعم عبدالعظيم جيرة، التنظيم القضائي في ليبيا، منشورات جامعة قاربيونس، بنغازي- ليبيا، ط1، 1978م، ص184.

(2) انظر: م(109) مرافعات مصري، م(78) مرافعات كويتي، م(53) أصول محاكمات مدنية لبناني.

(3) فقد ذهب البعض إلى عدم تعلق هذا الدفع بالنظام العام، وذهب آخرون إلى القول بتعلقه بالنظام العام، في حين ذهب اتجاه ثالث إلى أنه لا يمكن الحسم في مسألة تعلق الدفع أو عدم تعلقه بالنظام العام فهو لم يعد من صميم النظام العام وفي نفس الوقت لم يفقد كل علاقته به، انظر بتوسع هذا الجدل الفقهي لدى: جلال محمد امهمول، الدفع بعدم الاختصاص وفكرة النظام العام، مجلة المرافعة، ع1، س1، يونيو 1992م، ص107 وما بعدها، الحسين الحايبة، موقف الفقه والقضاء من الطبيعة القانونية لوسائل توزيع الاختصاص، بحث منشور بمجلة الفقه والقانون المغربية، ع16، فبراير 2014م، ص219 وما بعدها، موجود على الرابط: www.majalah.new.ma

ويترتب على اعتبار الدفع بعدم الاختصاص النوعي من حيث الموضوع من الدفوع المتصلة بالنظام العام ومن ثم عدّه من الدفوع المطلقة؛ مجموعة من النتائج المهمة تتمثل في التالي (1):

- يتعين على المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها النوعي من حيث الموضوع من تلقاء نفسها وذلك في أية حال وأية درجة تكون فيها الدعوى كما جاء في النص السابق، ولو لم يدفع الخصوم أو النيابة بذلك، ولا يُحتج عليها هنا بقاعدة عدم جواز قضاء المحكمة بشيء لم يطلبه الخصوم.
- على النيابة العامة إذا كانت قد تدخلت في الدعوى كطرف منظم أن تثير هذا الدفع ولو لم يثره أي من الخصوم
- ليس للخصوم أن يتفقوا على مخالفة قواعد الاختصاص النوعي من حيث الموضوع لتعلقها بالنظام العام، ومثل هذا الاتفاق يعتبر لاغياً ولا يعتد به ولا يقيد أي من الطرفين في الدفع بعدم الاختصاص، كما لا يحول بين المحكمة وبين الحكم بعدم الاختصاص؛ وحيث أنه لا عبرة باتفاق الطرفين الصريح على مخالفة قواعد الاختصاص النوعي من حيث الموضوع، فإنه لا اعتداد أيضاً بقبولهما الضمني للاختصاص والمستفاد بالنسبة للمدعي من رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة، وبالنسبة للمدعى عليه من تطرقه وخوضه في الموضوع.
- يجوز للخصوم سواء المدعي أو المدعى عليه إثارة هذا الدفع في أية حالة أو مرحلة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، وكذلك الحال بالنسبة للمتدخل الانضمامي والمتدخل الهجومي، إذ يجوز لكل منهما إثارة هذا الدفع.

(1) انظر: أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص415، عبدالمنعم جيرة، التنظيم القضائي في ليبيا، مرجع سابق، ص184، إشكالية الاختصاص في ظل قانون المسطرة المدنية، مقال منشور بمجلة القانون والأعمال المغربية بتاريخ 2013/12/28م، موجود على الرابط: www.droitentreprise.org، دون ذكر لاسم الباحث.

خلاصة القول، إن الدفع بعدم الاختصاص النوعي من حيث الموضوع يعد من الدفوع المطلقة التي يمكن إثارتها في أية حالة تكون عليها الدعوى، ويجب في القانون الليبي أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها في حال مخالفة قواعد الاختصاص النوعي من حيث الموضوع.

المطلب الثاني

الدفوع غير المتعلقة بالنظام العام

رأينا أنّ الدفع بعدم الاختصاص النوعي من حيث الموضوع يعتبر من متعلقات النظام العام بصريح نص المادة (1/76) مرافعات، ويأتي الآن الدور لمعرفة مدى تعلق الدفوع، بعدم الاختصاص النوعي من حيث القيمة وبعدم الاختصاص المحلي، بالنظام العام، وذلك بالرجوع إلى ذات المادة المشار إليها في فقراتها اللاحقة، وإذا كان النص صريحاً بالنسبة للدفع بعدم الاختصاص المحلي كما سنرى (ثانياً)، فإنه ليس كذلك بالنسبة للدفع بعدم الاختصاص النوعي من حيث القيمة (أولاً)؛ لذلك سأتناول كل من الدفوع على حدة كالتالي:

أولاً/ الدفع بعدم الاختصاص النوعي من حيث القيمة:

تنص المادة (2/76) مرافعات على أن: ((كما تقرر محكمة الدرجة الأولى من تلقاء نفسها عدم اختصاصها من حيث القيمة في أي وقت أثناء نظر الدعوى)).

إنّ القراءة الأولية لهذا النص، قد تقود إلى القول بتعلق الدفع الذي نحن بصدده بالنظام العام أمام محكمة الدرجة الأولى فقط.

فمثل هذا الإيجاب من المشرع على المحكمة بأن تقرر من تلقاء نفسها عدم اختصاصها من حيث القيمة في أي وقت أثناء نظر الدعوى، لا يمكن أن يفهم إلا في إطار تعلق قواعد الاختصاص النوعي من حيث القيمة، وبالتالي الدفع بعدم الاختصاص المتصل بها بالنظام العام، ولكن قصر المشرع هذا

الإيجاب على محكمة الدرجة الأولى دون سواها، يدفع من جهة أخرى إلى القول بعدم تعلق هذا الدفع بالنظام العام⁽¹⁾.

ولإزالة هذا اللبس الواضح في صياغة المشرع للنص المذكور، لا مناص من الرجوع إلى أحكام القضاء وتحديداً قضاء المحكمة العليا، التي لم تكن هي الأخرى بمنأى عن التأثير بهذا التناقض في موقف المشرع، لينعكس ذلك على قضائها، حيث ذهبت في البداية إلى أن: ((الدفع بعدم الاختصاص النوعي والمتعلق بقيمة الدعوى هو من المسائل المتعلقة بالنظام العام والتي يتعين على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها...))⁽²⁾.

ثم عادت المحكمة عن قضائها هذا، لتقضي في حكم آخر لها بأنه: ((يبين من نص المادة 76 مرافعات أنها فرقت بين الاختصاص النوعي من حيث موضوع الدعوى والاختصاص القيمي فجعلت الأول من النظام العام يثار في أية حالة كانت عليها الدعوى أما الثاني فلا يثار الدفع به من قبل الخصوم أو المحكمة إلا أمام محكمة الدرجة الأولى... وهذا لا يرجع إلى أنه من النظام العام ولكن يرجع إلى الترخيص للمحكمة إذا لابسها الشك في التقدير بالتدخل في تقدير قيمة الدعوى عن طريق فحص المستندات أو عن طريق تعيين خبير طبقاً لنص المادة 28 مرافعات))⁽³⁾.

ومن تاريخ هذا الحكم استقرت المحكمة العليا على عدم تعلق الدفع بعدم الاختصاص النوعي من حيث القيمة بالنظام العام، وبالتالي لا تملك المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها إلا في مرحلة الدرجة الأولى،

(1) انظر: عبدالمنعم جيرة، التنظيم القضائي في ليبيا، مرجع سابق، ص 201.

(2) طعن مدني 5/20، بتاريخ 1960/6/27م، قضاء المحكمة العليا الاتحادية، القضاء المدني، ج 2، ص 113.

(3) طعن مدني 16/43، بتاريخ 1970/6/30م، مجلة المحكمة العليا، س 7، ع 1، ص 146،

انظر في مناقشة أسباب هذا الحكم: عبدالمنعم جيرة، التنظيم القضائي في ليبيا، مرجع سابق، ص 203، هامش 2.

كما لا يملك الخصوم إثارة هذا الدفع أمام محكمة الدرجة الثانية، إلا في حالة: ((إذا كان المدعى عليه غائباً وصدّر عليه الحكم غيابياً فإن له أن يثير هذا الدفع أمام محكمة الدرجة الثانية))⁽¹⁾، يضاف إلى ذلك أنه بإمكان ذوي الشأن أن يتفقوا على مخالفة قواعد الاختصاص النوعي من حيث القيمة.

ويحسن بالمشرع أن يكون أكثر وضوحاً ويتدخل بتعديل تشريعي ينص فيه صراحة⁽²⁾، على اعتبار الدفع بعدم الاختصاص النوعي من حيث القيمة من متعلقات النظام العام شأنه شأن الدفع بعدم الاختصاص النوعي من حيث الموضوع، على الرغم من أن المحكمة الابتدائية أصبحت - كالمحكمة الجزئية - تشكل من قاضٍ واحد عندما تجلس كمحكمة أول درجة⁽³⁾؛ وهو السبب الذي كان يتم الاستناد عليه في تبرير موقف المشرع من عدم اعتباره للدفع بعدم الاختصاص النوعي من حيث القيمة من النظام العام قبل صدور قانون نظام القضاء رقم (6) لسنة 2006م⁽⁴⁾، والذي كانت مادته (3/16) قبل التعديل، تنص

(1) طعن مدني 18/46، بتاريخ 18/4/1972م، المجموعة المفهرسة، للمستشار عمر عمرو، ج4، ق1، بند 1669م، ص90.
(2) على غرار التشريعات المقارنة، انظر: م(109) مرافعات مصري، م(78) مرافعات كويتي.

(3) وذلك بموجب المادة الأولى من القانون رقم (22) لسنة 2012م بتعديل حكم بالقانون رقم (6) لسنة 2006م بشأن نظام القضاء، والتي نصت على أن يُستبدل نص المادة 16 المشار إليها لاحقاً في المتن، من القانون رقم (6)، بالنص الذي أتت به، والذي أعادت بموجبه الوضع إلى ما كان عليه قبل صدور القانون رقم (6)، بحيث أصبحت الأحكام تصدر عن المحكمة الابتدائية من قاضٍ واحد عندما تجلس كمحكمة أول درجة، ومن ثلاثة قضاة لا تقل درجة اثنين منهم عن قاضٍ من الدرجة الأولى عندما تتعقد بهيئة استئنافية؛ نُشر القانون رقم (22) لسنة 2012م بتعديل حكم بقانون نظام القضاء، بالجريدة الرسمية، ع8، س1، بتاريخ 29/5/2012م، ص429.

(4) نُشر القانون بمدونة التشريعات، ع3، س7، بتاريخ: 13/3/2007م، ص82.

على أن تصدر أحكام المحكمة الابتدائية من ثلاثة قضاة لا تقل درجة أحدهم عن قاض من الدرجة الأولى، وذلك عندما تتعدّد كمحكمة أول درجة.

ثانياً/ الدفع بعدم الاختصاص المحلي:

تقضي المادة (4/76، 3) مرافعات بأنه: ((لا يجوز الدفع بعدم الاختصاص المحلي إلا في الجلسة الأولى عند نظر الدعوى ابتدائياً. ولا يقبل ذلك الدفع إذا لم يتضمن تعيين المحكمة التي اعتبرها الخصم مختصة، فإذا وافق الطرف الآخر على ذلك التعيين كانت المحكمة المعينة بالاتفاق هي المختصة)).

وهذا النص واضح وصريح في أن الدفع بعدم الاختصاص المحلي هو دفع نسبي لا يتعلق بالنظام العام⁽¹⁾، إذ لو كان كذلك لما قيّد المشرع مسألة تقديمه بضرورة أن يُدفع به في الجلسة الأولى عند نظر الدعوى ابتدائياً. ويرجع ذلك إلى أن قواعد الاختصاص المحلي لا تمس نظام التقاضي، وإنما يهدف المشرع من خلالها إلى مراعاة مصالح المتقاضين الخاصة بالدرجة الأولى، وذلك من خلال التيسير عليهم وجعل القضاء قريب منهم قدر الإمكان⁽²⁾. ويترتب على ما سبق أنه ليس للمحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها المحلي من تلقاء نفسها دون أن يدفع أمامها المدعى عليه بذلك، كما لا يجوز للنيابة العامة إذا كانت متدخلة في الدعوى لإبداء الرأي أن تثير هذا الدفع⁽³⁾.

(1) وهو الحال أيضاً في قانون المرافعات المصري م(108)، بينما ميّز قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني بين نوعين من الاختصاص المكاني، أحدهما عادي وله طابع نسبي، وآخر استثنائي وله طابع إلزامي لتعلقه بالنظام العام، انظر: م(53)، م(96) وما يليها.

(2) انظر: نجلاء توفيق فليح، الدفوع الشكلية في قانون المرافعات "دراسة مقارنة"، بحث منشور بمجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الموصل-العراق، مجلد (10/2)، ع25، 2005م، ص91.

(3) انظر: عبدالمنعم جبيرة، التنظيم القضائي في ليبيا، مرجع سابق، ص262.

يضاف إلى ذلك أن من يملك الحق في إثارة هذا الدفع هو المدعى عليه وحده ومن يتدخل في الدعوى منضماً إليه، شريطة أن يتضمن دفعه تعيين المحكمة التي يراها مختصة حتى يُقبل، أما المدعي فلا يملك ذلك لأنه رافع الدعوى، والأمر نفسه ينطبق على المتدخل انضماماً إليه والمتدخل الهجومي، إذ يأخذان حكمه⁽¹⁾.

وأخيراً، يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص المحلي، وهذا الاتفاق كما قد يكون صريحاً يمكن أن يكون ضمناً يُستفاد من سكوت المدعى عليه وعدم دفعه بعدم الاختصاص، فمثل هذا الاتفاق يقيد الخصوم ويقيد المحكمة وفق نص المادة (76) سالفه الذكر.

وينبغي الإشارة إلى أن من قواعد الاختصاص المحلي ما يتصل بالنظام العام كقواعد توزيع الاختصاص المحلي على محاكم الدرجة الثانية⁽²⁾، وبالتالي فإن الدفع المتعلق بمخالفة هذه القواعد يتعلق هو الآخر بالنظام العام، مع ما يترتب على ذلك من نتائج.

المبحث الثاني

النظام القانوني للدفع بعدم الاختصاص

يقصد بالنظام القانوني لهذا الدفع، التعرض للأحكام المتصلة به سواء من حيث إثارته (المطلب الأول)، أو من حيث الفصل فيه من قبل المحكمة (المطلب الثاني)، بغية استجلاء ما قد يوجد من إشكاليات لمحاولة اقتراح الحلول المناسبة لها، وذلك على النحو التالي:

(1) انظر: فارس علي عمر، التدخل في الدعوى المدنية، بحث منشور بمجلة الرافدين

للحقوق، مجلد 11، ع41، 2009م، ص28 وما بعدها

(2) انظر: عبدالمنعم جيرة، مرجع سابق، نفس الصفحة.

المطلب الأول

إثارة الدفع بعدم الاختصاص

بصدد الحديث عن وقت وكيفية إبداء الدفع بعدم الاختصاص، لا يوجد أي إشكال يمكن أن يثار فيما يتعلق بالدفع المتصلة بالنظام العام والتي تمس نظام التقاضي دون أن تتعلق بمصالح المتقاضين؛ حيث إن القاعدة بالنسبة لهذه الدفوع أنه يمكن إثارتها والتمسك بها في أية حالة وأية درجة تكون عليها الدعوى، كما أن على المحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها، مثلما سبق وأن أُشير إلى ذلك في موضعه.

ولكن الإشكاليات التي يمكن أن تبرز بصدد دراسة الدفع بعدم الاختصاص، إنما ترتبط بالدفع غير المتصلة بالنظام العام، وهي في القانون الليبي- كما رأينا- الدفع بعدم الاختصاص النوعي من حيث القيمة والدفع بعدم الاختصاص المحلي.

وكل ذلك يرجع بالدرجة الأولى إلى أن قانون المرافعات لا يزال متأخراً جداً فيما يتعلق بتنظيمه للدفع بصفة عامة، لا سيما الدفوع الشكلية بصفة خاصة التي من بينها الدفوع بعدم الاختصاص؛ وهذا التخلف التشريعي- إن صح التعبير- ما يلبث أن يظهر للعيان بالدراسة المقارنة لبعض التشريعات المتقدمة في هذا الموضوع وبالتحديد قانوني المرافعات الكويتي والمصري.

فالمشرع الليبي اكتفى في المادة (4/76، 3، 2) والمشار إليها آنفاً، بالنص على حكم خاص بكل دفع فيما يتعلق بوقت إبدائه.

حيث سبق وأن بيّنا أن قضاء المحكمة العليا استقر على وجوب أن يثار الدفع بعدم الاختصاص النوعي من حيث القيمة أمام محكمة أول درجة، وأنه يمتنع على الخصوم إثارته بعد ذلك، كما أشرنا أيضاً إلى أن المشرع كان صريحاً بصدد الدفع بعدم الاختصاص المحلي حيث قيّد الخصوم بعدم جواز إبدائه إلا في الجلسة الأولى عند نظر الدعوى ابتداءً.

ولكنه لم ينص على حكم عام واحد بالنسبة لسائر الدفوع الشكلية غير المتصلة بالنظام العام؛ فلم يبين كيف يتم إبداء هذه الدفوع في حال تعددها، هل تُبدى دفعة واحدة أم لا بد من مراعاة ترتيب معين في إبدائها؟ وكذلك في حال تعدد الأوجه التي يُبنى عليها الدفع الواحد، فضلاً عن أنه لم يبين صراحةً ما هو الجزاء المترتب على مخالفة ما نص عليه بصدد ما من أحكام على قتلها وتضاربها⁽¹⁾.

وأمام هذا الوضع المتضارب للدفوع بصفة عامة في القانون الليبي، وبالتحديد الدفوع الشكلية، لم تجد المحكمة العليا بُدأً من التدخل لإكمال هذا النقص التشريعي الواضح، حيث قضت في حكم قديم لها بأن: ((القانون لا يجيز التراخي في إبداء الدفوع الشكلية بل يوجب على الخصوم التمسك بها قبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق فيها))⁽²⁾، وهذه هي القاعدة المستقرة في الفقه والقانون المقارنين⁽³⁾.

ولقد كان قانون المرافعات الكويتي أكثر تقدماً في هذا الصدد؛ فالمادة (77) منه جاءت بحكم عام وشامل في صياغة منضبطة وواضحة لا تحتل

(1) وإن كان المشرع قد نص على ذلك صراحةً بالنسبة للدفع ببطلان أوراق التكاليف بالحضور في المادة (91) مرافعات؛ ما دفع بالبعض إلى القول بأنه لا يوجد ما يمنع من تعميم هذه الأحكام على سائر الدفوع الشكلية الأخرى غير المتصلة بالنظام العام بطريق القياس، انظر: الكوني عبودة، قانون علم القضاء "النشاط القضائي"، مرجع سابق، ص250؛ وهذا القول جدير بالتأييد لتجنب إطالة أمد النزاع، والحيلولة بين الخصم وبين تمسكه بهذه الدفوع وفق هواه وبطريقة كيدية، ولكن التأييد لا يعني الإكتفاء بهذا الرأي والسير على مقتضاه إلى ما لا نهاية، بل لا بد من تدخل المشرع لتعميم هذه الأحكام صراحةً على سائر الدفوع الشكلية غير المتصلة بالنظام العام.

(2) طعن مدني 5/11، بتاريخ 1961/5/6م، قضاء المحكمة العليا الاتحادية، القضاء المدني، ج2، ص250.

(3) انظر: المراجع المشار إليها في الهوامش السابقة، وكذلك: م(108) مرافعات مصري، م(77) مرافعات كويتي.

اللبس، فبعد أن عددت في بدايتها بعض الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام على سبيل المثال، نصت على: ((وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام))⁽¹⁾، ثم أوجبت أن يتم إيداء هذه الدفوع معاً عند التعدد، وذلك قبل إيداء أي دفع إجرائي آخر⁽²⁾ أو طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول.

وتستطرد المادة بعد ذلك لتبين صراحةً الجزاء المترتب على مخالفة ما سبق وهو السقوط، أي سقوط حق الخصم في إثارتها بعد ذلك، وسقوطه أيضاً إذا لم يُبدها في صحيفة الطعن، ثم تنتهي بالنص على وجوب: ((إيداء جميع الوجوه التي يبني عليها الدفع المتعلق بالإجراءات غير المتصل بالنظام العام معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها))⁽³⁾.

ولذلك فإنني أقترح على المشرع الليبي أن يحذوا حذو المشرع الكويتي، وأن يضع فصلاً خاصاً بالدفوع في قانون المرافعات، بحيث يفرق عند تنظيمه للدفوع الشكلية – والتي تعد الدفوع بعدم الاختصاص من ضمنها – بين ما يتصل منها بالنظام العام وبين ما لا يتعلق بالنظام العام، وأن يضع نصاً خاصاً لكل طائفة من هاتين الطائفتين يبين فيه صراحةً كيفية إيدائها ووقت التمسك بها، والجزاء المترتب على مخالفة ذلك بالنسبة للدفوع غير المتصلة بالنظام العام.

(1) في حين اكتفى المشرع المصري في المادة (108) مرافعات بعبارة وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات فقط.

(2) لم ترد هذه العبارة في المادة (108) مرافعات مصري.

(3) الفقرة 3 من المادة (108) مرافعات مصري جاءت قاصرة وليست على هذه الدرجة من الوضوح، حيث نصت: "يجب إيداء جميع الوجوه التي يبني عليها الدفع المتعلق بالإجراءات"، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الكويتي: إن هذا التوسع في إسقاط الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام من شأنه أن يبسط الإجراءات ويقف حائلاً دون اللد في الخصومة، كما أن من شأنه تلافياً لإضاعة الوقت والجهد والمصروفات.

مع التأكيد على ضرورة أن ينص المشرع على اعتبار الدفع بعدم الاختصاص النوعي من حيث القيمة من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، شأنه شأن الدفع بانتفاء الولاية وبعدم الاختصاص النوعي من حيث الموضوع، بحيث يجوز إيدؤها جميعاً في أية حالة تكون عليها الدعوى، كما تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها.

المطلب الثاني

الفصل في الدفع بعدم الاختصاص

بعد أن يثار الدفع بعدم الاختصاص ويتم التمسك به من قبل الخصم وفق ما نص عليه المشرع، يتعين على المحكمة أن ترد على هذا الدفع مادام جوهرياً⁽¹⁾، وأن تفصل فيه إما بالرفض أو بالقبول مع ما يترتب على أي من القضائين من نتائج.

ولكن السؤال الذي يمكن أن يثار في هذا الصدد هو: هل تفصل المحكمة في الدفع بعدم الاختصاص بشكل مستقل وقبل الفصل في الموضوع، أم أن بإمكانها أن تأمر بضم الدفع إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً بحكم واحد؟ المشرع الليبي وعلى عكس التشريعات المقارنة⁽²⁾، لم يأت بنص صريح يحكم هذه الجزئية، ولكن الأصل والمنطق يقتضيان أن يتم الفصل في الدفع على استقلاله وقبل التطرق للموضوع، لأن الفصل في الدفع قد يغني المحكمة عن نظر الموضوع والحكم فيه وذلك إذا ما قبلت الدفع وحكمت بعدم الاختصاص.

وقد أجازت التشريعات المقارنة للمحكمة أن تأمر بضم الدفع إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً بحكم واحد، شريطة أن تبين ما حكمت به في كل

(1) انظر: طعن مدني 18/34، بتاريخ 1972/6/6، المجموعة المفهومة، للمستشار عمر عمرو، ج4، ق1، بند 2092، ص473: "إن الدفع الواجب الرد عليه هو الذي يكون لمقدمه من ورائه مصلحة، ويكون في ذاته جائز القبول ومؤثراً في الدعوى".

(2) انظر: م(83) مرافعات كويتي، م(2/108) مرافعات مصري.

من الدفع والموضوع؛ ويرى جانب من الفقه⁽¹⁾ أن هذا الضم غير متصور إلا في حالة رفض المحكمة للدفع وعدم قبولها له، إذ من غير الممكن أن تقبل المحكمة الدفع وتنتقل لبحث الموضوع.

ويثور التساؤل أيضاً حول طبيعة قرار المحكمة عندما تفصل في الدفع سواء بالرفض أو بالقبول؛ هل يعتبر قرارها حكماً أم أمراً؟ وما الذي يترتب على ذلك من حيث إمكانية الطعن أو التظلم؟

لمعرفة طبيعة قرار المحكمة حين تفصل في الدفع بعدم الاختصاص، لا بد من إلقاء نظرة على المادتين (119، 118) من قانون المرافعات. تنص المادة (1/118) على أن: ((يعتبر قرار المحكمة حكماً حين تقضي في الموضوع، أو حين تقبل دفعاً من الدفوع السابقة على الدخول في الموضوع...)).

وتنص المادة (119) على أن: ((يعتبر قرار المحكمة أمراً حينما ترفض الدفوع العارضة دون أن تفصل في موضوع الدعوى...)).

وعليه، فإنه وفقاً لنص المادة (119) يعتبر قرار المحكمة أمراً إذا رفضت الدفع بعدم الاختصاص، وهذا الأمر ليس أمراً على عريضة فهو لا يمس الحق الموضوعي، وإنما هو أمر إجرائي محض يتعلق بسير الخصومة⁽²⁾، كما أنه لا يترتب عليه انتهاء الخصومة أمام المحكمة ولا يحول بينها وبين الاستمرار في نظر موضوع الدعوى⁽³⁾.

وقد خص المشرع هذه الأوامر بقواعد خاصة تختلف عن تلك المقررة بالنسبة للأحكام، أوردها في المواد (120-123) من قانون المرافعات تتعلق بكيفية إصدارها والتظلم منها وإبلاغ الخصوم بها.

(1) انظر: الكوني عبودة، قانون علم القضاء "النشاط القضائي"، مرجع سابق، ص 262.

(2) انظر: أحمد بوزقية، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 282.

(3) انظر: علي شكورفو، الدفع بالتحكيم وأثره على الدعوى القضائية، مرجع سابق،

ونصت المادة (3/120، 2) على أن: ((للخصوم عند تقديم طلباتهم النهائية في الموضوع أن يقدموا تظلماً ضد الأمر الصادر أثناء سير الدعوى. وفي هذه الحالة يجوز أن يشمل الطعن في الحكم الأمر الذي حصل التظلم منه)). أي أنه لكي يشمل الطعن في الحكم الفاصل في الموضوع هذا الأمر، يجب أن يتم التظلم منه عند تقديم الطلبات النهائية في الموضوع.

ووفقاً لنص المادة (1/118) يُعتبر قرار المحكمة حكماً إذا قبلت الدفع بعدم الاختصاص، ويترتب على ذلك انتهاء الخصومة أمام المحكمة، كما أن المحكمة بإصدارها لهذا الحكم تكون قد استنفذت ولايتها بالنسبة للدفع نفسه ولكنها لم تستنفذ ولايتها بالنسبة لموضوع الدعوى؛ وعلى ذلك فإنه إذا تم الطعن على هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف وقامت بإلغائه فإنها لا تملك أن تنتظر في الموضوع، وإنما يتوجب عليها أن تعيد القضية إلى محكمة أول درجة لأنها لم تستنفذ ولايتها إلا بالنسبة للدفع، أما الموضوع فلم تفصل فيه بعد؛ وذلك احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين⁽¹⁾.

ولكن هل يحوز حكم المحكمة الصادر بقبول الدفع حجية الشيء المحكوم فيه؟
إنَّ الحجية كما هو معروف لا تثبت إلا للأحكام القطعية، ((أي تلك التي تفصل في موضوع الدعوى، كله أو جزء منه أو مسألة متفرعة عنه))⁽²⁾، وبصدد حكم المحكمة بقبول الدفع بعدم الاختصاص، هناك من ذهب إلى أنه يعتبر حكماً قطعياً، ولكنه لا يحوز حجية الشيء المحكوم فيه لأنه صدر في مسألة إجرائية وليس فاصلاً في الموضوع، فهو لا يمس أصل الحق المدعى به، ولذلك فإنه لا يحول دون تجديد المطالبة القضائية وإعادة طرح الموضوع على القضاء مرة أخرى⁽³⁾.

(1) انظر: نجلاء توفيق فليح، الدفوع الشكلية في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 126.

(2) أحمد بوزقية، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 295، والحجية تقتصر على منطوق هذه الأحكام فقط.

(3) انظر: الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، (د.ن)، (د.ط)،

وهذا ما ذهبت إليه أيضاً المحكمة العليا، حيث قضت بأنه: ((من المبادئ القانونية المجمع عليها أن حجية الأمر المقضي لا يكون إلا لحكم قطعي بث في الموضوع...))⁽¹⁾.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه⁽²⁾، إلى أن هذا الحكم هو حكم قطعي يحوز حجية الشيء المحكوم فيه فيما يتعلق بالمسألة التي فصل فيها وهي مسألة الاختصاص فقط، دون أن تمتد هذه الحجية إلى الموضوع والذي لم يتطرق إليه الحكم أصلاً، ويبدو أن هذا الرأي هو الأقرب إلى الصواب، لأن هذا الحكم يعتبر فصلاً حاسماً في الدفع من جانب المحكمة ولا رجوع فيه من قبلها.

وفيما يتعلق بالطعن على حكم المحكمة الصادر بقبول الدفع، فإن المشرع أجاز الطعن في الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع على استقلال وفور صدورهما، إذا كانت منهيّة للخصومة، وذلك ما يُستفاد من نص المادة (1/300) مرافعات، بمفهوم المخالفة.

وإذا حكمت المحكمة بقبول الدفع وقضت بعدم الاختصاص، فهل تلتزم بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة؟

(1) طعن مدني 11/3، بتاريخ 1965/6/26م، المجموعة المفهرسة، ج4، ق1، بند 1611، ص47.

(2) انظر: أحمد بوزقية، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص289، عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ط3، 2011م، ص659، أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م، ص284.

قانون المرافعات لم يتضمن نصاً صريحاً يحكم هذه المسألة⁽¹⁾، ولكن المحكمة العليا قضت بأنه وإن لم يرد نص صريح في القانون يسمح بالإحالة فإنه لا يوجد في القانون ما يمنعها⁽²⁾، خاصة وأن الإحالة مجرد إجراء ولائي لا يقتضي ورود نص صريح يجيزه⁽³⁾، وفي ذلك اقتصاد للوقت والجهد والنفقات وتبسيط للإجراءات.

(1) على عكس قانون المرافعات المصري م(110)، قانون المرافعات الكويتي م(2/78)، والذان ألزما المحكمة عندما تقضي بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة، مع إلزام المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها. ويحسن بالمشروع الليبي أن يواكب التشريعين في ذلك.

(2) انظر: طعن مدني 11/12، بتاريخ 1966/2/12م، مجلة المحكمة العليا، س2، ع3، ص22.

(3) انظر: إشكالية الاختصاص في ظل قانون المسطرة المدنية، مقال سبقت الإشارة إليه.

الخاتمة

مرّت رحلتنا في هذا البحث بثلاث محطات رئيسية، بدأت بتعريف الدفع بعدم الاختصاص وتحديد موقعه بين الدفوع، لتنتقل إلى بيان مدى تعلق هذا الدفع بالنظام العام، ثم تنتهي بالتعرف على النظام القانوني له من خلال توضيح وقت وكيفية إثارته وكيف يتم الفصل فيه، لتخلص إلى تسجيل النتائج التالية:

- يعتبر الدفع بعدم الاختصاص من الدفوع الشكلية التي يهدف من خلالها المدعى عليه إلى حمل المحكمة على الامتناع عن الفصل في الدعوى المرفوعة أمامها لكونها غير مختصة بنظرها طبقاً لقواعد الاختصاص النوعي (الموضوعي والقيمي) والمحلي.

- إن المشرع يفرق بين الدفوع بعدم الاختصاص من ناحية تعلقها بالنظام العام، حيث نص صراحةً على تعلق الدفع بعدم الاختصاص النوعي من حيث الموضوع بالنظام العام، بأن أوجب على المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها في أية حالة وأية درجة تكون فيها الدعوى، ولكنه لم يكن واضحاً بالنسبة للدفع بعدم الاختصاص النوعي من حيث القيمة، حيث أوجب على محكمة الدرجة الأولى فقط أن تقرر من تلقاء نفسها عدم اختصاصها من حيث القيمة في أي وقت أثناء نظر الدعوى، الأمر الذي دعا المحكمة العليا إلى التدخل لتفسير النص، حيث استقرت على عدم تعلق هذا الدفع بالنظام العام، بينما نص صراحةً على عدم تعلق الدفع بعدم الاختصاص المحلي بالنظام العام، وذلك بتقييده للخصوم بضرورة أن يتم التمسك به في الجلسة الأولى عند نظر الدعوى ابتدائياً.

- لم يضع المشرع نظرية عامة للدفوع، وبالتحديد الدفوع الشكلية حيث وردت في نصوص متناثرة، فالدفوع بعدم الاختصاص التي تعد من الدفوع الشكلية اكتفى المشرع بالنص على حكم خاص لكل منها فيما يتعلق بوقت إيدائه، دون أن يبين كيف يتم ذلك ولا الجزاء المترتب على المخالفة، كما أنه لم ينص على كيفية الفصل في الدفع بعدم الاختصاص، هل على استقلال أم

يمكن الفصل فيه مع الموضوع بحكم واحد؟ ولا على إلزام المحكمة عند الحكم بعدم الاختصاص بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة. ولذلك، فإنني أقترح على المشرع أن يواكب التشريعات المقارنة، ويستحدث فصلاً خاصاً بالدفع في قانون المرافعات، وأن يفرق عن تنظيمه للدفع الشكلية - والتي تعد الدفع بعدم الاختصاص من ضمنها -، بين ما يتعلق منها بالنظام العام وبين ما لا يتعلق به، بحيث يضع نصاً خاصاً لكل من الطائفتين بأن يبين بالنسبة للدفع غير المتصلة بالنظام العام كيف يتم إيدؤها عند التعدد وعند تعدد الأوجه التي يبني عليها الدفع الواحد، ووقت ذلك، وأن ينص صراحة على الجزاء المترتب على مخالفة ذلك وهو السقوط.

ونقترح أيضاً أن يتم إدراج الدفع بعدم الاختصاص النوعي من حيث القيمة ضمن الدفع المتعلقة بالنظام العام إلى جانب الدفع بانتقاء الولاية وبعدم الاختصاص النوعي من حيث الموضوع، بحيث يجب على المحكمة أن تقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، وفي نفس الوقت يجوز للخصوم التمسك بها، وذلك في أية حالة تكون عليها الدعوى.

وأن يبين في نص صريح أن على المحكمة أن تفصل في الدفع على استقلال، وأنه يجوز لها أن تأمر بضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما بحكم واحد، شريطة أن تبين ما حكمت به في كل من الدفع والموضوع، وأن يلزم المحكمة حين تحكم بعدم الاختصاص أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة مع إلزام الأخيرة بنظرها.

والله من وراء القصد، وهو يهدي إلى سواء السبيل

2014/05/13م

قائمة المراجع

أولاً/ الكتب:

- أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة عشر، 1990م.
- أحمد عمر بوزقية، قانون المرافعات "دروس موجزة لطلاب القانون"، منشورات جامعة قاربيونس، بنغازي- ليبيا، ج1، الطبعة الثانية، 2008م.
- الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، (د.ن)، (د.ط)، (د.ت).
- الكوني علي اعبودة، قانون علم القضاء "النظام القضائي الليبي"، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس- ليبيا، الطبعة الثالثة، 2003م، قانون علم القضاء "النشاط القضائي"، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس - ليبيا، الطبعة الثانية، 2003م.
- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، الطبعة الثالثة، 2011م.
- عبدالمنعم عبدالعظيم جيرة، التنظيم القضائي في ليبيا، منشورات جامعة قاربيونس، بنغازي - ليبيا، الطبعة الأولى، 1978م.

ثانياً/ البحوث والمقالات:

- إبراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية "دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمقارن"، بحث منشور على الرابط: www.alhson.com
- أجياد ثامر نايف الدليمي، الدفع بعدم الاختصاص المكاني في الدعوى الاعتراضية، بحث منشور بمجلة الراافدين للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الموصل - العراق، مجلد (8/ السنة 11)، ع30، 2006م.

• الحسين الحايطة، موقف الفقه والقضاء من الطبيعة القانونية لوسائل توزيع الاختصاص، بحث منشور بمجلة الفقه والقانون، مجلة مغربية إلكترونية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، ع16، فبراير 2014م، موجودة على الرابط:

www.majalah.new.ma

• جلال محمد امهمول، الدفع بعدم الاختصاص وفكرة النظام العام، مجلة المرافعة، ع1، س1، يونيو 1992م.

• علي أحمد شكورفو، الدفع بالتحكيم وأثره على الدعوى القضائية، بحث منشور بمجلة العلوم الإنسانية، تصدرها كلية الآداب والعلوم/ الخمس، جامعة المرقب - ليبيا، ع3، سبتمبر 2011م.

• فارس علي عمر، التدخل في الدعوى المدنية، بحث منشور بمجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الموصل - العراق، مجلد 11، ع41، 2009م.

• فارس علي عمر الجرجري، الدفوع بعدم قبول الدعوى، بحث منشور بمجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الموصل - العراق، مجلد (10) ع37، 2008م.

• نجلاء توفيق فليح، الدفوع الشكلية في قانون المرافعات "دراسة مقارنة"، بحث منشور بمجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الموصل - العراق، مجلد (2/ السنة 10)، ع25، 2005م.

• نصري أنطوان نياب، ثلاثية وسائل الدفاع في أصول المحاكمات المدنية، بحث منشور بمجلة العدل، تصدر عن نقابة المحامين في بيروت - لبنان، ع1، س43، 2009م، موجود على موقع النقابة على الإنترنت:

www.bba.org.lb

- إشكالية الاختصاص في ظل قانون المسطرة المدنية، مقال منشور بمجلة القانون والأعمال المغربية، بتاريخ: 2013/12/28م، موجود على موقع المجلة على الإنترنت:

www.droitentreprise.org

ثالثاً/ القوانين:

- قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة 1953م وتعديلاته.
- قانون رقم (6) لسنة 1374 و.ر، (2006م) بشأن نظام القضاء، مدونة التشريعات، عدد 3، السنة السابعة، 13/3/1375 و.ر، وتعديلاته.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، رقم 13 لسنة 1968م.
- قانون المرافعات المدنية العراقي، رقم 83 لسنة 1969م.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، رقم 38 لسنة 1980م ومذكرته الإيضاحية.

- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، رقم 90 لسنة 1983م.
- قانون المسطرة المدنية المغربي رقم 1.74.447، الصادر بتاريخ 1974/09/28م، صيغة محيّنة بتاريخ 2013/05/30م، منشور بموقع وزارة العدل والحريات المغربية على الإنترنت:

www.justice.gov.ma

رابعاً/ المجموعات القضائية:

- قضاء المحكمة العليا الاتحادية، القضاء المدني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، أبريل 1963.
- مجلة المحكمة العليا.
- عمر عمرو، المجموعة المفهومة لكافة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا في عشر سنوات (1964-1974م)، الجزء الرابع، المبادئ المدنية والتجارية، ق1، دار مكتبة النور، طرابلس - ليبيا، 1977م.

تولي المرأة منصب القضاء في الفقه الإسلامي

د. أحمد عثمان احميدة*

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله،
وعلى آله وصحبه ومن والاه.

أما بعد:

فإن من أعظم الأمور التي أمر الشارع الحكيم بحفظها تلك المتعلقة
بالحقوق الخاصة بكل فرد من أفراد المجتمع، حيث بيّن الطرق والوسائل التي
تضمن لكل فرد حقه المشروع في المجتمع، وجعل من تلك الوسائل القضاء
والذي به فض الخصومات وحل المنازعات، ومن خلال البحث في مصنفات
الفقهاء نجد أنهم يشترطون فيمن يتولى هذا الأمر العظيم شروطاً وضوابط، وذلك
لخطورة هذا المنصب وأهميته.

وهذه الشروط والضوابط منها ما كان محل اتفاق بين الفقهاء، ومنها ما
وقع فيه الخلاف بينهم، ومن تلك الشروط التي كانت مثار خلاف بينهم شرط
"الذكورة" فيمن يتولى منصب القضاء.

وقبل النظر والبحث في هذه الجزئية يجب أن أبين أن الوظيفة الأولى
والمهمة الأساسية للمرأة هي بناء الأسرة.

فالأصل أن وظيفة المرأة هي أمومتها وتربية أبنائها، وحسن قيامها
بواجباتها الزوجية، ولكن هذا لا ينفي عملها وتعلمها، إذ إن عمل المرأة وتعلمها
قد أقرهما إسلامنا الحنيف، لكن هذا الأمر يحتاج إلى إقامة توازن بين المهمة

(* عضو هيئة التدريس بكلية القانون، الخمس، جامعة المرقب.

الأساسية داخل الأسرة ومهامها الأخرى في المجتمع، وهذا لا يتم إلا عن طريق التعاون والتوافق بين الزوجين⁽¹⁾.

والباحث في الشرع الإسلامي يرى أن الإسلام قد وضع ضوابطاً وآداباً عامة لعمل المرأة خارج بيتها، وهي آداب رسمها الشارع الحكيم ليصون بها الأخلاق والأعراض، ويحفظ بها كيان الأسرة دون أن تتعطل مسيرة الحياة، ومن هذه الآداب غض البصر، واجتناب الخلوة، ومزاحمة الرجال، وارتداء الزي المحتشم، والجد في التخاطب مع الغير، والوقار في المشية والحركة، كل هذا ليبقى المجتمع مجتمعاً مُعافى مصوناً من الانحراف⁽²⁾.

هذا من ناحية، أما من ناحية شروط تولي منصب القضاء، فقد اتفق الفقهاء على شروط معينة، رأوا أنه لا بد من توافرها فيمن يتولى هذا المنصب، إلا أنهم اختلفوا في شروط أخرى كشرط الذكورة، فتباينت آراؤهم في هذه المسألة فمن قائل بمنع المرأة من تولي منصب القضاء، ومن قائل بالجواز، والبعض الآخر يقول بالجواز المقيد.

والهدف من هذا البحث عرض هذه الآراء وبيان أدلتها ومناقشتها والترجيح بينها، وبيان الرأي الفقهي الذي تبناه المشرع الليبي، كما أنني من خلال هذا البحث أردت توضيح أمرين أشار إليهما الفقهاء وهما:

- إن القول المنسوب للإمام ابن جرير الطبري والذي ينص على جواز تولي المرأة القضاء هو غير صحيح وخطأ من الناحيتين التاريخية والموضوعية.
- الكثير يجانب الصواب أولاً يفهم الأمر على الوجه الصحيح عندما يقول: إن مذهب الإمام أبي حنيفة يجيز للمرأة أن تتولى القضاء، ذلك أن الإمام أبا حنيفة مع جمهور الفقهاء في القول بعدم الجواز للمرأة تولي منصب القضاء ابتداءً.

(1) تولي المرأة منصب القضاء، عارف علي عارف، دار النفائس، دار الفجر، عمان، ط1،

1999م، ص7.

(2) الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 82/7.

وقد رأيت أن تكون خطة البحث وفقاً للتالي:

المطلب الأول: ماهية القضاء وشروطه.

الفرع الأول: تعريف القضاء.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها فيمن يتولى منصب القضاء.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في تولي المرأة منصب القضاء.

الفرع الأول: القائلون بالمنع.

الفرع الثاني: القائلون بالجواز المقيد.

المطلب الثالث: الترجيح بين الآراء وبين الرأي الفقهي الذي تبناه القانون

الليبي.

وأخيراً ذيلت البحث بخاتمة بينت فيها أهم نتائج البحث، وختمته بفهرس للمراجع، وما كان في هذا البحث من كمال فهو بفضل الله وتوفيقه، وما وقع فيه من نقص فهو من نفسي ومن الشيطان، وأستغفر الله في ذلك، وألتمس من إخواني تنبيهي إليه، ولهم مني جزيل الشكر وجميل الدعاء، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

المطلب الأول:

ماهية القضاء وشروطه

التعريف بالشيء هو بيان معناه، وتعريف القضاء في الشرع يستلزم

بيان معناه في اللغة، وسوف أتناول ذلك في الفرع الآتي:

الفرع الأول: تعرف القضاء

أولاً: القضاء لغة:

جاء في لسان العرب أن القضاء هو الحكم، وأصله قضاي، لأنه من قضيت، إلا أن الياء لما أتت بعد الألف همزت، والجمع أقضية⁽¹⁾.

وهو يأتي في اللغة على معان عدة منها:

الأمر، قال تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ إِيَّاكُمْ لِيَأْمُرُنَّ بِالْعَنَادِ وَالْحَرَمِ وَالْحُرِّمِ﴾⁽²⁾، ومنها الصنع والتقدير، يقول تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾⁽³⁾، ومنها الموت، قال تعالى: ﴿وَنَادُوا يَا مَالِكُ لِيَقْضِ عَلَيْنَا رَبُّكَ قَالَ إِنَّكُمْ مَا كُنْتُمْ﴾⁽⁴⁾، ومنها المضي، يقول تعالى: ﴿ثُمَّ أَقْضُوا إِلَيَّ وَلَا تُنظِرُونَ﴾⁽⁵⁾، ومنها إمضاء الشيء وإحكامه، وهذا المعنى يجمع كل ما تقدم من معان، فيقال: قضى عليه، أي: أماته، وقضى الشيء بمعنى فرغ منه، وقضى، أي حكم وفصل⁽⁶⁾.

وقد استعمل القضاء أيضاً في العبادة التي تؤدي خارج وقتها الذي حدده الشارع لها، كما توصف بالأداء إذا أقيمت في وقتها المحدد، وهذا الأمر مخالف للوضع اللغوي، لكنه اصطلاح متعارف عليه عند أهل الفقه للتمييز بين الوقتين⁽⁷⁾.

(1) لسان العرب لابن منظور، تحقيق: أمين محمد، ومحمد الصادق، د.ت، مادة: قضى، 579/8.

(2) سورة الإسراء، الآية: 23.

(3) سورة فصلت، الآية: 12.

(4) سورة الزخرف، الآية: 77.

(5) سورة يونس عليه السلام، الآية: 71.

(6) لسان العرب، مرجع سابق.

(7) المصباح المنير للفيومي، المكتبة العصرية، بيروت، ط1، 1996م، مادة: قضى، ص262.

ثانياً: القضاء في الاصطلاح:

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف القضاء، وكانت على النحو الآتي:

— عند فقهاء الأحناف:

ذهب بعض فقهاء الأحناف إلى أن القضاء معناه: "الحكم بين الناس بالحق، والحكم بما أنزل الله عز وجل"⁽¹⁾.

وذهب البعض الآخر إلى أنه: "فصل الخصومات، وقطع المنازعات"⁽²⁾، وزاد بعضهم على هذا التعريف "على وجه الخصوص" ليخرج به الصلح بين الخصمين⁽³⁾.

— عند فقهاء المالكية:

حدّه ابن عرفة بقوله: (صفة حكّمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي، ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين)⁽⁴⁾. وعرفه الشيخ أحمد الدردير بأنه: (حكم حاكم، أو محكم بأمر ثبت عنده كدين، وحبس، وقتل، وجرح، وضرب، وسب، وترك صلاة ونحوها، وقذف، وشرب، وزناً، وسرقة، وغصب، وعدالة، وضدها، وذكورة، وأنوثة، وموت، وحياة، وجنون، وعقل، وسفه، ورشد، وصغر، وكبر، ونكاح، وطلاق، ونحو ذلك ليرتب على ما ثبت عنده مقتضاه، أو حكمه بذلك المقتضى)⁽⁵⁾.

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، تحقيق: محمد تامر وآخرون، دار الحديث، القاهرة، طبعة سنة 2005م، 79/9.

(2) حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، دار الفكر، بيروت، طبعة سنة 2000م، 490/5.

(3) المصدر نفسه 490/5.

(4) شرح حدود ابن عرفة للرصاع، تحقيق: محمد أبو الأجدان والطاهر العموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1993م، 567/2.

(5) الشرح الصغير لأحمد الدردير، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة، طبعة سنة 1952م، 329/2.

— عند فقهاء الشافعية:

عرفه بعضهم بأنه: (فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى)⁽¹⁾.

وعرفه البعض الآخر بأنه: (الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية، وهو إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه)⁽²⁾.

— عند فقهاء الحنابلة:

عرفه البعض بأنه: (تبيين الحكم الشرعي، والالتزام به، وفصل الخصومات)⁽³⁾.

وعُرف أيضاً بأنه: (الالتزام بالحكم الشرعي، وفصل الخصومات)⁽⁴⁾.
ومما سبق نستنتج أن جمهور الفقهاء على أن القضاء هو: (إنشاء إطلاق، أو إلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا)⁽⁵⁾.

الفرع الثاني**الشروط الواجب توافرها فيمن يتولى منصب القضاء**

استلزم الشرع الإسلامي شروطاً يجب توافرها في القاضي حتى يكون أهلاً لولاية القضاء، وأهم هذه الشروط:

- (1) مغني المحتاج، شمس الدين الخطيب الشربيني، تحقيق: محمد تامر، الشيخ شريف، دار الحديث، القاهرة، طبعة سنة 2006م، 282/6.
- (2) زاد المحتاج، عبد الله الكوهجي، تحقيق: عبد الله الأنصاري، المكتبة العصرية، بيروت، طبعة سنة 1988م، 510/4.
- (3) منتهى الإرادات، تقي الدين الفتوحى، تحقيق: عبد الغني عبد الخالق، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1996م، 390/2.
- (4) كشف القناع، منصور البهوتي، تحقيق: محمد الضناوي، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1997م، 249/5.
- (5) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، شهاب الدين أحمد القرافي، تحقيق: أحمد فريد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004م، ص10.

– الإسلام:

يعتبر منصب القضاء ولاية عامة، وهي لا تكون إلا للمسلم لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾⁽¹⁾، وعلى هذا إجماع العلماء إذا ما كان طرفا النزاع مسلمين، أو أحدهما مسلماً، أما إذا كانت الخصومة بين طرفين غير مسلمين فهناك رأيان:

الرأي الأول: يشترط في القاضي أن يكون مسلماً، وهو رأي جمهور الفقهاء⁽²⁾.
الرأي الثاني: يرى جواز تولية غير المسلم القضاء في حالة ما إذا كان النزاع بين غير المسلمين، وهو رأي فقهاء الأحناف⁽³⁾.

– البلوغ:

ومن خلال هذا الشرط لا يجوز تقليد غير البالغ، لأنه لا ولاية له على نفسه، لما روى عنه - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: **(تعوذوا من رأس السبعين وإمارة الصبيان)**⁽⁴⁾.

فالحديث فيه دليل على عدم صحة أن يكون الصبي قاضياً، ويقول الشيرازي في هذا: **(لا يجوز أن يكون القاضي صغيراً، لأنه إذا لم يجز أن يكون شاهداً فلا أن يكون قاضياً أولى)**⁽⁵⁾.

ذلك لأن القضاء يحتاج إلى كمال عقل وفطنة، والصبي لا يتوافران فيه، لأنه ناقص الأهلية، فكيف له أن يتولى القضاء!

(1) سورة النساء، الآية: 141.

(2) بداية المجتهد لابن رشد الحفيد، تحقيق: محمد حلاق، دار المغني، الرياض، طبعة سنة 2011م، 4/464، مواهب الجليل للحطاب، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995م، 8/69، مغني المحتاج 6/287.

(3) حاشية ابن عابدين 5/493، 494، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، ط3، 2011م، ص24.

(4) نيل الأوطار للشوكاني، تحقيق: طارق بن عوض الله، دار ابن القيم وابن عفان، القاهرة، ط2، 2008م، 10/521.

(5) المذهب للشيرازي، دار الفكر، بيروت، طبعة سنة 2005م، 2/407.

- الحرية:

يشترط جمهور الفقهاء الحرية فيمن يتولى القضاء، وبرروا ذلك بقولهم: إن العبد مشغول بحقوق سيده، فلا يتقرغ لمصالح الأمة⁽¹⁾. وفي ذلك يقول أبو الوليد الباجي: (وجه ذلك أن منافع العبد مستحقة لسيده، فلا يجوز أن يصرفها للنظر بين المسلمين)⁽²⁾.

- العدالة:

وقد حدّها الماوردي بقوله: (أن يكون صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، متوقياً المآثم، بعيداً من الريب، مأموناً في الرضى والغضب، مستعملاً لمروءة مثله في دينه ودنياه، فإذا تكاملت فيه فهي العدالة التي تجوز بها شهادته، وتصح معها ولايته، وإن اتخزم منها وصف منع من الشهادة والولاية، فلم يسمع له قول، ولم ينفذ له حكم)⁽³⁾.

كما حدّها بعضهم بقوله: (هي اجتناب الكبائر، وتوقي الصغائر، وحفظ المروءة، وفي هذا يقول ابن عاصم في منظومته:

والعدل من يجتنب الكبائر ويتقي في الغالب الصغائر⁽⁴⁾

- سلامة الحواس:

بمعنى أن يكون القاضي سميعاً بصيراً متكلماً، إذ لا يجوز أن يتولى الأصم القضاء، لأنه ليس بمقدوره سماع دعوى الخصم، ولا دفاعهم.

(1) الروض المربع، منصور البهوتي، تحقيق: سعيد اللحام، دار الفكر، بيروت، طبعة سنة 1999م، ص462.

(2) المنتقى للباجي: مطبعة السعادة، القاهرة، ط1، 1332هـ، 5/183.

(3) الأحكام السلطانية للماوردي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط3، 1973م، ص66.

(4) شرح ابن الناظم لتحفة الحكام، ابن عاصم الأندلسي، تحقيق: إبراهيم الجنابي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2013م، 411/1.

كما لا يجوز أن يتولى الأعمى القضاء لكونه غير قادر على التمييز بين المدعي والمدعى عليه، ولا يعرف المقر من المقر له، ولا التفرقة بين الشهود والخصوم⁽¹⁾.

يقول أبو الوليد الباجي: (وهو مذهب أبي حنيفة، والشافعي، وقد بلغني ذلك عن مالك، والدليل على صحة هذا القول أن في تقديمه للقضاء تضييقاً على المسلمين في طرق القضاء وإنفاذ الأحكام)⁽²⁾.

إلا أن بعض فقهاء الشافعية ذهبوا إلى جواز تولي الأعمى القضاء، وسندهم في ذلك أن نبي الله شعبياً - على نبينا وعليه الصلاة والسلام. كان أعمى، وكان متولياً للقضاء⁽³⁾.

أما الأخرس فلا يجوز أن يتولى القضاء، لكونه غير قادر على الكلام، ولا أن يفهم جميع الناس إشارته، كما أنه غير قادر على معرفة دعاوى الخصوم وأقوالهم.

- الاجتهاد:

ويقصد به علم القاضي بالأحكام الشرعية أصولها وفروعها، بمعنى أن يكون عالماً بكتاب الله - عز وجل - وبسنة رسوله - صلى الله عليه وسلم - وبأقوال السلف فيما أجمعوا عليه، وفيما اختلفوا فيه، وعالماً بالقياس وأصوله، وبناءً على هذا فلا يجوز تولية الجاهل للقضاء، وبهذا قال مالك والشافعي وبعض الأحناف، وقال بعضهم: يجوز أن يكون عامياً فيحكم بالتقليد، لأن الغرض منه فصل الخصائم، فإذا أمكنه ذلك بالتقليد جاز⁽⁴⁾.

(1) المغني لابن قدامة، دار الفكر، بيروت، طبعة سنة 1992م، 382/11.

(2) المنتقى، مرجع سابق، 183/5.

(3) المغني لابن قدامة، مرجع سابق، 382/11، روضة الطالبين للنووي، دار الفكر بيروت،

ط1، 2005م، 266/9.

(4) المغني لابن قدامة، المرجع السابق نفسه، 383/11.

– الذكورة:

وهو ما سآفرد له بالتفصيل في المبحث التالي، لكونه مسألة البحث المراد إيضاحها.

المطلب الثاني**آراء الفقهاء في تولي المرأة منصب القضاء**

اختلف الفقهاء في كون الذكورة شرطاً في تولي منصب القضاء، وسبب اختلافهم غياب النصوص الصريحة في هذه المسألة، فمن قاس القضاء على الإمامة العظمى منع المرأة من تولي القضاء، ومن آجاز ذلك قاسه على الفتيا، وبما أنه يجوز أن تكون مفتية آجاز أن تكون قاضية، ومن قال بنفاذ قضائها إذا وليت في غير الحدود والقصاص قاسه على الشهادة، ولما كانت المرأة أهلاً للشهادة في غير الحدود والقصاص، آجاز أن تكون أهلاً للقضاء في الأموال.

ولبيان آراء الفقهاء في تولي المرأة منصب القضاء لايبء لنا من استعراض آراء القائمين بمنع والقائلين بالجواز، وهذا ما آبينه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: آراء الفقهاء القائلون بالمنع.

الفرع الثاني: آراء الفقهاء القائلون بالجواز.

الفرع الأول: القائلون بالمنع.

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية إلى عدم جواز تولي المرأة القضاء مطلقاً، وإذا وليت يأثم المؤلّي، وتكون ولايتها باطلة، وقضاؤها ليس بنافذ، ولو كان فيما تقبل فيه شهادتها⁽¹⁾.

(1) بداية المجتهد، مرجع سابق، 4/464، المغني لابن قدامة 11/381، تبصرة الحكام لابن فرحون بهامش فتح العلي المالک للشيخ عيش، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، طبعة سنة 1985م، 1/24، مغني المحتاج، مرجع سابق، 6/288، كشاف القناع، مرجع سابق، 5/257.

ودليلهم فيما ذهبوا إليه ما يأتي:

— قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ...﴾⁽¹⁾.

فالآية الكريمة أفادت حصر القوامة في الرجال، والمعنى أن القوامة للرجال على النساء، وليست للنساء على الرجال، وهذا يستلزم أن لا ولاية للمرأة في القضاء، وإلا لكان للمرأة قوامة على الرجل وتقديم لها عليه تقديم لمن أضره الله تعالى، وهذا عكس ما تفيدته الآية الكريمة⁽²⁾.

وقد نوقش الدليل بأن المراد بهذه القوامة ولاية تأديب الزوج زوجته، حيث إن سبب نزولها أن سعد بن الربيع - رضي الله عنه - نشزت امرأته فاطمها فأنت النبي - صلى الله عليه وسلم - شاكية، فقال لها: بينكما القصاص، فأنزل الله تعالى: ﴿وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَى إِلَيْكَ وَحْيُهُ﴾⁽³⁾، فأمسك - صلى الله عليه وسلم - حتى نزل قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾⁽⁴⁾. فقال صلى الله عليه وسلم: أردت أمراً وأراد الله غيره⁽⁵⁾.

وهذا النقاش تدفعه القاعدة الأصولية العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، ولفظ الآية عام في القيام عليهن في كل الأمور، إلا ما دل الدليل على إخراجها من هذا العموم، وهو الولايات الخاصة، لكونها وصية على أولادها وما إلى ذلك⁽⁶⁾.

(1) سورة النساء، الآية: 34.

(2) تولي المرأة منصب القضاء: 20.

(3) سورة طه، الآية: 114.

(4) سورة النساء، الآية: 34.

(5) أحكام القرآن لابن العربي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت،

طبعة سنة 1996م، 1/530.

(6) نظام القضاء في الإسلام، جمال المرصفاوي، جامعة الإمام محمد بن سعود، طبعة سنة

1991م، ص28.

— قوله صلى الله عليه وسلم: **(لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة)**⁽¹⁾، أي جعلوا لها ولاية عامة من رئاسة أو وزارة أو إدارة أو قضاء، وقوله صلى الله عليه وسلم: "يا معشر النساء أكثرن الاستغفار، فإني رأيتكن أكثر أهل النار، فقالت امرأة منهن: وما لنا يا رسول الله أكثر أهل النار، قال: تكثرن اللعن، وتكفرن العشير، وما من ناقصات عقل ودين أغلب لذوي اللب منكن، قالت: يا رسول الله، وما نقصان العقل والدين؟ قال: **(أما نقصان العقل شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل، فهذا من نقصان العقل، وتمكث الليالي لا تصلي، وتفطر في رمضان، فهذا نقصان الدين)**⁽²⁾.

وهذا الأمر من لوازم المرأة لا ينفك عنها لأنه أمر جبلي، فحصيلته هذا الدليل أن هناك نهياً ثابتاً في السنة عن تولية المرأة القضاء، وهو نهى لوصف لازم، والمرجح في الأصول أنه يقتضي البطلان، فلا تجوز ولا تصح ولاية المرأة القضاء⁽³⁾.

وقد رد ابن حزم على المستدل بهذا الحديث في منعه ولاية المرأة القضاء بقوله: **(إنما قال ذلك رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في الأمر العام الذي هو الخلافة، برهان ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "والمرأة راعية على مال زوجها، وهي مسئولة عن رعيها)**⁽⁴⁾.

— احتجوا بأن الإجماع كان منعقداً على عدم جواز توليتها وإثم موليتها، فلا يعتد بخلاف ذلك بعد انقراض عصر المجمعين من غير دليل معتبر: لقوله تعالى:

(1) أخرجه البخاري في المغازي، باب: كتاب النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى كسرى وقيصر، حديث رقم: 4163.

(2) أخرجه مسلم في الإيمان، باب: بيان نقص الإيمان بنقص الطاعات، حديث رقم: 79.

(3) نظام القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص 29.

(4) المحلى لأبن حزم، تحقيق: لجنة إحياء التراث، دار الجبل ودار الآفاق، بيروت، ط بلا

﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾⁽¹⁾.

وهنا لا يجوز مخالفة مسألة تم الإجماع عليها، لأن الأمة لا تجتمع على صلاة، إذ ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن⁽²⁾.

يقول الماوردي: (وشذ ابن جرير الطبري، فجوز قضاءها في جميع الأحكام، ولا اعتبار بقول يرده الإجماع)⁽³⁾.

— قالوا بأن حضور المرأة مجلس القضاء وفيه الرجال يخالف آداب الإسلام، الذي يدعو إلى صون المرأة، والمحافظة على سمعتها، كما أن القضاء يحتاج إلى فطنة وتمام عقل، وهذا غير متحقق في المرأة على سبيل الكمال لتأثرها بالعاطفة المجبولة عليها، كما أنها ليست أهلاً لمنصب الإمامة العظمى، ولا للولاية على البلدان بالإجماع لأنوثتها، فكذاك ليست أهلاً لتولي منصب القضاء للعلة نفسها.

وقد رد المعارض الدليل بقوله: إن نقصان المرأة عن الرجل لم يصل إلى حد تبرير سلب ولايتها، بدليل أنها تكون شاهدة، ووصية على الأيتام، ومادام لها أهلية الولاية فيجوز تقلدها منصب القضاء، ومنعها من تولي الإمامة العظمى لا يستلزم منعها من تولي القضاء، لأن الإمامة فيها من المهام أضعاف مهام القضاء⁽⁴⁾.

— قوله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَىٰ﴾⁽⁵⁾.

فإنه - سبحانه وتعالى - في الآية أمر المرأة بالقرار في البيت، وولاية القضاء توجب عليها الخروج والاختلاط بالرجال، وهذا مما ينافي نص الآية.

(1) سورة النساء، الآية: 115.

(2) نظام القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص 31.

(3) الأحكام السلطانية للماوردي، مرجع سابق، ص 65.

(4) نظام القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص 31.

(5) سورة الأحزاب، الآية: 33.

يقول ابن كثير - رحمه الله - في تفسير قوله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾ أي: ألزمن بيوتكن فلا تخرجن لغير حاجة⁽¹⁾.

- ومن حيث الواقع ثبت عدم تحمل المرأة النظر في بعض القضايا التي موضوعها القتل والدماء، حيث ورد أن إحدى القاضيات قد أعمي عليها مجلس القضاء أثناء نظرها في قضية موضوعها قتل⁽²⁾.

الفرع الثاني: القائلون بالجواز

انقسم الفقهاء القائلون بجواز تولي المرأة لمنصب القضاء إلى فريقين منه من قال بالجواز المقيد ومنهم من قال بالجواز المطلق، وهذا ما ابينه تباعاً في التالي:

أولاً: القائلون بالجواز المقيد:

في البداية يجب التنويه إلى نقطة هامة، وهي أن السائد لدى العديد من أهل الشرع والقانون أن فقهاء الأحناف أجازوا تولي المرأة القضاء عدا الحدود والقصاص، وهذا الرأي يعتبر غير صحيح، ومرد ذلك غموض كتابات بعض فقهاء الأحناف، حيث إنهم ذهبوا إلى عدم جواز تولي المرأة القضاء، إلا أنهم يقولون لو أنها وليت وحكمت في بعض القضايا فإن حكمها لا ينفذ إلا في تلك الأمور التي تقبل فيها شهادتها، فهم يرون أن الذكورة ليست شرطاً في صحة التولية، وإن كانت التولية محرمة شرعاً، إلا أن الإثم على موليتها لارتكابه محرماً، وإذا قضت فيما وليت عليه صح ومضى قضاؤها فيما عدا الحدود والقصاص، أما فيهما فقضاؤها لا ينفذ، وإن وافق الكتاب والسنة⁽³⁾. والدليل على خطأ ما ذهب إليه هؤلاء أمران:

(1) تفسير ابن كثير، دار المصرية اللبنانية، القاهرة، ط2، 1990م، 464/3.

(2) حكم تولي المرأة القضاء، إبراهيم السفيني، د.ت، د.ط، ص4.

(3) ولاية المرأة القضاء، طارق عبد الجواد شبل، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط،

– الأمر الأول:

نصوص كتب المذهب الحنفي مفادها تأييم من ولّى المرأة القضاء، فهذا صاحب كتاب تنوير الأبصار يقول: (والمرأة تقضي في غير حد وقود، وإن أثم المولي)⁽¹⁾.

وهذا القول صريح في عدم جواز توليها أمر القضاء حيث لا إثم إلا بارتكاب أمر غير مشروع، كما أنه صريح في أن قضاءها لا ينفذ في الحدود والقصاص وينفذ في غيرهما.

أما ابن الهمام فيقول أثناء رده على استدلال الجمهور بحديث "لم يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة" على عدم جواز توليتها، وعلى عدم نفاذ حكمها لو وليت ما نصه: "والجواب أن ما ذكر غاية ما يفيد منع أن تستقضي وعدم حله، والكلام فيما لو وليت، وأثم المقلد بذلك: أو حكمها خصمان فقضت قضاءً موافقاً لدين الله، أكان ينفذ أم لا؟ لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله، إلا أن يثبت شرعاً سلب أهليتها"⁽²⁾.

وهذا القول صريح أيضاً في موافقة الأحناف جمهور الفقهاء في منع المرأة تولي القضاء، والخلاف بينهم إنما هو في نفاذ الحكم الموافق للحق بعد إثم المولي لها، فالأحناف يقولون بنفاذه في غير الحدود والقصاص، وغيرهم يقولون بعدم النفاذ⁽³⁾.

– الأمر الثاني:

إن رئيس القضاة كان في أغلب العصور حنفياً، وكانت مهمة تولية القضاء موكلة إليه في جميع أنحاء البلاد الإسلامية، وعلى الرغم من هذا لم يؤثر عنه قط تولية منصب القضاء لامرأة، ولو كان ذلك جائزاً لا إثم فيه لوقع ولو مرة⁽⁴⁾.

(1) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، 5/587.

(2) شرح فتح القدير لابن الهمام الحنفي، دار الفكر، بيروت، د.ط، 7/298.

(3) نظام القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص26.

(4) نظام القضاء في القرآن، المرجع السابق، ص26.

ومنشأ الزلل في فهم مذهب الأحناف سببه العبارة الواردة في كتاب الهداية، والفتح، والعناية، وغيرها، والتي نصها: (يجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص)⁽¹⁾.

ففهم البعض أن المراد بلفظ القضاء الحكم، ولما كان حكمها جائزاً نافذاً كانت توليتها جائزة، إذ جواز الحكم ونفاذه فرع التولية وصحتها، فيلزم من جواز الحكم ونفاذه جواز التولية والتقليد.

وهذا الفهم يعتبر خاطئاً، إذ ليس المراد بالقضاء في العبارة المذكورة التولية والتقليد، لأن التولية فعل المولي، والقضاء فعل القاضي، فلا يدل أحدهما على الآخر لاختلافهما، كما أنه لا يلزم من جواز حكمها ونفاذه جواز توليتها، إذ قد تكون توليتها غير جائزة، ويكون قضاؤها بناءً على هذا التولية نافذاً، بناءً على موقف الأحناف من مسألة النهي ومقتضاه⁽²⁾. وقد استند هذا الفريق على الأدلة الآتية:

— قياس قضاء المرأة على شهادتها، إذ إن شهادتها تصح فيما عدا الحدود والقصاص، والقضاء مبني على الشهادة، ولهذا لو قضت جاز قضاؤها فيما تصح فيه شهادتها⁽³⁾.

وقد رد المعارض هذا الدليل بقوله: إن الولاية في الشهادة تغاير الولاية في القضاء، وهذا يستلزم أن تكون أهلية الشهادة مغايرة لأهلية القضاء، فولاية القضاء شاملة تلزم الحق مباشرة دون واسطة من أحد، أما ولاية الشهادة فهي خاصة قاصرة لا تلزم إلا بواسطة حكم قضائي، فالفرق متحقق بينهما، وإذا تحقق الفرق فلا يصح بناء أحدهما على الآخر⁽⁴⁾.

(1) شرح فتح القدير، مرجع سابق، 297/7.

(2) نظام القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص26.

(3) بدائع الصنائع 81/9، شرح فتح القدير 297/7.

(4) ولاية المرأة القضاء، ص305.

كما رد الطحاوي هذا الدليل بقوله: "قال النبي - صلى الله عليه وسلم: (لا يؤم أمير في إمارته) فدل على أن الإمامة في الصلاة للولادة دون غيرهم، فلما لم تكن المرأة إماماً للرجال، دل على خروجها ممن يصلح أن يكون أميراً، فلا يجوز أن تكون قاضياً"⁽¹⁾.

— قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾⁽²⁾، فالآية وردت عامة تشمل الرجال والنساء، وعامة أيضاً من حيث الأمانات، حيث إنها لم تفرق بين القضاء وغيره، ومن أعظم الأمانات أمانة منصب القضاء.

— ليس هناك نص شرعي يسلب المرأة أهليتها بالكلية، ولم يرد في الشرع إلا نقصان عقلها، حيث إنها تصلح أن تكون وصية على الأيتام، كما تصلح أن تكون ناظرة وقف، كما أن نقصان عقلها منسوب إلى جنس النساء، فيجوز في الأفراد خلاف ذلك، إذ إن من النساء من يفوق بعض الرجال فيما ذكر كأم المؤمنين السيدة عائشة - رضي الله عنها، ولكن الغالب هو العكس.

لذلك إذا قضت المرأة وفقاً للكتاب والسنة فليس هناك ما يمنع من صحة قضائها بشرط إلا يكون ذلك في حد أو قصاص.

وقد رد المعارض هذا الدليل بقوله: إذا كان الأحناف يؤيدون جمهور الفقهاء في عدم جواز تولي المرأة القضاء، فإن ذلك كان يستلزم أن يرتب الأحناف النتيجة المنطقية لذلك، وهي عدم صحة قضائها إذا قضت، ولكنهم لم يأخذوا بهذا الترتيب المنطقي للأمور، فأجازوا صحة قضائها في غير الحدود والقصاص⁽³⁾.

(1) مختصر اختلاف العلماء للطحاوي، تحقيق: عبد الله نذير، دار البشائر، بيروت، ط2، 2007م، 205/4.

(2) سورة النساء، الآية: 58.

(3) ولاية المرأة القضاء، ص304، 305.

ونخلص إلى ما تقدم أن فقهاء الأحناف مع جمهور الفقهاء في القول بعدم تولي المرأة القضاء، وأن الخلاف بينهم وبين الجمهور إنما هو في نفاذ حكمها بعد إثم موليتها، فالجمهور على عدم نفاذ حكمها مطلقاً، والأحناف يرون نفاذه بشرطين:

— كونه في غير حد أو قصاص.

— أن يكون موافقاً لنصوص الكتاب والسنة الشريفة⁽¹⁾.

ثانياً: القائلون بالجواز المطلق:

ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الذكورة ليست شرطاً فيمن يتولى منصب القضاء، وعلى هذا ابن القاسم من فقهاء المالكية، وابن جرير الطبري، وابن حزم الظاهري، كما أنه لا إثم على موليتها، وأحكامها نافذة وصحيحة، وهذا يشمل عند ابن جرير وابن حزم جميع الأحكام حتى تلك الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالدماء والفروج، ويضيق عند ابن القاسم فلا يشمل إلا الأموال، وما لا يطلع عليه إلا النساء⁽²⁾. وحجتهم فيما ذهبوا إليه الأدلة الآتية:

— المرأة مخاطبة بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وبقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾⁽³⁾، وهذا النص عام للرجال والنساء، إلا حيث ورد النص بالفرق بينهما، فيستثنى حينئذ من العموم، وقد استثنيت المرأة من الحكم في الإمامة العظمى، وبقي العام على عمومته⁽⁴⁾.

(1) نظام القضاء في الإسلام، ص 27.

(2) الأحكام السلطانية للماوردي، ص 65، المحلى لابن حزم 429/9، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 464/4، المغني لابن قدامة 381/11، مواهب الجليل 65/8، ويقول الحطاب: (الأظهر قول ابن زرقون، وهو أن توليها القضاء جائز فيما تجوز فيه شهادتها). مواهب الجليل 65/8.

(3) سورة النساء، الآية: 58.

(4) المحلى لابن حزم 430/9.

وقد رد المعارض هذا الدليل بقوله: إن الآية الكريمة قد فسرها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بقوله: ((القضاة ثلاثة، واحد في الجنة، واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ففضى به، ورجل عرف الحق وجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس عن جهل فهو في النار))⁽¹⁾.
 - قالوا بأن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يقع دليل المنع، فكل من يصلح للفصل في الخصومة يجوز توليه للقضاء، والمرأة صالحة وقادرة على ذلك، وليس هناك ما يمنعها، وعليه يصح قضاؤها، وأنوتتها ليست حائلاً دون فهم الحجج وإصدار الأحكام.

وقد رد المعارض بقوله: إن دليل المنع قائم، وقد أخرج المرأة عن أصل الإباحة، وهذا الدليل هو ما استدل به الجمهور من الكتاب والسنة والإجماع على عدم جواز توليتها القضاء، زد على هذا كون المرأة لا يتأتى منها الفصل في الخصومة على وجه الكمال لانسياقها وراء العاطفة، وما تعثر بها من أمور كالحمل، والحيض، والإرضاع، والتي من شأنها أن تؤثر على فهمها للحجج وإصدارها للحكم⁽²⁾.

- قالوا بأن المرأة كما تكون مفتية يجوز أن تكون قاضية.

وأجيب عن هذا الدليل بأن هناك فرقاً بين الإفتاء والقضاء، فالإفتاء ليس من باب الولايات، بل هو مجرد إخبار عن حكم شرعي غير ملزم، أما القضاء فهو من باب الولايات، وهو إخبار مقترن بالزام، ومن هنا فليست هناك علة جامعة بينهما حتى يصح القياس والإلحاق⁽³⁾.

(1) الحديث أخرجه أبوداود في الأفضية، باب: في القاضي يخطئ، حديث رقم: 3573، وابن

مجاهه في الأحكام، باب: الحاكم يجتهد فيصيب الحق، حديث رقم: 2315.

(2) نظام القضاء في الإسلام، ص32.

(3) ولاية المرأة القضاء، ص309.

– قياسهم القضاء على الحسبة، فقد روي أن عمر بن الخطاب – رضي الله تعالى عنه – ولّى الشفاء – امرأة من قومه – السوق⁽¹⁾، كما أن سمراء بنت نهيك الأسيديّة – رضي الله عنها – أدركت الرسول – صلى الله عليه وسلم – وعمر – رضي الله عنه – وكانت تمر في الأسواق، وتأمّر بالمعروف وتتهى عن المنكر، وتضرب الناس على ذلك بسوط كان معها...⁽²⁾.

وقد رد المعارض هذا الدليل بقوله: إنه لم يصح عن عمر بن الخطاب – رضي الله تعالى عنه – ذلك، وقد ذهب ابن العربي إلى القول بأن: (ما روي أن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – قدم امرأة على حسبة السوق لم يصح فلا تلتفتوا إليه، إنما هو من دسائس المبتدعة في الأحاديث)⁽³⁾.

ويؤيد ما ذهب إليه ابن العربي أمران:

– أحدهما: أنه مخالف للحديث الصحيح وهو قوله – صلى الله عليه وسلم: (لم يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة)، ومحال أن يخالف عمر – رضي الله عنه – هذا الحديث.

– الآخر: أن فكرة حجاب المرأة أصلها عمرية، حيث إنه – رضي الله عنه – أشار على رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بالنسبة لنسائه، فنزل الوحي موافقاً لرأيه، ويستحيل أن ينقض عمر – رضي الله عنه – فكرته بتوليته امرأة على السوق تخالط الرجال طول اليوم⁽⁴⁾.

– قالوا بأن المرأة راعية على مال زوجها، وهي مسؤولة عن رعيته، ومن ثم يجوز لها أن تتولى منصب القضاء، وأن منع المرأة من الولاية قاصر على رئاسة الدولة⁽⁵⁾.

(1) المحلى لابن حزم 329/9.

(2) الاستيعاب في أسماء الأصحاب لابن عبد البر، مكتبة مصر، القاهرة، د.ط، 4/166.

(3) أحكام القرآن لابن العربي 3/482.

(4) نظام القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص33.

(5) ولاية المرأة القضاء، مرجع سابق، ص308.

— كما استدلووا بقولهم: إن أنوثة المرأة لا تحول دون فهمها لموضوع النزاع والإثبات والحجج التي يقدمها الخصوم، إذ إن الأصل أن كل من له المقدرة على الفصل في القضايا يكون حكمه جائزاً، وهذا أصل عام، وقد خصص بإجماع العلماء على عدم جواز تولي المرأة الإمامة الكبرى "رئاسة الدولة" لقوله صلى الله عليه وسلم: "لم يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة" فيكون ما خصه هذا الإجماع هو المستثنى من الأصل العام، ويبقى ما عداه على الحكم الأصلي، فيجوز بناءً على هذا تولي المرأة القضاء⁽¹⁾.

المطلب الثالث:

الترجيح بين الآراء وبيان الرأي الفقهي الذي تبناه القانون الليبي

أولاً: الترجيح.

بعد هذا العرض للآراء، وذكر أدلة كل فريق ومناقشتها، الذي يبدو للباحث رجحانه - والله أعلم - القول المانع من تولي المرأة منصب القضاء، وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: قوة الأدلة التي استند إليها.

ثانياً: تولي المرأة منصب القضاء يتعارض مع النصوص الشرعية التي تحت المرأة على إلزام بيتها.

ثالثاً: تولي هذا المنصب يوجب على المرأة خروجها واختلاطها بالرجال بالبروز لهم، والإسلام رأى من الخير للمرأة والمجتمع أن يريحها من مخالطة الأجانب.

رابعاً: الخسارة تكون من وراء ترك المرأة المنزل وتدبيره، والطفل وتربيته أعظم بكثير من تلك المنفعة التي لا تبقي على الأخلاق، ولا تفسد إلا الأوسال والأعراف.

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد 4/464.

ثانياً: الرأي الذي تبناه المشرع الليبي.

نالت المرأة في ليبيا كامل حقوقها السياسية، وذلك من حيث الترشح للانتخابات، والحق في التصويت، كما تقلدت مناصب سيادية في الدولة، فاشتغلت كوزيرة، وسفيرة، ومندوبة لدولتها في المنظمات الدولية والإقليمية. أما بالنسبة لمسألة توليها منصب القضاء، فقد كانت محل نزاع بين فقهاء الشريعة والقانون، إلا أن المشرع الليبي حسم هذا الأمر عندما أصدر القانون رقم (8) لسنة 1989م بشأن حق المرأة في تولي الوظائف القضائية، حيث أجاز هذا القانون للمرأة الليبية أن تتولى وظائف القضاء، والنيابة العامة، وإدارة القضايا بذات الشروط المقررة بالنسبة للرجل⁽¹⁾، ومن هنا يتبين أن المشرع قد تبني الرأي الفقهي الذي يجيز للمرأة تولي منصب القضاء.

الخاتمة

وفي نهاية هذا البحث يمكن تلخيص النتائج التي توصل إليها الباحث في الآتي:

- موضوع تولي المرأة منصب القضاء يحتاج إلى دراسة أوسع، وتأصيل أعمق، وخاصة في فقه الواقع، وذلك من حيث إجراء دراسة ميدانية للمحاكم التي تتولى المرأة النظر في الدعاوى المعروضة أمامها.
- مذهب الإمام أبي حنيفة يرى أن المرأة ليست أهلاً لتولي منصب القضاء، ولا يجوز أن يوليها الوالي منصباً قضائياً، وهم بهذا يوافقون جمهور الفقهاء، ولكنهم يرون أن الوالي لو أقدم على توليتها، ولم يبالي بالممنوع شرعاً، صار أثماً وخالف الشرع، وهذا هو القول الصحيح، خلافاً لقول الكثير الذي ذهب إلى أن الأحناف يجيزون ولاية المرأة القضاء.

(1) موسوعة قوانين التنظيم القضائي 43/1.

- وظيفة المرأة في الأسرة هي المهمة الأساسية الأولى، فالأصل في وظيفة المرأة هي أمومتها وتربية أبنائها، وحسن قيامها بواجباتها الزوجية، ولكن هذا كله لا يمنعها من التعليم والعمل.
- القول المنسوب إلى ابن جرير الطبري والذي يجيز للمرأة تولي منصب القضاء قول فيه شبهة من الناحية التاريخية والموضوعية.
- فمن الناحية التاريخية، فإن الناقلين لهذا الرأي لم يذكروا المرجع الذي نقلوا عنه هذا الرأي كما أنهم لم يسندوا هذا الرأي، حتى يمكن البحث فيه.
- أما من الناحية الموضوعية فهو مخالف لحديث المصطفى - صلى الله عليه وسلم - الذي يقول فيه: ((لم يفتح قوم ولوا أمرهم امرأة))، كما أنه مخالف لما أجمع عليه الفقهاء من منعهم المرأة تولي منصب القضاء.
- ولاية المرأة القضاء تتعارض مع مقصود الشارع في حفظ الدين، والعرض، فالقاضي محتاج إلى مخالطة الرجال، وحضور محافل الخصوم، والمرأة مأمورة بالتخدر، فهي ليست أهلاً لحضور محافل الرجال.
- وفي الختام أسأل الله أن يهدينا لما اختلف فيه من الحق بإذنه، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

المراجع

- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.
- الأحكام السلطانية، أبو الحسن علي الماوردي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1973م.
- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، شهاب الدين أحمد القرافي، تحقيق: أحمد فريد، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2004م.
- أحكام القرآن، أبو بكر محمد "ابن العربي"، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة سنة 1996م.
- الاستيعاب في أسماء الأصحاب، أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن عبد البر، مكتبة القاهرة، د.ت.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، تحقيق: محمد تامر وآخرون، دار الحديث، القاهرة، طبعة سنة 2005م.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، تحقيق: محمد حلاق، دار المغني، الرياض، طبعة سنة 2011م.
- تبصرة الحكام، برهان الدين بن إبراهيم بن فرحون، بهامش فتح العلي المالك للشيوخ عيش، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، طبعة سنة 1985م.
- تفسير القرآن العظيم، أبو الفداء إسماعيل بن كثير، دار اللبناية المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1990م.
- تولي المرأة منصب القضاء، عارف علي عارف، دار النفائس ودار الفجر، عمان، الطبعة الأولى، 1999م.
- حاشية رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، طبعة سنة 2000م.

- روضة الطالبين محي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 2005م.
- الروض المربع، منصور البهوتي، تحقيق: سعيد اللحام، دار الفكر، بيروت، طبعة سنة 1999م.
- زاد المحتاج بشرح المنهاج: عبد الله الكوهجي، تحقيق: عبد الله الأنصاري، المكتبة العصرية، بيروت، طبعة سنة 1988م.
- سنن أبي داود، أبو داود سليمان السجستاني، تحقيق: السيد محمد وآخرون، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999م.
- سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، 1998م.
- شرح حدود ابن عرفة، أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، تحقيق: محمد أبو الأجنان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1993م.
- الشرح الصغير، الشيخ أحمد الدردير، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة، طبعة سنة 1952م.
- شرح فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد "ابن الهمام الحنفي" دار الفكر، بيروت، بدون طبعة.
- شرح ابن الناظم لتحفة الحكام، ابن عاصم الأندلسي، تحقيق: إبراهيم الجنابي، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 2013م.
- صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، ضبط: مصطفى البغا، دار ابن كثير واليامة، بيروت، دمشق، الطبعة الخامسة، 1993م.
- صحيح مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1996م.
- كشف القناع، منصور البهوتي، تحقيق: محمد الضناوي، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، 1997م.

- لسان العرب لابن منظور، تحقيق: أمين محمد، ومحمد الصادق، ط بلا.
- المحلى، أبو محمد علي بن أحمد بن حزم، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الجبل والآفاق، بيروت، بدون طبعة.
- مختصر اختلاف العلماء، أبو جعفر أحمد بن محمد الطحاوي، تحقيق: عبد الله نذير، دار البشائر، بيروت، الطبعة الثانية، 2007م.
- المصباح المنير، أحمد بن محمد الفيومي، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، 1996م.
- المغني، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن قدامة، دار الفكر، بيروت، طبعة سنة 1992م.
- مغني المحتاج، شمس الدين الخطيب الشربيني، تحقيق: محمد تامر والشيخ شريف، دار الحديث، القاهرة، طبعة سنة 2006م.
- المنتقى، أبو الوليد الباجي، مطبعة السعادة، القاهرة: الطبعة الأولى، 1332هـ.
- منتهى الإرادات، تقي الدين الفتوحى، تحقيق: عبد الغنى عبد الخالق، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الثانية، 1996م.
- المهذب، أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، دار الفكر، بيروت، طبعة سنة 2005م.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، الطبعة الثانية.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد المغربي، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1995م.
- نظام القضاء في الإسلام، جمال المرصفاوي، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، طبعة سنة 1991م.
- نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، ناشرون، دمشق، الطبعة الثالثة، 2011م.

- نيل الأوطار، محمد بن علي الشوكاني، تحقيق: طارق بن عوض الله، دار ابن القيم وابن عوف، القاهرة، الطبعة الثانية، 2008م.
- ولاية المرأة القضاء، طارق بن عبد الجواد شبل، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة.

أساس الحماية الجنائية للجنين

د. شعبان محمد عكاش*

تقديم:

يمر الوجود الإنساني في هذه الحياة بأطوار متعددة، قد أشار إليها القرآن الكريم إجمالاً وتفصيلاً، أما الإجمال فإنك تستطيع الوقوف عليه إذا قرأت قوله تعالى: ﴿وقد خلقكم أطواراً﴾⁽¹⁾، وأما عن تفصيل هذه الأطوار فحدث ولا حرج؛ فكتاب الله زاخر بأي عديدة تتحدث عن ذلك لا يسع المقام لذكرها⁽²⁾.

ولا ريب أننا عندما نذكر مصطلح (الحماية الجنائية) نعني بصفة عامة أن يدفع قانون العقوبات عن الحقوق أو المصالح المحمية كل الأفعال غير المشروعة التي تؤدي إلى النيل منها عن طريق ما يقرره من عقوبات. ولعله مما لا يختلف عليه اثنان، أن تحديد مدى دقة الحماية الجنائية المفروضة وكفايتها يرتكز على تحديد طبيعة المصلحة محل الحماية، وإن تحديد حكم التطبيقات المختلفة أو الأفعال تجاه الجنين مدخله هو تحديد طبيعة الجنين القانونية. فهل الجنين يستمد الحماية الجنائية من حماية الأم الحامل على اعتبار أنه جزء منها، أم أن الحماية تستهدف الجنين ذاته بشكل مستقل، وإن كان الأمر كذلك فبناء على أي اعتبار، وذلك لأن البحث عن حكم تصرف ما لا يستقيم إلا بالبداية بمعرفة حقيقة ذلك التصرف، وإن هذا التصرف إن كان عملاً يقوم به الإنسان في شيء ما ويتترك آثاراً في هذا الشيء، فإن تصوره يتوقف على معرفة حقيقة ذلك

(* أستاذ القانون الجنائي كلية القانون، جامعة طرابلس).

(1) سورة نوح، الآية: 14.

(2) على سبيل المثال لا الحصر: سورة الحج، الآية: 5، سورة غافر، الآية: 67، سورة

الروم، الآية: 54، سورة النجم، الآية: 32.

الشيء الذي يقع عليه.⁽¹⁾ ولكي يتسنى لنا تحديد أساس الحماية الجنائية للجنين، لا بد لنا من تحديد طبيعة الجنين القانونية، من حيث تمتعه بالشخصية القانونية من عدمه، وكذلك تحديد مكانته في القانون، أهو من قبيل الأشخاص، أم من قبيل الأشياء، أم غير ذلك. ولهذا لا بد لنا أولاً من تحديد مدى تحقق الاستقلال القانوني في الجنين من عدمه، أي الكشف وبشكل واضح ومباشر عن الأساس الذي ينبغي اعتماده للحماية الجنائية للجنين، حتى نستطيع تحديد الموقف من الحماية الجنائية تجاهه، من حيث كفايتها من عدمه، أو من حيث الإفراط فيها أو التفريط.

ويمكننا القول في هذا المقام بأن بعض فقهاء القانون يرى بأن بحث الطبيعة ينبغي أن ينصرف إلى تبيين مدى كون الجنين إنساناً من عدمه، فإن كان إنساناً شملته الحماية المقررة للإنسان في حياته، وفي سلامة جسده... الخ. ومن ثم يتعين منع كل تصرف ماس بأحدهما أو كلاهما متى انتفت نية العلاج فيه. أما إذا انتفت عنه صفة الإنسان فقد انفتح الباب للقول بجواز التصرف الماس بحياته متى كان محققاً لمصالح معتبرة لإنسان ما، وذلك وفقاً لأحكام القانون.⁽²⁾

في حين ذهب آخرون من فقهاء القانون إلى أن بحث طبيعة الجنين ينبغي أن يتوجه إلى تحديد مدى كونه شخصاً من عدمه، بحجة أن الموجودات تنظم في طائفتين طائفة الأشخاص وطائفة الأشياء، وإن الجنين لا بد أن ينتمي لإحدهما، فإن كان شخصاً شملته الحماية المقررة للأشخاص وتعين الاعتراف له بالحق في الحياة، على سبيل المثال، وحماية هذا الحق تقتضي حظر كل ما قد

(1) محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، عمان - الأردن، ط3، 2000م، ص96.

(2) محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص50. مفتاح محمد قزيط، الحماية القانونية للجنين، منشورات مركز دراسات العالم الإسلامي، فاليتا - مالطا، ط1، 1995م، ص21 وما بعدها.

يشكل مساسا به متى انتقت نية العلاج فيه، أما إذا انتفت عنه الشخصية فإنه قد يكون من السائغ المساس به تحقيقا لمصالح الأشخاص.⁽¹⁾

ونحن نرى في هذا المقام بأن البحث عن أساس الحماية الجنائية للجنين يركز على طبيعة الجنين ومدى تمتعه بالشخصية من عدمه، إذ أن هذه الشخصية على التفصيل الذي سنعرضه تتمثل في مدى: الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. والفيصل في تحديد حكم أي تصرف يقع على الجنين يستلهم من معرفة مدى كون الجنين أهلا لكسب الحقوق، وأهمها الحق في الحياة والحق في السلامة أم لا. فإن كان أهلا لكسب الحقوق كانت الحماية مفترضة قانونا لهذه الحقوق، وكان المنع هو حكم التعدي على هذه الحقوق ولاسيما الحق في الحياة، وإن لم يكن كذلك انفتح الباب للقول بجوازها، وكذا الأمر في حق الدعاوى التي ترفع للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناشئة في فترة الحمل، وكل هذا يتوقف على مدى كون الجنين صالحا لاكتساب الحقوق في تلك الفترة من عدمه، وهذه الصلاحية هي الشخصية، ولا يتصور لإنسان مجرد عن الشخصية أن يكتسب حقا ما.

فالبحث في طبيعة الجنين القانونية يتمثل إذن في مدى تمتعه بالشخصية من عدمه، أي هل هو من قبيل الأشخاص أم الأشياء، وهذا التساؤل عن مدى تمتع الجنين بالشخصية ليست له إجابة واضحة تشريعا أو فقها، كما سنوضح لاحقا. وعدم الوضوح هذا ليست سمة خاصة بالقانون الليبي بل هي سمة عامة تعم كل القوانين تقريبا. ومن خلال هذا البحث نحاول أن نحدد بوضوح الطبيعة القانونية للجنين، والتي تعد أساسا للحماية الجنائية، وكل ذلك مما سينتهي إليه من شأنه أن يكون دافعا للمشرع لصوغ نصوص تحدد بوضوح هذه الطبيعة، بدلا من النصوص الحالية التي تفتقر إلى ذلك، وتفتقر أيضا إلى التلاؤم مع معطيات العلم الحديث الكاشفة عن الكينونة المستقلة للجنين.

(1) سليمان السحاتي، الطبيعة القانونية للجنين، (رسالة ماجستير) كلية الحقوق، جامعة بنغازي، 2001م، ص4.

ويعد هذا الموضوع له أهميته العلمية التي تتمثل في أنه يرسي قاعدة، ويقيم مدخلا لحل إشكاليات قانونية عديدة أثارها، ولا تزال تثيرها، التطبيقات المختلفة نحو الجنين، وهو ما يخفف من عدد علامات التعجب حول مدى أهمية البحث في هذا الموضوع بالنسبة للقانون الليبي، حيث أن هذه الدولة قد لا تقيّد منه في الأمد القريب، وأنها أيضا لا تعاني من الإشكالية التي يعاني منها العالم الآخر حيال جريمة الإجهاض، وصور التعدي الأخرى على الجنين، وذلك لانخفاض عدد الوقعات في ليبيا. فنحن بهذا البحث نسهم في حركة البحث العلمي العامة التي تهدف إلى خدمة مصالح النوع البشري هذا أولا. ثم إن القول ببعد الواقع المحلي عن مثيرات البحث ليس على إطلاقه، إذ أن عمليات الإخصاب خارج الرحم وما تقتضيه من وجود بويضات مخصبة زائدة عن الحاجة يثار التساؤل عن حكم التخلص منها، وعن طبيعتها بالتالي، ومن المعلوم أن هذه العمليات قد دخلت مجال الممارسة الفعلية في ليبيا منذ عام 1995م، وكذلك مسائل عدة تعرض حينا بعد آخر سواء تتعلق بالإجهاض أو المسؤولية الجنائية أو المدنية للطبيب نحو الجنين، أو غير هذا وذلك.

وسيتّم تقسم هذه الورقة البحثية إلى مبحثين وهما على النحو الآتي:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للجنين.

المبحث الثاني: آثار ثبوت الشخصية للجنين.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للجنين

سنقف في هذا المبحث عند مسألة الطبيعة القانونية للجنين، وذلك من خلال بيان مدى انضواء الجنين في فئة الأشخاص (مطلب أول)، أو انضواء الجنين في فئة الأشياء (مطلب ثان)، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

انضواء الجنين في فئة الأشخاص

نعتقد أن محاولة تحديد مدى إمكانية انضواء الجنين في فئة الأشخاص من عدمه يحكمه تحديد المقصود بالشخصية القانونية (الفرع الأول) وبيان مناهج الشخصية القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف بالشخصية القانونية

الشخص لغة هو كل جسم له ارتفاع وظهور، كسواد الإنسان وغيره عندما يرى من بعيد⁽¹⁾ أما في اصطلاح القانونيين فإن هناك اتجاهين في تعريف الشخصية: أولهما يعرفها بأنها: "القابلية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات". وبذلك يكون الشخص هو الكائن الصالح لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وهو بذلك أي الشخص مرادف لصاحب الحق⁽²⁾ ولفظ القابلية في تعريف الشخصية مقصود لأنه يوضح أن الشخصية ليست هي الاكتساب الفعلي للحقوق، وإنما إيمان ذلك، فتكون للفرد شخصية متى كانت لديه هذه القابلية ولو لم تكن له أية حقوق قد تمتع بها حقيقة، وإن كان هذا الفرض نظرياً بحثاً، لأن هناك حد أدنى من الحقوق يكفله المجتمع لأفراده، يتمثل فيما يعرف بحقوق الإنسان أو حقوق الشخصية مثل حقه في الحياة وغيرها...

أما الاتجاه الثاني في تعريف الشخصية فهو يعرفها بأنها: "الصلاحية للخضوع لما تمليه القاعدة القانونية من أوامر ونواهي"⁽³⁾ ومنطلق هذا الاتجاه في هذا التعريف انتماء القائلين به إلى مدرسة تقيم القانون على أساس واقعي

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج6، ص51.

(2) ينظر: الكوني علي أعبودة، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل إلى علم القانون، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس - ليبيا، ط2، 1998م، ص96.

(3) عبدالسلام علي المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، الجزء الثاني، نظرية الحق، الدار الجماهيرية، مصراتة - ليبيا، ط1، 1988م، ص145 وما بعدها.

وترفض كل ما لم تسجله مشاهدة أو تؤيده تجربة، ومن هذا فكرة الحق التي يتطلب التسليم بها - عندهم - تسليم بأمر ينافي الواقع وتنفيه المشاهدة، فالحق عندهم قدرة إرادية لصاحبه على المتحمل بعبء الواجب المقابل لهذا الحق. فهو يفترض إذن خضوع إرادة هذا الأخير لإرادة الأول، وهذا يستلزم القول بوجود نوع من التدرج في المرتبة بين الإرادات الإنسانية تتمكن بمقتضاه الإرادة العليا من التسلط على الإرادة الدنيا وإخضاعها لأمرها، وهذا التدرج بين الإرادات - حسب رأيهم - لا يوجد في واقع الحياة الاجتماعية ما يثبتته، بل إن هذا الواقع ينقضه إذ لا يشاهد في المجتمع إلا وجود إرادات فردية متساوية في جوهرها لا يمكن لقانون ذي مصدر بشري أن يقيم بينها تدرجا ما. ومن هنا يمكننا أن ننتهي إلى اعتبار فكرة الحق القائمة على تسلط إرادة فردية على أخرى فكرة فلسفية مصطنعة مخالفة للواقع يتعين طرحها. ويرى بعض فقهاء القانون أن في فكرة الحق تزييدا لا جدوى منه، إذ هو لا يعدو أن يكون القاعدة القانونية نفسها في تطبيقها على الأفراد، حيث يكون هؤلاء الأفراد أمام خطابها المتمثل فيما تلقينه من أوامر ونواهي مستفيد مما ترتبه هذه الأوامر والنواهي من تكليف ومحمل بعبء أداء هذا التكليف، ولكن كليهما لا يعدو في مقامه هذا أن يكون خاضعا للقاعدة القانونية، فهم سواء في المركز القانوني، خلافا لما تفيد فكرة الحق والواجب من تفاوت في الإرادات وانتقاص من بعضها. وفهمهم هذا لفكرة الحق منعكس بوضوح على تعريفهم للشخصية، ومن هنا ينتهي هؤلاء الفقهاء إلى نفي وجود حقوق وواجبات تكون للأفراد أو عليهم، وإلى إثبات مركز متساو لهؤلاء أمام خطاب القاعدة القانونية، وهو مركز الخاضع لحكمه سواء أكانت نتيجة هذا الخضوع إيجابية أم سلبية بالنسبة إليهم.⁽¹⁾ ومن هنا كان تعريفهم للشخصية القانونية بأنها القابلية للخضوع لخطاب المشرع. والأساس الذي بنى عليه هؤلاء الفقهاء تعريفهم كان محلا لانتقادات عديدة كشفت عوارضه وأبانت عن عدم صحته.

(1) حسن السائح بزار، أصول القانون، دار الرشيد للنشر، بغداد - العراق، ط3، 1981م،

ولعل أول هذه الانتقادات يتعلق بالفلسفة التي تعتمد إقامة القانون على أساس واقعي تجريبي يتتافى مع طبيعة القانون، فهذا الأساس غير متصور بالنسبة للقانون الذي يحكمه قانون الغاية أو المثل الأعلى الذي يحدده لسلوك المخاطب بأحكامه. والذي لا يملك قسره على الوصول إليه بل يملك فقط تقويم سلوكه لتحقيق هذا الوصول، والذي قد يتم وقد لا يتم. لتعلق ذلك بإرادة المخاطب بأحكامه، وهذه الغاية أو المثل الأعلى تكون نتاج تصور واستخلاص عقلي خارج نطاق المشاهدة والتجربة، فالقانون لا يقنع بإصدار أحكام تقرر الواقع كما شهدت به التجربة، ولكنه يصدر أحكام تقوّم هذا الواقع بالقياس إلى مثل أعلى يفرضه العقل.⁽¹⁾

أما ثاني هذه الانتقادات فهو موجه إلى حجتهم في إنكار فكرة الحق على أساس أنه يقيم تدرجا غير واقعي بين الإرادات، من شأنه أن يتيح لإرادة فردية أن تتسلط على أخرى فهذا الاحتجاج غير صحيح، فإرادات الأفراد في جوهرها متساوية، وليس صحيحا أن إرادة صاحب الحق هي التي تلزم الغير بنفسها، ولكن الصحيح أن هذا الإلزام يجد مصدره دائما في واقعة سابقة وخارجة عن هذه الإرادة، عقد أو فعل ضار أو نافع... الخ.

وكذلك قولهم بأن الحق لا يعدو أن يكون القاعدة القانونية ذاتها عند تطبيقها على الأفراد، نجد أن القائلين بهذا ناقضوا أنفسهم بحديثهم عن المراكز التي تنشأ عن خطاب القاعدة القانونية، إيجابية كانت أم سلبية، ففي حديثهم هذا تسليم بوجود فرق بين القانون نفسه في تجريده، وبين ما ينشأ للأفراد من أوضاع ومراكز مختلفة تجاه بعضهم البعض نتيجة تطبيق القانون عليهم.

والقول بأن مراكز الأفراد سلبية كانت أو إيجابية متساوية تجاه القانون، يحمل تجاهلا لتفاوت هذه المراكز فيما بين هؤلاء الأفراد، بين مستفيد وملتزم محمل بأعباء، وهي في هذا تماثل فكرة الحق وما يقابله من واجب أو

(1) حسن السائح بزار، المرجع نفسه، ص148.

التزام، وبذلك تغدو المفاضلة بين المركز القانوني والحق، مفاضلة بين اصطلاحات تثقل فيها كفة اصطلاح الحق لقدمه وشيوع استعماله، ففكرة الحق إذا عصية على الإنكار، بل إنها تعد إحدى الحقائق المسلمة في فقه القانون.

فبذلك يعد أساس التعريف الثاني غير صحيح، ولذا نستبعده ونعتمد التعريف الأول للشخصية بأنها: "قابلية تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات"، فهو منسجم مع كون الشخصية أداة تمكين الكائن من المساهمة في الحياة القانونية، التي لا تتحقق إلا عن طريق اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

أما في الفقه الإسلامي فلم يستخدم الفقهاء القدامى اصطلاح الشخصية للدلالة على ذات المعنى المعطى لهذا الاصطلاح في القانون، ولكن استخدموا للدلالة على ذات المعنى اصطلاح "الذمة".

والذمة لغة: العهد. لأن نقض العهد يوجب الذم.⁽¹⁾ أما في اصطلاح الفقهاء فالذمة هي (وصف شرعي اعتباري مفروض وجوده في الإنسان وبه يصير الإنسان أهلاً للواجب له وعليه...)⁽²⁾.

أو هي (صفة شرعية يقدرها الشارع في الشخص يصير بها أهلاً لثبوت الحقوق له وعليه). ومن الواضح من خلال هذه التعريفات أن الذمة في الفقه الإسلامي تقابل الشخصية القانونية، وهذا ما ذهب إليه العديد من فقهاء الشريعة والقانون. وبعض فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين استخدم اصطلاح الشخصية لا الذمة وأعطاهها ذات معنى الشخصية القانونية.

وقد أنكر عليهم البعض ذلك بحجة أن الشريعة الإسلامية لا تعرف هذا الاصطلاح، وأن في نسبة الأخذ بهذا الاصطلاح إليها تحميل لنصوصها أكثر مما تحتمل. والذي نراه أنه ليس لهذا النقد ما يبرره فلفظ الشخصية اصطلاح،

(1) الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، 1981م، ص 231.

(2) بدران ابو العينين، الشريعة الإسلامية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية - مصر،

ط 1، د ت، ص 225. عبد الفتاح محمود إدريس، قضايا طبية من منظور إسلامي، د ن،

ط 1، 1993م، ص 63 وما بعدها.

والقاعدة أن لا مشاحة في الاصطلاح، والعبرة بدلالته على المقصود منه، وفي مقام المفاضلة بين هذا الاصطلاح واصطلاح الذمة، فإننا نفضل استخدام اصطلاح الشخصية لحسن دلالاته على المعنى المراد، ولأن في استخدامه وقاية من الخلط بين الذمة بمعناها هنا والمعاني الأخرى التي تدل عليها هذه اللفظة. ومما سبق يتضح التوافق بين فقهاء القانون (الاتجاه الراجح) وفقهاء الشريعة في تحديد معنى الشخصية وهي أنها: (الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات)، وبعد أن انتهينا من تعريف الشخصية ننقل إلى بيان مناطها.

الفرع الثاني

مناط الشخصية القانونية

المناط في اللغة هو اسم موضوع النوط أي التعليق، من ناطه به إذا علقه عليه وربطه به. وفي علم أصول الفقه تسمى العلة مناطاً، لأن الشارع ناط الحكم بها وعلقه عليها.⁽¹⁾ وعلة بحثنا عن مناط الشخصية هي أن تحديد هذا المناط مسألة أولية في سياق البحث عن مدى تمتع الجنين بالشخصية، فبعد أن يتحدد هذا المناط سنجري البحث عن مدى تحققه في الجنين، وفي ضوء النتيجة التي سيتوصل إليها ستحدد الإجابة عن مدى تمتع الجنين بالشخصية من عدمه، وبذلك نستبين الأساس الدقيق للحماية الجنائية للجنين.

وفي القانون تعددت آراء الفقهاء حول تحديد مناط الشخصية، فبعضهم ينيطها بالإرادة، وبعضهم ينيطها بالقدرة على التمتع بمزايا الحق وفوائده، والبعض الآخر ينيطها بالقيمة الاجتماعية للكائن في ضوء أهداف القانون، أما الفريق الرابع فهو يميز بين الشخصية القانونية الطبيعية والشخصية القانونية المعنوية، فينييط الأولى بالصفة الإنسانية، والثانية بالقيمة الاجتماعية.⁽²⁾

(1) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج9، ص412-413.

(2) حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، ط5، ص169

وتحديد أي من هذه المسالك نسلك في سبيل تحديد مناط الشخصية أمر تتحكم فيه قوة مرجحات كل رأي من الآراء أنفة الذكر من ناحية، وأهداف البحث وغايته من إثارة هذه المسألة من ناحية أخرى. فبحثنا هنا عن أساس الحماية الجنائية للجنين وطبيعة الجنين القانونية هو بحث عن مدى تمتعه بالشخصية التي تثبت له حقا في الحياة، وحقا في سلامة الجسد، وهي الحقوق التي يشكل مدى التمتع بها من عدمه فيصلا في تحديد مدى مشروعية التصرفات المختلفة حيال الجنين. وهذه الشخصية ليست هي الشخصية القانونية العامة بل هي نوع محدد من الشخصية وهي الشخصية الطبيعية التي تلاصقها تلك الحقوق فثبتت بثبوتها وتنتفي بانتفائها. كما أن الشخصية التي يتصور صرفها إلى الجنين من بين نوعي الشخصية القانونية هي هذه الشخصية الطبيعية لا المعنوية.

ومن ناحية أخرى نرى أن البحث عن مدى تمتع الجنين بالشخصية الطبيعية يتسق مع موقف القانون، الذي كرس النصوص التي تمنح الجنين صلاحية اكتساب بعض الحقوق، والتي انطلق الفقهاء في نقاشهم حول مدى تمتع الجنين بالشخصية القانونية منها، كرس هذه النصوص بمناسبة حديثه عن مبتدأ الشخصية الطبيعية وتحت مسماهما.⁽¹⁾ ومن ثم فإن البحث ينبغي أن ينصرف إلى تبين مدى تمتع الجنين بالشخصية القانونية الطبيعية من عدمه، والمناطق الذي ينبغي تحديده إذن هو مناط هذه الشخصية، وهو وفق ما يفهم من النصوص التشريعية وما قرره الفقهاء هو الصفة الإنسانية، أو صفة الإنسان الحي، وهما تعبيران عن مسمى واحد، فالصفة الإنسانية لا تثبت حقيقة إلا للإنسان حي، وبعد وفاته ينتفي عنه هذا الوصف، وكما قال البعض فإن شرط الإنسانية هو الحياة.⁽²⁾ والنتيجة التي سيتم التوصل إليها بانتهاج هذا المسلك ستكون يقينية وحاسمة من موضوع البحث، خلافا لما إذا كنا اعتمدنا معيار القيمة الاجتماعية مناطا للشخصية، فرغم أنه أرجح الآراء في تحديد مناط الشخصية عند العديد من

(1) النص المقصود هو نص المادة 2/29 من القانون المدني الليبي.

(2) أبو حامد الغزالي، المستصفى، دار قتيبة، بيروت - لبنان، ط3، 1989م، ج1، ص210.

الفقهاء، إلا أنه لا يكفل الوصول إلى القطع في المسألة، فتحديد مدى تمتع الجنين بقيمة اجتماعية في ضوء الهدف الذي يقصده القانون، وهو إقامة نظام اجتماعي عادل، سيكون محلا لخلاف كبير بين مقر له بتلك القيمة وناف لها عنه لاسيما وأن تحديد هذه القيمة يتم في ضوء حقائق الحياة الواقعية، وهي تلك الحقائق التي تتكون من ظروف الواقع المحيطة بالناس في الجماعة، وهذه الظروف قد تكون عادية مثل تكوين الإنسان العضوي أو الجسمي، وقد تكون معنوية كالحالة النفسية..، وقد تكون مجرد ظروف اقتصادية أو قوى سياسية أو اجتماعية.

كما يتم تحديدها في ضوء حقائق الحياة المثالية أيضا وهي المثل العليا التي يرسمها الإنسان للنهوض بالقانون إلى مدارج الكمال، التي يستلهمها من العاطفة لا من التفكير، وإذا كانت النتيجة التي يملئها النوع الأول من الحقائق يمكن الاطمئنان إليها، لأن هذه الحقائق تخضع لطرق المعرفة الواقعية من مشاهدة وتجربة. فإن هذا الأمر مفتقد في النوع الثاني من الحقائق، فأى يقين تمده عاطفة دون تفكير.

أما الرأي الذي ينيط الشخصية بالقدرة على التمتع بمزايا الحق فهو عاجز عن إيصالنا إلى هذا اليقين أيضا لأنه يفتقد إلى اليقين بصحته هو ذاته فهو مقام على تصور الحق مصلحة يحميها القانون فيمنح الشخصية لكل من أمكنه التمتع بهذه المصلحة، ولو كان حيوانا أو جمادا، وهذا التصور للحق معيب، لأنه ليست كل مصلحة حقا، ولأن الحماية القانونية حملته في الدعوى والتي يجعلها أنصار التصور للحق عنصرا من عناصره خارجة عند ذلك حقيقة، كما أنه يمد الشخصية إلى الحيوان والجماد، والمقرر قانونا أنها من محال الحقوق لا من أصحابها الأشخاص.⁽¹⁾

وحتى لو تجاوزنا عن الأساس المعيب لهذا الرأي، واعتمدنا القدرة على التمتع مناط للشخصية، فإنه لن يوصلنا إلى يقين في موضوعنا، لأن الجنين

(1) عبد الرزاق السنهوري، أصول القانون، مرجع سابق، ص72.

سيكون شخصا وفقا له، فهو أولى بذلك من الحيوان والجماد ولكن أيكون شخصا طبيعيا؟ هذا ما لا يجيبنا عليه هذا الرأي لذا نستبعده.

أما الرأي الذي ينيط الشخصية بالإرادة فهو غير مجد في البحث أيضا، وذلك لقيامه على تصور معيب ومهجور لفكرة الحق كقدرة إرادية. ولتناقضه مع المقرر قانونا فهو يحجب الشخصية عن عديمي الإرادة، كالمجنون والصغير غير المميز، في حين تقر لهم القوانين بذلك، ومن ثم ستكون النتيجة التي يتم التوصل إليها وفقا له غير مسلمة.

فالمناط الذي يتعين البحث عن مدى تحققه من الجنين هو مناط الشخصية الطبيعية وهو كما سبق أن ذكرنا الصفة الإنسانية أو صفة الإنسان الحي. أما في الفقه الإسلامي فقد سبق أن تعرضنا لتعريف الشخصية فيه، وذكرنا أن هذا الفقه يعرف معنى الشخصية كما هو في القانون دون أسمها فيسمى الصلاحية لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات " ذمة"، وفي رأيهم أنها مرتبطة بالوجود الإنساني في الحياة، وهي موجودة في كل إنسان من بدء ظهور الحياة فيه إلى انتهائها⁽¹⁾ ويضيف بعض الفقهاء بأن الذمة مرتبطة بالحياة الإنسانية رأسا فهي في رأيهم موجودة في كل إنسان في جميع أطواره من بدء ظهور الحياة فيه إلى انتهائها منه، فهي ملازمة لوجود الروح في الجسم من غير نظر إلى عقل أو تمييز أو غير ذلك.⁽²⁾

وهناك بعض من الفقهاء يرون أن مناط الشخصية هو الصفة الإنسانية⁽³⁾، بينما ذهب فريق آخر إلى أن هذا المناط هو الحياة ذاتها، في حين

(1) زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي. منشورات جامعة قاريونس، بنغازي - ليبيا، ط6، 1995م، ص278.

(2) محمد سلام مذكور، الفقه الإسلامي، ص439. وكذلك مفتاح محمد قزيط، مرجع سابق، ص34 وما بعدها.

(3) عبدالوهاب خلاف، أصول الفقه الإسلامي، ص135 وما بعدها.

يرى آخرون أن المناط هو حياة الإنسان⁽¹⁾، ويتبين لنا أن هذه الأقوال في تحديد مناط الشخصية تدور حول معنى واحد رغم اختلاف عباراتها، وهو إناطة الشخصية لصفة الإنسان الحي. فمناط الشخصية في الفقه الإسلامي هو صفة الإنسان الحي إذن، وهو - كما سبق أن رأينا - ذات مناطها في القانون. وبذلك نكون قد انتهينا من بحث تعريف الشخصية وتحديد مناطها ويتبين لنا تماثلها في الفقه الإسلامي والقانون وإن تغيرت بعض الاصطلاحات المستخدمة في أحدهما عن تلك المستخدمة في الآخر وهو تغاير لا اعتبار له والعبرة بحقيقة المفهوم وهي متماثلة في كليهما.

المطلب الثاني

انضواء الجنين في فئة الأشياء

سبق أن أشرنا إلى أن تحديد طبيعة الجنين ينبغي أن ينصرف إلى تبين مدى انتمائه إلى إحدى الطائفتين اللتين يعرفها القانون وهي طائفة الأشخاص، أي أن تناط به الشخصية القانونية، وطائفة الأشياء، وقد عرضنا للتعريف بالشخصية القانونية، وحددنا مناطها فيما سبق، فيبقى أن نحدد الآن مفهوم الشيء باعتبار أن كلا من المفهومين يشكل إطار يمكن أن ينضوي الجنين فيه.

وإن كان تحديد مفهوم الشخصية قد اعتراه بعض الصعوبات على النحو الذي سبق، فإن تحديد مفهوم الشيء تكتنفه صعوبات أيضاً، مرجعها تغاير الاصطلاحات المعبرة عن الفكرة المقصودة وما يترتب على هذا التغاير من نتائج. وبذلك نحاول تحديد مفهوم الشيء (الفرع الأول) وبيان أهم أقسامه (الفرع الثاني) وذلك على النحو الآتي:

(1) إبراهيم احمد، بحث في أصول الفقه، دار المنار، القاهرة - مصر، ط1، 1994م، ص533.

الفرع الأول: مفهوم الشيء

لفظ الشيء في اللغة يعم كل الموجودات المادي منها والمعنوي، ويجمع الشيء على أشياء.⁽¹⁾ أما في الاصطلاح القانوني فإن الشيء هو: (كل ماله كيان ذاتي منفصل عن الإنسان سواء كان الكيان ماديا أو معنويا متى كان صالحا لتحمل بحقوق الأشخاص).⁽²⁾ والشيء المادي هو كل ما يمكن إدراكه بالحس وقابل للسيطرة عليه وحيازته بهذه الحاسية. أما الشيء المعنوي فهو كل ما يمكن إدراكه بالتصور. ويلاحظ بأن الشيء المادي يكون محلا للحقوق العينية، والشيء غير المادي يكون محلا للحقوق المعنوية⁽³⁾.

والتعريف السابق ينطوي على اشتراط أن يكون الشيء قابلا للتعامل فيه حتى يحمل هذه الصفة في نظر القانون. وهذا الرأي هو الذي تبناه القانون المدني الليبي حيث أن المذكرة التوضيحية لمشروعه التمهيدي قد ذكرت أن الشيء لا يعدو أن يكون محلا للحقوق المالية، بشرط ألا يكون خارجا عن التعامل بطبيعته، أو بحكم القانون⁽⁴⁾، في حين يرى البعض أنه من الممكن عدم استلزام القابلية للتعامل حتى تكون الأشياء لغة أشياء في اصطلاح القانون، فتكون كذلك وإن انتفت فيها القابلية، وتصبح عندئذ أشياء غير قابلة للتعامل فيها في مقابل الأشياء القابلة لذلك، ويقتصر ترتيب الحقوق المالية على الثانية دون الأولى.

وقد جرت بعض القوانين الحديثة على استعمال اصطلاح المال بمعنى الشيء. أما القانون الليبي يميز بوضوح بين الشيء والمال، فلكل منهما مدلول خاص قائم بذاته ومتميز عن مدلول الآخر، ذلك أن المال يقصد به الدلالة على ما يصلح محلا مباشرا للحقوق التي تخول التسلط، أو موضوعا لمحل الحقوق

(1) مختار الصحاح، مرجع سابق، ص329.

(2) حسن كبيرة، مرجع سابق، ص364.

(3) عبدالسلام علي المزوغي، مرجع سابق، ج2، ص284 وما بعدها.

(4) سالم عبدالرزاق، القانون المدني الليبي، مرجع سابق، ص29.

التي تخول الاقتضاء. وبذلك فالمال هو الحق ذاته، والشئ هو محل الحق⁽¹⁾، وإن كان هذا التحديد غير صحيح على إطلاقه، فالأشياء كما تصلح محلا للحقوق المالية تصلح أيضا محلا للحقوق غير المالية، والحقوق المالية أيضا قد تكون الأشياء محلا لها، وقد تكون الأعمال هي المحل، فليست كل الأشياء محلا لكل الحقوق المالية، وليست محال هذه الحقوق دائما هي الأشياء.

أما في الفقه الإسلامي: فإن الشئ كمحل للحق يعبر عنه باصطلاح المال. وقد اختلف الفقهاء في الشروط اللازمة لاعتبار الشئ لغة مالا اصطلاحا. فعند متقدمي الأحناف يشترط لذلك شرطان، أولها العينية فلا بد أن يكون الشئ ماديا له وجود خارجي، وثانيها التمول بأن يجري فيه التناقص وبذل العوض من كل الناس أو بعضهم. وبذا يخرج عن مسمى المال عندهم الأشياء المعنوية، كمنافع الأعيان مثل سكنى الدار. أما في اصطلاح الجمهور فإن المال هو ماله قيمة مادية بين الناس، وأجاز الشارع الانتفاع به في حال السعة والاختيار. فالشئ لدى الجمهور يكون مالا إذا توافر له عنصران، أولها أن تكون له قيمة بين الناس، سواء كان عينا أو منفعة، أما الأشياء التافهة فلا تعد مالا. أما الثاني فهو أن يكون الشئ مباحا شرعا في حال السعة والاختيار. فالخمر مثلا لا يعد مالا لحرمتها، خلافا للأحناف الذين يرون أنها مالا مادامت متمولة من بعض الناس الذين يستعملونها. واصطلاح المال يشمل عند الجمهور فضلا عن الأعيان المنافع والحقوق المالية، وهو ما رجحه بعض المعاصرين⁽²⁾. وقد انتقد بعض الفقهاء الاتجاه القانوني المميز بين الشئ والمال، القاصر لهذا الاصطلاح الأخير على الحقوق المالية فقط دون الأشياء العينية. والذي نراه في هذا الباب هو الأخذ بالترقية بين الشئ والمال، محل الحق، والحق المالي، فالخلط بينهما أدى إلى إطلاق التقسيمات الخاصة بالأشياء على الأموال أيضا، في حين أن بعض هذه

(1) عبدالسلام علي المزوغي، مرجع سابق، ص 284 وما بعدها.

(2) محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، بيروت - لبنان، ط1،

1969م، ص 332. عبد الفتاح محمد إدريس، مرجع سابق، ص 87 وما بعدها.

التقسيمات لا يصدق إلا على الأشياء، كتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية، وإلى قابلة وغير قابلة للاستهلاك، فالدقة تقتضي التمييز بين الشيء والمال ومجارة النقدم البشري في مجالات الفكر والطباعة والتجارة والصناعة تقتضي بسط مفهوم الشيء قانونا ليشمل فضلا عن الأشياء المادية الأشياء المعنوية، كنتاج العقل من الأدب والعلم والتجارة والصناعة. والشيء بهذا المعنى له تقسيمات شتى، وهذا ما سندرسه الآن ويلاحظ أن أقسام الشيء يبحثه رجال الفقه الإسلامي تحت عنوان أقسام المال وأنواعه، وستعرض تقسيماتهم له بقدر انصرافها إلى محل الحق الذي اخترنا تسميته بالشيء " chose " اختلفت تلك التقنيات مع تقسيمات القانون أو اتفقت.

الفرع الثاني: أقسام الشيء

تقسم الأشياء أقساما مختلفة بحسب الزاوية التي ينظر منها إلى هذه الأشياء، وتتماثل هذه التقسيمات إجمالاً في القانون مع الفقه الإسلامي.

- فمن حيث مدى قابليتها للتعامل، أي مدى قابليتها لأن تكون محلاً للحقوق، تنقسم الأشياء إلى قابلة للتعامل فيها، وأشياء غير قابلة لذلك. والنوع الأول حددته مادة 1/81 من القانون المدني الليبي فنصت على أن كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية. فالخارجة عن التعامل بطبيعتها مثل الهواء وأشعة الشمس فلا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، أما غير القابلة للتعامل بحكم القانون كالحشيش والأفيون... وما عدا هذين النوعين تكون الأشياء قابلة للتعامل فيها، وتصلح من ثم أن تكون محلاً للحقوق. أما في الفقه الإسلامي فتقسم الأشياء من حيث مدى قابليتها للتعامل إلى أموال متقومة أي ما يباح الانتفاع به شرعاً وحيز بالفعل، أما غير المتقوم فهو ما لم يحز بالفعل، أو حيز وحرّم الشارع الانتفاع به.

- وتنقسم الأشياء من حيث مدى قابليتها للإدراك بالحواس، إلى أشياء مادية، وأشياء معنوية. فالمادية مثل الأرض والمباني والمركبات وغيرها، والمعنوية

مثل المصنفات الفكرية والأسماء والعناوين التجارية.. إلخ.⁽¹⁾ هذا في القانون أما في الفقه الإسلامي فإن الأحناف ولأنهم يشترطون لاعتبار الشيء مالا أن يكون عينا، فتخرج عندهم المنافع والحقوق المعنوية، وإن كان متأخرو الأحناف يسبغون وصف المال على كل شيء له قيمة نقدية، سواء كان عينا أو منفعة، أي ماديا كان أو معنويا، وهذا هو رأي الجمهور، وبذا يتفق مع القانون في هذا التقسيم.

• وتنقسم الأشياء من حيث مدى ثباتها إلى عقارات *immeubles* ومنقولات *meubles*. فالعقار هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه، لا يمكن نقله منه دون تلف، مثل الأرض والمساكن. أما المنقول فهو كل شيء يفتقد إلى صفة الثبات والاستقرار، كالحیوانات والسيارات وغيرها⁽²⁾، أما في الفقه الإسلامي فإن هناك اختلافا في تحديد ماهية العقار والمنقول. فجمهور الفقهاء يرون أن العقار هو ما لا يمكن نقله من مكانه، مثل الأرض، أما المنقول عندهم فهو ما يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر، سواء ظل بعد نقله على هيئته الأصلية، كالحیوانات والسفن والكتب وغيرها، أو تغيرت هذه الهيئة، كالبناء والغرس يصيران بالهدم والإزالة أنقضا وأخشابا⁽³⁾، أما المالكية فيذهبون إلى أن العقار هو ماله أصل ثابت فلا يمكن نقله من مكان إلى آخر إلا بتغيير يلحق هيئته وشكله. ويدخل ضمن العقار وفق هذا التعريف الأرض والبناء والغرس... وأما المنقول عندهم فهو كل ما أمكن نقله وتحويله من مكان لآخر مع بقاء هيئته وشكله، كالكتب والأثاث...⁽⁴⁾ وهذا الاتجاه في تحديد العقار والمنقول يطابق ما أخذ به القانون ويزيد عليه هذا الأخير بتبنيه فكرة العقار بالتخصيص.

(1) حسن كيرة، مرجع سابق، ص 369 وما بعدها.

(2) عبد السلام علي المزوغي، مرجع سابق، ص 288 وما بعدها.

(3) حسن كيرة، مرجع سابق، ص 394 وما بعدها.

(4) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، منشورات البابي الحلبي، القاهرة - مصر، ط4،

• وتنقسم الأشياء من حيث مدى قابليتها للاستهلاك إلى أشياء قابلة للاستهلاك *choses ou biens consommables* وأشياء غير قابلة لذلك *choses ou biens non consommables* أو كما سماها بعض الباحثين من الفقه الإسلامي أموال استهلاكية وأموال استعمالية. والأشياء القابلة للاستهلاك كما حددتها المادة 84 من القانون المدني الليبي هي: تلك التي لا يتصور استعمالها إلا عن طريق استهلاكها، فتستهلك لأول استعمال سواء كان هذا الاستهلاك مادياً بالقضاء على مادتها، كأكل الطعام، أو بتغيير صورتها، كتحويل المنسوجات إلى ملابس، أم كان هذا الاستهلاك قانونياً بالتصرف فيها، كإنفاق النقود وبيع السلع. أما الأشياء الغير قابلة للاستهلاك أو الأموال الاستعمالية فهي: تلك التي تقبل الاستعمال المتكرر فلا تستهلك عن أول استعمال كالعقارات والمفروشات والثياب.⁽¹⁾

• وتنقسم الأشياء من حيث مدى تماثلها إلى أشياء مثلية وأشياء قيمية. والأشياء المثلية كما حددتها المادة 85 من القانون المدني الليبي هي التي لها نظائر مماثلة في الأسواق، فلا تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به، ويقوم بعضها مقام بعض في الوفاء، وهذه الأشياء هي التي جرى العرف على التعامل فيها بالعدد، أو المقاس، أو الكيل، أو الوزن، كالنقود والحبوب من نفس الصنف والجودة. أما الأشياء القيمة فهي التي تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به، بحيث لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء كالأرض والمنازل والحيوانات.⁽²⁾

هذا في القانون أما في الفقه الإسلامي فيوجد ذات التقسيم على ذات الأساس، غير أن الفقهاء يعبرون عن الشيء باصطلاح المال كما سبقت الإشارة.

• وتنقسم الأشياء من حيث جهة تخصيصها إلى أشياء مخصصة للمنفعة العامة، وأشياء مخصصة للمنفعة الخاصة. ويتفق كل من القانون والفقه الإسلامي في تسمية الأشياء المخصصة للمنفعة العامة بالأموال العامة، والأشياء المخصصة

(1) عبدالسلام علي المزوغي، مرجع سابق، ص 296 وما بعدها.

(2) المرجع نفسه، ص 297 وما بعدها.

للمنفعة الخاصة بالأموال الخاصة.⁽¹⁾ وتعد أموالاً عامة في القانون العقارات والمنقولات التي للدولة، أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة، كالشوارع والبيادر العامة، والمدارس والمستشفيات وما يوجد فيها من منقولات. أما الأموال الخاصة فهي تلك الأشياء المملوكة للأفراد، أو الأشخاص المعنوية الخاصة، على أساس أن منفعة هذه الأشياء خاصة بهم. وتعد من قبيل الأموال الخاصة أيضاً الأشياء المملوكة للدولة، أو لأشخاص الاعتبارية العامة متى كانت غير مخصصة للمنفعة العامة، وإن كان هذا التقرير منتقد من العديد من الفقهاء.⁽²⁾

أما في الفقه الإسلامي فإن الأموال الخاصة هي: التي دخلت في الملك الفردي فكانت محجوزة عن الكافة، أي أنها ليست مشاعة بين عموم الناس، ولا مباحة لهم لا رغبة ولا منفعة... والأموال العامة هي: التي ليست داخلية في الملك الفردي، فهي لمصلحة العموم ومنافعهم، والارتباط بين صفة المال العام والتخصيص للمنفعة العامة، يقضي بزوال تلك الصفة عن المال أو قيامها به بزوال هذا التخصيص أو قيامه. وبعد هذا التفصيل يسوغ لنا طرح السؤال التالي: هل يدخل الجنين في محتوى مفهوم الشيء؟ وهل يندرج تحت قسم من أقسامه أم لا؟.

للإجابة عن هذين السؤالين نجمل القول بالآتي، سبق أن حددنا مفهوم الشخصية ومناطق التمتع بها وهو صفة الإنسان الحي. وكذلك حددنا مفهوم الشيء وبيننا أقسامه وبذلك نستطيع أن نجزم بأن الجنين غير مشمول بمفهوم الشيء حيث أن مفهوم الشيء هو: (كل ماله كيان ذاتي منفصل عن الإنسان) فهنا نرى

(1) مصطفى أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، دار العلم، بيروت - لبنان، ط4، 1991م، ص254.

(2) الكوني علي عبوده، مرجع سابق، ص248 وما بعدها. وينظر أيضاً محمد عبد الشافي إسماعيل، الحماية الجنائية بين الشريعة والقانون، دار المنار، القاهرة - مصر، ط1، 1992م، ص33 وما بعدها.

بأن الجنين قبل 100 يوم هو جزء من أمه، ولعله كذلك حتى بعد 100 يوم، على حسب رأي بعض الفقهاء في كل من الشريعة الإسلامية والقانون، أي أنه ليس له كيان مستقل عن الإنسان (الأم) بل هو جزء منه، ثم بعد المائة يوم تبدأ الحياة الإنسانية فيه فالجنين بذلك يعتبر عندنا في حكم الإنسان، وبذلك نؤكد خروج الجنين عن مفهوم الشيء، حيث لا يستوعبه هذا المفهوم، بل يخرج عن نطاقه، وينبني على ذلك أيضا عدم اندراجه تحت أي قسم من أقسامه.

وهذا الاستنتاج هو ما يؤكد المنطق السليم، وكذلك البحث العلمي المعاصر. ثم أنه لم يقل أحد بأن الجنين مثل الكرسي أو الطاولة... أو غير ذلك، وحتى الذين نفوا صفة الشخص عن الجنين لم يصرحوا بأنه شيء، بل أن عباراتهم تؤكد أنه أقل من الشخص، ولكنه ليس في زمرة الأشياء وبذلك يسوغ لنا نفي القول أن الجنين شيء chose وهنا يطرح السؤال الحرج نفسه: هل الجنين يندرج تحت مفهوم الشخص؟.

قبل الإجابة على هذا السؤال لا بد لنا من الإشارة إلى إشكالية قانونية تعاني منها كل التشريعات القانونية في العالم، فيما يتعلق بهذا الموضوع، والتي تتمثل في الإحراج الذي يسببه هذا السؤال المباشر للمشرع الذي يرى بأن وصف الجنين بالشخص تزييدا ومبالغة في القيمة القانونية، لأنه يشعر بأن الجنين ينبغي إلاّ يسوى بالإنسان بعد تمام ولادته حيا، والذي يعد قانونا مالكا للشخصية القانونية الكاملة، التي تستوعب كل من صلاحيته لاكتساب الحقوق وكذلك الالتزام بالواجبات. وهذا لا يليق بالجنين ذلك المخلوق الذي لم يخرج إلى الوجود بعد، وإن أكدت العديد من القوانين بأن للجنين بعض الحقوق مثل النسب والميراث والوصية... إلخ. إلاّ أنه لا يمكن تصور إلزامه بالواجبات، ثم حسب وجهة نظرهم الجنين لم تتحقق فيه الحياة الإنسانية مناط هذه الشخصية، وبذلك لا يجد المشرع مفرا من نفي الشخصية عن الجنين، ولكن هل يثبت المشرع بأن الجنين شيء؟ هذا إحراج آخر يوضع فيه المشرع، لأنه يصعب الاقتناع والإقناع بأن الجنين من حكم الأشياء، حيث أن للشيء مفهوم محدد، ثم له أقسام محددة

كما سبق وأن أشرنا. ونستطيع أن نجزم بأن هذه الحدة في التقسيم (شخص *personne* أو شيء *chose*) والإحراج الذي يجده المشرع بوصف الجنين بأحدهما هو السبب الرئيس فيما نجده من فراغ تشريعي، تتصف به كل النظم القانونية في العالم، وبذلك يتضح لنا سبب هذا الفراغ التشريعي حيال تحديد الموقف الواضح من الجنين.

المبحث الثاني

ثبوت الشخصية للجنين والآثار المترتبة على ذلك

سنتناول في هذا المبحث مدى ثبوت الشخصية القانونية للجنين (المطلب الأول) ثم نبين الآثار المترتبة على ثبوت الشخصية للجنين (المطلب الثاني) وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

مدى ثبوت الشخصية القانونية للجنين

نستطيع أن نؤكد بأنه في إثبات الشخصية للجنين خلاف، حيث أنه هناك من فقهاء القانون من يثبت له الشخصية في حين أن آخرون ينفونها عنه، وذلك وفقا للبيان التالي:

الرأي الأول/ نفي الشخصية عن الجنين: أن العديد من التشريعات القانونية تبنت إثبات الشخصية منذ الولادة، فقررت أن الشخصية القانونية (تبدأ بتمام الولادة حيا) كما هو الحال في القانون المدني الليبي⁽¹⁾، فيلزم لاكتساب الشخصية تمام الولادة، وذلك بالانفصال عن الأم والحياة في هذه اللحظة. ومسألة تحديد الحياة تعرف بالعلامات الظاهرة والمعتادة لذلك، كالبكاء والشهيق والحركة، ولكن أهل الاختصاص من الأطباء أقدر من يختص بتحديد إذا كان المولود

(1) حسن كيره، أصول القانون، مرجع سابق، ص717. هلالى عبد اللاه أحمد، التزامات الحامل نحو الجنين، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ط1، 1996م، ص15 وما بعدها.

انفصل عن أمه حيا أم ميتا. وهذا التحديد لبداية الشخصية القانونية يؤكد نفي الشخصية عن الجنين.

أما عن موقف الشريعة الإسلامية من هذه القضية فنرى بأن الفقه الإسلامي يتعرض بالذكر إلى تحديد بداية الشخصية، فينقل عن الإمام مالك والشافعي وأحمد بن حنبل، أن بداية الشخصية يكون بتمام الولادة مع الحياة. في حين أن الإمام أبا حنيفة يحدد بداية الشخصية بخروج أكثر الوليد حيا، ويكون ذلك عنده متى خرج صدره كله حيا في حالة خروجه برأسه. أما إذا خرج برجليه فالمعتبر خروج سرته وهو حي.⁽¹⁾ أما عن وضع الجنين وفق هذه الآراء فإنه لا يعد شخصا لأن هذا الوصف لا يكتسب إلا بالولادة.

وهذا ما تؤكدته النظم القانونية المدنية حيث تنفي الشخصية عن الجنين، وهو المستقر عند فقهاء القانون، ويعلل بعضهم ذلك بقوله أن الشخصية القانونية لا يتصور منحها إلا لكيان له قدر من الوجود الذاتي والمستقل، أما الجنين في بطن أمه فهو يظل حتى ولادته جزء منها، معتمدا عليها في غذائه وفي تنفسه... الخ.⁽²⁾

وفي ذات الاتجاه سارت بعض الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، فعلى سبيل المثال فإن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان قضت بأن حق كل شخص في الحياة يحميه القانون، وقد قررت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان في تفسيرها لهذا النص أن كلمة " شخص " لا تشمل الجنين الذي لم يولد بعد.⁽³⁾ وبعد أن قررت القوانين المدنية المختلفة بدء الشخصية الطبيعية بتمام ولادة الإنسان حيا، ومنها القانون الليبي، أردفت العديد من التشريعات بما قرره

(1) علي حامد، الفقه المقارن، دار النجوم، القاهرة - مصر، ط2، 1989م، ج3، ص118.

(2) حسن كبيره، أصول القانون، مرجع سابق، ص718.

(3) ينظر مجلة العلوم والمستقبل، تصدر باللغة الفرنسية، العدد 136، 2003م، ص58

المشرع الليبي بتقرير آخر مفاده أن للجنين صلاحية اكتساب الحقوق التي يعينها القانون.

الرأي الثاني/ إثبات الشخصية للجنين:

وعلى أساس أنه لا يمكن إثبات حقوق لكائن ما إلا متى كان هذا الكائن متمتعاً بالشخصية القانونية، باعتبارها الصلاحية لثبوت الحقوق عموماً، نستنتج من إعطاء الجنين صلاحية كسب بعض الحقوق، أن للجنين شخصية قانونية. ولكن ما هي طبيعة هذه الشخصية؟.

بدراسة مواقف فقهاء القانون من إجابة هذا السؤال نستطيع القول، بأنه قد اختلف الفقهاء حول تحديد طبيعة الشخصية التي تعطى للجنين، فرأى بعضهم أن هذه الشخصية تحمل صفة الاستثناء، واحتجوا لذلك بأن إثباتها للجنين يعد خروجاً على القاعدة العامة، التي توقف بدء الشخصية القانونية على تمام ولادة الإنسان حياً، ومن ثم ينبغي قصر الصلاحية التي تعبر عنها هذه الشخصية على الحقوق، دون الواجبات، وعلى الحقوق التي يعينها القانون دون غيرها.⁽¹⁾

وعلى خلاف هؤلاء يذهب فقهاء آخرون إلى رفض إسباغ صفة الاستثناء على شخصية الجنين، إذ يرون أن منح الشخصية للجنين وابتداء هذه الشخصية منذ تكونه هو الأصل، لأن الشخصية هي مجرد الصلاحية لاكتساب الحق، أي أنها ليست الاكتساب الفعلي للحق، وليست الصلاحية لاكتساب كل الحقوق، وإنما يكفي لوجودها الصلاحية لاكتساب الحق، حتى ولو كان حقاً محدوداً في نوعه، وفي مده. وينتقد هؤلاء الفقهاء الآراء التي تقول بأن القاعدة في بدء الشخصية هي بدئها بتمام ولادة الجنين حياً، وأنه استثناء من ذلك تكون للجنين شخصية بالنسبة لبعض الحقوق، إذ لا يتصور في رأيهم تحقق الاستثناء حيث أن الاستثناء يفترض بقاء القاعدة الأصلية، بحيث يمكن أن تطبق على بعض الفروض ويطبق الاستثناء على البعض الآخر، فمن من الأشخاص تبدأ

(1) عبد السلام علي المزوغي، مرجع سابق، ص 150 وما بعدها.

شخصيته من وقت الميلاد ومن تبدأ شخصيته من وقت الحمل؟. إن الشخصية بلا خلاف هي الصلاحية لأن يكون الكائن صاحب حق إما أن تبدأ من وقت الميلاد، وإما أن تبدأ من وقت الحمل، لأن الإنسان يمر دائما بفترة الحمل، فإما أن يكون صالحا من هذه الفترة لأن يكون صاحب حق فتبدأ شخصيته من وقت الحمل، وإما أن يكون غير صالح فتبدأ شخصيته من وقت الميلاد، وبما أن الجنين يعد صالحا لاكتساب الحقوق فإن الشخصية القانونية تبتدئ من ذلك الحين.⁽¹⁾ وعلى هذا تكون للجنين وفق هذا الرأي شخصية قانونية، ولكنها تكون غير نهائية لتوقف استقرارها نهائيا على تمام ولادة الجنين حيا، فإن ثم ذلك عدّ شخصا، وصاحباً للحقوق التي أثبتت له من وقت الحمل، أما إذا ولد ميتا فإن هذه الشخصية تنفي عنه، وبعد كأنه لم يكن شخصا نهائيا وكذا الحقوق التي أثبتت له. وقد تعرض الرأي القائل بإسباغ الشخصية القانونية على الجنين للنقد من قبل الفقهاء الذين يتمسكون بظاهر النصوص التي تقرر ابتداء شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا، فينفون الشخصية عن الجنين وينفون عنه من ثم أهلية اكتساب الحقوق.

أما عن الحقوق التي أجاز القانون إثباتها للجنين فنقريها في رأيهم إنما كان من باب التحفظ والاحتياط لحماية لشخص احتمالي، سيبدأ وجوده أن تمت ولادة الجنين حيا، دون أن يعني هذا أن الجنين يعد شخصا. ولا يغير من هذا النظر في رأيهم القول بأن الجنين إن ولد حيا يكتسب الحق بأثر رجعي، لأن فكرة الأثر الرجعي هي مجرد افتراض قانوني لتسوية وضع هذه الحقوق، والافتراض القانوني لا يجوز أن يزيد على أن الحق لا يكتسب إلا اعتبارا من ولادة الجنين حيا.⁽²⁾

(1) حسن كيره، مرجع سابق، ص 526. هلالى عبد اللاه أحمد، مرجع سابق، ص 112

وما بعدها.

(2) عبد السلام علي المزوغي، مرجع سابق، ص 151.

ثم أن الحق في نظرهم هو استمتاع بمزايا يحصل عليها، أو يمكن أن يحصل عليها الشخص، فكيف يمكن أن نتصور استمتاع، أو إمكان استمتاع، الجنين بمزايا معينة وهو لم يوجد بعد ككائن اجتماعي، فهو لم يوجد بعد في المجتمع حتى تتوجه إليه القاعدة القانونية بالخطاب، وتكسبه حقا أو حقوقا معينة. فالحقوق المقررة للجنين مجرد حقوق احتمالية لشخص احتمالي، لم يوجد بعد، ولكنه قد يوجد، وليس في تقرير هذه الحقوق أي دليل على أن للجنين شخصية منذ تقريرها، فينتهي هؤلاء الفقهاء إذن إلى عدم صحة الآراء التي تثبت الشخصية القانونية للجنين.

وفي الفقه الإسلامي نجد من بين الفقهاء المحدثين من يقول ببداية الشخصية منذ بدء تكون الجنين وليس منذ ولادته حيا. ويقتصر دور الولادة مع الحياة فقط على تأكيد هذه الشخصية، ويستدل هؤلاء بأن شرط الولادة مع الحياة يتحقق عند الحنفية بظهور أكثر المولود حيا، وبانفصاله عن أمه انفصالا تاما مع الحياة عند غيرهم، وهم بهذا يضعون أقوال هؤلاء الفقهاء في مقام تأكيد الشخصية المبدئية منذ الحمل، لا في مقام إنشائها منذ الولادة، تامها أو بدئها.⁽¹⁾ والحياة التي تؤكد للجنين شخصية كما تكون حياة حقيقية تتضح بولادته حيا، قد تكون حياة تقديرية، كما في حالة إسقاط الجنين بجناية عند الأحناف كما لو ضرب شخص امرأة حبلية فأسقط جنينا ميتا فإنه يرث ويورث. وينتقد بعض فقهاء الإسلام موقف القوانين المدنية التي تشترط لبداية الشخصية تمام الولادة والحياة. ويرى بعض الفقهاء أن الشخصية القانونية تتأكد للجنين بعد بداية الحياة الإنسانية أي بعد نفخ الروح أما قبل ذلك فهي شخصية ناقصة ومفترضة. ومن الملاحظ أن بعض فقهاء الإسلام يعترض على وصف الشخصية بالنقصان عند

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق — سوريا، ط4، 1997م. ج2،

الجنين، لأن الشخصية لا يمكن أن تتجزأ وما يمكن أن يوصف بالنقصان هو الأهلية بمعناها العام لا الشخصية.⁽¹⁾

ومن خلال العرض السابق يتبين لنا مدى الاختلاف في مسألة ثبوت الشخصية للجنين من عدمه، وقبل أن نبدي رأينا في هذه المسألة، نريد أن نذكر بأن البحث في تحديد الأحكام المتعلقة بالجنين ينبغي أن يكون منطلقه تحديد طبيعة الجنين، من حيث مدى تمتعه بالشخصية من عدمه، لأن هذه الأحكام تتحدد في ضوء هذه الطبيعة وبحسبها، ونقول هذا هنا انتقاداً لبعض الآراء التي تبحث في مدى تمتع الجنين بحقوق معينة، بمعزل عن بحث مدى تمتعه بالشخصية، وكأن هذه الحقوق يمكن أن تثبت دون حاجة لثبوت الشخصية. فهذا غير صحيح لأن الشخصية هي الصلاحية لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات - ويعنيها هنا الشق الأول - ومتى انتقت هذه الشخصية انتفى احتمال كسب أي حق ولاسيما الحق في الحياة. وعلى هذا فإن البحث ينبغي أن يقتصر في هذا المقام على تبيين مدى ثبوت الشخصية للجنين من عدمه، وما عدا ذلك من أحكام ينبغي أن يبحث كأثار مترتبة على نتيجة البحث الأول.

فعلى سبيل المثال إن المشرع الليبي في قانون حماية الطفولة رقم (5) لعام 1997م اعتبر من مادته الأولى أن الطفل الذي تتعلق به أحكام هذا القانون هو الصغير الذي لم يتجاوز السادسة عشر سنة من عمره، واعتبر أن الجنين يعد طفلاً في تطبيق هذه الأحكام.⁽²⁾ ولا شك في أن المشرع في هذا المقام أراد بذلك شمول الجنين بالرعاية المقررة من هذا القانون، ولكننا نعتقد أن المسلك الذي اتخذه لتحقيق هذه الغاية غير صحيح، وأن السبيل الصحيح لتحقيق الرعاية الملائمة للجنين ينبغي أن ينطلق من منحه الصلاحية لاكتساب الحقوق، أي الشخصية، وبعدها تصرف له الحقوق التي يراها المشرع ملائمة له. أما تقرير منح الجنين حقوقاً دون أن تكون لديه الأداة اللازمة لذلك، فهو مسلك غير

(1) وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج4، ص965.

(2) منشور بالجريدة الرسمية العدد 3 المؤرخ في 1997/3/7م.

صحيح، ومن شأنه أن يشيع عدم الاتساق بين نصوص القوانين المختلفة للدولة الواحدة، حين ينفي بعضها الشخصية عن الجنين، ويمنحه بعضها الآخر حقوقاً معينة.

وبالنسبة للفصل في مدى ثبوت الشخصية للجنين من عدمه، فإننا سبق وإن حددنا مناط الشخصية، وتبين لنا أن هذا المناط في الفقه الإسلامي وفي القانون هو صفة الإنسان الحي، أو الصفة الإنسانية. وكذلك لا يخفى على أحد أن بداية الحياة الإنسانية عند الجنين باليوم المائة والعشرين وفقاً للرأي الراجح في الفقه الإسلامي، أي منذ نفخ الروح فيه، وأنه بذلك يكتسب صفة الإنسان الحي منذ ذلك الحين، ومن ثم ينبغي أن نرتب النتيجة على هذه المقدمات، وبما أننا انتهينا إلى إثبات صفة الإنسان الحي للجنين منذ اليوم المائة والعشرين من الحمل فإننا نستطيع أن نثبت له الشخصية منذ ذلك الحين. ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا. ما هي القيمة القانونية للجنين قبل بداية الحياة الإنسانية فيه؟ ثم ما مدى الشخصية التي نعطيها للجنين هل هي شخصية كاملة مماثلة لشخصية الإنسان بعد ولادته حياً؟ أم هي أقل من تلك الشخصية؟

للإجابة على هذه الأسئلة نقول: إذا كنا نسلم بأن القانون يعطي للجنين إمكانية اكتساب بعض الحقوق منذ بداية الحمل، فإن النتيجة المنطقية والحتمية هي أنه ينبغي للجنين أن يتمتع بالشخصية القانونية طيلة فترة الحمل، فكل إنسان يمر بمرحلة الحمل فإن بدء الشخصية القانونية بالنسبة للشخص الطبيعي تكون منذ الحمل وتكون الجنين في بطن أمه. لأنه في الحقيقة من غير المنطقي أن نقول بأن ابتداء الشخصية يكون منذ الولادة، وفي ذات الوقت نقرر بعض الحقوق للجنين قبل ذلك. إذ كيف يمكن أن تكون للجنين حقوق مسلمة ولا تكون له شخصية؟. كما ينبغي الإشارة إلى أننا نستطيع النظر إلى الجنين من زاويتين، الأولى من جهة كونه جزءاً من أمه، يقر بقرارها وينتقل بانتقالها، وبذلك يلزم الحكم بعدم استقلاله عنها ونفي الشخصية عنه، أما إذا نظرنا إليه من الزاوية الأخرى فنجد أنه نفساً حية له استقلالية عن أمه، وخير دليل ما قرره القانون له

من الحقوق، وبذلك ينبغي إثبات الشخصية له، ولكن لعدم إمكانية ترجيح إحدى الجهتين عن الأخرى، فإنه ينبغي أن يعامل من جهة كونه جزءاً من أمه لعدم صلاحيته للالتزام بالواجبات، ويعامل من جهة استقلاله بالحياة بصلاحيته لاكتساب الحقوق، وبذلك تكون له الشخصية الناقصة منذ بداية الحمل إلى ولادته، وبعد الولادة يعطى الشخصية الكاملة كما يقرر القانون. وبمعنى أدق الشخصية الناقصة هي الصلاحية لاكتساب الحقوق دون الالتزام بالواجبات، والشخصية الكاملة هي الصلاحية لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات. فللجنين في رأينا إذن شخصية ناقصة منذ بداية الحمل، وذلك مستمد من الحقيقة التي قررناها سابقاً بشأنه، قبل بداية الحياة الإنسانية فيه فهو لا يعد إنساناً، ولكنه مؤهل لأن يكون كذلك. وانطلاقاً من هذه الحقيقة نرى أن الجنين قبل اكتسابه صفة الإنسان ليس شخصاً، ولكنه مؤهل لأن يكون كذلك، والفائدة من إعطائه صفة الشخصية الاحتمالية التي نضيفها على الجنين قبل اكتسابه الصفة الإنسانية، تتمثل في إسباغ نوع من الحماية له في تلك الفترة، تتناسب مع تلك الشخصية، وتستجيب لاعتبارات التحوط والتحفظ لكائن قد يصير شخصاً، بما يتلاءم مع تلك الاعتبارات. وهذه الشخصية الاحتمالية وإن كانت غير كافية لإدخال الجنين، قبل اكتسابه الصفة الإنسانية، إلى عالم الأشخاص إلا أنها كافية لتبعده عن طائفة الأشياء محال الحقوق.

وعلمنا مما سبق أن الجنين في الفقه الإسلامي والقانون معاً ليس إنساناً، لأنه لا يكسب هذا الوصف بمعناه الكامل إلا بولادته حياً، ولكنه أصل الإنسان ومآله، بحكم نموه وتطوره أن يصير إنساناً. ولذا نرى أنه ينبغي أن يتمتع بنظام قانوني ناقص بالقدر الذي يتفق مع حقيقته هذه، وذلك بأن نعتبر الجنين وسطاً بين الشيء والشخص أي "شخص ناقص" وهذا مصطلح لا يعرفه القانون من قبل، وقد يصعب تحديده، أو بالأدق تحديد نطاقه القانوني، ولكنها النتيجة المنطقية للوضع الحالي للجنين في القانون. وبذلك يحق لنا هنا تأكيد وجهة نظرنا بالمطالبة بتحديد قيمة قانونية ثالثة تضاف بين مكانة الشخص

والشيء، لأن الجنين له شخصية قانونية ناقصة فهو أقل قيمة من الشخص، الذي يملك الشخصية القانونية الكاملة بعد ولادته، والذي يكون بها محلاً صالحاً لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات.

أما عن مقارنة الجنين بالشيء فإننا نستطيع أن نجزم بأن الجنين لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون من مشتقات مفهوم الشيء، وكذلك لا يمكننا إدخاله تحت أي قسم من أقسامه، وهذا ما يؤكد المنطق السليم، وما أكدته العلم من اكتساب الجنين للقيمة التي تتأى به عن مفهوم الشيء. إذن لا يسعنا وصفه بأنه شيء كما قد يكون من المبالغة وصفه وخاصة في المراحل الأولى من الحمل بوصف إنسان "شخص"، وبذلك نرى منطقية إفراجه بقسم ثالث وسط بين الشيء والشخص، تسمى "الشخص الناقص" أو الشخصية الناقصة!

وبعد كل هذا من المفيد عرض الآثار التي تنتج عن إثبات الشخصية القانونية للجنين، وتلك التي تنتج عن نفيها عنه لكي تتضح الصورة، ونعلم أهمية الشخصية بالنسبة للجنين.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على ثبوت الشخصية للجنين

يمكننا أن نقف في هذا المقام على آثار انتفاء الشخصية عن الجنين (الفرع الأول) ثم آثار ثبوت الشخصية للجنين (الفرع الثاني)، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

آثار انتفاء الشخصية عن الجنين

يترتب على انتفاء الشخصية عن الجنين عدة آثار، أهمها أن انتفاء الشخصية عن الجنين ينتج عنه انتفاء صلاحية اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وما دامت هذه الصلاحية قد انتفت فإن مداها وهو أهلية الوجوب ينتفي عن الجنين، والوعاء الذي يعد لاحتواء تلك الحقوق والالتزامات أي الذمة المالية تنتفي عنه كذلك.

كما ينبني على نفي الشخصية عن الجنين عدم إمكانية تتصيب وصي "أمينا" على مال الجنين لأنه لا مال له، فضلا عن كون الوصاية نوع من أنواع الولاية التي لا تتصور إلا على الشخص والجنين ليس كذلك، وبديهي أن الجنين بانتفاء هذه الشخصية عنه لا يتمتع بالحقوق اللصيقة بهذه الشخصية، ولذا فإن الجنين قبل تمام ولادته، في نظر القانون، لا يتمتع بالحق في الحياة، والحق في سلامة الجسم كمثال واضح للحقوق اللصيقة بالشخصية.

وكيف يسوغ لنا قبول ذلك، جنين بل إنسان يؤذى في جسمه ويصاب بالتشوه والعيوب الجسمانية نتيجة تصرف شخص ما، بل قد يعتدى على حقه في الحياة، ويقتل بالإجهاض نتيجة تصرف شخص ما، ولا أثر قانوني ينبني على كل هذا، لأن الجنين طيلة الفترة الجنينية لا يملك شخصية قانونية، تقرر حقه في الحماية من هذا أو ذلك، وحتى ما تضعه القوانين الوضعية من أحكام لجريمة الإجهاض يشترط العمدية، أي إذا تسبب شخصا في إنهاء حياة الجنين دون توفر القصد الجنائي فإن القانون لا يدينه ولا يحمله أي مسؤولية.⁽¹⁾ (يعني أنه لا عقاب على فعل الاعتداء على الجنين بالإجهاض إذا لم يكن الجاني قاصدا ارتكاب هذا الفعل، وإن كان يحتسب ذلك صورة من صور الإيذاء الخطير كما هو موقف القانون الجنائي الليبي م/ 381 ق.ع.ل) هذا كله يعبر عن أن قيمة الجنين قانونا في واقعها أقل من قيمة الشيء فإذا اخطأ على سبيل المثال شخصا ما وكسر كرسيه لآخر أو سرق قلما منه فإن القانون يطاله بالعقاب أما إذا ضرب امرأة يجهل أنها حامل فأجهضت أو أعطاهما مادة يعتقد أنها لا تضر الجنين أو يعتقد أنها تساعد على النمو المرأة فلا شيء من ذلك وكذلك إذا تسبب تهاون الطبيب وإهماله في إنهاء حياة الجنين أو تشوّهه فلا شيء في ذلك أيضا.....؟ مع ملاحظة أن الجاني قد يعاقب على ارتكابه جريمة إيذاء خطير، الذي تكون فيه

(1) تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن الفقه الإسلامي يرى بأن جريمة الإجهاض قد تكون خطئيه كما قد تكون عمدية بخلاف القانون الذي لا يرى تصور الجريمة الخطئية في الإجهاض.

الحماية منصبة على الأم الحامل وهذا خارج مجال بحثنا، ثم الاستناد على إباحة المساس بحق الجنين في الحياة، على أن الجنين وخاصة قبل بداية الحياة الإنسانية فيه ليس آدمياً غير مقبول، لأنّ تحريم ومنع الإتلاف لا يقتصر على بني آدم بل هو شامل لكل نافع، ولكل ما كان نفعه أكثر من ضرره، ولا ريب أن الجنين حتى قبل بداية الحياة الإنسانية فيه مخلوق نافع، وكيف لا يكون كذلك وهو أصل الإنسان؟ لذا يحرم إتلافه ويحرم كل ما يؤدي إلى ذلك كالإجهاض⁽¹⁾.

ونجد في الشريعة الإسلامية ما يقرر حظر أو منع وتحريم إيذاء الجنين بما دون الإجهاض فالحامل مكففة شرعاً بالعناية بحملها، بعمل كل ما من شأنه المحافظة عليه، والكف عن كل ما من شأنه أن تعمل ما يضر بحملها، من أكل أو شرب أو رفع ثقيل...⁽²⁾ ومن عموم عبارة نصوصهم ما يدل على حصر كل ما من شأنه أن يؤذي الجنين وإن لم يصل إلى درجة سلبه حقه في الحياة. ومن الأمثلة التي تؤكد ذلك أن الأم الحامل ملزمة شرعاً بالإفطار في رمضان إذا خافت على جنينها بصومها⁽³⁾. ونذكر هذا هنا لأن العلاقة بين حماية الحياة وحماية سلامة الجسم وثيقة، وكذلك لأن حظر المساس بالحياة مع إباحة المساس بسلامة الجسم فإنه من شأن الثاني أن يؤدي إلى المساس بالأول. وبعبارة أوضح لو اكتفى الشارع بتجريم الاعتداء على الحياة دون تجريم الاعتداء على سلامة الجسم لكان بذلك قانعا بحماية الكل دون حماية الجزء، على الرغم من أن الكل هو مجموع هذه الأجزاء ومن أن تكرار الاعتداء على هذه الأجزاء يؤدي في النهاية إلى القضاء على وجود الكل ذاته، فلا يتصور إذن حماية الحياة دون حماية الجسد، لأن في ذلك إهدار لهما معاً. وعلى هذا فإننا نتوجه بالنقد إلى القوانين التي تحظر الاعتداء على حياة الجنين ولا يجيز بعضها الإجهاض كالقانون الليبي إلاّ لإنقاذ حياة الأم، في الوقت الذي تتيح فيه المساس به أي

(1) محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص 105.

(2) محمد اسماعيل، مرجع سابق، ص 125.

(3) المرجع نفسه، ص 124.

بالجنين بما دون القتل، أي الإيذاء فتفتح بذلك الباب أمام إهدار الحياة التي تصورت أنها أحاطتها بالحماية، دون أن يطال المعتدي عقاب ما دام غير قاصد إهدار هذه الحياة، وإن أنصرف قصده إلى إيذاء الجنين بقطع عضو منه مثلاً، وهذا النقد نوجهه أيضاً إلى اشتراط هذه القوانين العمدية في تجريم الاعتداء على الجنين، فكلا التقريرين اشترط العمد في تجريم الاعتداء على حياة الجنين، وإباحة الاعتداء على الجنين بما دون إذهاب الحياة ينقص من الحماية التي يستحقها الجنين، ويفوت على المشرع ما أراده من حظر الإجهاض.

الفرع الثاني

آثار ثبوت الشخصية للجنين

وفقاً للمنطق القانوني نشير أولاً إلى الشرط العام الذي مفاده أن الشخصية شرط لازم لثبوت أي حق لأي كائن، فلا يتصور أن يكون لكائن ما أي حق دون ثبوت الشخصية له، وأول الآثار المترتبة على ثبوت الشخصية يتعلق بأهلية الوجوب، وهي كما سبق أن أشرنا تشارك الشخصية في التعريف فكلاهما تعرف بأنها الصلاحية لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ولكنها تفرق عن الشخصية كما سبق أن أشرنا، أيضاً في أنها تمثل الصلاحية من دون التطبيق فتمتد إلى كل الحقوق وقد تقصر عن بعضها، لذا يتصور اكتمالها ونقصانها خلافاً للشخصية التي تمثل الصلاحية مجردة عن كل الحقوق. والمثال التقليدي لأهلية الوجوب الناقصة والوحيد عند بعض الفقهاء، وهي أهلية الوجوب التي تثبت للجنين، ونقصانها مرده اقتصارها على الحقوق دون الالتزامات من ناحية، وعلى بعض لا كل الحقوق من ناحية أخرى. وكذلك مما ينبني على ثبوت الشخصية إمكانية الولاية على الجنين، وهذا ما أكدته بعض القوانين، كقانون تنظيم شؤون القاصرين الليبي رقم (17/1992م) الذي أجاز في المادة (62) منه تنصيب وصي على الجنين وكان دافعه لذلك هو ذلك التحفظ والتحوط الشخصي من طور الكمون. والحقوق التي تثبت للجنين أو عليه مستقرها ذمته المالية، التي

لا نرى مانعا من الاعتراف له بها، بل نرى أن إثبات الشخصية ولوازمها له يقضي إثباتها له. ومثل الذمة المالية في ذلك الموطن حيث نرى أن يحدد للجنين كشخص موطن كالموطن المحدد للقاصر، وهو موطن من ينوب عنه قانونا، وليه أو الوصي عليه.⁽¹⁾ ومن الآثار التي تترتب على ثبوت الشخصية للجنين ثبوت الحقوق للصيقة بالشخصية له، وهي تلك الحقوق التي تلازم شخصية الإنسان وتتقرر له باعتباره آدميا، لتكفل له المحافظة على نفسه، والانتفاع بكل ما هو مرتبط بذاته ارتباطا لا انفصام له. وقد عبر البعض عن هذه الحقوق بأنها لا تكسب وإنما تثبت، بمعنى أنها لا تحتاج إلى مصدر أو سبب لاكتسابها، لأنها تثبت للشخص باعتبارها من مميزات وعناصر شخصيته، ومن ثم فهي لا تحتاج لأن تكتب لسبق وجودها.⁽²⁾ ويشرك العديد من الفقهاء في هذا التعريف مع الحقوق للصيقة بالشخصية حقوقا أخرى، هي حقوق الإنسان، أو الحقوق العامة. وهي وإن كانت تشارك الحقوق للصيقة بالشخصية في مقوماتها وعناصرها الأساسية، إلا أنها تفارقها في أنه يقصد بها أساسا الإشارة إلى ما ينبغي أن يعترف به الأفراد من حقوق مقدسة تحتمها الطبيعة الإنسانية كحد أدنى، وتفرضها كضمان لحماية الأفراد من تحكم الدولة واستبدادها، ولذا تختلف دائرتها أي حقوق الإنسان عند دائرة الحقوق للصيقة بالشخصية فتستوعب الأولى في طليعة ما تستوعبه من حقوق، حق الملكية الذي تتأى به طبيعته المالية عند الدخول في عداد حقوق الشخصية.⁽³⁾ وحقوق الشخصية بمعناها آنف الذكر ووفق التصوير السائد فقها تقسم إلى ثلاثة أنواع: أولها الحقوق التي تتعلق بالكيان المادي للشخص الإنساني، ويأتي في مقدمتها الحق في الحياة والحق في سلامة الجسد. وثانيها الحقوق التي تتعلق بالكيان المعنوي للإنسان ومن أهمها

(1) هذا ما أكدته المادة 1/42 من القانون المدني الليبي.

(2) محمد اسماعيل، مرجع سابق، ص128. محمد عبد الشافي إسماعيل، مرجع سابق، ص92.

(3) حسن كيره، مرجع سابق، ص579.

حق الشخص في الاسم والشرف وسلامة الكيان الفكري... الخ. أما ثالثها فهو الحقوق التي تتعلق بحرية نشاط الشخصية كحرية الانتقال وحرية التعاقد وحرية التفكير...⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق تثبت للجنين منذ ثبوت الشخصية له كافة الحقوق اللصيقة بالشخصية، سواء ما تعلق بالكيان المعنوي منها، أو ما تعلق بالكيان المادي، كالحق في الحياة وغيره، ولكن هذه الحقوق تكون في حال السكون إلى أن تتحقق موجبات حركتها، ويستوي الجنين في هذا مع بقية الأشخاص الطبيعيين.⁽²⁾ وتثبت هذه الحقوق له منذ ثبوت الشخصية له، ولأننا أثبتنا للجنين صلاحية اكتساب الحقوق، وهيئنا له استعمال هذه المكنة عن طريق وليه أو وصية، وبدا أدخلناه - أي الجنين - في دنيا المعاملات، ولما يقتضيه ذلك من تمييز له عن بقية الأشخاص المتعاملين فيها. ومن أهم الحقوق اللصيقة بالشخصية في كيانها المادي الحق في الحياة، والحق في سلامة الجسد، وبحث مدى تمتع الجنين بهما وحدود هذا التمتع يكتسي أهمية مضاعفة في بحثنا.

وما دما قد أثبتنا للجنين الشخصية، فلازم ذلك إثبات الحق في الحياة والحق في سلامة الجسد له، منذ ثبوت تلك الشخصية. وهذه الحقوق تنتهي بانتهاء حياة الجنين التي تعني انتهاء الشخصية بالموت، لكن لا يعني انقضاء هذين الحقين إباحة المساس بجثة الجنين لأنها جثة آدمي. ولكن قد يجوز المساس بجثة الجنين استثناء في حالة الضرورة وبضوابطها كما يجوز المساس بجثة الإنسان المولود على ذات الأساس.

(1) الكوني علي اعبوده، مرجع سابق، ص 84.

(2) محمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 164.

الخاتمة

وبعد كل هذا نستطيع أن نلخص القول بأنه — حسب وجهة نظرنا الخاصة — ينبغي أن تكون للجنين شخصية ناقصة تليق به، وتمثل صلاحيته لاكتساب بعض الحقوق وأهمها حقه في الحياة، وهذه الشخصية كفيلة بإبعاده عن مستوى الأشياء، ولكن لا ترقى به إلى مستوى الأشخاص، لأنه شخص محتمل، فمكانته بين الشخص والشيء، فالمراتب إذن وفقا لذلك ثلاث: شيء — ثم شخص محتمل (الجنين) — ثم شخص، وبذلك يتسنى لنا أن نعطي للجنين قيمة قانونية تتناسب مع طبيعته، وتحل العديد من الإشكاليات القانونية الناتجة عن الفراغ القانوني الناتج عن حدة التقسيم الثنائي (شيء — شخص)، فإنه من الظلم إعداد الجنين في زمرة الأشخاص الطبيعيين لأنه لا يماثلهم من جوانب عديدة، وذلك حسب وجهة نظرنا إفراط ومبالغة، ولكنه من جهة أخرى أيضا من الظلم أن يحسب من زمرة الأشياء، وذلك في نظرنا تفريط في الحماية الجنائية التي ينبغي أن يتمتع بها الجنين في هذه المرحلة، ولهذا نرجح استقلاله بقسم بين هذا وذاك. كما أن إعطائه هذه الشخصية القانونية الناقصة منذ بداية الحمل إلى الولادة يضيف عليه حماية متوازنة. ويمكننا أن نؤكد بأن الشخصية الناقصة تنتهي وتبدأ الشخصية القانونية الكاملة بتمام الولادة حيا، ونعني بتمام الولادة الخروج الكامل من رحم الأم والانفصال عنها تماما، ونعني بـ "حيا" أن يكون في لحظة انفصاله عن أمه حيا حياة طبيعية، وبذلك نستطيع أن نقيم من خلال هذا التحديد الدقيق لأساس الحماية الجنائية للجنين مدى كفاية الحماية الجنائية التي يحظى بها الجنين من عدمها، وذلك من خلال تقييم الحماية بما هي عليه وفقا لنصوص القانون، وتحديد ما ينبغي أن تكون عليه، وحتى نعيد الأمر إلى نصابه السليم يتعين أن نقيم موازنة عادلة تراعي عدم الإفراط في الحماية الجنائية للجنين من ناحية، وعدم التفريط في الحقوق محل الحماية من ناحية أخرى، حتى تكون هذه الحماية التي توفرها القواعد الجنائية أشمل وأكثر أهمية وفعالية.

المراجع

- إبراهيم أحمد، بحوث في أصول الفقه، دار المنار، القاهرة — مصر، الطبعة الأولى، 1994م.
- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، منشورات البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1988م.
- أبو حامد الغزالي، المستصفى، دار قتيبة، بيروت — لبنان، الطبعة الثالثة، 1989م.
- بدران أبو العينين، الشريعة الإسلامية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، د.ت.
- حسن السائح بزار، أصول القانون، دار الرشيد للنشر، بغداد — العراق، الطبعة الثالثة، 1981م.
- حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية — مصر، الطبعة الخامسة.
- زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي. منشورات جامعة قارونس، بنغازي، الطبعة السادسة، 1995م.
- سليمان السحاتي، الطبيعة القانونية للجنين، (رسالة ماجستير) كلية الحقوق، جامعة بنغازي، 2001م.
- عبدالسلام علي المزوعي، النظرية العامة لعلم القانون، الجزء الثاني، نظرية الحق، الدار الجماهيرية، مصراتة — ليبيا، الطبعة الأولى، 1988م.
- عبد الفتاح محمود إدريس، قضايا طبية من منظور إسلامي، دن، الطبعة الأولى، 1993م.
- علي حامد، الفقه المقارن، دار النجوم، القاهرة — مصر الطبعة الثانية، 1989م.

- الكوني علي أعبودة، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل إلى علم القانون، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس — ليبيا، الطبعة الثانية، 1998م.
- محمد عبد الشافي إسماعيل، الحماية الجنائية بين الشريعة والقانون، دار المنار، القاهرة — مصر، الطبعة الأولى، 1992م.
- محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، بيروت — لبنان، الطبعة الأولى، 1969م.
- محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، عمان — الأردن، الطبعة الثالثة، 2000م.
- مصطفى أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، دار العلم، بيروت — لبنان، الطبعة الرابعة، 1991م.
- مفتاح محمد قزيط، الحماية القانونية للجنين، منشورات مركز دراسات العالم الإسلامي، فاليتا — مالطا، الطبعة الأولى، 1995م.
- هلالى عبد اللاه أحمد، التزامات الحامل نحو الجنين، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1996م.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق — سوريا، الطبعة الرابعة، 1997م.

سياسة التجريم والعقاب في مسألة الأسعار في التشريع الليبي

د. أبوبكر أحمد الأنصاري*

مقدمة:

إن الآلية الطبيعية لعملية تحديد أسعار السلع والخدمات تجد أساسها في قانون طبيعي معروف بقانون العرض والطلب⁽¹⁾، فكلما قلَّ العرض زاد الطلب وارتفع السعر، وكلما زاد العرض قلَّ الطلب وانخفض السعر، ولكن تتدخل بعض الدول بشكل أساسي أو استثنائي لتحديد أسعار وأجور كل أو بعض السلع والخدمات، لإزالة التعارض الصارخ بين مصلحة المنتج والتاجر من جهة ومصلحة المستهلك من جهة أخرى، إذ في حين يسعى المنتج والتاجر لتحقيق أكبر قدر من الدخل والأرباح على حساب جمهور المستهلكين، فإن المستهلك يسعى ويرغب في إشباع أكبر عدد من حاجاته المتجددة واللامتناهية في إطار دخله المحدود، فتتدخل الدولة في هذه المسألة لتحديد الأسعار بمعياري موضوعي، وفق أسس وضوابط معينة، لا دخل للتاجر والمستهلك فيها، بشكل يضمن للتاجر هامش من الربح معقول، وبما يضمن في ذات الوقت حماية للقوة الشرائية للمستهلك، وقد يأخذ شكل تدخل الدولة في مسألة تحديد الأسعار بعدا توجيهيا، كما في حالة دعمها للمنتجات الوطنية في مواجهة المنتجات المنافسة المستوردة، بفرض ضرائب على هذه السلع المستوردة أو رفعها في مقابل دعم أسعار السلع

(* عضو هيئة التدريس بكلية القانون، جامعة طرابلس).

(1) للمزيد حول قانون العرض والطلب ومعنى كل من مصطلحي الطلب والعرض لدى الاقتصاديين نحيل القارئ إلى ريتشارد ه. ليفتويتش/ نظام الأسعار وتخصيص الموارد/ ترجمة عبد التواب اليماني وآخر، منشورات جامعة قار يونس (جامعة بنغازي)، بنغازي ليبيا، ط2، 1989م، ص38 و42 وما بعدهما.

ذات المنشأ الوطني، وقد يأخذ شكل تدخلها عن طريق دعم أسعار بعض السلع الاستهلاكية لمصلحة جمهور المستهلكين، عندما تساهم في دفع جزء من سعرها الحقيقي، لتصل إلى المستهلك بسعر يتناسب مع دخله، كما هو الحال في ليبيا، حيث أنشئ صندوق موازنة الأسعار لهذا الغرض، وقد اهتم الفقه الإسلامي بمسألة تدخل الدولة في مجال الأسعار، وحظر الاحتكار، حيث كانت محل عناية فقهاء الشريعة الإسلامية من خلال مناقشتهم لها وإبرازهم لأدلتهم على تحريم الاحتكار وما يؤدي إليه، والمضاربة غير المشروعة، مع جواز تدخل الدولة في مسألة تحديد الأسعار كلما دعت الحاجة إلى ذلك، بالإضافة إلى الحسبة وواجبات المحتسب. (1)

يختلف تدخل الدول في مسألة الأسعار اتساعاً وضيقاً، تبعاً للسياسة الاقتصادية المتبعة فيها، حيث يتسع هذا التدخل في الدول التي تتبنى سياسة الاقتصاد الموجه، ويضيق كثيراً في الدول ذات الاقتصاد الحر، وقد تتغير السياسة الاقتصادية لدولة معينة، مما يستتبع تغييراً في سياسة الأسعار فيها، كما هو الحال بشأن الوضع في ليبيا، حيث تبنى المشرع في البداية مبدأ جواز تحديد أسعار وأجور بعض السلع والخدمات، ثم انتقل إلى مبدأ وجوب تحديد أسعار السلع والخدمات كافة إلا في حالة استثنائية واحدة، ثم قلب سياسته في هذا المجال رأساً على عقب، بأن تحول من مبدأ وجوب تحديد أسعار السلع والخدمات كافة إلى مبدأ تحرير أسعار السلع والخدمات كافة إلا في حالتين استثنائيتين، وذلك بمناسبة إصداره للقانون رقم (23) لسنة 2010م بشأن النشاط

(1) للتعرف على موقف الفقه الإسلامي من التسعير والاحتكار والمضاربة غير المشروعة، يراجع رمضان على السيد الشرنباصي/ حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة/ مطبعة الأمانة، القاهرة، مصر، ط1، 1984م، ص26 وما بعدها. وكذلك أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش/ أحكام السوق في الإسلام وأثرها في الاقتصاد الإسلامي/ دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1989م، ص331 وما بعدها.

التجاري، في المادة 1284 منه تحت عنوان (تحديد الأسعار)، التي تنص على أن: ((تحدد أسعار السلع والخدمات وفقاً لقانون المنافسة باستثناء ما يلي:

• أسعار السلع والخدمات التي يتم تحديدها بقرار من الأمين المختص (وزير التخطيط والاقتصاد والتجارة).

• أسعار السلع والخدمات التي يتم تحديدها بقرار من اللجنة الشعبية العامة (مجلس الوزراء) بصفة مؤقتة لمواجهة حالة طارئة أو كارثة طبيعية، على أن تتم مراجعة هذه الإجراءات خلال مدة لا تزيد على ستة أشهر من بدء تطبيقها.

وفي الحالتين السابقتين يجب أن تتضمن القرارات الصادرة بتحديد أسعار تلك السلع والخدمات القواعد الخاصة بها وتحديد الجزاءات المقررة على مخالفتها)).

يشكل هذا النص أساس هذا البحث وعموده الفقري باعتباره آخر ما استقر عليه المشرع الليبي حتى الآن في مسألة الأسعار، وذلك دون إهمال ما له علاقة من نصوص أخرى، وذلك من خلال التطرق إلى تطور سياسته في هذا المجال، ثم إلى مبررات تحوله إلى سياسة تحرير الأسعار في هذا النص، وإلى سياسته في الحد من التجريم بشأن السلع والخدمات كقاعدة عامة، وبالنسبة لتلك المحددة الأسعار بشكل استثنائي، من حيث تفويض السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية في مسألة التجريم، ومن حيث إشكالية تفويضها تفويضاً مطلقاً في تحديد الجزاءات لمن يخل بهذه الأسعار المحددة بشكل استثنائي، ومدى مشروعية هذا التفويض، وذلك كله في محورين:

المحور الأول: تطور مبادئ تنظيم الأسعار في التشريع الليبي.

المحور الثاني: سياسة المشرع تجريباً وجزاءً في نطاق المادة 1284 من قانون النشاط التجاري 23 لسنة 2010م.

المحور الأول

تطور مبادئ تنظيم الأسعار في التشريع الليبي

أصدر المشرع الليبي قبل القانون رقم (23) لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري عديد القوانين تتضمن تنظيم مبادئ الأثمان ورقابتها، وتدخلت الدولة بموجبها في مسألة تحديدها حماية للسياسة الاقتصادية السائدة في المراحل المختلفة للحياة الاقتصادية فيها.

يعتبر تدخل الدولة بفرض أسعار السلع وأجور الخدمات من أبرز تدخلاتها في الحياة الاقتصادية بشكل عام، عن طريق إلزام التجار بعدم تجاوزها، وملاحقة من يخل بها جنائياً ولو كان ذلك برضا المشتري أو المستهلك، الأمر الذي أثر بعمق في مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد من عدما. (1)

مر مبدأ تنظيم الأسعار في التشريع الليبي منذ بدايات النصف الأخير من القرن الماضي حتى الآن بثلاث مراحل، تغيّر خلالها المبدأ من جواز تنظيم أسعار بعض السلع والخدمات، إلى مبدأ وجوب تحديدها كقاعدة عامة، إلى مبدأ تحريرها كأصل عام بموجب نص المادة 1284 من قانون النشاط التجاري، وذلك على النحو التالي:

الفقرة الأولى: مرحلة جواز تحديد أسعار بعض السلع والخدمات.

صدر في هذه المرحلة ثلاثة قوانين للأسعار، يجمع بينها مسألة جواز تحديد الأسعار على التفصيل الموالي:

(1) يلتزم التاجر بموجب هذه القوانين بالبيع في إطار السعر القانوني، وعدم تجاوز هذه الأسعار ولو كان ذلك برضا المشتري، وإلا وقع في دائرة المحظور، كما أن التاجر ملزم قانوناً بالتعاقد مع المشتري أو الراغب في الشراء حسن النية، فإذا امتنع عن بيعه السلعة لسبب غير مشروع يكون مرتكباً لجريمة رفض البيع أو رفض تقديم الخدمة حسب الأحوال، ولا يشفع له لو دفع بمبدأ سلطان الإرادة، أو بأن العقد شرعية المتعاقدين، أو بمبدأ حرية التعاقد وعدم التعاقد.

أولاً: القانون رقم 61 لسنة 1957م للرقابة على البضائع والأسعار.

حدد المشرع في المادة الأولى منه عدد ونوع السلع الخاضعة لنظام تحديد الأسعار وحصرها في ثلاثة عشر صنفاً، جُلِّها من السلع الغذائية، وتبقى باقي السلع غير المذكورة في النص خارج نظام تحديد الأسعار، يتحدد سعرها وفقاً لقانون العرض والطلب، ومما يلاحظ على مسلك المشرع في هذا الشأن أنه تولى بنفسه حصر المواد الواجب تحديد أسعارها، ولم يترك ذلك للسلطة التنفيذية، الأمر الذي يعكس رغبته في أن يكون مجال تدخل الدولة في مجال تحديد الأسعار في أضيق نطاق، المتعلق بأهم السلع التموينية والضرورية المبينة في المادة الأولى من هذا القانون، وقصر تفويض السلطة التنفيذية المختصة فقط لتحديد أسعار هذه السلع، وقرر عقوبات لكل من يخلّ بها.

ثانياً: القانون رقم 16 لسنة 1962م بشأن التسعير الجبري.

أجاز المشرع في المادة الأولى منه لجهات الاختصاص إخضاع بعض السلع والمنتجات لنظام تحديد الأسعار، كما نص على جريمة الزيادة غير المشروعة في أثمانها، والعقوبات الواجب تطبيقها على من يخلّ بها. يلاحظ أن مبدأ تدخل الدولة في تحديد الأسعار بموجب هذا القانون قائم على مبدأ الجواز وليس على مبدأ الوجوب، كما أن المشرع لم يحدد السلع الخاضعة لتحديد الأسعار كما فعل في القانون رقم 61 لسنة 1957م المشار إليه أعلاه، وإنما ترك ذلك لجهات الاختصاص، كما خولّها أمر تحديد أسعارها.

ثالثاً: المرسوم الملكي بقانون الرقابة على الأسعار لسنة 1965م.⁽¹⁾

يلاحظ هنا أيضاً قيام مبدأ تحديد الأسعار على سبيل الجواز، وليس على سبيل الوجوب، بمعنى أن المشرع لم يلزم جهة الاختصاص بالتدخل في تحديد أسعار السلع والمنتجات، وإنما ترك لها السلطة التقديرية في مسألة هذا التدخل من عدمه، وفي تحديد البضائع والمنتجات التي تريد إخضاعها لنظام

(1) صدر هذا القانون في 28 سبتمبر 1965م، جريدة رسمية عدد 13 لسنة، 1965م.

تحديد الأسعار، وفي تحديد سعر كل بضاعة أو منتج منها، وتبقى أسعار بقية السلع غير المنظمة أثمانها حرة، يحكمها قانون العرض والطلب.

الفقرة الثانية: مرحلة وجوب تحديد أسعار السلع والخدمات.

تتميز هذه المرحلة من تاريخ ليبيا من الناحية الاقتصادية أنها شهدت أوج التطبيقات الاشتراكية في الثمانينات من القرن الماضي، وبلغ تدخل الدولة في الأنشطة الاقتصادية والتجارية مداها، واستأسد القطاع العام على القطاع الخاص، واستحوذ على جُلّ أنشطة الإنتاج والتوزيع، ونتج عن ذلك فشل عريض في هذه الأنشطة، وقلت السلع، ونذرت في الأسواق، وارتفعت أسعارها مع افتقارها للجودة المطلوبة، وانتشار المضاربة غير المشروعة فيها، وكل ذلك جعل من المستهلك في ليبيا ضحية ليس للموزعين الأفراد فحسب، وإنما ضحية لعسف النظام الاقتصادي للدولة التي لم ترع في المواطن والمستهلك إلا ولا ذمة، وتحت وطأة هذه الظروف الاقتصادية السيئة تغيرت السياسة في مجال الأسعار، وانقلب مبدأ تنظيم الأثمان من مبدأ جواز تنظيم أسعار بعض السلع الذي كان سائداً في ظل المرسوم الملكي بقانون الأسعار لسنة 1965م إلى مبدأ وجوب تنظيم أثمان كل السلع والخدمات كقاعدة عامة، وذلك بموجب القانون رقم (13) لسنة 1989م بشأن الرقابة على الأسعار⁽¹⁾، وبالنظر إلى أهمية الأسعار بالنسبة للمستهلك ألزم المشرع بموجب المادة 12 من هذا القانون كل من يعرض للبيع سلعاً أن يعلق أسعار هذه السلع بطريقة واضحة، سواء كانت مسعرة أو غير مسعرة، وأصبحت القواعد التي تحكم مسألة تحديد الأسعار بموجب هذا القانون تقوم على الأساسين التاليين:

(1) جريدة رسمية، عدد 18 لسنة 1989م، عدل هذا القانون بالقانون رقم (16) لسنة 1996م،

جريدة رسمية عدد 7 لسنة 1996م.

الأول: مبدأ وجوب تحديد أسعار السلع وأجور الخدمات كقاعدة عامة:

نصت على هذا المبدأ المادة الأولى من هذا القانون حسبما وقع تعديلها بموجب القانون رقم (16) لسنة 1996م بشأن تعديل القانون رقم (13) لسنة 1989م بشأن الرقابة على الأسعار⁽¹⁾ التي تنص على أنه: ((فيما عدا السلع والخدمات التي يتم استثنائها بموجب أحكام اللائحة التنفيذية لهذا القانون تخضع جميع البضائع والمنتجات المحلية والمستوردة والخدمات لنظام تحديد الأسعار، ولا يجوز البيع أو التعامل فيها بمقابل يزيد على السعر المحدد لها قانوناً))⁽²⁾.

الثاني: جواز إخراج بعض السلع والخدمات من نظام تحديد الأسعار.

بعد أن قرر المشرع مبدأ عاماً في وجوب إخضاع السلع والخدمات لنظام تحديد الأسعار قرر جواز استثناء بعض السلع والخدمات المحددة في اللائحة التنفيذية من هذا النظام، وتختص بإصدار اللائحة التنفيذية وزارة التخطيط والاقتصاد والتجارة، عملاً بالمادة الثالثة من هذا القانون بموجب القانون رقم (16) لسنة 1996م المشار إليه.

يتضح مما تقدم أن الأصل في هذه المسألة وفقاً لهذا القانون خضوع جميع السلع والخدمات لنظام تحديد الأسعار، والاستثناء هو إخراج بعضها من هذا النظام بموجب اللائحة التنفيذية له.

نص المشرع على العقوبات المقررة لمن يخلّ بالأسعار في المادة الرابعة عشرة من هذا القانون حسبما وقع تعديله، التي جرّمت بيع بضاعة أو سلعة أو منتج وتقديم خدمة مما يخضع لنظام تحديد الأسعار وعرضها للبيع أو

(1) جريدة رسمية عدد 7 لسنة 1996م.

(2) كان هذا النص قبل التعديل يقضي بأن: ((تخضع جميع البضائع والسلع والمنتجات المحلية والمستوردة والخدمات لنظام تحديد الأسعار فيما عدا ما استثني منها بقرار من اللجنة الشعبية العامة (مجلس الوراء)، ولا يجوز البيع أو التعامل فيها بمقابل يزيد عن السعر المحدد وفقاً لهذا القانون)).

للتقديم بسعر أو أجر يزيد عن السعر المحدد لها، وكذلك إخفاءها والامتناع عن بيعها أو تقديمها، وقرر عقوبات متدرجة لمن يرتكب أي من هذه الجرائم دون الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر على النحو التالي:

- إذا وقعت الجريمة للمرة الأولى يعاقب الجاني بغرامة مالية تعادل 50% من قيمة السلعة أو البضاعة أو مقابل تقديم الخدمة محل الجريمة، على الأقل عن ثلاثمائة دينار، ووقف المحل لمدة شهر.
- إذا وقعت الجريمة للمرة الثانية خلال خمس سنوات من تاريخ الحكم بالإدانة في الجريمة الأولى يعاقب الجاني بغرامة تعادل 70% من قيمة السلعة أو البضاعة أو مقابل تقديم الخدمة محل الجريمة، على الأقل عن خمسمائة دينار، وبوقف المحل لمدة ستة أشهر.
- إذا وقعت الجريمة للمرة الثالثة خلال خمس سنوات من تاريخ الحكم بالإدانة في الجريمة الثانية يعاقب الجاني بغرامة تعادل 100% من قيمة السلعة أو البضاعة أو مقابل الخدمة محل الجريمة، على الأقل عن ألفي دينار، وبإلغاء ترخيص ممارسة النشاط بشكل نهائي.
- تطبق ذات العقوبات المشار إليها في الفقرات السابقة على المشتري أو المستفيد من الخدمات في حال إشتراء السلعة أو الاستفادة من الخدمة بالمخالفة للتسعيرة المحددة، متى ثبت علمه بالأسعار المحددة ولم يبادر بإبلاغ السلطات المختصة. يلاحظ أن المشرع نص على هذه الجريمة لأول مرة، وأضافها إلى جرائم التسعيرة بموجب القانون رقم (16) لسنة 1996م.
- نص المشرع على عقوبتين تكميليتين على سبيل الوجوب هما: مصادرة السلع محل الجريمة، ونشر الحكم ثلاث مرات في إحدى وسائل الإعلام المختلفة على نفقة المحكوم عليه.
- لم يكتف المشرع بالعقوبات القضائية، بل أجاز للجهة الإدارية المختصة اتخاذ بعض الجزاءات الاحترازية في الأحوال التي تبينها اللائحة التنفيذية، وتتمثل

في الأمر بقفل المحل، وضبط السلعة محل المخالفة إلى حين صدور حكم قضائي في هذا الشأن.

هكذا كانت عقوبة الإخلال بنظام الأسعار في ظل القانون رقم (13) لسنة 1989م المعدل، ويلاحظ في هذا الشأن مدى حرص المشرع الليبي على إضفاء الحماية الجنائية لمصلحة المستهلك من خلال تحديد أسعار بيع السلع وتقديم الخدمات، ومصلحته في ضمان حسن توزيع السلع وانسيابها إليه عبر قنوات التوزيع بشكل طبيعي، دون عوائق أو عراقيل، بعيداً عن مشاكل ندرتها، كي يحصل عليها في كل وقت وحين بتجريمه رفض البيع وإخفاء السلع، ولكن كان ذلك كله على الصعيد النظري، الذي لم ينقذ المستهلك من حمى الأسعار، الناشئ عن سوء توزيع ما يحتاجه من السلع المختلفة، الأمر الذي أدى إلى بروز ظاهرة السوق السوداء، لذا حاول المشرع دعمه مرة أخرى في ظل هذا القانون بإصدار قانون آخر، هو القانون رقم (4) لسنة 1996م بتحريم اقتصاد المضاربة⁽¹⁾ الذي عرّف المضاربة في المادة الأولى منه بأنها: ((شراء السلع أو بيعها بدون ترخيص، أو بيعها أو شرائها بأكثر من السعر المحدد قانوناً، أو السمسرة فيها أو إخفاؤها أو احتكارها، وذلك كله بقصد زيادة سعرها))، ونص في المادة الثالثة المعدلة على عقوبات قاسية تتراوح بين السجن المؤبد والإعدام حسب الأحوال، غير أنه لم يكن لهذا القانون أي صدى يذكر في تحقيق حماية أكبر لمصلحة المستهلك وحماية قدرته الشرائية، وألغي كل من القانون رقم (13) لسنة 1989م بشأن الرقابة على الأسعار، والقانون رقم (4) لسنة 1996م بشأن تحريم اقتصاد المضاربة بموجب القانون رقم (23) لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري.

(1) جريدة رسمية، عدد 3 لسنة 1996م، عدل هذا القانون بالقانون رقم (22) لسنة 1996م، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 1996م.

هذا عن مرحلة مبدأ وجوب إخضاع السلع والخدمات كافة لنظام تحديد الأسعار كقاعدة عامة، لنصل إلى الحديث عن مرحلة مبدأ تحرير أسعار السلع والخدمات كافة، وذلك في النقطة الموالية.

الفقرة الثالثة: مرحلة تحرير الأسعار كقاعدة عامة.

بدأت هذه المرحلة من تاريخ نفاذ القانون رقم (23) لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري، في 21/8/2010م⁽¹⁾ إلى يومنا هذا، حيث انقلبت السياسة الاقتصادية للدولة الليبية في مجال الأسعار رأساً على عقب بالمقارنة مع سياستها في ظل القانون رقم 13 لسنة 1989م المشار إليه أعلاه، ونتحدث عن هذا الموضوع في النقاط التالية:

أولاً: مظهر انقلاب السياسة الاقتصادية للدولة.

يبدو هذا المظهر في تقرير قاعدة عامة في هذه المسألة مغايرة تماماً لتلك التي تبناها المشرع في ظل قانون الرقابة على الأسعار لسنة 1989م، تبنى بموجبها مبدأ تحرير الأسعار إلا في حالتين استثنائيتين، نتناول المبدأ العام والاستثناء عليه، ثم موقف بعض التشريعات المقارنة من مبدأ تحرير الأسعار في النقاط التالية:

1- مبدأ تحرير السلع والخدمات كقاعدة عامة.

نصت على هذا المبدأ الفقرة الأولى من المادة 1284 من قانون النشاط التجاري، تحت عنوان (تحديد الأسعار) التي تقضي بأن: (تتحدد أسعار السلع والخدمات وفقاً لمبادئ المنافسة باستثناء ما يلي....).

يبرز مظهر تغيير السياسة الاقتصادية للدولة واضحاً في تحولها في مجال تنظيم الأسعار؛ فبعد أن كان المبدأ السائد في ظل قانون الرقابة على الأسعار لسنة 1989م يقوم على مبدأ وجوب إخضاع كل السلع والخدمات لنظام

(1) صدر هذا القانون بتاريخ 28 يناير 2010م، ودخل حيز النفاذ من تاريخ نشره في مدونة التشريعات (الجريدة الرسمية) في عدد خاص بتاريخ 21/8/2010م.

تحديد الأسعار إلا ما يتم استثناءه منها بموجب اللائحة التنفيذية لهذا القانون، انقلب المبدأ في ظل القانون رقم 23 لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري، حيث أصبح المبدأ بعد نفاذه يقوم على تحرير أسعار السلع وأجور الخدمات إلا في حالتين استثنائيتين.

2- الاستثناء على مبدأ تحرير الأسعار.

بعد أن تبنى المشرع مبدأ تحرير الأسعار كقاعدة عامة في المادة الأولى من هذا القانون استثنى من هذا المبدأ العام بعض السلع والخدمات التي ترى الجهات التنفيذية المذكورة في النص إخضاعها إلى نظام تحديد الأسعار، ويتمثل هذا الاستثناء في حالتين نص عليهما المشرع في بندين بالفقرة الأولى من المادة 1284 هما:

- أسعار السلع التي يتم تحديدها بقرار من الوزير المختص (وزير التخطيط والاقتصاد والتجارة)، وعادة ما تتعلق هذه السلع والمنتجات بالحاجات الأساسية لجمهور المستهلكين، وتقوم الدولة بتحديد أسعار هذه السلع تحقيقاً لأهداف اقتصادية واجتماعية، في سبيل ضمان حصول جمهور المستهلكين على حاجاتهم من هذه السلع وكذلك الخدمات في حدود الأسعار المحددة، حماية للقدرة الشرائية لهم، وتظل هذه السلع والخدمات خاضعة لنظام تحديد الأسعار بشكل مستمر إلى أن تعدل أو تلغى قرارات الوزير بهذا الشأن.
- أسعار السلع والخدمات التي تتحدد بقرار من اللجنة الشعبية العامة (مجلس الوزراء) بصفة مؤقتة لمواجهة حالة طارئة أو كارثة طبيعية، على أن تتم مراجعة هذه الإجراءات خلال مدة لا تزيد على ستة أشهر من بدأ تطبيقها، والأصل في هذه السلع والخدمات أنها محررة الأسعار في الظروف العادية وفقاً لمبدأ تحرير الأسعار، وأجاز المشرع لمجلس الوزراء أن يخضع بعض هذه السلع والخدمات لنظام تحديد الأسعار لمدة مؤقتة، لمواجهة ما قد يحدث من حالات طارئة أو كوارث طبيعية تقتضي هذا التدخل إلى حين زوال الحالة الطارئة أو الكارثة الطبيعية، واشترط المشرع ضرورة مراجعة ما

اتخذ من إجراءات وقرارات في هذا الصدد خلال مدة لا تزيد على ستة أشهر من بدء تطبيقها في جميع الأحوال.

3- موقف التشريعات المقارنة من مبدأ تحرير الأسعار.

إن رغبة معظم الدول في الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية فرضت عليها تطويع سياساتها الاقتصادية بما يتماشى وشروط قبول الانضمام إليها، ومن بينها معظم الدول العربية، التي حاولت إعادة بناء منظومتها القانونية بما يتفق وهذه الشروط، حيث تبنت هذه الدول مبدأ تحرير أسعار السلع والخدمات كمبدأ عام، مع استثناء بعضها من هذا المبدأ، على غرار ما سار عليه المشرع الليبي، مع اختلاف بعض المشرعين معه من حيث السلع والخدمات المستثناة من هذا المبدأ، واختلافهم جميعاً عنه من حيث تفويض المشرع الليبي المطلق للسلطة التنفيذية في تحديد الجزاءات لمن يخل بأسعارها أو أجورها، نذكر من هذه التشريعات:

أ- القانون التونسي؛ حيث نص على هذا المبدأ واستثنائه في القانون عدد 64 لسنة 1991م المتعلق بالمنافسة والأسعار المؤرخ في 29 يوليو 1991م، إذ جاء في الفصل (2) منه أن تحدد أسعار المواد والسلع والمنتجات والخدمات بكل حرية، باعتماد المنافسة، وجاء الفصل (3) منه يستثني من نظام حرية الأسعار المواد والسلع والمنتجات والخدمات الأساسية، أو المتعلقة ببعض القطاعات أو المناطق التي تكون فيها المنافسة بالأسعار إما بسبب حالة احتكار للسوق أو صعوبات متواصلة في التمويل، أو بفعل أحكام تشريعية أو ترتيبية، ويجب في هذه الحالة عملاً بذات الفصل أن تحصر بأمر قائمة هذه المواد والسلع والمنتجات والخدمات، وأن تحدد فيه شروط وأساليب تحديد أسعار كلفتها وبيعها، وجاء الفصل الرابع منه للحديث عن تفويض الوزير المكلف بالاقتصاد وبهدف مكافحة الشطط في زيادة الأسعار أن يصدر قراراً باتخاذ إجراءات مؤقتة لمواجهة حالة أزمة أو جائحة طبيعية أو ظروف استثنائية أو وضعية بارزة لحالة

السوق غير العادية في قطاع معين، شريطة ألا تتعدى مدة تطبيق هذا القرار ستة أشهر.

ب- القانون المصري⁽¹⁾؛ ونشير في هذا الصدد إلى قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الصادر بالقانون رقم (3) لسنة 2005م، حيث تنص المادة (1) منه على أنه: ((تكون ممارسة النشاط الاقتصادي على النحو الذي لا تؤدي إلى منع حرية المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها، وذلك كله وفق أحكام القانون)).⁽²⁾

يلاحظ على هذا النص أنه لم يشير صراحة إلى مبدأ حرية الأسعار كمبدأ عام، إلا أن ذلك مفهوم ضمناً، من خلال إقراره بحرية المنافسة وحمايتها وتنظيمها في ممارسة الأنشطة الاقتصادية، وخرج المشرع المصري عن هذا الأصل في المادة (10) منه، التي تنص على أنه: ((يجوز بقرار من مجلس الوزراء تحديد سعر بيع منتج أساسي أو أكثر لفترة زمنية محدودة، وذلك بعد أخذ رأي الجهاز (جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المنشأ طبقاً لأحكام هذا القانون)، ولا يعتبر نشاطاً ضاراً بالمنافسة أي اتفاق تبرمه الحكومة بقصد تطبيق الأسعار التي يتم تحديدها)). وهذا النص يكشف عن حقيقة التوجه العام للمشرع المصري في تبنيه مبدأ تحرير الأسعار كقاعدة عامة.

ج- القانون الأردني: يشار في هذه المسألة إلى قانون المنافسة الأردني (المؤقت)⁽³⁾ رقم (49) لسنة 2002م، في مادته الرابعة التي تقيد أن أسعار السلع

(1) للمهتم بالموضوع في القانون المصري نحيله إلى أحمد محمد محمود خلف/ الحماية الجنائية للمستهلك في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار/ دار الجامعة الحديثة، مصر 2008م.

(2) يقابل هذا النص المادة الثانية من القانون رقم 19 (القطري) بشأن حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية.

(3) نقلاً عن عبد الفتاح مراد، شرح قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاقتصادية، الإسكندرية - مصر، بدون تاريخ، ص 209.

والخدمات تتحدد وفقاً لقواعد السوق ومبادئ المنافسة الحرة، باستثناء أسعار المواد الأساسية التي يتم تحديدها بقرار من مجلس الوزراء كإجراء مؤقت، لمواجهة ظروف استثنائية أو حالة طارئة أو كارثة طبيعية، على أن يعاد النظر في هذا الإجراء خلال مدة لا تزيد على ستة أشهر من بدء تطبيقها.

د- القانون الليبي: يذكر في هذا الشأن القانون رقم (19) لسنة 1999م بشأن تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري، حيث تنص المادة (3) منه على أنه: ((يتم التعامل في السلع المختلفة في إطار حرية التجارة والمنافسة وفقاً للأحكام الواردة في هذا القانون بما لا يؤدي إلى الإضرار بمصالح المستهلكين أو خلق احتكارات تجارية))، وأفادت المادة (5) من هذا القانون أن أسعار السلع والخدمات في سوق تداولها تتحدد على أساس المنافسة الحرة التي تحكمها عوامل السوق، واستثنت المادة (2/4) من هذه الأحكام تلك الإجراءات الوقائية التي يقرها مجلس الوزراء، لمواجهة حالة طارئة أو كارثة طبيعية في قطاع معين، بشرط إعادة النظر في هذه الإجراءات خلال مدة لا تزيد على ستة أشهر، مع جواز تمديدها لمرة واحدة لمدة أخرى بناءً على عرض من الوزير المختص.

ثانياً: مبررات تبني الدولة الليبية مبدأ تحرير الأسعار كقاعدة عامة.

إن تبني الدولة الليبية لسياسة تحرير الأسعار كمبدأ عام يجد له مبررين

على النحو التالي:

1- مبرر ذو بعد دولي.

يظهر هذا البعد بجلاء في رغبة ليبيا في الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية⁽¹⁾ التي حلتّ كلياً محلّ اتفاقية الجات⁽²⁾، حيث تقدمت ليبيا بطلب الانضمام

(1) أبرمت اتفاقية منظمة التجارة العالمية سنة 1955م، وارتفع عدد الدول فيها من هذا التاريخ حتى الآن من 112 دولة إلى 155 دولة.

(2) يراجع عاشور مفتاح الإمام، مقال بعنوان/نحن ومنظمة التجارة العالمية/ بتاريخ

2013/1/2م في موقع LIBYA ALMOSTKBAL @ EMAIL.COM، وتتمتع ليبيا

بعضوية مراقب منذ 1952م وتقدمت بطلب الانضمام إلى هذه المنظمة بصفة عضو =

إلى هذه المنظمة، ومن بين أهم شروط الانضمام إليها أن تكون المنظومة القانونية للدولة طالبة الانضمام تتماشى وأهداف هذه المنظمة، التي من بينها تبني سياسة تحرير أسعار السلع والخدمات، وتحرير التجارة مع الدول الأخرى، بفتح أسواقها لمختلف السلع والمنتجات والخدمات، وتطبيق قانون العرض والطلب في مسألة تحديد الأسعار وأجور الخدمات، وإعمال المنافسة في الأنشطة الاقتصادية، وحماية مبادئها وقواعدها، ومنع الممارسات الاحتكارية والمضاربات غير المشروعة، وهذا كله يرتب التزاماً على عاتق الدولة طالبة الانضمام بعدم التدخل في مسألة تحديد الأسعار إلا في أضيق نطاق، وبشكل استثنائي، ووقف دعم السلع المحلية القابلة للتصدير.⁽¹⁾

لما كان الأمر كذلك وجدت ليبيا نفسها أنه لا مفر من تغيير منظومتها القانونية في مجال المنافسة والأسعار، تحقيقاً لرغبتها في الانضمام إلى هذه المنظمة، والاستفادة من مزايا الانضمام إليها، رغم ما قد يكون له من بعض الآثار السيئة على الصناعة الوطنية، التي لا تقوى على منافسة سلع الشركات العالمية العريقة، الأمر الذي سوف يؤدي إلى إعاقة قيام صناعات وطنية وليدة، وإغلاق المصانع القائمة، تحت وطأة تحرير التجارة الدولية ومبادئ المنافسة على النطاق الدولي.⁽²⁾

= كامل العضوية منذ 2001م، ولم يدرج هذا الطلب في جدول أعمال اجتماعاتها إلا في السنوات الأخيرة، بعد الانفتاح الذي شهدته ليبيا على العالم الغربي، وتقاربها مع الولايات المتحدة الأمريكية، التي كانت المعترض الأول على انضمام ليبيا إليها. نفس المرجع.

(1) ربما كان من أثر ذلك أن ظهرت فكرة إنهاء دعم الدولة الليبية لأسعار بعض السلع الاستهلاكية، مقابل زيادة دخول المستهلكين، حيث ظهرت هذه الفكرة للتداول قبل ثورة 17 فبراير 2011م، ولا زالت الفكرة مطروحة هذه الأيام، ولم تنفذ حتى الآن.

(2) للتعرف إلى الآثار الإيجابية والسلبية للانضمام إلى منظمة التجارة العالمية، يراجع عيسى حمد الفارسي، بحث بعنوان (أثر منظمة التجارة العالمية على بعض الدول العربية) منشور في مجلة التخطيط والتنمية (نصف سنوية)، يصدرها معهد التخطيط، طرابلس، المجلد الأول، العدد الأول، نوفمبر 2007م، ص 174 وما بعدها.

لهذا السبب ذي البعد الدولي قلبت الدولة الليبية سياستها في مجال الأسعار رأساً على عقب، حيث خصص المشرع الباب الأول من الكتاب الحادي عشر من القانون رقم (23) لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري لتحديد الأحكام المطبقة على حرية الأسعار والحد من الاحتكار، وتنظيم المنافسة التجارية، وقواعد حمايتها، بقصد تطوير النشاط الاقتصادي، وضمان الشفافية والنزاهة في المعاملات، واحترام قواعد الاستقامة التجارية، في المواد 1282 إلى 1307 من هذا القانون، وذلك لأول مرة في التشريع الليبي بهذا الزخم الكبير.

2- يكمن المبرر الثاني للمشرع الليبي في الأخذ بمبدأ تحرير الأسعار في اعتقاده بأنه قد أوجد بديلاً لمبدأ تحديد الأسعار، عندما حاول أن يحدّ من مظاهر الاحتكار، ونظم المنافسة التجارية، وحدد قواعد حمايتها من الناحية التشريعية، متأملاً أن يكون من شأن هذه المنافسة أن تفرز أسعاراً عادلة أو معقولة لبيع السلع وتقديم الخدمات لجمهور المستهلكين في إطار المنافسة الحقيقية بين المشروعات الاقتصادية، التي يسعى كل مشروع اقتصادي منها إلى استقطاب أكبر جمهور من المستهلكين على حساب المشروعات الأخرى المنافسة له، وأن تفرز هذه المنافسة الحقيقية سلماً أكثر جودة وخدمات ما بعد البيع، وفي سبيل خلق هذه المنافسة التي تحقق للمستهلك مصلحته في الأسعار والجودة نص المشرع في المادة 1285 من قانون النشاط الاقتصادي على حظر جميع الأعمال والاتفاقات الصريحة والضمنية التي تهدف إلى الإخلال بمبدأ المنافسة والحد منها، أو التأثير عليها، والإخلال بقواعد السوق؛ مثل الاتفاقات أو الأعمال التي تهدف أو تؤدي إلى تحديد الأسعار، أو تشكل مساساً بقواعد العرض والطلب، سواء برفع الأسعار أو خفضها، ومنع أو عرقلة مزاولة نشاط تجاري في السوق للحد من دخول مزاولين آخرين أو إخراجهم منه، وتقاسم الأسواق أو السلع أو الخدمات أو العملاء على أسس جغرافية أو كمية موسمية، ورفض البيع والشراء، أو تقييده بقيود إضافية، أو تعليق ذلك على شروط غير مرتبطة بالسلع والخدمات محل التعامل، والتواطؤ في تقديم العروض والعطاءات والمناقصات

والمزايدات العامة، أو في وضع شروط غير مبررة لقبولها، والحصرية في عقود الامتياز والتوكيل التجاري إلا في الحالات الاستثنائية، وعملية إغراق السوق الوطنية ببيع السلع المستوردة المماثلة للسلع المنتجة محلياً أو لها نفس مواصفاتها بسعر يقل عن سعر بيعها في السوق الوطنية للدولة المصدرة، أو بسعر يقل عن التكلفة الحقيقية مما يسبب ضرراً، أو يهدد بذلك، أيعيق بشكل ملحوظ إنتاج هذه السلع في السوق المحلي.

كما حظر المشرع في المادة 1288 منه على جميع مزاولي الأنشطة الاقتصادية ممن هم في أوضاع تتيح لهم السيطرة والتأثير أو القدرة على التأثير في نشاط السوق والتحكم فيه إساءة استخدام تلك الأوضاع للقيام بأعمال للإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها، وعلى الأخص؛ تحديد أسعار بيع السلع والخدمات بشكل يتنافى وقواعد السوق ويؤدي إلى الإخلال بمبادئ المنافسة، والامتناع عن بيع أو شراء السلع والخدمات، أو إخفاؤها أو احتكارها أو الامتناع عن التعامل فيها بما يؤدي إلى افتعال وفرة أو عجز غير حقيقيين فيهما بقصد المضاربة والتأثير على الأسعار، رفض التعامل مع أحد مزاولي الأنشطة التجارية، أو فرض شروط تمييزية غير متكافئة للقيام بذلك، استغلال أوضاع التبعية الاقتصادية لفرض شروط للتعامل من شأنها الحد من مبادئ المنافسة، التدخل بأي صورة كانت للحد من عمليات إنتاج وتصنيع وتطوير وتوزيع السلع والخدمات أو الحد من دخول إلى الأسواق.

وحظر المشرع أيضاً في المادة 1289 منه إنشاء تكتلات تؤدي إلى التأثير في نشاط السوق والتحكم فيه بما يجاوز النسبة التي يحددها الوزير المختص بما لا يجاوز 30% من حجم سوق السلعة، وكذلك اقتسام الأسواق أو العملاء أو مصادر المواد الخام أو التموين بشكل يخالف قواعد المنافسة، إلا في حالات استثنائية ذكرها المشرع في ذات النص.

كما حظر في المادة 1291 من نفس القانون على مزاولي الأنشطة الاقتصادية البيع بأقل من سعر التكلفة، إلا بالنسبة للسلع القابلة للتلف والسلع

والخدمات الموسمية والمخزونات والسلع المتقدمة زمنياً أو البالية تقنياً، ولم ينص المشرع على عقوبة لمن يخلّ بأحكام هذا النص،

نص المشرع في المادة 1301 على العقوبات المقررة للأعمال والممارسات المخلة بالمنافسة، وفي المادة 1302 على العقوبات المقررة لأعمال حظر السيطرة.

لعل من المناسب في هذا المقام الإشارة إلى مسلك المشرع الغريب في تحديده للعقوبات بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي في المادتين 1301 و1302، حيث ذكر العقوبة الأصلية المقررة للشخص المعنوي فقط في الفقرة الأولى منهما، دون أن يحدد العقوبة الأصلية للشخص الطبيعي الذي صدر عنه الجرم، وإنما اكتفى في الفقرة الثانية من المادتين بالنص على أنه: ((ويجوز الحكم على الأشخاص الطبيعيين الذين اتخذوا القرارات المحظورة بالحبس لمدة لا تتجاوز.....))، ويفهم من كلمة (يجوز) أن هذه العقوبة ليست هي العقوبة الأصلية لهذا الشخص الطبيعي، وإنما تصلح أن تكون من قبيل العقوبة التكميلية الجوازية، وهذا مسلك شديد الغرابة للمشرع الليبي، فكيف تسنى له أن ينص بالنسبة للشخص الطبيعي الذي هو مصدر الفعل الإجرامي على عقوبة تكميلية جوازية دون أن يحدد له عقوبته الأصلية قبل ذلك؟

يرجع هذا المسلك الغريب إلى سوء صياغة نص المادتين المذكورتين، بشكل أخلّ كثيراً بقصد المشرع منهما، إذ ربّما كان قصد المشرع أن يعاقب الشخص الطبيعي بذات العقوبة المقررة للشخص المعنوي كعقوبة أصلية له، وبالإضافة إلى ذلك أجاز لمحكمة الموضوع أن تحكم عليه بعقوبة الحبس كعقوبة تكميلية جوازية، وبهذا الفهم يكون لهذا النص معنى، ولكن هذا التفسير لا يغني من الحق شيئاً، ذلك لأن أعمال هذا التفسير في حق هذا الشخص الطبيعي يخلّ بمبدأ هام من مبادئ قانون العقوبات، الذي يتعلق بمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، حيث أن نص كل من المادتين لم يذكر صراحة على أن تكون عقوبة الشخص الطبيعي الأصلية هي ذات العقوبة المقررة للشخص المعنوي، بل سكت

عن ذلك، ونص فقط على جزاء جوازي، يمكن أن يطبق أو لا يطبق، ولا يصلح أن يكون عقوبة أصلية له، لكونه جزاءً جوازياً، يتعارض مع مفهوم العقوبة الأصلية في قانون العقوبات التي تفيد الجزم والقطع في تحديدها وتطبيقها.

تعتبر نصوص القانون رقم 23 لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري في مجال تنظيم المنافسة وحماية قواعدها من قبيل النصوص العامة لتنظيم المنافسة التجارية والحد من الاحتكار في جميع مجالات النشاط الاقتصادي، غير أن المشرع الليبي أورد نصوصاً خاصة على ضرورة الإلتزام بقواعد المنافسة، في مجال الاتصالات، وقرر عقوبات من يخل بهذه القواعد، وذلك في القانون رقم 22 لسنة 2010م بشأن الاتصالات، حيث نصت المادة 13 منه تحت عنوان (ضمان المنافسة) على أنه: ((على الجهة المختصة أن تعمل على احترام مبدأ المنافسة في قطاع الاتصالات والنهوض بها وتسهيل الدخول فيها، وتقييم مدى إلتزام المرخص لهم بقواعدها))، ويعاقب من يخل بهذا النص بغرامة بين 5000 و100000 ألف دينار، عملاً بالمادة 30 من ذات القانون.

لا يفوتنا أن نشير إلى أن المشرع الليبي حاول في قانون العقوبات ثم في القانون رقم (2) لسنة 1979م بشأن الجرائم الاقتصادية زجر المنافسة غير المشروعة أو المضاربة غير المشروعة أولاً في المادة 358 عقوبات تحت عنوان (التلاعب بالأسعار)، ونقل نصها إلى المادة 13 من قانون الجرائم الاقتصادية، التي تنص على أنه: ((يعاقب بالسجن كل من نشر أو أذاع أخباراً كاذبة من شأنها إثارة الاضطراب في الأسواق المحلية أو لجأ لطرق أخرى تؤدي إلى سحب الأموال المودعة في المصارف أو ارتفاع أو هبوط أسعار البضائع أو العقارات أو الأوراق أو السندات المالية المتداولة في الأسواق)).

هذا عن تطور مبادئ تنظيم الأسعار في التشريع الليبي⁽¹⁾، لنصل بعد ذلك إلى الحديث عن سياسة المشرع الليبي في التجريم والعقاب في إطار المادة 1284 من قانون النشاط التجاري في المحور الموالي.

المحور الثاني

سياسة المشرع تجريماً وعقاباً في نطاق المادة 1284 من ق. النشاط التجاري ترتب على تبني المشرع الليبي مبدأ تحرير أسعار السلع وأجور الخدمات وجود نوعين من السلع والخدمات في السوق الليبية؛ الأول: سلع وخدمات محررة أسعارها، ولا يتصور معها وجود جريمة الزيادة غير المشروعة في الأسعار، وهي السلع والبضائع والمنتجات والخدمات عموماً، التي تتحدد أسعارها وأجورها وفقاً لقواعد المنافسة وقانون العرض والطلب، ورغم إخراج هذه السلع من نظام تحديد الأسعار فإن المشرع حظر على الموزعين تقاضي ثمن أعلى من ثمنها المعلن عنه، وذلك في المادة 1325 من قانون النشاط التجاري، التي تقضي بأن: ((لا يجوز لأي موزع إخفاء أية سلعة أو خدمة أو الامتناع عن بيعها أو فرض شراء سلعة أخرى أو تقاضي ثمن أعلى

(1) رغم ما درج عليه المشرع من الأخذ بمبدأ تحرير أسعار السلع والخدمات كقاعدة عامة في القانون رقم 13 لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري فإنه في ذات الوقت يحرص على تحديد تسعيرة بعض الخدمات بمعرفة الجهات المختصة، ومن قبيل ذلك، حرصه على تحديد تسعيرة خدمات الاتصال، في القانون رقم (22) لسنة 2010م بشأن الاتصالات، حيث ألزم الجهات الرئيسية لتقديم الخدمات تحديد تسعيرة الربط والاتصالات الخاصة بها طبقاً لما تقرره اللائحة، وفي إطار الضوابط والمعايير الموضوعة من الجهة المختصة، عملاً بالمادة (8) منه، كما أوجبت المادة (10) منه الجهة المختصة وضع لائحة وضوابط لازمة لتحديد سقف الأسعار بما يتلاءم والتكاليف الفعلية لتقديم الخدمة، وألزم في المادة (11) الجهات الرئيسية أن تقدم إلى الهيئة التسعيرة التي تحددها لتوفير الخدمات لمزودي الخدمة الآخرين، كما أوجب في المادة (12) على الجهات الرئيسية أن تحدد تسعيرة خدمات الاتصالات التي توفرها على أساس تكاليف الخدمات الفعلية.

من ثمنها المعلن عنه))، الثاني: سلع مسعرة بموجب قرار من الوزير المختص، أو بقرار من مجلس الوزراء لفترة زمنية مؤقتة، لمواجهة حالة طارئة أو كارثة طبيعية.

اتبع المشرع حيال النوعين من السلع والخدمات سياستان مختلفتان من حيث التجريم والعقاب بشكل يختلف عما كانت سياسته في إطار قانون الرقابة على الأسعار لسنة 1989م الملغى، لذلك نتحدث في هذا المحور عن سياسته في الحد من التجريم بشأن السلع والخدمات محررة الأسعار، وعن سياسته في عقاب من يخل بأسعار السلع والخدمات محددة الأسعار والأجور، وأخيراً عن تقييم مسلكه في الفقرة الثانية من المادة 1284، وذلك في الفقرات الموالية.

الفقرة الأولى: سياسة الحد من التجريم بشأن السلع والخدمات محررة الأسعار.
يعني مصطلح (الحد من التجريم) إلغاء التجريم عن فعل معين بعد أن كان مجرمًا ومعاقبًا عليه، بنزع الصفة الإجرامية عنه، بشكل يؤدي إلى الاعتراف قانوناً بمشروعية هذا الفعل وإعادته إلى دائرة الإباحة، وإلى قاعدة (الأصل في الأشياء الإباحة)، بغض النظر عن خضوعه لجزاء قانوني آخر من عدمه.⁽¹⁾

إن مسألة الحد من التجريم تقوم على اعتبارات تفرضها أو تستدعيها السياسة الجنائية لمشرع ما، تتعلق بمعرفة مدى جدوى اللجوء إلى التجريم كرد فعل اجتماعي في مواجهة فعل معين؟ وهل من ضرورة ملجئة إلى التجريم لحماية حق أو مصلحة معينة؟⁽²⁾ فإذا لم يكن للتجريم من جدوى فلا يجرّم الفعل

(1) قارن تعريف الدكتور عبد الفتاح الصيفي، الذي عرفه بأنه: ((إلغاء التجريم عن فعل معين على نحو يؤدي إلى الاعتراف القانوني بمشروعية هذا العمل، بحيث لا يخضع لأي نوع من أنواع الجزاءات)). يراجع مؤلفه، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية لها في ضوء الفقه الجنائي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ص137.

(2) محمود جلال طه، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م، ص253.

من أساسه، ليبقى في دائرة الإباحة حسب الأصل، وإن سبق تجريم هذا الفعل وبدا للمشرع عدم جدوى هذا التجريم نزع عنه الصفة الإجرامية، ليعود فعلاً مباحاً من الوجهة الجنائية، ولو كان هذا الفعل خاضعاً لجزاء غير جنائي وفقاً لفروع القانون الأخرى.

لهذا يمكن القول أن الحد من التجريم قد يكون مطلقاً، وقد يكون نسبياً، على النحو التالي:

أولاً- الحد من التجريم المطلق.

يكون بنزع الصفة الإجرامية عن الفعل ليصبح مشروعاً، لا يخضع لأي جزاء جنائي أو غير جنائي، وهذا يكون عندما تختص القاعدة الجنائية لوحدها بحماية المصلحة التي يشكل الفعل محل الاعتداء محل الحد من التجريم اعتداءً عليها، وهذا النوع من الحد في التجريم لا يبيح الفعل من الوجهة الجنائية فحسب، وإنما يبقيه على مشروعيته بالنسبة لفروع القانون الأخرى، ومثل ذلك إباحة تشكيل وتكوين أحزاب سياسية، بعد أن كان جريمة في القانون الليبي.

ثانياً- الحد من التجريم النسبي.

يقتصر هذا النوع على إباحة السلوك من الناحية الجنائية فحسب، مع احتفاظه بصفة عدم المشروعية بموجب فروع القانون الأخرى، ويترتب على ذلك مؤاخذة مرتكب هذا السلوك بموجب القوانين غير الجنائية، رغم إباحتها وفقاً للقانون الجنائي، والحد من التجريم من هذا النوع يجد مجاله في حالة تعدد المصالح التي يشكل هذا الفعل اعتداءً عليها، فيكون دور الحد من التجريم في هذه الحالة إباحة السلوك من الوجهة الجنائية، دون إباحتها من وجهة القوانين الأخرى، وعدم ملاحقة الفاعل جنائياً لا يحول دون ملاحقته مدنياً أو إدارياً أو تأديبياً.⁽¹⁾

(1) محمود طه جلال، المرجع السابق، ص 261.

قد يأخذ الحد من التجريم شكل الإلغاء،⁽¹⁾ وهو يصدر عن السلطة التشريعية ويكون ذلك بقانون بالنسبة للقواعد الجنائية غير المؤقتة، حيث يتطلب أمر إلغائها صدور قانون بذلك ينص عليه صراحة أو ضمناً، وقد يكون الحد من التجريم بقوة القانون عندما يتعلق القانون بقواعد جنائية مؤقتة، حيث يزول التجريم بانتهاء المدة المحددة لسريانها، دونما حاجة إلى قانون يلغيها،⁽²⁾ وذلك مثلما لو تدخل مجلس الوزراء وحدد سعر سلعة معينة لفترة مؤقتة لمواجهة حالة طارئة، وحظر بيعها وعرض بيعها بأعلى من هذا السعر لمدة لا تتجاوز ستة أشهر، بناءً على ما ورد في البند الأخير من الفقرة الأولى من المادة 1284، فإن إلغاء هذا الحظر يكون بقوة القانون بانتهاء المدة المحددة لسريانه، من غير حاجة إلى قانون آخر يلغيه.

بناءً على ما تقدم يتبين لنا أن المشرع الليبي قد أخذ بسياسة الحد من التجريم في المادة 2184 من قانون النشاط التجاري فيما يتعلق بجرائم بيع أو تقديم أو عرض للبيع أو للتقديم سلعة أو خدمة بأعلى من السعر المحدد المنصوص عليها في القانون رقم (13) لسنة 1989م بشأن الرقابة على الأسعار المعدل بموجب القانون رقم 16 لسنة 1996م، حيث أوجب هذا القانون الأخير إخضاع جميع السلع والخدمات لنظام تحديد الأسعار، وجرم تلك الأفعال، وعاقب عليها بموجب المادة (14) منه، جاء المشرع في المادة 1284 من القانون رقم (23) لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري وقرر تحرير أسعار وأجور الخدمات عموماً إلا في حالتين استثنائيتين، وأصبحت أسعارها وأجورها تتحدد وفقاً لقانون السوق بما يتماشى ومبادئ المنافسة، دون تدخل من الدولة في تحديدها، بحيث أضحى بعد نفاذ هذا القانون لا مجال للحدوث عن جرائم الإخلال بالأسعار بحكم إلغائها ضمناً بالمادة 1284 وصراحةً بالمادة 1358 من قانون النشاط التجاري،

(1) للاستزادة حول معيار الحد من التجريم، وأنواعه وأشكاله، وتقييم سياسة الحد من التجريم

نحيل الفارئ إلى محمود طه جلال، المرجع السابق ص 257 وما بعدها.

(2) عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص 294.

وبذلك يكون المشرع قد كفّ يد الدولة عن التدخل في مسألة تحدييد الأسعار والأجور بشكل عام، وعاد إلى الأخذ بمبدأ رضائية العقود في هذا المجال، وبقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وذلك كله بما لا يخلّ بمبادئ المنافسة وبقانون العرض والطلب، لأن الإخلال بهذه المبادئ وقانون العرض والطلب قد يندرج تحت أوصاف جنائية أخرى، وفقاً للمواد 1301 و1302 و1303 من هذا القانون، على النحو المشار إليه أعلاه، نخلص مما تقدم أنه بعد أن كان يبيع أو تقديم هذه السلع أو الخدمات أو عرضها للبيع أو للتقديم فعلاً مجرمًا في قانون الرقابة على الأسعار لسنة 1989م أصبح فعلاً مباحاً بنزع صفة التجريم عنه، هذا بالنسبة لأسعار السلع والخدمات عموماً، فماذا عنه بالنسبة إلى السلع والخدمات المستثنية من مبدأ تحرير الأسعار؟ هذا ما نتناوله في الفقرة الموالية.

الفرقة الثانية

سياسة المشرع بالنسبة للسلع والخدمات المسعرة بشكل استثنائي

نقصد بالسلع والخدمات المحددة الأسعار بشكل استثنائي تلك التي نص عليها المشرع في الفرقة الأولى من المادة 1284، واستثناهما من مبدأ تحرير الأسعار؛ المتمثلة في السلع والخدمات التي يحدد أسعارها وأجورها وزير التخطيط والاقتصاد والتجارة بشكل مستمر، وتلك التي تحدد أسعارها وأجورها من قبل مجلس الوزراء بصفة مؤقتة لمواجهة حالة طارئة أو كارثة طبيعية.

أعرب المشرع عن سياسته في إبقاء هذه السلع والخدمات خاضعة لنظام تحديد الأسعار، كما كشف عن رغبته في مجازاة كل من أخلّ بأحكام القرارات المحددة لهذه الأسعار بجزاءات لم يذكرها، ولم يحددها بنفسه، بل فوّض أمر تحديدها مصدر القرار (وزير التخطيط والاقتصاد والتجارة أو مجلس الوزراء، حسب الأحوال)، وذلك في الفرقة الثانية من المادة 1284 التي تقضي بأن: ((وفي الحالتين السابقتين يجب أن تتضمن القرارات الصادرة بتحديد

أسعار تلك السلع والخدمات القواعد الخاصة بها، وتحديد الجزاءات المقررة على مخالفتها)).

يظهر من هذا النص أن المشرع فوض الوزير المختص ومجلس الوزراء - كل في مجاله - في مسألتَي التجريم والجزاء معاً، ولتوضيح ذلك نتناول المسألتين بشكل عام وصولاً إلى مسلك المشرع في إطار هذا النص على النحو التالي:

أولاً: تفويض السلطة التشريعية السلطة التنفيذية في مسألة التجريم.

الأصل أن السلطة التشريعية هي المختصة بتحديد الجرائم وعقوباتها دون تدخل من السلطة التنفيذية ولا القضائية في ذلك، غير أنه يحدث أحياناً أن تفوض السلطة التشريعية السلطة التنفيذية في مسألة التجريم، ويأخذ هذا التفويض إحدى صورتين هما:

الصورة الأولى: تفويض السلطة التنفيذية بتجريم أفعال لم يجرّمها في القانون. يقتصر دور المشرع في هذه الحالة بتحديد العقوبة المقررة لمن يخالف النص اللائحي، الذي تصدره السلطة التنفيذية، ومثالها في القانون الليبي نذكر المادة (30) من القانون رقم 22 لسنة 2010م بشأن الاتصالات، التي تنص على أنه: ((يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على مائة ألف دينار كل مشغل أو مزود خالف قواعد المنافسة طبقاً لهذا القانون أو الأنظمة أو اللوائح الصادرة من الجهة المختصة))، يبدو واضحاً من هذا النص أنه لم يجرّم فقط مخالفة قواعد المنافسة التي أشار إليها المشرع في المادة 13 من هذا القانون، بل فوض الجهة المختصة بتجريم ما تراه مناسباً لأغراض حسن تطبيقه، وقرر المشرع معاقبة من يخلّ بهذه الأنظمة واللوائح الصادرة من الجهة المختصة بذات العقوبة المقررة لمن يخلّ بالمادة 13 من هذا القانون. نشير أيضاً إلى نص المادة (5) من القانون رقم (2) لسنة 2005م بشأن مكافحة غسل الأموال التي تقضي بأن: ((يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على

عشرة آلاف دينار ولا تقل عن خمسمائة دينار كل من يخالف حكم آخر من أحكام هذا القانون أو اللوائح أو القرارات أو المنشورات الصادرة بمقتضاه)).

نذكر أيضاً المادة 76 من القانون رقم (7) لسنة 2010م بشأن ضرائب الدخل، التي تنص على أن: ((كل مخالفة أخرى لأحكام هذا القانون أو اللوائح الصادرة تنفيذاً له يعاقب مرتكبها بغرامة لا تتجاوز (10000) عشرة آلاف دينار)).

هذا النوع من التفويض ليس غريباً على مسلك المشرع الليبي، إذ سبق له قبل تلك النصوص المشار إليها، وأن أخذ به في مادتين من قانون العقوبات؛ الأولى: المادة 467ع، تحت عنوان (مخالفة أوامر السلطة)، التي تنص على أنه: ((كل من خالف أمراً مشروعاً أصدرته السلطة حفظاً للعدالة أو السلامة العامة أو النظام أو الصحة يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز شهراً أو بغرامة لا تزيد على خمسة دنانير))، والثانية: المادة 507ع، تحت عنوان (لوائح) التي تقضي أن: ((كل من خالف أحكام لوائح البوليس الصادرة من جهات الإدارة العامة أو البلدية أو المحلية يجازى بالعقوبات المقررة في تلك اللوائح بشرط إلا تزيد مدة الحبس على أسبوع والغرامة على عشرة دنانير، فإن كانت العقوبة المقررة في اللائحة زائدة عن (على) هذه الحدود وجب حتماً إنزالها إليها. فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة عوقب من يخالفها بغرامة لا تتجاوز ديناراً واحداً)).

ما يتميز به مسلك المشرع في قانون العقوبات أنه لم يجز هذا النوع من التفويض إلا في المخالفات، وذلك بعكس مسلكه في نصوص القوانين المذكورة أعلاه، كما يلاحظ على مسلكه في جميع هذه النصوص أنه حدد فيها العقوبة بحديها الأدنى ولأعلى، ولم يترك تحديدها للجهة التنفيذية.

سار المشرع الليبي في مسألة تفويض السلطة التنفيذية في التجريم (فقط) على ذات النهج، في المادة 1284 من قانون النشاط التجاري، حيث فوض الوزير المختص بإخضاع بعض السلع والخدمات لنظام تحديد الأسعار، وتحديد

أسعارها وأجورها، كما فوض مجلس الوزراء بتحديد أسعار وأجور بعض السلع والخدمات لفترة مؤقتة، لمواجهة حالة طارئة أو كارثة طبيعية، الأمر الذي يسمح لكل من الجهتين إصاق صفة اللا مشروعية لفعل بيع هذه السلع أو تقديم هذه الخدمات بأسعار أو أجور تفوق حدودها المقررة، الأمر الذي يكشف عن رغبة المشرع في تجريم هذا السلوك، ولكنه فوّض السلطة التنفيذية في التجريم، دون أن يحدد جزاء مرتكب هذا الفعل على غرار ما فعله في النصوص والقوانين المشار إليها أعلاه، بل فوّضها أيضاً في تحديد الجزاءات.⁽¹⁾

الجدير بالذكر أن مسألة اختصاص السلطة التنفيذية بالتجريم والعقاب في المخالفات قد تمت دسترتها في الدستور الفرنسي الصادر في 4 أكتوبر 1958م، في المادتين 34 و37 منه، حيث جاء في المادة 34 ما مفاده أن القانون يبين الأحكام والقواعد المتعلقة بالجنايات والجنح والعقوبات المطبقة عليها، وجاء في المادة 37 أن كل ما لا يدخل في التشريع يكون من اختصاص السلطة اللائحية، وتجسيدا لهاتين المادتين جاء في المادة 2/111 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد الذي صدر في 22 يوليو 1992م ودخل حيز النفاذ في 1 مارس 1994م أن القانون يحدد الجنايات والجنح والعقوبات المطبقة على فاعليها، واللائحة تحدد المخالفات، وتعيّن العقوبات المطبقة على المخالفين في حدود القانون.⁽²⁾

الصورة الثانية: تفويض السلطة التنفيذية بتحديد بعض عناصر التجريم.

الأصل أن السلطة التشريعية هي الجهة المختصة بتحديد الأفعال المجرمة بكامل عناصرها دون تدخل من السلطة التنفيذية أو القضائية، ولكن

(1) سنرى فيما بعد مدى مشروعية تفويض السلطة التنفيذية في مسألة تحديد الجزاءات تقيضاً مطلقاً.

(2) يراجع تفصيلاً محمد أبو العلا عقيدة، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997م، ص 15-16.

أحياناً تلجأ السلطة التشريعية إلى تفويض السلطة التنفيذية في تحديد بعض عناصر الجريمة، بحيث ينص المشرع على الجريمة وعقوبتها، مفوضاً السلطة التنفيذية في التدخل لتحديد عنصر أو أكثر من عناصرها، ويكون تدخل السلطة التنفيذية في هذه الحالة ضرورياً، باعتباره عاملاً مكملاً للقاعدة الجنائية التي سنها المشرع، لإعمال هذه القاعدة، إذ لا تكتمل عناصر الجريمة إلا بتدخل السلطة التنفيذية في حدود ما فوضتها السلطة التشريعية.

هذا النوع من التفويض شائع في التشريع الليبي؛ نذكر في هذا الصدد على سبيل المثال تفويض السلطة التشريعية للمجلس الأعلى للهيئات القضائية لتحديد قيمة النصاب في جريمة السرقة الحدية، تنفيذاً لشرط أن يكون المال المسروق قد بلغ النصاب لإقامة الحد على الجاني، وذلك في القانون رقم (13) لسنة 1996م بشأن إقامة حدي السرقة والحرابة⁽¹⁾ في المادة الأولى منه، حسبما وقع تعديلها بموجب القانون رقم (10) لسنة 2001م⁽²⁾ التي تنص على أنه: ((يشترط في السرقة المعاقب عليها حداً ما يأتي: 1- 2- أن يكون المال المسروق مملوكاً للغير وأن تبلغ قيمته نصاباً يصدر بتحديد قرار من المجلس الأعلى للهيئات القضائية.....)) ومثاله أيضاً تفويض المشرع لمجلس الوزراء بإصدار قرارات تعدّل جداول المواد الخدرة والمؤثرات العقلية الملحقة بالقانون رقم (7) لسنة 1990م بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية المعدل بالقانونين رقم (19) لسنة 1996م، ورقم (23) لسنة 2001م، وذلك في المادة 55 منه، كما نذكر أيضاً تفويض السلطة التشريعية للمركز الوطني للمواصفات والمعايير القياسية في تحديد بعض عناصر جريمة الإخلال بالمواصفات الصادرة عنه، في القانون رقم (5) لسنة 1990م بشأن المواصفات والمعايير القياسية⁽³⁾ التي تنص على أنه: ((مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد

(1) جريدة رسمية عدد 6 لسنة 1996م.

(2) مدونة التشريعات (الجريدة الرسمية) عدد 2 لسنة 2001م.

(3) جريدة رسمية، عدد 27 لسنة 1990م.

ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر يعاقب كل من يخالف المواصفات القياسية المعتمدة من المركز سواءً كان ذلك في التصنيع أو الإنتاج أو الخدمات أو الاستيراد أو التصدير أو غيرها بالحبس أو بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على ألف دينار))، ومعلوم أن من مفترضات هذه الجريمة صدور قرار من هذا المركز باعتماد المواصفة وإصدارها، ليكسبها صبغة الإلزام، ولا يتصور وجود هذه الجريمة إلا بعد تدخل هذا المركز باعتماد المواصفة وإصدارها.⁽¹⁾

يلاحظ أن السلطة التشريعية في هذا النوع من التفويض تنص على التجريم في خطوط عريضة تاركة للسلطة التنفيذية تحديد بعض عناصر هذه الجريمة، التي لا تتحقق بدون هذا التدخل، وهذا التفويض يختلف عن النوع الأول الذي تفوض فيه السلطة التشريعية السلطة التنفيذية في تجريم ما لم يجرمه المشرع، باستحداث جرائم جديدة حدد لها المشرع عقوباتها سلفاً في نص القانون.

لم ينص المشرع الليبي في سياق نص المادة 1284 من قانون النشاط التجاري إلى هذا النوع من التفويض المتعلق بتحديد بعض عناصر الجريمة،⁽²⁾ لكونه ذهب إلى أبعد من ذلك في هذا النص، حيث فوّض الوزير المختص ومجلس الوزراء حسب الأحوال بإضفاء صفة اللامشروعية لبيع أو تقديم السلع أو الخدمات بأعلى من السعر أو الأجر المحدد في القرار الصادر عنهما، بعد أن يُضمّنًا قرار كل منهما القواعد الخاصة بتحديد أسعار هذه السلع والخدمات، من حيث تحديد هذه السلع أو الخدمات الخاضعة لنظام تحديد الأسعار، وتحديد سعر أو أجر كل سلعة أو خدمة منها، وكذلك النص على الجانب التكميلي بضرورة

(1) للمزيد حول أهمية وخصائص المواصفة القياسية وعلاقتها بحماية المستهلك يراجع أبو بكر أحمد الأنصاري، الحماية الجنائية للمستهلك في القانونين المغربي والليبي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراء، غير منشورة، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، المغرب 1996م، ص 110 وما بعدها

(2) كان قد أخذ به في إطار قوانين الرقابة على الأسعار السابقة.

الالتزام بالبيع في حدود هذه الأسعار، بل فوّض المشرع الوزير المختص ومجلس الوزراء تفويضاً مطلقاً في تحديد جزاءات من يخلّ بقرار أي منهما، وهذا ما نتناوله في البند التالي.

ثانياً: تفويض السلطة التشريعية السلطة التنفيذية في تحديد الجزاءات.

لم يكتف المشرع في المادة 1284 من قانون النشاط التجاري بتفويض الوزير المختص ومجلس الوزراء بتجريم الزيادة غير المشروعة في أسعار السلع وأجور الخدمات فقط، وإنما ذهب إلى أبعد من ذلك، عندما فوضهما أيضاً بتقرير الجزاءات لردعها، دون أن يقوم بنفسه بتحديد هذه الجزاءات ولا حدودها، تاركاً العنان للسلطة التنفيذية في مسألة تحديد هذه الجزاءات، وذلك في الفقرة الثانية من هذه المادة التي تنص على أنه: ((وفي الحالتين السابقتين يجب أن تتضمن القرارات الصادرة بتحديد أسعار تلك السلع والخدمات القواعد الخاصة بها، وتحديد الجزاءات المقررة على مخالفتها)).⁽¹⁾

يبدو المسلك الغريب وغير المعهود للمشرع الليبي في هذا النص، أن السلطة التشريعية قد تنازلت للسلطة التنفيذية بشكل مطلق في مسألتها التجريم والعقاب، وتخلت كلياً عن ولايتها التشريعية في هذا المجال لكل من الوزير المختص ومجلس الوزراء، وأطلقت لهما العنان في مسألة التجريم والعقاب على حد سواء،⁽²⁾ دون أن يحدد نوع الجزاء الذي يلحق من يخالف هذه القرارات الصادرة عن أي منهما ولا حدوده، الأمر الذي يجعل هذا النص محلاً للنقد، وربما للطعن فيه بعدم الدستورية.

(1) يقصد بعبارة " وفي الحالتين السابقتين " تلك السلع والخدمات التي يحدد أسعارها وأجورها الوزير المختص، والتي يحددها مجلس الوزراء بصفة مؤقتة لمواجهة حالة طارئة أو كارثة طبيعية.

(2) لولا أنه قيد تدخل مجلس الوزراء لغرض مواجهة طارئة أو كارثة طبيعية لفترة مؤقتة.

إن ممكن خطورة هذا النص ليس في تفويض المشرع السلطة التنفيذية في مسألة التجريم، لأن هذا أمر مألوف في نهج المشرع الليبي وفي التشريعات المقارنة، على النحو المشار إليه أعلاه، وإنما خطورة النص الأشد تبدو في إطلاق العنان للسلطة التنفيذية في مسألة تقرير وتحديد الجزاءات دونما قيدٍ أو حدٍ أو شرطٍ، الأمر الذي أجاز لهذه السلطة ممثلة في الوزير المختص ومجلس الوزراء أن يقررا في قراراتهما أي جزاء جنائي أو مدني أو إداري، وإذا كان الجزاء جنائياً، فيمكن أن يكون غرامة مالية أو سالب للحرية، بل يمكن أن يكون إعداماً، ذلك لأن النص فوضهما بشكل مطلق، وتخلت السلطة التشريعية بموجبه بالكامل عن اختصاصها بالتجريم والعقاب، وأطلق للسلطة التنفيذية الحبل على الغارب لتقرر ما تشاء من جزاءات وما يحلو لها من عقوبات، دون أن يحدد المشرع نفسه في هذا النص الجزاء ولا نوعه ولا حدوده، الأمر الذي يفتح المجال فسيحاً لتعسف السلطة التنفيذية من جديد، ويؤدي إلى تراجع مبدأ الفصل بين السلطات، وإصابة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في الصميم، وهذه المسألة تثير تساؤلاً حول مدى جواز أن تتخلى السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية عن اختصاصها التشريعي بشكل مطلق. هذا ما نتناوله في الفقرة الموالية.

الفقرة الثالثة: مدى مشروعية هذا التفويض المطلق.

يمكن القول من حيث المبدأ أنه لا يجوز للسلطة التشريعية أن تتخلى عن واجبها واختصاصها الأصيل بالكامل للسلطة التنفيذية، وفي هذا يقول الدكتور أحمد فتحي سرور: ((ليس للسلطة التشريعية أن تتخلى كلية عن ولايتها هذه بأن تعهد بها بأكملها إلى السلطة التنفيذية)).⁽¹⁾

إذا كان من الجائز تفويض السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية في مسألة التجريم لضرورات عملية وفنية، فإن اللائحة التي تصدر بناءً على ذلك يجب أن

(1) أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، ط4، 2006م،

تتقيد بأهداف المشرع والمصالح المراد حمايتها في القانون، وأما إذا كان الأمر متعلقاً بالتفويض في العقاب فلا يجوز للمشرع أن يفوض السلطة التنفيذية بشكل مطلق في مسألة تقرير الجزاءات من حيث نوعها وحدودها، بل يجب على المشرع أن يتولى هو وحده مسألة تحديد الجزاء ونوعه وحدوده، تاركاً للسلطة التنفيذية أن تعين جزاء مخالفة اللائحة أو القرار في إطار الحدود التي قررها وحددها المشرع، بين حديه الأعلى والأدنى، ولا أكثر من ذلك، وفي هذا يقول الدكتور أحمد فتحي سرور: ((وإن كان الأمر متعلقاً بالعقاب انفرد التشريع بتحديد الحدين الأدنى والأقصى من العقوبات التي يمكن لللائحة أن تتحرك بداخلهما، وليس له أن يترك العنان لللائحة في تحديد ما تختاره من عقوبات من حيث النوع أو الكم)).⁽¹⁾

نخلص مما تقدم إلى عدم جواز تفويض المشرع السلطة التنفيذية تفويضاً مطلقاً دون قيد أو شرط في مسألة تقرير الجزاءات لمن يخالف اللائحة أو القرار، مما يستتبع القول بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة 1284 من قانون النشاط التجاري، في الجزئية المتعلقة بتفويض الوزير المختص ومجلس الوزراء تفويضاً مطلقاً في تقرير وتحديد الجزاءات دونما قيد أو شرط أو حد، الأمر الذي يجعل من هذه الجزئية من الفقرة الثانية من هذه المادة قابلة للطعن بعدم دستوريته، على أساس انحراف السلطة التشريعية في استعمال سلطاتها التشريعية.⁽²⁾

يلاحظ من باب المقارنة تفرّد المشرع الليبي بين التشريعات العربية - حسب علمنا - بهذا المسلك الغريب الذي فوّض فيه السلطة التنفيذية في مسألة الجزاء تفويضاً مطلقاً، دون تحديد منه لهذا الجزاء نوعاً وكماً، ولم نجد شبيهاً في التشريعات المقارنة سوى مسلك المشرع الفرنسي الذي جعل من مسألة التجريم

(1) أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 62.

(2) يراجع في آليات الرقابة على دستورية النصوص الجنائية محمود طه جلال، المرجع

السابق، ص 228 وما بعدها.

والعقاب في المخالفات فقط من اختصاص السلطة التنفيذية، وذلك عملاً بالمادتين (34) و(37) من الدستور الفرنسي الصادر في 4 أكتوبر 1958م على النحو المشار إليه أعلاه، ورغم ذلك حرص المشرع الفرنسي على تقييد السلطة التنفيذية لتحديد نوع العقوبة، وحصره في الغرامة فقط، بعد أن ألغى العقوبة السالبة للحرية بالنسبة للمخالفات،⁽¹⁾ وذلك في قانون العقوبات الفرنسي الجديد الذي دخل حيز النفاذ في 1/3/1994م.

الخاتمة

رأينا في صفحات هذا البحث مدى تعيّر سياسة المشرع الليبي في مجال الأسعار، وتقلب المبدأ لديه في مسألة تحديد الأسعار، حيث كان في البداية قائماً على جواز تحديد أسعار بعض السلع في إطار القانون رقم 61 لسنة 1957م بشأن الرقابة على البضائع والأسعار، وفي القانون رقم 16 لسنة 1962م بشأن التسعير الجبري، وفي المرسوم الملكي بقانون الرقابة على الأسعار لسنة 1965م. ثم انقلب هذا المبدأ من جواز تحديد أسعار بعض السلع والخدمات إلى مبدأ وجوب تحديد أسعار السلع والخدمات كافة إلا ما يتم استثناءه في اللائحة التنفيذية، في القانون رقم (13) لسنة 1989م وتعديلاته، ثم انتهى به المطاف إلى تبني مبدأ تحرير أسعار وأجور السلع والخدمات كأصل عام بالنسبة للسلع والخدمات كافة باستثناء تلك التي يحدد أسعارها وأجورها الوزير المختص أو مجلس الوزراء، وكان من بين مبرراته لسياسته الجديدة في مجال الأسعار رغبته في الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية، واعتقاده العميق أنه أوجد بديلاً ناجحاً لسياسته القديمة؛ بعد أن حاول أن يحدّ من مظاهر الاحتكار في السوق، ونظم قواعد المنافسة وحمايتها، في الباب الأول من الكتاب الحادي عشر من القانون رقم (23) لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري، وقدّر أن من شأن ذلك أن يفرز أسعاراً مقبولة لصالح جمهور المستهلكين، وسلعا وخدمات أكثر جودة، وخدمات

(1) أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 61.

أفضل لما بعد البيع، غير أننا نقول إن تحقيق هذه الأهداف النبيلة مرهونة بوجود منافسة حقيقية بين المشروعات الاقتصادية التي تنتج أو توزع أو تقدم هذه السلع أو تلك الخدمات، هذه المنافسة التي تكاد تكون معدومة في السوق الوطنية الليبية، المفترقة أساساً إلى عناصر المنافسة الحقيقية حتى الآن.

في غياب هذه المنافسة الحقيقية يبقى المستهلك كسير الجناح، وأكثر عرضة لجشع التجار، ليبقى هذا المستهلك في ظل مبدأ تحرير الأسعار الأسوأ حظاً، حيث لا قانون رقابة على الأسعار يحمي قوته الشرائية، لأنه قد تم إلغاؤه بالقانون رقم (23) لسنة 2010م المذكور، ولا تحققت في سوقه المنافسة الحقيقية بين المشروعات الاقتصادية، التي كان من المأمول لدى المشرع أن توفر له أسعاراً معقولة وجودة عالية في السلع والخدمات، وخدمات أفضل لما بعد البيع. نسجل على المشرع في هذا البحث ما يلي:

أ- عدم توفيقه عندما تخلى عن اختصاصه التشريعي بشكل مطلق للسلطة التنفيذية في مسألة تحديد الجزاء، دون أن يبين هو بنفسه نوع الجزاء ومقداره وحدوده.

ب- لم يحدد المشرع في المادتين 1301 و1302 من قانون النشاط التجاري عقوبة أصلية للشخص الطبيعي الذي يخلّ بأحكام المادتين 1285 و1288 من ذات القانون، واقتصر فيهما على ذكر العقوبة الأصلية للشخص المعنوي فقط، ونص في الفقرة الثانية من هاتين المادتين على جواز حبس الشخص الطبيعي الذي صدرت عنه الجريمة لمدة محددة في كل من النصين. لذلك نوصي بالآتي:

• تدخل المشرع السريع في مسألة تفويض السلطة التنفيذية في الجزاءات، بتحديد الجزاء تحديداً نافياً للجهالة من حيث نوع العقوبة وحديدها الأعلى والأدنى، وذلك بتعديل الفقرة الثانية من المادة 1284 على النحو التالي: (وفي الحاليتين السابقتين يجب أن تتضمن القرارات الصادرة بتحديد أسعار

تلك السلع والخدمات القواعد الخاصة بها، ويعاقب كل من يخلّ بهذه الأسعار بغرامة لأثقل عن..... ولا تزيد على....).

• إدخال تعديل على المادتين 1301 و1302 بتقرير عقوبة أصلية للشخص الطبيعي الذي يخلّ بأحكام المادتين 1285 و1288، وذلك بإعادة صياغة الفقرة الثانية من المادة 1301 على النحو التالي: (يعاقب الشخص الطبيعي الذي صدر عنه القرار المحظور بذات العقوبة المحددة في الفقرة الأولى، مع جواز حبسه لمدة لا تقل عن ستة أشهر).

وإعادة صياغة الفقرة الثانية من المادة 1302 على النحو التالي: (يعاقب الشخص الطبيعي الذي صدر عنه القرار المحظور بذات العقوبة المحددة في الفقرة الأولى، مع جواز حبسه لمدة لا تقل عن سنة).

والله من وراء القصد

المراجع

- ريتشارد ه. ليفتويتش، نظام الأسعار وتخصيص الموارد، ترجمة عبد التواب اليماني وآخر، منشورات جامعة قار يونس (جامعة بنغازي)، بنغازي ليبيا، الطبعة الثانية 1989م.
 - رمضان على السيد الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مطبعة الأمانة، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 1984م.
 - أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، أحكام السوق في الإسلام وأثرها في الاقتصاد الإسلامي، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى 1989م.
 - أحمد محمد محمود خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار، دار الجامعة الحديثة، مصر 2008م.
 - عبد الفتاح مراد، شرح قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاقتصادية، الإسكندرية، مصر بدون تاريخ.
 - عاشور مفتاح الإمام، مقال بعنوان: نحن ومنظمة التجارة العالمية، بتاريخ 2013/1/2م في موقع:
- LIBYA ALMOSTKBAL @ EMAIL.COM
- عيسى حمد الفارسي، بحث بعنوان، أثر منظمة التجارة العالمية على بعض الدول العربية، منشور في مجلة التخطيط والتنمية (نصف سنوية)، يصدرها معهد التخطيط، طرابلس، المجلد الأول، العدد الأول، نوفمبر 2007م.
 - عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية لها في ضوء الفقه الجنائي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة.
 - محمود جلال طه، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م.

- محمد أبو العلا عقيدة، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997م.
- أبوبكر أحمد الأنصاري، الحماية الدستورية، في القانونين المغربي والليبي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، غير منشورة، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، المغرب 1996م.
- أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الرابعة، 2006م.

حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ أثناء مرحلتي الاستدلال والتحقيق في القانون الليبي

د. علي محمد عنيبة*

مقدمة:

إن من أهم الحقوق التي يتمتع بها الإنسان هو حق الحرية، فهذا الحق مصون نصت عليه جميع الدساتير، لا يمكن المساس به إلا في الأحوال التي نص عليها القانون، فكلما كانت الحرية مصونة مكفولة الضمانات أزدهر المجتمع وتقدم في مدارج الرقي، وإذا ما مست تلك الحرية اهتزت ثقة الفرد في مجتمعه، والتمس الفرار من كل ما قد يؤدي إلى ذلك المساس صوناً لذاته وإبقاء على كيانه.

فحرمة الحرية الشخصية للشخص تعني عدم المساس بها إلا لضرورة تقتضيها المصلحة العامة للمجتمع، والتي تتمثل في حماية أمنه واستقراره، وإزاء التخوف من تحكّم السلطة وتجاوزها الحدود الضرورية، لحماية المجتمع على حساب الحرية الشخصية، من الضروري حماية الحرية الشخصية من هذه التجاوزات.

ويُعد حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ من أبرز الحقوق البارزة والمهمة بين حقوق الدفاع، فيستطيع المحامي من خلال حضوره مراقبة إجراءات التحقيق، ويمنع أي إساءة لاستعمال السلطة، فحق المتهم في الاستعانة بمحامٍ هو من الحقوق التي نصت عليها أغلب الدساتير في مرحلة المحاكمة، كما تنص عليها معظم التشريعات الإجرائية الجزائية على حق المتهم في الاستعانة بمحامٍ في مرحلة التحقيق الابتدائي، لكن الخلاف الدائر في مدى أحقية المشتبه فيه

(* عضو هيئة التدريس، كلية القانون، جامعة مصراتة.

الاستعانة بمحام في مرحلة الاستدلال، فهل للمشتبه فيه الحق في الاستعانة بمحام في هذه المرحلة، أم أن ذلك متروك لسلطة الاستدلال في ذلك؟.

وعلى ضوء ذلك سيكون تقسيمنا لهذه الورقة في ثلاثة مباحث وذلك

على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم استعانة المتهم بمحام والحكمة من إقرارها

المبحث الثاني: حق المتهم في الاستعانة بمحام أثناء مرحلة جمع الاستدلالات

أما المبحث الثالث: حق المتهم في الاستعانة بمحام أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي والاستجواب.

المبحث الأول

مفهوم استعانة المتهم بمحام والحكمة من إقرارها

سنتناول في هذا المبحث مفهوم المتهم والشروط الواجب توافرها فيه

أولاً، وثانياً نتناول فيه المقصود بالمحامي وأهميته.

أولاً: تعريف المتهم والشروط الواجب توافرها في المتهم.

يعتبر الشخص الذي أقامت سلطة التحقيق الدعوى الجنائية ضده،

أمام القضاء أو رفعت الدعوى الجنائية عليه متهماً، والنيابة العامة لا تقدم

للقضاء مرتكب الجريمة، بل تقدم من توافرت ضده أدلة وقرائن

قوية كافية لتوجيه الاتهام إليه وتحريك الدعوى الجنائية ضده، والقضاء

هو من يحدد بعد ذلك إذا كان المتهم هو مرتكب الجريمة أم أن الجريمة

قد وقعت من غيره⁽¹⁾.

(1) أحمد أبو الروس، استجواب المتهم وضماناته في مراحل الدعوى الجنائية، الإسكندرية،

المكتب الجامعي الحديث، ص15.

فالمتهم هو كل من يوجه إليه أصابع الاتهام بارتكاب جريمة معينة، ولو كان ذلك في أثناء مرحلة الاستدلال، مادام قد حامت حوله شبهة بأن له يدا فيها⁽¹⁾.

حيث توجد بعض الشروط التي ينبغي توافرها في الشخص لكي يعتبر متهماً وأهمها:-

- أن يكون المتهم في الدعوى الجنائية إنساناً حياً.
- وكذلك يجب أن يكون المتهم معيناً.
- وأن يكون له يد في الجريمة سواء بصفة فاعل أصلي أو شريك.
- ويجب أن يكون خاضعاً للقضاء الوطني⁽²⁾.
- وأخيراً يجب أن يكون متمتعاً بالإدراك والشعور وقت تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها⁽³⁾.

(1) محمد الغرياني أبوخضرة، استجواب المتهم وضماناته في مراحل الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، ص 187.

حيث قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه: " إن القانون لم يعرف المتهم في أي نص من نصوصه، فيعتبر متهماً كل من وجهت إليه تهمة من أية جهة كانت، ولو كان هذا التوجيه حاصلاً من المدعي المدني وبغير تدخل النيابة. وإذن فلا مانع قانوناً من أن يعتبر الشخص متهماً أثناء قيام رجال الضبطية القضائية بمهمة جمع الاستدلالات التي يجرونها طبقاً للمادة العاشرة من قانون تحقيق الجنايات، ما دامت قد حامت حوله شبهة أن له ضلعاً في ارتكاب الجريمة التي يقوم أولئك الرجال بجمع الاستدلالات فيها.

محكمة النقض المصرية، طعن جنائي رقم 1009، سنة 4 ق، تاريخ الجلسة 1934/06/11م، ع الثالث، ج الأول، ص 349.

(2) عدلي خليل، اعترافات المتهم فقهاً وقضاً، القاهرة، دار الكتب القانونية، ص 13.

(3) أحمد أبو الروس، المتهم، استجواب المتهم وضماناته في مراحل الدعوى الجنائية، الإسكندرية، مرجع سابق، ص 19.

ثانياً: المقصود بالمحامي وأهميته في الدعوى

تعريف المحامي:

يقصد بالمحامي هو كل من يدافع عن المشتبه فيه، وكذلك المتهم والمدعي بالحق المدني والمسؤول عن الحقوق المدنية ووكلائهم، رخص له بذلك قانوناً حقوق ورخص تعددها القانون ستمد من دوره في الدعوى الجنائية¹.

أهمية المحامي في الدعوى الجنائية:

إن الدور الذي يلعبه المحامي في الدعوى الجنائية هام وضروري، فهو من جهة يعتبر من أعوان القضاء، وذلك كما نصت المادة (97) من قانون نظام القضاء في ليبيا رقم 6 لسنة 2006م وتعديلاته: "المحامون هم مساعدا العدالة ومكملوها والذين لا يستغنى عنهم..." فبحكم عملهم ينبون عن الخصوم ويقومون ببحث وقائع الدعوى وإعداد أدلتها وأسانيدها بما ينيير السبيل أمام القاضي، ومن جهة أخرى يعتبر دور المحامي مهم أيضاً في مساعدة المتهم، فالمحامي أحد الوسائل الأساسية لحماية حقوق المتهم وضماناته في جميع مراحل الدعوى الجنائية، وخير دليل ما نصت عليه المادة (97) من قانون نظام القضاء في ليبيا رقم 6 لسنة 2006م وتعديلاته: "المحامون ... ومهمتهم الدفاع عن مصالح المتقاضين باللسان والقلم وبالمرافعة عنهم ومدهم بالمشورة".

ثالثاً: أهمية ضمان حق المتهم في الاستعانة بمحام

يعتبر حق المتهم في الاستعانة بمحام حقاً أصلياً للمتهم لضمان دفاعه، حيث إن المتهم مهما بلغت ثقافته وذكائه قد لا يكون لديه القدرة على الإلمام بنصوص القانون وأحكامه ولاسيما الإجرائية منها، أضف إلى ذلك أن رهبة الاتهام قد تؤدي دوراً في التأثير سلباً على المتهم، الأمر الذي يدعم ويؤيد حقيقة

(1) إدريس عبدالجواد بريك، ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، الاسكندرية،

العلاقة التي تربط بين حق الدفاع وحق الاستعانة بمحام،⁽¹⁾ والمتهم عند الاستعانة بمحام له تتصب عليه العديد من القوانين نذكر منها:

- إن استعانة المتهم بمحام وخاصة أثناء استجوابه تيسر مهمة الأخير في الدفاع عن الأول؛ ليتأكد من عدالة الإجراءات المتخذة ضده، ذلك أن المتهم يستطيع أن يشرح لمحاميه كل الظروف التي تحيط به أثناء فترة حجزه وما اتخذ معه من إجراءات، ونوع المعاملة التي تلقاها خلال مدة حجزه.
- مهمة المحامي في المحكمة لا تقتصر على اللوائح والدفاع فحسب، وإنما يسهم في كل مجريات الدعوى، وله دور رئيسي في المحاكمة من بدايتها حتى نهايتها.
- الاتصال المستمر بين المتهم ومحاميه فيه ضمان ورقابة على تصرفات مأمور الضبط القضائي و المحقق أثناء الاستجواب، فيجنب المتهم الوسائل غير المشروعة التي قد يلجأ إليها مأمور الضبط القضائي والمحقق، والتي قد تصل في بعض الأحيان حد الاعتداء عليه بالضرب وحمله على الاعتراف.
- إن المحامي لا يؤدي عمله في الدفاع من أجل حقوق موكله فحسب، بل يؤدي أيضا خدمات هامة للمجتمع والقضاء والعدالة، وهذا ما يفهم من نص المادة الأولى من القانون رقم (3) لسنة 2014م بشأن المحاماة⁽²⁾.
- المحامي يمد يد العون والاستشارة القانونية للمتهم عند الحاجة، فينبهه إلى حقوقه والتزاماته ومسئوليته، ويدرس الأدلة القائمة ضده، ويتأكد من صحة الإجراءات واحترام القواعد القانونية.

(1) مشاري خليفة العيفان، دور الدولة في تأكيد حق المتهم في الاستعانة بمحام، مجلة الحقوق، فصلية علمية محكمة، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ص162.

(2) عادل مشموشي، ضمانات حقوق الخصوم خلال المحاكمة الجزائية (دراسة مقارنة)، بيروت، منشورات زين الحقوقية، 2007م، ص229.

إذ تنص المادة المذكورة أعلاه على أنه: " المحاماة مهنة حرة مستقلة، وهي ركن من أركان العدالة تعمل على تحقيقها وعلى حماية الحقوق والحريات " .

رابعاً: الحكمة من إقرار حق الاستعانة بمحام.

ترجع العلة في منح حق الاستعانة بمحام إلى أسباب كثيرة، نذكر منها على وجه الخصوص أهمها:

- غالباً ما يثير الاتهام في نفس المتهم اضطراباً شديداً لاسيما في المواد الجنائية، وهذا الاضطراب قد ينال من قدرته على الدفاع عن نفسه عندما ينفرد بهذا الدفاع، أو قد لا تكون له الجرأة في مخاطبة القاضي أو مناقشة الشهود، فلا بد من وجود من يساعده على إدراك القضية، والبحث في مختلف جوانبها بشيء من التروي والهدوء.
- الاستعانة بمحامي المتهم فيها تحقق المساواة بين المواطنين بغض النظر عن حالتهم الاقتصادية أو مستواهم الثقافي، وبالتالي تقر مبدأ المساواة بين المواطنين في الحماية أو المعونة القانونية التي تقرها الدولة.
- المتهم يكون وضعه أفضل عندما يكون له محام يدافع عنه؛ لأن هذا المحامي له القدرة أكثر على فهم القضايا الجنائية.
- إن الاستعانة بمحام للمتهم يكون له الدور الكبير لإصدار أحكام قضائية سليمة مبنية على حقائق موضوعية⁽¹⁾، فالمتهم عندما يختار محامياً له للدفاع عنه أو انتداب المحكمة له، فإنه يترتب على ذلك أن هذا المحامي سيلتزم بحضوره للجلسات والقيام بعبء الدفاع عن المتهم، أو تكليف غيره من المحامين للقيام بذلك، وفي حالة مخالفته لذلك فإنه سيعرض نفسه للجزاء التأديبي فضلاً عن الجزاء الجنائي، وهو الحكم عليه بغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً، ويجوز إعفاؤه من الغرامة إذا ثبت أنه كان من المستحيل عليه أن يحضر في الجلسة بنفسه، أو ينيب غيره (المادة 339 ق.إ.ج.ل).
- إن الاستعانة بمحام للمتهم يضمن له متابعة كافة إجراءات المحاكمة، إذ يجب أن يكون سماع الشهود والتحقيقات التي أجريت قد وقعت في حضوره، حتى

(1) محمد أبوخضرة، استجواب المتهم وضمائنه في مراحل الدعوى الجنائية، مرجع سابق،

يستطيع تكوين عناصر دفاعه بما يكفل حق المتهم، فإذا حدث ولم يحضر المحامي بعض إجراءات التحقيق الجنائي بسبب خارج عن إرادته فعلى المحكمة أن تستجيب لطلبه إذا كان دفاعه يقضي مناقشة الشهود الذين سبق سماعهم⁽¹⁾، وإذا ما استمرت المرافعة عدة جلسات، وحضر المحامي في إحداها وغاب عن البعض الآخر كانت المحاكمة باطلة⁽²⁾.

فهذا الشرط ضروري لأن يكون الدفاع جدياً وحقيقياً، ولا يأتي ذلك إلا حضر المحامي جميع إجراءات المحاكمة، فحضور المحامي جلسة المرافعة منذ بدايتها وتتبعه جميع إجراءات نظر الدعوى، ولا يعتبر إخلالاً بحق الدفاع⁽³⁾، حيث قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها: (إذا كان المحامي الذي ندبته محكمة الجنايات للدفاع عن المتهم بجناية لم يتتبع إجراءات المحاكمة، ولم يحضر سماع الشهود إذا كان ندبه بعد ذلك، فإن إجراءات المحاكمة تكون باطلة، ذلك بأن الغرض من إيجاب القانون حضور مدافع عن كل متهم بجناية لا يتحقق إلا إذا كان المدافع قد حضر إجراءات المحاكمة من أولها إلى آخرها...)⁽⁴⁾.

المبحث الثاني

حق المتهم في الاستعانة بمحام أثناء مرحلة جمع الاستدلالات

مما لا شك فيه أن التشريع لا يعتبر كافياً لتحقيق العدالة الجنائية التي هي الغاية النهائية للمجتمع من جراء عملية الملاحقة الجنائية؛ لذلك فإن المحكمة وحدها لن تكون قادرة على تحقيق غايتها في إصدار الأحكام الجنائية، مالم تكن

(1) مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، بنغازي، منشورات الجامعة الليبية، ط الأولى، 1971م، ص 111.

(2) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1985م، ص 738.

(3) فرج عبدالواحد نويرات، ضمانات المتهم خلال مرحلة المحاكمة في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، الإسكندرية، الفتح للطباعة والنشر، 2013م، ص 338.

(4) طعن جنائي مصري، رقم الطعن، 6097، تاريخ الجلسة 04-02-1952م، س 12، ج 2، ص 684.

لها أجهزة أخرى تعين للمحكمة على استيضاح الحقيقة الموضوعية، عن طريق إزالة ذلك الغموض الذي قد يعتريه أحيانا للواقعة محل الدعوى.

ففي سبيل بلوغ هذه الغاية، نجد أن أغلب التشريعات - ومنها المشرع الليبي - تنظم مراحل على رفع الدعوى الجنائية أو تحريكها، بحيث يكون الغرض من هذه المرحلة إعداد ملف متكامل بين يدي القاضي بعد تمحيص الأدلة والبراهين قبل الزج بأشخاص أبرياء أمام المحاكم وإحراجهم اجتماعيا، وهذه المرحلة يطلق عليها مرحلة جمع الاستدلالات⁽¹⁾.

وعلى ذلك فأعمال الاستدلال ليس مرحلة من مراحل الدعوى الجنائية، بل مرحلة سابقة عليها، فهذه الأعمال لا تعد أن تكون من الناحية القانونية من الأعمال الإجرائية، وإن كان من الممكن الاستناد إليها في تحريك الدعوى الجنائية⁽²⁾.

حيث أوجب القانون على مأموري الضبط القضائي إثبات جميع الإجراءات التي يقومون بها في محاضر تتضمن إثبات جميع الإجراءات التي قاموا بها، والظروف المتعلقة بالجريمة على أن يتم توقيعهم على تلك المحاضر. ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل يحق للمشتبه فيه أن يستعين بمحام خلال هذه المرحلة بحكم أنها مرحلة سابقة على تحريك الدعوى الجنائية؟

للإجابة عن هذا التساؤل يكمن ببيان موقف الفقه خلال هذه المرحلة، ثم بيان سياسة المشرع الليبي من ذلك، وكذلك موقف القضاء الليبي خلال ذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: التعريف بمرحلة جمع الاستدلالات وأهمية هذه المرحلة.

المطلب الثاني: موقف الفقه من حق المتهم في الاستعانة أثناء مرحلة الاستدلال.

(1) مشاري خليفة العيفان، دور الدولة في تأكيد حق المتهم في الاستعانة بمحام، مرجع سابق، ص 164.

(2) السيد خلف عبدالعال، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، طرابلس، الجامعة المفتوحة، ج الأول، 2006م، ص 363.

المطلب الثالث: سياسة المشرع في حق المتهم في الاستعانة أثناء مرحلة جمع الاستدلالات.

المطلب الرابع: موقف القضاء من حق المتهم في الاستعانة أثناء مرحلة جمع الاستدلالات.

المطلب الأول

التعريف بمرحلة جمع الاستدلالات وأهمية هذه المرحلة

تمر الدعوى الجنائية بمرحلتين: أولهما مرحلة التحقيق الابتدائي، وفيها يتم اتخاذ مجموعة من الإجراءات القانونية بموجب سلطة التحقيق المختصة، وثانيهما، مرحلة التحقيق النهائي، ويعبر عنها بمرحلة المحاكمة وتناط إليها بالمحاكم على اختلاف درجاتها، وفيها يتم الفصل في الدعوى وصدور حكم فيها، إلا أن هناك مرحلة أخرى سابقة لهاتين المرحلتين يكون الغرض منها التمهيد لها، وذلك بجمع الأدلة التي تثبت وقوع الجريمة والبحث عن مرتكبها، وجمع جميع العناصر التي تفيد السلطة العامة في إقامتها لدعوى الحق العام، ويطلق عليها مرحلة جمع الاستلال⁽¹⁾.

حيث تعتبر إجراءات الاستدلال من الأعمال القضائية، والدليل على ذلك أن أحكامها وردت في قانون الإجراءات الجنائية، وأنها تخضع لرقابة القضاء الجنائي، وأنه يصح الاستناد إليها فيما يصدره هذا القضاء من أحكام⁽²⁾. فبمجرد أن يعلم مأمور الضبط القضائي بوقوع جريمة ما سواء أكان ذلك بناء على تحرياته أم بناء على شكوى أو بلاغ، فقد أوجب عليه القانون القيام بجمع الاستدلالات اللازمة للتحقيق وتسهيل القيام به، وذلك وفق نص المادة (14) من قانون الإجراءات الجنائية "... ويجب عليهم وعلى مرؤوسيه أن

(1) سيف إبراهيم المجاورة، حق الاستعانة بمحام في مرحلة التحقيق الأولى دراسة مقارنة،

س السابعة والعشرون، ع السادس والخمسون ذو الحجة 1434-2013م ص184.

(2) عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية الليبي، الاسكندرية، دار المطبوعات

الجامعية، 2008م، ص222.

يحصلوا على جميع الإيضاحات، ويجروا المعاينة اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التي تبلغ إليهم...⁽¹⁾. فجمع الاستدلال يتضمن جمع كل العناصر والقرائن والأدلة التي تساعد على سهولة التحقيق، واللازمة له في الوقت ذاته⁽²⁾.

أولاً: تعريف الاستدلال: ينصرف الاستدلال في المفهوم القانوني إلى: "مجموعة الإجراءات الأولية السابقة على تحريك الدعوى الجنائية، والتي تهدف إلى جمع المعلومات والبيانات الخاصة بالجريمة عن طريق التحري عنها والبحث عن فاعلها بشتى الطرق والوسائل القانونية من أجل إعداد العناصر اللازمة للبدء في التحقيق"⁽³⁾.

ثانياً: أهمية الاستدلال: إن مرحلة الاستدلالات تسبق عادة البدء في الدعوى الجنائية، وهي تعتبر تمهيداً للدعوى، وذلك بجمع العناصر والأدلة المادية اللازمة للتحقيق، والتي تثبت وقوع الفعل الإجرامي، وعمل التحريات اللازمة عن مرتكبها⁽⁴⁾، لكي تستطيع السلطة المختصة بالتحقيق من مباشرته والتصرف فيه بالوجه الصحيح الذي يتطلبه القانون⁽⁵⁾.

فأعمال الاستدلال تستمد شرعيتها من القانون الذي نظم أحكامها بما يكفل للإجراء الاستدلالي صحته، ويساعد النيابة العامة على متابعة دوره في الدعوى الجنائية ببسر وسهولة، حيث إن قضاء المحكمة العليا اعتدت بما يسفر عن هذه المرحلة من قرائن وأدلة إذ قضت على أنه "بما له من سلطة وزن

(1) سعد سالم العسلي، قانون الإجراءات الجنائية، بنغازي، دار الكتب الوطنية، ص 14.

(2) مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص 460.

(3) السيد خلف الله الحامدي، الوجيز في شرح الإجراءات الليبي، بنغازي، دار الكتب الوطنية، ج الأول، ط الأولى لسنة 2006م، ص 369.

(4) مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص 445.

(5) السيد خلف الله الحامدي، الوجيز في شرح الإجراءات الليبي، مرجع سابق، ص 386.

الدليل وتقدير قيمته في الإثبات، أن تهدر الدليل المستمد من هذا الإجراء متى قدرت ذلك بناء على ما تورده من أسباب في هذه الشأن "(1).

المطلب الثاني

موقف الفقه من حق المتهم في الاستعانة بمحام أثناء مرحلة جمع الاستدلالات
بناء على مدى أهمية مرحلة جمع الاستدلالات، ثار خلاف فقهي بشأن مدى إمكانية تمتع المتهم بحق الاستعانة بمحام خلال هذه المرحلة، وانقسم الفقه إلى اتجاهين :

أولاً: فقه مؤيد لحق المتهم في الاستعانة بمحام أثناء مرحلة جمع الاستدلالات.
يقر جانب من الفقه بأحقية المتهم خلال هذه المرحلة باصطحاب محاميه، وذلك استناداً إلى حجج متنوعة، فمن ناحية يعد حضور المحامي خلال هذه المرحلة إلى جانب المتهم وسيلة فعالة لمنع مأمور الضبط القضائي من اتخاذ أي إجراء تعسفي بحق المتهم، كما أن حضور المحامي مع المتهم يعزز الشعور بالثقة والأمان لدى المتهم، ويمكنه من الدفاع عن نفسه بعيداً عن الضغوطات النفسية(2).

فقد طالب الفقيه "موريس جارسون" في تقريره لمؤتمر روما عام 1953م، ضرورة حضور مدافع عن المتهم أثناء فترة جمع الاستدلالات، وخاصة خلال الأربع والعشرين ساعة التي تلي القبض عليه، وعلل ذلك بأهمية هذه المرحلة، نظراً لأن رجال الشرطة قد يتصرفون مع المتهم وفق رغبتهم المطلقة وبدون أن يكون هناك مراقبة حقيقية تحد من حماسهم في نسبة التهمة إليه، الأمر الذي يجعل من إقرار ذلك الحق ضرورة لصيانة حقوق المشتبه فيه.

(1) المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 21/40 ق، تاريخ الجلسة 1975/04/29م، س 12، ع 2، ص 134.

(2) مشاري خليفة العيفان، دور الدولة في تأكيد حق المتهم في الاستعانة بمحام، مرجع سابق، ص 169.

وكذلك رأي الفقيه "دفلن" من أنه إذا طلب المتهم الاستعانة بمحام ليحضر معه أثناء تحقيق الشرطة ولم يجب لطلبه، فإن ذلك يقلل من قيمة هذا التحقيق، وأي ضغط يمارس على المتهم في هذه المرحلة يبطل الاعتراف الصادر منه⁽¹⁾.

فبناء على ما سبق يمكن القول بأن حجج هذا الرأي تركز على اعتبار أساسي وهو أن هذا الحق يعزز كفاءة حق الدفاع خلال هذه المرحلة .
ثانياً: فقه معارض لحق المتهم في الاستعانة بمحام أثناء مرحلة جمع الاستدلالات.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن هذه المرحلة لاتعد مرحلة هامة، الأمر الذي تنتفي معه الحاجة لقيام الحق في الاستعانة بمحام خلالها، فمن جانب تتضاءل أهمية هذه المرحلة؛ لأنها لاتعد من مراحل الدعوى الجنائية، بل هي مرحلة ممهدة لها، ومن ثم يخلص - أنصار هذا الاتجاه - إلى أن هذه المرحلة لا يتولد عنها دليل معتبر في مرحلة المحاكمة، ولا تعتبر محاضر التحري التي تحرر بشأن ما تم فيها من إجراءات حجة أمام القضاء، إلا في أحوال استثنائية، ويضيف أنصار هذا الرأي أن هذه المرحلة وإجراءاتها تخضع لإشراف ورقابة سلطات التحقيق، الأمر الذي يتيح لهذه الأخيرة تقرير مدى صحة الإجراءات من عدمها، وهي مرحلة يكون فيها الحق في الاستعانة بمحام مكفول⁽²⁾.

كذلك استدل بعض الفقه على عدم اشتراط حضور محام مع المتهم أثناء إجراءات الاستدلال على كون نص المشرع "... وللخصوم الحق دائماً في استصحاب وكلائهم في التحقيق" مادة (61) من قانون الإجراءات الجنائية⁽³⁾، أنه

(1) محمد أبوخضرة، استجواب المتهم وضمائنه في مراحل الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص526.

(2) مشاري خليفة العيفان، دور الدولة في تأكيد حق المتهم في الاستعانة بمحام، مرجع سابق، ص168.

(3) سعد سالم العسيلي، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص30.

يقتصر على التحقيق الابتدائي فقط بمعناه الضيق، فلا يمتد ليشمل مرحلة الاستدلالات⁽¹⁾، أضيف إلى ذلك أن طبيعة هذه المرحلة تتصف بالسرعة والاستعجال، وهذا يُطلب عدم إقرار حق الاستعانة بمحام في هذه المرحلة؛ لأنه إذا ما تم إقرار هذا الحق فإنه سيؤدي إلى إحاطة دور مأمور الضبط القضائي في مواجهة الجريمة فور وقوعها وضبط مرتكبيها.

ثالثاً: رأي الباحث: يُشاطر الباحث ما ذهب إليه الاتجاه الأول الذي أيد حق المتهم في الاستعانة بمحام أثناء هذه؛ وذلك لأن حضور محامي المتهم أثناء هذه المرحلة يكفل له تدارك الأمر سريعاً للدفاع عن نفسه، كما تساعد على سير إجراءات الاستدلال بالشكل الصحيح المحدد في القانون⁽²⁾.

حيث إن إجراءات الاستدلال ونتائجها تمثل في الغالب الخطوط الأولى والعريضة لإجراءات الدعوى الجنائية، ومن ثم فإن الاستعانة بمحام في هذه المرحلة تدعم موقف المتهم، وتضمن له حقوقه أثناء الاستدلال، وتبعده عن مواطن الزلل التي قد تكون حجة عليه أثناء سير الدعوى، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بمصر في حكم لها بأنه: "إن حق الدفاع ضماناً لازماً كلما كان حضور المحامي ضروري كرادع لرجل السلطة العامة إذا ما وعدوا إلى مخالفة القانون مطمئنين إلى انتفاء الرقابة على أعمالهم أو غفوتها - عدم اقتصار قيمتها العملية على مرحلة المحاكمة وحدها، بل تمتد مظلتها إلى المرحلة السابقة عليها - سواء أثناء التحقيق الابتدائي أو قبله - فقد تحدد نتيجة هذه المرحلة المصير النهائي للمتهم مما يجعل محاكمته بعدئذٍ إطاراً شكلياً لا يرد عنه ضرراً"⁽³⁾.

(1) محمود صالح العادلي، النظرية العامة في حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، الاسكندرية،

دار الفكر الجامعي، ط1، 2004م، ص381.

(2) عمران محمد بورويس، المحاماة في ليبيا تاريخاً واقعاً تطلعاً، بيروت، دار الفكر العربي، ص698.

(3) المحكمة الدستورية العليا المصرية طعن دستوري رقم 6، س 13ق، تاريخ الطعن

16-5-1992م، ج الخامس، المجلة الأولى، ص344، رقم 37.

أضف إلى ذلك أن المشرع الليبي في المادة 1/51 من قانون إجراءاته الجنائية أجاز للنياحة العامة في مواد المخالفات والجناح إذا كانت الدعوى صالحة لرفعها بناء على الاستدلال التي سمعت كلف المتهم بالحضور مباشرة أمام المحكمة المختصة، لذلك فمن باب أولى أن ينص المشرع في قانون إجراءاته الجنائية على حق المشتبه فيه من اصطحاب محام له خلال هذه المرحلة⁽¹⁾.

المطلب الثالث

سياسة المشرع في حق المتهم في الاستعانة بمحام أثناء مرحلة

جمع الاستدلالات

نعالج في هذا المطلب بعض النصوص القانونية لحق الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات، التي يباشرها مأمور الضبط القضائي، وذلك للوقوف على نصوص قانون الإجراءات الليبي، ومن ثم قانون المحاماة الليبي الذي أعطى الحق صراحة في الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات، وذلك على النحو التالي:

أولاً: في قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

قد نصت المادة (61) إجراءات جنائية على أنه "... وللخصوم الحق دائماً في استصحاب وكلائهم في التحقيق"⁽²⁾، حيث يرى أغلبية الفقه أن نص هذه المادة قد جاء مطلقاً دون تقييد، أو قصر على مرحلة التحقيق الابتدائي فحسب، مادام هذا الحق مقرر في مرحلة التحقيق الابتدائي، فمن باب أولى تقريره في مرحلة جمع الاستدلالات، إذ أن هذه المرحلة تمثل جزءاً من التحقيق الابتدائي بمعناه الواسع، ويؤكد صاحب هذا الرأي على حضور المحامي في مرحلة جمع الاستدلالات، وخاصة إذا كان المتهم حاضراً؛ لأنه يمثل معه شخصاً واحداً، كما أن هذا النص قد جاء بألفاظ عامة ومطلقة، ولم يقتصر حق الاستعانة بمحام على

(1) انظر نص المادة 1/51 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

(2) سعد سالم العسلي، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص30.

المتهم دون غيره، فقد جرى سياق الفقرة الثالثة بتعبير الخصوم دون المتهم، مما يوحي بأن قصد المشرع لم ينصرف إلى قصره على المتهم في معناه القانوني في قانون الإجراءات الجنائية، وإنما ينسحب كذلك إلى المشتبه فيه قياساً على المتهم، وبالتالي فإن مرحلة جمع الاستدلالات هي المرحلة الأولية والتمهيدية لهذه الدعوى، فهي التي يبني عليها صرح الدعوى الجنائية، وأن المشتبه فيه أحوج وأمس إلى الضمانات من المتهم⁽¹⁾.

ثانياً: في قانون المحاماة الليبي.

لقد صدر القانون رقم (03) لسنة 2014م، بشأن المحاماة وخصص هذه المهنة في القانون الليبي، والذي أجاز للمحامي أن يحضر مع المتهم في مرحلة الاستدلالات، فقد نصت المادة (24) "يحق للمحامي الحضور والمرافعة نيابة عن ذوي الشأن أو معهم أمام المحاكم والنيابات وأموري الضبط القضائي واللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي أو التأديبي وجميع الجهات التي تباشر تحقيقاً جنائياً أو إدارياً"⁽²⁾.

فوفقاً لهذا النص يكون من حق المتهم والمشتبه فيه أن يصحب محام معه في مرحلة جمع الاستدلالات، ولا يجوز للجهات السابقة بما فيها مأموري الضبط القضائي أن يمنع المحامي من الحضور مع المتهم، ويقدم له جميع التسهيلات الواردة بالقانون والتي يقتضيها القيام بواجبه⁽³⁾.

(1) محمد أبوخضرة، استجواب المتهم وضماناته في مراحل الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص549.

(2) عمران محمد بورويس، المحاماة في ليبيا تاريخاً واقعاً وتطلعات، مرجع سابق، ص698.

(3) محمد أبوخضرة، استجواب المتهم وضماناته في مراحل الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص553.

المطلب الرابع

موقف القضاء من حق المتهم في الاستعانة بمحام أثناء مرحلة

جمع الاستدلالات

إن حق المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلة جمع الاستدلالات أمر لازم وضروري، ولا يمكن أن يترك أمر تقديره إلى سلطة مأمور الضبط القضائي، ولا يكمن لإقرار هذا الحق قيمة عملية إلا إذا كان المشرع قد رتب على هذا الإجراء البطلان، ولاسيما أن لمحضر جمع الاستدلالات قيمة قانونية في الإثبات، ولكن سكوت المشرع الليبي - كما رأينا سالفاً - عن أهم ضمانات من ضمانات المتهم، وهي الاستعانة بمحام أثناء مرحلة جمع الاستدلالات؛ مما أدى هذا الصمت أو السكوت بدوره إلى أنه لم يلق إقراراً صريحاً من القضاء الليبي أيضاً، شأنه في ذلك شأن القضاء العربي والمقارن على حد سواء الذي لم نجد أياً منهم يقره صراحة، باستثناء القضاء الأمريكي والقضاء الكندي والياباني، الذي أقر هذه الضمانة للمتهم في مرحلة الاستدلالات، ولكن ما يهمننا والجدير بالذكر أن القضاء الليبي لم يتطرق إلى ما يتعلق بهذا الحق لا من بعيد ولا من قريب¹.

المبحث الثاني

حق المتهم في الاستعانة بمحام أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي والاستجواب

سيتناول الباحث في هذا المبحث أربعة مطالب، المطلب الأول نتناول فيه التعريف بمرحلة التحقيق الابتدائي وأهميته في هذه المرحلة، أما المطلب الثاني سنتناول فيه تعريف الاستجواب وضمائنه، أما المبحث الثالث نبين فيه شروط حضور المحامي مع المتهم ودوره عند الاستجواب، أما المطلب الأخير نتطرق فيه حقوق المتهم عند الاستعانة بمحام.

(1) محمد أبوخضرة، المرجع السابق، ص540.

المطلب الأول

التعريف بمرحلة التحقيق الابتدائي وأهميتها

تبدأ مرحلة التحقيق الابتدائي بانتهاء كافة إجراءات مرحلة البحث والتحري، وباتخاذ سلطة التحقيق قرارها بفتح التحقيق تقريراً للحاجة له، وقد نظم المشرع الليبي في المواد "من 52 إلى 132" إجراءات جنائية، إجراءات التحقيق وحدوده وشروط صحة كل إجراء من إجراءاته.

أولاً: تعريف التحقيق الابتدائي.

يعرف التحقيق الابتدائي بأنه "مجموعة الإجراءات التي تباشرها سلطة التحقيق بالشكل المحدد قانوناً بغية تمحيص الأدلة والكشف عن الحقيقة قبل مرحلة المحاكمة"⁽¹⁾. كما عرفه بعض الفقهاء بأنه "مجموعة من الإجراءات التي تباشرها سلطة قضائية مستقلة بغرض الكشف عن الحقيقة بشأن جريمة وقت، والتتقيب عن أدليها وتقرير قيمتها لتحديد مدى كفايتها لإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة بنظرها أو الأمر بعدم وجود وجه لإقامتها"⁽²⁾.

ثانياً: أهمية التحقيق الابتدائي.

تبرز أهمية التحقيق الابتدائي في عدة جوانب أهمها:

- أنه مفيد للعدالة في ذاتها، حيث يتم خلاله جمع الأدلة المتعلقة بالدعوى والمحافظة عليها فيسهل للمحكمة أداء مهمتها.
- يخفف العبء عن كاهل القضاء ويوفر عليه الوقت والجهد.
- يوفر ضمانات للمتهم تكفل له فيها حقه في الدفاع عن نفسه وفي سرية تباعد بينه وبين المساس بسمعته واتباعه.

(1) مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، دن، دم، ط1، 1971م، ص573.

(2) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، ط2، ص614.

- يرتبط بواقع الدعوى الجنائية ويبحث في مدى جديتها من أجل الوصول إلى حقيقة الجريمة وملابساتها ومرتكبها⁽¹⁾.

المطلب الثاني

تعريف الاستجواب وضماناته

أولاً: تعريف الاستجواب

يعرف الاستجواب بأنه إجراء من إجراءات التحقيق، بل هو أهمها، فبموجبه يتثبت المحقق من شخصية المتهم ومناقشته مناقشة تفصيلية في التهمة المنسوبة إليه، بغية الوصول إلى اعتراف منه يؤيدها أو دفاع ينفبها، ومنها أقواله في مرحلة الاستدلال وأقوال غيره من المتهمين وأقوال الشهود ومواجهته بغيره من المتهمين والشهود إذا رأى المحقق ذلك وإثبات دفاعه، كل ذلك بعد إحاطته بالتهمة المنسوبة إليه⁽²⁾، " ⁽³⁾. كما عرفه البعض الآخر بأنه مناقشة تفصيلية للمتهم في الأدلة والشبهات القائمة ضده، ومطالبته بالرد عليها، إما بإنكارها

(1) محمد أبوخضرة، استجواب المتهم وضماناته في مراحل الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص 477.

(2) الهادي على أبوحمرة، الموجز في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، طرابلس، مكتبة طرابلس العالمية، 2012م، ط الأولى، 178.

وقد عرفته محكمة النقض المصرية في حكم لها " مناقشة المتهم مناقشة تفصيلية في أمور التهمة وأحوالها وظروفها ومجاوبته بما قام عليه من الأدلة ومناقشته في أجوبته مناقشة يراد منها استخلاص الحقيقة التي يكون كاتماً لها، وكذا مجابته بالأدلة المختلفة قبه ومناقشته مناقشة تفصيلية كما نفيها إن كان منكرًا للتهمة أو يعترف بها إذا شاء الاعتراف " .

نقض جنائي مصري، مجموعة القواعد المصرية، تاريخ الطعن 11-12-1972م، س 23، ص 1367.

(3) محمد أبوخضرة، استجواب المتهم وضماناته في مراحل الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص 540.

وإثبات فسادها، وإما بالتسليم بها، وما يستتبعه ذلك من اعتراف بالجريمة⁽¹⁾، ويختلف الاستجواب كإجراء تحقيق عن الاستجواب كإجراء محاكمة؛ لأنه في مرحلة المحاكمة هو وسيلة دفاع فقط، أما في مرحلة التحقيق الابتدائي فهو وسيلة لدعم الاتهام أو لإضعافه عن طريق تمكين المتهم من مناقشة الأدلة الموجودة وتقديم أدلة تنفي التهمة أو تنفي نسبتها إليه⁽²⁾.

ثانياً: ضمانات الاستجواب.

لما كان الاستجواب من إجراءات التحقيق الخطيرة، لما لها من أثر على مصير المتهم من جرائمها، لذا نجد المشرع أحاطه بعدد من الضمانات منعاً من التعسف، وكفالة لحقوق المتهم في الدفاع عن نفسه، تلك الضمانات تتمثل في الآتي:

- يجب أن يقوم بالاستجواب سلطة التحقيق ذاتها، وذلك سواء أكانت النيابة العامة أو قاضي التحقيق، ولا يجوز في هذا الإجراء انتداب مأمور الضبط القضائي عدا ما نص عليه المشرع في المادة (2) مكرر إجراءات جنائية للأسباب المبينة بتلك المادة مع اتباع الإجراءات المنصوصة عليها بها، فالاستجواب يختلف عن سماع الأقوال الذي يقوم به مأمور الضبط القضائي، والذي لا يتضمن مناقشة تفصيلية في التهمة، أو الذي تقوم به المحكمة بغرض استيضاح المتهم في بعض الأمور⁽³⁾.
- يجب دعوة محامي المتهم لحضور الاستجواب، إذا كانت الجريمة المسندة إلى المتهم جنائية فلا يجوز للمحقق - في غير حالة التلبس وحالة السرعة من

(1) فرج علواني هليل، في التعليق على قانون الإجراءات الجنائية، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ج1، ص733.

(2) الهادي على أبوحمرة، الموجز في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، مرجع سابق، ص179.

(3) نفس المرجع، نفس الصفحة.

- ضياح الأدلة - أن يستجوب المتهم أو يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود، إلا بعد دعوة محاميه للحضور إن وجد (م 106 إجراءات جنائية).
- يجب تمكين محامي المتهم من الاطلاع على الأوراق بوقت كاف، وهذا حق مستفاد من مضمون دعوة المحامي للحضور ولا يجوز منع المحامي من الاطلاع تحت أي سبب مادام قد تم دعوته للحضور.
 - يجب أن يُبأشر الاستجواب في ظروف لا تؤثر فيها على إرادة المتهم وحرية في إبداء أقواله ودفاعه، فإذا توافر ظرف من هذه الظروف التي تعدم إرادة المتهم أو تعيبها بحيث تكون أقواله غير صادرة عن إرادته الكاملة، كان الاستجواب كاملاً ولا يمكن الاستناد إلى ما جاء فيه.
 - لا يجوز للمحقق إطالة مدة الاستجواب ليرهق المتهم على نحو يؤثر في إرادته وتركيزه الذهني، كما لا يجوز خداعه أو توجيه أسئلة إيحائية توقعه في الغلط وتدفعه إلى الاعتراف والإدلاء بأقوال ليست في صالحه.
 - لا يجوز استجواب المتهم في مرحلة المحاكمة إلا إذا قبل ذلك (247 إجراءات جنائية).
- وعلى ذلك فإذا لم ترع سلطة التحقيق الضمانات التي نص عليها القانون، فإن الاستجواب يكون باطلاً، ولا يمكن الاستناد إليه ويبطل الدليل المستمد منه.

المطلب الثالث

شروط حضور محامي المتهم ودوره عند الاستجواب

تنص المادة (24) من القانون رقم (03) لسنة 2014م، بشأن المحاماة على أنه "يحق للمحامي الحضور والمرافعة نيابة عن ذوي الشأن أو معهم أمام المحاكم والنيابات ومأموري الضبط القضائي واللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي أو التأديبي وجميع الجهات التي تباشر تحقيقاً جنائياً أو إدارياً" (1).

(1) عمران محمد بورويس، المحاماة في ليبيا تاريخاً واقعاً تطلعا، مرجع سابق، ص 698.

ولكن المشرع لم يترك أمر ضمان حضور محامي المتهم في مرحلة الاستجواب مفتوحاً بل قيده بعدة شروط، وذلك وفق ما جاء في نص المادة (106) من قانون الإجراءات الجنائية " في غير حالة التلبس وحالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة، لا يجوز للمحقق في الجنايات أن يستجوب المتهم أو يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود إلا بعد دعوة محاميه للحضور إن وجد..."⁽¹⁾.

أولاً: شروط حضور محامي المتهم عند الاستجواب.

حضور محامي المتهم أثناء الاستجواب رهين بثلاثة أمور:

- أن تكون الواقعة جنائية، وذلك لخطورتها وأهميتها بالنسبة إلى غيرها من الجرائم، أما إذا كانت الواقعة جنحة فلا تقوم ضمانة دعوة محامي المتهم للحضور، ولكن إذا وجد محام مع المتهم في جنحة وشاء الحضور فلا يصح منعه بطبيعة الحال.

فالغرض من ذلك تكمن في طمأنينة المتهم وصونا لحرية الدفاع عن نفسه، فإذا لم يكن له محام للمحقق استجوابه فوراً، كما نصت المادة 2/162 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي على أنه " تعين غرفة الاتهام من تلقاء نفسها مدافعا لكل متهم بجناية صدر أمر بإحالته إلى محكمة الجنايات إذا لم يكن قد انتخب من يقوم بالدفاع عنه "⁽²⁾.

(1) سعيد سالم العسلي، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 41.

(2) كما قضت المحكمة العليا الليبية في حكم لها بقولها " إن غرض المشرع من وجوب حضور محام مع كل متهم بجناية هو الدفاع عنه لتوفير الضمان اللازم الذي نص عليه الدستور وحثمه المصلحة العامة لما لتهمة الجناية من خطورة، ولا يمكن أن يتحقق الضمان المطلوب للمتهم إلا إذا كان المدافع متتبعا لإجراءات المحاكمة ومطلعا على أوراق الدعوى ".

المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 184-20 ق، جلسة 05-02-1974 م .

كما قضت في حكم آخر لها بأنه " إن إجراء استجواب المتهم من حق النيابة العامة بشرط أن تمكن محامي المتهم في جناية من الحضور معه حين إجراءاته على أن ذلك مشروط بأن يكون المتهم قد عين له محاميا أو كان محاميه قد طلب ذلك وفقا للمنصوص عليه =

ولا يكفي مجرد حضور محامٍ عن المتهم، وإنما لابد أن يكون على درجة من الكفاءة حددها المادة 341 من ق.إ.ج.ج. الليبي حيث نصت على أنه "المحامون المقبولون للمرافعة أمام محاكم الاستئناف أو المحاكم الابتدائية يكونون مختصين دون غيرهم بالمرافعة أمام محكمة الجنايات".

وعلى ضوء ذلك إذا لم يحضر المتهم بجناية بشخصه أمام المحكمة، فإنه يعد غائبا في نظر القانون، وتبعاً لغيابه فإنه يحرم من حقه في الدفاع، أي لا يجوز أن يحضر محامٍ ليتولى الدفاع عنه، وهو ما نصت عليه المادة 351 من ق.إ.ج.ج. الليبي على أنه "لا يجوز لأحد أن يحضر أمام المحكمة ليدفع أو ينوب عن المتهم الغائب".

• أن لا تكون الجريمة في حالة تلبس أو في حالة من السرعة تسبب الخوف من ضياع الأدلة.

• أن يكون للمتهم محام، فقد قصر المشرع واجب المحقق على دعوة محامي المتهم للحضور إن وجد⁽¹⁾.

ثانياً: دور المحامي عند الاستجواب.

دور المحامي عند حضور استجواب المتهم دور سلبي بحسب الأصل، فليس له أن ينوب عن المتهم في الإجابة أو أن يذبهه إلى مواضع الكلام

= في المادة 106 أ ج وأنه وإن كان هذا الحضور يعد إجراء جوهرياً متى تحققت شروطه إلا أنه مع ذلك ليس من النظام العام؛ لأن القصد منه تحقيق مصلحة خاصة للمتهم مما يجعله داخلاً في نطاق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 306 أ ج بحيث يسقط الحق في الدفع به أن تم بحضور محامي المتهم دون اعتراض منه، ومن مقتضى ذلك أنه إن تم هذا الإجراء باطلاً فليس على المحكمة أن تتعرض له من تلقاء نفسها وتقضى ببطلانه، بل يجب أن يبديه أمامها محامي المتهم فإن لم يبده سقط حقه فيه باعتباره متنازلاً عنه ولا يجوز له إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض".

المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 17-19 ق، جلسة 10-11-1970م، س الثانية المجلد السابع، ص 173.

(1) عدلي خليل، اعترافات المتهم فقها وقضاء، مرجع سابق، ص 156.

والسكوت أو أن يترافع أمام المحقق، ولكن له أن يطلب توجيه أسئلة معينة أو أن يبدي بعض الملاحظات⁽¹⁾، ذلك وفق ما نصت عليه المادة (106) قانون إجراءات جنائية "... ولا يجوز للمحامي الكلام إلا إذا أذن له القاضي، وإذا لم يأذن له، وجب إثبات ذلك في المحضر".

المطلب الرابع

حقوق المتهم عند الاستعانة بمحام في الاستجواب

إن حق المتهم في الاستعانة بمحام أثناء استجوابه في مرحلة التحقيق الابتدائي من أهم ضمانات التحقيق، حيث إن المحامي هو الشخص المؤهل قانوناً لكي يساهم في إرساء مبدأ العدالة في المجتمع، من خلال وسيلة مشروعة وهي قيامه بالدفاع عن مصلحة موكله الخاص، وقد أفرد المشرع لهذه الضمانة عدة حقوق للمتهم، والمتمثلة في التالي:

أولاً: حق المتهم في الاستعانة بمحاميه.

حق المتهم في الاستعانة بمحاميه يعد من أهم الحقوق المنبثقة عن حق المتهم في الاستعانة بمحام، ويستوي في ذلك أن يكون المتهم محبوساً أو مطلق السراح، فله الحق دائماً في الاتصال بمحاميه في أي وقت يشاء، ويعمل ذلك بالنسبة للمتهم المحبوس بالمساواة مع المتهم المطلق سراحه، بأنه يجب أن يتاح له التحدث إلى محاميه دون أن يسمع أحد للحوار بينهما، وحتى تكون مساعدة المحامي لموكله ذات فعالية، فإنه لا بد من أن يسمح له بلقاء موكله كلما طلب هو أو المتهم هذا الاتصال وفي أي وقت، وفي الواقع أن المتهم ومحاميه في حاجة إلى أن يجلسا سوياً على انفراد لتحضير وتنظيم أوجه الدفاع⁽²⁾، فقد أقر المشرع

(1) أحمد أبو الروس، المتهم استجواب المتهم وضمائنه في مراحل الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص 410.

(2) محمد أبوخضرة، استجواب المتهم وضمائنه في مراحل الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص 1027.

الليبي هذا الحق في المادة (121) من قانون الإجراءات الجنائية "... وذلك دون إخلال بحق المتهم في الاتصال دائماً بالمدافع عنه بدون حضور أحد"⁽¹⁾.

ثانياً: حق المتهم في اختيار محاميه

للمتهم كامل الحرية في اختيار المحامي الذي يتولى مهمة الدفاع عنه، فله أن يختار من يشاء للدفاع عنه؛ لأنه حق أصيل مقدم على حق القاضي في اختار من يدافع عنه، فإن اختار المتهم مدافعاً فليس للقاضي الافتتاح عليه في ذلك ويعين مدافعاً آخر"⁽²⁾.

ثالثاً: وجوب دعوة محامي المتهم لحضور الاستجواب في الجنايات والجنح

أوجب المشرع الليبي على المحقق عند استجواب المتهم في جنابة أو عند مواجهته بغيره من المتهمين أو الشهود، أن يدعو محامي المتهم للحضور إن وجد، فقد نص في المادة (106) من قانون الإجراءات الجنائية: " في غير حالة التلبس وحالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة، لا يجوز للمحقق في الجنايات أن يستجوب المتهم أو يواجهه بغيره من المتهمين والشهود إلا بعد دعوة محامية للحضور إن وجد"⁽³⁾.

رابعاً: تمكين محامي المتهم من الاطلاع على محضر التحقيق قبل الاستجواب

حق الاطلاع على التحقيق من الحقوق الأساسية التي حرص المشرع على تمكين الخصوم منه، ولقد نصت أغلب التشريعات صراحة وقررت ورتبة جزاء البطلان على مخالفته، وأيضاً في حالة إجراء التحقيق في غيبة الخصوم منح المشرع الخصوم حق الاطلاع على التحقيق بعد زوال موجب السرية، وضمانة لفاعلية هذا الحق فقد قرر المشرع الليبي للخصوم ووكلائهم الحق في

(1) سعيد سالم العسبلي، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 45.

(2) محمد أبوخضرة، استجواب المتهم وضمائنه في مراحل الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص 1034.

(3) سعيد سالم العسبلي، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 41.

طلب صور من الأوراق على نفقتهم الخاصة⁽¹⁾، وهذا ما نصت عليه المادة (68) إجراءات جنائية: "للمتهم وللمجني عليه وللمدعي بالحقوق المدنية والمسؤول عنها أن يطلبوا على نفقتهم أثناء التحقيق صوراً من الأوراق أياً كان نوعها..."⁽²⁾.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة موضوع حق المتهم في الاستعانة بمحام في أثناء مرحلة الاستدلال والتحقيق معه، وذلك من خلال بيان موقف الفقه والقضاء من ذلك، وكذلك سياسة المشرع الليبي اتجاه المرحلتين، صار لزاماً علينا بيان أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها، وذلك على النحو التالي:

أولاً: النتائج

تباين موقف الفقه من حق المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلة الاستدلال، فكان هناك رأيين بهذا الخصوص، رأي يؤيد حق المتهم في الاستعانة بمحام، ورأي معارض لذلك، تم بيّنا رأي الباحث بهذا الخصوص، بعد ذلك تناولنا سياسة المشرع في حق المتهم في الاستعانة بمحام أثناء هذه المرحلة، سواء في قانون الإجراءات الجنائية أو قانون المحاماة، وكذلك أيضاً بين موقف القضاء من حق المتهم في الاستعانة بمحام أثناء هذه المرحلة حيث لم نجد أي دعم في القضاء الليبي مما يعني حق المتهم في الاستعانة بمحامي أثناء هذه الفترة.

أما في المرحلة الثانية، وهي مرحلة التحقيق بينا فيه التعريف بمرحلة التحقيق وأهمية هذه المرحلة، ثم بينا فيه الاستجابات وضمائم الاستجابات وكيفية حضور محامي المتهم أثناء فترة الاستجابات، وكذلك دور المحامي عند الاستجابات.

(1) محمد أبوخضرة، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 1047.

(2) سعيد سالم العسلي، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 31.

ثانياً: التوصيات:

- إقرار حق المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلة الاستدلال، وذلك بالزام مأمور الضبط القضائي بإعلام المشتبه فيه بحقه في الاستعانة بمحام أثناء هذه الفترة، شأنه ذلك شأن مرحلة التحقيق.
- وليس من المنطق أن يكون للمتهم ضمانات أمام هيئة التحقيق والمحاكمة، والتي تتاط بأعضاء السلطة القضائية، في حين يحرم منها المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، والتي تتاط بواسطة أعضاء السلطة التنفيذية.
- نوصي المشرع الليبي بضرورة النص في قانون إجراءاته الجنائية على ضرورة حق المتهم في الاستعانة بمحام خلال مرحلة الاستدلال شأنه في ذلك شأن مرحلة التحقيق.
- نوصي المشرع الليبي على ضرورة توعية رجال مأموري الضبط القضائي؛ وذلك لأن مرحلة الاستدلال تكمن على عاتقهم القيام بجمع الأدلة وتمحيصها؛ لأنها تعتبر مرحلة مهمة في الدعوى السابقة على رفع الدعوى، وكذلك توعيتهم بعدم عرقلة محام المشتبه فيه للدفاع أو استفسار عن موكله.

قائمة المصادر والمراجع

- أحمد أبو الروس، استجواب المتهم وضماناته في مراحل الدعوى الجنائية، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث.
- إدريس عبدالجواد بريك، ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2005م.
- السيد خلف الله الحامدي، الوجيز في شرح الإجراءات الليبية، بنغازي، دار الكتب الوطنية، ج الأول، الطبعة الأولى، 2006م.
- السيد خلف عبدالعال، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبية، طرابلس، الجامعة المفتوحة، الجزء الأول، 2006م.
- الهادي على أبوحمرة، الموجز في قانون الإجراءات الجنائية الليبية، طرابلس، مكتبة طرابلس العالمية، الطبعة الأولى، 2012م.
- سعد سالم العسبلي، قانون الإجراءات الجنائية، بنغازي، دار الكتب الوطنية.
- سيف إبراهيم المجاورة: حق الاستعانة بمحام في مرحلة التحقيق الأولى دراسة مقارنة، س السابعة والعشرون، ع السادس والخمسون ذو الحجة 1434-2013م.
- عادل مشموشي، ضمانات حقوق الخصوم خلال المحاكمة الجزائية (دراسة مقارنة)، بيروت، منشورات زين الحقوقية، 2007م.
- عبدالواحد نويرات، ضمانات المتهم خلال مرحلة المحاكمة في قانون الإجراءات الجنائية الليبية، الإسكندرية، الفتح للطباعة والنشر، 2013م.
- عدلي خليل، اعترافات المتهم فقهاً وقضاءً، القاهرة، دار الكتب القانونية.
- عمران محمد بورويس، المحاماة في ليبيا تاريخاً واقعاً تطلعاً، بيروت، دار الفكر العربي.
- عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية الليبية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2008م.

- فرج علواني هليل، في التعليق على قانون الإجراءات الجنائية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، الجزء الأول.
- د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، المكتبة الجامعة لنشر والتوزيع، الزاوية - ليبيا، الطبعة الثانية، الجزء الأول، 2000م.
- مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، بنغازي، منشورات الجامعة الليبية، الطبعة الأولى، 1971م.
- مأمون محمد سلامة، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985م.
- محمد الغرياني أبوخضرة، استجواب المتهم وضماناته في مراحل الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية.
- محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية.
- محمود صالح العادلي، النظرية العامة في حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2004م.
- مشاري خليفة العيفان، دور الدولة في تأكيد حق المتهم في الاستعانة بمحام، مجلة الحقوق، فصلية علمية محكمة، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت.

COMMUNICATION
LE PROJET TERRITORIAL TOURISTIQUE
FONDEMENT D'UNE MOBILITE DURABLE EN LYBIE

D. BOUTET*

Le tourisme n'a jamais occupé une place déterminante dans l'économie libyenne, à la différence de ses voisines tunisienne et égyptienne. La Révolution de 2011 place désormais le secteur du tourisme comme alternative possible à la manne pétrolière. Toutefois la Libye, vierge d'équipements importants dans le domaine de l'accueil des voyageurs, doit dans le cadre d'une stratégie nationale de développement touristique, faire le choix entre privilégier le tourisme de masse ou encourager le tourisme soutenable.

Le nouveau ministère du Tourisme créé à l'automne 2012, semble avec raison, privilégier la seconde hypothèse. C'est par des projets territoriaux participatifs que va se mettre en place une stratégie nationale de mise en valeur du patrimoine touristique. Deux circonstances imposent ce choix : l'impossibilité de financer les équipements et les infrastructures d'un tourisme de masse, et l'absence de mobilité des populations locales à l'intérieur même du pays.

En Lybie, on ne se déplace pas ou très peu d'une région à l'autre. Il convient donc :

- d'abord de mettre en valeur, par les autorités locales, un patrimoine touristique, fondement d'un développement durable,

(*) أستاذ القانون العام بجامعة تور بفرنسا.

- ensuite de créer les conditions d'une mobilité durable pour les nationaux libyens sur leur propre territoire,
- enfin d'offrir ces produits touristiques à une demande internationale respectueuse des modes de déplacements durables.

L'aménagement de quelques sites culturels et naturels, classés par l'UNESCO illustrent déjà des préoccupations liées au développement durable, ainsi qu'à des modes de déplacement respectueux des traditions locales.

D. BOUTET
M. TWATI

PLAN

LA MISE EN VALEUR DU PATRIMOINE TOURISTIQUE LOCAL EN LIBYE

- A- Le rôle des autorités locales
- B- La mise en œuvre d'un projet touristique participatif

CREER LES CONDITIONS D'UNE MOBILITE DURABLE

- A- Les modes traditionnels de déplacement en Lybie
- B- La sécurisation des infrastructures

LA PROMOTION A L'INTERNATIONAL DE LA MOBILITE DURABLE

- A- En zone littorale, l'exemple de Shahat (Cyrène)
- B- En zone désertique, la ville de Ghadamès

Didier Boutet- Université de Tours (France) UMR-CITERES 7324

Mahfod Twati - Université d'Al-Alasmariya - Zliten (Libye)

LA MISE EN VALEUR DU PATRIMOINE TOURISTIQUE LOCAL EN LIBYE

A- Le rôle des autorités locales

On ne saurait parler d'un rôle important des pouvoirs locaux au cours des quarante années du régime de Kadhafi, et ce pour deux raisons : d'une part, l'organisation des pouvoirs n'a connu aucune stabilité durant cette période, d'autre part le tourisme n'a pas pris de place prépondérante dans la vie publique libyenne, les projets de développement du tourisme étant à la main du pouvoir central. En effet, la loi n°7 de 2004 a accordé au ministère du Tourisme la compétence de planifier et mettre en œuvre les éventuels projets de développement ; c'est ainsi que l'article 4 de la loi ciblée précise que « *les stratégies de développement concernant les sites touristiques seront élaborées et mises en œuvre par le ministère du Tourisme ou l'Organisme central du tourisme* ». Cela a entraîné, il nous semble, des conséquences en chaîne, dont la première est l'incapacité des agents locaux à participer à la mise en place des projets de tourisme, ce qui a entraîné la diminution du nombre de touristes, injustifiée au regard de la richesse touristique du pays, ainsi que l'absence de personnels d'encadrement et d'équipements d'attraction touristique¹.

Mais suite à la Révolution de 2011, la Libye envisage une décentralisation des compétences dans les différents domaines publics, accroissant par là même le rôle des populations locales. Les conseils locaux formés dans les villes libyennes après la chute du régime de Kadhafi se sont vu confier la charge des affaires locales, c'est pourquoi on constate aujourd'hui chez ces conseils, une attribution de compétences

(1) Pour en savoir plus voir notre article le projet,

larges en ce qui concerne les projets touristiques. Cela a été stipulé par la loi de l'administration locale N°59 de 2012, dont l'article 25 dispose que *« les municipalités, dans leurs limites administratives, sont chargées de l'exécution des règlements municipaux, ainsi que de la création des établissements publics relatifs à la planification urbaine et aux établissements sanitaires, sociaux, infrastructures d'eau, électricité, etc. ainsi que de délivrer les autorisations pour les projets touristiques et les projets d'investissements. »*

Se basant sur ce fait, plusieurs festivals ont été organisés dans les villes libyennes, festivals que l'on peut qualifier de « locaux », car organisés par des ONG et les conseils locaux. Il apparaît donc ici clairement la nécessité de mettre en œuvre un projet touristique participatif.

B- La mise en œuvre d'un projet touristique participatif

La Libye est un pays très vaste et très riche par les sites patrimoniaux et naturels présents sur son territoire. On observe également une grande diversité sociale et ethnique qui constitue une richesse culturelle, à savoir que la société libyenne se compose de différentes tribus et ethnies (Arabes, Berbères, Toirequ et Tabous). En composant avec toutes ces richesses, il nous semble possible de mettre en œuvre un projet touristique participatif, se fondant sur les points suivants :

- 1- L'octroi aux autorités locales de compétences considérables en ce qui concerne les affaires locales et touristiques ; cela devra être précisée par la future constitution, car cette décentralisation permettrait aux autorités locales de fournir des lignes directrices aux projets de développement touristique plus claires que celle des autorités centrales. Elles sont en effet plus à même de cerner les besoins de la population

locale, ainsi que décomposer en fonction des cultures et ethnies présentes sur le territoire concerné.

- 2- La formation d'ONG et de syndicats qui peuvent garantir la participation de la société civile à la protection des sites de richesse touristique.
- 3- La possibilité laissée à la population locale d'organiser des activités touristiques, comme des festivals culturels et des festivals d'artisanats traditionnels, qui devraient être organisés chaque année afin de présenter, préserver et valoriser la culture variée de la société libyenne. De fait, il existait déjà, avant la Révolution, des activités touristiques mais qui n'étaient pas pertinentes pour alimenter et accroître l'attraction touristique de la Libye. Ce constat peut être selon nous expliqué par deux raisons : d'une part, la plupart de ces activités était organisée par le pouvoir central, généralement sans la participation des autorités locales. Dans les cas où ces dernières pouvaient intervenir, elles devaient se cantonner à la mise en œuvre des désirs des autorités centrales, en conséquence de quoi ces activités présentaient toujours un caractère politique. D'autre part, à cause de l'omniprésence de la mainmise politique, certaines cultures présentes en Libye ne pouvaient être présentées car interdites par le régime, comme la culture des Berbères. C'est pourquoi nous estimons que pour réaliser un projet touristique participatif, il faut accorder à la population locale la liberté d'organiser ces activités touristiques par le biais des autorités et associations locales. Ce point ne saurait être concrétisé sans une disposition claire de la future constitution qui doit consacrer le principe de **respect de la diversité sociale inhérente à la société libyenne**.

CREER LES CONDITIONS D'UNE MOBILITE DURABLE

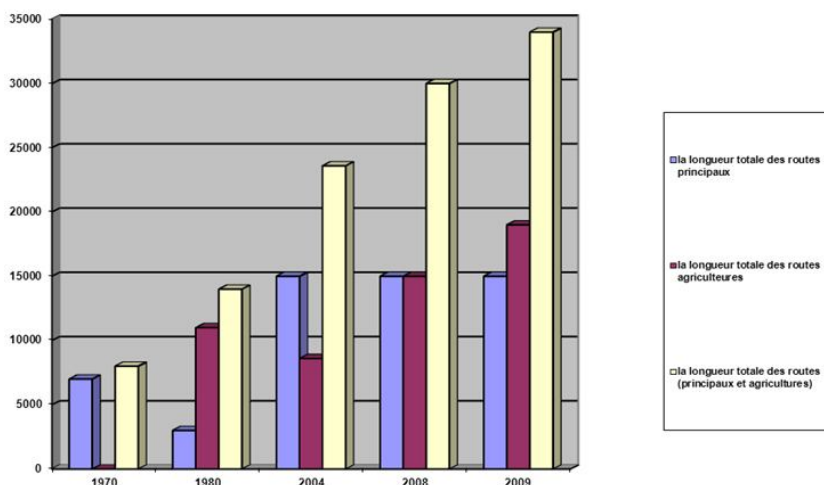
A- Les modes traditionnels de déplacement en Libye

Malgré la grande superficie du territoire libyen qui est de 1, 759,540 km², on n'y constate seulement deux moyens de déplacement entre les différentes villes, à savoir les voitures et les avions. En effet, la voiture est le moyen le plus utilisé en Libye par les Libyens et les étrangers, surtout pour les petites et moyennes distances, car elle leur permet de se déplacer plus librement entre les villes, notamment avant la Révolution libyenne de 2011, et ce pour les raisons suivantes :

- L'absence d'autres moyens de transport comme les chemins de fer, dont le pays est totalement dénué depuis 1965.
- Le manque de transports maritimes et de ports de plaisance pouvant accueillir les touristes, car la plupart des ports a été constituée pour des objectifs commerciaux et pétroliers.
- Le manque d'aéroports nationaux et internationaux ; en effet, la Libye ne dispose d'aucune infrastructure de la sorte ni d'aucun avion capable d'accueillir d'un grand nombre de voyageurs.

Pour ces raisons, la majorité des voyageurs se déplace par la route en voiture et en car public. Le pays présente ainsi plus de 34000 km de routes, dont plus de 15000 concernent des axes principaux et 18000 sont des routes agricoles (voir le tableau suivant).

Les longueurs des routes (en km) en Libye 1970-2009



Source : la Direction des routes et des transports (http://www.raba.ly/about_us.php)

Le tableau suivant nous montre le nombre de véhicules en fonction de leur type

Type de véhicule	Libyens	Etrangers	Total
Moto	730	54	784
Voiture privée	1287309	56113	1343422
Véhicule de transport	334134	10965	345099
Voiture de location	72827	0	72827
	1695600	67132	1762132

Source: l'Administration générale des trafics et des autorisations (2008)

Selon une étude prudente de ces chiffres en fonction du nombre d'habitants en Libye, nous constatons que chaque famille possède en moyenne 2 véhicules (quel que soit le type), à savoir que le nombre des familles libyennes et étrangères qui résident en Libye à cette époque est de 981 190, et que le nombre moyen de personnes dans une famille est de

6. On en conclut donc que chaque groupe de trois personnes détient un véhicule en Libye.

Il s'agit ici de la situation des déplacements en Libye avant la Révolution de 2011, mais depuis cet événement, les modes de déplacement ne se fondent pas seulement sur les voitures et les bus, surtout entre les villes éloignées, car la majorité des compagnies aériennes commence à organiser des voyages entre toutes les villes dotées d'un aéroport. Cela peut s'expliquer par trois raisons, la première est la diminution du nombre de voyages internationaux après la Révolution, la deuxième est ce que l'on appelle « le phénomène des villes-Etats », à savoir qu'après la chute de l'ancien régime, chaque ville a voulu devenir une ville principale dotée de tous les équipements et infrastructures à l'image d'une capitale ; c'est pourquoi tous les aéroports présents dans le pays commencent à recevoir des avions civils, même s'il s'agissait à l'origine des aéroports militaires. La troisième raison est l'insécurité inhérente aux voyages via la route ; en effet, non seulement le nombre d'accidents sur les routes est considérable, mais aussi la situation sécuritaire en Libye n'est pas stable à cause de la présence de milices (Katiba). Notons que plusieurs cas de disparitions de personnes ont été enregistrés ainsi que des vols et braquages sur les routes, surtout les routes éloignées des villes, ce qui oblige les Libyens à voyager par avion plus qu'avant. C'est pour cette dernière raison que nous estimons impératif de sécuriser les infrastructures de déplacement pour que la Libye puisse accueillir plus de touristes dans les prochaines années.

Le nombre de voyages intérieurs et de voyageurs à l'intérieur de la Libye par avion en 2010

Mois	Nombre de voyages	Nombre de voyageurs
Janvier	504	32797
Février	493	27357
Mars	554	29553
Avril	558	29068
Mai	575	29004
Juin	567	30391
Juillet	533	30941
Août	558	26575
Septembre	517	27545
Octobre	487	27379
Novembre	464	25284
Décembre	507	27182
Nombre total pour 2010	6317	343076

Le nombre de voyages intérieurs et de voyageurs à l'intérieur de la Libye par avion en 2012

Mois	Nombre de voyages	Nombre de voyageurs
Janvier	150	12803
Février	154	12697
Mars	188	14911
Avril	144	9495
Mai	165	10956
Juin	180	10810
Juillet	234	14946
Août	245	14941
Septembre	270	18213
Octobre	307	19692
Novembre	61	3930
Décembre	330	21496
Nombre total pour 2012	2428	164890

Une comparaison rapide de ces informations nous montre que le nombre moyen de voyageurs pour l'année 2012 a augmenté par rapport au nombre de voyages, à savoir que presque tous les voyageurs en 2012 étaient des Libyens, et que le nombre de voyages a diminué à cause de la situation tendue dans le pays. En effet, des aéroports ont été fermés à cause des milices ou bombardements par l'UTON, des voyages ont donc été annulés à cause de la situation grave en Libye surtout aux premiers mois de cette année. Cependant, en 2010, on dénombrait dans le pays plus de neuf cent mille touristes, un résultat qui apparaît clairement dans les tableaux suivants:

**Le nombre de voyages intérieurs et de voyageurs vers et de Tripoli
(du 01-01-2010 au 31-12-2010)**

De	Vers	Nombre de voyages	Places disponibles	Nombre de voyageurs
Benghazi	Tripoli	1045	131541	84062
Ou Bari	Tripoli	13	598	531
Syrte	Tripoli	514	24284	12481
Labrag (Albayda)	Tripoli	112	8343	5655
Ghadamès	Tripoli	127	5887	2520
Sebha	Tripoli	584	48705	32766
Tripoli	Benghazi	1041	132137	73584
Tripoli	Ghatt	104	7452	4316
Tripoli	Labrag (Albayda)	170	12943	7574
Tripoli	Ou Bari	77	3679	2066
Tripoli	Sebha	792	69967	42855
Tripoli	Syrte	516	25501	11400
Tripoli	Tobrouk	39	2990	1224
Tripoli	Hunne	29	1363	131
Tripoli	Ghadamès	128	5995	2461
Nombre total		5291	481707	283742

**Le nombre de voyages intérieurs et de voyageurs vers et de Tripoli
(du 01-01-2012 au 31-12-2012)**

De	Vers	Nombre de voyages	Places disponibles	Nombre de voyageurs
Labrag (Albayda)	Tripoli	12	979	753
Ghadamès	Tripoli	8	592	388
Sebha	Tripoli	376	39089	26802
Tripoli	Alkoufra	1	75	72
Tripoli	Benghazi	1214	150678	86468
Tripoli	Ghatt	68	5890	2928
Tripoli	Labrag (Albayda)	60	5053	2939
Tripoli	Ou Bari	70	6027	3861
Tripoli	Sebha	390	41740	24456
Tripoli	Syrte	1	75	74
Tripoli	Tobrouk	14	1129	751
Tripoli	Ghadamès	98	8224	5108
Nombre total		2300	258572	153847

Source : la Compagnie aérienne libyenne de Tripoli

A- Sécurisation des infrastructures

Malgré l'importance des voitures comme moyen de locomotion, nous remarquons un nombre élevé d'accidents en Libye, qui est dû à plusieurs raisons :

- L'inexistence de bonnes infrastructures comme les routes et les ponts, à savoir que la Libye n'a jamais connu de vrai aménagement du territoire, d'autant que l'élaboration des planifications urbaines est interrompue depuis 1980.
- L'inefficacité des systèmes de sécurité sur les routes. Il n'existe, de fait, aucun radar dans le pays, ni de policiers bien formés à la sécurité

routière. Cela génère des excès de vitesse fréquents au-delà de 140 km/h, ce qui entraîne l'augmentation du nombre d'accidents.

- L'absence d'infrastructures routières comme les panneaux et signaux, conséquence inévitable du manque de projets de développement depuis plus de quarante ans.

En effet, les chiffres publiés par les autorités libyennes, montrent que la Libye occupe une des premières positions dans le monde en ce qui concerne le nombre d'accidents, avec plus de 6 morts par jour pour cause d'accident. Le nombre de morts pour 1000 personnes est supérieur en Libye à des pays comme la Grande-Bretagne et les États-Unis, comme le révèle une comparaison entre ces différents pays :

- Grande-Bretagne : 5,4 morts pour 1000 chaque année
- États-Unis : 13 morts pour 1000 chaque année
- Libye : 41 morts pour 1000 chaque année
- La moyenne internationale annuelle est de 19 morts pour 1000¹

Ces nombres élevés apparaissent également très clairement dans les statistiques et chiffres publiés concernant le nombre d'accidents.

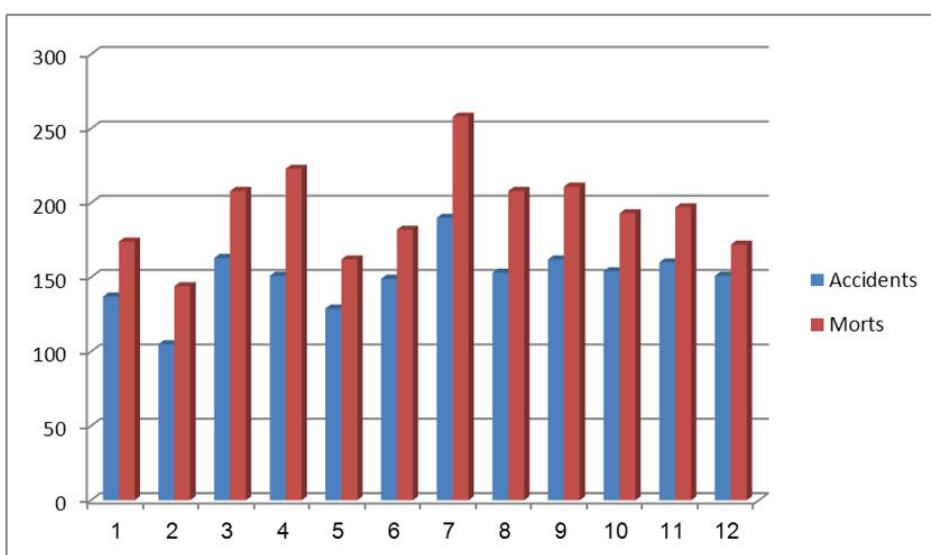
Table 1: le nombre d'accidents par mois en 2008

Mois	Morts		Blessés graves		Blessés légers		Total	
	Accidents	Personnes	Accidents	Personnes	Accidents	Personnes	Accidents	Personnes
1	137	174	334	535	267	634	738	967
2	105	144	270	451	232	476	607	693
3	163	208	408	670	289	658	860	1198
4	151	223	366	578	293	647	810	1120
5	129	162	328	491	321	630	778	947
6	149	182	297	471	286	609	732	890
7	190	258	379	712	321	776	890	1383
8	153	208	310	553	279	606	742	1014

¹ Les accidents sur les routes en Libye – la guerre non déclarée – HUIJE Nori, http://www.alwatan-libya.com/mobile_more.php?newsid=24686&catid=22, le 17 octobre 2012

Mois	Morts		Blessés graves		Blessés légers		Total	
9	162	211	271	458	209	496	642	849
10	154	193	315	497	277	586	746	892
11	160	197	324	504	284	592	786	925
12	151	172	318	504	282	591	751	909
Total	1804	2332	3938	6424	3340	7301	9082	11787

Figure 2 : le nombre d'accidents et de morts en 2008



En outre, ces chiffres ne s'arrêtent pas là : le nombre d'accidents et de décès accidentels augmentent année après année. Ainsi, nous sommes passés de 9082 accidents en 2008 à 15655 en 2010, des accidents qui ont entraîné plus de 2499 décès, soit davantage qu'en 2009 où on a relevé 2301 cas.

Ce phénomène grave s'est accru après la Révolution, car nous constatons que le nombre d'accidents est moindre que les années précédentes, mais le nombre de morts est plus élevé. En 2012, on a enregistré plus de 2122 accidents entraînant 2728 morts, et ce dans un pays dont la population ne dépasse pas les sept millions d'âmes, c'est-à-dire que plus de 0,5% des Libyens meurent chaque année dans des accidents de la route. C'est

pourquoi nous pensons que la Libye devrait suivre un plan précis afin de sécuriser ses infrastructures routières, à savoir :

- réparer les routes reliant les différentes villes ;
- mettre en place des moyens de contrôle routiers efficaces comme les radars ainsi que des moyens d'organisation de la circulation ;
- réhabiliter l'institution de la police afin de lutter contre la corruption administrative ;
- mettre en place d'autres moyens d'accéder aux villes libyennes, des moyens plus rapides, plus tranquilles et confortables que les voitures, comme les chemins de fer et les transports maritimes.

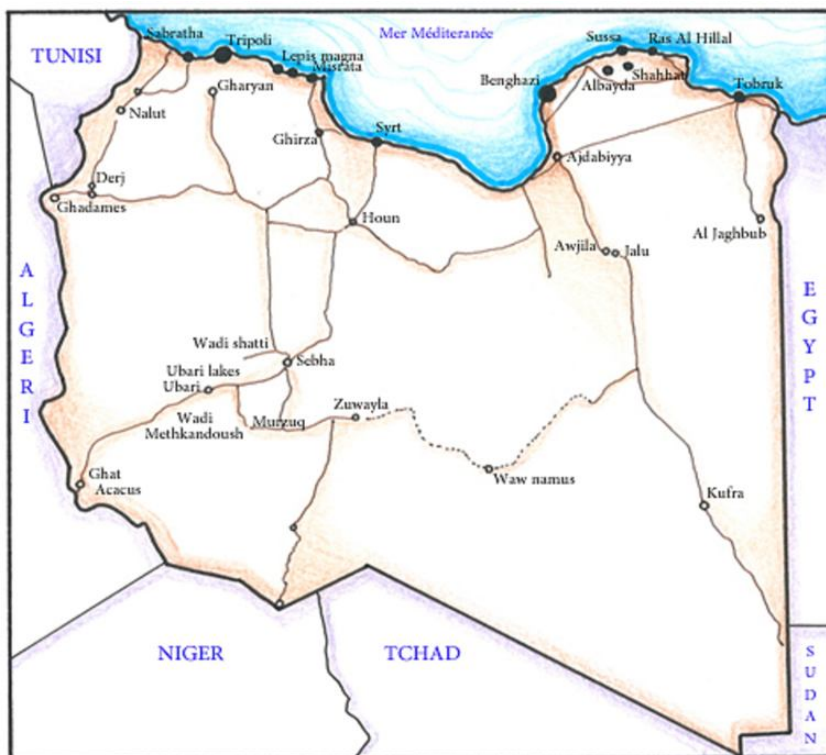
LA PROMOTION À L'INTERNATIONAL DE LA MOBILITÉ DURABLE

A- En zone littorale, l'exemple de Shahat (Cyrène)

Cyrène est une ville libyenne qui se trouve à l'Est du pays, dans la province de Cyrénaïque, à 15 km seulement d'Albayda. On y trouve un vaste et riche patrimoine historique grec, construit en 631 avant Jésus. Cette zone littorale dans la montagne du Djebel Al-Akhtar exerce une certaine attraction touristique sur des milliers de visiteurs chaque année. Cependant, malgré l'importance de ce site touristique, plusieurs difficultés se posent pour pouvoir le visiter, parmi lesquelles l'accès au site pour les touristes. C'est la raison pour laquelle nous estimons que le site stratégique de cette ville peut servir l'avenir touristique, à condition de construire des moyens de transport plus sécurisés et plus rapides qui permettront aux touristes d'économiser du temps.

Or, Cyrène se situe entre les villes d'Albayda, Soussa et Rasse-lehlalle, ces deux dernières étant situées en bord de mer. De ce fait, il serait possible de parvenir à Cyrène par deux moyens : d'une part la voie

aérienne, à savoir qu'il existe déjà un aéroport à Albayda, d'autre part la voie maritime, à savoir que la ville touristique de Rasse-lehlalle est en bord de mer, ainsi qu'à seulement 30 km de Cyrène. De plus, entre ces deux villes, se situe Soussa, qui est elle aussi une ville côtière, située à 12 km à l'Est de Cyrène et à 18 km à l'Ouest de Rasse-lehlalle.



En effet, la voie maritime permettrait de recevoir des touristes de différentes villes libyennes, comme Misurata, Tripoli, Syrte, Darna, Benghazi, Zwara et Khoms où se trouve le site de Leptis Magna sachant que toutes ces villes disposent de ports maritimes. Ainsi, la construction d'un port maritime pourraient relier le Djebel Al-Akhtar à toutes les autres villes côtières et pourrait, en tant que point maritime touristique, établir une coopération touristique avec l'Égypte, de sorte que les touristes

puissent se déplacer des villes égyptiennes au Djebel Al-Akhtar et vice-versa.

B- En zone désertique, la ville de Ghadamès

Ghadamès est une ville libyenne située à l'Ouest du pays dans la province de Tripolitaine, à 600 km de la capitale Tripoli. On y trouve un patrimoine historique (romain, arabe, touareg), expliquant que cette ville soit classée par l'UNESCO comme l'une des villes les plus anciennes du monde. Elle est par ailleurs située aux frontières algérienne et tunisienne, c'est pourquoi il nous semble qu'elle pourrait constituer une ville-carrefour entre ces trois pays. Toutefois, pour réaliser cet objectif, la Libye se doit de fournir des modes de déplacement autres que les voitures, des moyens plus rapides qui permettraient aux voyageurs de se déplacer facilement entre les villes libyennes ainsi que les villes tunisiennes et algériennes. Cela pourra être réalisée par deux biais : d'une part une plus grande exploitation de l'aéroport de Ghadamès par l'augmentation de la flotte d'avions, d'autre part la création d'un chemin de fer reliant cette ville libyenne désertique, réduisant ainsi l'affluence sur les routes et les rendant plus accessibles pour les touristes ; leurs déplacements entre les différentes zones se verraient ainsi facilités, *a fortiori* à l'approche des zones désertiques. Le chemin de fer doit aussi être privilégié pour le transport de marchandises.

ثانياً ، : التعليق على

أحكام الحكمة العليا

**تعليق على حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا
ببطلان قرار المؤتمر الوطني العام رقم 2014/38
بتكليف أحمد معيتيق برئاسة الحكومة**

محمود سلامة الغرياني*

تمهيد

يعد القضاء الدستوري من أهم الضمانات لحسن سير الدولة، ولتنظيم السلطات وفق الضوابط الدستورية المتفق عليها، إلا أن القضاء الدستوري في ليبيا لم يلق الاهتمام التشريعي الكافي به، سواء على المستوى الدستوري أو على المستوى التشريعي العادي، كما أن أداءه ظل بعيداً عن التناول العلمي الذي يستهدف التحليل والتقويم للوصول إلى تحسين الأداء واقتراح الإصلاحات والحلول.

وما إن التحمت المشاكل السياسية في البلاد، حتى اتجهت الأنظار إلى المحكمة العليا في دائرتها الدستورية، على أمل العثور على حل للمشاكل السياسية ذات الإطار القانوني في أغلب الأحيان، إلا أن ذلك كشف عن نقص حاد في تنظيم شؤون القضاء الدستوري.

وقد كان تعرض المحكمة العليا لقرار المؤتمر الوطني العام رقم 38 لسنة 2014م مناسبة مهمة للتعرض لهذا القضاء، وعلى الأخص بالنظر لما وقع فيه هذا الحكم من مواقف مخالفة للنصوص القانونية وللمبادئ المستقرة في العمل القضائي للمحكمة العليا الليبية.

(* عضو هيئة التدريس، كلية القانون، جامعة الزيتونة.)

وهذه الدراسة النقدية للحكم، تسعى إلى التنبيه إلى ضرورة الاهتمام بالدائرة الدستورية ولو كان ذلك مرحليا لأهمية استقرار القضاء الدستوري في استقرار الأداء السياسي في البلاد.

مبادئ عامة يجب الانطلاق منها:

- القضاء محترم وهو سلطة الفصل بين الخصوم.
- احترام القضاء يعني وجوب تنفيذ أحكامه فوراً ولا يعني عدم انتقادها من الأوجه القانونية المختلفة سعياً وراء إمكانية الطعن عليها أو التخفيف من آثارها.
- الاختصاص الدستوري للمحكمة العليا غير منصوص عليه في الإعلان الدستوري، لكنه يستند على المادة 23 من قانون المحكمة العليا.
- المعيار الذي سنناقش به حكم المحكمة العليا هو المعيار القانوني وليس المعيار السياسي، لأن المعيار السياسي لا يمكن أن يتجاوز القانوني وإلا كان افتتاتاً على السلطة المختصة بالعملية السياسية، مع التسليم بأن في الحكم الدستوري أثراً سياسياً واقعياً، ولكن تقييم الأعمال القضائية ليس بالنتائج بل بالحفاظ على الحقوق والالتزام بالقانون.

نناقش في هذه الورقة موضوعين:

أولاً: جوانب عدم قانونية الحكم⁽¹⁾.

ثانياً: الآثار القانونية لحجية حكم المحكمة العليا في الشق الدستوري.

ثالثاً: أسباب القول بمخالفة الحكم لصريح القانون

(1) سيقصر التنبيه في هذا البحث على المطاعن غير المتعلقة بتشكيلة الدائرة الدستورية التي أصدرت الحكم، حيث ضمننتها بحثاً آخر بعنوان ((تشكيل الدائرة الدستورية في ليبيا من خلال المطاعن على التشكيلة التي أصدرت الحكم في الطعن الدستوري 11 لسنة 61 ق)).

السبب الأول:

عدم توفر صفة التشريع في القرار المطعون ضده

يشترط لقبول طعن أصلي أمام الدائرة الدستورية أن يكون الطعن مرفوعاً في تشريع يكون مخالفاً للدستور، وهذا الاشتراط وقعت مخالفته بقبول الطعن المقدم ضد القرار 38، لأن قرار تعيين رئيس الحكومة ليس تشريعاً بل هو قرار يتخذه المؤتمر بصفته السيادية.

الفارق بين التشريع والقرار:

القرار هو عمل قانوني يصدر من جهة مختصة يتم فيه تقرير أحكام لحالة معينة أو لشخص معين ولا يكون فيه صفة العمومية والتجريد، وهو قد يكون قراراً إدارياً أو سياسياً سيادياً، أو قضائياً. والتشريع هو ما يصدر تنظيمياً لمسألة معينة وتكون نصوصه متسمة بالعمومية والتجريد، والتشريع قد يكون دستوراً أو قانوناً أو لائحة⁽¹⁾.

أعمال المؤتمر الوطني العام:

• يقوم المؤتمر الوطني العام بنوعين أساسيين من الأعمال: الأول التشريع، وهو إصدار قواعد عامة مجردة تسري على حالات موصوفة وليست محددة. والثاني ممارسة السيادة عن طريق إصدار قرارات، ويتمثل ذلك في تعيين الحكومة، وتعيين رؤساء المناصب السيادية إلخ... كما أنه قد يقوم بإصدار القرارات المنظمة لشؤونه الداخلية.

• نص الإعلان الدستوري في المادة 17 على أن المؤتمر الوطني العام (أعلى سلطة في الدولة الليبية، ويباشر أعمال السيادة العليا، بما في ذلك التشريع ووضع السياسة العامة للدولة)⁽²⁾، كما نص النظام الداخلي للمؤتمر الوطني

(1) هذا المعنى من الأسس التي يقوم عليها علم القانون. انظر على سبيل المثال: تتاغو، سمير عبد السيد: النظرية العامة للقانون. منشأة المعارف بالإسكندرية. 1986م، ص 293 وما بعدها.

(2) الإعلان الدستوري، منشور في الجريدة الرسمية: العدد 1 السنة الأولى، بتاريخ 2012/2/9م.

العام في المادة (1) على أن (المؤتمر الوطني العام هو أعلى سلطة في الدولة الليبية، ويباشر أعمال السيادة العليا بما في ذلك التشريع والرقابة ووضع السياسة العامة للدولة، وهو الممثل الشرعي الوحيد للشعب الليبي)⁽¹⁾.

- من أعمال السيادة العليا التي يباشرها المؤتمر ولا تسمى تشريعات القرارات التي يصدرها بتكليف رؤساء المناصب العليا والسيادية كالوزراء والسفراء ورؤساء الهيئات. وعلى ذلك فإن قرار المؤتمر بتكليف أحمد معيتيق رئيساً للحكومة ليس تشريعاً ولكنه عمل سياسي من أعمال السيادة العليا.
- استقر الفقه الدستوري على أن الأعمال البرلمانية تتكون من التشريعات والقرارات السياسية، إضافة إلى الاختصاصات المالية، وأن أغلب دول العالم في قوانين محاكمها الدستورية تقصر اختصاص هذه المحاكم على مطابقة النصوص القانونية للدستور، ولا تدخلها في الطعون على القرارات السياسية⁽²⁾.
- ومصداقاً لذلك فقد ورد في حكم للقضاء الإداري (مجلس الدولة) في مصر صادر بتاريخ 2012/10/24م: "الأعمال البرلمانية لم تخضع يوماً لرقابة أي جهة قضائية في مصر ولم يتضمن تاريخ التشريع في مصر إسناد أية رقابة على الأعمال البرلمانية إلى إحدى جهات القضاء بما في ذلك المحكمة الدستورية"⁽³⁾.

(1) النظام الداخلي للمؤتمر الوطني العام الصادر بقرار المؤتمر الوطني العام رقم 62 لسنة 2013م بشأن اعتماد تعديل النظام الداخلي للمؤتمر الوطني العام.

(2) سامي جمال الدين: النظم السياسية والقانون الدستوري 2005م، ص 505، 507، 514.

(3) حكم محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة المصري الصادر بالجلسة المنعقدة علناً في 2012/10/23م في الدعوى 45931 لسنة 66 ق بإحالة القانون رقم 79 لسنة 2012م الخاص بمعايير انتخاب الجمعية التأسيسية إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مسألة دستوريته. الحكم منشور في:

• اختصاص المحكمة العليا الليبية في نظر الطعون الدستورية الأصلية محصور في حالة واحدة هي عدم دستورية التشريع، وقرار تعيين رئيس للحكومة ليس تشريعاً.

النصوص القانونية المنظمة للاختصاص الدستوري:

تنص المادة 23 من قانون المحكمة العليا على أنه: ((تختص المحكمة العليا دون غيرها منعقدة بدوائرها المجتمعة برئاسة رئيسها أو من يقوم مقامه بالفصل في المسائل الآتية:

أولاً: الطعون التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية مباشرة في أي تشريع يكون مخالفاً للدستور.

ثانياً: أية مسألة قانونية جوهرية تتعلق بالدستور أو بتفسيره تثار في قضية منظورة أمام أية محكمة)).

وقالت المحكمة العليا في الحكم الصادر عنها في الاختصاص الدستوري 1998/10/25م: ((إن اختصاص المحكمة العليا بالفصل في المسائل الدستورية قد حددته المادة 23 من القانون رقم 6 لسنة 1998م بإعادة تنظيم المحكمة العليا بالقانون رقم 17 لسنة 1423هـ والذي يستفاد منه - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن اختصاص المحكمة العليا بالفصل في المسائل المحددة بالنص المذكور ينعقد إما بوجود تشريع مخالف للدستور أو إثارة مسألة قانونية تتعلق بالدستور في قضية منظورة))⁽¹⁾.

• يتضح جلياً من هذه النصوص تمييز القانون بين الطعن في تشريع يكون مخالفاً للدستور، وبين الفصل في مسألة تتعلق بالدستور أو بتفسيره، حيث أجاز الطعن المباشر في الأولى دون الثانية.

(1) الطعن رقم 89 لسنة 42 ق.

النتيجة:

- قرار تكليف شخص برئاسة الحكومة ليس تشريعاً، ونص القرار لا يخالف الدستور.
 - المحكمة العليا غير مختصة بالنظر في مخالفة القرار 2014/38 للإجراءات المشروطة في الدستور إلا إذا أثير الطعن أمام محكمة الموضوع فتقوم بإحالته إلى المحكمة العليا في دائرتها الدستورية، أي أن النص الواجب التطبيق الفقرة ثانياً من المادة 23 وليس الفقرة أولاً من نفس المادة.
 - النظر في الطعن بعدم دستورية قرار 38 خارج عن ولاية المحكمة العليا إلا عن طريق الطعن الفرعي.
- رد المحكمة العليا على هذا الدفع:**

كان مما دفع به المطعون ضدهم هذا الدفع، وأجابت المحكمة على ذلك بقولها: (وحيث إن هذا الدفع غير سديد، ذلك أن المادة 23 من القانون رقم 1982/6 بإعادة تنظيم المحكمة العليا تنص في فقرتها الأولى على أن تختص المحكمة العليا دون غيرها منعقدة بدوائرها المجتمعة بالفصل في الطعون التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية مباشرة في أي تشريع يكون مخالفاً للدستور، وبموجب هذا النص فإنه يتعين على هذه المحكمة أن تتصدى للفصل فيما يدخل في اختصاصها من المسائل الدستورية، بحيث يكون تصديها لهذه المسائل لازماً بقدر اتصالها بالنزاع الموضوعي، وفي حدود ما هو مطروح عليها من وقائع؛ لما كان ذلك وكان من بين ما تضمنته أسباب الطعن النعي على القرار المطعون فيه بأنه جاء مخالفاً للتعديل الذي تم للإعلان الدستوري وأصبح بموجبه يلزم له الحصول على 120 صوتاً من أعضاء المؤتمر الوطني العام فإن مؤدى ذلك انعقاد الاختصاص لهذه المحكمة بنظر الطعن)⁽¹⁾.

(1) حكم المحكمة العليا في الطعن 61/11 ق الصادر في الجلسة المنعقدة علناً بتاريخ 9 يونيو 2014م. صورة طبق الأصل.

ويمكن أن نلاحظ على جواب المحكمة العليا على الدفع ما يلي:

• لم يتعرض الجواب لجوهر الدفع وهو كون القرار ليس تشريعاً كما اشترطه النص.

• الجواب الوارد على الدفع يكاد يكون تقريراً للحكم الثابت في الفقرة ثانياً من المادة 23 دون نقاش للحيثية الواردة بالدفع.

• عبارة (يكون تصديها لهذه المسائل لازماً بقدر اتصالها بالنزاع الموضوعي، وفي حدود ما هو مطروح عليها من وقائع) هي عبارة تؤكد الدفع ولا ترده، ذلك أن هذه العبارة تتعلق بتفسير الاختصاص الوارد في الفقرة ثانياً من المادة 23 ونصها: ((ثانياً: أية مسألة قانونية جوهرية تتعلق بالدستور أو بتفسيره تثار في قضية منظورة أمام أية محكمة))، فكيف تختص المحكمة بنظر هذا الطعن قبل أن يتم النظر في النزاع الموضوعي، وكيف يجوز للمحكمة العليا وهي محكمة قانون وكذلك دائرتها الدستورية وهي محكمة قانون أن تتصل لأول مرة بالنزاع الموضوعي وتعرض للوقائع بالنظر ثم تبني على نظرها وحدها في الوقائع أحكاماً دستورية.

• لم تقم المحكمة ببيان الفرق بين الاختصاص المعطى لها في الفقرة ثانياً والاختصاص المعطى لها في الفقرة أولاً لتؤصل بعد ذلك موقفاً قانونياً واضحاً منسجماً مع الفروقات التي أقرها القانون بين الاختصاصين.

• إن الجواب على الدفع يفهم منه أن المحكمة تعرضت للمسألة الدستورية بعد أن أحيلت إليها من محكمة موضوع كما هو مقرر في الفقرة ثانياً، وهذا غير منسجم مع الواقع.

وبناء على ذلك فإن الدفع (حسب رأيي) ما يزال قائماً دون تنفيذ قانوني

صحيح منسجم مع أحكام القانون.

السبب الثاني:

عدم وجود مخالفة للإعلان الدستوري

على فرض أن القرار 2014/38 تشريع فإنه لم يخالف الإعلان الدستوري، لأن الإعلان الدستوري ينص على أن انتخاب رئيس الحكومة ومنحه الثقة بالأغلبية العادية، وقد أقرت المحكمة بعدم مخالفة القرار للإعلان الدستوري في أي من تعديلاته.

السبب الثالث

استدل الطاعنون بمخالفة التصويت للتعديل الدستوري الذي حدث يوم 2014/3/11م ورفضت المحكمة هذا الطعن مقررّة سلامة الإعلان الدستوري من أي تعديل في مسألة الأغلبية المطلوبة لتعيين رئيس الوزراء، وهذا الحكم كان بإمكانه أن ينهي الطعن الدستوري، إلا أن المحكمة تبرعت باستنتاج دليل لم يدّعه الخصوم لبطان تكليف أحمد معيتيق، وهو واقعة استخرجت من محضر الجلسة، وهي إعلان رئيس الجلسة أن التصويت سيكون على أساس الـ 120 عضواً وأقره على ذلك الحاضرون مما يعني أن المسألة انتقلت من نظام الأغلبية العادية إلى نظام الأغلبية الموصوفة، على أساس ما يجيزه الإعلان الدستوري من اتفاق على نقل التصويت العادي إلى التصويت الموصوف، وهو ما نصت عليه الفقرة 8 من المادة 30 من الإعلان الدستوري بقولها (عضو المؤتمر أن يقترح إخضاع التصويت على مسألة قيد البحث إلى أغلبية المائة والعشرين عضواً، ولا يطرح الاقتراح على التصويت إلا بعد حصوله على تأييد خمسة أعضاء، ويتخذ قرار إخضاع التصويت إلى هذه الأغلبية بالأغلبية المطلقة للحاضرين)⁽¹⁾.

وقد جانب المحكمة الصواب في هذا الاستدلال وفي البناء عليه، لأوجه

عديدة:

(1) هذه الفقرة أضيفت للإعلان الدستوري في التعديل الرابع.

- أخفقت المحكمة في تطبيق نص الفقرة 8 التي ذكرتها بنصها، وهي متضمنة لإجراءات لم يتم تحقيقها، مما يعني بطلان نقل التصويت من الأغلبية العادية إلى الأغلبية الموصوفة، حيث إن الطلب يجب أن يقدم من خمسة أشخاص ويعرض للتصويت بالأغلبية المطلقة للحاضرين، فإذا وافقوا على ذلك انتقلت الأغلبية في المسألة المطروحة، وتخلف هذه الإجراءات يعني أن الأغلبية المطلوبة هي الأغلبية الأصلية.
- قيام المحكمة بالبحث عن بعض الأسانيد الواقعية التي تستند إليها للحكم بصحة انتقال الأغلبية المطلوبة إلى الأغلبية الموصوفة مخالف لطبيعة اختصاص محكمة القانون، حيث إن اعتبار الدليل المادي هو المحضر مسألة موضوع، ولا يمكن للمحكمة أن تتفرد بطرح الدليل الموضوعي وتقويمه دون أن يكون للخصوم حق في إبداء دفوعهم تجاه التكييف الذي قدمته المحكمة⁽¹⁾.

السبب الرابع

حتى لو صح نقل التصويت إلى الأغلبية الموصوفة فإن قرار النقل يظل قرارا ولا يرتقي إلى درجة الدستور، ومخالفة المؤتمر له هي مخالفة منه لقرار أصدره، وليس من الاختصاص القائم للمحكمة العليا حل التعارض بين القرارات الصادرة عن المؤتمر، وإنما أنيط بها فقط حل التعارض بين التشريع والدستور. وطالما أن الحكم عامل قرار 38 بأنه تشريع ثم ذكر أن القرار مخالف للنظام الداخلي وهو تشريع أيضا، فيكون هناك تشريعان من درجة واحدة

(1) انظر حكم المحكمة العليا في الطعن 43/402 ق الصادر بتاريخ 2002/07/20م حيث ورد فيه "... ولا يصح من ثم إثارة أي مطعن عليها لأول مرة أمام هذه المحكمة لما يقتضيه الفصل في صحة الترجمة أو عدمها من تحقيق موضوعي يناه عن وظيفتها كمحكمة قانون".

فإن معارضة القانون لقانون آخر لا تدخل ضمن ما ينطبق عليه وصف الفقرة أولاً من المادة 23 من قانون المحكمة العليا⁽¹⁾.

السبب الخامس

مخالفة النظام الداخلي ليست عيباً دستورياً

يستند الحكم في قراره ببطلان القرار 38 إلى وقوع مخالفات للنظام الداخلي في عملية التصويت، وحيث إن الاختصاص الدستوري ينص على مخالفة التشريع للدستور فهذه المسألة وهي مخالفة قرار المؤتمر لنظامه الداخلي خارج الاختصاص، وكان لزاماً عليها تهذيب الطعن من هذا النوع من المطاعن والاكتفاء بالمطاعن المتعلقة بالدستور، وحيث إنها لم تفعل بل أسست حكمها ببطلان القرار 38 على مخالفة أحكام النظام الداخلي فهذا خروج عن الولاية المرسومة بدقة للمحكمة من خلال القانون.

تأسيس غريب للحجية الدستورية للنظام الداخلي للمؤتمر:

اعتبرت المحكمة أن مخالفة الضوابط التي قررها النظام الداخلي يعد مخالفة دستورية، ونص ما قالتها: ((وحيث إن من بين أهم الاستحقاقات الدستورية التي أسندها الإعلان الدستوري للمؤتمر الوطني العام تعيين الحكومة المؤقتة، فإن قيام المؤتمر بهذا الاستحقاق لا يكون صحيحاً إلا إذا تم وفقاً لما هو مقرر من الإجراءات التي تمهد لحصول هذا الاستحقاق والتي ألزم المؤتمر بها نفسه من خلال إصداره لنظامه الداخلي، بما يجعل خرق تلك الإجراءات أو تجاوزها مخالفة لقاعدة دستورية. وينبغي على ذلك أن ما تضمنه النظام الداخلي للمؤتمر الوطني العام من نصوص أمره بتعيين على المؤتمر الالتزام بها، ولا يسوغ القول بأن قرار تعيين رئيس الحكومة تم وفق الدستور إذا ثبت أن عملية اختياره تمت بالمخالفة لتلك النصوص)). وقال الحكم أيضاً في آخر سطوره (وإذا كان النظام الداخلي للمؤتمر يجد أساسه في الإعلان الدستوري، وصدر

(1) انظر في قيام القضاء الدستوري على تدرج مراتب التشريع ومبدأ سمو الدستور: تتاعو،

سمير: مصدر سابق، ص338، سامي جمال الدين: مصدر سابق، ص461.

تطبيقاً لأحكامه، فإن مخالفة القرار المطعون فيه لما تضمنه ذلك النظام في هذا المقام يصمه بعدم الدستورية).

وتوضيحا لخطأ هذا التأسيس وخطورته وآثاره يجب توضيح الآتي:

- يترتب على هذا التأسيس إهدار قيمة علوية قواعد الدستور على قواعد القانون العادي، والتي تعرف بجمود الدستور بالنسبة للقانون، ويترتب عليه تباعاً أن كل مخالفة قانونية هي مخالفة دستورية⁽¹⁾.
- وأن القرارات الإدارية المخالفة للقانون تصبح كلها قابلة للطعن الدستوري عند الدائرة الدستورية، لأن ما وضعته السلطة التشريعية للالتزام به لا يمكن القول لمخالفه إنه يوافق الدستور!!
- الفكرة البسيطة التي تخالفها المحكمة العليا هي عدم الطعن على القانون بقانون مثله، استناداً لقاعدة إمكانية النسخ وأن اللاحق يلغي السابق ويقيده إذا كان بنفس الدرجة والقوة⁽²⁾.
- النظام الداخلي ليس دستوراً وقد نص هو نفسه على أنه في قوة القانون⁽³⁾، وحتى لو سمي دستوراً فما دامت نصوصه قد أقرت بالأغلبية اللازمة للتشريعات وليس للنصوص الدستورية فلا يصح اعتبارها دستوراً بالمعنى الصحيح للكلمة.

(1) ينظر في تأسيس الرقابة على دستورية القوانين على فكرة الدساتير الجامدة: سامي جمال الدين: النظم السياسية والقانون الدستوري. منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005م. ص471، عبدالله، د. عبد الغني بسيوني: المبادئ العامة للقانون الدستوري، منشورات الدار الجامعية، 1985م، ص182-186. تناغو: المصدر السابق، ص308.

(2) انظر نص المادة الثانية من القانون المدني الليبي، تناغو، سمير: مصدر سابق، ص414.

(3) انظر المادة 167 من النظام الداخلي.

السبب السادس:

لم تقع مخالفة للنظام الداخلي

مع كل ما قيل فإن هناك طرفاً آخر يرى سلامة الإجراءات المتبعة للتصويت والانتخاب، وهو طرف ذو مصلحة حقيقية في إثبات وجهة نظره والدفاع عنها، ولديه دافع يرى أنها جوهرية كان يتوجب تقييمها والفصل في سلامتها إذا رأت المحكمة اختصاصها بالمطاعن في موافقة القرار للنظام الداخلي، وهو ما لم يحصل على الرغم من ورود إشارات باطلاع نيابة النقض على تلك الدفوع في تقريرها المقدم إلى الدائرة الدستورية⁽¹⁾.

السبب السابع:

وجود مخالفات تمس حقوق المطعون ضدهم

- 1 – هذا الطعن رغم تعقيده من أقصر الطعون الدستورية مدة، فقد تم رفع الطعن يوم 15 مايو 2014م وعقدت الجلسة الأولى يوم الخميس 5 يونيو 2014م وحجزت للحكم في تلك الجلسة وصدر الحكم يوم 9 يونيو 2014م.
- 2 – مخالفة في احترام المدد المفترضة:

المدد القانونية للمذكرات بين الطاعنين والمطعون ضدهم كالتالي: 30 يوماً للمطعون ضدهم، 15 يوماً للطاعنين، ثم 15 يوماً للمطعون ضدهم، ثم يعرض الملف على رئيس المحكمة العليا ليحيله لنيابة النقض ويعطيها ميعاداً، ثم يعين الرئيس مقرراً من بين أعضاء الدائرة ويحيل عليه الملف ليضع تقريراً

(1) يذكر تقرير نيابة النقض بشكل صريح في الصفحة 11 (...) والذي لا شك أنه ليس شرطاً وقتياً لمعالجة أزمة عابرة كما يدعي السيد رئيس اللجنة الدستورية والقانونية بالمؤتمر الوطني....)، وكان يتوجب عدم الرد على شخص بذاته بدون إدخاله في الخصومة، وكان يتوجب على المحكمة الالتفات إلى هذه الإشارة من تلقاء نفسها واتخاذ الموقف الصحيح تجاهها، خاصة وأنه لم ترد هذه الوثيقة ضمن والمستندات التي سردها نيابة النقض في بداية تقريرها. انظر تقرير نيابة النقض، صورة ضوئية طبق الأصل.

عاما ثم يحدد قلم الكتاب موعد للجلسة بعد 15 يوما على الأقل من يوم التحديد⁽¹⁾.

3 – تقرير نيابة النقض سلم يوم 3 يونيو 2014م وهو اليوم الذي سلمت فيه إدارة القضايا المذكرة بالرد، مما يعني أن تقرير النيابة خلا من وجهة نظر المطعون ضدهم. وهنا سؤال: كيف تم تكليف نيابة النقض بإعداد مذكراتها في حين أن قانون المرافعات في المادة 351 ينص على أن نيابة النقض يرسل إليها ملف الطعن بعد انقضاء المواعيد، وهو مخالفة كذلك للمادتين 15 و16 من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا.

وقد ترتب على إغفال هذه الضمانة القانونية أن نيابة النقض قدمت تقريرها من واقع مذكرة الطاعنين فقط وقالت: " أما الجهة الممثلة للمطعون ضدهم فقد اقتصر دورها على الموافقة على اختصار المواعيد تقديرا للظروف التي تمر بها البلاد والمصلحة العامة ولم تقدم مذكرة رادة برأيها"⁽²⁾، وهذا الكلام يقبل لو أنه قيل بعد مرور المواعيد المعطاة للمطعون ضدهم وهو شهر كامل، أما قبل انتهاء المدة والتأكد من عدم إيداع مذكرة فهذا إخلال واضح يحق للمطعون ضدهم.

4 – إدارة القضايا تنازلت عن المدد في اتفاق مشترك عقده مع محامي الطاعنين وهذا يخالف المادة 20 من قانون المرافعات، ورغم أن المادة 22 من قانون المرافعات أجازت التنازل عن البطان لمن شرع البطان لمصلحته، إلا أن هذا يقتضي أن التنازل عن البطان يكون بعد وقوع الإجراء الباطل وليس جواز الاتفاق على مخالفة أحكام المدد، إضافة إلى أن ما قامت به إدارة القضايا وهي نائبة عن المطعون ضده يعد مخالفا لقانون إدارة القضايا مما يجعل للمطعون ضده حق التصل من إجراءات من ينوب عنه، حيث ينص قانون رقم

(1) يحدد ذلك قانون المحكمة العليا، واللائحة الداخلية للمحكمة العليا.

(2) وهذا التقرير من نيابة النقض يضيف سؤالا آخر حول كيفية اتصال نيابة النقض بوجهة نظر أحد الأطراف التي ذكرها في مقام الاستبعاد والرد.

87 لسنة 1971م بشأن إدارة قضايا الحكومة في المادة (5) على أنه ((لا يجوز إجراء صلح في دعوى تباشرها إدارة قضايا الحكومة إلا بعد أخذ رأيها ولهذه الإدارة أن تقترح على الجهة المختصة الصلح في الدعاوى التي تباشرها)). كما تنص المادة (6) على أنه ((لإدارة قضايا الحكومة أن تبدي رأيها مسبقاً لجهة الإدارة بعدم رفع أو متابعة أي دعوى أو طعن إذا كانت لا تجد فائدة من رفع أو متابعة أيهما، ولا يجوز للجهة الإدارية مخالفة هذا الرأي إلا بقرار من الوزير المختص)).

5 – تمثيل إدارة القضايا للسلطة التشريعية مع كونها تابعة إدارياً للسلطة التنفيذية حسب قانون إنشائها جعلها في هذه الخصومة الواقعة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية ممثلة لطرفين متعارضين المصالح، وقد تمثل ذلك بوضوح بقيام إدارة القضايا بالنيابة عن السيد عبد الله الثني والسيد صلاح المرغني في طعنهما على المؤتمر ورئيس الحكومة المكلف بالقرار 38، المقدم في الطعن رقم 14 لسنة 61ق، ونيابتهما عن رئيس الوزراء المنتخب أحمد معيتيق والمؤتمر الوطني العام في الطعن رقم 11 لسنة 61ق.

6 – مع كل ما سبق فقد كانت هناك ضمانات قانونية أخرى يمكنها تدارك النقص الحاصل الذي أشار له تقرير نيابة النقض وهو تقرير مقرر الجلسة الذي يحق له التحقيق في موضوع الطعن كما نصت على ذلك المادة 17 من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا، ولكن شيئاً من ذلك لم يحدث.

السبب الثامن

بناء أحكام مستقاة من الوقائع دون مناقشة حجج المطعون ضدهم فيها

(1) بنى الحكم قراره على أساس مخالفات في عملية التصويت، أساسها محضر الجلسة، وهذا الدخول في الوقائع وإثباتها واستخلاص المواقف القانونية منها دون منح المطعون ضدهم فرصة تقويم هذه الوقائع والاستنتاجات المنبثقة عنها أمر غير سليم قانوناً ودستورياً. ويؤكد ذلك أن جزءاً من المعلومات الواردة في

استدلالات المحكمة غير صحيحة بشهادة الطاعنين أنفسهم، مثل القول في ص 7 إن النائب الأول كان حاضرا، والجميع يعلم ويسلم أنه أدار الجلسة في أولها ثم خرج مدعيا رفع الجلسة واستأنف النائب الثاني الجلسة في غياب النائب الأول، ومثل هذه الاستدلالات والبناء عليها تخرج من محاكمة نص القانون إلى التعرض لوقائع من حيث ثبوتها ومن حيث تكييفها القانوني وذلك كله بدون الإشارة إلى موقف المطعون ضدهم.

(2) هذه الاستدلالات جميعها حدثت بعد وصول التصويت إلى 113 عضوا، فإذا كان اشتراط أغلبية 120 باطلا بنص الدستور وببطان الاستناد إلى الفقرة 8 في الانتقال إلى الأغلبية الموصوفة فإن هذه النقاط (حتى ولو صحت) تكون في غير موقعها.

(3) هذه النقاط وقائع تم تكييفها دون تمكين الخصوم من الاعتراض على صحتها وعلى صحة الاستنتاج منها وبذلك يكون الحكم منعما لإخلاله بركن الخصومة وهو حق الخصوم في الدفع والرد.

(4) خلو الحكم عن مناقشة دفوع المطعون ضدهم في كيفية استخلاص الأحكام من وقائع الجلسة، واتخاذ المحكمة مواقف من الوقائع واستخلاصها النتائج دون رد على الدفوع يشكل إخلاقا خطيرا بحق الدفاع. وهناك الكثير من الاستنتاجات والاستخلاصات التي لا تتوافق مع صحيح القانون في رأي الخصوم وليست مما يتفرد القاضي باستخلاصه.

(5) كان على المحكمة العليا إذ قبلت النظر أن تبحث عن طريقة لحسم مسائل الواقع بكفالة حقوق الخصوم في المرافعة حولها، حتى يتم الفصل بشكل سليم في الموضوعات التي تتطلب تكييفا للوقائع، وإن استناد المحكمة إلى تكييف وقائع دون فتح الباب للخصوم للمخاصمة في ثبوت الوقائع وفي صحة استنتاج التكييفات التي تم استنتاجها منها هو مساس جوهرى بحق التقاضي.

(6) قبول المحكمة النظر في الطعن على القرار اضطر المحكمة إلى التسليم برواية الطاعنين حول الوقائع المادية التي تشكل المخالفة الإجرائية، وهو ما

يحرم المطعون ضدهم من حق الدفاع عن صحة هذه الوقائع وما حدث فيها، كما اضطر المحكمة إلى القيام ببعض الأعمال الواقعية وليست القانونية وهي النظر في المحاضر والبحث في حدوث واقعة رفع الجلسة وكل ذلك نظر واقعي لا قانوني وهو ما يخرج عن اختصاص المحكمة باعتبارها محكمة قانون لا موضوع ولا وقائع.

(7) هذا الاستناد للمحاضر لإثبات وقائع دليل جازم على أن الخصومة ليست بين تشريع ودستور، بل بين مركز قانوني يفرضه قرار المؤتمر ومركز قانوني آخر يتأثر من قرار المؤتمر، ولو كانت خصومة بين التشريع والدستور ما احتاجت إلى البحث في الوقائع، لأن التشريع لا يتعلق بشخص محدد أما ما يتعلق بأشخاص محددين فلا يمكن أن يكون خصامه لدرجة واحدة لأن ذلك يفقده حصانة مهمة.

وقد نتج عن نظر المحكمة في الطعن لدرجة واحدة فقدان المطعون ضده وهو السيد معيتيق المكلف بتشكيل الحكومة وفقا للقرار 38 لأي طريق من طرق الطعن في الحكم الذي غير مركزه القانوني بشكل مؤثر.

هناك أسباب تفصيلية لا أرى الدخول في ردها بعد حجم الدفوع المقدمة سابقا، إلا أن هناك سببا يستغرب المرء من المحكمة الدستورية إقرار الطاعنين على حجيته، وهو أن القرار وقعه الرئيس وهو لم يحضر الجلسة، ولذلك لم تكن له صفة في إصداره، وفي الحقيقة فإن توقيع القرار يختلف عن إصداره، وليس شرطا للتوقيع على قرار المؤتمر حضور جلسة إصدار القرار، لأن الرئيس لا يصدر القرارات بل يوقعها، والرئيس عند توقيع القرار ليس له علاقة بمضمونه.

السبب التاسع

أعمال السيادة منصوص عليها في القوانين الليبية

أعمال السيادة هي أعمال تقوم بها السلطة التنفيذية في الإدارة العليا للدولة.

أعمال المؤتمر الوطني العام السيادية أقوى من أعمال السلطة التنفيذية في هذا الخصوص وأظهر في تحصينها من التناول القضائي، والتشريع الليبي يعترف بنظرية أعمال السيادة للسلطات الإدارية العليا، فتحصين الأعمال السيادية للجهة التشريعية أظهر من تحصين القرارات السيادية التي تتخذها السلطة التنفيذية. والنصوص القانونية في ذلك:

قانون نظام القضاء المادة (20): (ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة).

قانون المحكمة العليا المادة (26): (لا تختص المحكمة العليا بنظر الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة).

قانون القضاء الإداري مادة (6): (لا تختص دائرة القضاء الإداري بنظر الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة).

وقد سارت على ذلك المحكمة العليا في أحكامها ومن أمثلة ذلك المبدأ الصادر في 1976/3/20م ونصه:

((إنه وان كان المشرع الليبي قد اخذ بمبدأ رقابة القضاء لدستورية القوانين بالنص في المادة 30 من الاعلان الدستوري على ان لكل شخص الحق في الالتجاء الى المحاكم وفقا للقانون وفي المادة 16 من قانون المحكمة العليا على ان لكل ذي مصلحة مباشرة الطعن امام المحكمة العليا في أي تشريع او اجراء او عمل يكون مخالفا للدستور إلا ان هذا الحق ليس مطلقا بل وردت عليه استثناءات منها أعمال السيادة اذ نص المشرع في المادة 19 من قانون نظام القضاء - على انه ليس للمحاكم ان تنظر في اعمال السيادة ونص في المادة 3- 26 من قانون المحكمة العليا على إلا تقبل امام محكمة القضاء الإداري الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بعمل من اعمال السيادة كما نص في المادة 18

من الاعلان الدستوري الصادر في 11/12/1969م على ان مجلس قيادة الثورة هو اعلى سلطة في الجمهورية ويباشر اعمال السيادة العليا والتشريع ووضع السياسة العامة للدولة - نيابة عن الشعب - وله بهذه الصفة ان يتخذ كافة التدابير التي يراها ضرورية لحماية الثورة والنظام القائم عليها وتكون هذه التدابير في صورة اعلانات دستورية او قوانين او اوامر او قرارات ولايجوز الطعن فيما يتخذه مجلس قيادة الثورة من تدابير امام اي جهة. وعلى ذلك فان اعمال السيادة التي يباشرها مجلس قيادة الثورة تخرج عن رقابة القضاء كما تخرج عن هذه الرقابة التدابير التي يتخذها مجلس قيادة الثورة في صورة اعلانات دستورية او قوانين او اوامر او قرارات. والتي يراها ضرورية لحماية الثورة والنظام القائم عليها على انه يشترط لذلك ان يقرر القضاء ان هذه الاعمال لها صفة اعمال السيادة او انها من التدابير التي رآها مجلس قيادة الثورة لازمة لحماية الثورة والنظام القائم عليها)⁽¹⁾.

ومن المعلوم أن نص الإعلان الدستوري الحالي مطابق لنص الإعلان الدستوري المشار إليه في الحكم المنقول نصه، فقد نصت المادة 17 من الإعلان الدستوري الحالي على أن: (المجلس الوطني الانتقالي المؤقت هو أعلى سلطة في الدولة الليبية ويباشر أعمال السيادة العليا بما في ذلك التشريع ووضع السياسة العامة للدولة).

السبب العاشر

أسباب تتعلق بالصفة

1 - إن توجيه الطعن إلى رئيس الوزراء المنتخب بصفته خطأ في الصفة، يترتب عليه عدم صحة تمثيله عن طريق إدارة القضايا التي مثلت الأطراف المتنازعة (المؤتمر، ورئيس الوزراء المنتخب)، والقول ببطلان تمثيل إدارة القضايا لرئيس الوزراء المنتخب ينطلق من كون الإدارة تمثل الدولة ومؤسساتها

(1) انظر حكم المحكمة العليا في الطعن 19/3 الصادر بتاريخ 20/03/1976م.

وليس المسؤولين فيها، وإنه عندما يتم مخاصمة الدولة يتم تمثيل الممثل القانوني للجهة، أما حينما يخاصم المسؤول نفسه ليس باعتباره ممثلاً للحكومة بل باعتباره أخذ منصباً بطريقة يرد عليها طعن قانوني فهو هنا ليس ممثلاً للدولة بل ممثل لشخصه.

2 – إذا كانت إدارة القضايا إدارة ملحقة بوزارة العدل، ((وتتوب إدارة القضايا عن الحكومة والهيئات والمؤسسات العامة فيما يرفع منها أو عليها من دعاوى لدى المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ولدى الجهات الأخرى التي يخولها القانون اختصاصاً قضائياً، وفي غير ذلك من الإجراءات القضائية. ويجوز أن تتوب إدارة قضايا الحكومة عن الشركات أو المنشآت التي تملك الدولة رأس مالها كله أو غالبية وغيرها من الجهات الخاضعة لإدارة الدولة فيما يرفع منها أو عليها من دعاوى وذلك بقرار من وزير العدل يصدر بموافقة الشركة أو المنشأة أو الجهة المذكورة)) [المادة 4 من قانون إدارة القضايا]، فكيف يجوز لها أن تمثل السلطة التشريعية بقوة القانون؟ والسلطة التشريعية لا يمكن وصفها بأنها حكومة أو هيئة أو مؤسسة عامة، فاعتبار إدارة القضايا ممثلاً للمؤتمر الوطني العام في الطعون المقدمة ضده هو خطأ في الصفة لا يمكن تفسيره.

3 – لم تبين المحكمة أساس قبول الطعن من الطاعنين هل لكونهم مواطنين متضررين أم لكونهم أعضاء في المؤتمر؟

إن كان لكونهم أعضاء فوجب ذكرهم بصفاتهم ووجب أن تمثلهم إدارة القضايا، كما مثلت رئيس الوزراء المنتخب أحمد معيتيق.

الخاتمة

هذه الدراسة محاولة للاستفادة من الجدل القانوني الواسع، والمشاركة في إثراء الفهم للواقع السياسي والقانوني والقضائي في البلد، وكل ذلك بنظر علمي وقانوني مستقل ومحاييد ومؤسس على الأدلة العلمية، ورغم أنها الآن ليست مؤثرة في المشهد السياسي الحالي لانتهاء الجدل في مسألة السيد أحمد معيتيق، لكنها ضرورية لإثبات الحقيقة وتصحيح المسار.

النتائج

حكم المحكمة العليا بعدم دستورية القرار 2014/38 مخالف مخالفته واضحة لصحيح القانون لأنه:

- تناقض في أحكامه، فقد أقر بعدم مخالفة القرار 38 لقاعدة الأغلبية الدستورية، وأقر بأن تطبيق الفقرة 8 من المادة 30 تم بالطريقة المذكورة في أسباب الحكم مما يؤكد أنه لم يتم اتباع الإجراءات في نقل الأغلبية من البسيطة إلى الموصوفة وأقر بأن معيتيق تحصل على 113 وهي تفوق المطلوب للوصول إلى الأغلبية المطلقة، وبعد ذلك كله حكم ببطلان القرار 2014/38.
- خالف الاختصاص الولائي المعقود للمحكمة العليا بالنظر في التشريع المخالف للدستور، لأن القرار المطعون ضده ليس تشريعاً بأي معيار من المعايير.
- أقر بطريقة تحول الأغلبية ونقل وقائعها بما يخالف الشروط في الدستور لتحققها، ثم بنى على ذلك حكماً بالبطلان دون اهتمام ببيان انطباق ما دل عليه المحضر مع الفقرة 8 من المادة 30.
- حكم المحكمة العليا نفسه معارض للإعلان الدستوري لأنه لم يبين صحة الانتقال إلى الأغلبية الموصوفة بالإجراءات المشتركة دستورياً.

- إعطاء الحكم قيمة دستورية للنظام الداخلي لا ينطلق من أي أساس قانوني صحيح.

ثانيا: قراءة في آثار الحكم الدستوري

- بغض النظر عن الموقف القانوني من الحكم فإن للحكم أثره الفوري والنهائي وله الحجية التامة فيما أصدره من أحكام وما استند إليه من أسباب.
- رفض الحكم ادعاء الطاعنين بوجود تعديل دستوري، وهذا ما يفتح الباب أمام تكليف رئيس جديد للحكومة بالأغلبية المطلقة إذا رأى المؤتمر ذلك.
- أسباب الحكم كان ينبغي أن تؤدي إلى الحكم بصحة انتخاب أحمد معيتيق لكونه موافقا للنظام الداخلي والإعلان الدستوري.
- يترتب على الحكم إنهاء القضايا الإدارية الموجهة في موضوع الحكومة.
- يفتح هذا الحكم الباب واسعا أمام عدد آخر من الطعون على قرارات المؤتمر الوطني العام السابقة على هذا الطعن والتالية له على أساس المخالفة للنظام الداخلي، وعلى أساس اعتبار القرارات تشريعا يطعن فيه بطريق مباشر.

وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب

المراجع

- الإعلان الدستوري، منشور في الجريدة الرسمية: العدد 1 السنة الأولى، بتاريخ 2012/2/9م.
- النظام الداخلي للمؤتمر الوطني العام الصادر بقرار المؤتمر الوطني العام رقم 62 لسنة 2013م بشأن اعتماد تعديل النظام الداخلي للمؤتمر الوطني العام.
- القانون المدني الليبي.
- تقرير نيابة النقض حول قضية الطعن الدستوري 61/11ق، صورة ضوئية طبق الأصل.
- حكم المحكمة العليا في الطعن 61/11 ق الصادر بتاريخ صورة طبق الأصل
- منظومة الباحث لمبادئ المحكمة العليا، بإشراف: اللجنة الشعبية العامة للعدل، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، مشروع تحديث قطاع العدل.
- تناغو، سمير عبد السيد: النظرية العامة للقانون. منشأة المعارف بالإسكندرية. 1986م.
- الشويهيدي، حنان محمد: القضاء الدستوري المؤسسات والإجراءات، دراسة مقارنة. الفضيل للنشر والتوزيع. 2011م.
- سامي جمال الدين: النظم السياسية والقانون الدستوري. منشأة المعارف بالإسكندرية 2005م.
- عبدالله، د. عبد الغني بسيوني: المبادئ العامة للقانون الدستوري، منشورات الدار الجامعية، 1985م.
- <http://www.egyptlawyer.info/2012-11-01-archive.html>

ثالثاً : القوانين

القانون رقم (14) لسنة 2013م بتعديل بعض أحكام قانون نظام القضاء

بعد الاطلاع على:

- الإعلان الدستوري الصادر بتاريخ 3 أغسطس 2011م وتعديلاته.
- وعلى قانون المرافعات المدنية والتجارية.
- وعلى قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية.
- وعلى قانون النظام المالي للدولة وتعديلاته.
- وعلى القانون رقم (87) لسنة 1971م بشأن إدارة قضايا الحكومة.
- وعلى القانون رقم (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري وتعديلاته.
- وعلى القانون رقم (6) لسنة 1982م بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا وتعديلاته.
- وعلى القانون رقم (13) لسنة 1983م بشأن الضمان الاجتماعي وتعديلاته.
- وعلى القانون رقم (6) لسنة 1992م بشأن إدارة القانون.
- وعلى القانون رقم (6) لسنة 2006م بشأن نظام القضاء وتعديلاته.
- وعلى ما خُص إليه المؤتمر الوطني العام في اجتماعه العادي التسعين المنعقد يوم الأحد بتاريخ السادس عشر من شهر رجب/ 1434هـ الموافق للسادس والعشرين من شهر مايو/ 2013م.

قرر

المادة الأولى

- يستبدل النص الآتي بنص المادة الثالثة من قانون نظام القضاء المشار إليه:
- "يقوم على شؤون الهيئات القضائية مجلس أعلى يسمى المجلس الأعلى للقضاء يتولى الاختصاصات المقررة للمجلس الأعلى للهيئات القضائية المنصوص عليها في قانون نظام القضاء وفي أي قانون آخر، ويشكل على النحو التالي:
1. مستشار من المحكمة العليا تنتخبه الجمعية العمومية للمحكمة العليا عن طريق الاقتراع السري.
 2. رئيس إدارة التفتيش على الهيئات القضائية.
 3. مستشار عن كل محكمة استئناف تنتخبه الجمعية العمومية لها بالاقتراع السري.
 4. النائب العام.

5. عضو عن كل من إدارة القضايا وإدارة المحاماة الشعبية وإدارة القانون لا تقل درجته عن الدرجة المعادلة لدرجة مستشار المحكمة الاستئناف ينتخبه من هم في درجته من أعضاء الإدارة بالاقتراع السري.

ويشترط فيمن يتم اختياره لرئاسة أو عضوية المجلس ما يلي:

أ. ألا يكون قد عمل أميناً لمؤتمر شعبي أو عضواً في أمانته أو عضواً في لجنة شعبية على اختلاف مستوياتها.

ب. ألا يكون قد عمل عضواً في المحكمة أو النيابة المختصة بالدعاوى الناشئة عن ثورة 17 فبراير، أو محكمة ونيابة أمن الدولة، أو المحكمة أو النيابة التخصصية التي أحيلت إليها الدعاوى بناءً على تقدير النائب العام، أو محكمة الشعب أو مكتب الادعاء الشعبي أو المحكمة الثورية الدائمة، أو نيابة أمن الثورة، أو رئيساً لإحدى لجان التطهير، أو متعاوناً مع إحدى الجهات الأمنية في النظام السابق.

ج. ألا يكون قد صدر ضده حكم تأديبي.

د. ألا يكون قد تحصل على تقدير نهائي بدرجة تقل عن فوق المتوسط.

فيما عدا عضوية رئيس إدارة التفتيش على الهيئات القضائية والنائب العام يكون شغل منصب رئيس وأعضاء المجلس لمدة ثلاث سنوات على سبيل التفرغ.

ويضع المجلس بقرار منه آلية الترشيح والتحقق من توافر الشروط في المرشحين لعضوية المجلس، وإجراءات الاختيار ويشرف عليها، ويجب أن تجرى عملية الاختيار خلال شهر من تاريخ نفاذ هذا القانون، وتنتهي ولاية المجلس القائم عند صدور هذا القانون اعتباراً من تاريخ إعلان النتائج.

ويختار المجلس من بين أعضائه رئيساً ونائباً للرئيس عن طريق الاقتراع السري، وتنتهي العضوية في المجلس بالوفاة أو الاستقالة أو العجز عن أداء مهام العضوية، أو بفقد أحد شروط العضوية، أو الإخلال بواجبات الوظيفة، وفي الحالتين الأخيرتين يجب أن يصدر بإنهاء العضوية قرار من المجلس بأغلبية ثلثي أعضائه، وفي حال إنهاء أو انتهاء العضوية يجري اختيار البديل وفقاً للأحكام السابقة حتى نهاية مدة العضو المنتهية عضويته.

وتبدأ انتخابات أعضاء المجلس الجديد قبل نهاية المدة بثلاثة أشهر.

ويحل محل رئيس المجلس عند غيابه أو قيام مانع به أو خلو منصبه نائبه، فأقدم مستشاري محاكم الاستئناف.

ولتسيير أعمال المجلس تكون له ميزانية مستقلة من الميزانية العامة للدولة، ويكون لرئيس المجلس اختصاصات رئيس المصلحة فيما يخص الصرف من هذه الميزانية.

المادة الثانية

يستبدل النص الآتي بنص المادة التاسعة والخمسين من قانون نظام القضاء المشار إليه:

"يجوز شغل وظائف رؤساء إدارات الهيئات القضائية بطريق الندب من بين أعضاء الهيئات القضائية الذين لا تقل درجتهم عن درجة رئيس محكمة استئناف أو ما يعادلها، ويصدر بالندب قرار من المجلس الأعلى للقضاء".

المادة الثالثة

يضاف إلى المادة (13) من قانون نظام القضاء المشار إليه الفقرة التالية:
"ويكلف المجلس رئيساً للمحكمة من بين قضاتها ممن لا تقل درجتهم عن درجة رئيس المحكمة، وتتوافر فيهم شروط عضوية المجلس الأعلى للقضاء، وذلك لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات قابلة للتמיד مرة واحدة لمدة لا تزيد على سنة".

المادة الرابعة

يضاف إلى المادة (16) من قانون نظام القضاء المشار إليه الفقرة التالية:
"ويكلف المجلس رئيساً للمحكمة من بين قضاتها ممن لا تقل درجتهم عن درجة رئيس المحكمة، وذلك لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات قابلة للتמיד مرة واحدة لمدة لا تزيد على سنة".

المادة الخامسة

تعديل الفقرة الثانية من المادة (99) من قانون نظام القضاء المشار إليه على النحو التالي:

"ومع ذلك، يجوز أن يُحال عضو الهيئة القضائية على التقاعد بناء على طلبه إذا بلغت مدة خدمته عشرين سنة، أو مضى من عمره خمس وخمسون سنة، وفي الحالتين يُحسب ما مضى من عمر العضو وفق شهادة الميلاد المقدمة عند التعيين دون غيرها.

المادة السادسة

تضاف إلى المادة (53) من قانون نظام القضاء المشار إليه فقرة يجري نصها على النحو التالي:

"ويمنح العضو المنتدب بالإضافة إلى عمله الأصلي علاوة ندب تساوي ربع مرتبه وسائر المزايا المالية المقررة للوظيفة المنتدب إليها".

المادة السابعة

تستبدل عبارة "المحاماة العامة بـ" المحاماة الشعبية" أينما وردت في هذا القانون وفي غيره من التشريعات النافذة.

المادة الثامنة

يعمل بهذا القانون من تاريخ صدوره، وعلى الجهات المختصة تنفيذه، وينشر في الجريدة الرسمية.

المؤتمر الوطني العام - ليبيا