

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية القانون بالخميس

جامعة المرقب

العدد الثاني لسنة 2017

مجلة العلوم الشرعية والقانونية مجلة محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة المرقب

رقم الإيداع المحلي 2015/379 م.

دار الكتب الوطنية بينغازي . ليبيا

هاتف:

9090509 - 9096379 - 9097074

بريد مصور:

9097073

البريد الإلكتروني:

Nat-Liba@h0tmail.com

ملاحظة /

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر إلا عن وجهة نظر أصحابها، وهم وحدهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، وإدارة المجلة لا تتحمل أية مسؤولية في ذلك.

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

شروط النشر بالمجلة :

- الأخوة الأفاضل حرصاً على حسن إخراج المجلة نرجو التكرم بالالتزام بالآتي:
1. أن لا يكون قد تمّ نشر البحث من قبل في أي مجلة أو كتاب أو رسالة علمية أو وسيلة نشر أخرى.
 2. أن لا تزيد صفحات البحث عن (35) صفحة تقريباً بما فيها قائمة المراجع.
 3. هوامش الصفحة من اليمين ، على ورق A4 . وحجم الخط (14) ونوعه (Traditional Arabic). وللهاوش (12) وبين السطور (1).
 4. العناوين الوسطية تكتب مسودة وبحجم خط (16) Bold.
 - العناوين الجانبية: تكتب من أول السطر مسودة وبحجم (14) Bold ، وتوضع بعدها نقطتان رأسيّتان.
 5. تبدأ الفقرات بعد خمس فراغات.
 6. يجب الاهتمام بوضع علامات الترقيم في أماكنها المعروفة الصحيحة، وبرموز أسمائها بالخط العربي .
 7. ضرورة استخدام رمز القوسان المزهران للآيات القرآنية (﴿ ﴾) ، والرمز (« ») للنصوص النبوية، والرمز: (" ") علامة التنصيص.
 8. تكتب في الهوامش أسماء الشهرة للمؤلفين كالبخاري، الترمذي، أبو داود، ابن أبي شيبة، ولا يكتب الاسم الكامل للمؤلفين في الهوامش.
 9. الإحالات للمصادر والمراجع تكون في هوامش صفحات البحث وليس في آخره.
 10. لا تكتب بيانات النشر للمصادر والمراجع في الهامش، وإنما يكتب ذلك في قائمة المصادر والمراجع في آخر البحث.
- مثل : ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 2، ص 332
11. عند الإحالة إلى كتب الحديث المرتبة على الأبواب الفقهية والموضوعات العلمية تكتب أسماء الكتب والأبواب، مع كتابة الجزء، والصفحة، ورقم الحديث إن وجد. هكذا: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب. الإيمان، باب الإيمان وقول النبي « بني الإسلام على خمس» : ج 1، ص 12 ، رقم 1.

12. تخرّج الآيات القرآنية في المتن بعد الآية مباشرة بحجم 12. مثل: قال الله تعالى: ﴿سَيَقُولُ السُّفَهَاءُ مِنَ النَّاسِ مَا وَلَدَهُمْ عَن قِبَلْتِهِمُ الَّتِي كَانُوا عَلَيْهَا قُلْ لِلَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ﴾ [البقرة: 142].
13. في الهوامش، يترك بعد أرقام الهوامش أسبيس واحد ثم تبدأ كتابة المعلومات التي يراد كتابتها، وهوامش كل صفحة تبدأ بالرقم واحد.
14. قائمة المصادر ترتب على أسماء الشهرة للمؤلفين، كالاتي:
- ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: علي محمد البجاوي، بيروت: دار الجليل، ط 1، سنة 1112 هـ / 1992 م.
15. يرفق الباحث ملخصاً لسيرته الذاتية في حدود صفحة واحدة، ويرفق صورة شخصية له.
16. ترسل البحوث، والسير الذاتية المختصرة مطبوعة على ورق وقرص مدمج لرئيس التحرير مباشرة أو عبر البريد الإلكتروني الآتي.
- iaelfared@elmergib.edu.ly
17. للمجلة الحق في رفض نشر أي بحث بدون إبداء الأسباب والبحوث التي لا تقبل للنشر لا ترد إلى أصحابها.
18. لصاحب البحث المنشور الحق في الحصول على عدد (5) نسخ من عدد المجلة المعني مجاناً.
19. ترتيب ورود الأبحاث في المجلة لا يدل على أهمية البحث أو الباحث، إنما لكل التقدير والاحترام .
20. لإدارة المجلة حرية تغيير الخطوط والتنسيق بما يناسب إخراج المجلة بالصورة التي تراها.
- نأمل من السادة البحوث والقراء المعذرة عن إي خطأ قد يحدث مقدماً ، فله الكمال وحده سبحانه وتعالى.

ملاحظة /

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر إلا عن وجهة نظر أصحابها، وهم وحدهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، وإدارة المجلة لا تتحمل أية مسؤولية في ذلك.

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها
كلية القانون بالخمسة - جامعة المرقب

رئيس التحرير

د. إبراهيم عبد السلام الفرد

هيئة التحرير:

د. مصطفى إبراهيم العربي

د. عبد المنعم محمد الصرايعي

د. أحمد عثمان حميدة

اللجنة الاستشارية:

- | | |
|----------------------------|------------------------------|
| أ. د. عبد السلام أبو ناجي. | أ. د. محمد عبد السلام أبشيش. |
| أ. د. محمد رمضان بارة. | أ. د. سالم محمد مرشان. |
| د. عمر رمضان العبيد. | د. أحمد علي أبو سطاتش. |
| د. علي أحمد اشكور فوفو. | د. عبد الحفيظ ديكنه. |

فهرس الموضوعات

- 7 كلمة رئيس التحرير
حاجة المجتهد لمعرفة مقاصد الشارع والطرق التي تعرف بها
- 8 د. عمس رمضان العييد
مدى وجوب الحكم بالدية في القتل الخطأ في ضوء القانون رقم 18 لسنة
2016م بشأن تعديل بعض أحكام قانون القصاص والدية رقم 6 لسنة
1423م تعليق على حكم قضائي في الدعوى رقم 32 / 2016م مرور
الخمس
- 26 د. عبد المنعم إمام محمد الصارعي
القاعدة الفقهية " الرخص لا تناط بالمعاصي " دراسة تحليلية
- 39 د. مصطفى علي الجهاني
العلاقة بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي دراسة مقارنة
- 57 د. العمري بلاعة
دور القاضي الدستوري في دعوى عدم الدستورية
- 77 د. صبحي مصباح زيد
فاعلية الاختصاص العالمي L'efficacité de la Compétence universelle
- 100 د. كمال النواتي أبوشاح
الاختصاص الدستوري للمحكمة العليا الليبية
- 133 د. صالح أحمد الفرجاني

المقاصة القانونية أداة لانقضاء الإلتزام (دراسة تحليلية في ضوء
نصوص القانون المدني الليبي)

أ. خديجة الهادي محمد قذح 153

عقود التشييد والاستغلال والتسليم (B.O.T) وتكييفها القانوني دراسة
تحليلية

د. جمال عمران اغنية 165

دور القضاء الإداري في تحقيق التوازن بين امتيازات الإدارة وحقوق
المتعاقدين معها

د. محفوظ علي عمس النواتي 212

مبدأ المسؤولية عن الحماية كأساس للتدخل العسكري في ليبيا ومواقف
بعض الدول من هذا التدخل

د. علي محمد أبوغرامة 237

كلمة رئيس التحرير بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي علم الإنسان ما لم يعلم، وجعله خليفة في الأرض، وكرمه وفضله على كل الخلائق، والصلاة والسلام على نبينا محمد . صلى الله عليه وسلم . وعلى آله وأصحابه الكرام الأخيار، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

إنه ليسرني أن أقدم إليكم هذا العدد من مجلتكم على أمل أن تنال رضاكم. وإذ نشكر السادة أعضاء هيئة التدريس في الجامعات الليبية على مساعدتهم لنا في مراجعة البحوث من الناحية اللغوية والعلمية، وكل ذلك بدون أي مقابل مادي إلا ما كان من أجر وثواب من عند الله تعالى.

وبهذا الجهد الكريم انتشرت مجلتنا وداع صيتها بين الجامعات العربية والبحاث، وتم اعتمادها لنشر بحوث ترقية أعضاء هيئات التدريس، وطلاب الماجستير، وما التوفيق إلا من عند الله - تعالى - وبذلك صارت مجلتنا مجالاً رحباً لنشر نتاج البحوث من مختلف الجامعات العربية، ونرحب بكل بحث علمي أصيل في مجال تخصص المجلة، ونشكر كل من ساهم في العمل، وندعو الله أن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم جميعاً.

والله ولي التوفيق.

حاجة المجتهد لمعرفة مقاصد الشارع

والطرق التي تعرف بها

إعداد الدكتور: عمر رمضان العبيد

عميد كلية القانون - جامعة الزيتونة

المقدمة

الحمد لله رب العلمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمدٍ وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد :

إن الحديث عن أهمية المقاصد، بالنسبة للمجتهد، والعالم، والمفتي، والقاضي، والفقهاء، لهو حديثٌ عن غاية المقاصد وثمرتها وزبدة ذلك العلم وخلاصته. وقبل الحديث عن الجوانب المهمة، والتي تلزم المجتهد في توظيف المقاصد على وجه الخصوص، لا بد من الحديث عن أهمية المقاصد بالنسبة للمجتهد على وجه العموم. يذكر عامة من كتبوا في الأصول شروطاً ينبغي توافرها في المجتهد، كحفظ القرآن الكريم، أو معرفة آيات الأحكام فيه، وكذلك السنة النبوية المطهرة، واللغة العربية، ومواطن الإجماع، وغير ذلك، غير أن اشتراط مقاصد الشريعة على كمالها قد اشترطه قليل من الأصوليين الأولين، وثلة من الآخرين. واشتراط الإمام بمقاصد الشريعة لا يكون مجرد معرفة وتذكر، وإنما لا بد أن يكون ذلك ملكة لدى المجتهد يستطيع بها إدراك مقاصد الشريعة واستنباطها من النصوص الشرعية وأن تكون المقاصد أداة بناء وتقوم وتقييم.

لذلك خصصت هذا البحث لدراسة هذا الموضوع وقد قسمته إلى أربعة مطالب :
تضمن المطلب الأول: الاجتهاد وشروطه، أما المطلب الثاني: يتعرض للمقاصد عند الفقيه المجتهد وحاجته إليها، والمطلب الثالث: فيتضمن أهمية مقاصد الشريعة بالنسبة للمسلم العامي أو المقلد، وأما المطلب الرابع: فيتضمن الطرق التي تعرف بها مقاصد الشارع، وينتهي

هذا البحث بخاتمة تتضمن النتائج التي سيتم التوصل إليها من خلاله إن شاء الله تعالى. وذيلته بثبت بالمصادر والمراجع.

المطلب الأول: في الاجتهاد

أولاً : مفهوم الاجتهاد في اللغة والاصطلاح :

أ- تعريف الاجتهاد في اللغة : الاجتهاد مأخوذ من الجهد بضم الجيم وفتحها، وهو الوسع والطاقة، أو من الجهد بفتح الجيم بمعنى المشقة، يقال : جهد فلان دابته وأجهدها إذا حمل عليها في السير فوق طاقتها .

وبناءً على هذا الأخذ يكون المعنى اللغوي لكلمة الاجتهاد هو : است فراغ الوسع وبذل الجهد والطاقة لتحصيل فعل ما، ومن المعلوم أن الفعل لا يحتاج بذل جهد إلا إذا كان في تحصيله صعوبة ومشقة، ولذلك لا يقال: اجتهد فلان في حمل تفاحة أو كتاب مثلاً، وإنما يقال : اجتهد فلان في حمل كيس ضخمة أو صخرة كبيرة ونحو ذلك⁽¹⁾.

ب - وأما تعريفه اصطلاحاً، فقد عرف بتعريفات عديدة منها :

ما عرفه به بعض علماء الأصول بأنه است فراغ الجهد وبذل غاية الوسع، إما في استنباط الأحكام الشرعية وإما في تطبيقها.

ثانياً : أنواع الاجتهاد:

يتنوع الاجتهاد إلى نوعين : اجتهاد مطلق، واجتهاد مقيد .

1- الاجتهاد المطلق :

وضابطه هو القدرة على استنباط الأحكام في كل حادثة والإفتاء في كل مسألة، ومن هذا يدرك تعريف المجتهد المطلق، فهو من كانت له ملكة تساعد على استخراج حكم كل واقعة لا نص فيها، ويشترط في المجتهد مجموعة من الشروط من أهمها:

1- التكليف: بأن يكون بالغاً عاقلاً.

(1) مختار القاموس 117-118، الطاهر أحمد الزاوي ، الدار العربية للكتاب ؛ ومختار الصحاح 130، محمد بن أبي بكر الرازي ، الهيئة المصرية للكتاب .

2- الإيمان: بأن يكون مؤمناً بكل ما يجب الإيمان به بالدليل الإجمالي؛ لأن الاجتهاد استنباط الحكم الشرعي من دليله، فلا بد أن يكون المجتهد عارفاً بمصدر هذا الدليل وهو الله - سبحانه وتعالى - وبمن بلغه عنه وهو رسول الله ﷺ .

3- صحة النية وسلامة الاعتقاد: لأن النية المخلصة تجعل القلب يستنير بنور الله تعالى، فينفذ إلى لب هذا الدين الحكيم، ويتجه إلى الحقيقة الدينية لا يبغى سواها، ولا يقصد غيرها، وأن الله تعالى يلقي في قلب المخلص بالحكمة، فيهديه وينجيها، والشريعة نورٌ لا يدركه إلا من كان تقياً، يخشى الله في تصرفاته وأشرق قلبه بالإخلاص، وأما فاسد الاعتقاد بأن يكون ذا بدعةٍ أو هوى أو لا يتجه إلى النصوص بقلبٍ سليمٍ، فإنه قد يسيطر على تفكيره ما يمنعه من الاستنباط الصحيح، مهما تكن قوة تفكيره؛ لأن النية المعوجة تجعل الفكر معوجاً، ولذلك نجد الأئمة الأعلام، الذين أوثقوا هذا العلم العميق لمن بعدهم، قد اشتبهوا بالورع قبل أن يشتهروا بالفقه، وأخبارهم واضحةٌ بالنور والمعرفة.

4- العلم باللغة العربية: اتفق علماء الأصول على ضرورة الأخذ بنصيبٍ من اللغة العربية، بما يمكن المجتهد من فهم القرآن، الذي نزل بهذه اللغة، وكذلك السنة التي هي بيانه جاءت بلسانٍ عربي، فلا يمكن استنباط الأحكام إلا بفهم كلام العرب، إفراداً وتركيباً، وإنه على قدر فهم الباحث في الشريعة لأسرار البيان العربي ودقائقه، تكون قدرته على استنباط الأحكام من النصوص الفقهية الشرعية.

5- العلم بالقرآن الكريم: هذا شرطٌ اشترطه الشافعي في الرسالة⁽¹⁾؛ لأن القرآن هو عمود هذه الشريعة ومصدرها الأول، غير أن علم القرآن واسعٌ، ومن جمعه فقد جمع النبوة بين جنبيه، كما ذكر ابن عمر رضي الله عنهما، وقال بعض علماء الأصول يكفي المجتهد الإمام بآيات الأحكام، بحيث يستطيع الرجوع إليها عند الحاجة، وقد حصرها بعضهم في خمسمائة آية⁽²⁾، وعلمه بهذه الآيات يكون محصلاً لمعانيها عارفاً العام والخاص منها، والإجمال والتفصيل، والإطلاق والتقييد، والناسخ والمنسوخ وما إلى ذلك.

6- العلم بالسنة النبوية المشرفة: اتفق العلماء على أن يكون المجتهد عالماً بالسنة القولية، والفعلية، والتقريرية، في كل الموضوعات التي يتصدى لدراستها، عند من يقول إن

(1) الرسالة للإمام الشافعي، ت- أحمد شاكر، ط، الحلبي. ص 498.

(2) إرشاد الفحول، لمحمد بن علي الشوكاني، ط، مصطفى الحلبي. ص 250.

الاجتهاد يقبل التجزئة، وأن يكون عالماً بكل السُّنة التي تشتمل على الأحكام التكليفية، بحيث يكون قارئاً لها، وفاهماً ومدركاً مراميها، ومناسبات الأحوال التي قيلت في شأنها عند من يجمع تجزئة الاجتهاد، ويجب أن يعرف الناسخ والمنسوخ، أو العام منها والخاص، والمطلق والمقيد، والتخصيص الذي عرض لما فيه من عموم، كما لا بد أن يعرف طرق الرواية، وإسناد الأحاديث وقوة الرواية، بحيث يكون عالماً بأحوال الرجال الذين نقلوا أحاديث رسول الله ﷺ.

7- الإلمام بالمسائل المجمع عليها ومواضيع الخلاف: إن معرفة مواضع الإجماع شرطٌ بالاتفاق، ومواضع الإجماع التي لاشك في وجود الإجماع فيها هي: أصول الفرائض، وأصول المواريث، والمحرمات التي جاء بها القرآن وجاءت بها السنة . وليس معنى هذا أن الشخص لا ينال درجة الاجتهاد المطلق إلا إذا كان ملماً بجميع مواقع الإجماع، بل يكفي أن يعرف أن المسألة التي يريد بحثها واستنباط حكمها لم يسبق فيها خلافٌ، ولم ينعقد فيها إجماعٌ على رأيٍ معينٍ.

8- العلم بقواعد أصول الفقه: لأن المجتهد يعتمد على تلك القواعد اعتماداً كلياً، وفي مقدمتها القياس، فيعرف شروطه، وأركانه، وأقسامه، والمنقول منها والمردود.

9- فهم مقاصد الشريعة على كمالها: فقد جعل الشاطبي - رحمه الله - الشرط الأول والأعظم لبلوغ درجة الاجتهاد، هو معرفة المقاصد على كمالها، ثم التمكن من الاستنباط بناءً على فهمه فيها⁽¹⁾، فمن يريد استنباط الحكم الشرعي من دليله، يجب عليه أن يعرف أسرار الشريعة ومقاصدها العامة في تشريع الأحكام؛ لأن دلالة الألفاظ على المعاني قد تحمل أكثر من وجهٍ، ويرجح واحداً منها ملاحظاً قصد الشارع، كما أن الأدلة الفرعية فيها تعارض مع بعضها، فيأخذ بما يتلاءم مع قصد الشارع، وقد تحدث أيضاً وقائعٌ جديدةٌ، لا يعرف حكمها بالنصوص الشرعية، فيلجأ إلى الاستحسان أو المصلحة المرسلّة أو العرف، ونحوها بواسطة مقاصد الشريعة العامة من التشريع.

يقول الشاطبي - رحمه الله - : " فإذا بلغ الإنسان مبلغاً فهم عن الشارع فيه قصده في كل مسألة من المسائل الشرعية، وفي كل بابٍ من أبوابها، فقد حصل له وصفٌ هو السبب في تنزيهه منزلة الخليفة للنبي - ﷺ - في التعليم والفتيا والحكم بما أَراده الله " (2).

(1) انظر الموافقات لأبي إسحاق الشاطبي ط، دار الحديث، القاهرة، 2006 م. 1/9.

(2) انظر الموافقات 88/4.

وقد نبّه الشاطبي في أكثر من موضعٍ على أن على المجتهد الذي يغفل في اجتهاده عن اعتبار المقاصد يزل في اجتهاده، فقال: زلة العالم أكثر ما تكون عند الغفلة عن اعتبار مقاصد الشارع في ذلك المعنى الذي اجتهد فيه...⁽¹⁾.

وقال أيضاً: " ومدار الغلط في هذا الفصل، إنما هو على حرفٍ واحدٍ، وهو الجهل بمقاصد الشرع"⁽²⁾.

إن النصوص إذا أخذت بظاهرها وحرفيتها فقط، ضاق نطاقها وقلّ عطاؤها، وإذا أخذت بعللها ومقاصدها، كانت مَعِيناً لا يَنْضَب، فيفتح باب القياس، ويفتح باب الاستصلاح، وتجري الأحكام مجراها الطبيعي في تحقيق مقاصد الشرع، يجلب المصالح ودرء المفاسد، فالمجتهد إنما يتسع مجال اجتهاده بإجراء العلل والالتفات إليها، ولولا ذلك لم يستقم له إجراء الأحكام على وفق المصالح إلا بنصٍّ أو إجماعٍ.

المجتهد المقلّد :

وهو ما كانت له القدرة على استنباط أحكام بعض المسائل .

شروطه :

يشترطُ في المجتهد المقلّد الشروط السابقة نفسها، مع إضافة شرطٍ آخر، وهو العلم بجميع ما يتعلق بالمسائل المراد استنباط حكمها، من الكتاب، والسنة، والإجماع، وجهل المجتهد بما يتعلق بغير تلك المسألة من المسائل الفقهية الأخرى، لا ينفي عنه صفة الاجتهاد، ولا يسلبه أهليته⁽³⁾.

(1) الموافقات 4/139.

(2) انظر الاعتصام للشاطبي، طبع المكتبة التوفيقية، القاهرة. ص 234.

(3) فقه الأولويات، محمد الوكيل، "ط1"، المعهد العالي للفكر الإسلامي بأمريكا، 1997م. ص 9-30.

المطلب الثاني:

المقاصد عند الفقيه المجتهد وحاجته إليها

أولاً: أ- تعريف المقاصد في اللغة:

المقاصدُ جمعُ مقصدٍ، مشتقٌّ من الفعل قصد يقصد قصداً، والقصد في اللغة يطلق ويراد به معانٍ منها⁽¹⁾: "استقامة الطريق، وشاهده قوله تعالى ﴿وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ﴾"⁽²⁾ أي تبيين الطريق المستقيم الذي لا اعوجاج فيه" وفي الحديث الشريف قال ﷺ: «القصد القصد تبلغوا»⁽³⁾.

ب- تعريف المقاصد في الاصطلاح:

لم أجد عند الأصوليين القدامى، وفقهاء المقاصد تعريفاً لمقاصد الشريعة، وإنما كانت لهم تعبيراتٌ واصطلاحاتٌ مطوّلة، بقيت متناثرةً بين صفحات كتبهم، دون تعريفٍ محددٍ لها، لذا كان التعبير عن المقاصد تعبيراً عن مراد الشارع الحكيم من تشريع الأحكام، والمعبر عنها بمعانٍ ذات ميولٍ واحدٍ، وعباراتٍ مختلفةٍ مثل: الحكمة والمصلحة، والمعنى، والمناسبة، وهيمن المصطلحات المرادفة للمقاصد، واستعمالاتها أكثر شيوعاً من المقاصد نفسها.

غير أنني وجدت عند بعض المحدثين تعريفاتٍ للمقاصد الشرعية، سأكتفي بذكر تعريفٍ منها للشيخ الطاهر بن عاشور، الذي عرفها بقوله: "مقاصد التشريع العامة هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص بالكون في نوعٍ خاصٍ من أحكام الشريعة"⁽⁴⁾.

(1) لسان العرب ، لابن منظور 96/3 مادة (قصد) دار لسان العرب ، بيروت .

(2) سورة النحل الآية: 9.

(3) من حديث أبي هريرة، صحيح البخاري، كتاب الرقاق، باب القصد والمداومة على العمل ، دار ابن كثير دمشق ، 1407هـ / 1978م . 2373/5.

(4) مقاصد الشريعة الإسلامية للشيخ الطاهر بن عاشور، ت: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، الأردن 1420هـ / 1999م . ص 183 .

ويعرض للمقاصد الخاصة في القسم الثالث من كتابه مقاصد الشريعة الإسلامية فيقول: " معرفة المقاصد الشرعية الخاصة في أبواب المعاملات: وهي الكيفيات الخاصة للشارع لتحقيق مقاصد الناس الخاصة، أو لحفظ مصالح الناس العامة في تصرفاتهم الخاصة، كي لا يعود سعيهم في مصالحهم العامة، إبطال ما أسس لهم من تحصيل مصالحهم العامة، إبطالاً عن غفلة، أو عن استنزال هوى، وباطل شهوة" (1).

إن مقاصد الشريعة الإسلامية هي قبة التكليف والمكلفين إذ هي الآصرة الكبرى والعروة الوثقى التي تربط بين الأحكام والحكم، والحاكم والمحكوم، وهي التي تبين خصائص الشريعة ومحاسن الملة، وتحقيق العبودية لله - تبارك وتعالى - ، لتحقيق العبودية لله هو مقصد المقاصد وحكمة الحكم، وأسمى الغايات وأجل الأهداف.

وعلى المجتهد الذي يتصرف في الشريعة باستنباط الأحكام من النصوص، والقواعد، والمبادئ، ويطبقها على الوقائع، فهذا لا بد له من معرفة مقاصد الشريعة؛ لأن اجتهاده في الأمور التي ليست دلالتها واضحة، إنما يقع لوقوعه على فرض أن يكون ما ظهر له هو الأقرب إلى قصد الشارع، والأولى بأدلة الشريعة دون ما ظهر لغيره من المجتهدين، فيجب عليه اتباع ما هو الأقرب.

وقد أكد على أهمية المقاصد بالنسبة للمجتهد الكثير من علماء الأمة " إذا وقعت الواقعة فأحوج المجتهد إلى طلب الحكم فيها، فينظر أولاً في نصوص الكتاب، فإن وجد مسلكاً دالاً على الحكم فهو المراد، وإن أعوزه لجأ إلى نصوص الأخبار الواردة، فإن وجدته وإلا اتجه إلى نصوص أخبار الآحاد .. فإن عدم المطلوب في هذه الدرجات لم يخض في القياس بعد، ولكنه ينظر في كليات الشريعة ومصالحها العامة" (2).

أما تقي الدين السبكي - رحمه الله - فقد اعتبر أن من شروط المجتهد الممارسة والتتبع لمقاصد الشريعة (3).

(1) مقاصد الشريعة الإسلامية للشيخ الطاهر بن عاشور، ص 306.

(2) فقه الأولويات ، لمحمد الوكيل ، " ط 1 " ، المعهد العالي للفكر الإسلامي بأمريكا ، 1997م. ص 9-30.

(3) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ، " ط " دار الكتب العلمية، بيروت. 9/1.

والغزالي نظر لأهمية المقاصد "إذ اعتبر مقاصد الشرع قبلة المجتهدين، مَنْ توجه إلى جهةٍ منها أصاب الحق" (1).

وأكد العزُّ بنُ عبدالسلام على أهمية المقاصد للمجتهد بقوله: "ومن تتبع مقاصد الشرع في طلب المصالح ودرء المفساد، حصل له من مجموع ذلك اعتقادٌ أو عرفانٌ بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماعٌ، ولا نصٌّ، ولا قياسٌ خاص، فإن فهم نص الشرع يوجب ذلك" (2).

ويقول ابن القيم رحمه الله: "إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم، ومصالح العباد في المعاش والمعاد".

وقد اشترط وجوب العلم بمقاصد الشريعة، وحكمها وأهدافها، فذلك ضروريٌّ للمجتهد، عاصمٌ له من الجهل والخطأ، ومن إيقاع المشقة والعنت بالملكفين، وإذا كانت الشريعة مبنيةً على المقاصد والمصالح، فكيف يصح أن يكون المجتهد الذي تربي في حجرها، ورضع من ثديها غير مُلمٍّ بأسرارها ومقاصدها (3).

أما ابنُ تيمية - رحمه الله - فقد اشترط العلم بمقاصد الشريعة حيث يقول: "وإلى ساعتي هذه، ما علمتُ قولاً قاله الصحابة ولم يختلفوا فيه، وكان القياس معه؛ لأن العلم بصحيح القياس وفاسده من أجلّ المعلوم، وإنما يعرف ذلك من كان خبيراً بأسرار الشرع ومقاصده، وما اشتملت عليه شريعة الإسلام من الحاسن، التي تفوق التعداد، وما تضمنته من مصالح العباد، في المعاش والمعاد، وما فيها من الحكمة البالغة، والرحمة السابغة، والعدل التام" (4).

فهو يعتبر الخبر، والدراسة، والغوص في مقاصد الشريعة وأسرارها، من أجلّ العلوم التي تلزم العالم، بل إنه يعتبر معرفة حكمة الشريعة ومقاصدها ومحاسنها خاصةً الفقه في الدين (5).

(1) المصدر نفسه، ص 107.

(2) المصدر نفسه، ص 120.

(3) إعلام الموقعين، لابن القيم، شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1968م. 3/3.

(4) مجموع الفتاوى، لابن تيمية، ط1، 1398هـ. 583/20.

(5) المصدر نفسه 354/11.

إن لمقاصد الشريعة أهميةً كبيرةً " لتكون نبراساً للمتفقهين في الدين، ومرجعاً بينهم عند اختلاف الأنظار، وتبدل الإعصار (ماذا يقصد بالأعصار هنا؟)، وتوصلاً إلى إقلال الاختلاف بين فقهاء الأمصار، ودربةً لاتباعهم على الإنصاف في ترجيح بعض الأقوال على بعض، عند تطاير شرر الخلاف" (1).

ونظراً لأهمية معرفة حكم التشريع، وعلله، وغاياته العامة والخاصة، في مختلف الأعمال، والتقليل من الاختلاف الفقهي بين الفقهاء، والتعصب المذهبي، وذلك في بناء الأحكام الفقهية على مقاصد الشريعة، وهذا ما يدعم هذه الشريعة ومرونتها، وقدرتها على التكيف مع مختلف البيئات، وفي كل الأعصار .

" وليس فقهاء اليوم - وقبل اليوم - بحاجة إلى شيء، قدر حاجتهم إلى مثل هذا التقدير المصلحي السديد، وإلى مثل هذا الحرص الشديد، على مصالح الإسلام والمسلمين، ولا شك أن هذا يرجع إلى خبرة كبيرة بالمصالح والمفاسد، وإلى مستوى عالٍ من التشبع بمقاصد الشريعة" (2).

الشاطبي أبرز علماء المقاصد يقول: " إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين : أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها، والثاني : التمكن من الاستنباط بناءً على فهمه فيها" (3).

ثم قال: " فإذا بلغ الإنسان مبلغاً فهم عن الشارع فيه قصده، في كل مسألة من مسائل الشريعة، وفي كل بابٍ من أبوابها، فقد حصل له وصفٌ هو السبب في تنزله منزلة الخليفة للنبي ﷺ في التعليم والفتيا والحكم بما أنزل الله" (4).

وقد لخص ابنُ عاشور احتياج الفقيه المجتهد إلى معرفة مقاصد الشريعة بخمسة أنحاءٍ أرى أنه من الضروري سردها بإيجازٍ (5):

(1) مقاصد الشريعة لابن عاشور، ص 117.

(2) نظرية المقاصد عند الشاطبي، لأحمد الريسوني، الطبعة الرابعة، 1415 هـ. ص 280.

(3) الموافقات للشاطبي، 106/4 - 106.

(4) المصدر نفسه 106/4 - 107.

(5) مقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور، ص 131.

التحوي الأول: فهم أقوال ومدلولات الشريعة، اللغوية، واللفظية، والتقليدية، التي عمل بها الاستدلال الفقهي، وتكفل بمعظمها علم الأصول.

التحوي الثاني: البحث عما يعارض الأدلة التي لاحت للمجتهد، فإن استيقن من سلامة الدليل أعمله، وإن ألقى له معارضاً نظراً في كيفية العمل بالدليلين معاً، أو رجحان أحدهما على الآخر.

التحوي الثالث: قياس ما لم يرد حكمه في أقوال الشارع، على حكم ما ورد حكمه فيه، بعد معرفة علل التشريعات الثابتة.

التحوي الرابع: إعطاء حكمٍ لفعلٍ أو حادثٍ حدث للناس، لا يعرف حكمه فيما لا يحل للمجتهدين من أدلة الشريعة، ولا نظير له يقاس عليه.

التحوي الخامس: تلقي بعض أحكام الشريعة الثابتة عنده من لم يعرف علل أحكامها، ولا حكمة الشريعة في تشريعها، فهو يتهم نفسه بالقصور عن إدراك حكمة الشارع منها، ويستضعف علمه في جنب سعة الشريعة فيسمى هذا النوع بالتعبدي؛ فالفقيه بحاجة إلى معرفة مقاصد الشريعة في هذه الأنحاء كلها.

المطلب الثالث: أهمية مقاصد الشريعة بالنسبة للمسلم

العامي أو المقلد.

أهمية المقاصد بالنسبة للمسلم العامي أو المقلد:

التقليد في عرف الأصوليين هو اعتماد الإنسان على غيره في أخذ الأحكام الشرعية بلا دليل.

الفرق بين التقليد والاتباع:

ذهب بعض العلماء إلى أن التقليد والاتباع لفظان مترادفان معناهما واحد؛ لأن كلا منهما يطلق على مجرد الاتباع، سواء كان هذا الاتباع مذموماً أم محموداً، وذهب البعض الآخر إلى أنهما لفظان متباينان، وأن معنى التقليد غير معنى الاتباع، فالتقليد: هو قبول قول الغير بلا حجة ولا برهان وأما الاتباع فهو: قبول القول الذي قامت حجته وثبت دليله، وقد انقسم الفقهاء في ضرورة معرفة العامي المقلد لمقاصد الشريعة إلى فريقين:

الفريق الأول: يرى أنه لا حاجة للمسلم العامي لمعرفة المقاصد وأن المجتهد هو المعني بذلك، حيث يقول ابن عاشور - رحمه الله - وليس كل مكلف بحاجة إلى معرفة مقاصد الشريعة؛ لأن معرفة المقصد نوع دقيق من أنواع العلم فحق العامي أن يتلقى الشريعة، بدون معرفة المقصد؛ لأنه لا يحسن ظنه ولا تنزيهه، ثم يتوسع للناس في تعريفهم المقاصد بمقدار ازدياد حظهم من العلوم الشرعية، لئلا يضعوا ما يلقنون من المقاصد في غير مواضعه، فيعود بعكس المراد".⁽¹⁾

وكذلك يقول الدكتور يوسف العالم - رحمه الله - : "والمكلف إما أن يكون مقلداً أو مجتهداً، فإذا كان عامياً مقلداً فالأصل فيه أن يتلقى الشريعة بدون معرفة مقاصدها التي ترمي إليها تفصيلاً؛ لأن معرفة المقاصد نوع دقيق من أنواع العلم لا يخوض فيه إلا من بلغ درجة من العلم، ووهب قدراً من لطف الذهن واستقامة الفهم".

ويقول أيضاً: "فالقلد لا بد له من قائد يقوده، وحاكم يحكم عليه وعالم يقتدي به، ولا يجوز للعقل تقليد الغير مع علمه بأنه ليس من أهل ذلك الأمر، كما أنه لا يمكن أن يسلم المريض نفسه إلى من يعلم أنه ليس بطبيب، إلا إذا كان فاسد العقل"⁽²⁾.

بينما يرى الفريق الثاني غير هذا، وتتجلى أهمية المقاصد عندهم بالنسبة للعامي المقلد في الأمور التالية :

1 - يجب على المسلم أن يوافق قصده قصد الشارع الحكيم، وإذا كان الأمر كذلك فلا بد أن يعرف المكلف مقاصد الشارع بحيث تكون مقاصده تابعة لمقصد الشارع ومحكومة بها، فلا يحاول التهرب منها، أو التحايل عليها، لما سيعود عليه من نتائج وخيمة، وأضرار جسيمة، ومفاسد جمّة، ويعرض نفسه لمواقف يكون فيها مذموماً لا ممدوحاً، و موزوراً لا مأجوراً⁽³⁾.

2- معرفة المقاصد تعطي المسلم مناعة كافية - وخاصة في وقتنا الحاضر - ضد الغزو الفكري والعقدي، والتيارات المستوردة، والمبادئ البراقة والدعوات الهدامة، التي يتستر أصحابها

(1) مقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور، ص 134-135.

(2) المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، دكتور يوسف العالم، طبع دار الحديث، القاهرة والدار السودانية بالخرطوم

1417هـ/1997م. ص107

(3) الثبات والشمول للسنياني، ط1، مكتبة المنارة، مكة المكرمة، 1988م. ص260.

وراء دعاية كاذبة، ويبدلون جهدهم لإخفاء محاسن الشريعة وتشويه معالمها، والافتراء عليها، وإلصاق الشبه والأصاليب بها، والتمويه على السذج والبسطاء وأنصاف المتعلمين بالاطلاء الخادع والمكر المكشوف⁽¹⁾.

3- كما أن معرفة المقاصد بالنسبة للعامي المقلد زيادة للإيمان بالله وترسيخ للعقيدة في قلبه، لتكون عنده القناعة الكافية في دينه وشريعته، ويسعى جاهداً للالتزام بأحكامها، ويحذر من مخالفتها، ويرفض الاستعاضة عنها، فيزداد محبة لشريعته وتمسكاً بدينه، وثباتاً على صراطه المستقيم، فيفخر بدينه ويعتز بإسلامه⁽²⁾.

4- وتظهر أهمية المقاصد بالنسبة للداعية في ترتيب سلم الأولويات في الدعوة إلى الله سبحانه، فيقدم الضروريات على الحاجيات والتحسينات، ويقدم الأصل على التابع، ويقدم ما فيه مصلحة عامة، على ما فيه مصلحة خاصة، ويحذر الناس من الضرر الأكثر خطورة، قبل تحذيره لهم من الضرر الأقل خطورة، ويخاطب الناس على قدر عقولهم ومستوياتهم من الفهم، والداعية كالطبيب، لا بد له من معرفة المقاصد؛ لأنها الدواء الذي يجب أن يقدمه في الوقت المناسب وفي الظروف المناسب، ويسمى هذا بمصطلح العصر فقه الواقع.

يقول العزُّ بنُ عبد السلام في معرض بيان مقصده وغايته من تأليف كتابه "قواعد الأحكام"⁽³⁾: "الغرض من وضع هذا الكتاب، بيان مصالح الطاعات والمعاملات، وسائر التصرفات؛ ليسعى العباد في تحصيلها، وبيان مقاصد المخالفات، ليسعى العباد في درئها، وبيان مصالح العبادات، ليكون العباد على خيرٍ منها، وبيان ما يقدم من بعض المصالح على بعض، وما يؤخر من بعض المفاسد على بعض، وما يدخل تحت اكتساب العباد، دون ما لا قدرة لهم عليه، ولا سبيل لهم إليه".

والشريعة كلها مصالح: إما تدرأ مفاسد أو تجلب مصالح، فإذا سمعت قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾ فتأمل وصيته بعد ندائه، فلا تجد إلا خيراً يحثك عليه، أو شراً يحذرك منه، أو

(1) مقاصد الشريعة، محمد الزحيلي، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية عدد "6"، جامعة أم القرى، مكة

المكرمة 1420هـ، ص 309-312

(2) الثبات والشمول، ص 260، ومقاصد الشريعة لمحمد الزحيلي، ص 309-312.

(3) 189 / 2.

جمعاً بين الحثِّ والتحذير، وقد أبان في كتابه ما في بعض الأحكام من مفساد حثنا على اجتنابها، وما في بعض الأحكام من مصالح حثنا على الإتيان بها".

المطلب الرابع : الطرق التي تعرف مقاصد الشارع

الطريق الأول : تعرف المقاصد بفهم الكتاب والسنة، وذلك بواسطة العلماء من هذه الأمة وهما :

أولاً : حفاظ القرآن الكريم والحديث الذين حفظوا على الأمة مصادر الدين ، وحموا موارده من التغيير والتكرير إلى أن وصلت إلى الخلق صافية نقية من الأدناس .

ثانياً : فقهاء الإسلام ومن دارت الفتيا على أقوالهم بين الأنام الذين خصوا باستنباط الأحكام وعنوا بضبط قواعد الحلال والحرام فهم في الأرض بمنزلة النجوم في السماء، بهم يهتدي الحيران في الظلماء وحاجة الناس إليهم أعظم من حاجتهم إلى الطعام والشراب ، وهم المجتهدون المبلغون لأحكام دين الله بعد الرسول ﷺ والتبليغ يعتمد على العلم بما يبلغ و الصدق فيه ، وإلا لم تصح مرتبة التبليغ⁽¹⁾. وقال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى : " ليس لأحد أبدا أن يقول في شيء حلّ ولا حرام إلا من جهة العلم، وجهة العلم الخبر في الكتاب والسنة، أو الإجماع والقياس⁽²⁾ ".

ثم بين أن العلم بكتاب الله يتوقف على العلم باللغة العربية لفظاً ومعناً ،ومعرفة الناسخ والمنسوخ كما مر بنا في بداية هذا البحث ،وما جاء في الكتاب مفروضاً ، وما جاء للأدب والإرشاد والإباحة : أي الفرق بين الأمر الذي هو للوجوب على أصله، وبين الأمر الذي دلت القرائن على أنه ليس للوجوب .

ثم المعرفة بالوضع الذي وضع الله فيه نبيه المبيّن للناس ما نزل إليهم من الأحكام، وما أراد الله بجميع فرائضه، ومن أراد أكل الناس أم بعضهم دون بعض، وما افترضه على الناس من طاعته والانتهاة إلى أمره ثم معرفة ما ضرب الله من الأمثال الدالة على طاعته المبينة لاجتناب معصيته، وترك الغفلة عن ،،،،، والازدياد من نوافل الخير .

(1) أعلام الموقعين 6/1-7.

(2) الرسالة للإمام الشافعي تحقيق أحمد شاكر، ص: 39 .

وأن القياس ما طلب بالدلائل من موافقة الخبر المتقدم من الكتاب والسنة، لأنها علم الحق المفترض طلبه، وموافقته تكون من وجهين :

أحدهما : أن الله ورسوله حرم الشيء منصوصاً أو أحله لمعنى.

فإذا وجدنا ما في مثل ذلك المعنى، فيما لم ينص عليه بعينه، كتاب أو سنة أحللناه أو حرمناه؛ لأنه في معنى الحلال أو الحرام .

ثانيهما : أن تجرد الشيء منه، والشيء من غيره، ولا تجرد شيئاً أقرب به من أحدهما فتلقه بأولى الأشياء شبيهاً به، كما في جزاء الصيد.

فطلب موافقة الخبر الوارد في الكتاب أو السنة هو مقصود المجتهد في إجراء عملية القياس، لأن الكتاب والسنة يعتبران علماً للحق الذي أتى به الرسول ﷺ من عنده.

الطريق الثاني: استقراء تصرفات الشارع.

جاء في قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام⁽¹⁾، "من تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع، ولا نص ولا قياس خاص فإن فهم نص الشارع يوجب ذلك".

فإذا كان فهم الشريعة يخلق الملكة القوية في معرفة المصالح والمفاسد وباستقراء الجزئيات يمكننا أن نصل إلى مقصد كلي للشارع، وباستقراء الأحكام التي عرفت عللها عن طريق مسالك العلة، فإنه بذلك يحصل العلم بمقاصد الشارع بسهولة؛ لأننا إذا استقرينا عللاً كثيرةً متماثلةً في كونها ضابطاً لحكمة متحدة، أمكننا أن نستخلص منها حكماً واحداً، فنحزم بأنها مقصد شرعي، كما يستنتج من الجزئيات مفهوماً كلياً على حسب قواعد المنطق، مثال ذلك: أننا إذا علمنا علة نهي النبي ﷺ - عن المزبنة الثابتة بمسلك الإيمان في قوله ﷺ - لمن سأله عن بيع التمر بالرطب، «أينقص الرطب إذا جفّ؟ قال: نعم، قال فلا إذا»، فيحصل لنا بذلك أن علة تحريم المزبنة - وهي بيع مجهول بمعلوم، أو مجهول بمجهول من جنسه - وهي الجهل بمقدار أحد العوضين، وهو الرطب منها المبيع باليابس؛ لأنه ينقص بالجفاف. وإذا علمنا النهي عن بيع الجزاف بالمكيل، وعلمنا أن علته جهل أحد العوضين بطريق استنباط العلة، فإننا نصل إلى مقصد الشارع بتجنب الغرر بقدر الإمكان.

ومن ذلك نهيهِ - ﷺ - « عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع ، وعن بيع ما في ضروعها إلا بكيلٍ ، وعن شراء العبد وهو آبقٌ ، وعن شراء المغنم حتى تقسم ، وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغواص »⁽¹⁾.

أي الذي يغوص في البحر لأجل الجواهر، والعلة في جميع ذلك ترجع إلى الجهالة والغرر، وعدم القدرة على التسليم، وضربة الغواص المراد بذلك أن يقول من يعتاد الغوص في البحر لغيره: ما أخرجته في هذه الغوصة فهو لك بكذا من الثمن، فإن هذا لا يصح لما فيه من الغرر والجهالة.

وبعد معرفة هذه العلل وغيرها في مجال العقود المنهي عنها، لهذا السبب يمكننا أن نستخلص منها قصداً واحداً: وهو إبطال الغرر في المعاملات . وبذلك لا يبقى خلافٌ في أن كل تعارضٍ اشتمل على خطرٍ، أو غررٍ وجهالةٍ، في ثمنٍ أو مثنٍ، أو أجلٍ فهو تعارضٌ باطلٌ⁽²⁾.

الطريق الثالث : الاهتداء بالصحابة:

ومن الطرق التي نتعرف بها على مقاصد الشارع : الاهتداء بالصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، والافتداء بهم في فهم الأحكام من الكتاب والسنة، وتطبيقها على الوقائع . وذلك لما توفر فيهم من صدق الإيمان، وفصاحة اللسان، وأصول البيان، ومعاصرهم لنزول القرآن، ومشاهدتهم لمن كلف بيان القرآن بأفعاله وأقواله وإقراراته، مع ما امتازوا به من دواعي الحفظ والوعي، وصفاء السريرة والسيرة ، وفطانة الذهن، وطهارة القلب والانقياد والإخلاص لدين الإسلام وشريعته ، وطاعة رسوله ، فهم هداة الأمة، وقادة المجتهدين، وسادة العلماء، الحائزون على تركية أفضل الخلق أجمعين ، وهم عدول كامل ، وما جرى من أمرهم يؤول .

وجاء في أعلام الموقعين لابن القيم " وقد كانت الصحابة أفهم الأمة لمراد نبيها، وأتبع له، وإنما كانوا يدندنون حول معرفة مراده، ومقصوده ولم يكن أحد منهم يظهر له مراد رسول الله ﷺ ثم يعدل عنه إلي غيره البتة، والعلم بمراد المتكلم يعرف تارة من عموم لفظه ، وتارة من

(1) رواه أحمد والترمذي و ابن ماجه ، نيل الأوطار 168/5

(2) نيل الأوطار 169 /5

عموم علته والحالة على الأول أوضح لأرباب الألفاظ وعلى الثاني أوضح لأرباب المعاني والفهم والتدبير⁽¹⁾.

وأما معرفة المقاصد التي بنيت عليها الأحكام فعلم دقيق لا يخوض فيه إلا من لطف ذهنه، واستقام فهمه.

أما قوانين التشريع، والتيسير، وأحكام الدين فتلقوها من مشاهدة مواقع الأمر والنهي، كما أن جلساء الطيب يعرفون مقاصد الأدوية، التي كانوا في الدرجة العليا من معرفتها⁽²⁾.

فمن له اعتناءً شديداً بمذهب رجلٍ وأقواله، بفهم مراده من تصرفاته ويخبر عنه بأنه يفتي بكذا، وأنه لا يقول بكذا، وجميع أتباع الأئمة مع أئمتهم بهذه المثابة، فكيف بمن هم هداة الأمة، وحملة الرسالة عن رسول الهدى والرحمة فلا بد من أن يكونوا في الدرجة العليا من فهم بالقول وإدراك ما يرمي إليه. ونحن نعلم أن كل من لازم إنساناً منذ نشأته إلى أن بلغ أشده وعلم طبعه، يكون أولى الناس بمعرفة مقاصده من أقواله وتصرفاته، والمراد من عباراته.

فالصحابة رضوان الله عليهم: عاصروا مبدأ نزول التشريع ولازموه وعزروه ونصروه إلى أن بلغ أشده بقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾⁽³⁾، فهم إذا أجدد الناس بفهم عباراته ومعرفة مقاصده، فعن طريقهم وصلت الشريعة إلى التابعين، وتابعيهم، والأجيال المتعاقبة إلى يومنا هذا.

(1) انظر أعلام الموقعين 1/265-266

(2) حجة الله البالغة، لأحمد ولي الله الدهلوي، ط، محمد جمال الدين، 1/136

(3) سورة المائدة: الآية : 3

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وآله وصحبه أجمعين.

1- إن الاجتهاد في الشريعة الإسلامية قيم بقدم الشريعة نفسها فقد جاءت به السنة النبوية المطهرة وتناوله الصحابة رضوان الله عليهم والتابعون وتناقله علماء الأمة قديما وحديثا إلى عصرنا هذا.

2- إن معرفة المقاصد والإمام بما أمر ضروري للمجتهد كما يرى بعض علماء الأصول.

3- العلماء متفقون على أن الشريعة لها مقاصد في كل ما شرعته ويعرف ذلك باستقراء الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة وعمل الصحابة الكرام واستنباط المجتهدين من هذه الأمة للأحكام.

4- الاجتهاد في مقاصد الشريعة هدفه وغايته هو مصلحة العباد وسعادتهم في الدنيا والآخرة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين
وصلّى الله وسلّم على نبينا الكريم وعلى آله وصحبه أجمعين

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.
- 1- إرشاد الفحول لمحمد الشوكاني، ط ، الحلبي.
 - 2- إعلام الموقعين لابن القيم، ط ، شركة الطباعة الفنية المتحدة ، 1968 م .
 - 3- الأُمّ للإمام الشافعي، ط، مكتبة الكليات الأزهرية.
 - 4- الاعتصام للإمام الشاطبي ، ط ، المكتبة التوفيقية، القاهرة .
 - 5- الموافقات للإمام الشاطبي ، ط ، دار الحديث ، القاهرة .
 - 6- المستصفي للإمام الغزالي، ط، مصطفى محمد ، القاهرة .
 - 7- الرد على من أخلد إلى الأرض للسيوطي ، ط ، الإسكندرية ، 1984 م .
 - 8- الرسالة للإمام الشافعي، ت - أحمد شاكر، ط ، الحلبي .
 - 9- الثبوت والشمول للسفياني، ط 1، مكتبة المنارة ، مكة المكرمة 1988 م .
 - 10- المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ليوסף العالم، ط ، دار الحديث ، القاهرة، 1997م.
 - 11- حجة الله البالغة لولي الله الدهلوي، ط ، محمد جمال الدين.
 - 12- صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله البخاري ، ط، دار ابن كثير، دمشق ، سنة 1978م.
 - 13- فقه الأولويات لمحمد الوكيل، ط ، المعهد العالي للفكر الإسلامي بأمریکا 1997م.
 - 14- قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، ط ، دار الكتب العلمية، بيروت .
 - 15- مختار الصحاح لمحمد الرازي ، ط ، الهيئة المصرية للكتاب .
 - 16- مختار القاموس للطاهر أحمد الرازي ، ط ، الدار العربية للكتاب .
 - 17- مقاصد الشريعة لابن عاشور، ت . محمد المساوي، ط، دار النفائس، الأردنية، 1999م.
 - 18- لسان العرب لابن منظور، ط ، دار لسان العرب، بيروت .
 - 19- مجموع الفتاوى لابن تيمية، ط ، 13 هـ .
 - 20- نيل الأوطار لمحمد الشوكاني ط ، الحلبي .
 - 21- نظرية المقاصد عند الشاطبي لأحمد الريسوني، ط، 1415 هـ .
 - 22- مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، عدد6، جامعة أمم القرى، مكة المكرمة 1420هـ.

مدى وجوب الحكم بالدية في القتل الخطأ

في ضوء القانون رقم 18 لسنة 2016 م بشأن تعديل بعض

أحكام قانون القصاص والدية رقم 6 لسنة 1423م

تعليق على حكم قضائي في الدعوى

رقم 32 / 2016م مرور الخمس

إعداد الدكتور: عبد المنعم إمام الطرايعي

أستاذ القانون الجنائي كلية القانون / جامعة المرقب

مقدمة:

بعد صدور القانون رقم 18 لسنة 2016 م بشأن تعديل بعض أحكام قانون القصاص والدية رقم 23 لسنة 1423م، واجهت المحاكم الليبية العديد من الإشكاليات القانونية المتعلقة بتطبيق هذا القانون، منها تلك المتعلقة بمدى وجوب التزام القاضي بالحكم بالدية في جريمة القتل الخطأ، حيث تصدت بعض المحاكم لهذه المسألة محاولة وضع حل ملائم، وسوف يتولى الباحث التعليق على حكم كان قد صدر عن محكمة الخمس الجزئية في الدعوى رقم 32 / 2016م مرور الخمس، قضى برفض الحكم بالدية في جريمة قتل خطأ بواسطة مركبة آلية؛ لعدم وجود مطالبة بالدية من أولياء الدم، وسيعرض الباحث لمناقشة الأسانيد التي بنت عليها المحكمة هذا الحكم؛ لبيان ما إذا كانت مصيبة فيما انتهت إليه، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الوقائع والإجراءات

اتهمت النيابة العامة المتهم... بأنه وبتاريخ 14 / 08 / 2016م وبدائرة قسم مرور

الخمس:

1- قتل بمركبته الآلية نفسًا بالخطأ، وذلك بأن قادها بإهمال وشكل بها حادث مرور،

ونتج عن ذلك وفاة المجني عليه... وعلى النحو المبين بالأوراق.

2- قاد المركبة الآلية بسرعة تزيد على الحد المقرر قانونًا، وعلى النحو المبين بالأوراق...

وطلبت من محكمة الخمس الجزئية دائرة الجرح والمخالفات الأولى معاقبته بموجب نصوص المواد 59... من القانون رقم 11 لسنة 1984م بشأن المرور على الطرق العامة والمعدل بالقانون رقم 18 لسنة 2016 م ، وبالمواد 3 ، 3 مكرر (أ) ، 5 ، 6 ، 7 من القانون رقم 18 لسنة 2016 م بشأن تعديل بعض أحكام قانون القصاص والدية رقم 6 لسنة 1423 م . وفي الجلسة المحددة لنظر الدعوى لم يحضر المتهم؛ فتم تأجيل نظرها إلى جلسة تالية، حيث حضر المتهم وحضر معه دفاعه، وبسؤاله عن التهم الموجهة إليه اعترف بها جميعًا، وطلبت النيابة العامة حجز الدعوى للحكم، مع تمسكها بقرار الاتهام وتطبيق أقصى عقوبة على المتهم.

ثانيًا : الحكم وأسبابه

قضت المحكمة في هذه الواقعة بإدانة المتهم عن جريمة القتل الخطأ وفقًا لقانون المرور، ولم تفصل في طلبات النيابة العامة فيما يتعلق بالحكم بالدية في جريمة القتل الخطأ وفقًا لقانون القصاص والدية وتعديلاته، وكان منطوق حكمها على النحو الآتي: " حكمت المحكمة حضوريًا بإدانة المتهم وبمعاقبته بالحبس ستة أشهر... عن التهمتين الأولى والثانية " القتل الخطأ بواسطة مركبة آلية وتجاوز السرعة المحددة".

وقد ورد بأسباب الحكم "... إن المواد الواردة بقيد الواقعة في قرار اتهام النيابة العامة من القانون رقم 18 لسنة 2016 م. بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 6 لسنة 1423م. بشأن القصاص والدية لا يتسنى تطبيق أحكامها في واقعة الدعوى؛ لأن هذه المحكمة رأت بعد دراستها لمواد القانون المذكور، أن القاضي لا يحكم بالدية على العاقلة وفقًا لأحكام القانون سالف الذكر إلا متى طالب بها أولياء الدم، فالمحكمة استخلصت من نصوص القانون المنوه عنه قربها للتعويض منه للعقوبة، وجانب كبير من الفقه يعتبرها تعويضًا وليس عقوبة، ويتضح ذلك من خلال صياغة نص المادة (الثالثة) من القانون حيث ذكرت أنه: " إضافة إلى العقوبات المقررة بشأن... يحكم القاضي بالدية... "، لم يقل المشرع يعاقب. إضافة إلى ذلك أن الفقرة الثانية من المادة المذكورة ذكرت أن الدية لا تأخذ أحكام الغرامة المقررة في قانون العقوبات، والغرامة كما هو معروف هي نوع من العقوبات عن بعض الجرائم أدرجها المشرع في قانون العقوبات والقوانين المكمل له.

كما أن الدية وفقاً للقانون الجديد أجاز المشرع إسقاطها أو إنقاصها أو طريقة سدادها...، كما نصت المادة الأولى على أنه: "... في حالة عدم وجود اتفاق بين المستحقين للدية والملزوم قانوناً بها ، تطبق على الدية أحكام الدعوى المدنية التابعة، ويفهم من هذا النص وإن كان هذا الحكم ورد في سياق النص المتعلق بالقتل العمد، إلا أنه قياساً عليه فإن في القتل الخطأ في حالة عدم اتفاق أولياء الدم والعاقلة على مقدار الدية، فإنه لا طريق لهم إلا المطالبة بها أمام المحكمة الجنائية، ولا يكون ذلك إلا بصحيفة إدعاء بالحق المدني ويرفعها أولياء الدم إلى جانب الدعوى الجنائية" دعوى مدنية تابعة" عندئذ فإن القاضي الجنائي يكون ملزماً بالحكم بالدية في حالة ثبوت التهمة في حق المتهم.

وعطفاً على ذلك كله أن المشرع في السابق في القانون المعدل رقم 6 لسنة 1423م ذكر كلمة يعاقب من قتل نفساً خطأً بالدية ولم يقل يحكم، مما يدل على أن المشرع في السابق جعلها عقوبة ومن ثم فلا يحتاج الأمر بشأها المطالبة بها من أولياء الدم بل تطلبها النيابة العامة، وحيث إن الأمر كذلك فإنه كان على النيابة العامة ألا تضمن قرار الاتهام المواد 3 ، 3 مكرر، وما بعدها من القانون رقم 18 لسنة 2016 م المشار إليه، خصوصاً أن أولياء الدم لم يقيموا أنفسهم مدعين بالحق المدني أثناء التحقيق وقبلتهم النيابة بهذه الصفة، فليس من المقبول قيامها بذلك، وفي الوقت نفسه ليس من المعقول أن يحكم القاضي بها، ولم يتقدم إليه أحد من المستحقين يطالب بها وفقاً للقانون...".

ثالثاً: الإشكالية التي يثيرها الحكم :

يثير الحكم إشكالية قانونية على قدر كبير من الأهمية تتعلق بمدى وجوب التزام القاضي الجنائي بالحكم بالدية في القتل الخطأ وفقاً لقانون القصاص والدية رقم 6 لسنة 1423م المعدل بالقانون رقم 18 لسنة 2016 م، وذلك في الأحوال التي لا يوجد فيها اتفاق بين العاقلة وأولياء دم المجني عليه على إسقاط الدية أو تخفيفها، وهي من أهم الإشكاليات العملية التي تواجهها المحاكم عند تطبيقها لنصوص الدية في جريمة القتل الخطأ.

وسوف يعرض الباحث لمناقشة بعض التساؤلات المثارة من خلال أسباب الحكم محل التعليق، على النحو الآتي:

1- هل الدية مجرد تعويض مدني؟

يذهب جانب من الفقه المعاصر⁽¹⁾ إلى أن الدية أقرب ما تكون للتعويض منها للعقوبة، وفي المقابل يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الدية عقوبة جنائية⁽²⁾، ومثل هذا الخلاف يجعل من الصعوبة بمكان الجزم بأن الدية هي محض تعويض مدني خالص، أم أنها عقوبة جنائية خالصة، الأمر الذي يجعل الباحث يميل إلى الاتجاه الذي يرى أن الدية هي جزاء من نوع خاص لم تكن معروفة في ظل التشريعات الوضعية من قبل. فهي تتشابه مع كل من التعويض المدني والعقوبة الجنائية. فكونها تتشابه مع العقوبة الجنائية؛ فذاك لأن القاضي يحكم بها دون طلب من أولياء الدم، فهي جزاء يترتب بشكل فوري على تنازل أولياء الدم عن حقهم في القصاص في القتل العمد، وفي القتل الخطأ تترتب بمجرد ثبوت الخطأ ونسبته إلى مرتكبه⁽³⁾.

أما من حيث تشابه الدية مع التعويض المدني؛ فلكون الدية تعويضاً لورثة المجني عليه عما فقدوه من نفع المقتول⁽⁴⁾، بالإضافة إلى أنها تفيد في تسديد ديون هذا الأخير، كما أن القانون رقم 18 لسنة 2016 م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 6 لسنة 1423 م بشأن القصاص والدية، نص صراحة في مادته الأولى على عدم جواز الجمع بين الدية والتعويض

(1) انظر في تفصيل هذه الآراء سعد خليفة العبار، التكييف الفقهي للدية، مجلة البحوث القانونية، جامعة المرج، العدد الأول، السنة الأولى، يونيو 2002، ص 201245-.

(2) وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا بأن: "مفاد نصي المادتين الثالثة والخامسة من القانون رقم 6 لسنة 1423م بشأن القصاص والدية أن الدية هي عقوبة أصلية، ويعاقب بها الجاني في جريمة القتل الخطأ، وأن العقالة هي الملزمة بدفعه الولي المقتول، وأن المجتمع لا يتولى الدية إلا في حالة عدم وجود عاقلة، ومقتضى ذلك أن الحكم بهذه العقوبة إنما يصدر على الجاني وحد هو في خصومة تنعقد بينه وبين النيابة العامة الأمنية على الدعوى العمومية، وأن التزاما لعاقلة بدفع الدية لذوي المقتول هو أمر مترتب على ثبوت مسؤولية الجاني ومعاقبته بالدية وأنها لا يصار إلى أن يتولى المجتمع دفعا لدية إلا إذا لم توجد عاقلة". المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 50/1665 ق، جلسة 4-200424- غير منشور".

(3) د.أبو بكر الأنصاري، شرح قانون العقوبات الليبي - القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص - طرابلس، ط1، 2013 م، ج 1، ص 133.

(4) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

المدني. وعلى كل حال فإن الدية تعتبر عقوبة أصلية لجريمة القتل الخطأ، ونظرًا لشعور المشرع بقرحها من التعويض المدني، وأنها مفروضة على العاقلة، قام بتعزيزها بعقوبة أخرى تعزيرية، تمثلت في الإبقاء على العقوبة المقررة بموجب المادة 59 من قانون المرور رقم 11 لسنة 1984م في حالة حصول القتل الخطأ بواسطة مركبة آلية، وكذلك في إعادة العمل بنص المادة 277 من قانون العقوبات التي تعاقب على القتل الخطأ عمومًا بعقوبة الحبس.

والمحكمة وهي بصدد التدليل على استبعادها تطبيق نصوص القصاص والدية في واقعة الحال انتهت إلى أن الدية أقرب للتعويض منها للعقوبة، والباحث لا يجادلها فيما ذهبت إليه، لكنه لا يجارها في النتيجة التي رتبها على ذلك، فمع التسليم بكون الدية ذات طبيعة مزدوجة، لكن ينبغي ألا يغيب عن الأذهان أنها مقررة بموجب نص في قانون جنائي .

أما ما أوردته المحكمة وهي بصدد تدليلها على قرب الدية من التعويض، من أن صياغة نص المادة الثالثة من القانون الجديد ذكرت أنه "...بالإضافة إلى العقوبات المقررة... يحكم القاضي بالدية". ولم يقل يعاقب. فيرد على ذلك أن نص المادة الثالثة المشار إليه جاء متوافقاً مع ما سبق أن انتهى إليه الباحث من حيث إن الدية ذات طبيعة مزدوجة، والمشرع بدوره وتأكيداً على هذا المعنى استعمل في التعديل الأخير لفظ "يحكم القاضي بالدية" بدل لفظ "يعاقب". والباحث يتفق مع المحكمة في صحة المقدمة التي استهلكت بها قضاءها، لكنه لا يجارها في النتيجة التي خلصت إليها؛ ذلك إن الإشكالية محل البحث لا تكمن في تحديد طبيعة الدية، ولكن في مدى التزام القاضي بالحكم بها، فمن هذه الناحية نص المادة الثالثة الذي استشهدت به المحكمة واضح الدلالة في وجوب الحكم بالدية، وهو بيت القصيد.

2- هل الدية في القتل الخطأ تأخذ حكم الغرامة؟

نصت المادة الثالثة من التعديل الأخير في فقرتها الثانية على أن: "وفي كل الأحوال لا تأخذ الدية أحكام الغرامة المقررة في قانون العقوبات". وقد استشهد الحكم محل التعليق بهذا النص؛ ليؤكد على الطبيعة المدنية للدية، وأنها أقرب للتعويض منها إلى العقوبة، وقد سبقت الإشارة فيما سبق إلى أن الباحث لا ينازع المحكمة في ذلك، فالمشرع في هذا النص فعل عين الصواب - كما يقال - حيث نظرًا للتشابه بين الغرامة والدية كونهما ينصبان على الذمة المالية، أراد المشرع أن يؤكد في هذا النص على أن هذا التقارب لا يعني انسحاب أحكام الغرامة على الدية، ولا يعني بأي حال نفي الطبيعة المزدوجة للدية والتي تدور بين العقوبة والتعويض، أو أن الدية ذات صبغة مدنية خالصة، متناسين أنها قد فرضت بموجب قانون جنائي.

3- هل النص على جواز إسقاط دية القتل الخطأ أو تخفيفها، يدل على عدم وجوب الحكم بها؟

في الشريعة الإسلامية لا تسقط الدية بعد وجوبها إلا بأحد أمرين: بالأداء أو الإبراء وذلك كسائر الحقوق الأخرى⁽¹⁾، ولما كان قانون القصاص والدية جاء تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية؛ فقد كان من الطبيعي أن يتضمن النص على إجازة إسقاط الدية أو التخفيف منها، ولكن لا يجوز الاتفاق على الزيادة في مقدارها⁽²⁾. ولا يصح أن يستنتج من مسلك المشرع في هذا النص عدم وجوب التزام القاضي بالحكم بالدية، فحكم الوجوب مقرر صراحة في المادة الثالثة من قانون القصاص، دون الحاجة لمطالبة أولياء الدم، فإن هم رأوا غير ذلك فقد أتاح لهم المشرع بهذا النص، إسقاط الدية أو التخفيف منها، فالإشكالية التي تحاول المحكمة أن تدلل عليها هي عدم وجوب التزام حكمها بالدية، وليس إجازة إسقاط الدية بعد ثبوتها، وهي مسألة ليست مثارة في واقعة الحال! ومن ثم وإن كان الباحث يتفق مع المحكمة في صحة المقدمة التي انتهت إليها، إلا أنه لا يتفق معها قولاً واحداً في النتيجة التي خلصت إليها.

4 - هل تطبق على الدية في القتل الخطأ أحكام الدعوى المدنية التابعة في

حالة عدم وجود اتفاق بين العاقلة وأولياء الدم، قياساً على القتل العمد؟

تنص المادة الأولى في فقرتها الرابعة من القانون رقم 18 لسنة 2016 م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 6 لسنة 1423 م بشأن القصاص والدية على أنه: "... في حالة عدم

(1) لمزيد من التفصيل راجع د. أحمد فتحي بهنسي، الدية في الشريعة الإسلامية، بيروت لبنان، دار الشروق، 1988 م، ص 159 وما بعدها.

(2) نصت المادة 220 من مشروع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في جمهورية مصر على أنه: "في القتل غير العمد الموجب للدية، لا يجوز التصالح أو الإقرار بمال يجاوز الدية"، وقد ورد بالمذكرة التوضيحية الإشارة إلى أنه كما يرى المالكية وغيرهم، من أن القتل العمد لا دية له أصالة، ومن ثم جاز الصلح عن دم القتل العمد بما قل من المال أو أكثر. (الشرح الصغير ج 2) ص (134). أما بالنسبة لغير العمد - أي شبه العمد والخطأ - فإن الدية واجبة أصالة، ومن ثم لا يجوز التصالح أو الإقرار بمال يجاوز الدية، إذ فيه مخالفة لما قرره الشارع بخصوصها."

لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري، قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة - قانون العقوبات -، القاهرة، دار الفوائد، دار بن رجب، الطبعة الأولى، 2012 م، ص 672.

وجود اتفاق بين المستحقين للدية والملزم قانوناً بأدائها تطبق على الدية أحكام الدعوى المدنية التابعة...". ويثار التساؤل هنا عما إذا كان من الممكن أن ينسحب هذا الحكم على القتل الخطأ، في حالة عدم وجود اتفاق بين أولياء الدم والعاقلة؛ من باب القياس!

ذهب الحكم محل التعليق إلى تطبيق أحكام الدعوى المدنية التابعة على الدية في جريمة القتل الخطأ، في حالة عدم وجود اتفاق من باب القياس، حيث رأت تطبيق الحكم السابق والذي ورد في سياق النص المتعلق بالقتل العمد، في حالة القتل الخطأ في حالة عدم وجود اتفاق بين أولياء الدم والعاقلة على مقدار الدية، ومن ثم لا سبيل لتحصيل الدية إلا عن طريق المطالبة بها أمام المحكمة الجنائية، ولا يكون ذلك - حسب وجهة نظر المحكمة - إلا بدعوى مدنية يتولى رفعها أولياء الدم إلى جانب الدعوى الجنائية "دعوى مدنية تابعة"، عندئذ فإن القاضي الجنائي يكون ملزماً بالحكم بالدية في حالة تبوُّث التهمة في حق المتهم.

ولا شك أن قياس نص المادة الأولى المتعلقة بالقتل العمد على القتل الخطأ في حالة عدم وجود اتفاق بين أولياء الدم والعاقلة، هو محل نظر؛ ذلك أن إفراد المشرع نصوصاً خاصة بالقتل العمد، وأخرى بالقتل الخطأ، يُستنتج منه منطقياً أن المشرع أراد المغايرة في الأحكام بين الجريمتين، ولو أراد غير ذلك لنص عليه صراحة، كما فعل في الفقرة الخامسة من ذات المادة، حيث نص فيها على أنه: "وإذا طالب ورثة المجني عليه أو بعضهم بالدية ولم يمكنهم الاتفاق مع الجاني بشأنها، حكم القاضي بالدية المقررة في المادة (3 مكرر أ) من هذا القانون على القاتل"، فهنا يحكم القاضي بمقدار الدية لجريمة القتل الخطأ؛ لأن المشرع نص صراحة على ذلك، وما كان ليستطيع الحكم بمقدار دية القتل الخطأ لولا وجود هذه الإحالة عليه ولما تقدم فإن مساواة الجريمتين في الحكم في حالة عدم وجود اتفاق بين العاقلة وأولياء الدم من باب القياس، هو قياس مع الفارق، ومن ثم فإن النتيجة التي انتهت إليها المحكمة تفتقر إلى السند القانوني.

ومن جهة أخرى كان على المحكمة أن تنظر إلى نصوص قانون القصاص مجتمعة وترتبط فيما بينها، لأنها إن فعلت ذلك لما كانت في حاجة لمثل هذا القياس؛ كما سنرى في الفقرة التالية:

5- هل يتوقف الحكم بالدية في القتل الخطأ على مطالبة أولياء الدم؟

خلص الحكم محل التعليق إلى أن المشرع في القانون رقم 6 لسنة 1423م عبر بكلمة يعاقب من قتل نفساً خطأً بالدية ولم يقل يحكم، مما يدل - من وجهة نظر المحكمة - أن المشرع في السابق كان يعتبرها عقوبة ومن ثم فلا يحتاج الأمر للمطالبة بها من أولياء الدم، بل

تطلبها النيابة العامة، ثم عدل عن ذلك في التعديل الأخير حيث عبر بكلمة " يحكم القاضي"، وحيث إن الأمر كذلك فإنه كان على النيابة العامة ألا تضمن قرار الاتهام المواد 3، 3 مكرروما بعدها من القانون رقم 18 لسنة 2016 م المشار إليه، خصوصاً أن أولياء الدم لم يقيموا أنفسهم مدعين بالحق المدني أثناء التحقيق وقبلتهم النيابة بهذه الصفة، فليس من المقبول قيامها بذلك، وفي الوقت نفسه ليس من المعقول أن يحكم القاضي بها، ولم يتقدم إليه أحد من المستحقين يطالب بها وفقاً للقانون...".

ويكفي هنا للرد على ما أورده الحكم، أن القاضي الجنائي ملزم بالحكم بالدية بموجب نصوص قانون القصاص رقم 23 لسنة 1423م وتعديلاته، فالمادة الثالثة نصت على أنه بالإضافة إلى العقوبات المقررة بشأن القتل الخطأ في قانون العقوبات وقانون المرور "... يحكم القاضي بالدية المقررة شرعاً على العاقلة..."; حيث لم يجعل الحكم بالدية متوقفاً على طلب مستحقيها، وأكد المشرع على هذا الحكم في المادة الثالثة مكرر (أ) التي نصت على أن الدية مبلغ من المال يُحكم به في أحوال محددة، منها القتل الخطأ. الأمر الذي يدل صراحة على وجوب الحكم بالدية في القتل الخطأ، حتى وإن لم يطلبها أولياء الدم،

أما ما خلصت إليه المحكمة في نهاية أسبابها من أن المشرع في القانون 6 لسنة 1423م عبر بكلمة "يعاقب من قتل نفساً خطأ بالدية ولم يقلل يحكم"، وربت على ذلك نتيجة مفادها: أن المشرع قبل التعديل الأخير للنص يعتبرها عقوبة، وانتهت إلى أن النيابة العامة كان عليها ألا تضمن قرار اتهامها نصوص المواد 3 ن 3، مكرر وما بعدها من القانون رقم 18 لسنة 2016م، حيث إن أولياء الدم لم يقيموا أنفسهم مدعين بالحق المدني أثناء مرحلة التحقيق، ومن ثم يكون من غير المقبول أن يحكم القاضي بالدية دون طلب من مستحقيها قانوناً. فيكفي هنا للرد عليه القول: بأن القاضي الجنائي ملزم بالحكم بالدية بموجب نصوص قانون القصاص رقم 6 لسنة 1423م وتعديلاته على نحو ما تمت الإشارة إليه، والذي يظهر للباحث أن المحكمة أهملت التمييز بين مفهوم الدعويين الجنائية والمدنية ولم تعرها اهتماماً، فالدية في جريمة القتل الخطأ مقررة بموجب قانون جنائي - وليس مدني - ، وهي تشكل جريمة جنائية، والنيابة العامة هي التي تتولى التحقيق فيها وتقوم برفع الدعوى الجنائية إلى القضاء طالبة الحكم بالدية المقررة بموجب نصوص قانون القصاص والدية، وذلك كله بغض النظر عن طبيعة هذه الدية، فمع التسليم بالطبيعة المزدوجة للدية، وأنها تقترب من التعويض المدني، إلا أن ذلك لا يعطي للقاضي الحق في رفع الصفة التجريمية عن هذا السلوك المحرم

بموجب قانون جنائي، وأن تعامل الدية معاملة الدعوى المدنية، فهو ملزم بالحكم بها دون الحاجة لمطالبة أولياء الدم؛ لأنها عقوبة جنائية مقررة بموجب قانون جنائي.

وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا بأن: "مفاد نصي المادتين الثالثة والخامسة من القانون رقم 6 لسنة 1423م بشأن القصاص والدية أن الدية هي عقوبة أصلية، ويعاقب بها الجاني في جريمة القتل الخطأ، وأن العاقلة هي الملزمة بدفعها لولي المقتول، وأن المجتمع لا يتولى الدية إلا في حالة عدم وجود عاقلة، ومقتضى ذلك أن الحكم بهذه العقوبة إنما يصدر على الجاني وحده وفي خصومة تتعقد بينه وبين النيابة العامة الأمانة على الدعوى العمومية، وأن التزام العاقلة بدفع الدية لذوي المقتول هو أمر مترتب على ثبوت مسؤولية الجاني ومعاقبته بالدية...".⁽¹⁾، وبناء على ما تقدم فمتى رفعت الدعوى الجنائية من قبل النيابة العامة واتصلت المحكمة بهذه الدعوى، يتعين على المحكمة والحال هذه أن تفصل في هذه الخصومة، فالقاضي ملزم بالحكم بالدية متى ثبتت له مسؤولية الجاني عن القتل الخطأ، ولا يتوقف الحكم بالدية على طلب أولياء الدم؛ لأنهم ليسوا طرفاً في الدعوى الجنائية المرفوعة من قبل النيابة العامة، كما أنهم لا يملكون رفعها بداية مطالبين الحكم بالدية.

وعلى فرض أن النيابة العامة غفلت في قرار اتهامها عن طلب تطبيق النصوص المتعلقة بالدية، فلا يملك أولياء الدم أن يحلوا أنفسهم محل النيابة العامة ويطلبوا من المحكمة أن تحكم لهم بالدية؛ لأن الدعوى لم ترفع من قبلهم، فهم ليسوا طرفاً فيها، وهو ما يؤكد على الطبيعة الجنائية للخصومة في الحكم بالدية. فكل ما في الأمر أن المشرع أتاح لأولياء الدم الاتفاق مع المتهم بشأن إسقاط الدية أو التخفيف منها، وفي حالة عدم وجود اتفاق فإن الحكم بالدية لا يتوقف على مطالبتهم، وإنما المطالبة تكون من النيابة العامة عن طريق رفع دعوى جنائية، وعلى القاضي أن يحكم بها تطبيقاً لنصوص قانون القصاص والدية المشار إليها، فمن القواعد المسلم بها أن الحكم بالعقوبة الجنائية يكون بناء على طلب من النيابة العامة، وليس للمجني عليه أن يحل محلها في رفع الدعوى الجنائية، إلا ما نص عليه صراحة، كالادعاء المباشر.

(1) المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 501665-ق، جلسة 242004-4م، غير منشور.

الخاتمة:

خلاصة القول: إن المحكمة جانبت الصواب عندما استبعدت تطبيق النصوص المتعلقة بالدية في واقعة الحال، ذلك أن القاضي الجنائي ملزم بالحكم بالدية في جريمة القتل الخطأ، وإن لم يطلبها أولياء الدم، وهذا الوجوب مقرر صراحة في المادة الثالثة من القانون رقم 18 لسنة 2016 م، بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 6 لسنة 1423 م بشأن القصاص والدية، والتي نصت على أنه: "بالإضافة إلى العقوبات المقررة بشأن القتل الخطأ في قانون العقوبات وقانون المرور... يحكم القاضي بالدية المقررة شرعاً على العاقلة..."؛ حيث لم يجعل الحكم بالدية متوقفاً على طلب مستحقيها، وأكد المشرع على هذا الحكم في المادة الثالثة مكرر (أ) من ذات القانون، والتي نصت على أن الدية مبلغ من المال يُحكم به في أحوال محددة منها القتل الخطأ، الأمر الذي يدل صراحة على وجوب الحكم بالدية في القتل الخطأ وإن لم يطلبها أولياء الدم. فالمادة الثالثة من القانون رقم 18 لسنة 2016 م؟، بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 6 لسنة 1423 م بشأن القصاص والدية نصت بداية على وجوب الحكم بالدية، ثم نصت في الفقرة التي تلتها من نفس المادة على جواز الاتفاق بين العاقلة وبين أولياء الدم على إسقاط الدية أو التخفيف منها، بمعنى أن وجوب الدية لا يمنع من إسقاطها أو التخفيف منها، وفي حالة عدم وجود اتفاق يظل القاضي ملزماً بالحكم بالدية، وبيّنت الفقرة التالية من نفس المادة كيفية تقديرها.

إضافة إلى ذلك فإن الدية عقوبة جنائية مقررة بموجب قانون جنائي، وهي وإن تشابهت مع التعويض المدني، إلا أن هذا التشابه لا يزيل عنها وصف العقوبة، ولا يجعل الحكم بها متوقفاً على طلب أولياء الدم؛ فهم وإن أعطوا الحق في إسقاط الدية أو التخفيف منها، تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن ذلك لا يضيف عليهم صفة الخصم في الدعوى الجنائية، فالنيابة العامة - كقاعدة عامة - هي الأمانة على الدعوى الجنائية، والمحكمة عند نظر الدعوى تنقيد بطلباتها، ويتعين عليها أن تفصل فيها، فالمادة الثالثة من قانون القصاص المشار إليه نصت على أنه بالإضافة إلى العقوبات المقررة بشأن القتل الخطأ في قانون العقوبات وقانون المرور ".... يحكم القاضي بالدية المقررة شرعاً على العاقلة..."، حيث لم يجعل الحكم بالدية متوقفاً على طلب مستحقيها، وأكد المشرع على هذا الحكم في المادة الثالثة مكرر (أ)، والتي نصت على أن الدية مبلغ من المال يُحكم به في أحوال محددة منها

القتل الخطأ، الأمر الذي يدل صراحة على وجوب الحكم بالدية في القتل الخطأ حتى وإن لم يطلبها أولياء الدم. وترتيباً على ما تقدم فإنه ينبغي أن نُميّز بين مسألتين:

المسألة الأولى: من حيث وجوب الحكم بالدية في جريمة القتل الخطأ :

يجب على القاضي أن يحكم بالدية وإن لم يطلبها أولياء الدم، وهو ما يفهم صراحة دون عناء من نص المادة الثالثة، والثالثة مكرر من القانون رقم 18 لسنة 2016 م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 6 لسنة 1423 م بشأن القصاص والدية، إضافة إلى أن القاضي يحكم بالدية لأنها عقوبة جنائية مقررة بموجب قانون جنائي، والنيابة العامة طلبت تطبيقها في دعوى جنائية مرفوعة أمام المحكمة التي يتعين عليها أن تفصل في هذا الطلب إيجاباً أو سلباً، وليس لها أن تستبعد طلب النيابة بحجة أن أولياء الدم لم يطالبوا بالدية، فهؤلاء ليست لهم أية صفة في الدعوى الجنائية.

المسألة الثانية: من حيث مقدار ما يحكم به من الدية في القتل الخطأ

هنا ينبغي التمييز بين فرضين: الفرض الأول: في حالة وجود اتفاق بين العاقلة وبين أولياء الدم على إسقاط الدية أو التخفيف منها، هنا يحكم القاضي بإسقاط الدية أو يحكم بها مخففة حسب الاتفاق بين الطرفين، والفرض الثاني: في حالة عدم وجود اتفاق بين مستحقي الدية والملتزم بها قانوناً، وفي هذه الحالة يظل حكم الوجوب بالدية قائماً، إلا أنه فيما يتعلق بمقدارها يتعين على القاضي أن يطبق حكم الفقرة الرابعة من المادة الثالثة مكرر من القانون رقم 18 لسنة 2016 م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 6 لسنة 1423 م بشأن القصاص والدية، والذي حدد مقدار الدية في حالة عدم وجود اتفاق، بمعنى أن أثر وجود أو عدم وجود اتفاق بين مستحقي الدية والملتزمين بها، ينحصر فقط في مقدار ما يُحكم به من الدية أو إسقاطها، وليس له علاقة بوجوب الحكم بالدية، والذي هو ليس محل جدل أصلاً؛ كونه مقرراً صراحة بمقتضى النصوص، ومن ثم لا اجتهاد مع صراحة النص.

وأخيراً يقترح الباحث: إضافة فقرة ثانية إلى نص المادة الثالثة تتضمن النص صراحة على أن الحكم بالدية في القتل الخطأ لا يتوقف على طلب أولياء الدم، ويكون نصها على النحو الآتي: " لا يتوقف الحكم بالدية في القتل الخطأ على طلب أولياء الدم".

كما يقترح الباحث على النيابة العامة - في واقعة الحال - أن تعرض ملف الدعوى من جديد على ذات المحكمة؛ لتفصل في طلبها المتعلق بالحكم بدية القتل الخطأ على الجاني، ذلك أنه من المقرر أنه متى أغفلت المحكمة الفصل في بعض طلبات النيابة في منطوق حكمها، وتعدر أن يستفاد ذلك ضمناً من أسبابها، ففي هذه الحالة يبقى الحكم صحيحاً،

لكن يتعين على النيابة العامة أن ترجع مرة أخرى إلى ذات المحكمة وتطلب منها الفصل في هذه الطلبات؛ إعمالاً للمادة 292 من قانون المرافعات والتي تنص على أنه: "إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعية جاز لصاحب الشأن أن يكلف خصمه بالحضور أمامها لنظر هذا الطلب والحكم فيه"، حيث تظل محكمة الدرجة الأولى مختصة بنظر الطلبات التي لم تفصل فيها، ولا تملك النيابة العامة أن ترفع الأمر إلى المحكمة الاستئنافية؛ لأن هذه الأخيرة تقتصر سلطتها في نظر الدعوى المرفوعة أمامها، على ما فصلت فيه محكمة الدرجة الأولى، فولاية محكمة الدرجة الأولى تظل قائمة فيما لم تفصل فيه من طلبات⁽¹⁾.

وربما يقول قائل؛ إن المحكمة فصلت في طلب النيابة العامة حين استبعدت تطبيق النصوص المتعلقة بتطبيق الدية على واقعة الحال، ولكن يرد على ذلك بأن المحكمة وفقاً لنص المادة 284 من قانون الإجراءات يتعين عليها أن تفصل في الطلبات التي تقدم إليها من الخصوم، وما قامت به المحكمة لا يعتبر فصلاً في طلب النيابة العامة؛ فهي لم تتطرق إلى بحث ما طلبته النيابة من الناحية الموضوعية، فموضوع أحكام المحكمة الجزئية تكون إما بالإدانة أو بالبراءة⁽²⁾، أو بعدم الاختصاص؛ إذا تبين لها أن الجريمة المحالة إليها من اختصاص محكمة الجنايات. وعلى ذلك فليس للمحكمة من سبيل - إذا رأت عدم انطباق نص معين؛ لاختلال شرط ما- إلا أن تحكم ببراءة المتهم⁽³⁾.

وقد يعترض علينا معترض فيقول: إن ما قامت به المحكمة من استبعاد تطبيق نصوص قانون القصاص والدية، يدخل إطار سلطتها في تغيير الوصف القانوني للفعل وتعديل قرار الاتهام، وللإجابة عن هذا الاعتراض يمكن القول: صحيح أن المادة 281 من قانون الإجراءات الجنائية نصت على أن للمحكمة أن تغير في حكمها الوصف القانوني للفعل المسند للمتهم، كما أن لها أن تجري تعديلاً على التهمة بإضافة ظروف التشديد، ولو لم تذكر

(1) د. مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، بنغازي، الجامعة الليبية كلية الحقوق، ط1، ج2، 1971م، ص 279280.

(2) يستفاد هذا الحكم من نص المادة 277 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي حيث نصت على أنه: "إذا كانت الواقعة غير ثابتة أو كان القانون لا يعاقب عليها، تحكم المحكمة ببراءة المتهم... أما إذا كانت الواقعة ثابتة وتكون فعلاً معاقباً عليه فتقضي بالعقوبة المقررة في القانون."

(3) د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، الإسكندرية، منشأة المعارف بالإسكندرية، (ب، ط)، 1996، ص 695.

بأمر الإحالة أو بالتكليف بالحضور، وما قامت به المحكمة في الحكم محل التعليق لا يدخل تحت أي حالة مما ذكر أعلاه.

وإذا كان الفقه قد درج على التأكيد على ضرورة التزام المحكمة بالوقائع التي رفعت عنها الدعوى، وعدم إضافة أية وقائع جديدة، إلا أنه من جهة أخرى يرى أن للمحكمة أن تعدّل التهمة باستبعاد وقائع واردة بأمر الإحالة أو ورقة التكليف بالحضور⁽¹⁾، وما قامت به المحكمة هو استبعاد تطبيق نصوص قانونية، وهذا تعديل باستبعاد تطبيق نصوص وليس استبعاد وقائع، وهو مما يخرج عن سلطة المحكمة؛ فالفصل في طلبات النيابة العامة لا يكون بالاستبعاد، إنما يكون بالبراءة أو الإدانة أو بعدم الاختصاص على نحو ما تمت الإشارة إليه.

فالمحكمة في هذا الحكم حاولت أن تمسك العصا من المنتصف - كما يقال - فلا هي اعتبرت الدية عقوبة جنائية وفصلت فيها على هذا الأساس، ولا سارت حتى النهاية وفقاً لمنطقها في معاملة الدية معاملة الدعوى المدنية، من حيث وجوب المطالبة بها كما هو الحال في الدعوى المدنية، وأن تفصل في الدية كما تفصل في الدعوى المدنية، حيث لم يتضمن حكمها الفصل في الدية كدعوى مدنية.

قائمة المراجع:

- 1- د. أبو بكر الأنصاري، شرح قانون العقوبات الليبي - القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص - طرابلس، الطبعة الأولى، 2013 م.
- 2- د. أحمد فتحي بهنسي، الدية في الشريعة الإسلامية، بيروت لبنان، دار الشروق، 1988 م.
- 3- د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، الإسكندرية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996 م.
- 4- سعد خليفة العبار، التكييف الفقهي للدية، مجلة البحوث القانونية، جامعة المرج، العدد الأول، السنة الأولى، يونيو 2002 م.
- 5- لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري، قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة - قانون العقوبات، القاهرة، دار الفوائد، دار بن رجب، الطبعة الأولى، 2012 م.
- 6- د. مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، بنغازي، الجامعة الليبية كلية الحقوق، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، 1971 م.

(1) د. مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ج 2، المرجع السابق، ص 130 وما بعدها.

القاعدة الفقهية

" الرخص لا تناط بالمعاصي "

دراسة تحليلية

إعداد الدكتور: مصطفى علي الجهاني

كلية التربية - جامعة طرابلس

تقديم

الحمد لله رب العالمين، جعل أهل العلم يرجع إليهم السائلين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه أجمعين.

إن من أهم مقاصد التشريع الإسلامي: تحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم؛ لأنه سبق في علم الله أن هذا المقصد لا يتحقق إلا بالنهي عن الفواحش والرذائل، والتشديد على مرتكبي الرذائل والفواحش؛ ذلك لأنها تتنافى مع قيام حياة آدمية مستقيمة يتمكن الإنسان من خلالها التمتع بحقوقه، ويؤدي واجباته بكل أريحية واطمئنان.

وإن من نهى عن المعاصي والفواحش والرذائل، يستبعد أن يشرع من الرخص ما يسهل على مرتكبي المعاصي ارتكابها، وقد فهم الفقهاء هذا المعنى من خلال نصوص القرآن والسنة النبوية، فوضعوا هذه القاعدة الفقهية " الرخص لا تناط بالمعاصي ".

وسأحاول في هذا البحث المتواضع أن أتناول هذه القاعدة بالدراسة والتحليل، وذلك

من خلال هذه العناوين :

- معرفة معاني ألفاظ القاعدة، والمعنى العام لها، ودليلها.
- معنى الرخصة لغة اصطلاحا.
- حكم الرخصة.
- حكم الرخصة.
- أنواع الرخصة وأقسامها.

- المعصية لغة واصطلاحاً.
- أقسامها وحكم كل منها.
- العلة في التشديد على اجتناب الكبائر.
- حكم الإصرار على ارتكاب الصغائر.
- أقوال العلماء في القاعدة.
- الخاتمة وأتناول فيها أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث.

نص القاعدة: الرخص لا تناط بالمعاصي⁽¹⁾

ألفاظ القاعدة لغة:

الرخص من رخص ويراد به معان منها:
الرُّخص: ضد الغلاء، وقد رخص السعر بالضم رخصاً، وأرخصه الله فهو رخيص،
وارتخص الشيء: اشتراه رخيصاً.
والرُّخصة في الأمر: خلاف التشديد فيه، وقد رخص له في كذا ترخيصاً فترخص:
سهل ويسر فيه.
والرُّخص: الناعم⁽²⁾.
لا: نافية.
تناط: ناط الشيء ينوطه نوطاً، علقه⁽³⁾.

(1) الأشباه والنظائر لتاج الدين عبد الوهاب السبكي. ت: عادل عبد الموجود، وعلي معوض. م: دار الكتب العلمية: 1/ 135، والأشباه والنظائر للسيوطي: 153، والمثور في القواعد لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن بھادر. ت: محمد إسماعيل. ط: الأولى. م: دار الكتب العلمية. بيروت: 1/ 371
(2) المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية بمصر. ط: الثالثة. م: مطابع الأفيست بشركة الإعلانات الشرقية. ط: الثالثة. مادة "رخص": 1/ 348
(3) لسان العرب لجمال الدين محمد بن مكرم بن منظور. تقديم: عبد الله العلائي. تصنيف: يوسف خياط. م: دار لسان العرب. مادة "نوط": 3/ 743

المعاصي: العصيان: ضد الطاعة، وقد عصاه معصية وعصيانا فهو عاص⁽¹⁾.

المعنى العام:

إن فعل الرخصة متى توقف على وجود شيء نظر في ذلك الشيء، فإن كان تعاطيه في نفسه حراما امتنع معه فعل الرخصة، وإلا فلا.

وبهذا يظهر الفرق بين المعصية بالسفر، والمعصية في السفر، فالمرأة الناشز والمسافر للمكس⁽²⁾، عاص بالسفر، فالسفر نفسه معصية، والرخصة منوطة به، أي معلقة به ومرتبة عليه ترتب المسبب بالسبب، فلا يباح فيه الترخص.

ومن سافر سفرا مباحا فشرب الخمر في سفره فهو عاص فيه، أي مرتكب المعصية في السفر المباح، فنفس السفر ليس معصية ولا إثما به، فتباح فيه الرخص؛ لأنها منوطة بالسفر، وهو في نفسه مباح، ولهذا جاز المسح على الخف المغصوب، بخلاف الخف المحرم؛ لأن الرخصة منوطة باللبس، وهو للمحرم معصية، وفي المغصوب ليس معصية لذاته، أي لكونه لبسا، بل للاستيلاء على حق الغير⁽³⁾.

فعلم أن العاصي بسفره لا يستبيح شيئا من رخص السفر، كالقصر والجمع والفطر، وغيرها من الرخص.

دليل القاعدة:

يستدل على صحة القاعدة بما يلي:

1/ قوله تعالى: ﴿قُلْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَأْمُرُ بِالْفَحْشَاءِ أَتَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْمُونَ﴾⁽⁴⁾.

وجه دلالة الآية:

هذه الآية دلت على أن الله جلت حكمته لا يأمر بما تنفر منه الفطرة السليمة، فالمعاصي الكبائر منها والصغائر تنفر منها الفطرة السليمة، فلم يأمر الله بها ونهى عنها، وتوعد من خالف أمره وارتكبها، وإذا كان الله . تعالى . لا يأمر بالفواحش، فإنه أيضا لا يعين

(1) لسان العرب لابن منظور. مادة "عصا": 2 / 800

(2) المكس: الجباية والضريبة، وتطلق على انتقاص الثمن في البيعة. ينظر لسان العرب لابن منظور. مادة "مكس": 3 / 515

(3) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية لجلال الدين السيوطي. ت: 911 هـ. م: دار الشام التراث: 153

(4) الأعراف: من الآية 27

على ارتكابها، فإذا رخص لقصد التخفيف ورفع المشقة فإن ذلك لا يكون منوطاً إلا بالطاعات، لأنه . سبحانه . إذا سمح للعاصي التمتع بالرخص، فيكون قد أمر بالمعصية تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً.

2/ عن أبي هريرة . رضي الله عنه . أن النبي . صلى الله عليه وسلم . أتى برجل قد شرب خمراً، فقال: «اضربوه». قال أبو هريرة: فمنا الضارب بيده، والضارب بنعله، والضارب بثوبه، فلما انصرف قال بعض القوم: أخزك الله، قال: « لا تقولوا هكذا، لا تعينوا عليه الشيطان»⁽¹⁾.

وجه دلالة الحديث:

إن قول النبي . صلى الله عليه وسلم .: « و لا تعينوا عليه الشيطان » أمر منه . صلى الله عليه وسلم . بعدم إعانة الشيطان على المسلم؛ لأن الشيطان لا يأمر إلا بالمعصية، فإذا أعان الإنسان الشيطان فإنه إنما يعينه على المعصية؛ ولذلك نهيينا عن إعانته، بإضعاف همة المؤمن، وإذلاله وجعله فريسة سهلة لوساوس الشيطان، فإذا ما نهيينا عن ذلك، فيستحيل أن يرخص للعاصي؛ لأن الترخيص له في حال المعصية لا يكون إلا إعانة للشيطان، فكان هذا الحديث وما في معناه من الأحاديث دليلاً على صحة القاعدة.

الرخص شرعاً وما يتعلق بها من أحكام:

الرخصة اصطلاحاً: عرفت الرخصة اصطلاحاً بعدة تعريفات، وهي متقاربة المعنى، منها: عرفها القرآني⁽²⁾ بأنها: جواز الإقدام على الفعل، مع اشتها المانع منه شرعاً⁽³⁾.

(1) فتح الباري بشرح صحيح البخاري بشرح لأحمد علي بن حجر العسقلاني. ترقيم: محمد فؤاد. تصحيح: محب الدين الخطيب. م: دار المعرفة . بيروت: ك: الحدود. ب: الضرب بالجريد والنعال. رقم "6777": 66/12

(2) هو: شهاب الدين أحمد بن أبي العلاء القرآني المصري. من مؤلفاته: الفروق في القواعد، والتنقيح في الأصول. ت: 684هـ. ينظر الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لإبراهيم بن نور المعروف بابن فرحون. ت: مأمون بن محيي الدين. ط: الأولى. م: دار الكتب العلمية. بيروت: 128

(3) شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لشهاب الدين القرآني. ت: 674هـ. اعتناء: مكتب البحوث والدراسات. ط: الأولى. م: دار الفكر: 73

وعرفها الشاطبي⁽¹⁾ بأنها: ما شرع من الأحكام لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه⁽²⁾.

فالرخصة ما شرعه الله تعالى من الأحكام لعذر شاق موجب للتخفيف، وخرج بهذا القيد ما كان لعذر غير شاق كالسلم، فقد جوزه الشرع لعذر وهو حاجة الناس إليه وتختلف كونه شاقاً؛ لذلك لم يعده وما أشبهه من الرخص، وإن كان مستثنى من أصل. ثم إن الرخص لما كانت مستثناة من أصل كلي لم تكن كليات في الحكم، فإن المسافر لما أجزى له القصر والفطر، فإنما كان ذلك بعد استقرار أحكام الصلاة والصوم. فالرخص شرعت توسعة للعباد، ورفعاً للمشقة والخرج.

حكم الرخصة

الرخصة حكمها الإباحة مطلقاً من غير تفصيل من حيث هي رخصة، ويدل على ذلك أمور:

1. وردت نصوص من القرآن تدل على الإباحة، كقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾⁽³⁾، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁽⁴⁾.

والعديد من الآيات الكريمة المصرحة بمجرد رفع الجناح، وبجواز الإقدام خاصة دون الإشارة إلى ندب أو وجوب.

وورد أن الصحابة . رضي الله عنهم . كانوا يسافرون مع رسول الله . صلى الله عليه وسلم . فمنهم القاصر للصلاة، ومنهم المتمم، ومنهم الصائم، ومنهم المفطر، ولا يعيب بعضهم على بعض. وهذا من السنن التقريرية الدالة على الإباحة.

(1) هو: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشهير بالشاطبي، فقيه أصولي، من مؤلفاته: شرح الخلاصة في النحو، والموافقات في الأصول. ت: 790 هـ. ينظر شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد بن محمد مخلوف. م: دار الفكر: 231.

(2) الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي: عبد الله دراز. م: دار المعرفة . بيروت: 1/

2 . إن الرخص شرعت للتخفيف عن المكلف، ورفع الحرج عنه؛ ليكون الكلف في سعة من ثقل التكاليف، واختيار بين الأخذ بالعزيمة، والأخذ بالرخصة. وهذا التخفيف أصله الإباحة.

3 . لو كانت الرخص مأمورا بها ندبا أو وجوبا لكانت عزائم لا رخصا، والحال هي بصد ذلك، فإذا كان كذلك ثبت أن الجمع بين الأمر والرخصة جمع بين متنافيين، وهذا يوضح أن الرخصة لا تكون مأمورا بها من حيث هي رخصة.

أنواع الرخص:

تتنوع الرخص إلى خمسة أنواع، وهي:

- 1 . ما يجب فعلها: كأكل الميتة للمضطر، والفطر لمن خاف الهلاك.
- 2 . ما يندب فعلها: كالقصر للمسافر، والفطر لمن يشق عليه الصوم ويجهدده.
- 3 . ما يباح: كالعريا والمساقاة والمزارعة والشفعة، وغير ذلك من العقود الثابتة على خلاف القياس.

4 . ما الأولى تركه: كالمسح على الخفين، والتيمم لمن وجد الماء يباع بأكثر من ثمن المثل وهو قادر عليه، وعدم التلفظ بالكفر لم أكرهه على ذلك.

5 ما يكره فعله: كالسفر للترخص، القصر في أقل من ثلاث مراحل⁽¹⁾، رغم أم مسافة القصر مرحلتان⁽²⁾.

أقسام الرخصة: تنقسم الرخصة إلى قسمين:

الأول: أن تكون في مقابلة مشقة لا صبر عليها طبعاً، كالمرض الذي يعجز معه على استيفاء أركان الصلاة على وجهها.

أو شرعاً، كالصوم المؤدي إلى عدم القدرة على الحضور (الخشوع) في الصلاة، أو على إتمام أركانها.

وهذا القسم من الترخيص راجع إلى حق الله، فالترخص فيه مطلوب؛ لقوله صلى

(1) ينظر القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية. لأبي الحسن علاء الدين علي بن عباس الحنبلي المعروف بابن اللحام. ضبط: محمد شاهين. م: دار الكتب العلمية. بيروت: 99، وما بعدها

(2) المرحلتان: ستة عشر فرسخاً، والفرسخ ثلاثة أميال، فتكون المسافة المبيحة للقصر والفطر ثمانية وأربعين ميلاً، وتساوي بالكيلو: ثمانين كيلو ونصف كيلو ومائة وأربعين متراً.

الله عليه وسلم: « ليس من البر الصيام في السفر ». (1).

الثاني: أن تكون في مقابلة مشقة وبالمكلف قدرة على الصبر عليها، كالصوم مع المشقة العادية في السفر (2).

المعصية اصطلاحاً، وأقسامها وحكم كل قسم:

اختلف الفقهاء في المعاصي على قولين:

القول الأول: أن كل المعاصي كبائر، ويمتنع إطلاق لفظ الصغيرة على شيء من معاصي الله، بل جميع المعاصي كبائر لعظمة الله (3).

القول الثاني: أن المعاصي رتبتان: كفر فسوق، وهو الكبيرة، وعصيان وهو الصغيرة. واستدلوا بقول الله تعالى: ﴿ وَكَرَّهَ إِلَيْكُمُ الْكُفْرَ وَالْفُسُوقَ وَالْعِصْيَانَ ﴾ (4)، إذ لو كان المعنى واحداً لكان اللفظ في الآية متكرراً لا بمعنى مستأنف، وهو خلاف الأصل (5).

الراجع من القولين:

إنه لا يخفى رجحان القول الثاني على الأول لموافقته لنصوص القرآن والسنة النبوية، ومن ذلك قوله - تعالى - : ﴿ إِنِ اجْتَبَيْنَاكَ لِنَبِّئُكَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكْفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ ... ﴾ ، وقوله تعالى: ﴿ الَّذِينَ يَجْتَدِبُونَ كَبِيرَ الْأَثَرِ وَالْفَوَاحِشَ إِلَّا اللَّمَمَ ﴾ واللمم: الصغائر.

(1) شرح صحيح مسلم لأبي زكريا يحيى النووي. ت: طه عبد الرؤوف. م: المكتبة التوفيقية. ك: الصيام. ب: جواز

الصوم والفطر في شهر رمضان للمسافر في غير معصية. رقم "1115": 192/4

(2) الموافقات للشاطبي: 323/1 وما بعدها

(3) هو أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني الملقب بإمام الحرمين، من أصحاب الشافعي. من مؤلفاته: البرهان في أصول الفقه، والورقات، الإرشاد في أصول الدين، وغيرها. ولد: 419هـ، ت: 478هـ. ينظر أصول الفقه تاريخه ورجاله لشعبان محمد إسماعيل. ط: الثانية، م: دار السلام. القاهرة، المكتبة المكية. مكة: 191. وانظر روضة الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي. ت: 676، م: المكتبة التوفيقية. القاهرة: 194 / 8

(4) الحجرات: 7

(5) الفروق لشهاب الدين القرافي. ط: الأولى. م: دار الكتب العلمية. بيروت: 143 / 4

وصح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ذكر بعض الكبائر، التي شدد على اجتنابها،
وما جاء في السنة منها: .

1. عن ابن مسعود⁽¹⁾. رضي الله عنه . قال: سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أكبر الكبائر يا رسول الله؟ فقال: « أن تجعل لله شريكا وقد خلقك، قلت: ثم أي؟ قال: أن تقتل ولدك خوف أن يأكل معك، قلت: ثم أي؟ قال: تزاني حليلة جارك»⁽²⁾.
- 2- عن أبي هريرة⁽³⁾ . رضي الله عنه . أن رسول الله . صلى الله عليه وسلم . قال: «اجتنبوا السبع الموبقات، قيل: وما هن يا رسول الله؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات، وأكل الربا، وشهادة الزور»⁽⁴⁾.

(1) هو أبو عبد الرحمن عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن شميخ بن مخزوم بن صاهلة بن كاهل بن الحارث بن تميم بن سعد بن هذيل بن مدركة بن إلياس الهذلي. أسلم بمكة، وهاجر الهجرة، شهد بدرًا وما بعدها. كان صاحب نعل رسول الله. ت: 32هـ بالمدينة، وقيل: 33هـ بالكوفة. انظر تهذيب التهذيب للإمام أحمد بن حجر العسقلاني. ت: 852هـ ت: مصطفى عبد القادر عطا. م: دار الكتب العلمية. بيروت: 6/ 26، والإصابة في تمييز الصحابة لشهاب الدين أبي الفضل أحمد بن حجر العسقلاني. تحقيق: محمد علي البخاري. مطبعة: دار تحفة مصر. القاهرة: / 233 . 236

(2) البخاري بشرح فتح الباري. ك: التفسير، ب: قوله تعالى: ﴿ فَلَا تَجْعَلُوا لِلَّهِ أَدَادًا وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾، رقم: (4477): 8/163، ومسلم بشرح النووي. ك: الإيمان، ب: كون الشرك أفيح الذنوب وبيان أعظمها بعده، رقم: (142): 2/67

(3) هو: عبد الرحمن بن صخر الدوسي، كان من أكثر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حفظًا لأحاديثه، قال له ابن عمر: أنت أعلمنا يا أبا هريرة برسول الله صلى الله عليه وسلم وأحفظنا لحديثه. ولد 21 قبل الهجرة. ت: 59هـ. انظر الطبقات الكبرى لابن سعد . مطبعة: دار بيروت للطباعة والنشر: 2/ 362، والإصابة: 4/ 216.

(4) البخاري بشرح فتح الباري. ك: الوصايا، ب: قول الله تعالى: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ آلِيَتَمَىٰ... ﴾، رقم: (2766): 5/393، ومسلم بشرح النووي. ك: الإيمان، ب: الكبائر وأكبرها، رقم: (145): 2/70

3 عن عبد الرحمن بن أبي بكرة⁽¹⁾ عن أبيه⁽²⁾ أن رسول الله . صلى الله عليه وسلم . قال: « ألا أخبركم بأكبر الكبائر؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: الإشراف بالله، وعقوق الوالدين، وشهادة الزور، قال: فما زال رسول الله . صلى الله عليه وسلم . يقولها حتى قلنا: ليته سكت»⁽³⁾.

ثم ألحق المجتهدون من علماء الأمة كل ما في معناها، وما ساوت مفسدته مفسدة ما ورد في الأحاديث النبوية، واختلفوا في وضع ضابط يضم كل الكبائر التي ينبغي اجتنابها، ومنها :

1. ما يترتب عليه حد أو توعدها بالنار أو اللعنة أو الغضب.
 2. أنها المعصية الموجبة للحد.
 3. ما لحق صاحبها وعيد شديد بنص كتاب أو سنة .
 4. كل جريمة تؤذن بقلة أكرام مرتكبها بالدين ورقة الديانة.
 5. كل فعل نص الكتاب على تحريمه، أو أوجب في جنسه حدا أو قتلا أو غيره، أو ترك فريضة تجب على الفور⁽⁴⁾.
- هذا بعض ما جاء في تعريف الكبيرة عند بعض أهل العلم، وقد جاءت متفاوتة، ومتداخلة في بعض معانيها، غير أن التعريف الثالث لعله من أشملها؛ لموافقته لما ورد في بعض النصوص القرآنية والأحاديث النبوية.

(1) هو عبد الرحمن بن أبي بكرة نفيح بن الحارث الثقفي، أبو بحر، ويقال: أبو حاتم، أول مولود في الإسلام في البصرة سنة (14) هـ، روى عن أبيه وعلي وعبد الله بن عمرو وغيرهم، وروى عنه: ابن أخيه ثابت بن عبد الله، وابن ابنه بحر، وخالد الحذاء، وغيرهم. ت: 96هـ. تهذيب التهذيب: 6/ 135، والإصابة:

(2) هو نفيح بن الحارث بن كلدة بن عمرو بن علاج بن أبي سلمة الثقفي. كان من خيار الصحابة، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم، وعنه أولاده: عبيد الله، وعبد الرحمن، وعبد العزيز، ومسلم، وغيرهم. ت: 50هـ، وقيل: 51 هـ، وقيل: 52هـ. تهذيب التهذيب: 10/ 418

(3) سنن الترمذي لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة. ت: 297هـ. ت: أحمد محمد شاكر. م: دار إحياء التراث العربي. ك: الشهادات، ب: ما جاء في شهادة الزور، رقم: (2301): 4/548

(4) ينظر القواعد لابن بكر الحصني. ت: جبريل بن محمد. ط: الأولى. م: مكتبة الرشيد . الرياض: 2/416، وروضة الطالبين للنووي: 8/ 194، والذخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي. 684هـ تحقيق: محمد بو حنزة. م: دار الغرب الإسلامي . بيروت. ط: الأولى: 10/ 223

قال العز بن عبد السلام⁽¹⁾: لم أقف للكبيرة على ضابط سالم من الاعتراض. والضابط الثالث، وهو: ما لحق صاحبها وعيد شديد بنص كتاب أو سنة أسلم الضوابط⁽²⁾.

وبناء على اختلافهم في وضع ضابط يمكن من خلاله حصر الكبائر، اختلفوا في عددها، وقد جمع الذهبي⁽³⁾ في كتاب سماه: كتاب الكبائر سبعين كبيرة، شملت ما ورد في الأحاديث النبوية وغيرها مما في معناها، معتمدا في ذلك على ما روي عن ابن عباس⁽⁴⁾. رضي الله. عنهما حيث قال: هي إلى السبعين أقرب منها إلى السبع⁽⁵⁾. وأما الأحاديث فلم تحصر الكبائر من أفعال العباد؛ لذلك فإنه تتبع نصوص الشرع فما وجدته موافقا لما ورد أدرجه تحت الكبائر، وقد وافق أكثر أهل العلم في عددها وحصرها، فأغلب ما ذكره من الكبائر أشار إليه الفقهاء عند عددهم للكبائر، وهي: الشرك بالله، قتل النفس، السحر، ترك الصلاة، منع الزكاة، إفطار يوم من رمضان، ترك الحج مع القدرة عليه، عقوق الوالدين، هجر الأقارب، الزنا، اللواط، أكل الربا، أكل مال اليتيم وظلمه، الكذب

(1) هو عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسليمان العلماء، فقيه شافعي، ولد ونشأ بدمشق، تولى التدريس فيها بزواية الغزالي، والخطابة بالجامع الأموي. من مصنفاته: الفوائد والقواعد الكبرى والصغرى، ومختصر صحيح مسلم، وغيرها، ولد سنة: 577 هـ، وتوفي: 660 هـ. انظر طبقات الشافعية لتاج الدين بن تقي الدين لسبكي. ت: 772 هـ. م: دار المعرفة. بيروت. ط: الثانية: 80 / 5. 107، الأعلام لخير الدين الزركلي. ت: 1396 هـ. م: دار العلم للملايين. بيروت. ط: الخامسة عشر: 228/4

(2) قواعد الأحكام في مصالح الأنعام لأبي محمد عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام. ت: 660 هـ. م: مؤسسة الريان بيروت. ط: الثانية: 23 / 1

(3) هو محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي. ولد سنة: 673 هـ. محدث، وفقه شافعي برز في علم الحديث والتاريخ والسير. من مصنفاته: سير أعلام النبلاء، وتاريخ الإسلام، وغيرها. ت: 784. انظر طبقات الشافعية للسبكي: 9 / 100.

(4) هو أبو العباس عبد الله بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي الهاشمي ابن عم رسول الله. أمه أم الفضل لبابة بنت الحارث الهلالية. ولد قبل الهجرة بثلاث سنين، يعرف بحجر الأمة. ت: 68 هـ بالطائف. انظر تهذيب التهذيب: 5 / 245، الإصابة: 4 / 141

(5) جامع البيان عن تأويل آي القرآن (تفسير الطبري) للإمام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري. ت: 310 هـ. م: دار ابن حزم، والأعلام. ط: الأولى: 58/4

على الله ورسوله، الفرار من الزحف، غش الإمام الرعية وظلمه لهم، الكبر والفخر والخيلاء والعجب، شهادة الزور، شرب الخمر، القمار، قذف المحصنات، الغلول من الغنيمة⁽¹⁾، السرقة، قطع الطريق، اليمين الغموس، الظلم، المكاس⁽²⁾، أكل الحرام، قتل الإنسان نفسه، الكذب في غالب أقواله، القاضي بالسوء، أخذ الرشوة على الحكم، تشبه المرأة بالرجال وتشبه الرجال بالنساء، الديوث، المحلل والمحلل له، عدم التنزه عن البول، الرياء، التعلم للدنيا وكتمان العلم، الخيانة، المن، التكذيب بالقدر، التسمع على الناس ما يسرون، النمام، اللعان، الغدر وعدم الوفاء بالعهد، تصديق الكاهن والمنجم، نشوز المرأة على زوجها، التصوير في الثياب والحيطان، اللطم والنياحة، البغي، الاستطالة على الضعيف والمملوك والجارية والزوجة والدابة، أذى الجار، أذى المسلمين وشتيمهم، أذية عباد الله، إسبال الإزار، لبس الحرير والذهب للرجال، إباق العبد، الذبح لغير الله، من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم، الجدال والمرء، منع فضل الماء، نقص الكيل والذراع والميزان، الأمن من مكر الله، أذية أولياء الله، تارك الجماعة، الإصرار على ترك الجمعة، الإضرار بالوصية، المكر والخديعة، الجس على المسلمين والبدال على عورتهم، سب أحد الصحابة رضوان الله عليهم⁽³⁾.

فهذه سبعون كبيرة اعتمد الذهبي في عددها على آيات قرآنية وأحاديث نبوية، وذلك على سبيل المثال لا الحصر؛ لأن بعض أهل العلم زاد في تعدادها على أربعمائة، بعضها اختلف فيه في كونها من الكبائر وبعضهم أحقها بالصغائر، ومن ذلك: نسيان القرآن بعد حفظه. واستدل من أحقها بالكبائر بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «عرضت علي ذنوب أمي، فلم أر ذنبا أعظم من سورة من القرآن أو آية أقرئها رجل ثم نسيها»⁽⁴⁾.

(1) الغلول من الغنيمة: أخذ شيء من بيت المال أو الغنيمة قبل أن تقسم بغير إذن الإمام .

(2) وهو: الذي يأخذ ما لا يستحق ويعطيه لمن لا يستحق.

(3) ينظر المبسوط للإمام شمس الدين أبو بكر محمد السرخسي . تقديم: خليل محيي الدين . م: دار الفكر . بيروت . ط: الأولى: 8 / 105، والذخيرة للقراي: 10 / 222، روضة الطالبين للنووي: 8 / 195.

(4) سنن أبي داود للحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي . ت: 275 هـ . م: الدار المصرية اللبنانية . القاهرة . ك: الصلاة، ب: التشديد فيمن حفظ القرآن ثم نسيه، رقم: (1474): 2 / 76. بلفظ قريب

إلا أن هذا الحديث تكلم فيه بعض أئمة الحديث، فقال الترمذي⁽¹⁾: هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وقال أبو داود⁽²⁾: في إسناده ضعف⁽³⁾. لذلك رأى بعض أهل العلم أن هذا الحديث لا يصلح للاحتجاج به، فلم يعتبروا نسيان القرآن من الكبائر.

العلة في التشديد على اجتناب الكبائر:

إن من أهم ما جاء الإسلام لتحقيقه هو: تحقيق المصالح ودرء المفاسد، وذلك لا يتحقق ما لم تجتنب المفاسد والتي عبر عنها الشارع الحكيم بالكبائر، فإن المتتبع لآيات القرآن وما صح عن النبي . صلى الله عليه وسلم . والمتدبر لمعانيهما يجد أن هذه النصوص كلها تدور حول تحقيق مصالح العباد التي لا تستقيم حياتهم إلا بها، وهي: الدين والعقل والنفس والمال والعرض⁽⁴⁾، وقد نص على ذلك علماء الأصول، فللمحافظة على استقرار حياة العباد وسلامتها من كل ما يكدر صفوها شدد الإسلام الحنيف على اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر؛ لأنها تأخذ حكم الكبائر.

الصغائر في الاصطلاح:

لم يصطلح الفقهاء على ضابط للصغائر، ولكن يفهم من تلك الضوابط التي وضعوها لتحديد الكبائر أن الصغائر هي: كل معصية لم يرد فيها حد ولا وعيد ولا لعن في نص شرعي.

(1) هو: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن الضحاك السلمي الترمذي. صاحب الجامع و العلل الضرير الحافظ. ت: 279هـ. انظر تذكرة الحفاظ للإمام أبي عبد الله شمس الدين الذهبي. ت: 748هـ . م: دار التراث العربي: 278.

(2) هو سليمان بن الأشعث. ولد سنة: 202هـ. محدث البصرة ومصنف السنن، من نجباء أصحاب الإمام أحمد لازم مجلسه مدة. ت: 275هـ. انظر سير أعلام النبلاء لشمس الدين الذهبي. ت: 748هـ م: مؤسسة الرسالة . القاهرة. ط: العاشرة: 13 / 203، وتهذيب التهذيب: 4 / 169

(3) عون المعبود شرح سنن أبي داود لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي. تخريج: عصام الصباطي. م: دار الحديث . القاهرة: 3 / 217

(4) الموافقات للشاطبي: 2 / 10

غير أن القراني جعل ما ورد عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه صغيرة، فما كان في معناه أو أقل منه مفسدة فهو صغيرة، وقد ثبت أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - جعل القبلة في الأجنبية صغيرة، فيلحق بها ما في معناها⁽¹⁾.

وقال العز بن عبد السلام: "إذا أردت معرفة الكبائر من الصغائر: فاعرض مفسدة الذنب على الكبائر المنصوص عليها، فإن نقصت عن أقل مفاسد الكبائر فهي من الصغائر..."⁽²⁾.

وقد عد النووي بعض الصغائر فذكر منها: النظر إلى ما لا يجوز، والغيبة، والكذب الذي لا حد فيه ولا ضرر، والإشراف على بيوت الناس، وهجرة المسلم فوق ثلاث، وكثرة الخصومات ولو كان محقاً، والسكوت عن الغيبة، والنياحة والصياح، والتبختر في المشي، والجلوس مع الفساق إيناساً لهم، والصلاة المنهي عنها في أوقات النهي، والبيع والشراء في المسجد، وإدخال الصبيان والمجانين والنجاسات إليه، وإمامة قوم يكرهونه، والعبث في الصلاة، والضحك فيها، وتخطي الرقاب يوم الجمعة، والكلام والإمام يخطب، والتغوط مستقبل القبلة⁽³⁾. وكشف العورة في الحمام.

حكم الإصرار⁽⁴⁾ على ارتكاب الصغيرة:

ويراد به: المعاودة لها معاودة تشعر بالجرأة على المخالفة⁽⁵⁾. فالمصر على ارتكاب الصغيرة يأخذ حكم مرتكب الكبيرة؛ لإصراره عليها.

وقد اتفق الفقهاء على ضابط الإصرار على الصغيرة، وهو: أن ننظر إلى ما يحصل من ملابس الكبيرة من عدم الوثوق بفاعلها، ثم ننظر إلى الصغيرة، فمتى حصل من تكرارها مع البقاء على عدم التوبة والندم ما يوجب عدم الوثوق به في دينه وإقدامه على الكذب في الشهادة، فاجعل ذلك قادحاً، وما لا فلا، وكذلك الأمور المباحة.

(1) الفروق للقراني: 4/145

(2) انظر قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام: 1/20

(3) روضة الطالبين للنووي: 8/196

(4) الإصرار: المقام على الشيء والمعاودة له سواء كان ذلك فعلاً أو غيره.

(5) ينظر إدرار الشروق على أنواع الفروق. المطبوع مع الفروق: 4:145

ومن تكررت الصغيرة منه مع تخلل التوبة والندم، أو من أنواع مختلفة مع عدم اشتغال القلب على العودة فيعد كبيرة⁽¹⁾.

ولفظ القاعدة جاء مطلقا يشمل الصغائر من المعاصي والكبائر، فلا تناط الرخص بهما.

أقوال العلماء في القاعدة:

اختلف الفقهاء في صحة العمل بهذه القاعدة على قولين: .

القول الأول: صحة القاعدة وأن المعاصي بسفر لا يجوز له الترخص بالرخص الشرعية، فلا يجوز للمسافر سفر معصية الفطر في رمضان ولا قصر الصلاة ولا غير ذلك من الرخص الشرعية، وهو مذهب المالكية والشافعية ومتقدمي الحنابلة⁽²⁾.

وأدرجوا تحت هذه القاعدة الكثير من الفروع والجزئيات الفقهية، منها:

* لو لبس المحرم الخف فليس له المسح؛ لأن المعصية هنا في نفس اللبس، والرخصة منوطة به، وهذا إذا وجد المحرم نعلين، فلا يعان على المعصية لمن لبس

الخف وهو قادر على لبس النعلين⁽³⁾؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «... فمن لم يجد نعلين فليلبس الخفين وليقطعهما حتى يكونا أسفل من الكعبين»⁽⁴⁾.

* من سافر للمكس عاص بالسفر، فالسفر نفسه معصية، والرخصة منوطة به، أي معلقة به ومترتبة عليه ترتب المسبب على السبب، فلا تباح فيه الرخصة. فمن سافر سفر معصية لا يجوز له الفطر، ولا قصر الصلاة، ولا الجمع بين الصلاتين⁽⁵⁾.

* لو وجد المعاصي بسفره ماء، واحتاج إليه للتعطش، لم يجز له التيمم.

* لا يجوز للمعاصي بسفره ترك الجمعة.

(1) ينظر الذخيرة للقرافي: 10/ 223

(2) ينظر المصدر السابق: 3/ 226، والمغني لابن قدامة: 3/ 301

(3) المغني لابن قدامة: 3/ 301، والذخيرة للقرافي: 3/ 226

(4) فتح الباري بشرح صحيح البخاري. ك: الحج. ب: ما لا يلبس المحرم من الثياب. رقم "1542": 3/ 401

(5) السفر خمسة: واجب ومندوب، ويقصر ويفطر فيهما، ومباح ويترخص فيه، ومحرم: ويمنع فيه الترخص، فلا يجوز له الفطر والقصر تمتعا بالرخصة؛ لأن المعصية لا تكون سبب الرخصة، ومكروه: إن قلنا: بالمنع في المحرم كره، وإلا جاز الترخص، والمعاصي في سفره مخالف للمعاصي بسفره. ينظر الذخيرة للقرافي: 2/ 367

* لا يجوز للعاصي أكل الميتة إن اضطر لذلك.

* من كان به مرض وهو عاص بسفره لا يجوز له التيمم؛ لأنه قادر على التوبة.

أدلتهم:

استدل الجمهور على صحة ما ذهبوا إليه بما استدل على صحة القاعدة، بالإضافة إلى قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾⁽¹⁾.

وجه دلالة الآية:

إن الله . سبحانه وتعالى . لم يبح أكل الميتة للمضطر الباغي والعادي؛ لأنهم عصاة؛ والعاصي لا يترخص بالرخص الشرعية.

القول الثاني: أن العاصي بسفره له الترخص والتمتع بالرخص الشرعية، وهو مذهب الحنفية⁽²⁾.

فالحنفية لم يقولوا بصحة القاعدة وفهموا من النصوص، وأنه لا فرق بين العاصي بسفره، والعاصي في سفره، فجوزا للمسافر سفر معصية الفطر والقصر وغير ذلك من الرخص.

دليلهم: استدلال الأحناف بدليل عقلي وهو: .

قال ابن عابدين: "... ولو كان عاصيا بسفره، أي بسبب سفره بأن كان مبنى سفره على المعصية، كما لو سافر لقطع طريق مثلا...؛ لأن القبح المجاور لا يعدم الشرعية، وهو قابل للانفكاك، كالبيع وقت النداء فإنه قبح لترك السعي، وهو قابل للانفكاك، إذ قد يوجد ترك السعي بدون البيع، وبالعكس فهكذا هنا لإمكان قطع الطريق والسرقه مثلا بلا سفر"⁽³⁾.

(1) البقرة: 173

(2) ينظر حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب أبي حنيفة، ويليها تكملة ابن

عابدين. م: دار الفكر: 2 / 134

(3) المصدر السابق

الترجيح:

والراجح والله أعلم ما ذهب إليه جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة من منع المعاصي من الترخص بالرخص الشرعية؛ لما ثبت من أدلة النقل من آيات القرآن وأحاديث النبي صلى الله عليه وسلم، وهو الموافق للمعقول؛ فإنه لا يكون مقبولاً أن ينهى عن الفحشاء والمنكر، ويرفع المشقة والحرَج لارتكابهما، وبذلك تكون هذه القاعدة صحيحة موافقة للمقاصد الشرعية.

الخاتمة

الحمد لله أولاً وآخراً، نحمده تعالى أن منحنا نعمة العقل والتدبير، والصلاة والسلام على سيدنا محمد معلم الناس الخير أرسله ربه رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد!

فهذه خلاصة لهذه الرحلة العلمية المباركة أُلخِص فيها أهم النتائج التي توصلت إليها، وهي:

1. هذه القاعدة من القواعد التي يندرج تحتها العديد من الفروع والمسائل الفقهية.
 2. هذه القاعدة ثبت صحتها والتأكيد على صحتها بآيات من القرآن وأحاديث من سنة النبي صلى الله عليه وسلم.
 3. إن الرخص الشرعية شرعت للتخفيف ورفع المشقة والحرَج.
 4. إن الشرع الحكيم لا يعين بأحكامه على ارتكاب المعاصي.
 5. لا يجوز للمعاصي بسفوره أن يترخص بالرخص الشرعية.
 6. إن المعاصي منها الكبائر والصغائر.
 7. إن هذه القاعدة شملت الكبائر والصغائر.
 8. إن الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة متفقون على صحة القاعدة وأدرجوا تحتها العديد من المسائل والفروع الفقهية.
 9. إن الأحناف خالفوا الجمهور ولم يعملوا القاعدة، والثابت عندهم أن المسافر له الترخص في أي سفر سواء كان سفراً مباحاً أو معصية.
- هذه أهم النتائج التي توصلت إليها. أسأل الله أن ينفع بها.

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية قالون عن نافع.
- الأشباه والنظائر لتاج الدين عبد الوهاب بن علي عبد الكافي السبكي. ت: عادل عبد الموجود، وعلي معوض. م: دار الكتب العلمية. بيروت.
- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي
- الإصابة في تمييز الصحابة لشهاب الدين العسقلاني. ت: علي محمد البخاري. م: دار نهضة مصر. الفجالة. القاهرة.
- أصول الفقه تاريخه ورجاله لشعبان محمد إسماعيل. ط: الثانية. م: دار السلام، والمكتبة المكية. مكة المكرمة.
- الأعلام لخير الدين الزركلي. ط: الخامسة. م: دار العلم للملايين. بيروت.
- تذكرة الحفاظ لأبي عبد الله شمس الدين الذهبي. م: دار التراث العربي.
- تهذيب التهذيب لأحمد بن حجر العسقلاني. ت: مصطفى عبد القادر. م: دار الكتب العلمية. بيروت.
- جامع البيان في تأويل آي القرآن لأبي جعفر الطبري. تصحيح: مكتب التحقيق والإعداد العلمي بدار العلوم. م: دار ابن حزم، ودار الإعلام.
- حاشية رد المحتار لمحمد أمين الشهير بابن عابدين على الدر المختار شرح تنوير الأبصار. م: دار الفكر. بيروت.
- الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب لإبراهيم بن نور الدين المعروف بابن فرحون. ت: مأمون بن محي الدين. ط: الأولى. م: دار الكتب العلمية. بيروت.
- الذخيرة لشهاب الدين القرافي. ت: محمد حجي. ط: الأولى. م: دار الغرب الإسلامي.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي. إشراف: مكتبة البحوث والدراسات. م: دار الفكر.
- سنن أبي داود لأبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي. م: الدار المصرية اللبنانية
- سير أعلام النبلاء لشمس الدين الذهبي. ط: العاشرة. م: مؤسسة الرسالة. القاهرة.
- شجرة النور الزكية لمحمد بن محمد مخلوف. م: دار الفكر.
- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي. اعتناء: مكتب البحوث والدراسات. م: دار الفكر.
- شرح صحيح مسلم لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي. ت: طه عبد الرؤوف سعد. نشر: المكتبة التوفيقية. القاهرة.

- طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين بن تقي الدين السبكي. ط: الثانية. م: دار المعرفة - بيروت.
- الطبقات الكبرى لابن سعد. م: دار بيروت للطباعة والنشر.
- عون المعبود ش سنن أبي داود لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي مع شرح ابن القيم الجوزية. ط: الأولى. م: دار الكتب العلمية - بيروت.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني. ترقيم: محمد عبد الباقي. تصحيح: محب الدين الخطيب. م: دار المعارف - بيروت.
- الفروق لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المشهور بالقراي. ط: الأولى. م: دار الكتب العلمية - بيروت.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام لأبي محمد عز الدين بن عبد السلام. ط: الثانية. م: مؤسسة الريان - بيروت.
- القواعد لأبي بكر بن محمد المعروف بالحصني. ت: جبريل بن محمد. ط: الأولى. م: مكتبة الرشيد - الرياض.
- القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية. لأبي الحسن علاء الدين بن عباس البعلبي المعروف بابن اللحام. ضبط: محمد شاهين. م: دار الكتب العلمية بيروت
- لسان العرب لجمال الدين محمد بن مكرم بن منظور. تقديم: عبد الله العلائي. تصنيف: يوسف خياط. م: دار لسان العرب - بيروت.
- المبسوط لشمس الدين السرخسي. ط: الثالثة. م: دار المعرفة - بيروت.
- المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية بمصر. ط: الثالثة. م: مطابع الأوفست بشركة الإعلانات الشرقية.
- المغني لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين الخرقى. م: دار عالم الكتب - بيروت
- المنثور في القواعد لأبي بدر الدين محمد بن بهادر المعروف بالزركشي. ت: محمد حسن. ط: الأولى. م: دار الكتب العلمية - بيروت
- الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي. ت: عبد الله دراز. م: دار المعرفة - بيروت.

العلاقة بين التشريع الإسلامي

والتشريع الوضعي

دراسة مقارنة

إعداد الدكتور: العمري بلاعدة

أستاذ محاضر بجامعة المسيلة، الجزائر

ملخص

يتناول هذا البحث العلاقة بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي، وذلك من خلال إجراء مقارنة عامة بين التشريعين.

وقد بينت الدراسة تفوق الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية وسبقها إلى تقرير كل المبادئ الإنسانية والنظريات العلمية، وبالتالي فإن الشريعة الإسلامية تختلف عن القوانين الوضعية اختلافات أساسية، وتميز عنها بميزات جوهرية. ولكن مع هذا فإن ما أجزه العقل البشري من خلال تجاربه وخبراته، ويؤدي إلى مصالح إنسانية، فهذا لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، وبالتالي فهو محل تقدير واعتبار، لأن المصلحة أينما توجد فثُمَّ شرع الله تعالى.

الكلمات المفتاحية: التشريع الإسلامي، التشريع الوضعي، الشريعة، الفقه، القانون،

أوجه الاختلاف.

Summary

This paper deals with the relationship between Islamic legislation and positive legislation, through a general comparison between the two legislations. The study showed the superiority of Islamic legislation on positive legislation, as well as the previous report on all humanitarian principles and scientific theories. Thus, Islamic legislation differs fundamentally from positive legislation and has substantial advantages. However, what the human mind has achieved through its experiences and experiences leads to

human interests. This is not contrary to Islamic law, but it is appreciated and considered, because the interest wherever there is is God's law.

Keywords: Islamic legislation, positive legislation, Sharia, jurisprudence, law, differences similarities.

مقدمة

عاش المسلمون حيناً من الدهر في ظل حكم الشريعة الإسلامية في جميع مناحي الحياة إلى أن جاء الاستعمار الأوروبي وغزا البلاد العربية والإسلامية، وكان من أهدافه الأساسية فك الصلة بين المجتمع وشريعته وعزله عنها.

ومن جهة أخرى حاول هذا الاستعمار تصدير القوانين الأوربية إلى العالم الإسلامي لتكون هي الحكم، وهي المصدر الرئيس الذي تستمد منه الأوامر والنواهي. ولكن مع هذا فإن الدول الإسلامية اليوم تتبنى في دساتيرها القانونية مرجعية الشريعة الإسلامية، إما بالنص على أن الإسلام دين الدولة أو كون الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع.

ولذلك يطرح التساؤل الآتي: هل كل ما يأتي من الشرق أو الغرب لا يصلح؟ أم أن ما أنجزه العقل البشري من خلال تجاربه وخبراته، ويؤدي إلى مصالح إنسانية لا بد أن يكون محل تقدير.

ولهذا وجب البحث في العلاقة بين هذه الثنائية، بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي.

وللوقوف على هذه العلاقة لا بد من التمييز بين المصطلحات الثلاث الشريعة والفقه والقانون.

ومن ثم فإن دراسة هذا الموضوع يقتضي التطرق إلى الجوانب الآتية:

* - مفهوم الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي والعلاقة بينهما.

* - خصائص الفقه الإسلامي ومبادئه.

* - مفهوم القانون الوضعي وخصائصه.

* - موازنة عامة بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي.

أولاً: مفهوم الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي والعلاقة بينهما

1- تعريف الشريعة الإسلامية: أي مفهوم له معنى لغوي، ومعنى اصطلاحى، وبالتالي لا بد من ضبطه لغوياً، ثم ضبطه اصطلاحياً. ولكن قبل ذلك فإن هذا المصطلح مركب من كلمتين: الشريعة والإسلامية. وبالتالي لبيان مفهوم هذا المصطلح لا بد من تعريفه باعتبار مفرديه، ثم باعتباره مركباً.

أ- تعريف الشريعة لغة⁽¹⁾: الشريعة في اللغة لها معنيان:

* - الشريعة بمعنى الطريقة المستقيمة، ومن هذا المعنى قوله ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ الجاثية: 18. ومثلها في ذلك الشريعة، قَالَ تَعَالَى: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾ المائدة: 48. أي طريقة مستقيمة لا اعوجاج فيها ولا التواء.

* - الشريعة تطلق على مورد الماء الجاري الذي يقصد للشرب، حيث تقول العرب شرعت الإبل إذا وردت شريعة الماء لتشرب، وشبهت بمورد الماء، لأن الشريعة الإسلامية تحي النفوس كما يحي الماء الجسم. فهي مصدر كل الخير والرخاء والسعادة في الدنيا والآخرة، قَالَ تَعَالَى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ لِمَا يُحْيِيكُمْ وَعَلَّمُوا أَنَّ اللَّهَ يَحُولُ بَيْنَ الْمَرْءِ وَقَلْبِهِ وَأَنَّهُ إِلَٰهٌ مُّخْتَارٌ﴾ الأنفال: 24.

وعليه فالشريعة تطلق في اللغة على مورد الماء ومنبعه ومصدره، كما تطلق على الدين والطريقة والمنهاج والسنة.

ب- تعريف الشريعة اصطلاحاً: هي ما شرعه الله تعالى للناس من قواعد الدين كافة، سواء ما تعلق بالعقيدة الدينية، أو بالأخلاق، أو بأفعال المكلفين من عبادات ومعاملات⁽¹⁾.

(1) - انظر: الرازي، مختار الصحاح، مادة شرع ص141. شلي مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي

وقواعد الملكية والعقود فيه، ص15.

إذن الشريعة هي مجموع الأحكام التي أنزلها الله تعالى على عباده، وهي تشمل ثلاث دوائر أساسية:

* - دائرة العقائد: وهي ما يسمى بعلم الكلام أو أصول الدين أو علم العقيدة، وهذه الدائرة تتعلق بالإيمان بالغيبات والسمعيات والنبوءات.

* - دائرة الأخلاق: وهي ما يسمى بعلم الأخلاق.

* - دائرة الأحكام العملية من عبادات ومعاملات: وهي ما يسمى بعلم الفقه.

والإسلامية: نسبة إلى الإسلام.

والإسلام لغة مصدر أسلم، وهو يستعمل في الاصطلاح الشرعي بمعنى الخضوع والانقياد لأمر الله والتسليم لقضائه وأحكامه والرضا بها. ومنه قوله تعالى: ﴿إِذْ قَالَ لَهُ رَبُّهُ أَسْلِمْ قَالَ أَسْلَمْتُ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ البقرة: 131.

كما استعمل في العقائد الأصلية والأسس والمبادئ للعقيدة الإسلامية التي جاء بها الأنبياء والرسل عليهم الصلاة والسلام⁽²⁾، ولذلك صح وصفهم بأنهم مسلمون قال تعالى: ﴿يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسَامُوا لِلَّذِينَ﴾ المائدة: 44. وعليه فالشريعة والدين والملة بمعنى واحد.

واشتهر استعمال الإسلام بمعنى الدين الذي بعث الله به محمد صلى الله عليه وسلم، ومنه قال تعالى: ﴿أَيُّورَأ كُنتُمْ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُمْ عَلَيْكُمْ وَعَمَتِي وَرَضِيَتْ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ المائدة: 3. قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾ آل عمران: 75.

قال تعالى: ﴿إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ وَمَا اخْتَلَفَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْعِلْمُ بَغْيًا بَيْنَهُمْ وَمَنْ يَكْفُرْ بِآيَاتِ اللَّهِ فَإِنَّ اللَّهَ سَرِيعُ الْحِسَابِ﴾ آل عمران: 19. وهو بهذا المعنى الأخير مرادف للشريعة الإسلامية فيشمل كل ما جاء به رسول الله من عقائد وتعاليم خلقية وأحكام تشريعية⁽³⁾.

=

(1) - انظر: سمر عاليه وهيثم سمر عاليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة، ص 43.

(2) - وهذا يعني أن الشريعة الإسلامية تلتقي مع الشرائع السماوية السابقة في المصدر، وهو الله تعالى. بينما تفتقر عليها في أن الشريعة الإسلامية تحتوي على أحكام عملية منظمة للعلاقات المختلفة. مع العلم أن الشريعة الإسلامية باعتبارها خاتمة الشرائع فهي ناسخة لما سبقها، وهي وحدها دون غيرها واجبة الإتيان.

(3) - انظر: شلي مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، ص 15 - 16.

وعلى هذا فالشريعة الإسلامية في الاصطلاح الشرعي هي الأحكام التي شرعها الله لعباده، سواء أكان تشريع هذه الأحكام بالقرآن أم بسنة النبي محمد صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير.

فالشريعة الإسلامية إذن في الاصطلاح ليست إلا هذه الأحكام الموجودة في القرآن الكريم وفي السنة النبوية، والتي هي وحي من الله إلى نبيه محمد ﷺ ليبلغها إلى الناس⁽⁴⁾. وبهذا المعنى فإن الشريعة الإسلامية تتصف بوصفين:

الأول: أنها أحكام معصومة ومنزهة عن الخطأ والوهم والنقص، لأنها صادرة من الله تعالى الموصوف بصفات الكمال.

الثاني: أنها أحكام خالدة وصالحة لكل زمان ومكان، لأن نصوصها عامة ومجردة بإمكانها إمداد المجتهدين والمكلفين بشروة من الأحكام الفقهية لكل الوقائع والتصرفات، ووفق كل الظروف والملابسات.

وبهذين الوصفين تتمايز الشريعة الإسلامية عن الفقه الذي يعني مفاهيم المجتهدين لنصوص الشريعة.

ومن ثم فإن التشريع الإسلامي من حيث المصدر نوعان:

الأول: تشريع إسلامي محض، وهو يشمل القواعد التشريعية المستمدة من النصوص الثابتة بالوحي المتمثل في القرآن والسنة، فهي لا تتحمل التغيير والتبديل، فهي أحكام قطعية.

الثاني: تشريع إسلامي وضعي، وهو الآراء الفقهية الاجتماعية التي تتعلق بمعاملات الناس، والتي أوردتها الفقهاء المجتهدون، وهي طبعاً مستمدة من الكتاب والسنة.

ومن مصطلح الشريعة أو الشرع اشتقت كلمة شرع بمعنى أنشأ وسنّ، فيقال شرع الدّين يشرعه شرعاً إذا سنّ القواعد وبَيّن النُّظم وأوضح الأحكام.

والتشريع مصدر شرّع، ويعني أو إصدار القوانين أو بيان الأحكام والقواعد،

قَالَ تَعَالَى: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾ الشورى: 13.

والشريعة الإسلامية تعني مجموعة القواعد والنظم والأحكام التي شرعها الله لعباده.

وهذه القواعد تسمى شرعاً أو شريعة على أساس استقامتها.

(4) - انظر: زيدان عبد الكريم، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص 39.

وتسمى ديناً باعتبار الخضوع لها كعبادة.

وتسمى ملةً باعتبار أنها أمليت وكتبت على الناس لتنظيم حياتهم وشؤونهم (1).

2- تعريف الفقه الإسلامي: بيان حقيقة الفقه يقتضي تعريف الفقه في اللغة

والاصطلاح.

أ- تعريف الفقه لغة: معنى الفقه في لغة العرب يدور حول الفهم والفتنة والإدراك

والعلم، وهذا المعنى دلّت عليه المعاجم العربية (2). ولكن بصورة أدق فإن معنى الفقه في اللغة له معنيان:

الأول: الفهم المطلق للشيء، يقال فلان يفقه الخير أو الشر، أي يفهمه.

الثاني: الفهم الخاص لغرض المتكلم من كلامه، ولذلك قال ابن القيم: "الفقه أخصُّ

من الفهم، لأن الفقه فهمٌ مراد المتكلم من كلامه، وهو قدر زائد على مجرد فهم اللفظ في اللغة" (3). ويشهد لهذا المعنى قوله تعالى: ﴿ وَأَحْلَلْ عَقْدَةً مِّن لِّسَانِي يَفْقَهُوا قَوْلِي ﴾ طه: 27 - 28.

أي يفهموه. وقال تعالى: ﴿ قَالُوا يَشْعَبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ ﴾ هود: 91. أي لا نفهمه.

وتقول العرب: أوتي فلان فقها فقها في الدين، أي فهما له. قال تعالى: ﴿ فَلَوْلَا نَفَرِينَ

كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ ﴾ التوبة: 122. أي ليكونوا علماء به.

وقد دعا النبي ﷺ لعبد الله بن عباس فقال: "اللهم فقهه في الدين، وعلمه التأويل"

(4). أي فهمه. وقد استجاب الله دعاءه فكان ابن عباس أعلم الناس في زمانه بالقرآن الكريم.

ب- تعريف الفقه اصطلاحاً: أطلق الفقه في بداية الأمر، وفي صدر الأول للإسلام

على علم الدين دون غيره من العلوم، وهذا لشرفه، حيث يقول النبي ﷺ: "من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين" (1).

(1) - انظر: سمي عاليه وهيثم سمي عاليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة، ص 44.

(2) - انظر: ابن منظور، لسان العرب. مادة (فقه)، مج 5، ج 38، ص 3450.

(3) - ابن القيم: إعلام الموقعين. ج 2، ص 264.

(4) - أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب الوضوء، باب: وضع الماء عند الخلاء. ومسلم في صحيحه، في كتاب فضائل ابن عباس.

(1) - أخرجه البخاري في صحيحه (27/1)، في كتاب العلم، باب: من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين. رقم (71).

وأخرجه مسلم (362)، في كتاب الزكاة، باب: النهي عن المسألة. رقم (1039).

وعليه أطلق لفظ الفقه في الاصطلاح الشرعي على جميع الأحكام الدينية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، سواء أكانت هذه الأحكام متعلقة بمسائل العقيدة أو الأخلاق أو العبادات أو المعاملات.

وبهذا المعنى الاصطلاحي للفقه جاء تعريف الإمام أبي حنيفة للفقه الإسلامي بقوله: "هو معرفة النفس ما لها وما عليها"⁽²⁾. والمقصود بذلك ما يجوز لها وما يجب عليها. ثم طرأ تعبير على مفهوم الفقه في الاصطلاح فصار يطلق على العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة كالوجوب والحظر والندب والكرهة والإباحة، وكون العقد صحيحاً أو فاسداً أو باطلاً، وكون العبادة أداءً أو قضاءً⁽³⁾. واشتروا أن يكون العلم بهذه الأحكام عن طريق النظر والاجتهاد في الأدلة الشرعية. ولهذا عرّفه الإمام الشافعي بقوله: "هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"⁽⁴⁾. وهذا التعريف هو الراجح عند كثير من العلماء⁽⁴⁾.

وبهذا المعنى الاصطلاحي الجديد لكلمة الفقه خرجت من مفهومه الأحكام الاعتقادية والأخلاقية، وصار مدلوله قاصراً على الأحكام العملية (العبادات والمعاملات) فقط.

ج- تقسيمات الفقه: الفقه الإسلامي نظام شامل ينظم علاقة الإنسان بربه، والعلاقات بين الأفراد والجماعات، والدول الإسلامية بغيرها من الدول في السلم والحرب، ولهذا قسمه الفقهاء إلى قسمين رئيسيين، عبادات وعبادات، وهذا التقسيم مبناه اختلاف المقصود الأصلي منهما، فما كان الغرض الأول منه التقرب إلى الله وشكره وابتغاء الثواب في الآخرة، فهو من قسم العبادات، كالصلاة والصيام والزكاة والحج والجهاد والنذر في القربات. وما كان المقصود منه تحقيق مصلحة دنيوية، أو تنظيم علاقة بين فردين أو جماعتين، وما شاكل ذلك فهو من قسم العادات كالبيع والإجارة والمزارعة والشركة والحوالة والكفالة والرهن وغيرها.

وهناك فرق آخر بين النوعين متفرع عن الفرق السابق، وهو أن الأصل في العبادات أنها غير معقولة المعنى، جاءت بها النصوص أمرة أو ناهية، لا يعلم حقيقتها إلا الله تعالى،

(2) - الشوكاني، إرشاد الفحول. ص3.

(3) - انظر: زيدان عبد الكريم، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: 62-63.

(4) - انظر: الشوكاني، إرشاد الفحول. ص3. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدله، ج1 ص16.

وكل ما نعرفه من حِكْمِهَا وعللها مما ورد به النص، أو عرف بالاستنباط لا أثر له في قياس ولا إباحة ولا إلغاء.

وأما العادات فالأصل فيها أنها معقولة المعنى، يدرك العقل كثيرا من أسرارها، وأسلوب التشريع فيها لم يعتمد إلى التفاصيل، بل جاء بالأصول الكلية والقواعد العامة، ثم أكثر من التعليل ليكون ذلك عوناً للفقهاء على التطبيق مهما تغير الزمن واختلفت البيئات.

والفقهاء قسموا العادات إلى مجموعات، ولكن لم يذهبوا طويلاً في الفصل بين هذه المجموعات كما فعل رجال القانون الوضعي، لانعدام الفائدة المترتبة على هذا الفصل في نظرهم، حيث لم يكن عندهم قضاء متنوع يختص كل نوع منه بالفصل في دعاوى خاصة، ولم يكن هناك إجراءات مختلفة في إثبات الحقوق. فالقضاء موحد، والإجراءات تكاد تكون واحدة، والقاضي يحكم في كل نزاع يرفع إليه لا فرق في ذلك بين ما يتعلق بالأموال، وما يتعلق بالدماء والأعراض وغيرها.

ومع ذلك نجد الفقه الإسلامي جاء بجميع فروع القانون الوضعي الحديث، العام منه والخاص.

فالقانون الدولي العام ببحثه الفقهاء في المسائل المتعلقة بالحروب وأسبابها ونتائجها، وعلاقة الأمة الإسلامية بغيرها.

وأما القانون العام الداخلي بأنواعه الأربعة، الدستوري والإداري والمالي والجنائي، فقد بحثه الفقهاء ما بين موسع ومضيق.

فالجنائي ببحثه الفقهاء في باب الجنايات والحدود والتعزيرات وغيرها. والقانون المالي ببحثه الفقهاء في مواضع متفرقة من كتب الفقه عند الكلام على الزكاة والعشر والخراج والجزية والركاز وغيرها، وبوجه عام فإنه يبحث في تنظيم بين المال (خزانة الدولة) ببيان موارده والأموال التي توضع فيه، والوجوه التي تصرف فيها هذه الأموال.

أما القانون الدستوري الذي يحدد شكل الحكم في الدولة، ويبين السلطات العامة فيها، ويوزع الاختصاصات بينها. ويحدد علاقات التعاون والرقابة بين هذه السلطات، ويبين الحريات العامة، وحقوق الأفراد قبل الدولة. وكذا القانون الإداري الذي ينظم نشاط السلطة التنفيذية في أداء وظيفتها، وقيامها على أمر المرافق العامة، فقد بحثه الفقهاء فيما يعرف بالسياسة الشرعية أو الأحكام السلطانية.

وأما القانون الخاص وفروعه، كالقانون المدني المنظم للأحوال العينية أو الشخصية، فقد بحثه الفقهاء في قسم من المعاملات في الفقه الإسلامي. وأما القانون التجاري فبحثه الفقهاء في أبواب الشركات والمضاربة والتفليس وغيرها. وأما قانون المرافعات فقد بحثه الفقهاء في أبواب الدعوى والقضاء والشهادة وغيرها. وهكذا نجد الفقه الإسلامي يحكم كل التصرفات الفردية والجماعية والدولية⁽¹⁾.

3- صلة الفقه بالشريعة

إذا أخذنا مفهوم الفقه الإسلامي ما كان مصطلحا عليه في بداية التشريع (في الصدر الأول للإسلام) باعتباره يتناول الدين كله بعقائده وأحكامه وآدابه، فهو بهذا المدلول يطابق مفهوم الشريعة الإسلامية التي تعني كل ما شرعه الله تعالى من قواعد الدين كافة، سواء ما تعلق بالعقيدة أو الأخلاق أو عبادات ومعاملات.

أما إذا أخذنا الفقه الإسلامي بمعناه الاصطلاحي عند المتأخرين، الذي يشمل الأحكام العملية من عبادات ومعاملات، وقارناه بالشريعة بمعناها الاصطلاحي العام، فإننا نجد الفروق الآتية:

*- الفقه أخص من الشريعة⁽²⁾، لأن الفقه لا يشمل إلا على الأحكام العملية المتعلقة بالعبادات والمعاملات فقط، في حين أن الشريعة تشتمل على جميع الأحكام المتعلقة بالعقيدة والأخلاق والعبادات والمعاملات.

*- الشريعة أساس بناء الفقه، حيث أن الفقه يعتمد على أصول الشريعة من قرآن وسنة وبقية المصادر التي أقرت لها الشريعة بالحجية والاعتبار كالقياس والإجماع وغيرها من المصادر الاجتهادية.

*- الفقه أقل مرتبة من الشريعة من حيث إلزاميته، فهو وإن استند إلى أصول الشريعة إلا أن للرأي والاجتهاد مجالا واسعا فيه، ولذلك تتفاوت القوة الملزمة لقواعد الفقه بتفاوت

(1)- انظر: شلي مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي: 20-25.

(2)- أي بين الفقه والشريعة عموم وخصوص، فيجتمع الفقه والشريعة في الأحكام التي أصاب المجتهد فيها حكم الله تعالى. ويفترق الفقه عن الشريعة في الأحكام التي أخطأ فيها المجتهد. وتفترق الشريعة عن الفقه في الأحكام التي تتعلق بالناحية الاعتقادية والأخلاقية. انظر: الأشقر عمر سليمان، تاريخ الفقه الإسلامي.

نصيب الرأي والاجتهاد فيه، فما قلَّ فيه جانب الاجتهاد وجاء متقيدا بقواعد القرآن والسنة اعتبر جزءا من الشريعة وامتنعت مخالفته. وأما ما يغلب فيه جانب الرأي والاجتهاد جازت مخالفته بشرط أن تكون المخالفة على دليل شرعي أقوى أو على اجتهاد أقرب إلى روح النصوص الشرعية⁽³⁾.

والفقه الذي هو استنباط المجتهد قد يعالج مشكلات المجتمع في زمن أو مكان بعلاج يمكن ألا يصلح لمشكلات زمان أو مكان آخر، بخلاف الشريعة الشاملة زمانا ومكانا⁽⁴⁾.

4- خصائص الفقه الإسلامي

تميّز الفقه الإسلامي عن غيره من الأحكام والآراء والقوانين البشرية بمميزات فريدة وأصيلة، مما جعله يهيمن عليها، وتكون له السيادة والريادة في إيجاد الحل الأمثل لكل ما تحتاجه البشرية في جميع أمورها الدينية والدينية، وأهم هذه المميزات تتمثل فيما يلي⁽¹⁾:

* - الفقه الإسلامي فقه إلهي سماوي، أي مصدره الوحي المتمثل في القرآن والسنة، لأنه صادر من الله تعالى الذي يعلم ما يصلح لعباده في دنياهم وأخراهم، ولذلك جاء متوافقا مع الطبائع البشرية، وخادما لمصالحهم العامة والخاصة، ومراعيا أحوالهم.

* - الفقه الإسلامي شامل لكل متطلبات الحياة، حيث تناول علاقات الإنسان والثلاث (علاقة الإنسان بربه، علاقة الإنسان بنفسه، علاقة الإنسان بمجتمعه)، لأنه للدين والدنيا معا. وهو عام للبشرية جمعا، وهو أيضا خالد إلى يوم القيامة.

* - الفقه الإسلامي صالح لكل زمان ومكان ولكل أمة، وذلك لأن النبي ﷺ هو خاتم الأنبياء والمرسلين، قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَفَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَا كُنَّ أَكْثَرُ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ سبأ: 28.

(3) - تقتضي الدقة في الاصطلاح عدم إطلاق اسم الشريعة على الآراء الفقهية المحضة، وإنما يحتفظ لهذه الآراء بتسمية الفقه فقط، لأن الشريعة من عند الله، وهي مستقرة ثابتة لا يمكن تبديلها أو تغييرها.

(4) - انظر: سمير عاليه وهيشم سمير عاليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة: 51-52. زيدان عبد الكريم، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: 65-66. الأشقر عمر سليمان، تاريخ الفقه الإسلامي: 14-16.

(1) - انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته: ج1 ص17. أبو خليل سليمان، المدخل إلى علم الفقه. ص24.

وعليه فإنَّ فقه المبادئ لا يتغير كالتراضي في العقود، وضمان الضرر، وقمع الإجرام، وحماية الحقوق. وأما الفقه المبني على القياس ومراعاة المصالح والأعراف فيقبل التغير والتطور بحسب الحاجات الزمنية وخير البشرية، والبيئة المختلفة زمانا ومكانا، مادام الحكم في نطاق الشريعة وأصولها الصحيحة، وذلك في دائرة المعاملات دون دائرة العقائد والعبادات.

* - الفقه الإسلامي مرتبط بالأخلاق، حيث يحرص الفقه على رعاية الفضيلة والمثل العليا في تشريعاته، فقد شرّعت العبادات من أجل تطهير النفس وتركيتها، وحرّم الربا بقصد بثّ روح التعاون وحماية المحتاجين والضعفاء من جشع أصحاب الأموال، وهكذا.

* - الجزاء في الفقه الإسلامي على المخالفة دنيوي بخلاف القانون الذي يقرر جزاء دنيويا فقط، بل إن الفقه لديه نوعان من الجزاء على المخالفات. الجزاء الدنيوي من عقوبات مقدرة (وهي الحدود)، وغير مقدرة (وهي التعازير) على الأعمال الظاهرة للناس، والجزاء الأخروي على أعمال القلوب غير الظاهرة للناس كالحسد مثلا. ومن ناحية أخرى فإن الجزاء في الفقه الإسلامي إيجابي وسلي، فالإيجابي لأنّ فيه ثوابا على طاعة الأوامر وامتنائها، وسلي لأنه يقرر ثوابا على اجتناب النواهي.

أما القانون فيقتصر على تقرير جزاءات سلبية على مخالفة أحكامه دون تقرير ثواب على حالة امتثال قواعده.

* - النزعة في الفقه الإسلامي جماعية، بحيث تراعى فيه مصلحة الفرد والجماعة دون أن تطغى واحدة على أخرى، ومع ذلك تقدّم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد عند تعارض المصلحتين مثل تحريم الاحتكار.

* - الفقه الإسلامي قائم على التيسير ورفع الحرج والمشقة مصداقا لقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ يَكُفُّ الْإِسْرَ وَلَا يُرِيدُ يَكُفُّ الْعُسْرَ﴾ البقرة: 185. قَالَ تَعَالَى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ المائدة: 6.

* - الفقه الإسلامي يتصف بصفة الدينية حلا وحرمة، حيث أن كل فعل أو تصرف مدني في المعاملات يتصف بوجود فكرة الحلال والحرام فيه خلافا للقانون.

ثانيا- مفهوم القانون الوضعي

أ- تعريف القانون لغة: القانون كلمة يونانية الأصل، تلفظ كما هي (Kanun) وانتقلت من اليونانية إلى اللغات الأخرى وهي تعني العصا المستقيمة أو المسطرة، ثم انتقلت

إلى الفارسية بنفس اللفظ (كانون) بمعنى أصل كل شيء وقياسه، ثم عرّبت عن الفارسية بمعنى الأصل، ودرج استخدامها بمعنى أصل الشيء الذي يسير عليه. وصارت لفظة القانون تنصرف إلى كل قاعدة مطردة مستقرة، فيقال في معرض الأبحاث الطبيعية قانون الجاذبية، ويقال في معرض الأبحاث الاقتصادية قانون العرض والطلب... وهكذا⁽¹⁾.

ب- تعريف القانون اصطلاحاً: أما مفهوم القانون في مجال الدراسات القانونية فإن له معنيين، أحدهما واسع وآخر ضيق.

فالقانون بالمعنى الاصطلاحي الضيق يراد به مجموعة معينة من النصوص القانونية التشريعية المدونة، الخاصة بأمر معين. فيقال مثلاً قانون الموظفين، وهو الذي ينظم شؤون الموظفين تعييناً وترقية وعزلاً وإحالة إلى التقاعد. ويقال أيضاً قانون الجامعات، وقانون المحاماة، وقانون المرور، وقانون الصحة... وهكذا.

وهذا يعني أن القانون بالمعنى الضيق ينصرف فقط إلى التشريع أو التقنين المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية.

أما القانون بالمعنى الاصطلاحي الواسع هو عبارة عن مجموعة من القواعد الوضعية الملزمة التي تنظم ظاهر سلوك ومعاملات الأفراد في المجتمع بصورة عامة ومجردة، وتوقع الدولة جزاء على من يخالفها. وعليه فالقانون يحكم علاقات الناس ومعاملاتهم مع بعضهم البعض دون أن يحيط بكل جوانب حياة الإنسان. وبالتالي فهو يشمل مساحة أقل من المساحة التي يشملها الفقه، ومن ثمّ المساحة التي تؤطرها الشريعة⁽¹⁾.

6- خصائص القانون الوضعي

يتميز القانون الوضعي بخصائص أربع، وهي كالاتي⁽³⁾:

(1) - انظر: ابن منظور لسان العرب، ج 3 ص 177، محمد كمال عبد العزيز، الوجيز في نظرية القانون، ص 4. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ص 13. سمير عاليه وهيثم سمير عاليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة: 29-32.

(1) - انظر: سمير عاليه وهيثم سمير عاليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة: 32-33.

(3) - انظر: المرجع نفسه. ص 34-35.

*- قواعد القانون الوضعي تطبق في دولة معينة، ذات مجتمع متجانس، له سيادته وحياته الخاصة. ومن ثم يكون لكل دولة قانونها الوضعي الخاص بها.

*- قواعد القانون الوضعي تطبق في زمن معين، أي كما يتخصص القانون بمكان معين فهو أيضا يتخصص بالزمان.

*- قواعد القانون الوضعي ملزمة الإلتباع من طرف الأفراد، ولذلك لا تعتبر من القوانين الوضعية العبادات الدينية المتروك للناس أمرٌ إلتباعها.

*- قواعد القانون الوضعي ملزمة أيا كان شكلها أو مصدرها، فلكل دولة قانونها الوضعي بما تشتمل عليه أشكال قواعده من تشريع مكتوب، أو عرف غير مدون، أو أحكام القضاء، أو شروحات علماء القانون.

والحقيقة أن التشريع الوضعي بصفة عامة له ثلاث وظائف كبرى في الأمة: العلاج، والوقاية، والتوجيه.

- فهو علاج للعلل الاجتماعية والمشكلات الاقتصادية الواقعة.
- وهو وقاية من العلل والمشكلات المتوقعة.
- وهو توجيه وتمهيد لاستمرار التكامل حتى يبلغ تنظيم الحقوق والالتزامات والمصالح مستواه الأكمل.

ولكي تتحقق هذه الوظائف الثلاث في التشريع يجب أن يكون إلزاميا. ثم لكي تضمن له الطاعة في العمل والتطبيق يحتاج إلى نوع إضافي من الأحكام التشريعية، وهي إما زواجر مدنية كبطلان العقود المخالفة للنظام، وإما عقوبات تأديبية كالسجن والغرامات على الجرائم العدوانية لكي يضطر المكلف إلى التزام حدود الطاعة⁽⁴⁾.

ثالثا: أوجه الاختلاف والانسجام

بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي

أ- أوجه الاختلاف الأساسية بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي
يختلف التشريع الإسلامي عن التشريع الوضعي من الوجوه الآتية⁽¹⁾:

(4) - انظر: الزرقا مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام. ج1، ص46.

(1) - انظر: عودة عبد القادر ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي. ص 17-22.

1- أن القانون من صنع البشر، أما الشريعة فمن عند الله، وكلا الشريعة والقانون يتمثل فيها بجلاء صفات صانعه، فالقانون من صنع البشر ويتمثل فيه نقص البشر وعجزهم وضعفهم وقلة حيلتهم، ومن ثم كان القانون عرضة للتغيير والتبديل.

أما الشريعة فصانعها هو الله تعالى العليم الخبير، الذي أحاط بكل شيء علماً. وأمر سبحانه وتعالى في قوله تعالى: ﴿لَا يُبَدِّلُ كَلِمَاتِ اللَّهِ﴾ يونس: ٦٤، لأنها ليست في حاجة للتغيير والتبديل مهما تغيرت الأوطان والأزمان وتطور الإنسان.

2- أن القانون عبارة عن قواعد مؤقتة تضعها الجماعة لتنظيم شؤونها وسد حاجاتها، فهي قواعد متأخرة عن الجماعة، أو هي في مستوى الجماعة اليوم، ومتخلفة عن الجماعة غداً، لأن القوانين لا تتغير بسرعة تطور الجماعة، وهي قواعد مؤقتة تتفق مع حال الجماعة المؤقتة، وتستوجب التغيير كلما تغيرت حال الجماعة.

أما الشريعة فقواعد وضعها الله تعالى على سبيل الدوام لتنظيم شؤون الجماعة. فالشريعة تتفق مع القانون في أن كليهما وضع لتنظيم الجماعة، ولكن الشريعة تختلف عن القانون في أن قواعدهما دائمة لا تقبل التغيير والتبديل. ولهذا كانت قواعد الشريعة ونصوصها تمتاز بالمرونة والعموم، بحيث تتسع لحاجات الناس مهما تنوعت وتعددت، ومهما تغيرت الأزمنة والأمكنة.

3- أن الجماعة هي التي تصنع القانون وتلونه بعاداتها وتقاليدها وتاريخها، والأصل في القانون أنه يوضع لتنظيم شؤون الجماعة، ولا يوضع لتوجيه الجماعة، ومن ثم كان القانون متأخراً عن الجماعة وتابعاً لتطورها، وكان القانون من صنع الجماعة، ولم تكن الجماعة من صنع القانون.

أما الشريعة الإسلامية فقد سبق القول أنها ليست من صنع الجماعة، وأنها لم تكن نتيجة لتطور الجماعة وتفاعلها كما هو الحال في القانون الوضعي، وإنما هي من صنع العليم الخبير الذي أحاط علمه بكل شيء. وبالتالي فالشريعة لم توضع لتنظيم شؤون الجماعة فقط كما هو الغرض من القانون الوضعي، وإنما المقصود من الشريعة قبل كل شيء إيجاد أفراد صالحين في مجتمع صالح في دولة صالحة في عالم مثالي. ومن أجل ذلك جاءت نصوص الشريعة أرفع من مستوى العالم كله وقت نزولها، ولا تزال كذلك إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها. ومن ثم فقد جاء فيها من المبادئ السامية والمثل العليا ما لم يتهيأ هذا للعالم غير الإسلامي معرفته أو الوصول إليه.

4- يمتاز التشريع الإسلامي عن التشريع الوضعي بأن أحكامه الشرعية لها مظهران، مظهر ديني، وآخر قضائي. ويتمثل المظهر الديني في الجزاء يوم القيامة عند الله تعالى، ويراد بالمظهر القضائي في اقتضاء حقوق العباد في الدنيا. أما الأحكام القانونية الوضعية فليس لها إلا مظهر واحد وهو المظهر القضائي ولا وجود للمظهر الديني بتاتا. ولا شك أن مراعاة الجانب الديني في الأحكام الشرعية يجعل المسلم يراقب تصرفاته دائما.

ويتبين من خلال هذه الفروق الأساسية أن الشريعة تمتاز عن القوانين الوضعية بثلاث مميزات أساسية وهي:

*- أن الشريعة الإسلامية تمتاز بالكمال، وذلك بما تضمنته من قواعد ومبادئ ونظريات.

*- أن الشريعة الإسلامية تمتاز بالسمو، أي أن قواعدها ومبادئها أسمى دائما من مستوى الجماعة.

*- أن الشريعة الإسلامية تمتاز بالدوام، أي بالثبات والاستقرار، فنصوصها لا تقبل التغيير والتبديل مهما تغير الزمان والمكان.

ولهذه المميزات وغيرها التي امتاز بها التشريع الإسلامي عن غيره من القوانين الوضعية، فقد تنبه علماء القانون في الغرب لعظمة هذه الشريعة وأنها قادرة على تلبية حاجات المجتمعات، ولذلك توالى كتاباتهم للإشادة بالتشريع الإسلامي، وأصبح الفقه الإسلامي موضع اهتمام في الدول المتحضرة غير الإسلامية، حيث تم الاعتراف بالشريعة الإسلامية كمصدر عالمي للتشريع والقانون في عدد من المؤتمرات الدولية العلمية منذ سنة 1932م، منها(1):

- *- المؤتمر الدولي للقانون المقارن في مدينة لاهاي سنة 1932م.
 - *- مؤتمر لاهاي المنعقد في عام 1937م.
 - *- مؤتمر القانون المقارن في لاهاي 1938م.
 - *- المؤتمر الدولي عام 1945م بواشنطن.
 - *- شعبة الحقوق بالجمع الدولي للقانون المقارن سنة 1951م بباريس.
- وقد صدرت عن هذه المؤتمرات قرارات هامة، وهي:

(1)- انظر: محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، ص 24-25.

أ- اعتبار التشريع الإسلامي مصدرًا من مصادر التشريع العام.
ب- اعتبار الشريعة الإسلامية قائمة بذاتها وليست مأخوذة من غيرها، وبالتالي فهي لا تمت إلى القانون الروماني أو إلى أي شريعة أخرى.
ج- اعتبار الشريعة الإسلامية حية وصالحة لكل زمان ومكان.
د- تمثيل الشريعة الإسلامية في القضاء الدولي ومحكمة العدل الدولية.
هذا على الصعيد الدولي، أما على الصعيد العربي فقد انعقدت عدة مؤتمرات وندوات، وتصدر عن هذه اللقاءات مقررات وتوصيات بشأن التشريع الإسلامي، منها على وجه الخصوص التوصيات التي صدرت عن الندوة الأولى لعمداء كليات الحقوق بالجامعة العربية التي انعقدت في شهر أبريل سنة 1973م في جامعة بيروت العربية، وقد صدر عن هذه الندوة ما يلي:

*- وجوب العناية بالدراسة المقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام القوانين الوضعية باعتبارها من أهم أسس التوحيد القانوني بين البلاد العربية.
*- قررت أن من مهمة كليات الحقوق بالجامعات العربية أن تدرس الشريعة الإسلامية بوصفها مصدرًا رسميًا للقانون في معظم البلاد العربية، ومصدرًا تاريخيًا للقانون في جميع هذه البلاد، كما أصبح على المشرع العربي في معظم البلاد العربية أن يجعل من الشريعة الإسلامية مصدرًا رئيسيًا يستمد منه عند وضع التشريع، وهذا كله فضلًا عن كون الشريعة الإسلامية تراثًا قومياً يجدر بنا أن نلقي عليه الضوء عند دراسة القانون الوضعي.
ثم صدرت عن الندوة الثانية لعمداء كليات الحقوق في العالم العربي التي انعقدت في بغداد سنة 1974م توصيات هامة، وقد جاء في تلك التوصيات دعوة صريحة بالاعتماد على الشريعة الإسلامية كمصدر أصيل للقوانين العربية، لأن وحدة المصدر الأساسي هو الطريق الوحيد لتوحيد الأحكام والمصطلحات القانونية.

ولعل من أهم تلك التوصيات الصادرة عن هذا المؤتمر ما يلي:
*- العناية التامة بدراسة الفقه الإسلامي، لأن استكمال الشخصية العربية تقتضي الرجوع إلى الشريعة الإسلامية والاعتماد عليها كمصدر أساسي للقانون العربي الموحد.
*- تدعو الندوة الحكومات التي تنص في دساتيرها على أن الفقه الإسلامي هو المصدر الرئيسي للتشريع، إلى وضع هذا النص موضع التنفيذ عن طريق الالتزام بالأحكام القطعية، والاجتهاد في المسائل الاجتهادية بما يلائم روح العصر.

*- إنشاء مجمع للشرعية الإسلامية والقانون على مستوى العالم العربي، ويختص هذا المجمع بإعداد دراسات شرعية وقانونية يفيد منها المشرع الوضعي، وإبداء الرأي فيما تطلبه الحكومات العربية والهيئات الرسمية وتقديم المشورة إليها، والتنسيق بين عمل المجمع والهيئات المعنية بالشرعية الإسلامية في البلاد العربية⁽²⁾.

ب - أوجه التشابه بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي

بقي أن نشير هنا إلى أن القوانين التي تستمد من الشرعية الإسلامية هي قوانين شرعية مرجعيتها إسلامية تحكم مجتمعاً إسلامياً. وأما القوانين التي تتعارض مع الشرعية فتعتمد على العقل الإنساني البحث فهي قوانين وضعية بحتة، لأنها من الممكن أن تفرز في بعض الأحيان أحكاماً تلزم بها الناس باعتبارها أوامر ونواهي، وتبيح لهم تصرفات وأفعال مناقضة للشرعية، بل مناقضة أيضاً حتى للفطرة السليمة، كما هو الحال في بعض القوانين الأوروبية التي تبيح الزواج المثلي، كزواج الرجل من الرجل، وزواج المرأة من المرأة، ونحو ذلك. ولكن هذه القوانين الوضعية إذا جاءت متفقة مع نصوص الشرعية الإسلامية أو متماشية مع مبادئها العامة وروحها التشريعية وجبت الطاعة لها، وحققت العقوبة على من خالفها.

ولذلك جعل الشارع الحكيم لأولي الأمر من باب التنظيم وحماية الجماعة وسد حاجاتها الحق في إصدار تشريعات تنظيمية على أساس مبادئ الشرعية العامة، وهذه التشريعات لا تكون إلا فيما لا نص فيه، أي ما ليس فيه دليل شرعي نقلي من كتاب أو سنة صحيحة، فهذا المجال يمثل منطقة حرة متروكة قصداً من الله عفواً وتوسعة على عباده، ورحمة بهم من غير نسيان منه.

هذه المنطقة الحرة متروكة لاجتهاد العقل الإسلامي، يشرع لها ما يناسب زمانه ومكانه في ضوء النصوص ومقاصد الشرعية العامة⁽¹⁾.

وعليه فإنه من يتأمل الأحكام الشرعية والأحكام القانونية يجد تشابهاً في ظاهر بعضها إلا أن هذا التشابه الظاهري لا يعني التوافق من كل وجه.

(2) - انظر: عبد السلام السليماني، الاجتهاد في الفقه الإسلامي ضوابطه ومستقبله. ص 346-348.

(1) - انظر: القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشرعية ومقاصدها، ص 65-66.

فمصادر التشريع في كل منهما مختلفة، إذ هي في الشريعة أدلة الشرع المستندة للكتاب والسنة. أما القانون فمصدره وضع البشر ونظرياتهم.

ومن أوجه التشابه بين الشريعة والقانون ما يلي:

* - العرف معتبر شرعا وقانونا، حيث أن للعرف أهمية كبيرة في مختلف التشريعات، وعند كل الأمم. ولذا يعتبر القانون الوضعي العرف أحد مصادر التشريع، بل إن كثيرا من نصوص القانون وأحكامه الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام إنما هي مترجمة عن العرف الشائع في البلاد. أما في الإسلام فإن العرف هو أحد المصادر التشريعية التبعية، لأنه مبني في الغالب على مراعاة الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، أو دفع الحرج والمشقة والتيسير في التكاليف الشرعية.

ونطاق تأثير العرف عند الفقهاء كما يقول الزحيلي يتحدد في أنه حجة في تفسير النصوص التشريعية، وقد يراعى في تشريع وتوليد وتعديل الأحكام، وبيان وتحديد أنواع الالتزامات في العقود والتصرفات والأفعال العادية حيث لا دليل سواه⁽²⁾.

* - العقد مصدر للالتزام بما فيه بشرط عدم مخالفته للنص، سواء الكتاب والسنة، ما يستند إليهما في الشريعة، أو النظام الصادر عن السلطة في القانون، ولذلك كانت القواعد الفقهية والتي دونتها بعض القوانين أن ما يثبت بالنص يقدم على ما يجب بالشرط، كما إن من أصول القانون أن العقد شريعة المتعاقدين بشرط عدم مخالفة النظام.

* - عدم تطبيق النظام بأثر رجعي، حيث لا يطبق على الحالات التي وقعت سابقة عليه في القانون، وكذا في الشريعة لقوله تعالى: ﴿عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ﴾ المائدة: ٩٥. والقاعدة المعروفة أن الإسلام يجب ما قبله.

* - اعتبار أن الأصل براءة المتهم حتى تثبت إدانته، ومن قواعد الفقه الشرعي أن الأصل براءة الذمة حتى يثبت شغلها⁽³⁾ بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: "المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا في فرية"⁽⁴⁾.

(2) - انظر: الزحيلي وهبة، العرف بين الشرع والقانون، ص2-3. مقال موجود في موقع نسيم الشام.

(3) - انظر: سلطان بن عثمان البصيري، مسائل حول الشريعة والقانون، ص7. مقال. موقع:

نتيجة البحث

إن الشريعة الإسلامية هي شريعة تفوق واكتمال، وهي سابقة على القوانين الوضعية إلى تقرير كل المبادئ الإنسانية والنظريات العلمية، وبالتالي فإن الشريعة الإسلامية تختلف عن القوانين الوضعية اختلافات أساسية، وتتميز عنها بمميزات جوهرية. ولكن مع ذلك كله فإن ما أبحره العقل البشري من خلال تجاربه وخبراته، ويؤدي إلى مصالح إنسانية، فهذا لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، وبالتالي فهو محل تقدير واعتبار، لأن المصلحة أينما توجد فَتَمَّ شرع الله تعالى.

وفي الأخير يوصي الباحث بإجراء بحوث ودراسات علمية مقارنة بين التشريعين في جميع موضوعاتهما وأفكارهما وفقا للمنهج المقارن، وذلك حتى نسهم في إضافات جديدة إلى القانون العالمي المقارن، ونقدم للعالم ما لدينا من كنوز.

المصادر والمراجع

- 1- القرآن الكريم - مصحف المدينة للنشر الحاسوبي-
- 2- الأشقر، عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، دار البعث، قسنطينة، الجزائر.
- 3- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت256هـ)، صحيح البخاري المسمى بالجامع الصحيح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2: 1423هـ-2002م.
- 4- ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي (ت235هـ)، المصنف. حققه محمد عوامة، شركة دار القبلة، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1: 1427هـ - 2006م.
- 5- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ت711هـ)، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، جمهورية مصر العربية.
- 6- أبو خليل، سليمان بن عبد الله بن محمود، المدخل إلى علم الفقه. فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية. ط1: 1427هـ-2006م.
- 7- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت.
- 8- الزحيلي، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. دار الفكر، دمشق، ط1: 1412هـ-1991م.

=

(4) - رواه ابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأفضية، باب (75)، مج10، ص641، رقم الحديث (21042).

- 9- الزرقا، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1: 1418هـ-1998م.
- 10- سمير عليه وهيثم سمير عليه، القانون الوضعي المقارن بفقته الشريعة. مجد المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان. ط1: 1431هـ-2010م.
- 11- شلبي، مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه. مطبعة دار التأليف، مصر: 1382هـ-1962م.
- 12- الشوكاني، محمد بن علي الشوكاني(ت1250هـ)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الفكر.
- 13- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية: 2001م.
- 14- عبد السلام السليمان، الاجتهاد في الفقه الإسلامي ضوابطه ومستقبله، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية، ط: 1417هـ-1996م.
- 15- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.
- 16- القرضاوي، يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1: 1421هـ-2000م.
- 17- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط3: 1998م.
- 18- محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط2: 1996م.
- 19- محمد كمال عبد العزيز، الوجيز في نظرية القانون، مكتبة وهبة بالقاهرة: 1962م.
- 20- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري(ت261هـ)، صحيح مسلم المسمى بالجامع الصحيح، اعتنى بطبعه وراجعه هيثم خليفة الطعيمي، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، ط1: 1422هـ-2001م.
- 21- موقع نسيم الشام: www.naseemalsham.com، وهبة الزحيلي، العرف بين الشرع والقانون، مقال.
- 22- موقع: www.saaid.net/Doat/busairi/61.htm. سلطان بن عثمان البصري، مسائل حول الشريعة والقانون، مقال.

دور القاضي الدستوري في دعوى عدم الدستورية

إعداد الدكتور: صبحي مصباح زيد

عضو هيئة التدريس بقسم القانون العام - كلية القانون ترهونة

المقدمة :

يقرر القضاء الدستوري - دون تردد - أن دعوى عدم الدستورية ذات طبيعة عينية.⁽¹⁾ فموضوع الدعوى أو محلها، مجابهة نص تشريعي ، بنص دستوري، بقصد إثبات مدى اتفاق الأول مع أحكام الدستور أو مرقه عنها، ولا شيء غير ذلك، إذ أن القاضي الدستوري يقضي بدستورية أو عدم دستورية النص المطعون فيه، فحسب، ولا يتجاوز ذلك إلى القضاء بحق شخصي لصاحب الشأن، فإن حدث وترتب لدى الشأن حق بمقتضى الحكم فيها بعدم الدستورية ، فإنما ذلك يعد أثراً للحكم ولا شأن له بطبيعة الدعوى⁽²⁾. ولعل من نافلة القول: أن تأسيس الطبيعة العينية للدعوى في فكر القانون العام، منطلقه تعلقها - أي اتصال موضوعها - بالنظام العام، والذي يعد أكثر وضوحاً في دعوى عدم الدستورية، أليس الدستور هو أساس النظام القانوني في الدولة، وجل قواعده أمرة؟⁽³⁾.

(1) راجع : حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 55 لسنة 4 ق.د، بجلسة 1992/9/5 م مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا في أربعين عاماً من (1969 - 2009)، ص 511، وحكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم 12/1ق، جلسة 11 يناير 1970م ، مجلة المحكمة العليا، ص6، ع1، ص44.

(2) راجع : د. محمد باهي أبو يونس، أصول المرافعات الدستورية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص 24، 25.

(3) هذا ما تؤكدته المحكمة الدستورية العليا في حديث أحكامها بالقول : " وحيث أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الطبيعة الأمرة لقواعد الدستور، وعلوها على ما دونها من القواعد القانونية وضبطها للقيم التي ينبغي أن تقوم عليها الجماعة، تقتضي إخضاع القواعد القانونية جميعاً لأحكام الدستور ... راجع حكمها

أما مآل هذه الطبيعة العينية للدعوى، فهو دور إيجابي لقاضي القانون العام، والقاضي الدستوري على وجه الخصوص.

ومتى كان ذلك كذلك، فإن سير أغوار هذا الدور الإيجابي الذي يتمتع به القاضي الدستوري في دعوى عدم الدستورية، يقتضي تسليط الضوء على دور القاضي الدستوري في الشق الإجرائي لدعوى عدم الدستورية " مطلب أول " ودوره في الشق الموضوعي لهذه الدعوى " مطلب ثاني " .

المطلب الأول

دور القاضي الدستوري في الشق الإجرائي

لدعوى عدم الدستورية

يتمثل الشق الإجرائي في الدعوى، بسلسلة الشروط اللازم توافرها، والإجراءات الواجب اتباعها لتحريك حق الدعوى، وانعقاد الخصومة الدستورية، وهو كذلك في أي دعوى أخرى؛ فكل ما تقتضيه المطالبة القضائية من تحريك الدعوى بطلب ينقلها من مجرد حق ساكن إلى نشاط قضائي يعرف اصطلاحاً بالخصومة القضائية، " هو من المسائل الإجرائية أو العمل الإجرائي التي يستأثر بها المشرع نشأةً وتنظيماً، فهو الذي يبتدع الإجراء، ويبين عن كيفية ممارسته، ويحدد الآثار المترتبة عليه، والجزاء المترتبة على مخالفته" ⁽¹⁾.

وهكذا فإن مسألة اختصاص المحكمة بنظر الدعوى، وسبل رفع هذه الأخيرة أمامها، وميعاد رفعها، وعدم سبق الفصل فيها، وتوافر شروط قبولها من مصلحة وصفة، وكل ما يتطلبه المشرع من إجراءات لصحة انعقاد الخصومة، هي من المسائل الإجرائية المتعلقة بالنظام

=

في القضية رقم 57 لسنة 34 ق.د بجلسة 14 يونيو 2012م ، منشور بمجلة الدستورية ع 22 ، س 10 ،

أكتوبر 2012 م ، 85 .

(1) راجع : د. محمد باهي أبو يونس، أصول المرافعات الدستورية، المرجع السابق ، ص 18 .

العام، والتي يملك القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، دون حاجة لتمسك أحد الخصوم بها، ودون تقيد بترتيب هذه الدفوع، وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى⁽¹⁾.

وبخصوص ذلك انتهت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى القول: الأوضاع الإجرائية - سواء ما اتصل منها بطرق رفع الدعوى أو بميعاد رفعها - إنما تتعلق بالنظام العام، باعتبارها من الأشكال الجوهرية في التقاضي التي تغيا المشرع بها المصلحة العامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية ..⁽²⁾.

وفي ذات الاتجاه ذهبت المحكمة الدستورية الكويتية، مقررة أن الدفوع التي تتصل باختصاصها وإجراءات تحريك الدعوى أمامها، وشروط قبولها تتعلق بالنظام العام، أو هكذا قالت: (... نظراً للطبيعة العينية للدعوى الدستورية، فإن المشرع قد وضع إجراءات تحريكها وشروط قبولها والاختصاص بنظرها، أمام المحكمة الدستورية ولجنة فحص الطعون على نحو خاص، ولما كانت تلك الإجراءات من مقومات الدعوى الدستورية، وأدخل بالتنظيم القضائي، فإن ولاية المحكمة الدستورية في رقابة دستورية القوانين واللوائح لا تنعقد إلا بإتباعها، لتعلقها بالنظام العام، واعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي قصد به المشرع مصلحة عامة، حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة)⁽³⁾.

ونعرض - فيما يلي - نماذج لبعض الأحكام التي نطق بها القاضي الدستوري دون أن يتقيد فيها بطلبات أطراف الدعوى، مستخدماً من تلقاء ذاته سلطته في إثارة المسائل المتصلة باختصاصه، وبالأوضاع الإجرائية الخاصة بقبول الدعوى أمامه، وسنده في ذلك تعلق هذه الدفوع بالنظام العام .

(1) راجع كلا من : د. يسرى محمد العصار ، التصدي في القضاء الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999، ص 42، د. عبيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى

الدستورية، القاهرة ، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، ص 14 وما بعدها .

(2) راجع : حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 216 لسنة 20 ق ، د ، بجلسة 2002/1/13 ، المجموعة، ج 10 ، مج 1 ، ص 150.

(3) راجع : حكم المحكمة الدستورية الكويتية، في الطعن رقم 2 لسنة 1994، بجلسة 1994/6/21، أشار إليه د . يسرى محمد العصار، التصدي، المرجع السابق، ص 45، 46.

أولاً / تصدي القاضي الدستوري تلقائياً لمساءلة اختصاصه بنظر الدعوى ، وسبل إثارتها ، وميعادها .

من المعلوم أن توزيع الاختصاص بين المحاكم، وتحديد سبل اتصال هذه الأخيرة بالدعاوي الواقعة في نطاق اختصاصها، هو - على حد تعبير محكمتنا العليا - من فن عمل المشرع، ومن ثم فلا بد من وجود نص منه بذلك⁽¹⁾، وعليه فإن تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى بعدم الدستورية، والسبل القانونية لإثارة النزاع الدستوري أمامها، من المسائل الإجرائية التي يستقل المشرع بتنظيمها، وفق قواعد أمرّة يتغيا من خلالها تحقيق الصالح العام⁽²⁾.

ومتى كان ذلك كذلك، فإن القاضي الدستوري يستطيع التصدر من تلقاء ذاته لمخالفة أياً من هذه القواعد الإجرائية، ومن ثم الحكم بعدم قبول الدعوى، وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية بقولها : (حدد قانون المحكمة الدستورية العليا القواعد الموضوعية، والإجرائية التي تباشر هذه المحكمة من خلالها - وعلى ضوءها - الرقابة القضائية على دستورية النصوص التشريعية، فقرر لاتصال الدعوى الدستورية بهذه المحكمة مسالك بعينها، حصرتها وفصلتها المادتان (27)، (29) من قانونها، باعتبار أن ولوجها وإقامة الدعوى الدستورية من خلالها يعد من الأشكال الإجرائية الجوهرية التي لا يجوز مخالفتها، كي ينتظم التداعي في المسائل الدستورية في إطارها، ووفقاً لأحكامها)⁽³⁾.

وعلى النهج ذاته سار القضاء الدستوري الليبي، مقررراً أن: (اللائحة الداخلية للمحكمة " العليا " قد بينت القواعد والإجراءات الخاصة برفع الدعوى الدستورية ونظرها، ورسمت للمتقاضين السبل الواجب إتباعها عند ممارسة حقهم في رفع هذه الدعوى، كما

(1) راجع : حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 28/3 ق، بجلسة 1982/10/30م، مجلة المحكمة العليا، س19، ع2، يناير 1983، ص 10.

(2) راجع : رسالتنا للدكتوراه " أساس دعوى عدم الدستورية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2015 ص 183، 184.

(3) راجع : حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 3 لسنة 12 ق، د، بجلسة 1993/1/2، وحكمها في القضية 11 لسنة 15 ق . د، بجلسة 1993/12/6، مجموعة المبادئ، المرجع السابق، ص 517 ، 518 . وحكمها في القضية رقم 57 لسنة 34 ق . د، بجلسة 14 يونيو 2012، سابق الإشارة إليه.

حددت للمحاكم الأوضاع الواجب مراعاتها إذا ما أثار الخصوم أمامها أية مسألة تتعلق بالقواعد الدستورية أو بتفسيرها، وهو ما يوجب على هذه المحكمة بحث ما إذا كانت هذه الإجراءات الجوهرية قد روعيت من قبل المتقاضين، ومن قبل المحكمة أم أن الأمر خلاف ذلك، لأن عدم مراعاتها يمنع هذه المحكمة من نظر الدعوى، ويؤدي إلى عدم قبولها...⁽¹⁾.

ثانياً / تصدي القاضي الدستوري تلقائياً لتخلف الشروط الشكلية الواجب توافرها في صحيفة الدعوى .

نصت اللائحة الداخلية للمحكمة العليا في المادتين (12)، (13) على بعض الشروط الشكلية اللازم توافرها في صحيفة الدعوى بعدم الدستورية، وهذه الشروط تكاد أن تكون هي ذاتها المنصوص عليها في قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية، صراحة في المادتين (30)، (34) و ضمناً في المادة (28).

أ - بيانات صحيفة الدعوى.

نصت المادة (13) من اللائحة على أنه (يجب أن تتضمن الصحيفة البيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم ومحال إقامتهم والنص القانوني موضوع الطعن والأسباب التي بني عليها الطعن والمستندات المؤيدة لذلك).

والواضح من هذا النص، أن بيانات الصحيفة تنقسم إلى قسمين، بيانات تتعلق بالخصوم، وأخرى تتعلق بموضوع الطعن⁽²⁾، وجميعها تعتبر من الأشكال الجوهرية في التقاضي، حسبما نصت عليه المادة (13) أعلاه، والتي استهلها المشرع بالوجوب " يجب " وبذلك فهي قاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يملك القاضي الدستوري التصدي لمخالفتها من تلقاء ذاته.

وبوضوح تام أفصحت المحكمة العليا عن هذا المضمون في قضائها الدستوري، فقال " ينبغي على الطاعن في الطعن الدستوري أن يحدد القاعدة الدستورية التي صدر التشريع مخالفاً

(1) راجع: حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 53/1 ق، بجلسة 2009/11/11، بجلسة المحكمة العليا، س42، ع1، ص17 .

(2) لمزيد من التفاصيل راجع للباحث، أساس دعوى عدم الدستورية، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص253، وما بعدها.

لها، ووجه تلك المخالفة، فإن لم تتضمن أسباب الطعن بياناً لهذين الأمرين أو كان بيانه لهما لا يوصل إلى ذلك، أو لم تكن القاعدة المقول بمخالفتها قاعدة دستورية، كان الطعن غير مقبول ... " (1).

وهذا ما كانت قد قررت المحكمة الدستورية العليا، بعد أن بينت الحكمة التي تغيهاها المشرع باشتراطه لضرورة توافر البيانات المتعلقة بموضوع الطعن في صحيفة الدعوى، واعتبارها بيانات جوهرية يترتب على تخلفها كلها أو بعضها عدم قبول الدعوى (2).

ب- توقيع صحيفة الدعوى في محام مقبول للترافع أمام المحكمة .

نصت المادة (12) من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا على أنه: " ترفع الطعون الدستورية بصحيفة موقعة من أحد المحامين المقبولين أمام المحكمة العليا... ". وفي مصر نص قانون المحكمة الدستورية العليا في المادة (34) على أنه: " يجب أن تكون الطلبات وصحف الدعاوي التي تقدم إلى المحكمة الدستورية العليا موقعاً عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو بهيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل حسب الأحوال... ".

والواضح من هذين النصين، أن توقيع صحيفة الدعوى بعدم الدستورية من محام مقبول للترافع أمام القضاء الدستوري، يعد من الإجراءات الجوهرية في التقاضي، التي يترتب على تخلفها بطلان صحيفة الدعوى، ويملك القاضي الدستوري الحكم بعدم قبولها من تلقاء ذاته، وهذا ما قررت المحكمة الدستورية العليا صراحة بقولها: " لما كان ذلك، وكانت صحيفة الدعوى الماثلة خلواً من هذا التوقيع المعترف من الشروط التي يتعين توافرها لقبول الدعوى الدستورية، بوصفه إجراءً جوهرياً لا ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بتخلفه، فإن هذا الإغفال - وأياً كان سببه - يستتبع الحكم بعدم قبول الدعوى الماثلة " (3).

(1) راجع : حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 3 / 52 ق، بجلسة 2008/12/12م، مجلة المحكمة العليا، س 41، ع4، ص51 .

(2) راجع : أحكام المحكمة الدستورية العليا في الطعن الدستوري رقم 16 لسنة 2 ق، د، بجلسة 1991/5/4 ن المجموعة، ج2، ص24، وحكمها في القضية رقم 97 لسنة 4 ق، بجلسة 1988/6/4، المجموعة، ج4، ص 115 .

(3) راجع : حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 55 لسنة 13 ق د ، بجلسة 1992/4/18، المجموعة ، ج5، مع 1 ، ص 305 .

ثالثاً / تصدي القاضي الدستوري تلقائياً لمخالفة إجراءات انعقاد الخصومة الدستورية.

يلزم لانعقاد الخصومة الدستورية إتباع سلسلة من الإجراءات ، والتي يمكن تقسيمها - بالنظر إلى مقصودها - إلى قسمين : يضم الأول - إجراءات تنعقد بها الخصومة الدستورية، وهي القيد والإعلان، والقسم الثاني : إجراءات يتحقق من خلالها مبدأ المواجهة بين الخصوم، وهو تبادل المستندات (1).

أ- القيد والإعلان .

1- القيد : وهو قيد الدعوى في السجل العام المخصص لتسجيل الدعاوي (2)، ويتم هذا الإجراء بمجرد تقديم صحيفة الطعن - من أصل وعدد كافٍ من الصور- إلى المسجل المختص " مسجل الدائرة الدستورية "، موقعة من أحد المحامين المقبولين للترافع أمام المحكمة العليا، ومستوفاة للرسوم القضائية المقررة، فإن كانت كذلك، وجب على مسجل الدائرة الدستورية قيدها في يوم ورودها بالسجل العام (3).

وهكذا، فإن تاريخ تقديم صحيفة الدعوى بعدم الدستورية هو تاريخ قيدها في السجل العام للدعاوي، وتكمن أهمية هذا التاريخ في اعتباره الوسيلة التي يمكن عن طريقها إثبات أن صحيفة الدعوى قد رفعت في الميعاد المقرر لها من ناحية، ومن ناحية أخرى لحساب مواعيد الإعلان (4).

2- الإعلان : وهو الوسيلة المقررة قانوناً لإيصال واقعة أو أمر معين إلى علم المعلن إليه، وذلك بالكيفية التي يحددها القانون، وبذلك فإن هدف الإعلان، هو إيصال واقعة رفع الدعوى - الصحيفة ومرفقاتها - إلى علم المدعى عليه (5).

(1) راجع : للباحث، أساس دعوى عدم الدستورية، مرجع سابق، ص 261.

(2) المرجع نفسه، ص 262

(3) أنظر المواد (12)، (35)، (38) من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا، والمادة الأولى من قرار الجمعية العمومية للمحكمة العليا رقم 281 لسنة 2003 بإصدار لائحة الرسوم القضائية.

(4) راجع: الباحث أساس دعوى عدم الدستورية، المرجع السابق، ص 262.

(5) راجع كلا من : د. الكوي علي اعبوده، قانون علم القضاء، الخصومة والعريضة، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، 2003 ، ص 106 . د. علي مسعود محمد بلقاسم، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، دار بن حمودة للنشر والتوزيع، زليتن ، 2014 ، ص 403 ، 404 .

والإعلان هو الإجراء الذي تنعقد به الخصومة القضائية طبقاً لأحكام قانون المرافعات الليبي، والخصومة الدستورية ليست استثناء من ذلك، إذ تقع مسؤولية الإعلان على الطاعن⁽¹⁾؛ وعلى ذلك نصت المادة(14) من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا بالقول: "يجب علي الطاعن أن يعلن الصحيفة ومرفقاتها إلى جميع الخصوم الذين وجه الطعن إليهم خلال عشرين يوماً من تاريخ تقديمها، وأن يودع أصل ورقة الإعلان لدى قلم التسجيل خلال عشرة أيام من تاريخ انتهاء الميعاد المذكور".

وفي حديث أحكامها أفصحت المحكمة العليا عن جزاء تخلف هذا الإجراء المتعلق بالنظام العام، فقالت: "حيث إن نص المادة 342 من قانون المرافعات المدنية والتجارية⁽²⁾ يوجب على الطاعن أن يعلن الطعن إلى جميع الخصوم وإلا كان الطعن باطلاً، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، وكان ملف الطعن قد خلا مما يفيد إعلان الطعن إلى المطعون ضدهم ويغدو من ثم غير مستوف للشكل المقرر في القانون، ويتعين الحكم بعدم قبوله..."⁽³⁾.

ب- تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم.

يتحقق هذا المبدأ من خلال تبادل مذكرات ومستندات الدعوى بعدم الدستورية، وهو ما نصت عليه المادة (15) من اللائحة بقولها: "للخصوم الذين وجه إليهم الطعن أن يودعوا قلم التسجيل المختص خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانهم مذكرة بدفاعهم موقعة من أحد المحامين المقبولين أمام المحكمة العليا مشفوعة بالمستندات التي يرون تقديمها ويكون للطاعن خلال خمسة عشر يوماً من انقضاء الميعاد المذكور بالفقرة السابقة أن يودع قلم التسجيل المختص مذكرة بالرد مشفوعة بما يكون لديه من مستندات.

فإذا استعمل الطاعن حقه في الرد كان للخصوم الآخرين أن يودعوا خلال خمسة عشر يوماً أخرى مذكرة بتعقيبيهم على هذا الرد مع مستنداتهم.

(1) هذا في النظام القانوني الليبي، أما في النظام القانوني المصري، فإن الخصومة الدستورية تنعقد بالإيداع لا بالإعلان، لمزيد من التفاصيل، راجع: د. عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، ص434.

(2) نستغرب أشد الاستغراب موقف قضاؤنا الدستوري هذا، إذ لجأ إلى قانون المرافعات في ظل وجود نص خاص وهو نص المادة (15) المشار إليه أعلاه.

(3) راجع: حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 59/114 ق، بجلسة 2012/12/23، غير منشور، ص3.

وفي جميع الأحوال يجب أن يكون إيداع المذكرات والمستندات بعدد كافٍ من الصور".
ويكشف هذا النص عن حقوق ثلاثة للخصوم يتحقق بها مبدأ المواجهة، وهي حق الاطلاع، وحق الرد، وحق التعقيب⁽¹⁾، وجميع هذه الحقوق انتظامها المشرع في مواعيد رتيبة، يذهب الفقه الدستوري إلى أنها مواعيد حتمية متعلقة بالنظام العام⁽²⁾، يجب اتخاذ الإجراء خلالها، ودلالة ذلك عدم قبول قلم التسجيل المختص لأي إجراء منها بعد انقضاء المواعيد المقرر إجرائها خلالها، فإن حدث وقبلها القلم بعد فوات المواعيد المنصوص عليها، فإن القاضي الدستوري لا يلتفت لأي منها ما دام قد تجاوز الميعاد المحدد، ودون أن يؤثر ذلك علي صحة سير الخصومة.

رابعاً / تصدي القاضي الدستوري تلقائياً لتخلف شرطي المصلحة والصفة في دعوى عدم الدستورية.

يذهب جانب من الفقه إلى الربط المتلازم بين المصلحة والصفة، معتبراً الصفة مجرد عنصر في المصلحة، وهي المصلحة الشخصية المباشرة، ليس في دعوى الإلغاء أو دعوى عدم الدستورية فحسب، وإنما في سائر الدعاوي بوجه عام⁽³⁾.
والحقيقة أن هذا القول لا يصح على إطلاقه، فهو إن صح حال الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، والتي تكتسب فيها الصفة أو تثبت لمن وقع عليه الاعتداء في حقه أو مركزه القانوني بمجرد حصول الاعتداء، مما يجعله صاحب مصلحة وصفة فإن الأمر ليس كذلك دائماً حال إثارة الدعوى بطريق الدفع، وليس كذلك مطلقاً حال إثارتها بطريق الإحالة أو التصدي؛ إذ المشرع هو من يمنح الصفة في هذين الحالتين⁽⁴⁾.

1- تصدي القضاء الدستوري لعدم توافر شرط المصلحة.

نصت المادة (23/أولاً) من قانون المحكمة العليا المعدل بالقانون رقم 17 لسنة 1994 على اختصاص المحكمة العليا - الدائرة الدستورية - دون غيرها، بالفصل في المسائل الآتية :

(1) لمزيد من التفاصيل، راجع للباحث، أساس دعوى عدم الدستورية، مرجع سابق، ص 265-268.

(2) أنظر: محمد باهي ابو يونس، أصول المرافعات الدستورية، مرجع سابق، ص 31.

(3) راجع : د. يسري محمد العصار، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994، ص 84.

(4) راجع : للباحث، أساس دعوى عدم الدستورية، مرجع سابق، ص 194، 195.

أولاً / الطعون التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية مباشرة في أي تشريع يكون مخالفاً للدستور ... " .

واعترفت المحكمة الدستورية العليا في مصر أن شرط المصلحة مقرر ضمناً في المادة (28) من قانونها.

وغنى عن البيان ، أن شرط المصلحة يؤسس على اعتبارات تتعلق جميعها بالصالح العام، وتمس بالمصالح العامة للمجتمع⁽¹⁾.

ومتى كان ذلك كذلك، فإن القاضي الدستوري يملك من تلقاء ذاته التصدي لعدم توافر هذا الشرط في دعوى عدم الدستورية، ومن ثم الحكم بعدم قبولها، وهذا ما ثبت في قضاء محكمتنا العليا (الدائرة الدستورية)، حيث انتهت إلى القول: " ... تشترط المصلحة الشخصية والمباشرة كركن في قبول الطعن بعدم الدستورية كقاعدة عامة في كافة الطعون الدستورية وهو ما يصدق قوله على الطعن المائل، حيث إن الفقه والقضاء قد استقرا على أن المصلحة الشخصية والمباشرة شرط لقبول الدعوى الدستورية، ومناط هذه المصلحة أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وبذلك يكون الفصل في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات المرتبطة معها، كما أنه من المستقر عليه أن هذه المصلحة لا تعتبر متحققة بالضرورة بناءً على مجرد مخالفة النص التشريعي المطعون فيه بعدم الدستورية، بل يتعين أن يكون هذا النص بتطبيقه على الطاعن قد أدخل بأحد الحقوق التي يكفلها الدستور على نحو الحق به ضرراً مباشراً، وبذلك يكون شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى الدستورية مرتبطاً بالخصم الذي أثار المسألة الدستورية غير منظور إليها بصفة مجردة، فإذا كان النص المدعى بعدم دستوريته لم يلحق بالمدعي ضرراً، كما هو الحال في هذه الواقعة لعدم تطبيقه عليه، فإن المصلحة الشخصية والمباشرة تكون منتفية"⁽²⁾.

وتواترت أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر، على القضاء من تلقاء ذاتها، بعدم قبول أي طلب أو فدع يقدم أمامها، ولا تكون لصاحبه فيه مصلحة شخصية مباشرة⁽³⁾.

(1) المرجع نفسه، ص 197 .

(2) حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 4 لسنة 52 ق، بجلسة 2008/11/12، مجلة المحكمة العليا، ص41، ع4، ص 43،44 .

(3) راجع: أحكام المحكمة الدستورية بخصوص شرط المصلحة، مجموعة المبادئ، مرجع سابق، ص 540 وما بعدها.

2- تصدي القاضي الدستوري تلقائياً لعدم توافر شرط الصفة.

استقرت أحكام القضاء الدستوري - الليبي والمصري - على تطلب شرط الصفة إلى جانب شرط المصلحة من ضمن شروط قبول دعوى عدم الدستورية، وعلى ذلك تؤكد المحكمة العليا الليبية بالقول: " إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه يشترط لقبول الدعوى الدستورية أمام هذه المحكمة ما يشترط لقبول الدعاوي كافة وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، وهي أن تتوافر المصلحة والصفة وأهلية التقاضي، وهي شروط عامة في كافة الدعاوي " (1).

والقاعدة في ثبوت الصفة، أنها تكتسب بمجرد حصول واقعة الاعتداء لمن وقع عليه هذا الاعتداء في حقه أو مركزه القانوني، وتحوله طلب الحماية القضائية، وذلك برفع دعوى ضد المنازع أو المعتدي لمنع المنازعة أو دفع الاعتداء (2). ولكن ذلك لا يمنع المشرع - بالطبع - من تنظيم سبل إثارة دعوى عدم الدستورية بالنسبة لمن وقع عليهم الاعتداء أو منحه الصفة القانونية لإثارة النزاع الدستوري لغير من وقع عليهم الاعتداء كما هو الحال في منحها للمحاكم والجهات ذات الاختصاص القضائي (3).

وأجماً للقول، فإن توافر الصفة - على النحو الذي يتطلبه المشرع - يعد شرطاً لازماً لقبول دعوى عدم الدستورية، يملك القاضي الدستوري التصدي لتخلفه في الدعوى من تلقاء ذاته، ومن ثم الحكم بعدم قبولها.

وفي هذا الشأن قضت المحكمة الدستورية العليا بالقول: " ولما كان المدعي الثاني لم يختصم أمام محكمة الموضوع ولم ترخص له المحكمة المذكورة بالتالي في رفع الدعوى الدستورية، فإن دعواه الدستورية لا تكون قد رفعت للمحكمة طبقاً للأوضاع المقررة قانوناً، ومن ثم تكون غير مقبولة بالنسبة إليه " (4).

(1) حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 2 لسنة 52 ق، بجلسة 2008/11/12، مجلة المحكمة العليا، ص 41، ع 4، ص 43، 44.

(2) مزيد من التفاصيل، راجع للباحث، أساس دعوى عدم الدستورية، المرجع السابق، ص 183، 189، 183.

(3) راجع على سبيل المثال نص المادة (29/أ) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية.

(4) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 45 لسنة 7 ق، د. بجلسة 1987/11/03، المجموعة ج 4، ص 17.

خامساً / تصدي القاضي الدستوري تلقائياً لمخالفة مبدأ حجية الأحكام الصادرة في دعاوى عدم الدستورية .

إن الأحكام الصادرة في موضوع دعاوى عدم الدستورية - بدستوريتها أو عدم دستوريتها

- تعتبر حجة على الكافة، وأساس ذلك قائم على أن الخصومة في الدعوى الدستورية- وهي بطبيعتها من الدعاوى العينية- غنما توجه إلى النصوص التشريعية المدعى مخالفتها للدستور، ولا يعتبر حكم القاضي الدستوري باستيفاء العمل التشريعي لأوضاعه الشكلية أو بتوافق النصوص المطعون فيها أو تعارضها مع الأحكام الموضوعية في الدستور منصرفاً إلى الخصوم في الدعوى التي صدر فيها، بل متعدياً إلى الكافة ومنسحباً إلى كل سلطة في الدولة بما يردها عن التحلل منه أو مجاوزة مضمونه، سواء كانوا من المخاطبين بالنص التشريعي الذي تعلق به قضاء القاضي الدستوري أم كانوا من غيرهم⁽¹⁾.

ولا يفوتنا القول: أن هذا المبدأ - حجية الأحكام المطلقة وعلى الكافة - يدعمه المشرع ويقويه ، ومن قبيل ذلك نص المادة (31) من قانون المحكمة العليا الليبية، ونص المادة (195) من الدستور المصري عام 2014، والمادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا التي نصت على أنه: " أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة " .

ومتى كان ذلك كذلك، فإنه ثمة شرط سلمي يستلزمه قبول دعوى عدم الدستورية، وهو ألا يكون قد سبق صدور حكم في موضوعها⁽²⁾.

فالحكم في موضوع الدعوى - بدستورية أو عدم دستورية التشريع المطعون فيه - يعتبر مانعاً من نظر ذات موضوعها من جديد، وبغض النظر عن اختلاف الأطراف أو الأسباب؛ وعلة ذلك أن الدعوى ذات طبيعة عينية، ومناطق عينيته، اختصاص نص تشريعي لمخالفته لمبادئ الشرعية الدستورية، وهكذا يتصل موضوعها بالنظام العام، ليفرض على القاضي عرض

(1) راجع : حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 30 لسنة 12 ق، د بجلسة 6/فبراير /1993، أشار إليه:

د. يسري محمد العصار، التصدي، مرجع سابق، ص 34 .

(2) لمزيد من التفاصيل حول هذا الشرط، راجع رسالتنا، أساس دعوى عدم الدستورية، مرجع سابق، ص 275

وما بعدها.

النص المطعون فيه على كافة أحكام الدستور، لالتهاء بتقرير سلامته أو عدمها، وحكمه بهذه أو تلك يجوز على الحجية المطلقة وفي مواجهة الكافة.

وهذا ما أكدته أحكام القضاء الدستوري، فها هي المحكمة العليا الليبية تقرر: " إن هذه الدائرة (الدستورية) قد سبق لها بموجب حكمها الصادر في الطعن الدستوري رقم (2) لسنة 52 ق، بجلسة:2008/11/12، وأن قضت بعدم دستورية النص التشريعي الذي ميز بين ركاب السيارات الخاصة وغيرها من الركاب، بحيث لم يعد هناك مقتضى لبحث دستورية هذا النص من جديد" (1).

واستقر قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية على أن ما فصلت فيه في موضوع الدعاوى الدستورية، يجوز على حجية مطلقة في مواجهة الكافة، وبالنسبة إلى الدولة بكامل سلطاتها، وعلى امتداد تنظيماتها المختلفة، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه، أو السعي إلى نقضه من خلال إعادة طرحه عليها لمراجعته، وأي دعوى دستورية تفصل المحكمة في موضوعها حسمًا قاطعاً - بالدستورية أو عدم الدستورية - فذلك يعد مانعاً من نظر أي طعن مماثل يشور بشأن ذات موضوعها من جديد، وإن حدث، فإن المحكمة تقضي باعتبار الخصومة منتهية لأنها لم تصادف محلاً، أي غير ذات موضوع (2).

وهكذا، نخلص إلى أن القاضي الدستوري يلعب دوراً إيجابياً في الشق الإجرائي في الدعوى بعدم الدستورية، حيث لا يتقيد بطلبات أطراف الدعوى، ويستخدم من تلقاء ذاته سلطته في إثارة المسائل المتصلة باختصاصه، وبالأوضاع الإجرائية الخاصة بقبول الدعوى أمامه، وذلك كأثر للطبيعة العينية لهذه الدعوى واتصالها شكلاً وموضوعاً بالنظام العام .

(1) راجع : حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 3 لسنة 53 ق، بجلسة 2009/11/11، مجلة المحكمة العليا، س 42، ع1، 2، ص 28 .

(2) راجع : حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 19 لسنة 11ق، د، بجلسة 07/أكتوبر/1991، وملخص لأحكام ذات المحكمة بالخصوص، أشار إليها د. يسري محمد العصار، مرجع سابق، ص 33 وما بعدها .

المطلب الثاني

دور القاضي الدستوري في الشك الموضوعي

لدعوى عدم الدستورية

آثار الطبيعة العينية لدعوى عدم الدستورية هي أكثر وضوحاً وأعمق أثراً في الشك الموضوعي لهذه الدعوى، ففيه يتخطى القاضي الدستوري التخوم التقليدية للقاضي العادي في المرافعات المدنية، كاشفاً بذلك عن الطبيعة الإيجابية لدوره في تسيير هذه الدعوى، حيث لا يتوقف عند حد تحقيق ادعاءات الخصوم والفصل فيها، وإنما يتجاوز ذلك إلى توجيهها نحو تحقيق المشروعية الدستورية⁽¹⁾.

ويتجلى الدور الإيجابي للقاضي الدستوري في الشك الموضوعي لدعوى عدم الدستورية، في أمور ثلاثة: أولها - في تحديد نطاق الدعوى. والآخر - في تعديل أسبابها، والآخر - في مد آثار الحكم فيها.

أولاً / دور القاضي في تحديد نطاق الدعوى.

الأصل أن نطاق دعوى عدم الدستورية، ينحصر في النصوص القانونية التي دفع الخصم بعدم دستورتها - أو تلك التي تضمنها قرار الإحالة - وفي حدود ما صرحت به محكمة الموضوع بعد تقديرها لجدية الدفع، إلا أن الطبيعة العينية لهذه الدعوى تنتج آثارها، فتنعكس على موضوعها ذاته، بالشكل الذي يستطيع معه القاضي الدستوري - في أحوال وبشروط معينة - توسيع موضوع دعوى عدم الدستورية، بالتشكيك في دستورية تشريع آخر أو حكم من أحكام تشريع لم يثره المدعي أصلاً في موضوع الدعوى المعروضة عليه⁽²⁾.

(1) راجع: للباحث، أساس دعوى عدم الدستورية، مرجع سابق، ص 58، 59.

(2) حول نفس المعنى راجع: د. عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري، مرجع سابق، ص 5.

ولقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على ثلاثة مبادئ يستطيع القاضي الدستوري بمقتضاها مد نطاق الدعوى عن الحد الذي تضمنته صحيفتها، متجاوزاً بذلك طلبات الخصوم، وهذه المبادئ هي :

أ- " التحقق من استيفاء النصوص القانونية لأوضاعها الشكلية يعتبر أمراً سابقاً بالضرورة على الخوض في عيوبها الموضوعية " .

إن تحديد نطاق الدعوى - وفق مطلوب المدعي في صحيفتها أو قرار الإحالة من محكمة

الموضوع - في الطعن الموضوعي بعدم دستورية قانون أو لائحة لا يحول بين القاضي الدستوري وبين التأكد من سلامة الإجراءات الشكلية المتطلبة دستورياً، لإصدار ذات القانون أو اللائحة.

فالقاضي الدستوري يتمتع بدور إيجابي في دعوى عدم الدستورية - كأثر لطبيعتها العينية وارتباطها الوثيق بالنظام العام - يمكنه من توسيع أو مد نطاق الدعوى عن الحد الذي رسمه الخصوم، فيتصدى من تلقاء نفسه لفحص مدى اتفاق شكل القانون أو اللائحة المعروض عليه مع أحكام الدستور، وإن كان المدعي قد حدد نطاق هذه الدعوى في الطعن الموضوعي - فقط - بعد دستورية هذا التشريع⁽¹⁾.

وعلى هذا النحو استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا بقولها: " وحيث إنه من المقرر وعلى ما أطرده عليه قضاء هذه المحكمة ، أن التحقق من استيفاء النصوص القانونية لأوضاعها الشكلية يعتبر أمراً سابقاً بالضرورة على الخوض في عيوبها الموضوعية، ذلك أن الأوضاع الشكلية للنصوص التشريعية هي من مقوماتها بوصفها قواعد قانونية لا يكتمل كيانها أصلاً في غيبتها، ويتعين تبعاً لذلك على هذه المحكمة أن تتحراها بلوغاً لغاية الأمر فيها، ولو كان نطاق الطعن المعروض عليها ينحصر في المطاعن الموضوعية دون سواها"⁽²⁾.

(1) راجع: د. يسرى محمد العصار ، التصدي في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 47 .

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 101 لسنة 32 ق، د، جلسة 31/يوليو/2011، مجلة الدستورية،

ب- " يمتد نطاق دعوى عدم الدستورية إلى النصوص المرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة أو الانفصال عن النص المطعون فيه "

يملك القاضي الدستوري من تلقاء ذاته توسيع نطاق الدعوى ليشمل ليس فقط النص التشريعي أو اللائحي المطعون فيه، وإنما كذلك مجموع نصوص القانون أو اللائحة المعروضين عليه، إذ قدر وجود ارتباط لا يقبل الانفصال بين النص الأصلي المطعون فيه، والنص الآخر الذي بسط رقابته عليه⁽¹⁾.

وينبئ قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر، عن ركون القاضي الدستوري لمبدأ عينية الدعوى الدستورية، وأخذه بالاعتبار حقيقة تعلق نصوص الدستوري جميعها بالنظام العام، فجنده يقضي بعدم دستورية النصوص المرتبطة بالنصوص المطعون عليها والتي يتقرر عدم دستورتها متى كانت هذه النصوص تشكل معاً وحدة لا تتجزأ⁽²⁾.

والمستفاد من أحكام المحكمة الدستورية العليا، أن القاضي الدستوري يلجأ من تلقاء ذاته لمد نطاق الدعوى بحيث يشمل النصوص المرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة بالنص المطعون فيه، متى كانت تلك النصوص المرتبطة يتعذر فصلها عن تلك النصوص التي تحدد بها نطاق الدعوى ابتداءً، وأن ضمها إليها كافلاً لتحقيق الأغراض التي توخاها المدعي بدعواه الدستورية. وهكذا فإن تطبيق مبدأ عدم القابلية للتجزئة، والذي يُمكن القاضي الدستورية من توسيع نطاق الدعوى من تلقاء ذاته، ليشمل نصوصاً لم تكن معروضة عليه، لازمه توافر شرطين : الأول / تعذر الفصل : بمعنى أنه لا يمكن فعلاً الفصل بين النصوص المطعون فيها أمامه بعدم الدستورية والنصوص التي ضمها القاضي أو مد نطاق الدعوى ليشملها. والثاني / تحقق المصلحة : أي أن ضم هذه النصوص إلى محل الدعوى الأصلي يتحقق به فعلاً المصلحة التي توخاها المدعي بدعواه⁽³⁾.

(1) راجع : د. يسرى محمد العصا، التصدي، المرجع السابق، ص 37.

(2) راجع : د. عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري، المرجع السابق، ص 149.

(3) هذان الشرطان مجتمعان هما مناط التمييز بين مد نطاق الدعوى، ومد آثار الحكم فيها - كما سنرى لاحقاً - حيث إن مد نطاق الدعوى يقتضي توافرها معاً بينما مد آثار الحكم بعدم الدستورية، والذي قد يطول نصوصاً ليست معيبة في ذاتها، ولكن ارتباطها بالنص المعيب دستورياً جعلها غير ذات موضوع فتسقط تبعاً للحكم بعدم دستورية.

وهذا ما نقف عليه بكل وضوح في قضاء المحكمة الدستورية العليا بقولها: "إن نطاق دعوى عدم الدستورية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن تحدد أصلاً بالنصوص القانونية التي تعلق بها الدفع بعدم الدستورية المثار أمام محكمة الموضوع، إلا أن هذا النطاق يتسع كذلك لتلك النصوص التي أُضير المدعي من جراء تطبيقها عليه - ولو لم يتضمنها هذا الدفع - إذا كان فصلها عن النصوص التي اشتمل الدفع عليها متعذراً، وكان ضمها إليها كافلاً الأغراض التي توخاها المدعي بدعواه الدستورية، فلا تحمل إلا على مقاصده ولا تتحقق مصلحته الشخصية والمباشرة بعيداً عنها" (1).

ج- "يمتد نطاق دعوى عدم الدستورية ليشمل النصوص الأصلية التي أُنبتت النص المطعون فيه بعدم الدستورية".

يتجلى تطبيق هذا المبدأ وبشكل واضح في حالة الطعن بعدم دستورية نص لائحي - من غير اللوائح المستقلة التي تستند إلى الدستور مباشرة- قائم على نص قانوني معين. فإذا كان النص المطعون فيه لائحيًا، فنطاق الدعوى لا يجب أن يقتصر عليه وحده، بل يملك القاضي الدستوري من تلقاء نفسه - ويجب أن يفعل - مد نطاق الدعوى ليشمل أصل القاعدة التي تفرع عنها، أي إلى النص التشريعي الأصلي الذي صدر النص اللائحي استناداً إليه (2).

وفي تطبيق هذا المبدأ، قضت المحكمة الدستورية العليا بالقول: "إن الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن دستورية النصوص القانونية المطعون فيها، لا تحول بينها ورد هذه النصوص إلى الأصول التي أنبتتها كلما آل إبطالها إلى زوال ما تفرع عنها واتصل بها اتصال قرار؛ إذ كان ذلك، وكان النص المطعون فيه قد صدر تنفيذاً للمادة (57) من قانون الجمارك مستمداً قواعده وأحكامه منها، فإنه يغدو مرتبطاً عضويًا بهذه المادة، وبالتالي لا يجوز قصر نطاق الدعوى الدستورية الماثلة على النص المطعون فيه فيها وحده، بل يكون نطاقها

(1) راجع : حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 84 لسنة 17 ق . د ، بجلسة 15/03/1997، مجموعة

المبادئ ، مرجع سابق ، ص 562.

(2) راجع : للباحث، أساس دعوى عدم الدستورية، مرجع سابق، ص 62 .

مشتماً بالضرورة على أصل القاعدة التي تفرع هذا النص عنها متمثلاً في المادة (57) المشار إليها⁽¹⁾.

ثانياً / دور القاضي الدستوري في تعديل أسباب الدعوى.

من آثار الطبيعة العينية لدعوى عدم الدستورية تمتع القاضي الدستوري بدور إيجابي إزاء أسبابها ، كما هو الحال إزاء موضوعها وفق سالف البيان، على النحو الذي يمكنه من شيء من التحرر من مبدأ " إلزام القاضي بطلبات الخصوم موضوعاً وتأسيساً "؛ فالقاضي الدستوري لا يلتزم هذا المبدأ بذات نطاق إلزام القاضي العادي أو الإداري به، وهو ما يكون من أثره أنه يمكنه أن يستند في حكمه على أسباب إضافية أو مغايرة نسبياً للأسباب التي أسس عليها الخصم طعنه، أو أستند إليها لتأييد مطلوبة⁽²⁾.

فإذا كانت الأسباب التي استند إليها المدعي، وأثبتها في صورة دفع في عريضة دعواه على مخالفة التشريع أو الجزء منه، وانتهاكه لأحكام الدستور، غير كافية في الوصول إلى الحكم بعدم الدستورية؛ فللقاضي الدستوري إثارة وجوه أخرى إضافية أو مغايرة تماماً لما أبداه المدعي من أسباب لمخالفة التشريع الخاضع للرقابة لأحكام الدستور، وعندها لا شك أن يكون الدور الحاسم في الحكم بعدم الدستورية لما أثاره القاضي الدستوري وتصدى لبحثه من دفع من تلقاء ذاته ، وهو المتخصص في الرقابة الدستورية⁽³⁾.

ويؤكد ذلك، ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية بقولها: " الرقابة التي تباشرها هذه المحكمة - وعلى ما جرى عليه قضاؤها - في شأن النصوص القانونية المدعي مخالفتها للدستور، تقتضيها أن تقرر إما صحتها وإما بطلانها، وهي إذ تخلص إلى براءتها مما يعيها دستورياً، أو قيام ما أخذ عليها لمخالفتها للدستور، فإنها لا تقنع بالمخالفة التي نسبها الخصم إليها في الدعوى المطروحة عليها، أو التي أثارها محكمة الموضوع في شأنها، بل تجيل بصرها بعدها في النصوص الدستورية جميعها على ضوء النظرة المتكاملة لأحكامها، لتحديد على ضوءها توافق النصوص المطعون فيها معها أو تعارضها، وهو ما يعني أن تحديد المخالفة

(1) راجع : حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 104 لسنة 20 ق .د، بجلسة 7/03 /1999، مجموعة المبادئ، مرجع سابق، ص 563 .

(2) راجع : د. محمد باهي أبو يونس، أصول المرافعات الدستورية، مرجع سابق، ص 5 .

(3) حول نفس المعنى راجع: د. عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري، مرجع سابق، ص 5 .

الدستورية المدعى بها سواء من قبل الخصم أو محكمة الموضوع لا يتغيا إلا مجرد تأكيد المطاعن الدستورية من خلال ربطها بما يظاهاها من نواحي العوار في النصوص المدعى مخالفتها للدستور، ولا يتصور تبعاً لذلك، أن يكون عرض بعض جوانب هذه المخالفة مؤشراً وحيداً أو قاطعاً في شأن بيان نطاق التعارض بين النصوص القانونية المطعون فيها وأحكام الدستور التي تنقيد بها المحكمة الدستورية العليا في مجموعها في كل دعوى تطرح عليها ⁽¹⁾.

وهكذا، فإن القاضي الدستوري يلعب درواً بارزاً في هذا الجانب من دعوى عدم الدستورية، حيث لا يتوقع بين جدران الأسباب التي تمسك بها الطاعن في دعواه أو تضمنها قرار الإحالة، بل يتجاوزها مفتشاً عن أسباب أخرى تغافل المدعى عنها، فيقلب القانون المطعون فيه على كافة وجوهه ويحاصره بأسانيد وأسباب غير تلك التي أثارها الخصوم، ليتأكد من سلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان، ولا غرو في ذلك، فالقاضي الدستوري يوصف بأنه حامٍ للدستور، والدعوى ذات طبيعة عينية متعلقة بالنظام العام غايتها إعلاء الشرعية الدستورية ⁽²⁾.

ثالثاً / دور القاضي الدستوري في مد آثار الحكم في الدعوى.

يختلف دور القاضي الدستوري أو سلطته في مد آثار الحكم في دعوى عدم الدستورية، عن دوره أو سلطته في توسيع نطاق دعوى عدم الدستورية لتشمل نصوصاً لم تكن محلاً لدعوى المدعى، فهذه الأخيرة لازمة - كما سلف البيان - توافر شرطين، أولهما: تعذر الفصل بين النصوص المدعى بعدم دستوريته وتلك التي مد إليها القاضي نطاق الدعوى فشمها برفاقته، وثانيهما: تحقق مصلحة الطاعن بالقضاء بعدم دستورية النصوص المرتبطة ⁽³⁾.

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 160 لسنة 24 ق. د، بجلسة 2005/01/09، مجموعة المبادئ، مرجع سابق، ص 601، 602 .

(2) حول نفس المعنى، راجع: رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية، طبعة مزيدة ومنقحة، 2009، ص 203 .

(3) لعل مقتضى هذا الشرط يفرض إجراءات تحضير الدعوى إزاء النصوص التي حد إليها القاضي الدستوري نطاق الدعوى ليتم التحقق فعلاً من مدى تحقيقها لمصلحة المدعى، هذا بخلاف مد آثار الحكم في الدعوى المنصوص المرتبطة والتي تقتضي إتباع إجراءات التحضير.

أما سلطة القاضي الدستوري في مد آثار الحكم في الدعوى؛ فليس له إلا شرطاً واحداً فقط، وهو تعذر الفصل أي وجود ارتباط لا يقبل الانفصال أو التجزئة بين النصوص المقضي بعدم دستورتها وتلك التي يمتد إليها حكم القاضي الدستوري، ودونما التفات إلى أن النصوص المرتبطة تحقق مصلحة المدعي أو لا تحققها.

والملاحظ أن مناط أو علة تمتع القاضي الدستوري بسلطة مد آثار الحكم في دعوى عدم الدستورية، لتشمل النصوص المرتبطة بالنص المقضي بعدم دستوريته، هو أن هذه النصوص المرتبطة أضحت غير دستورية بالتبعية، أو أنها صارت غير ذات موضوع ولا قيمة لوجودها، بعد الحكم بعدم دستورية النص الأصلي المرتبطة به، فيحكم القاضي بسقوطها تبعاً لذلك، دونما حاجة لاتخاذ إجراءات تحضير الدعوى إزائها، مكتفياً بمناقشتها في حيثيات حكمه، لينتهي لتقرير هذه النتيجة أو تلك في منطوق الحكم.

فالمقصود بسلطة القاضي الدستوري بمد آثار الحكم في دعوى عدم الدستورية، هو مناقشته التلقائية للنصوص الغير مدعى بعدم دستورتها أصلاً ولكنها تربطها علاقة بالنص لمطعون فيه بعدم الدستورية في حيثيات حكمه، ثم يقضي بعدم دستورتها في منطوق الحكم، تأسيساً على ارتباط هذه النصوص مع النص المقضي بعدم دستورية ارتباطاً لا يقبل الانفصال، وقد لا يحكم بعدم دستورتها ولكنه يحكم بسقوطها تأسيساً على أن ارتباطها بالنص المقضي بعدم دستوريته جعلها غير ذات موضوع⁽¹⁾.

ولقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية النصوص المرتبطة بالنصوص المطعون عليها، والتي تقرر عدم دستورتها لأنها تشكل معاً وحدة لا تتجزأ فقالت: "... وحيث إنه لما تقدم، يتعين الحكم بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم 125 لسنة 1981م ببعض الأحكام الخاصة بنقابة المحامين، لما كان ذلك، وكانت باقي مواد هذا القانون مترتبة على مادته الأولى بما مؤداه ارتباط نصوص القانون بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل الفصل أو التجزئة، ومن ثم؛ فإن عدم دستورية نص المادة الأولى وإبطال أثرها،

(1) راجع كلا من : د. عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري، المرجع السابق، ص 108 ، 135، د.

يسري محمد العصار، التصدي في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص 8 .

يستتبع - بحكم الارتباط - أن يلحق ذلك الأبطال باقي نصوص القانون المطعون فيه، مما يستوجب الحكم بعدم دستورية القانون برمته⁽¹⁾.

وفي أحكام أخرى لذات المحكمة لم تقضي بعدم دستورية النصوص المرتبطة، بل قضت بسقوطها ترتيباً على الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه، معتبرة أن النصوص المرتبطة به تسقط بالتبعية بعدم الدستورية؛ لان وجودها مرتبط بوجوده، ولا يتصور لها وجود منفصل عنه⁽²⁾، فقالت: "وحيث إنه متى كان ذلك وكان الحكم بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم 123 لسنة 1981م المشار إليه، يعني بطلانها وسقوط النصوص المرتبطة بها ارتباطاً لا يقبل التجزئة، والتي لا يتصور وجودها بدونها؛ فإن ما أورده الفقرة الثانية من أحكام متعلقة بوجوب عرض رئيس الجمهورية لقراره بتعديل جدول الضريبة على السلطة التشريعية خلال الميعاد المبين بها، وكذلك ما نصت عليه فقرتها الثالثة من جزاء على رفض السلطة التشريعية لقرار رئيس الجمهورية بمقتضى النص المطعون فيه، كلا لا يتجزأ، وتسقط أحكامها تبعاً لبطلان هذا التفويض ومعها قرار رئيس الجمهورية رقم 360 لسنة 1982م، 137 لسنة 1986م، بتعديل جدول الضريبة على الاستهلاك الصادرين استناداً لقانونها⁽³⁾.

وفي حديث أحكامها أكدت ذات المحكمة على أعمال سلطتها في مد آثار الحكم بعدم دستورية النصوص المطعون فيها لتشمل النصوص المرتبطة بها ارتباطاً لا يقبل الفصل، فتسقط هذه الأخيرة تبعاً للحكم بعدم دستورية الأولى، وترتب على هذا السقوط نفس الأثر المرتب على عدم الدستورية، قائلة "وحيث إن القضاء بعدم دستورية نص المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 123 لسنة 2011م، يستتبع حتماً وبحكم اللزوم سقوط نص المادة الثانية من هذا المرسوم بقانون المرتبطة به ارتباطاً لا يقبل الفصل أو التجزئة.

(1) راجع: أحكام المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 47 لسنة 3 ق، د، بجلسة 1983/6/25، وحكمها في القضية رقم 01 لسنة 1 ق، د. بجلسة 1985/3/02، وحكمها في القضية رقم 27 لسنة 8 ق. د، بجلسة 1990/1/04، أشار إليها د. يسري محمد العصار، التصدي، مرجع سابق، ص 67 - 73.

(2) راجع: ملخص لأحكام ذات المحكمة بالخصوص، د. يسري محمد العصار، المرجع نفسه، ص 73 وما بعدها.

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 18 لسنة 8 ق، د، بجلسة 03/فبراير/1996، المجموعة،

وحيث إنه متى كان ذلك، وكانت انتخابات مجلس الشعب قد أجريت بناء على نصوص ثبت عدم دستورتها، فإن مؤدي ذلك ولازمه—على ما جرى به قضاء هذه المحكمة— أن تكوين المجلس بكامله يكون باطلاً منذ انتخابه بما يترتب عليه زوال وجوده بقوة القانون اعتباراً من التاريخ المشار إليه، دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء آخر، كأثر الحكم بعدم دستورية النصوص المتقدمة، وإنقاذاً لمقتضى الإلزام والحجية المطلقة للإحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية في مواجهة الكافة وبالنسبة إلى الدولة وسلطاتها المختلفة⁽¹⁾.

الخاتمة

نتهي من خلال ما تقدم إلى حقيقة ادراك القاضي الدستوري للطبيعة العينية لدعوى عدم الدستورية، وإعمالاً لمقتضيات هذه الطبيعة العينية برز الدور الإيجابي للقاضي الدستوري في دعوى عدم الدستورية، بشقيها الإجرائي والموضوعي.

ففي الشق الإجرائي للدعوى الدستورية، أكد القاضي الدستوري على أن الأوضاع الإجرائية— سواء ما تعلق منها بمسألة الاختصاص أم بسبل ومواعيد رفع الدعوى وعدم سبق الفصل فيها، أم بضرورة توافر شروط قبولها من مصلحة وصفة، وكل ما يتطلبه المشرع من إجراءات لصحة انعقاد الخصومة— جميعها تتعلق بالنظام العام، باعتبارها من الأشكال الجوهرية في التقاضي التي تغيا المشرع بها المصلحة العامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية، ومن ثم فإن القاضي الدستوري يملك أن يثيرها من تلقاء نفسه، دون حاجة لتمسك أحد الخصوم بها، ودون تقييد بترتيب هذه الدفوع وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى.

أما فيما يتعلق بالشق الموضوعي لدعوى عدم الدستورية، فإن القاضي الدستوري يتخطى كثيراً التخوم التقليدية لدور القاضي العادي الذي يلتزم بطلبات الخصوم، ليتعداها نحو تحقيق المشروعية الدستورية، فيخاصم الوقائع بعرضها على نصوص الدستور كافة، ودوماً تقييد بتلك— النصوص الدستورية— التي قبل بمخالفتها في صحيفة الدعوى، ويشرع واضحاً المبادئ والقواعد التي تخدم واجبه في تحقيق المشروعية الدستورية، مقررًا أن :

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 57 لسنة 34 ق.د، بجلسة 6/14/2012، مجلة الدستورية، ع

- 1- التحقق من استيفاء النصوص القانونية لأوضاعها الشكلية يعتبر أمراً سابقاً بالضرورة على الخوض في عيوبها.
 - 2- " نطاق دعوى عدم الدستورية يمتد إلى النصوص المرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة أو الانفصال عن النص المطعون فيه " .
 - 3- " نطاق دعوى عدم الدستورية يمتد ليشمل النهوض الأصلية التي انبت النص المطعون فيه بعدم الدستورية "
- وبالأعمال هذه المبادئ برز دور القاضي الدستوري في دعوى عدم الدستورية، بمد نطاق موضوعها، وتعديل أسبابها وأسانيدها، وأخيرة بمد آثار الحكم الصادر فيها.
- انتهى بحمد الله وتوفيقه ،،

المراجع

- 1- د. الكوني علي اعبوده، قانون علم القضاء، الخصومة والعريضة، طرابلس - ليبيا، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الثانية 2003.
- 2- د. صبحي مصباح زيد: أساس دعوى عدم الدستورية، دراسة تحليلية مقارنة لمضمون الدعوى في النظام القانوني الليبي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، سنة 2015.
- 3- د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية، طبعة مزيدة ومنقحة، 2009.
- 4- د. عادل عمر شريف: قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، القاهرة، مطابع دار الشعب، 1988.
- 5- د. علي مسعود محمد بلقاسم، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، دار بن حمودة للنشر والتوزيع، زليتن ، 2014 .
- 6- د. عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004.
- 7- د. محمد باهي أبو يونس، أصول المرافعات الدستورية، محاضرات في القضاء الدستوري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011.

فاعلية الاختصاص العالمي

L'efficacité de la Compétence universelle

إعداد الدكتور: كمال التواتي أبوشاح

محاضر مساعد / كلية القانون جامعة عمر المختار

البريد الإلكتروني hassan.kamal21@yahoo.fr

ملخص باللغة الفرنسية

Le résumé en français

La compétence universelle est une juridiction nationale dite « universelle » lorsqu'elle s'étend à des actes commis par des étrangers, à l'étranger ou dans un espace échappant à toute souveraineté – alors même qu'aucun des critères habituellement retenus ne rattache de tels actes à l'Etat dont cette juridiction relève. Il s'agit donc d'une forme particulièrement ambitieuse des compétences législatives et juridictionnelles étatiques extraterritoriales.

Cette extension du champ de compétence des justices nationales permet d'appliquer le droit international pénal, et devrait contribuer sensiblement à l'efficacité de ce droit. Le développement spectaculaire de la compétence universelle depuis la fin du XXe siècle répond, sans doute, à cette logique. Toutefois, l'expérience n'en a pas entièrement confirmé les promesses et, d'ailleurs, nombre de critiques s'élèvent aujourd'hui qui sont, notamment, dirigées contre l'orientation politique des chefs de compétence universelle institués pendant cette période.

Mais il convient d'esquisser un tableau d'ensemble de l'institution dite « compétence universelle » en retraçant les grandes lignes de son histoire avant d'analyser les conditions générales de sa mise en œuvre nationale et d'en tenter, pour finir, une complète évaluation.

Après avoir étudié ces thèmes, nous avons constaté que jusqu'à présent, l'institution de la compétence universelle n'a que médiocrement rempli sa fonction théorique, car le manque de moyens ou d'informations des victimes et le désintérêt, sinon l'hostilité, des parquets, se sont souvent conjugués pour empêcher que cette technique pallie effectivement l'absence ou les carences de la justice internationale. De plus, les gouvernements supportent mal de voir certains de leurs ressortissants comparaître devant des tribunaux étrangers.

clésMots

الاختصاص العالمي، العدوان، الإبادة، التطهير العرقي، جرائم ضد الانسانية، القرصنة، خطف الطائرات، حقوق الانسان، الارهاب، المحاكم الوطنية، الحصانة، حرية الملاحة، جرائم ضد السلام، محكمة العدل الدولية، المحكمة الجنائية الدولية، القانون البلجيكي، القانون الاسباني، القانون الفرنسي .

المقدمة

إن مجال تطبيق القوانين الجنائية واختصاص المحاكم الجنائية للدول يمكن أن يمتد بسهولة خارج إقليمها، وهو ما يمكن أن نلاحظه بوضوح في نص المادة 113 الفقرة السادسة من قانون العقوبات الفرنسي والمادة 5 من قانون العقوبات الليبي في فقرتها الثانية المتعلقة بالجرائم المخلة بأمن الدولة وجرائم تقليد واستعمال الأختام العامة وجرائم تزيف النقود والتي تقضي باختصاص القضاء الليبي بنظر الأفعال المتضمنة اعتداء علي هذه المصالح بالرغم من إرتكابها خارج الإقليم الليبي.

والواقع فإن امتداد اختصاص القضاء الوطني علي هذا النحو يعتمد بدرجة أساسية علي معايير ثلاثة، وهي معايير مقررّة في جميع الانظمة الجنائية للدول : المعيار الأول وهو جنسية الدولة التي ينتمي إليها المشتبه فيه و المحني عليه (' l nationalité de l'auteur de la victime)، والمعيار الثاني هو وقوع عنصر من عناصر الجريمة علي إقليم الدولة المعنية (La localisation d'un élément constitutif sur son territoire) والمعيار الثالث هو مساس الجريمة بالمصالح الأساسية لهذه الدولة (L'atteinte à des intérêts fondamentaux de cet Etat)، وفي هذا الاطار فإن امتداد الاختصاص القضائي الوطني يعتبر امتدادا عادي (ordinaire) بمعنى أن هناك ارتباط دائم بين الجريمة التي حصلت والاعتداء علي المصالح الاساسية التي يحميها قانون العقوبات في هذه الدولة.

غير أن اختصاص القضاء الوطني يمكن أن يكتسب صفة العالمية عندما يمتد هذا الاختصاص إلي جرائم تم ارتكابها عن طريق أجنبي ضد أجنبي خارج إقليم هذه الدول أو في مجال يخرج عن السيادة الإقليمية لأي دولة كارتكاب هذه الجريمة في أعالي البحار مثلا (La haute mer) بمعنى أنه لا يوجد أية اعتداء مباشر علي المصالح المحمية جنائيا في هذه الدول ولا يتوافر أية معيار من المعايير السابقة يمكن تطبيقه لانعقاد الاختصاص للمحاكم الوطنية، ومع ذلك فإن القضاء الوطني يقول إنني قضاء مختص بموجب قانوني الوطني الذي يعطيني هذا الاختصاص، فالأمر هنا يتعلق بصيغة خاصة وطموحة من الاختصاص التشريعي والقضائي للدولة خارج حدودها الإقليمية، بكلمة أوضح فإن الاختصاص القضائي للدولة بصرف النظر عن هذه الدولة أو تلك يمكن أن يمارس بمجرد القبض علي المشتبه فيه أو شكوي تقدم ضده من الجاني عليه (La victime) وإن كان التطبيق العملي لهذا الاختصاص أظهر بوضوح أنه لممارسة هذا الاختصاص لابد من القبض علي المشتبه به علي إقليم الدولة المعنية التي تقرر تشريعاتها مثل هذا الاختصاص .

والواقع فإن المبررات التي تقدم للأخذ بهذا الاختصاص العالمي هو أن القضاء الدولي الجنائي سواء اتخذ شكل المحاكم الدولية الجنائية المؤقتة (Les tribunaux ad hoc) أو اتخذ شكل القضاء الدولي الجنائي الدائم مثلا في المحكمة الجنائية الدولية (La Cour pénale internationale) المنشأة بموجب اتفاقية روما عام 1998 والتي دخلت حيز التطبيق اعتبارا من يوليو 2002 لا يضمن دائما ملاحقة كل المشتبه فيهم بارتكاب جرائم دولية لاقتصاص هذا القضاء علي كبار المسؤولين (Les grandes responsables) أو القادة

السياسيين والعسكريين الكبار في هذه الدول، فضلا عن اختصاصه في مواجهة جرائم دولية محددة علي سبيل الحصر (De la Pradelle , 2012 , p. 1007)

وكنتيجة لعدم كفاية القضاء الدولي الجنائي بنوعيه الدائم والمؤقت في ملاحقة جميع المشتبه فيهم بارتكاب جرائم دولية فإن المحاكم الوطنية قد تبدو للوهلة الأولى أنها الأقدر في مكافحة هذه الجرائم في العديد من الحالات خاصة فيما يتعلق بالمشتبه فيهم من غير شاغلي الوظائف القيادية أو الرئيسية (Les suspects subalternes) والتي لا ترغب المحاكم الدولية الجنائية بنوعيتها في محاكمتهم نظرا للتكلفة العالية لهذه المحاكم، لكن لا يجب أن ننسى نقطة جوهرية وهو أن اختصاص هذه المحاكم الوطنية هو في الاصل اختصاص محلي أو إقليمي كقاعدة عامة، لذلك من المناسب أن يعطي لهذه المحاكم سلطة العالمية، حتي تتمكن من مكافحة الجرائم التي تتضمن انتهاكا للمصالح الاساسية للقانون الدولي وإعطائها الفرصة لمحاكمة المشتبه فيهم قيامهم بهذه الجرائم، كما تجدر الاشارة أن إعطاء المحاكم الوطنية فرصة تطبيق القانون الدولي الجنائي من الممكن أن يسهم في نهاية المطاف إلي تطوير هذا الاخير وذلك بإضافة عناصر القانون الجنائي الوطني إلي القانون الدولي الجنائي وقد أظهر التطور المطرد في تبي قوانين الاختصاص العالمي منذ نهاية القرن العشرين صحة هذا المنطق .

غير أن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد هو مدى قدرة هذا الاختصاص في أن يؤدي الغاية المرجوة منه في تحقيق الاهداف المذكورة، خاصة وأنا أمام نوع من الاختصاص القضائي لم يمارس ولا مرة من الناحية الفعلية أو التطبيقية، بل أكثر من ذلك بدأنا نلاحظ تراجعاً في موقف تشريعات بعض الدول والتي تعتبر رائدة في تقرير هذا النوع من الاختصاص حيث أصبحت تضع العديد من القيود التي تحد في نهاية المطاف من تطبيقه، بل يمكن ان نلتمس قيوداً أخرى وضعها القضاء الدولي نفسه لوضع هذا الاختصاص موضع التطبيق.

إن هذه الورقة البحثية تحاول البحث في فعالية هذا الاختصاص وقدرته علي تحقيق الاهداف التي وجد من أجلها في ضوء مبرراته ودواعيه والقيود التي ترد عليه، ولكي تؤدي هذه المحاولة الغاية المقصودة منها ؛ فإننا سنحاول تقفي الخطوط التاريخية العريضة لظهور هذا الاختصاص في (مبحث أول) وذلك قبل تحليل الشروط العامة لتطبيقه في (مبحث ثاني) وفي نهاية المطاف فإننا سنحاول تقييم هذا الاختصاص في (مبحث ثالث) . ونختتم البحث بخاتمة وتبث للمصادر والمراجع.

المبحث الأول

نشأة الاختصاص العالمي

L'institution de la Compétence universelle

من الصعوبة بمكان تعقب الأصول التشريعية لهذا الاختصاص في التشريعات القديمة حيث أنه من المؤكد أن قانون الشعوب المطبق علي الأجنب ابان تطبيق القانون الروماني في روما بواسطة البريتور (Le préteur) لم يكن يعرف هذا الاختصاص، وفي هذا الصدد ومن خلال البحث التاريخي فإن أولي التصورات الفقهية لهذا الاختصاص يمكن تلمسها اعتبارا من القرن الثامن عشر، حيث يمكن أن نجد بعض التصورات التي دعت إلي إيجاد تغيير عميق في القواعد المتعلقة بالاختصاص الجنائي العادي للمحاكم الوطنية (مطلب أول)، وهو الأمر الذي يترتب عليه أن اختصاص القضاء الوطني عالميا إن جاز لنا استخدام هذا التعبير بخصوص بعض الجرائم الدولية لم يتم الاخذ به إلا مؤخرا إذا ما استثنينا من ذلك فقط جرائم القرصنة البحرية التي تم تكريسها في بدايات النصف الثاني من القرن العشرين (مطلب ثاني)، بل إنه يمكن التأكيد في هذا الصدد بأن الدول لم تأخذ كثيرا بعين الاعتبار الاتفاقيات الدولية التي تفرض هذا النوع من الاختصاص، ففي الوقت الذي بدأ فيه تجريم بعض التصرفات واعتبارها جرائم دوليه بموجب بعض الاتفاقيات الدولية فإن هذه الاخيرة لم تشر بشكل عام إلي الاخذ بفكرة الاختصاص العالمي وإن كان قد تم الإشارة إليه في بعض هذه الاتفاقيات فإنه لم يتضمن التزاما علي الدول الموقعة بتبني هذا الاختصاص، وهو ما يدعونا إلي القول بأن التزام هذه الدول بهذه الاتفاقيات كان دائما التزاما اختياريا وهو الامر الذي دفع بعض الدول بشكل أو بآخر إلي الاخذ بالزامية تقنين الاختصاص العالمي من أجل مكافحة الجرائم الدولية (مطلب ثالث).

المطلب الأول: الأصول الوطنية للاختصاص العالمي

Les origines nationales

اعتبارا من القرن الثامن عشر فإن عددا من الباحثين قاموا بتطوير موضوع مكافحة الجرائم الدولية علي المستوى الدولي (Donnedieu de Vabres, 1922-1923, pp. 533et ss)، راجع في هذا الصدد أيضا (Henzelin, 2000 , p. 58).

ووفقا لوجهة نظر هؤلاء الباحثين فإنه من الملائم إعطاء المحاكم الوطنية اختصاصا في نظر الجرائم التي يقوم بارتكابها أفراد بصرف النظر عن جنسيتهم أو نوع الجريمة المرتكبة أو المكان الذي ارتكبت فيه وقد حثوا أيضا علي فكرة حق الدولة في معاقبة هؤلاء المشتبه فيهم بمجرد أن حظهم السيئ أو الظروف أودت بهم أن يكونوا علي إقليم هذه الدولة (Donnedieu de Vabres, 1923 , pp. 533et ss).

وتحت تأثيرات هذا الفقه، فإن مشرعي القرن التاسع عشر أعطوا هذا الحق في العقاب (العالمي) إلي محاكمهم فيما يتعلق بالجرائم المرتكبة بالمخالفة لقوانينهم الداخلية، لهذا نري أن بعض التشريعات الأوروبية في تلك الفترة قامت بتبني هذا الاختصاص بخصوص بعض الجرائم ومنها علي سبيل المثال القانون النمساوي الصادر في عام 1803 والقانون الإيطالي الصادر سنة 1889 والقانون النرويجي والروسي .

والواقع فإن تبني هذا الاختصاص من جانب واحد ونقصد هنا عدم وجود أية اتفاقيات دولية في الخصوص، بررته فكرة حماية المصالح الخاصة بهذه الدول بالرغم من غياب كل الارتباطات التقليدية الشخصية والاقليمي والمساس بالمصالح العليا للدولة لانعقاد الاختصاص بهذه الجريمة حيث يكفي فقط مجرد تواجد المشتبه به علي إقليم هذه الدول.

وفي وقت مبكر جدا فإن المختصين والباحثين اقترحوا عدم الاخذ بالاختصاص العالمي إلا في الجرائم التي تمس مباشرة بكل الانسانية لذلك فإن هذا الاختصاص فرضته مبررات وضرورات التضامن بين الانسانية جمعاء والمصالح المشتركة للدول، وفي هذا الصدد يمكن الإشارة إلى ما أورده الفقيه الهولندي الكبير جروسيوس Grotius منذ قرابة أربعة قرون بقوله :

(إنه منذ إنشاء الدول كانت هناك دائما قناعة راسخة بأن جرائم الأشخاص العاديين يتم تركها لهذه الدول لتتصرف فيها كيفما تراه ويحلها وفقا لإرادتها بالعقاب وبالتغاضي عنها لكن بالمقابل هنا كحق مطلق يقضي بعدم الترك والتسليم بهذه الحرية فيما

يتعلق بالجرائم التي تمس في كل الاحوال بالمجتمع الإنساني، وهي جرائم لكل الدول الحق في ملاحقتها) (Alland et Goyard Fabre, 1999, p. 255)

المطلب الثاني: التكريس الدولي للاختصاص العالمي

La consécration internationale de la Compétence universelle

في الواقع ومع البدء في مكافحة القرصنة البحرية (La piraterie maritime)، فإن الاختصاص العالمي بدأ يأخذ طريقه من القانون الوطني إلى القانون الدولي مبتدئاً بالقانون الدولي العام العربي ثم بالاتفاقي (فرع أول)، وفيما يتعلق بالجرائم الأخرى التي تدخل في الاختصاص العالمي فإنها نشأت عن طريق المعاهدات، وفي هذا الصدد يمكن ملاحظة نوع من الانتقائية غير المبررة وهو عدم إشارة هذه الاتفاقيات إلى جرائم أكثر خطورة من الجرائم التي تم تبنيها ومنها جرائم ضد السلام والامن الانساني (فرع ثان)، وبعض الجرائم الأخرى الخطيرة ذات الطابع الدولي (فرع ثالث).

الفرع الاول : الجرائم المتعلقة بالمساس بأمن الملاحة البحرية

Les crimes contre de la navigation maritime

إن الاختصاص العالمي تاريخياً تمت ممارسته بداية في مواجهة القرصنة البحرية (La piraterie maritime) غير أن هذه الممارسة لم تؤسس علي العرف الدولي المعترف به من قبل المجموعة الدولية في عمومها وإنما تطبيقه كان نتيجة تأكيدات بعض الدول العظمى في ذلك الوقت لاسيما بريطانيا باسم سيادتها علي البحار فهو اختصاص يتعلق بمناطق تحت سلطتها وهو ما يمكن اعتباره من هذا المنظور أنه اختصاص وطني حصري (Une compétence exclusivement nationale).

وفي وقت لاحق وبمجرد تبني مبدأ حرية الملاحة في أعالي البحار (Le principe de la liberté de la haute mer) من قبل المجموعة الدولية في إطار القانون الدولي العربي، ثم ما لبث أن تم تبني هذا المبدأ في القانون الدولي الاتفاقي لاسيما في اتفاقية جنيف الموقعة في 29 أبريل 1958 حول أعالي لبحار (المادة 15 من الاتفاقية)، واتفاقية موني غيو باي في جامايكا أو ما يعرف باتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار الموقعة في 29 ابريل (1982 المادة 105)، ولا بد من الاشارة في هذا الصدد إلى أنه بالرغم من تبني هذه الاتفاقيات

لهذا المبدأ، فإنها لم تنشئ التزامات علي الدول الاعضاء بضرورة تبني الاختصاص العالمي عن انتهاك هذه الحرية أو المساس بأمن الملاحة، وكتيجة لذلك فإنه في كل الاحوال نتحدث عن اختصاص اختياري للدول التي لها دائما الحرية في تبني هذا الاختصاص أو عدم تبنيه، فهذه الاتفاقيات لم تنشئ التزامات علي عاتقها.

لكن بالمقابل فإن تبني هذا الاختصاص أصبح الزاميا بموجب اتفاقية روما الموقعة في مارس عام 1988 المتعلقة بمكافحة الافعال غير المشروعة الموجهة ضد أمن الملاحة البحرية وكذلك البروتوكول الاضافي الملحق بهذه الاتفاقية المتعلق بأمن المنصات البحرية (Les plates-formes) الواقعة علي الجرف القاري (Le plateau continental) فالدول الموقعة يقع عليها التزام ليس فقط بتبني أو تقنين الاختصاص العالمي وإنما يجب عليها الممارسة الفعلية لهذا الاختصاص في مواجهة جميع المشتبه فيهم الموجودين علي إقليم هذه الدول باستثناء حالات التسليم إلي طرف ثالث (Extrader vers un pays tiers).

الفرع الثاني: الجرائم ضد السلام والامن الانساني

Crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité

وهي تتعلق بالجرائم الاشد خطورة وهي جرائم العدوان (L'agression) والتطهير العرقي (Le génocide) والجرائم ضد الانسانية (Les crimes contre l'humanité) وجرائم الحرب (Les crimes de guerre) ومن المنطق في هذا الصدد أن تكون الاتفاقيات التي تحرم هذه الافعال تلزم الدول الموقعة بتبني الاختصاص العالمي ولكن هذا الامر لم يكن كذلك في جميع الاحوال، فعلي سبيل المثال فإن اتفاقية نيويورك الموقعة في 9 ديسمبر 1948 والمتعلقة بمنع ومكافحة جرائم التطهير العرقي خلت من أية التزام في هذا الصدد ونرى نفس الامر حديثا في قرارات مجلس الامن التابع للأمم المتحدة (Le Conseil de sécurité de l'ONU) التي أنشأت بعض المحاكم الجنائية الخاصة أو المؤقتة (Les tribunaux ad hoc) من أجل المحاكمة عن جرائم التطهير العرقي والجرائم ضد الانسانية وجرائم الحرب والتي تم ارتكابها في يوغسلافيا السابقة ابتداء من عام 1991 ، وكذلك الامر فيما يتعلق بإنشاء المحكمة الجنائية الخاصة بروندا من أجل المحاكمة عن جرائم التطهير العرقي المرتكبة في روندا بين شهري ابريل ويوليو من عام 1994 .

فجميع هذه القرارات لم تتضمن أية إشارة إلي التزام الدول بتبني فكرة الاختصاص العالمي وكذلك الحال فيما يتعلق باتفاقية روما الموقعة في عام 1998 التي أنشأت المحكمة

الجنائية الدولية فالبرغم من الاشارة في ديباجة النظام الاساسي لهذه المحكمة (Le préambule) إلي ضرورة التزام كافة الدول الموقعة بأن تحاكم المسؤولين عن ارتكاب الجرائم الدولية فإن هذا الالتزام المقرر في الديباجة لم يتطلب الا تطبيق قواعد الاختصاص العادية الاقليمي والشخصي. ويمكن القول في هذا الصدد أن سكوت هذه الاتفاقية عن الاشارة إلي تبني فكرة الاختصاص العالمي يعد أمرا منتقدا خاصة إذا اخذنا في الاعتبار أن اختصاص المحكمة وفق المادة الاولي من اتفاقية انشائها هو اختصاص مكمل للقضاء الجنائي الوطني بمعنى ان المحكمة الجنائية الدولية لا تختص الا حينما يكون القضاء الوطني غير قادر (L'incapacité) أو غير راغب في محاكمة المسؤولين عن ارتكاب الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة (L'absence de volonté) وعليه فإن فعالية المحكمة في المعاقبة عن هذه الجرائم سيبقي دائما مرهون بأن مبدأ التكامل يجب أن يكون مصحوبا بتبني أو إعطاء الاختصاص العالمي للمحاكم الوطنية.

لكن لا يجب إغفال حقيقة مهمة وهو أن مبدأ تبني الاختصاص العالمي صار ملزما فيما يتعلق بجرائم الحرب المرتكبة بالمخالفة لاتفاقيات جنيف الاربعة الموقعة في 12 اغسطس 1949 وكذلك البروتوكول الاضائي الملحق بهذه الاتفاقيات الاربعة الموقع في 10 يونيو، 1977 فالاتفاقية الاولي تتعلق بمعاملة جرحي ومصابي العمليات العسكرية البرية والاتفاقية الثانية تتعلق بكيفية معاملة جرحي ومصابي العمليات العسكرية البحرية والاتفاقية الثالثة نظمت معاملة أسري الحرب والاتفاقية الرابعة تتعلق بحماية المدنيين في أوقات الحرب، وقد نصت المادة الخامسة والثمانين من البروتوكول الاضائي الاول لهذه الاتفاقيات إلي أن الجرائم الخطيرة المذكورة تتضمن جرائم حرب، والواقع فإن كل اتفاقية من هذه الاتفاقيات المذكورة فرضت علي الدول الموقعة ضرورة الاخذ بكافة التدابير الضرورية من أجل تحديد العقوبة المناسبة لغرض تطبيقها علي الاشخاص الذين قاموا بارتكاب هذه الجرائم أو أعطوا الاوامر بارتكابها، وأوجبت هذه الاتفاقيات أيضا علي كل طرف موقع التزاما بملاحقة المتهمين بارتكاب جرائم حرب وبصرف النظر عن جنسيته ما لم يكن قد تم محاكمته من طرف آخر موقع علي ذات الاتفاقيات

وتطبيقا لكل هذه الاتفاقيات فإنه يقع واجبا علي كل دولة طرف ليس فقط بتبني الاختصاص العالمي ضمن منظومتها القضائية وانما إضافة إلي ذلك يجب أن تسهر هذه الدول علي أن يكون هذا الاختصاص فعالا من خلال الممارسة وبدون أن يشترط لتطبيقه تواجد

المتهم علي إقليمها، بكلمة أوضح هذه الاتفاقيات يجب أن تكمل فيما يتعلق بجرائم الحرب سكوت أو إغفال نظام روما الأساسي عن إلزام الدول الموقعة بتبني الاختصاص العالمي. وتجدد الإشارة في هذا الصدد إلي أن الاختصاص العالمي قد تم فرضه أيضا بموجب اتفاقية نيويورك الموقعة في 4 ديسمبر 1989 المتعلقة بإدانة توظيف واستعمال وتمويل المرتزقة (Les mercenaires).

الفرع الثالث: بعض الجرائم الأخرى الدولية

Autres infractions internationales

هناك بعض الاتفاقيات الدولية الأخرى التي قامت بتحريم بعض التصرفات الدولية والتي تتضمن هي الأخرى انتهاكا للقواعد الأساسية للقانون الدولي لكن من دون اية إشارة إلي إلزام الدول الموقعة بتبني الاختصاص العالمي بخصوصها فعلي سبيل المثال نجد أن هناك اتفاقية نيويورك الموقعة في 2 ديسمبر 1949 المتعلقة بتحريم إساءة معاملة الإنسان واستخدامه في الدعارة وأيضا اتفاقية جنيف الموقعة في 25 سبتمبر 1926 المتعلقة بالاستعباد (l'esclavage) والبروتوكول الموقع في 7 سبتمبر 1956 وأيضا اتفاقية نيويورك الموقعة في 21 ديسمبر 1956 والمتعلقة بإلغاء جميع حالات التمييز العرقي (discrimination raciale) لكن بالمقابل نجد أن بعضا من الاتفاقيات الدولية الأخرى ألزمت الدول الموقعة بالأخذ بالاختصاص العالمي في تشريعاتها فيما يتعلق بتجارة المخدرات (trafic de stupéfiant) واحتجاز الرهائن (prise d'otage) والجريمة المنظمة عبر الوطنية (criminalité transnationale organisé) والقرصنة الجوية (piraterie aérienne) والارهاب والتعذيب (terrorisme et de torture) وعمليا فإن الدول الموقعة علي مثل هذه الاتفاقيات تعهدت بتبني الاختصاص العالمي والممارسة الفعلية له وتطلبت فقط لممارسة هذا الاختصاص أن يكون المتهم موجودا علي أراضيها ما لم تقرر هذه الدول تسليمه إلي دولة أخرى لمحاكمته.

ويمكن أن نري هذه الترتيبات أيضا في اتفاقية لاهاي الموقعة في 16 ديسمبر 1970 والمتعلقة بمكافحة الاستيلاء غير المشروع علي الطائرات (La répression de la capture illicite d'aéronefs) (المادتين الرابعة والسابعة من الاتفاقية). وكذلك في اتفاقية مونتريال الموقعة في 23 سبتمبر 1971 والمتعلقة بإدانة الأفعال الموجهة إلى سلامة الملاحة المدنية (répression des actes illicites dirigés contre la sécurité)

de l'aviation civile (المادتان الخامسة والسابعة). وكذلك الأمر فيما يتعلق ببعض الاتفاقيات المتعلقة بمكافحة الإرهاب ومنها علي سبيل المثال اتفاقية سترايبرج الموقعة في 27 يناير 1977 بشأن مكافحة الارهاب وأيضا اتفاقيات نيويورك الموقعة في 12 يناير 1998 من أجل مكافحة التفجيرات الإرهابية (La répression des attentats terroristes à l'explosif) والاتفاقية الموقعة في 10 يناير 2000 من أجل مكافحة تمويل العمليات الارهابية (La répression du financement du terrorisme)، لكن لابد من الإشارة في هذا الصدد إلى اتفاقية نيويورك الموقعة في 14 ديسمبر 1973 حول منع ومكافحة الجرائم الموجهة ضد الاشخاص المتمتعين بالحماية الدبلوماسية (La prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection diplomatique) وكذلك اتفاقية فيينا الموقعة في 3 مارس 1980 والمتعلقة بالحماية الجسمية في المسائل النووية (La protection physique des matières nucléaires)، وأيضا اتفاقية نيويورك الموقعة في 17 ديسمبر 1984 المتعلقة بمكافحة احتجاز الرهائن او المعاملة غير الانسانية والاقصاء (Les traitements inhumains ou dégradants) وكذلك اتفاقية نيويورك الموقعة في 30 مارس 1961 المتعلقة بالمخدرات (Les stupéfiants)، وأيضا اتفاقية نيويورك الموقعة في 15 نوفمبر 2000 والمتعلقة بمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (La criminalité transnationale) organisée .

المطلب الثالث: الاختصاص العالمي في التشريعات الوطنية

La compétence universelle dans les législations nationales

نلاحظ أنه في السنوات الأخيرة من القرن العشرين أن هناك عددا من الدول تبنت في تشريعاتها الاختصاص العالمي في مواجهة جرائم لم تنص عليها الاتفاقيات الدولية السابقة وهو ما يمكن القول معه أن هذه الدول تبنت الاختصاص العالمي من جانب واحد وهو ما أثار في بعض الأحيان احتجاجات من بعض الدول الأخرى، كما يمكن أن نلاحظ أيضا في هذا الصدد أن أجهزة العدالة الجنائية في هذه الدول لم تتخذ إجراءات ملموسة من أجل وضع هذه القوانين موضع التطبيق، وهذا المنطق أقرب إلي ما كان سائدا في التشريعات القديمة التي أشرنا إليها سابقا، وبالنتيجة فإن كل تشريع من هذه التشريعات يسمو علي التشريعات الدولية ويمكن القول أن هذا الحق يستند إلي ما قرره المحكمة الدائمة للعدل الدولي (Cour Permanente de Justice internationale) في حكمها الصادر في

قضية اللوتس (Lotus) عام 1927 حيث قضت بأنه لا توجد قاعدة في القانون الدولي تمنع أية دولة من ممارسة اختصاصها القضائي علي جرائم وقعت من أجنب خارج حدود اختصاصها الإقليمي، وهو عين ما أكدته محكمة العدل الدولية (Cour internationale de Justice) في حكمها الصادر في قضية (Yerodia) بتاريخ 14 فبراير 2002 حيث قررت بأن كل دولة لها مطلق الحرية في تبني المبادئ التي تراها مناسبة .

وفي حكم حديث للمحكمة الأوربية المتعلقة بحقوق الانسان (Cour européenne des droits de l'homme) نلاحظ تبني الاخيرة لهذا الاتجاه حيث قررت بمناسبة إدانة المحاكم الألمانية لأحد متهمي صرب البوسنة عن ارتكابه لجرائم التطهير العرقي في البوسنة إبان الحرب في يوغسلافيا السابقة بأن اختصاص المحاكم الألمانية مبرا بالرغم من سكوت اتفاقية مكافحة التطهير العرقي والنظام الاساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة حيث أن هذه الإدانة تأتي مطابقة لتصرفات دول الاتحاد الاوروي ولنصوص المواد الخامسة والسادسة من الاتفاقية الاوربية.

والواقع فإن طابع العالمية لاختصاص القضاء الوطني يقدم كعملية امتداد للاختصاص الجنائي الوطني العادي أو بالأحرى كروابط متشابكة ومتضامنة لجميع مظاهر السيادة الوطنية وهذه الروابط لا تفسر فقط الطابع الأحادي لتبني الاختصاص العالمي لكن يمكن أن تشكل أيضا ظاهرة، وبالنتيجة فإن الدول تتناسي أو تصمت في غالب الاحيان عن تأسيس اختصاصها الممتد علي اتفاقية دولية بعينها، وللإلمام بموقف هذه التشريعات سنقوم بإلقاء نظرة سريعة عليها (الفرع الاول) ثم نقوم بإلقاء نظرة علي موقف القانون الفرنسي في هذا الصدد (الفرع الثاني).

الفرع الاول :الاختصاص العالمي في التشريعات المختلفة

La compétence universelle dans les différentes législations

في الواقع هناك العديد من الدول الأوربية وغير الأوربية التي تبنت في تشريعاتها الاختصاص العالمي مثل بلجيكا وفرنسا وأستراليا وكندا والمكسيك والسينغال وروندا، لكننا سنقتصر في هذا الصدد علي دولتين أساسيتين كون التشريعات المتعلقة بالاختصاص العالمي فيهما أكثر طموحا في أن يلبي الاختصاص العالمي الأهداف المبتغاة من وراء تبنيه وهذه التشريعات هي القانون الإسباني والقانون البلجيكي لكن لا بد من الإشارة أيضا إلى بعض الخصوصيات فيما يتعلق بالقانون الأمريكي.

في الواقع يعد القانون الاسباني من أكثر القوانين سهولة في التطبيق فيما يتعلق بالاختصاص العالمي، كذلك فإن المشرع الاسباني لم يتقيد كثيرا بما ورد في الاتفاقيات الدولية بخصوص الاختصاص العالمي، لذلك نجد وبشكل تلقائي يمد الاختصاص العالمي بخصوص جرائم لم ترد في هذه الاتفاقيات فالمادة 23 في فقرتها الرابعة من القانون المنظم للسلطة القضائية في إسبانيا الصادر في 1 يوليو 1985 تنص علي أن (القانون الاسباني سيكون مختصا في مواجهة افعال تم ارتكابها بواسطة اسبان أو أجنبان خارج الإقليم الوطني وهذه الأفعال تشمل جرائم التطهير العرقي والارهاب والقرصنة وخطف الطائرات وتزيف العملات الأجنبية والدعارة وإفساد المراهقين والعجزة والتجارة غير المشروعة للمخدرات وجميع الأفعال الأخرى التي يجب ملاحقتها جنائيا في اسبانيا)، ووفقا لهذا القانون فانه لا يشترط ضرورة تواجد المتهم علي الاقليم الاسباني لممارسة هذا الاختصاص كما أن تحريك الدعوي الجنائية في مواجهة المشتبه فيه ليس مقصورا علي الوزارة العامة (Ministère public) وإنما لكل شخص الحق في أن يتقدم بشكوي، وفي النهاية فإن قرارا صدر عن المحكمة الدستورية الاسبانية بتاريخ 5 أكتوبر 2005م، حدد وبشكل صريح بأن مبدأ الاختصاص العالمي (Le principe de compétence universelle) يتقدم علي المصالح الوطنية للدولة الاسبانية، ولهذا السبب نلاحظ أن هناك العديد من الحالات لممارسة هذا الاختصاص قد بدأت في مواجهة العديد من الجرائم التي تم ارتكابها في جميع أرجاء العالم لاسيما تلك المرتكبة في الأرجنتين وروندا وفي الصين وفي الشرق الاوسط وتشيلي⁽¹⁾. (De Cara , 1999, pp. 72-100 .

(1) 16 أكتوبر 1998 تم ايقاف الرئيس التشيلي السابق اوغستو بنوشيه **Augusto Pinochet** في لندن، وذلك تنفيذاً لمذكرة اعتقال دولية صادرة في مواجهته عن طريق القاضي الاسباني بالتزاركازون **Baltasar Garzon**، مفتتحة مذكرة الاعتقال الدولية هذه ازمة سياسية قضائية استمرت لمدة 503 يوم، وفي بداية الأزمة تمسك الرئيس التشيلي السابق بالحصانة علي اعتبار انه كان رئيسا للدولة وقت ارتكاب الجرائم المنسوبة إليه، وفي هذه الأثناء فقد شرعت الحكومة البريطانية في إجراءات تسليمه لكن هذا التسليم لم يكن تنفيذاً لمذكرة الاعتقال الدولية الصادرة عن القاضي الاسباني وإنما تنفيذاً لطلب تسليمه كان قد تقدمت به تشيلي. وقد خلص تقرير طبي وقتها بان حالة بنوشيه الصحية لا تسمح باتخاذ اجراءات محاكمة في مواجهته، وفي 2 مارس 2000 رفض وزير الداخلية البريطاني جاك سترو **Jack Straw** تسليم بنوشيه إلى السلطات التشيلية لأسباب صحية وفي 3 مارس وصل بنوشيه الي مطار سانتياغو في تشيلي، وفي تشيلي

وفي 25 يونيو 2009 صوت البرلمان الاسباني علي قانون غير بشكل كبير في أحكام هذا النظام فيما يتعلق بممارسة الاختصاص العالمي، حيث اشترط علي القضاء الاسباني لممارسة هذا الاختصاص أن يكون المجني عليه إسبانيا أو أن يكون الشخص المشتبه فيه متواجدا بشكل فعلي علي الاراضي الاسبانية ويشترط لانعقاد الاختصاص في هذه الحالة أن المشتبه فيه لم تتم ملاحقته جنائيا في البلد الذي ارتكب فيه الجريمة أو أمام القضاء الدولي الجنائي ممثلا في المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة أو المحكمة الجنائية الدولية.

وفي بلجيكا تم تبني الاختصاص العالمي بتاريخ 16 يونيو 1993 في مواجهة الجرائم المرتكبة بالمخالفة لاتفاقيات جنيف الأربعة الموقعة في 12 أغسطس 1949 والبروتوكلين الإضافيين الأول والثاني الموقعان بتاريخ 8 يونيو 1977 بمعنى أن الاختصاص العالمي بموجب هذا القانون يتعلق فقط بجرائم الحرب أو الجرائم المرتكبة بالمخالفة لقواعد القانون الدولي الانساني .

وبتاريخ 10 فبراير 1999 صدر قانون آخر قضى بتوسيع هذا الاختصاص ليشمل جرائم التطهير العرقي والجرائم ضد الانسانية وفق التعريف المقرر في اتفاقيتي نيويورك وروما، ووفقا لهذه القوانين فإن مجرد توافر صفة المدعي بالحق المدني المضرور من الجريمة او المجني عليه بخصوص جريمة ارتكبت خارج الاقليم البلجيكي من أجنبي ضد أجنبي فإنها تكفي لانعقاد هذا الاختصاص، وتطبيقا لذلك فان العديد من الشكاوي تم تقديمها الي القضاء البلجيكي مما ترتب علي ذلك إغراق هذا القضاء بآلاف الدعاوي والعديد من ردود الفعل من قبل الدول الأخرى وعلي رأسها الولايات المتحدة، ونتيجة لذلك فقد صدر قانون آخر في 23 ابريل 2003 عدل بشكل كبير في أحكام القانونين المذكورين بحيث أصبح الحق في تحريك الدعوي الجنائية من اختصاص النائب العام إضافة إلى ذلك وحتى بعد تحريك الدعوي الجنائية فإن وزير العدل (Le ministre de la justice) يستطيع الحصول من محكمة النقض (La Courde cassation) عن تنازل أو تخلي (Le dessaisissement) القضاء البلجيكي عن اختصاصه لصالح الدولة التي ينتمي إليها المتهم شريطة أن يكون قانون هذه

=

اكثر من 300 شكوي تم تقديمها ضد بنوشيه لكن أيا من هذه الشكوى لم يتم اتخاذ إجراء بخصوصها وبتاريخ 10 ديسمبر 2006 توفي بنوشيه في العاصمة التشيلية سانتياغو دون ان تتم محاكمته ودون ان توجه اليه تهمه واحدة عن الجرائم المرتكبة في الفترة من عام 1973 الي عام 1990.

الدولة يقضي بتجريم الاعتداء علي قواعد جنيف أو القانون الدولي الانساني، ولكي يستطيع المتضرر مباشرة هذا الاختصاص فلا بد من قيام رابطة قانونية بين هذه الدعوى التي قام بتحريكها المجني عليه والدولة البلجيكية حيث يشترط في مقدم الشكوى ان يكون مقيما علي الاقل في بلجيكا 3 سنوات دون انقطاع. (Une résidence interrompue) وفي الولايات المتحدة الأمريكية يتميز الاختصاص العالمي عن سائر الدول، بأنه يقع حصريا في المسائل المدنية وليس في المسائل الجنائية، ومؤخرا فإن القضاء الفدرالي الأمريكي قام بتأسيس هذا الاختصاص في المسائل المدنية علي نص قدم *l'Alien Tort Claims Act de 1789* حيث يسمح هذا النص للمجني عليهم من الاجانب عن أعمال القرصنة والمساس بحقوق المبعوثين الاجانب بأن يقوموا برفع دعاوى أمام المحكمة الاتحادية من أجل المطالبة بالتعويض، واعتبارا من عام 1980 فإن المحاكم الأمريكية قامت بتوسيع هذا الاختصاص ليشمل المطالبة بالتعويض عن جميع الجرائم الدولية وقد تم تأكيد هذا الاتجاه بموجب حكم صدر عن المحكمة الاتحادية العليا (La Cour suprême fédéral) بتاريخ 29 يوليو 2004 ، غير أن المحكمة اشترطت لتوسيع الاختصاص أن لا يترتب عليه نتائج دبلوماسية خطيرة (Sérieuse conséquences diplomatiques).

الفرع الثاني: الاختصاص العالمي في القانون الفرنسي

La compétence universelle en droit français

في الواقع لم يتضمن القانون الفرنسي نصوصا قديمة يمكن أن يستند عليها الاختصاص العالمي كما هو الحال في القانون الامريكى، كما أنه يمكن القول عنه أنه يأتي متأخرا عن القانونين الاسباني والبلجيكي وهذا التأخير يمكن تلمسه في الجرائم التي تدخل في الاختصاص العالمي للمحاكم الفرنسية وأيضا في شروط ممارسة هذا الاختصاص. بالتأكيد أن بعض الجرائم التي تم تبنيها في قانون الاختصاص العالمي الفرنسي سبق وأن تم تبنيها بموجب اتفاقيات تعتبر فرنسا طرفا فيها كما هو الحال في اتفاقية نيويورك الموقعة في 10 ديسمبر 1984 المتعلقة بالتعذيب واتفاقية سترابورج الموقعة في 27 يناير 1977 المتعلقة بمكافحة الإرهاب وتلك المتعلقة بالمساس بأمن السلامة البحرية موضوع اتفاقية روما الموقعة في 10 مارس 1980 وأخيرا اتفاقية لاهاي الموقعة في 16 ديسمبر 1970 وتلك الموقعة في مونتريال في 23 سبتمبر 1971 والمتعلقة بأمن الملاحة الجوية.

ولابد من الاضافة الي أن الجرائم التي تدخل في فكرة الاختصاص العالمي للمحاكم الفرنسية، هي تلك الجرائم التي تم تبنيها منذ فترة ليست بالقصيرة في القانون الفرنسي والتي لم تكن تطبيقا لاتفاقيات دولية معينة وإنما تم تبنيها من جانب واحد مثل جرائم القرصنة البحرية طبقا للقانون الصادر في 10 ابريل 1925 والذي تم إلغائه بموجب القانون الصادر في 20 سبتمبر 1996 والمتعلق بتبسيط القانون (Simplification du droit)، وكذلك الامر فيما يتعلق بجرائم التطهير العرقي وجرائم الحرب وجرائم ضد الانسانية والتي تشكل موضوع قراري مجلس الامن التابع للأمم المتحدة أرقام 827 لسنة 1993 و 955 لسنة 1994 والمتعلقان بإنشاء محكمتي يوغسلافيا السابقة وروندا، حيث أن هناك قانونين قد صدرا وأعطيا للقضاء الفرنسي اختصاص عالمي منافس لهاتين المحكمتين الدوليتين، وهذين القانونين هما القانون الصادر في 2 يناير 1995 والمتعلق بالجرائم المرتكبة في يوغسلافيا السابقة والقانون الصادر في 22 مايو 1996 والمتعلق بالجرائم المرتكبة في روندا والدول المجاورة لها في الفترة الواقعة ما بين 1 يناير و 31 ديسمبر 1994.

وحدير بالذكر أن القانون الفرنسي ورغم إلزامية بعض الاتفاقيات الدولية بخصوص بعض الجرائم فان قانون العقوبات الفرنسي لم يقم بتبنيها، ومن الواجب الاشارة في هذا الصدد إلى الاتفاقيات المتعلقة بأخذ الرهائن موضوع اتفاقية نيويورك الموقعة في 17 ديسمبر 1979 أو تلك الاتفاقية المتعلقة بالإتجار غير المشروع بالمخدرات الموقعة في نيويورك في 30 مارس 1961 والجريمة المنظمة العابرة للحدود الموقعة في نيويورك في 15 نوفمبر 2000.

ولابد من الاشارة أيضا إلى أن المشرع والقضاء الفرنسيين ظل صامتان لمدة طويلة من الزمن فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بالمخالفة لاتفاقيات جنيف الاربعة الموقعة في عام 1949 والبروتوكلان الاضافيان الموقعان في عام 1977، لذلك فان جرائم الحرب المرتكبة خارج يوغسلافيا السابقة منذ عام 1991 وفي روندا في عام 1994 فإنها لا تدخل في الاختصاص الجنائي العالمي للقضاء الفرنسي بالرغم من أن اتفاقيات جنيف تلزم كافة الدول بأن تتبني في تشريعاتها هذا النوع من الاختصاص. كما أن القانون الصادر في 10 أغسطس 2010 بخصوص المحكمة الجنائية الدولية لم يتضمن أية ترتيبات جديدة في هذا الصدد.

وبالنتيجة فإن الاختصاص العالمي للمحاكم الفرنسية والذي ظهر في نص المادة 689 فقرة 11 الجديد من قانون الاجراءات الجنائية أخضع ممارسة هذا الاختصاص للعديد من الشروط التي من شأنها في النهاية أن تحد من فعاليته، وهذه الشروط تتمثل في إقامة المتهم الاعتيادية في فرنسا وأن تنسب الي المتهم جريمتين كحد ادني وأن الحق في رفع الدعوي الجنائية

يقع حصرا علي النيابة العامة وكذلك غياب أية طلب يتعلق بتسليم المشتبه به من أية جهة قضائية دولية او وطنية.

المبحث الثاني :الشروط المقررة لتطبيق الاختصاص العالمي

La mise en œuvre de la Compétence universelle

بحكم قوة الاشياء فإن تطبيق الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية خارج إقليم الدولة سواء اتخذ صورة توسيع اختصاص القضاء العادي (ordinaire) أو العالمي (universelle) يتطلب دائما تدخل القوانين الوطنية حتي ولو كان هذا إرساء هذا الاختصاص يأتي تطبيقا لاتفاقيات دولية فالأمر يتعلق بتنظيم العدالة العقابية في كل دولة وهي مسألة ستظل خاضعة لسيادة الدول باعتبار ان هذا التنظيم أهم مظهر من مظاهر ممارسة السيادة الوطنية لهذه الاخيرة علي اقليمها، وبالتبحة فإن العدالة الجنائية لا يمكن لها أن تعمل إلا تطبيقا لقواعد تم وضعها من قبل الدولة، بكلمة أوضح حتي ولو تعلقت هذه الجرائم بجرائم تم تقريرها بموجب اتفاقيات دولية فإن الاختصاص العالمي يخضع لقواعد تنظيم الاختصاص للسلطات القضائية ولقواعد قانون الاجراءات الجنائية الخاصة بكل دولة (مطلب أول)، لكن ومن خلال نظرة مبدئية فإنه فيما يتعلق بالجرائم الدولية فإن الأمر يتعلق بمعايير تجرمية (مطلب ثان)، وكذلك الامر فيما يتعلق بالملاحقة الجنائية (مطلب ثالث)، ففي هذه المجالات الثلاثة فإن المحاكم الوطنية يجب عليها القيام بعملية دقيقة وحساسة للتوفيق بين القانون الوطني والقانون الدولي بمعنى أن الاول عليه أن يكمل الثاني.

المطلب الاول :الترتيبات المتعلقة بتنظيم الاختصاص

La coordination en matière de compétence

في الواقع إن تبني الاختصاص العالمي من قبل أية دولة فإن الامر يتعلق باختصاص الدولة التشريعي في توزيع الاختصاص بين المحاكم المختلفة داخل هذه الدولة، لكن بالمقابل عندما يتم تأسيس هذا الاختصاص علي ترتيبات دولية فانه لا يكفي فقط أن نلاحظ أن هذا الاختصاص أعطي إلي العديد من المحاكم التابعة لدول متعددة تطبيقا لهذه الترتيبات، بل لا بد أيضا من أن نكون قادرين علي تعيين المحكمة المختصة تحديدا داخل هذه الدولة وفي

هذا الصدد نقول ان الترتيبات الدولية (فرع أول)، يجب أن تحل محلها الترتيبات الوطنية في تحديد المحكمة المختصة (فرع ثان).

الفرع الاول: الترتيبات الدولية

Les dispositions internationales

إن الاتفاقيات الدولية التي تتبني الاختصاص العالمي تتضمن في غالب الاحيان وليس دائما ترتيبات بخصوص تحديد المحكمة المختصة لدولة أو مجموعة من الدول في حالة ارتكاب جريمة من الجرائم التي تكافحها هذه الاتفاقية، لكن يجب أن نلاحظ أن هذه الاتفاقيات لا تحدد المحكمة المختصة بشكل دقيق وإنما تكتفي بالقول بأن الاختصاص القضائي يكون لهذه الدولة أو تلك بشكل عام دون الدخول في مسألة أي محكمة من هذه المحاكم داخل الدول هي المحكمة المختصة بعينها، بمعنى أننا نتحدث عن اختصاص عام لمحاكم هذه الدول، وعملياً فإن إيقاف المشتبه فيه والقبض عليه في أراضي هذه الدول يكفي لانعقاد الاختصاص العام لمحاكم هذه الدول.

وعدم تعيين المحكمة المختصة يبدو واضحاً في اتفاقيات جنيف الأربعة الموقعة في عام 1949، فهذه الاتفاقيات الأخيرة تحث فقط كافة الأطراف المتعاقدة علي محاكمة المتهمين بارتكاب جرائم حرب أمام محاكمها بصرف النظر عن جنسية مرتكبيها، لكن في هذا الصدد لا نستطيع التشكيك وبالاستناد إلى هذه الاتفاقية في اختصاص هذه الدول الموقعة علي هذه الاتفاقيات من محاكمة المشتبه فيهم إذا تواجدوا علي أراضيها أو كان في إمكان هذه الدول إحضار هذا المتهم لمحاكمته وحتى دون أن تتضمن هذه الاتفاقيات تحديد المحكمة المختصة .

غير أن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا الصدد إذا لم يتم القبض علي المتهم بسبب عدم تواجده علي إقليم احدي الدول الموقعة علي هذه الاتفاقيات فهل هذا الغياب يمنع من محاكمة المتهم؟. وللإجابة علي هذا السؤال نقول إنه في حالة غياب عنصر تواجد المتهم علي إقليم هذه الدول، فإن ذلك ليس من شأنه منع البدء في محاكمة هذا المتهم بالاستناد الي معيار اخر غير حضور المتهم، وذلك كحضور المجني عليه وتقديم شكوي ضد هذا المتهم إذ أننا نعتقد بأنه لا يوجد ما يمنع هذا القضاء الذي لجأ إليه المجني عليه من أن يبدأ ويشرع في إجراءات محاكمة المتهم علي الأقل في الدول التي تعترف بنظام المحاكمات الغيابية (La contumace) كالقانونين الفرنسي والليبي.

الفرع الثاني: الترتيبات الوطنية

Les dispositions nationales

إن تدخل المشرع الوطني هو أمر ضروري من أجل تطبيق الاختصاص العالمي الذي تم تبنيه بموجب ترتيبات دولية فهنا يجب علي الدولة ان تقبل الاختصاص العام، بكلمة أوضح أن علي الدولة أن تقوم بتوسيع اختصاصها خارج حدودها الاقليمية تطبيقا لترتيبات دولية ولكن التطبيق العملي يظهر بأن القبول العام للاختصاص من قبل الدول المعنية لا يحصل دائما فهل من شأن ذلك أن يثير المسؤولية الدولية لهذه الدول علي الأقل نظريا.

وبمجرد قبول الدولة المعنية لهذا الاختصاص العام فإن تعيين هذا الاختصاص العام الي القضاء الوطني يكون ضروريا لترجمة هذا الاختصاص العام (La compétence générale) إلى اختصاص خاص (La compétence spéciale)، بكلمة أوضح لا بد من تعيين المحكمة المختصة داخليا وهذا التحديد يكون دائما بواسطة تشريع يصدر عن الدولة التي ارتضت بالاختصاص العام وتحصل هذه الترجمة من الاختصاص العام إلى الاختصاص الخاص أما بواسطة تعديل في القوانين الإجرائية أو بموجب قانون خاص يسمى بقانون الاختصاص العالمي.

المطلب الثاني: الترتيبات المتعلقة بالتجريم

La coordination en matière d'incrimination

لا يكفي أن تكون هناك اتفاقية دولية تقرر الاختصاص العالمي في مواجهة جرائم محددة حتي تستطيع المحاكم الوطنية ان تمارس هذا الاختصاص بشكل تلقائي، إذ أن المعايير الدولية تكون في الغالب من الأحوال غير متطورة بشكل كاف فبمجرد تحديد الأفعال المحظورة فان هناك عناصر أخرى خاصة بالقانون الجنائي تفتقر اليها هذه الاتفاقيات، فعلي سبيل المثال هذه الاتفاقيات تكون في العادة صامتة فيما يتعلق بطبيعة الجريمة ومقدار العقوبة المقررة كما أنها لا تقول شيئا فيما يتعلق بالشروع المعاقب عليه في الجريمة (La tentative) او المساهمة الجنائية في الجريمة (La complicité).

لذلك من الضروري وتطبيقا لمبدأ الشرعية (Le principe de légalité) إضافة بعض الترتيبات المكتملة، فالقاضي الوطني من الطبيعي أن يجد هذه الترتيبات المكتملة في

قانونه الجنائي الوطني مستأنسا بالقانون الدولي حول هذه النقطة وهذا ما قرره المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حكمها الصادر في 30 مارس 2009 في قضية (FranceOuldDah) بقولها (إن القواعد المتعلقة بمنع التعذيب والملاحقة الجنائية المحتملة للأشخاص المسؤولين عن انتهاك هذه القواعد العالمية المنصوص عليها في اتفاقية مناهضة التعذيب ستكون مفرغة من محتواها إذا تمسكنا فقط بالاختصاص القضائي للدولة دون اعتماد آلية لتطبيق هذه الاتفاقية بموجب تشريعات جنائية خاصة تصدرها هذه الدولة).

كذلك يجب الاخذ في الاعتبار التقليد العالمي الراسخ الذي يجمع ويوحد بين قانون العقوبات المطبق والاختصاص القضائي، وهذا التوحد او الالتصاق بين قانون العقوبات وقانون الاجراءات يتجلى في طريقتين :الاولي وتمثل في أن قانون العقوبات هو من يحدد الاختصاص العادي للمحاكم الوطنية، لذلك وعلي سبيل المثال ووفقا لنص المادة 689 من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي فان الفاعل الأصلي أو الشريك لجرمة ارتكبت خارج اقليم الجمهورية الفرنسية يمكن أن يلاحق ويحاكم بواسطة القضاء الفرنسي وفقا للترتيبات المقررة في الكتاب الاول من قانون العقوبات الفرنسي. والثانية وبالنتيجة فإن القاضي وبمجرد أن تعرض عليه الواقعة يحكم فقط وفق القانون الفرنسي وليس أية قانون آخر أجنبي، وأعمال لمنطق الأشياء فإن القاضي الوطني يطبق القانون الجنائي الوطني مستعينا في الوقت نفسه بالقانون الدولي خاصة بالنصوص التي تعرف الجريمة وفي حالة وجود نقص في قواعد القانون الجنائي الوطني فانه يجب التفريق بين فرضيتين، الأولى وهي فرضية القانون الدولي والترتيبات التي يتبناها في هذا الصدد غير كافية لتكملة هذا النقص، وفي هذه الحالة فان مبدا شرعية الجرائم والعقوبات يمنع علي القاضي ان يجتهد في ايجاد تلك التدابير لأنه بهذا العمل سيتحول الي مشروع جديد (Le législateur) والحالة الثانية وهي ان الترتيبات الدولية كافية لسد الفراغ التشريعي وهي حالة استثنائية ونادرة وهنا علي القاضي أن يمتنع عن تطبيق هذه التدابير بشكل مباشر والحل هو أن يتدخل المشرع الوطني ويتبنى هذه التدابير في شكل تشريع يلزم القاضي الوطني.

والواقع فإن المثال الفرنسي يوضح بشكل كامل هذه الحقيقة كظاهرة عامة والذي يقوم علي تطبيق القانون الجنائي الوطني ويعطيه الأولوية لكنه يحمل في بعض الأحيان بعدا استثنائيا لهذه القاعدة، حيث يقوم بتطبيق القانون الدولي وليس القانون الوطني وإن كان تطبيق الاول يعتمد علي الثاني، وهذه القاعدة أو المبدأ أي مبدأ ترجيح تطبيق القانون الوطني علي القانون الدولي يعود إلي الوقت الذي اعتبرت فيه القرصنة البحرية جريمة دولية تتضمن

انتهاكا للقانون الدولي العرفي والتي لم يكن في الواقع ممكنا ملاحظتها جنائيا لو لم يكن القانون الصادر بتاريخ 10 ابريل 1825 والملغي حاليا يعرف جريمة القرصنة البحرية ويحدد عناصرها، ويمكن أن يقال نفس الشيء في الوقت الحالي فيما يتعلق بمعظم الجرائم الدولية والتي تختص في مواجعتها المحاكم الوطنية، حيث تشكل هذه الجرائم موضوعا لتجريم قانون العقوبات الفرنسي، والجدير بالذكر أن الاتفاقيات الدولية التي أنشأت الجرائم الدولية تلزم بشكل صريح الدول الاطراف أن تتخذ التدابير الضرورية وفي هذه الحالة فإن القانون الوطني يقدم علي أساس أنه امتداد لهذه الاتفاقيات وللمعايير الدولية.

مع ذلك فإن جرائم التطهير العرقي والجرائم ضد الانسانية وجرائم الحرب التي تدخل في اختصاص محكمتي يوغسلافيا السابقة وروندا تشكل موضوعا في فرنسا تمت معالجته بطريقة استثنائية، فالبرغم من أن تعريف هذه الجرائم بالاستناد إلي الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة بشكل دقيق وتفصيلي في بعض الأحيان في الأنظمة الأساسية لهذه المحاكم الصادرة بناء علي قرارات مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، إلا أنه يلاحظ أن هذه القرارات لم تلح علي الدول الأعضاء في الأمم المتحدة أن تقوم بتجريم هذه الجرائم التي تدخل في اختصاص هاتين المحكمتين وملاحقة مرتكبي هذه الجرائم علي أراضيها فالالتزام الذي ألقى علي عاتق هذه الدول هو التزام بالتعاون مع هاتين المحكمتين كتسليم المشتبه فيهم وتسهيل الاجراءات المقررة في هذا الصدد حتي يضمن لهذا التعاون فعاليته.

ومع ذلك فان المشرع الفرنسي اصدر قانونين الاول بتاريخ 2 يناير 1995 والثاني بتاريخ 22 مايو 1996 بموجب هذين القانونين تبني المشرع الفرنسي الاختصاص العالمي للمحاكم الوطنية الفرنسية فيما يتعلق بالجرائم التي تدخل في اختصاص هذه المحاكم منازعا في الوقت عينه محكمتي يوغسلافيا وروندا في اختصاصاتهما، بل ان القانونين ذهبا الي أبعد من ذلك حيث أحالا في التطبيق إلي القواعد المقررة في النظام الاساسي لهاتين المحكمتين وبالتالي إضافة بعد تطويري إلي القواعد الواردة في النظام الاساسي عن طريق التطبيقات القضائية للقضاء الفرنسي، وهذه الاحالة يترتب عليها استبعاد الازدواجية في التجريم للجرائم الداخلة في اختصاص محكمتي يوغسلافيا السابقة وروندا، وهذين القانونين نص علي محاكمة كل شخص بسبب الأفعال المتضمنة انتهاكا للمواد 2 الي 5 من الانظمة الاساسية لهاتين المحكمتين الدوليتين المتعلقة بارتكاب جرائم ضد قواعد القانون الدولي الانساني والمقررة في اتفاقيات جنيف الاربعة والبروتوكولان الاضافيان الموقعان عام 1977.

بقي أن نشير إلى أن الطبيعة التكميلية للقانون الدولي والمعايير الدولية تثير بعض الاشكاليات ذلك أن المشرع الوطني لا يتبع دائما المعايير الدولية فيما يتعلق بتجريم بعض الافعال لاسيما فيما يتعلق بالمشرع الفرنسي خاصة فيما يتعلق بالجرائم المرتكبة بالمخالفة لاتفاقيات جنيف الأربعة الموقعة في عام 1949 حيث إن القانون الفرنسي لم يصدر تشريع حتي هذه اللحظة يتبني فيه الجرائم الواردة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والذي تضمن فيما تضمن جرائم الحرب وهي الموضوع الأساسي لاتفاقيات جنيف الأربعة، لكن لا بد من الإشارة في هذا الصدد إلى أن هذا النقص أو الفراغ في القانون الفرنسي (carence) لا تترتب عليه نتائج سلبية حيث أن معظم هذه الجرائم تم تبنيها في قانون العقوبات الفرنسي، فعلي سبيل المثال فيما يتعلق بالقتل الممنهج تم تجريمه في نص المادة 221 فقرة 1 والتعذيب المادة 222 فقرة 1 من قانون العقوبات الفرنسي ويترتب علي ذلك أن القضاء الفرنسي يستطيع في جميع الاحوال ان يمارس اختصاصه فيما يتعلق بهذه الجرائم بالرغم من خلو القانون الفرنسي من قانون يتبني الاحكام الواردة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وبالتالي اتفاقيات جنيف.

لكن بالمقابل لا بد من الإشارة إلى أن هناك جرائم أخرى لم يتم تقنينها من قبل القانون الفرنسي مثل تهجير المدنيين في الأراضي المحتلة إلى أراضي الدولة صاحبة الاحتلال أو العكس أو توطين مواطني الدولة صاحبة الاحتلال في الدول الواقعة عليها الاحتلال وهي أفعال محرمة بموجب اتفاقية جنيف الرابعة الموقعة في عام 1949 في المواد 49 و 147 و المادة 85 من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة الموقعة في عام 1949.

وقد نلاحظ في بعض الاحيان أن القانون الوطني يقوم بتقنين القواعد الواردة في القانون الدولي فيما يتعلق بالجرائم الخطيرة تطبيقا للالتزام الوارد في هذه الاتفاقيات الدولية، لكن مع ذلك يمكن أن نلاحظ اختلاف كبير بين قواعد القانون الدولي والقوانين الوطنية في هذا الصدد، فالبعض من هذه الاختلافات هي اختلافات كلاسيكية فالقانون الفرنسي لا يتبنى عدم تقادم جرائم الحرب وكذلك الامر فيما يتعلق بالقانون الخاص بالمحكمة الجنائية الدولية الصادر في 9 اغسطس 2010 والذي يأخذ بنظام التقادم فيما يتعلق بالجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الدولية بمرور 30 عام كما هو مقرر في نص المادة 462 فقرة 10 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد وذلك بالمخالفة لنص المادة 29 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

ويمكن أن نلاحظ أيضا اختلافا أكثر دقة بين قواعد قانون العقوبات الفرنسي التي تعرف جريمة التطهير العرقي وبين الاتفاقية الخاصة بالتطهير العرقي أو الإبادة الجماعية الموقعة عام 1948، فالقانون الفرنسي يتطلب عنصرا خاصا لقيام الجريمة وهو التخطيط الجماعي وهو الشرط الذي لم تتطلبه على الإطلاق اتفاقية التطهير العرقي.

وأياضا فيما يتعلق بجريمة التطهير العرقي فإنه لقيام المساهمة الجنائية طبقا لقضاء محكمتي يوغسلافيا السابقة وروندا يكفي مجرد حضور المتهم إلى مسرح الجريمة أو يكون هذا الأخير يشغل وظيفة رئيسية وهو ما يعد متعارضا مع الاحكام المتعلقة بالمساهمة الجنائية في قانون العقوبات الفرنسي التي تشترط فقط لقيام المساهمة الجنائية توافر الاتفاق أو المساعدة أو التحريض، وفي هذا الصدد يمكن القول ان الاحكام المقررة في الاتفاقيات الدولية تعلق وتسمو علي القوانين الوطنية، لكن في بعض الاحيان نجد أن القانون الفرنسي يضع بعض القواعد لتجنب هذه الصعوبات فالقانونين الصادرين عامي 1995 و 1996 بمناسبة الجرائم المرتكبة في يوغسلافيا السابقة وروندا يقضيان بأن الاتفاقيات الدولية لها الاولوية فيما يتعلق بالتطبيق فيما يتعلق بالاختصاص العالمي بمعنى أنه يقع واجبا علي المحاكم الفرنسية أن لا تطبق قواعد قانون العقوبات الفرنسي التي تتضمن تعارضا مع هذه الاتفاقيات.

المطلب الثالث: ممارسة الاختصاص العالمي والملاحقة الجنائية

L'exercice des poursuites

إن توافر الشروط المتعلقة بتطبيق الاختصاص العالمي يطرح تساؤلا مهما فيما يتعلق بهامش الحركة المتروك للدولة التي تتبنى هذا الاختصاص وللإجابة عن هذا التساؤل لابد من تحديد المعايير الواجب توافرها للشروع في عملية المحاكمة (الفرع الاول)، كما يجب أيضا تحديد المعوقات والعقبات القانونية التي من شأنها ان تشل ممارسة هذا الاختصاص (الفرع الثاني).

الفرع الاول: درجة الحرية المتروكة للسلطات الوطنية

Degré de liberté des autorités nationales

في الواقع لا توجد أية آلية دولية تلزم الدولة أو السلطات المختصة في هذه الدولة أو تلك بتحريك الدعوي الجنائية بمجرد علمها بقيام الجريمة، فمسألة تحريك الدعوي الجنائية أو

عدم تحريكها هي مسألة تقديرية متروكة لهذه السلطات وفيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية المقررة للاختصاص العالمي، نجد بعض الاتفاقيات لا تجعل ممارسة الاختصاص العالمي ملزما للدول ومنها علي سبيل المثال اتفاقية القرصنة البحرية وهذا الامر يعد منطقيا، ومع ذلك فإننا نري أن بعض الاتفاقيات الدولية تنص علي الزامية ممارسة الاختصاص العالمي، وهذه الاتفاقيات تتطلب في العادة من السلطات الوطنية أن تمارس أحد الخيارين التقليديين محاكمة المشتبه به (La poursuite) او تسليمه (l'extrader)، وهو ما تقضي به اتفاقيات جنيف الأربعة الموقعة في عام 1949 خاصة المادة 49 من اتفاقية جنيف الاولي والمادة الثانية من اتفاقية جنيف الثانية والمادة 129 من اتفاقية جنيف الثالثة والمادة 146 من اتفاقية جنيف الرابعة وكذلك المادة الخامسة من الاتفاقية المناهضة للتعذيب الموقعة في 10 ديسمبر 1984 والاتفاقية الاوربية ضد الارهاب الموقعة في 27 يناير 1977 المواد 6 و 7 من الاتفاقية.

بقي أن نشير إنه حل هذه الاشكالية، فإن الكلمة الاخيرة تكون دائما للقانون الوطني وبالنتيجة فإنه في البلدان التي تعترف بنظام شرعية الملاحقة الجنائية فإن القانون كمبدأ يلزم السلطة العامة بالقيام بإجراءات الملاحقة الجنائية عندما لا تطلب أية دولة أخرى تسليم المتهم او يتم رفض التسليم، لكن بالمقابل وفي البلدان التي لا تبني نظام شرعية الملاحقة الجنائية، فان هذه الاخيرة تترك للظروف وبالتالي فإن السلطة العامة تكون حرة في مسألة تحريك الدعوي العامة من عدمه.

وفي النهاية فإن حرية التقييم المتروكة للسلطة العامة في تحريك الدعوي الجنائية تتوقف في بعض التشريعات علي شكوي المجني عليه او المضرور من الجريمة عن هذه الجرائم الخطيرة، ففي هذه الحالة فإن حقوق الاطراف المدنية تكون مهمة في تحريك قواعد القانون الدولي، ففي فرنسا مثلا نجد ان القانون الصادر بتاريخ 2 يناير 1995 والقانون الصادر في بتاريخ 22 مايو 1996 يضمنان شكليا هذا الحق للمجني عليهم عن الجرائم المرتكبة في يوغسلافيا السابقة وفي روندا.

وأخيرا فإن القانون الصادر في 9 اغسطس 2010 ألغي هذا القيد فيما يتعلق بتحريك الدعوي الجنائية، إذ أن قيد الشكوى سيحرم الاختصاص العالمي من فعاليته في مواجهة الجرائم الاشد خطورة.

الفرع الثاني: العوائق القانونية

Obstacles juridiques

في الواقع وبصرف النظر عن ممارسة القضاء الوطني لاختصاصه الجنائي في مواجهة جرائم وقعت خارج اقليم الدولة سواء كان توسيع هذا الاختصاص تطبيقاً لفكرة العالمية أو تطبيقاً للاختصاص القضائي العادي فإن هذين الاختصاصين يواجهان نفس العوائق القانونية، ويكفي أن نشير في هذا الصدد إلى أنه يوجد تنافس أو تنازع في الاختصاص بين المحاكم الدولية الجنائية الخاصة كمحكمة يوغسلافيا وروندا والمحكمة الجنائية الخاصة ببلناب وبين المحاكم الوطنية، غير أنه في هذا الصدد فإن لهذه المحاكم الدولية الجنائية الخاصة أولوية في الاختصاص علي القضاء الجنائي الوطني تطبيقاً لقاعدة الأولوية (La primauté) المنصوص عليها في النظام الاساسي لهذه المحاكم.

ففي فرنسا فإن الاختصاص العالمي المقرر بالقانون الصادر بتاريخ 2 يناير 1995 والقانون الصادر في بتاريخ 22 مايو 1996، يقضيان بهذه الأولوية وبضرورة أن يتنازل القضاء الفرنسي عن اختصاصه في حالة طلب هذه المحاكم الدولية الدول أن يتنازل القضاء الفرنسي عن اختصاصه لصالح محكمتي يوغسلافيا وروندا وهذا التنازل أثر من آثار أولوية هذا المحاكم الخاصة علي النظام القضائي الوطني ليس في فرنسا وحسب وإنما علي كل الانظمة القضائية الوطنية.

لكن في الواقع هناك بعض العوائق التي لا بد لنا من التركيز عليها وهي الحصانات (Les immunités) والتقادم (La prescription) والمسائل التي تم الفصل فيها من محاكم اخري، فهل يترتب علي توافر علي احدي هذه العوائق عدم قبول الدعوى الجنائية عن هذه الجرائم الخطيرة امام القضاء الجنائي الوطني .

وفيما يتعلق بالحصانة يمكن القول ان هناك نوعين من الحصانات الاولي وهي الحصانة الوظيفية (immunité fonctionnelle) والتي تعني أن تصرفات ممثلي الدولة المتعلقة بممارسة وظيفتهم لا يمكن أن تكون موضوعاً للملاحقة القضائية الجنائية، بكلمة أوضح هذه الحصانة تعطي الأنشطة التي تمارس عن طريق شاعلي الوظائف الرسمية للدولة في اطار ممارستهم لمهامهم الرسمية وتقوم هذه الحصانة علي فلسفة مؤداها أن ممثلي الدولة يمارسون أعمالهم كوكلاء عن الدولة ولا يعملون لمصلحتهم الخاصة، لذلك فإن هذه الافعال لا تنسب

إلا إلى هذه الدولة، بمعنى أنهم لا يمكن ان يكونوا موضوعا لملاحظات جنائية عن هذه الافعال التي لم يمارسوها إلا باسم الدولة (Hassan , 2015, p. 190) .

والنوع الاخر من الحصانة هي الحصانة الدبلوماسية (immunité diplomatique) والتي تمنح الي بعض الاشخاص الذين يمارسون وظائف للدولة في الخارج مثل رؤساء البعثات الدبلوماسية وموظفيها وهي حصانة تم تقريرها بموجب اتفاقية فيينا الخاصة بالحصانات الدبلوماسية الموقعة في 18 ابريل 1961.

والواقع وفيما يتعلق بخصوص الحصانة بنوعيهما، فإنها تقف حائلا وعائقا لتطبيق القواعد المتعلقة بالاختصاص العالمي، بمعنى انه لا يمكن ممارسة هذا الاختصاص في مواجهة الاشخاص الذين يتمتعون بالحصانة بنوعيهما، وتطبيقا لذلك فإن محكمة العدل الدولية أدانت في حكمها الصادر في 14 فبراير 2002 موقف القضاء البلجيكي بعد إصداره لمذكرة اعتقال في مواجهة (ابدولي يوغودي نودمباسي)، وزير خارجية جمهورية الكونغو الديمقراطية والمتهم بارتكابه جرائم حرب وجرائم ضد الانسانية، فالقضاء البلجيكي وفق حكم محكمة العدل الدولية قام بانتهاك الحصانة المقررة في اتفاقيات دولية، إذ ليس من حق القوانين الوطنية أن تقوم برفع هذه الحصانة حتي ولو تعلق الامر بجرائم خطيرة (Rios Rodrigue, 2010, p. 580).

غير أنه يجب التنبيه إلى مسألة دقيقة وهو أن هذه الحصانات لا أثر لها ولا يمكن تطبيقها فيما يتعلق بالاختصاص العالمي المقرر في القانون الفرنسي بموجب القانونين الصادران بتاريخ 2 يناير 1995 والقانون الصادر في بتاريخ 22 مايو 1996 ذلك أن هذين القانونين يحيلان صراحة إلى النظام الاساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة ومحكمة روندا والنظام الاساسي لهذين المحكمتين استبعد الحصانة كسبب من أسباب عدم تحريك الدعوي الجنائية بل أن إنشاء هذه المحاكم أصلا كان بسبب العوائق التي تنص عليها القوانين الداخلية بخصوص عدم اختصاص الانظمة القضائية الداخلية في مواجهة الاشخاص الذين يتمتعون بالحصانة.

وفيما يتعلق بالتقادم فهو أحد مصادر عدم قبول الدعوي الجنائية وأمام سكوت الاتفاقيات الدولية التي نظمت الاختصاص العالمي فإنه يجب العودة إلى القوانين الجنائية الوطنية فيما يتعلق بتحديد بدء مدة التقادم وأسباب وقفه ومدة التقادم، وتجدر الاشارة إلى أن هناك بعض الجرائم الدولية لا تقبل التقادم وفقا لبعض الاتفاقيات الدولية مثل الاتفاقية المتعلقة بالتطهير العرقي أو الابادة والجرائم ضد الانسانية وجرائم الحرب، غير أن هذه

الاتفاقيات لا تلزم السلطات القضائية ما لم يتم تقنينها بموجب القوانين الوطنية، وهو ما يمكن القول معه أن هذه الجرائم الدولية الداخلة في اختصاص المحاكم الوطنية تطبقا للاختصاص العالمي تخضع للتقدم الوارد في هذه التشريعات الداخلية وهو ما يمثل قيда آخر علي ممارسة الاختصاص العالمي .

وأخيرا فإنه يوجد مبدأ عام في القانون الدولي يفرض علي الدولة أن تحترم الاحكام الصادرة في دولة أخرى ويمكن الاشارة في هذا الصدد الي أن لجنة حقوق الانسان قامت بتفسير المادة 17 فقرة 7 من الميثاق الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر في عام 1966 بأنها تقضي بمنع تعدد الملاحقات الجنائية عن نفس الفعل في ذات الدولة وكذلك لا يجوز ملاحقة الاشخاص الذين تمت ملاحقتهم في الخارج وتمت ادانتهم أو تبرئتهم عن نفس الفعل، ويمكن أن نجد نفس الامر في نص المادة الرابعة من البروتوكول رقم 7 المضاف الي الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان.

كما أن قاعدة عدم المعاقبة علي ذات الفعل مرتين (non bis in idem) تم أيضا تكريسها في العديد من الاتفاقيات الدولية وفيما يتعلق بالاختصاص العالمي، ويمكن الاشارة في هذا الصدد إلي اتفاقية نيويورك الموقعة بتاريخ 30 مارس 1961 حول المخدرات التي كرسست هذه القاعدة في نص المادة 36.

المبحث الثالث: تقييم الاختصاص العالمي

L'appréciation de la Compétence universelle

إن الهدف من إنشاء الاختصاص العالمي هو محاولة تعويض النقص أو العجز الذي كان موجودا في القضاء الدولي الجنائي وذلك بإعطاء المحاكم الوطنية سلطة النظر في جرائم ذات طابع دولي مستخدمة المعايير المقررة في القانون الدولي الجنائي⁽¹⁾، خاصة فيما يتعلق

(1) يمكن الاشارة في هذا الصدد إلي اتفاقيات جنيف الاربعة الموقعة عام 1949 حيث حثت هذه الاتفاقيات الدول الموقعة أن تضمن تشريعاتها الوطنية هذا النوع من الاختصاص وذلك لضمان ملاحقة جرائم الحرب التي ترتكب بالمخالفة لاتفاقيات جنيف المذكورة في ظل عدم وجود قضاء دولي جنائي مؤقت وقت توقيع هذه الاتفاقيات ، ولزيد من التفصيل راجع المادة 49 من اتفاقية جنيف الاولي والمادة 50 من اتفاقية جنيف الثانية والمادة 129 من اتفاقية جنيف الثالثة.

بالجرائم الموجهة ضد السلام أو جرائم العدوان والقرصنة البحرية أو الجوية أو الارهاب وتجارة المخدرات كما يمكن القول في هذا الصدد أن الاختصاص العالمي يعد وسيلة جيدة لتطوير القانون الدولي الجنائي من خلال ما يقضي به القضاء الوطني من أحكام في مواجهة الجرائم الدولية .

لكننا نقول أن هذا الاختصاص يكون أقل فعالية فيما يتعلق بجرائم التطهير العرقي وجرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية والتي تشكل حاليا الجرائم التي تدخل في اختصاص القضاء الدولي الجنائي خاصة أمام تطور هذا الاخير بإنشاء المحاكم الجنائية الخاصة أو المؤقتة (Les tribunaux ad hoc) والتي بلغ عدد المحاكم المنشأة منها منذ محكمتي نورمبرغ وطوكيو العسكريتين تسع محاكم جنائية دولية مؤقتة⁽¹⁾، فاختصاص القضاء الوطني عالميا بخصوص هذه الجرائم الدولية بدأ يختفي فيما يتعلق بهذه الجرائم، ويترتب علي هذا التحليل انه في الاحوال التي من الممكن أن يشهد فيها القضاء الدولي الجنائي تراجعاً فيما يتعلق باختصاصه بهذه الجرائم فإن القضاء الوطني العالمي هو البديل الطبيعي للقضاء الدولي الجنائي في حالة تراجعه.

كما أن الاختصاص العالمي علي الاقل نظريا يبدو ضروريا خاصة فيما يتعلق بالقضاء الدولي الجنائي الدائم ممثلا في المحكمة الجنائية الدولية بالاستناد إلى الطابع التكميلي لقضاء هذه المحكمة الدولية، كما هو مقرر في المادة الاولي من نظامها الاساسي.

(1) وهذه المحاكم المؤقتة هي المحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة المنشأة بموجب قرار مجلس الامن التابع للأمم المتحدة رقم 827 (1993) ، المحكمة الجنائية الخاصة بروندا المنشأة بموجب قرار مجلس الامن رقم 955 (1994) ، المحكمة الجنائية الخاصة بسراليون المنشأة بموجب اتفاق بين الامم المتحدة وحكومة سيراليون بتاريخ 16 يناير 2002 ، الدائرة الخاصة بجرائم الحرب في البوسنة والهرسك والمنشأة بموجب اتفاقية موقعة بين حكومة البوسنة والمثلية العليا للأمم المتحدة في البوسنة بتاريخ 1 يناير 2004 ، والدوائر الخاصة بالجرائم الخطيرة المرتكبة في تيمور الشرقية، المحاكم المؤقتة الخاصة بكوسوفو ، والدوائر غير العادية الخاصة بكمبوديا، المحكمة الجنائية الخاصة بلبنان والدوائر الافريقية غير العادية داخل المحاكم السينغالية المنشأة بموجب اتفاقية مبرمة بين الاتحاد الإفريقي والحكومة السينغالية في يوليو 2012. وهذه المحاكم جميعا دولية حتي ولو تم انشائها داخل الانظمة القضائية الوطنية استنادا ان انشاء جميع هذه المحاكم بتصرفات دولية اما احادية بموجب قرارات من مجلس الامن كما هو الحال فيما يتعلق بمحكمتي يوغسلافيا السابقة وروندا او بموجب اتفاقيات دولية كما هو الحال في محاكم سيراليون ولبنان وبقية المحاكم الدولية الجنائية الخاصة الأخرى.

كما إنه من الملائم في هذا الصدد الإشارة إلى الفوائد المرتبطة بتبني الاختصاص العالمي فيما يتعلق بمرتكبي الجرائم من غير شاغلي الوظائف القيادية أو المسؤولين الثانويين، إذ أن العدالة الجنائية الدولية هي عدالة باهظة التكاليف وهي بهذا الشكل لا تتلاءم إلا مع محاكمة كبار المسؤولين عن ارتكاب الجرائم الدولية في تلك الدول، فالعدالة الوطنية تظهر أولوية وملحة من أجل محاكمة المسؤولين الأقل درجة أو الثانويين وأيضاً يمكن أن تظهر بشكل أكثر فعالية في البلدان التي تعطي للمضرورين من الجريمة إمكانية المطالبة بتحريك الدعوي العمومية.

لكن بالمقابل وخلف هذه الصورة الجميلة للاختصاص العالمي فإن هناك العديد من العوامل التي تحد كثيراً من فعالية هذا الاختصاص، إذ أن فقدان الوسائل الضرورية والمعلومات المتعلقة بالمضرورين من الجرائم وعدم مصلحة أو تعنت النيابة أو السلطة المختصة بتحريك الدعوي الجنائية هي عوامل دائماً مرتبطة ومن شأنها منع تقنية الاختصاص العالمي من أن تؤدي دورها، كما أن القاضي الوطني تطبيقاً لهذا الاختصاص يقوم بمحاكمة جرائم قد تكون في معظمها غريبة عن ثقافته وعن تأهيله القانوني، ولا يمكن أن ننسى في هذا الصدد أن القاضي الوطني يفتقد دائماً لوسائل الإثبات التي تنقل إليه الواقعة أو المعلومات المتعلقة بالجني عليهم، كما أنه لا يجب أن نغفل في هذا الصدد أيضاً أن الدول والحكومات مسؤولة عن جانب مهم عن عدم فعالية هذا النوع من الاختصاص، ذلك أن هذه الأخيرة لا ترغب في أن تري رعاياها يحاكمون أمام قضاء أجنبي عن ارتكابهم جريمة من الجرائم الدولية الخطرة، لهذا السبب فإننا رأينا كيف أن الولايات المتحدة طلبت من بلجيكا أن تجري تعديلات في قانون الاختصاص العالمي الخاص بها.

وفي جانب آخر فإن الدول النامية أعلنت من جانبها الطابع الانتقائي أو الاستعمال التعسفي للاختصاص العالمي والذي لا يمارس إلا في مواجهة رعاياها، كذلك فإن انفراد كل دولة علي حدة بتقنين الاختصاص العالمي أوجد اختلافا ملحوظا من دولة إلى أخرى في تطبيق قواعد القانون الدولي ممثلاً في الاتفاقيات الدولية بخصوص التي تحرم بعض التصرفات وتصنفها علي أنها جرائم خطيرة وهذا أمر ليس صحيحاً من الناحية السياسية كما إنه لا يتلاءم مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

كما أن العوائق الدولية التي أشرنا إليها فيما يتعلق بالقيود التي أوردتها محكمة العدل الدولية بخصوص الحصانة بنوعيتها وكذلك القيود الاجرائية التي تضعها التشريعات الداخلية وهو تواجد المتهم علي أراضي الدولة طالبة الاختصاص من شأنه أن يفرغ هذا الاختصاص

من محتواه ويجعل الترسانات العقابية الوطنية المنظمة لهذا الاختصاص مجرد نمـر من ورق (D'Argent, 2011, pp. 393-427)، وهو الأمر الذي يمكن ملاحظته تحديدا في الموقف القضائي لبعض الدول وخاصة الدول التي يمكن اعتبارها عريقة في تبني الاختصاص العالمي مثل بلجيكا والتي بدأت تضيق وتحد من شروط ممارسة هذا الاختصاص، فقد قضت غرفة الاتهام بمحكمة استئناف بروكسل (La Chambre de la mise en accusation de la Cour d'appel de Bruxelles)، بتاريخ 26 يونيو 2002 أنه من أجل احترام المادة 12 من قانون الاجراءات الجنائية ولممارسة هذا الاختصاص العالمي، فإنه يجب أن يكون المشتبه فيه موجود علي الاقليم البلجيكي وانتهت إلي عدم قبول الدعوي المقامة ضد رئيس الوزراء الاسرائيلي السابق أرييل شارون (Rios Rodrigue, p. 580)، وهو الامر الذي يفسر في النهاية ان الاختصاص العالمي لم يمارس عمليا ولا مرة، ونقصد بعدم الممارسة الفعلية هنا هو عدم صدور أحكام قضائية يمكن بالاستناد عليها والقول بأن هناك اختصاصا عالميا تم تقنينه وممارسته .

خلاصة البحث

إن الغرض من الملاحقة الجنائية علي المستوى الدولي سواء اتخذت هذه الملاحقة شكل القضاء الدولي الجنائي المؤقت (hocad) أو الدائم (Permanent) أو شكل الاختصاص العالمي (Universelle) الذي هو في الاساس اختصاص وطني لكنه يمتد إلي جرائم ذات طابع دولي عنت بمنعها وتحريمها العديد من الاتفاقيات ذات الطابع العالمي، هو عدم إفلات مرتكبي الجرائم الاكثر وحشية من العقاب وتحقيق فكري الردع العام والخاص علي المستوى الدولي، لكن هذه الاهداف لا يمكن بلوغها بواسطة قضاء وطني ممتد الاختصاص كالاختصاص العالمي خاضع لنفس القيود التي يخضع لها القضاء الوطني خاصة فيما يتعلق بفكرة الحصانة والتقدم والقيود علي رفع الدعوي الجنائية، فوسيلة مكافحة هذه الجرائم لاتتناسب مع جسامة وخطورة هذه الاخيرة التي تتطلب بالضرورة قضاء خاليا من القيود.

والواقع فإن ما دعانا الي تقديم هذه المساهمة البحثية هي تلك التصورات التي تقدم هذا النوع من الاختصاص وفق صورة تسويقية إن جاز لنا استخدام هذا التعبير علي اعتبار إنها اختصاص رادع وفعال ويجب الاخذ به إسوة بالدول التي سبق وأن تبنت هذا النوع من الاختصاص منذ مدة ليست بالقصيرة كبلجيكا واسبانيا وفرنسا، لكن بدراسته يتبين أنه اختصاص يفتقد للوسائل التي تمكنه من أن يؤدي الدور الذي وجد من أجله، وحتى في

الجرائم التي لا تدخل في اختصاص القضاء الدولي الجنائي والذي يبدو لأول وهلة أن الاختصاص العالمي يمكن أن يؤدي دورا مهما في هذا الصدد، نجد أن فكرة الحصانة وعدم التعاون القضائي الذي تبديه الدول بشكل طبيعي في مثل هذا الاحوال في مواجهة الدعاوي التي تستهدف تابعيها سيبقي مانعا من وضع هذا الاختصاص موضع التطبيق، واتصور أن السبب الوحيد الذي سيجعل مثل هذا النوع من الاختصاص يظهر في الترسانات العقابية في تشريعات بعض الدول هو ذلك الالتزام المقرر في قواعد القانون الدولي الانساني او ما يعرف باتفاقيات جنيف علي عاتق الدول من أجل تبني هذا الاختصاص لكن دون أن نشاهد تطبيقات له.

ونتصور في هذا الصدد أن إنشاء المحاكم الدولية الجنائية الخاصة أو المؤقتة سيظل أمرا ملحا وضروريا حتي في وجود المحكمة الجنائية الدولية والتي دخلت حيز التنفيذ منذ يوليو 2002، ذلك أن هناك جرائم دولية يمكن أن ترتكب ولا تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، أو تلك التي حصلت قبل أن تدخل المحكمة الجنائية الدولية حيز التنفيذ وذلك كما حصل بخصوص المحكمة الخاصة بلبنان عام 2007 والتي تختص بالمحاكمة عن جريمة الارهاب والمحكمة الخاصة بمحاكمة الرئيس التشادي حسين حبري عن جرائم الابادة وجرائم الحرب خلال سنوات الثمانينات والتي تعقد جلساتها في السينغال والتي دخلت حيز التنفيذ عام 2012، ومن ثم ستظل هذه المحاكم هي الملجأ لسد الثغرات أو النقص الذي قد يعتري المحكمة الجنائية الدولية، ولاشك إن التوسع في إنشاء هذا القضاء الدولي المؤقت سيحد بشكل كبير من اللجوء إلي تطبيق الاختصاص العالمي كاختصاص وطني جنائي ممتد خارج الحدود .

قائمة المراجع

Bibliographie

P. D'Argent , « L'expérience belge de la compétence universelle : beaucoup de bruit pour rien . L'apport au droit international de la décision des la Chambre des Lords du 24 mars 1999 », in: Revue générale de droit international pénale ; tom 104/2000/2 ; pp. 393-427.

D. de la Pradelle, « La compétence universelle », *in* Droit international pénal, Harvéascensio& Emmanuel Decaux et Alain Pellet (dir), Paris, Pedone, 2012 , pp.1107-1025 .

H. Donnedieu de Vabres, « Le système de répression universelle » , in: RCDIP, 1922-1923, pp. 533 et ss.

H. Donnedieu de Vabres, « De la piraterie au génocide ... Les nouvelles modalités de la répression universelle », Mélanges Ripert, LGDJ, Paris, 1950, I, pp. 266 et ss.

G. Guillaume, « La compétence universelle. Formes anciennes et nouvelles », Mélanges Levasseur, Litec, Paris, 1992, pp.23 et ss.

Hassan Kamal, Le statut des tribunaux ad hoc en droit international pénal, thèse, droit public, Université de Tours, 2015.

M. Henzelin, « Le principe de l'université en droit pénal international »,in: Helbing et Lichtenbahn, Genève et Bruylant, Bruxelles, 2000.

M. Henzelin, « La compétence pénale universelle, une question non résolue par l'arrêt Yerodia », RGDIP, 2002, pp.819 et ss.

J. Rios Rodrigue « La restriction de la compétence universelle des juridictions nationales : les exemples belge et espagnol », in : RGDIP, tome 2010, n, 3, p. 580 et ss.

B. Sterne « La compétence universelle en France : le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda », in : GYBIL, 1997.

الإختصاص الدستوري للمحكمة العليا الليبية

إعداد الدكتور: طالح أحمد الفرجاني

كلية القانون - جامعة طرابلس

المقدمة

إن الحديث عن موضوع الاختصاص الدستوري للمحكمة العليا الليبية يقودنا إلى التعرف على طبيعة الرقابة على دستورية القوانين، وموقف الفقه والقضاء من هذه الرقابة والرقابة على دستورية القوانين في ليبيا، حيث تكمن أهمية الموضوع من الناحية النظرية في فهم التأصيل النظري الذي يقوم عليه الاختصاص الدستوري للمحكمة العليا الليبية، أما من الناحية العملية فإنها تكمن في معرفة هذا الاختصاص لهذه المحكمة مما يتطلب إتباع المنهج التحليلي التأصيلي، كون الموضوع ذو أهمية في مجال القانون الدستوري الليبي خاصة في هذه المرحلة التي تعيشها ليبيا، وهو يثير إشكاليات عديدة تتمثل في طرح تساؤل رئيسي: لما كان للمحكمة العليا اختصاص رقابة دستورية القوانين في ظل وثائق اعتمدها المحكمة إنها بمثابة دستور وتم سن قانون رقم 17 لسنة 1994م لكن بعد 17 فبراير وبصدور الإعلان الدستوري هل لا زال لهذه المحكمة نفس الاختصاص؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل ما يهدف الباحث في هذه الورقة لتناوله بتفصيل وذلك من خلال خطة منهجية في مبحثين :

المبحث الأول : طبيعة الرقابة على دستورية القوانين.

المطلب الأول: الطبيعة السياسية والقانونية للرقابة على دستورية القوانين.

المطلب الثاني : موقف الفقه والقضاء من الرقابة على دستورية القوانين.

المبحث الثاني : الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا.

المطلب الأول : الرقابة قبل الإعلان الدستوري لسنة 2011.

المطلب الثاني: الرقابة بعد الإعلان الدستوري لسنة 2011.

وخاتمة تبين النتائج التي توصل إليها الباحث، وتبث المصادر والمراجع.

المبحث الأول- طبيعة الرقابة على دستورية القوانين :

لقد اختلف الفقه حول تحديد الرقابة على دستورية القوانين، فذهب البعض إلى اعتبارها ذات طبيعة سياسية حتى ولو كانت الجهة التي تفصل في المسألة الدستورية هيئة قضائية(مطلب أول) وهو الأمر الذي لم يسلم به كثير من الفقه، وذهب البعض الآخر إلى اعتبارها ذات طبيعة قانونية (مطلب ثاني).

المطلب الأول- الطبيعة السياسية والقانونية للرقابة على دستورية القوانين :

الفقرة الأولى - الطبيعة السياسية للرقابة على دستورية القوانين :

يتزعم هذا الرأي الفقيه الفرنسي بوردو "Burdeau" إذ يرى أن عمل القاضي الدستوري هو في المقام الأول عمل سياسي، لأن مقارنة النص التشريعي بالدستور لمعرفة ما بينهما من خلاف أمر يتجاوز الجوانب القانونية، وذلك لأن المشرع عند إصداره القانون يأخذ في اعتباره عدم مخالفة نصوص الدستور، ومن ثم لا يجدي في الأمر إتباع الحيل القانونية لبيان هذه المخالفة، وهو الأمر الذي يعنى أن عمل القاضي ليس عملاً قانونياً، وإنما هو عمل سياسي حيث يستطيع من خلال هذه الرقابة أن يحل فكرة سياسية محل أخرى، ويسلم أن يكون لها منطلق قانوني من الناحية النظرية، أما من الناحية العملية فإن الأمر مختلف تماماً، فآليات هذه الرقابة وطريقة عملها تؤدي بالقاضي إلى اقتحام السياسة التي تصبغ في نهاية الأمر عمله كله.

الفقرة الثانية. الطبيعة القانونية للرقابة على دستورية القوانين :

يذهب هذا الفقه إلى اعتبار عمل القاضي في الرقابة على دستورية القوانين عملاً قانونياً محضاً يطبق فيه القاضي نصوصاً قانونية يحسم بها النزاع دون أي تأثير بالاعتبارات السياسية، ومن هنا تأتي أهمية الرقابة على دستورية القوانين في أنها تصون نصوص الدستور، فضلاً عن أنها تتميز بما يتميز به القضاء من حيادية واستقلال وتخصص، وهي أمور تبتعد عنها

الرقابة السياسية على دستورية القوانين كثيراً ولذلك لم تنجح في ضبط سلوك المشرع العادي في اتجاه احترام نصوص الدستور⁽¹⁾.

ولا شك أن كلا الرأيين هما محل نظر، ذلك لأنها وإن صدقت على نظام معين فإنها لا تصدق على الرقابة القضائية في الأنظمة الدستورية الأخرى، لذلك لا يجب أن يكون أحدهما هو المقياس الذي تقاس به طبيعة الرقابة بوجه عام، ولا يجب أن يكون هو المنظار الذي ينظر من خلاله إلى الرقابة القضائية وطبيعتها.

وفي رأينا فإن الرقابة على دستورية القوانين هي عملية ذات طبيعة قانونية خاصة، وإذا كانت هذه الرقابة والآثار المترتبة على ممارستها، هي آثار هامة في مجال السياسة فإن ذلك ليس من شأنه أن يطمس الطابع القانوني لعملية الرقابة على دستورية القوانين، لأن المشكلة الأساسية التي تثيرها هذه الرقابة هي البحث عن مدى اتفاق أو عدم اتفاق القانون الصادر من السلطة التشريعية مع قواعد الدستور، أي أنها مشكلة تتعلق أساساً بحل التنازع بين قاعدتين قانونيتين إحداهما تحتل مركزاً أسمى في سلم القواعد القانونية، ومن ثم يكون هذا الإجراء من اختصاص القضاء؛ لأن العمل يدخل بطبيعته في صميم الوظيفة القضائية.

لذا كان من المنطقي كما يرى البعض أن يُعهد بهذه المهمة القانونية إلى هيئة قضائية يتوافر في أعضائها التكوين القانوني السليم والعميق، بالإضافة إلى الحيادة والنزاهة والتجرد والاستقلال إضافة إلى ما يقدمه القضاء من حقوق الدفاع وعلانية الجلسات ... بما يجعل من الرقابة ضماناً أكيداً، بل إنه الضمان الأول والفعال الذي يحقق الاحترام للنصوص الدستورية⁽²⁾.

(1) جابر جاد نصار، القانون الدستوري والنظم السياسية، مصر 2007م، ص 488.

(2) د. عبدالعزيز محمد سلمان: نظم الرقابة على دستورية القوانين، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى 1995م، ص 591.

المطلب الثاني- موقف الفقه والقضاء من الرقابة على دستورية القوانين :

إن الرقابة على دستورية القوانين لا توجد بالضرورة في كل الدول⁽¹⁾، وقد تقوم وتتولاها المحاكم العادية حتى في غير وجود قضاء دستوري متخصص⁽²⁾، حيث تتم هذه الرقابة، إما بناء على نص دستوري يقرها وينظمها، وإما بناءً على اجتهاد القضاء ذاته، وذلك في حالة عدم وجود نص دستوري يقرها أو يجرمها⁽³⁾.

الفقرة الأولى . الرأي القائل بعدم اختصاص القضاء برقابة دستورية

القوانين

ذهب هذا الرأي إلى القول بأن القانون تعبير عن إرادة الأمة، وهي الإرادة العليا التي لا يجوز أن تخضع لأي إرادة أخرى، فإذا كان البرلمان، وهو وكيل الأمة، قد تولى التعبير عن إرادتها، فلا يمكن لأي هيئة أخرى أن تعلق إرادتها على إرادة الأمة، وإلا كان ذلك افتئاتاً على سيادة الأمة، ولقد سادت هذه الفكرة بتأثير أفكار جون جاك روسو على الإرادة العامة في

(1) لا تنشأ الرقابة على دستورية القوانين إلا في ظل الدساتير الجامدة فقط، وليست في ظل الدساتير المرنة، ويرجع ذلك إلى حاجة الدستور الجامد في تعديله لإجراءات صعبة تفوق الإجراءات التي تتبع في إصدار القوانين العادية، ولذلك يوجد في كل دولة سلطتان إحداهما تأسيسية ومهمتها وضع التشريع الدستورياً وتعديله، الأخرى سلطة تشريعية ومهمتها وضع التشريع العادي أو تعديله.

- راجع في هذا الصدد الدكتور يحيى الجمل: النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، القاهرة، 1974م، ص97. وراجع أيضاً بحث الدكتور السيد على السيد: تحت عنوان "رقابة القضاء لدستورية القوانين" المنشور بمجلة مجلس الدولة المصرية، السنة الأولى، عام1950، ص64 وما بعدها، وحيث يقول "... دستورية القوانين أثر من آثار التفرقة بين القوانين الدستورية والقوانين العادية في البلاد ذات الدساتير الجامدة، ولذا لا يظهر أثر لهذه التفرقة في البلاد ذات الدساتير المرنة كإنجلترا حيث القواعد الدستورية غير مسطورة، بل تتولد من العرف الذي جرى عليه البرلمان، ومن ثم كانت حرته في التشريع غير مقيدة بأية قاعدة، أما في البلاد ذات الدساتير الجامدة فتقوم التفرقة على أن القوانين الدستورية هي الأساسية **LOIS Fondamentae** فهي سابقة على القوانين العادية كما انها تسمو عليها بحسبان أنها مصدر السلطات جميعاً.

(2) د. يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص97.

(3) د. عبدالعظيم عبدالسلام عبدالحميد: الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، مطبعة حمادة الحديثة، القاهرة، 1989م، ص18.

السنوات الأولى التالية لقيام الثورة الفرنسية، ونتيجة لمركز البرلمان في التنظيم السياسي الديمقراطي في أعقاب هذه الثورة⁽¹⁾.

ويردد روسو بأن القانون ما هو إلا مظهر لإرادة الأمة العليا، ولا يمكن أن يكون هناك رقيب على هذه الإرادة سوى ممثلي الأمة ومسئوليتهم الأدبية أمامها⁽²⁾.

وقد قامت في الفقه الألماني حجة أخرى ضد الرقابة القضائية للقوانين حيث استند لاباند "Laband" على فكرة الإصدار "La promulgation" ليحرم على المحاكم رقابة دستورية القوانين، وتفسير ذلك أن رئيس الدولة حين يصدر القانون فإنه يعترف رسمياً بأن هذا القانون قد تم طبقاً للمبادئ الدستورية، سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع، بحيث لا يكون للقضاء بعد ذلك، إلا أن يعتمد على شهادة رئيس الدولة وإلا سيعرض لبحث القانون من جديد⁽³⁾.

هذا ويتشابه رأي "كارى دي مليرج" مع رأي الفقيه الألماني "لاباند"، حيث يعارض الأول اختصاص القضاء بالرقابة على دستورية القوانين، ومن ثم تأكيد القضاء من صدور القانون صحيحاً مستوفياً الشكل الدستوري، ويرى أن مباشرة القضاء للرقابة تعد تعدياً على وظيفة السلطة التنفيذية، فالدستور يقرر لرئيس الدولة سلطة الرقابة، بحكم أنه قد خصه بحق إصدار القوانين، فإذا أصدر رئيس الدولة قانوناً فإن ذلك يعد دليلاً على صحة القانون من حيث الإجراءات الشكلية⁽⁴⁾.

كما استند كثير من الفقه إلى مبدأ الفصل بين السلطات للاعتراض على رقابة دستورية القوانين بواسطة القضاء، على سند من القول بأن وظيفة القضاء مقصورة على تطبيق القانون دون فحص دستوريته، فللمحكمة أن تفسر القوانين العادية لكن ليس لها تفسير الدستور، وعليه فلا يكون القضاء رقيباً على مراعاة السلطة التشريعية للضمانات

(1) د. نبيلة عبدالحليم كامل: الرقابة القضائية على دستورية القوانين (القضاء الدستوري)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م، ص 602.

(2) د. عبدالعزيز محمد سلمان: المرجع السابق، ص 205.

(3) د. طعيمة الجرف: النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 2001م، ص 159.

(4) د. على السيد الباز: الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الاسكندرية، 1978م، ص 245.

والحدود المقررة بالدستور، وإنما الرقيب الوحيد على ذلك هو ضمير أعضاء السلطة التشريعية أنفسهم وشعورهم بالمسئولية أمام الأمة، فإذا تدخل القضاء في بحث دستورية القوانين كان في ذلك اعتداء منه على نظام عمل السلطة التشريعية وانتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات⁽¹⁾، بل إن إعطاء القضاء هذا الاختصاص يجعل منه على حد قول الفقيه الفرنسي إيمان "Esmein"، سلطة سياسية تسمو على سائر السلطات، بل وعلى إرادة الأمة التي عبرت عنها وفقاً للأوضاع المقررة في النظام النيابي⁽²⁾.

الفقرة الثانية - الرأي القائل بحق القضاء في الرقابة على دستورية

القوانين:

يؤيد غالبية الفقه اختصاص القضاء بالرقابة على دستورية القوانين، وهو الرأي الشائع في أمريكا بصفة خاصة، وهو الذي نادى به كثير من الفقهاء في الدول المختلفة وبخاصة رجال الفقه الفرنسي الحديث أمثال "جيز" و"بارتلمى" و"هوريو" الذي توسع في هذا الرأي إلى حد كبير بعد أن دافع عنه بعد ذلك باطراد وأيد الحق كذلك "مستر" و"رولان" وغيرها⁽³⁾. وأول من نادى بهذا الرأي في مصر المستشار "بويتون" رئيس محكمة الاستئناف المختلطة، في محاضرة ألقاها عام 1930 بعنوان "مهمة السلطة القضائية في المسائل الدستورية بالولايات المتحدة ومصر"⁽⁴⁾، كذلك الدكتور السيد صبري والذي كان أكثر الشراح المصريين حماساً في الدفاع عن حق القضاء في بسط رقابته على دستورية القوانين⁽⁵⁾. كما أن الاعتراف للقضاء برقابة دستورية القوانين لا يتعارض ومبدأ الفصل بين السلطات، بل هو تطبيق صحيح لهذا المبدأ، فاختصاص القضاء برقابة دستورية القوانين

(1) د. عبدالعزيز محمد سلمان: المرجع السابق، ص150.

(2) د. سليمان محمد الطماوى: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988م، ص379.

(3) نفس المرجع، ص382.

(4) د. محمد عبد الحميد أبو زيد: القضاء الدستوري شرعاً وواقعاً، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص342.

(5) د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، دار النهضة العربية، المطبعة العالمية، جامعة القاهرة، الطبعة الرابعة، 1949م، ص646 وما بعدها.

يدخل بطبيعته في واجبات القضاء الذي يتعين عليه أن يحدد القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القانونين العادي والدستوري.

ويستند حق القضاء في بحث دستورية القوانين كذلك إلى مبدأ مشروعية تصرفات الدولة جميعها، وهذا هو فيصل التفرقة بين الحكومة الخاضعة للقانون (GouvernementLegal) وغير الخاضعة للقانون، فالدولة القانونية تخضع لقواعد قانونية يخضع بعضها لبعض، أي أن القانون الملزم للدولة القانونية يوجد تدرجاً بين القواعد القانونية (Hirarchie des reglesjuridiques)، بمعنى أنه يجب أن تكون كل واحدة من هذه القواعد الملزمة للدولة خاضعة للحدود التي ترسمها لها القواعد العليا، فتخضع اللائحة للقانون ويخضع القانون للدستور، فبغير ذلك كله تسقط عن الدولة صفتها القانونية (Legalite) وتلبس ثوب الاستبداد.

ومهما قيل في تبرير الرقابة القضائية على دستورية القوانين، فإن هذا الموضوع هو أحد وجوه العدالة الأبدية كما يقول "كارلي دي ملبرج"، ومن الصعب خنقه أو إهماله لاعتبارات شكلية أو تاريخية، ولهذا لا يزال مطروحاً في بعض البلدان، وتتجاذبه تيارات سياسية وتدور حوله مناقشات علمية حملت أحياناً السلطات على التفكير في تعديل التشريعات الأساسية لإحداث نظام الرقابة بواسطة هيئة خاصة⁽¹⁾، وذلك لأن الرقابة التي يباشرها القضاء في الحقيقة أكم لأنواع الرقابات وأوفاهها لحماية حقوق الأفراد، ذلك أن الدستور يوكل أمر هذه الوظيفة إلى جهة مستقلة، تفصل في الخصومات التي ترفع أمام قضاة لهم من الكفاءة والدراية القانونية والحيدة ما يصون حقوق الأفراد وحررياتهم⁽²⁾.

(1) أ. جريح خليل: الرقابة القضائية على أعمال التشريع، قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية، 1971م،

(2) د. فؤاد العطار: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م، ص 99.

الفقرة الثالثة - موقف القضاء من رقابة دستورية القوانين :

إن اختصاص القضاء في هذا المجال يدخل بطبيعته في صميم الوظيفة القضائية، ذلك أنه حين تراقب المحكمة دستورية القوانين لا تعتدي على اختصاص السلطة التشريعية، غاية الأمر أنها- في المنازعة المعروضة عليها- تفاضل بين نصين تعارضاً: أحدهما دستوري، والآخر تشريعي، فتقدم الأول، وبذلك تستبعد الثاني من نطاق التطبيق⁽¹⁾.

وقد نشأت هذه الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية بفضل جهود القضاء الأمريكي- متمثلاً في المحكمة العليا الاتحادية- وتأييد الفقه الأمريكي لها، والتي كان لها أثر كبير في تشييد صرح الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية على وجه الخصوص، وفي معظم دول العالم على وجه العموم، حيث سلمت هذه المحكمة بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين منذ حكمها الصادر عام 1796م في قضية "هيلتون" ضد الولايات المتحدة الأمريكية إذا قضت بدستورية القانون الاتحادي محل الطعن، وأيضاً في حكمها الصادر عام 1798 في قضية "كالدر" ضد "بول"، ويربط الفقه نشأة الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية بحكم قاضي القضاة "مارشال" في قضية "ماربورى" ضد "ماديسون" عام 1803، ويرجع ذلك إلى أن هذا الحكم نص صراحة على حق القضاء في بحث دستورية القوانين، وعدم تطبيق القانون المخالف للدستور، متى رأى ذلك.

كما أنه حدد أساس هذا الحق ومداه، فضلاً عن أنه يعد أول حكم تصدره المحكمة العليا بعدم دستورية قانون اتحادي، وذلك على الرغم من عدم وجود نص دستوري يُقر صراحة هذه الرقابة أو ينظمها، وأيضاً على الرغم من الظروف السياسية التي عاصرت صدوره، والتي تمثلت في الصراع بين الحزب الاتحادي الذي كان يطالب بضرورة تقوية سلطات الاتحاد، والحزب الجمهوري الذي كان يطالب بضرورة تقوية سلطات الولايات⁽²⁾.

ولقد استقر الرأي في كثير من دول العالم على تقرير اختصاص القضاء بالرقابة على دستورية القوانين، حتى إذا لم يمنحه الدستور هذا الحق، طالما لم يكن هناك نص دستوري مانع من تلك الرقابة، لأن هذه الأخيرة تعتبر مشكلة قانونية تتعلق بقيام نزاع بين قاعدتين

(1) نفس المرجع، ص 101.

(2) د. عبدالعظيم عبدالسلام عبدالحميد: المرجع السابق، ص 31-32.

إحداهما دستورية والأخرى واردة في تشريع عادي، قانون أو لائحة، ومن ثم يكون القضاء مختصاً بحسم تلك المشكلة دون أن يقتصر على مطابقة القرار الإداري للقانون⁽¹⁾.

إن أغلب دول العالم في قوانين محاكمها الدستورية تقصر اختصاص هذه المحاكم على مطابقة النصوص القانونية للدستور ولا تدخلها في الطعون على القرارات السياسية⁽²⁾.

المبحث الثاني- الرقابة على دستورية

القوانين في ليبيا :

لقد تأثرت الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا بعدة عوامل سياسية هامة مرت بها البلاد منذ الاستقلال وحتى صدور قانون رقم (6) لعام 1982م ثم القانون رقم (17) لسنة 1994م وحتى 17 فبراير لعام 2011م متمثلة في صدور الإعلان الدستوري الليبي في 2011/8/3م.

المطلب الأول- الرقابة قبل الإعلان الدستوري لسنة 2011م :

لتناول الرقابة في هذه المرحلة يتعين علينا التمييز بين فترة الحكم الملكي لسنة 1951 (الفقرة الأولى) وفترة الحكم الجمهوري سنة 1969م(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى - الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور سنة

1951م (الحكم الملكي).

عقب استقلال البلاد لعام 1951م لم تنشأ المحكمة العليا في ليبيا بالرغم من النص عليها في الدستور الذي أقرته الجمعية الوطنية الليبية لعام 1951م، وإنما ظهرت إلى الوجود عقب إصدار قانون المحكمة العليا الاتحادية لسنة 1953م، ومنذ ذلك التاريخ شرعت في ممارسة اختصاصاتها كمحكمة دستورية، ولقد فضل المشرع الليبي الأخذ بأسلوب الرقابة القضائية عندما عهد إلى المحكمة العليا مهمة رقابة دستورية القوانين استناداً لنص المادة رقم (153) من دستور 1951م، وترجع نشأة هذه الرقابة في ليبيا إلى أحكام هذا الدستور، وذلك

(1) د. محمد عبد الحميد أبوزيد: المرجع السابق، ص303.

(2) د. سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، القاهرة - مصر 2005م، ص505.

لعدة أسباب منها الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، والرقابة القضائية على دستورية القوانين كضمانة لحماية الحقوق والحريات العامة والرقابة المتبادلة بين السلطات العامة في الدولة.

وبهذا أصبحت المحكمة العليا تختص بالرقابة على دستورية القوانين، وهو اختصاص مانع لها، وهي أعلى جهة قضائية في ليبيا، وقد نصت المادة (143) على تحديد اختصاصات المحكمة العليا، وقد وردت نصوص واضحة وصريحة في المادتين (14-15) من قانون المحكمة العليا، حيث أعطيت للمحكمة عدة وسائل لممارسة حقها في الرقابة، إلا أن الفقه اختلف في نوع الرقابة التي تمارسها هذه المحكمة، هل هي رقابة إلغاء أم رقابة امتناع الأمر الذي حسمه الطعن الدستوري رقم 11/1 لتكون بذلك الرقابة هي رقابة إلغاء وليست رقابة امتناع. وقد تمكنت المحكمة العليا من فرض احترام القواعد الدستورية من قبل المشرع حيث قضت بإلغاء العديد من النصوص التشريعية لمخالفتها القواعد الدستورية منها قضية المجلس التشريعي الطرابلسي في الطعن الدستوري 1/1 بتاريخ جلسة 1954/4/5م، كما أكدت المحكمة في أحكامها على مبدأ المساواة وحق التقاضي.

واستمر هذا الاختصاص قائماً للمحكمة العليا حتى صدور قانون رقم (6) لسنة 1982م بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا، ويرى بعض الفقه أن المحكمة العليا من فترة 1977 إلى 1982م كانت تتحاشى الحكم بصراحة بعدم دستورية القوانين المطعون فيها أمامها، وذلك في الطعن الدستوري رقم 28/2 ق جلسة 1981/12/13م.

الفقرة الثانية - الرقابة على دستورية القوانين في ظل عام 1969م.

مع بداية عام 1969م لا زال قانون المحكمة العليا لسنة 1953م ساري المفعول، كما أن اللائحة الداخلية للمحكمة العليا استمرت قائمة وفقاً للقانون، ولقد أصدر مجلس قيادة "الثورة" سابقاً عدة قرارات منها القرار الصادر بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا، وقرار تشكيلها، وتعيين مستشارين بها، وتحديد مرتبات مستشاري المحكمة العليا، لكن اختصاص المحكمة العليا برقابة دستورية القوانين قد أثار جدلاً فقهياً بين مؤيد ومعارض:

1 - الرأي الأول: يذهب إلى أن رقابة على دستورية القوانين أو القرارات أو الأوامر الصادرة عن مجلس قيادة "الثورة" سابقاً قد أصبحت ملغاة لان المجلس هو الذي يحتكر ممارسة الوظيفة التشريعية في البلاد.

2- الرأي الثاني: يذهب إلى أن المادة (16) من قانون المحكمة العليا مازال حكمها ساري المفعول، وبموجبها تستمر المحكمة العليا في ممارسة اختصاصاتها في الرقابة على دستورية

القوانين باستثناء تداير المجلس الخاصة بحماية "الثورة" والنظام القائم عليها سواء في شكل قرارات أو قوانين أو أوامر تشريعية لا تخضع البتة للرقابة من أي جهة كانت.

ولتوضيح الفكرة أكثر سنتناول موقف المحكمة من هذه الرقابة في ظل قانون رقم (6)

لسنة 1982م والقانون رقم (17) لسنة 1994م.

1- الرقابة على دستورية القوانين في ظل قانون رقم (6) لسنة 1982م :

إن صدور هذه القانون أربك عمل المحكمة العليا بعد إلغاء الدائرة الدستورية الذي جعلها في موقف لا تحسد عليه، حيث لم ينص المشرع على الاختصاص للمحكمة العليا بالرقابة على دستورية القوانين، وذلك لعدم انسجام الرقابة مع النظام السياسي السائد في تلك من الفترة حيث نصت المواد (23-26) من هذا القانون على تحديد مانع لاختصاصات المحكمة العليا، وتجاهل هذا القانون توضيح نصوص تتعلق بالدائرة الدستورية، وهذا يعني أن الرقابة على دستورية القوانين أصبحت ملغاة بموجب نص المادة (56) من القانون المذكور، وقد انتهى مبدأ الفصل بين السلطات الذي يعتبر من أسباب وجود الرقابة الدستورية، إلا أن محكمتنا العليا أخذت بالرأي الفقهي القائل بصلاحيه المحاكم في ممارسة رقابة الامتناع لأنها لا تحتاج إلى نص صريح، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في الطعن رقم 3/3 ق.

وقد ترتبت عدة نتائج على صدور هذا القانون :

أ. صدور القانون رقم 6 لسنة 1982م أعطى للمشرع قدرة غير متناهية لإصدار قوانين

جائزة وظالمة دون أي رقيب.

ب. انتهاء مبدأ الفصل بين السلطات وراء صدور هذا القانون.

ج. إغلاق باب التقاضي وحق الدفاع للمواطنين.

د. سحب الاختصاص للمحكمة أدى إلى وجود حالة من عدم الثبات التشريعي.

هـ. تم القضاء على مبدأ تدرج القوانين.

2- الرقابة على دستورية القوانين في ظل قانون رقم (17) لسنة 1994م :

إن القانون رقم (6) لسنة 1982م وما اكتنفه من غموض وما أدى إليه من حرمان

المحكمة العليا من اختصاص أصيل برقابة دستورية القوانين، وقد أدى أيضاً إلى وجود فراغ تشريعي مع انتقادات الفقهاء لهذا القانون كلها أسباب دفعت المشرع إلى إعادة النظر في

موقفه السابق وإصدار قانون يتماشى مع ما يقتضيه المنطق القانوني السليم فأصدر قانون رقم (17) لسنة 1994م الذي رجع الاختصاص للمحكمة العليا بالرقابة على دستورية القوانين

حسب نص المادة الأولى من القانون حيث عدلت المادة (23) من القانون رقم (6) لسنة 1982م.

فالاختصاص يكون للمحكمة العليا بدوائرها المجتمعة، والنص صريح لا اجتهاد فيه فهو قد حسم الاجتهادات الفقهية، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قضائها بالطعن الإداري رقم 84 / 41 قضائية إلا أن الجدل القائم حول وجود دستور من عدمه أدى إلى تباطؤ الجمعية العمومية للمحكمة العليا في إصدار اللائحة الداخلية للمحكمة، وكذلك عدم اجتماع الدوائر مجتمعة، وذلك لكثرة عدد قضاتها حيث يصل عدد مستشاري المحكمة العليا وفقاً لتقسيم الدوائر الى ما يقارب 50 مستشاراً، وأصدر قانون رقم (8) لسنة 2004م بشأن الدوائر المجتمعة، وقد صدر قرار الجمعية العمومية 2006م بتشكيل الدوائر المجتمعة من رئيس المحكمة، أو من يقوم مقامه ، وأربعة عشر مستشاراً، وبذلك تم إعادة تشكيل الدوائر مجتمعة للمحكمة العليا، وقد قضت المحكمة بعدم دستورية المادة (6) من قانون رقم (28) لسنة 1972م بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية عن حوادث المركبات الآلية فيما يتضمنه من قصر آثار عقد التأمين في شأن السيارات الخاصة على الغير دون الركاب إخلالاً بمبدأ المساواة، وقد تأخر إصدار اللائحة الداخلية لمدة تزيد على عشر سنوات لأسباب مختلفة.

لكن إعادة الاختصاص للمحكمة العليا برقابة دستورية القوانين حسب قانون رقم (17) لسنة 1994م، هو إجراء شكلي لا يعول عليه كثيراً، وهذا يعني انعدام المرجعية الدستورية، وأيضاً عجز الجمعية العمومية للمحكمة عن إصدار لائحتها الداخلية، والتي لم تظهر للوجود إلا في سنة 2004م أي بعد (11 سنة) من صدور قانون رقم (17) لسنة 1994م.

أما النصوص الدستورية في ليبيا وبحسب المعيار الشكلي فإن نصوص الإعلان الدستوري الصادر في 11/12/1969 استمرت ولا يوجد ما يدل على إلغائها حتى صدور الإعلان الدستوري لسنة 2011، حيث إن إعلان قيام سلطة الشعب لم يبلغ بصفة نهائية ما ورد في الإعلان الدستوري سوى ما يتعلق بالسلطة التشريعية التي كانت مقررة لمجلس قيادة الثورة ونقلها للمؤتمرات الشعبية الأساسية بالإضافة إلى أن التعديل في اسم الدولة من جمهورية

إلى جماهيرية، وقد تم تنظيمها في الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير سابقاً وقانون تعزيز الحرية سابقاً⁽¹⁾.

والذي يؤيد هذا القول الطعن الدستوري رقم (2) لسنة 52 قضائية الذي استند في صحيفة دعواه إلى الإعلان الدستوري، ولم تعقب المحكمة العليا على ذلك، حيث لا تعتبر الإعلان الدستوري مُلغى بكافة نصوصه.

وبهذا النص، فإنه لا يجوز للمحاكم الأدنى النظر في الدفوع الدستورية التي تثار في الدعاوي الماثلة أمامها وأن تُعمل في شأنها رقابة الامتناع، فإذا ما قضت إحدى المحاكم الأدنى بذلك فإن الحكم يكون قابلاً للطعن فيه بالاستئناف والنقض وبذلك فقد قضت المحكمة العليا بأنه "... وإن كانت رقابة الامتناع قد أُلجأت إليها ضرورة تتمثل في سلب ولاية الرقابة على دستورية القوانين من المحكمة العليا بموجب القانون رقم (6) لسنة 1982 م بإعادة تنظيمها ولم يعد وقتئذ من سبيل أمام المحاكم للمحافظة على بناء قانوني متكامل لا يُقوض بعضه ما ينشئه البعض الآخر من مراكز قانونية للجماعة وللأفراد سوى الامتناع عن تطبيق ما يخل بهذا البناء إلا أنه بنفاذ القانون رقم (17) لسنة 1994 م يوم صدوره الواقع في: 1994/1/29 وقبل إقفال باب المرافعة الصادرة فيها الحكم المطعون فيه أعيدت للمحكمة هذه الولاية وأصبحت مختصة دون غيرها بالفصل فيما يعرض من منازعات قانونية تتعلق بالدستور عملاً بنص المادة الأولى منه المعدلة للمادة (23) للقانون رقم (6) لسنة 1982 م المشار إليه ولم يعد ثمة مبرر لإعمال رقابة الامتناع إلى جانب الرقابة المقررة للمحكمة العليا بعد زوال العلة الداعية إليها مما كان ينبغي معه على المحكمة المطعون في حكمها مراعاة ذلك في قضائها وقد عرضت لها مسألة مخالفة قرار الأمانة العامة لمؤتمر الشعب العام رقم (8) لسنة 1979 ف بتعديل قانون ضرائب الدخل رقم (64) لسنة 1973 م للقواعد الدستورية في البلاد وهي مسألة دستورية بحتة تخرج عن ولايتها وأن توقف السير في الدعوى المنظورة أمامها وتحيل تلك المسألة إلى المحكمة العليا المنعقدة بدوائرها المجتمعة وإذ لم تفعل وتصدت للفصل فيها

(1) يقول المستشار بالمحكمة العليا د. صالح البرغنى: إن الإعلان الدستوري لم يبلغ، واستناد الطعون إليه أمر مقبول، مقابلة شخصية بمقر المحكمة العليا بنغازي شهر 2007/4.

وامتنعت عن تطبيق القانون الموصوم بالمخالفة فإن قضاءها يكون مخالفاً مما يتعين نقضه... (1).

عموماً في هذه المرحلة أصبح الاختصاص برقابة دستورية القوانين يدخل في الاختصاص المانع للمحكمة العليا دون غيرها، تمارسه عن طريق دعوى أصلية، وهذه الدعوى إما أن تكون دعوى مبتدئة أو تكون بمناسبة دعوى منظورة أمام أية محكمة يثير فيها الخصوم دون القاضي الدفع بعدم الدستورية، ويعتبر الحكم الصادر بعدم الدستورية من المحكمة العليا هو حكم بإلغاء النص المخالف للدستور، وهذا ما قرره المحكمة العليا في أحكام سابقة بقولها "... ذلك أن كل تشريع يستمد قوته من مطابقته لقواعد التشريع الذي يعلوه فإن صدر مخالفاً لأحكامه عُدَّ ما ورد به من مخالفة لاغياً... (2)، وما يؤيد ذلك أيضاً نص المادة (31) من قانون المحكمة العليا رقم (6) لسنة 1982 حيث تقرر بأن " تكون المبادئ القانونية التي تقرها المحكمة العليا في أحكامها ملزمة لجميع المحاكم وكافة الجهات الأخرى في ليبيا، وكذلك تقضى المادة (20) من اللائحة الداخلية للمحكمة بوجود نشر الأحكام بعدم الدستورية في مدونة التشريعات بحيث ينقطع العذر لمن يدعى من المحاكم والجهات الجهل بها.

المطلب الثاني - الرقابة بعد الإعلان الدستوري لسنة 2011 م :

لقد جاء الإعلان الدستوري الصادر في 2011/8/3م على المجلس الوطني الانتقالي وتميز هذا الإعلان بسمات عامة منها الإيجاز والتأقيد وتنظيمه للسلطات العامة، وأكد على حق التقاضي في المادة (33) "لكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب الجهات القضائية من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا"، وكذلك على استقلال القضاء (3) كضمانة لمبدأ سيادة القانون في المواد (32-35).

وقد صدر تعديل دستوري رقم (1) بتاريخ 13 مارس 2012م بشأن تعديل بعض فقرات المادة (30) من الإعلان الدستوري.

(1) طعن إداري رقم 84 لسنة 41 قضائية، جلسة 1997/9/28، مجلة إدارة القضايا الليبية، السنة الثانية، العدد 4، لسنة 2003م، ص 165 وما بعدها.

(2) طعن جنائي رقم 45 لسنة 31 قضائية، مجلة المحكمة العليا، السنة الرابعة، العددان 2.1، ص 198.

(3) د. محمد رمضان بارة، استقلال القضاء في المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، 2014م، ص 150.

وقد أكدت المحكمة العليا بتاريخ 2012/6/14م في الطعن الدستوري ضد قانون رقم (37) لسنة 2012م بشأن تجريم (تمجيد الطاغية)، وطعن دستوري رقم (59/28ق).

صدر الإعلان الدستوري بتاريخ: 2011/08/03م وجاء في مقدمته أنه إيماناً بثورة السابع عشر من فبراير 2011...، واستناداً إلى شرعية الثورة...، واستجابة لرغبة الشعب الليبي وتطلعاته.

وجاء أيضاً: (.. وإلى أن يتم التصديق على الدستور الدائم في استفتاء شعبي عام، فقد رأى المجلس الوطني الانتقالي أن يصدر هذا الإعلان الدستوري، ليكون أساساً للحكم في المرحلة الانتقالية).

ونصت المادة 17 على: (أن المجلس الوطني الانتقالي المؤقت هو أعلى سلطة في الدولة الليبية. ويباشر أعمال السيادة العليا. بما في ذلك التشريع ووضع السياسة العامة للدولة، وهو (.. الممثل الشرعي الوحيد للعشب الليبي ويستمد شرعيته من ثورة السابع عشر من فبراير ونصت المادة 35 على: (... يستمر العمل بجميع الأحكام المقررة في التشريعات القائمة، .. فيما لا يتعارض مع هذا الإعلان إلى أن يصدر ما يعدلها أو يلغيها).

ونصت المادة (36) على: (لا يجوز إلغاء أو تعديل أي حكم وارد بهذه الوثيقة إلا بحكم آخر صادر عن المجلس الوطني الانتقالي المؤقت وبأغلبية ثلثي أعضاء المجلس).

كل هذه النصوص الواردة في الإعلان تؤكد أنه هو القانون الأعلى في الدولة، وهو المرجعية الدستورية في قضايا الطعن بعدم دستورية القوانين، وان المجلس الوطني الانتقالي يملك أن يجري التعديلات اللازمة، وأن كل القوانين بما فيها قانون المحكمة العليا نافذة "فيما لا يتعارض مع أحكام هذا الإعلان".

صدر التعديل الدستوري رقم (1) بتاريخ 13 مارس 2012 وذلك بشأن تعديل بعض فقرات المادة.

وجاء في التعديل:

بند (5): (يحل المجلس الوطني الانتقالي المؤقت في أول انعقاد للمؤتمر، وتؤول كافة اختصاصاته للمؤتمر الوطني العام...، وفي كل الاحوال تتخذ جميع قرارات المؤتمر الوطني العام بأغلبية ثلثي الأعضاء)

بند(6) يقوم المؤتمر الوطني العام في مدة لا تتجاوز 30 من أول اجتماع له بالآتي :

1- تعيين رئيس للوزراء.

2- اختيار هيئة تأسيسية من غير أعضائه لصياغة مشروع دستور للبلاد تسمى الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور تتكون من ستين عضواً على غرار لجنة الستين التي شكلت لإعداد دستور استقلال ليبيا عام 1951م، وفي كل الأحوال تصدر قرارات الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور بأغلبية ثلثي الأعضاء (زائد واحد) على أن تنتهي من صياغة مشروع الدستور واعتماد هذا المشروع في مدة لا تتجاوز مائة وعشرين يوماً من انعقاد اجتماعها الأول".

صدر التعديل الدستوري رقم (3) بتاريخ 5 يوليو 2012 وذلك بشأن فقرة (2) في بند(6) وذلك كالآتي :

المادة (1) :

تعديل الفقرة 2 من البند 6 من التعديل الدستوري رقم (1) لسنة 202 المشار إليه بحيث يجري نصها على النحو الآتي :

انتخاب هيئة تأسيسية بطريق الاقتراح الحر المباشر من غير أعضائه لصياغة مشروع دستور دائم للبلاد تسمى الهيئة التأسيسية من ستين عضواً على غرار لجنة الستين التي شكلت لإعداد دستور استقلال ليبيا عام 1951م، ويتولى المؤتمر الوطني العام تحديد معايير وضوابط انتخابها يراعى فيها وجوب تمثيل مكونات المجتمع الليبي ذات الخصوصية الثقافية واللغوية.

وفي جميع الأحوال تصدر قرارات الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور بأغلبية ثلثي الأعضاء (زائد واحد)، على أن تنتهي من صياغة الدستور واعتماد هذا المشروع في مدة لا تتجاوز مائة وعشرين يوماً من انعقاد اجتماعها الأول".

من أحكام المحكمة العليا (بشأن الدستورية) بعد ثورة 17 فبراير، واستناداً على الإعلان الدستوري :

حكمها بتاريخ 14 يونيو 2012 في الطعن الدستوري ضد القانون رقم 37 لسنة (2012) بشأن تجريم تمجيد الطاغية الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي بتاريخ 2 مايو 2012م)، حيث قضت بعدم دستوريته، وكذلك حكمها في الطعن الدستوري رقم 59/3 ق بتعديل القانون رقم 10 لسنة/2 1984 بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارهما والصادر بتاريخ 2013/2/5 وقضت المحكمة بالآتي : " ... بعدم دستورية نص المادة الثالثة عشر من القانون رقم 10/1984 بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارهما المستبدل بها نص المادة الأولى من

القانون رقم 9/1994 والزام المطعون ضدها الثالثة المصاريف المناسبة وينشر في الجريدة الرسمية".

وحكمها أيضاً بتاريخ 26-2-2013م، في الطعن الدستوري رقم 28 لسنة 59/3 بعدم دستورية التعديل الدستوري رقم (3) لسنة 2012 للفقرة (2) من البند (6) من الإعلان الدستوري هذا التعديل الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي المؤقت بتاريخ 5-7-2012م.

لكن مما يؤخذ على هذا الطعن انطلاقاً من مجموعة مرتكزات أهمها :

أولاً : لقد جاء نص المادة (17) من الإعلان الدستوري واضح لا لبس فيه، حيث أن "المجلس الوطني الانتقالي المؤقت هو أعلى سلطة في الدولة الليبية، ويباشر أعمال السيادة العليا، بما في ذلك التشريع ووضع السياسة العامة للدولة، وهو الممثل الشرعي الوحيد للشعب الليبي، يستمد شرعيته من ثورة السابع عشر من فبراير" وهو ما نص عليه النظام الداخلي للمؤتمر في هذه المادة، ووفقاً لذلك فإنه من بين الأعمال السيادية إصدار الإعلان الدستوري والتعديلات الدستورية.

ثانياً : سبق للقانون رقم (6) لسنة 1982 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا أن حدد اختصاصاتها في الرقابة على دستورية القوانين في المادة الثالثة والعشرون " تختص المحكمة العليا دون غيرها منعقدة بدوائرها المجتمعة برئاسة رئيسها أو من يقوم مقامه بالفصل في المسائل الآتية :

1. الطعون التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية مباشرة في أي تشريع يكون مخالفاً للدستور.
2. أية مسألة قانونية جوهرية تتعلق بالدستور أو بتفسيره تثار في قضية منظورة اما أي محكمة".

وجاء نص المادة(26) كالتالي " لا تختص المحكمة العليا بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة" كما نص القانون رقم (88) لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري على المادة(6) " لا تختص دائرة القضاء الإداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة ولا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية مباشرة. إذاً عدم اختصاص المحكمة بالنظر في طلبات أعمال السيادة.

ثالثاً: إن الاختصاص الدستوري للمحكمة العليا غير منصوص عليه في الإعلان

الدستوري.

مما سبق يلاحظ على الحكم أنه صدر ضد قرار لا يرتقي إلى مرتبة التشريع بل هو قرار سيادي، ولعل أغلب دول العالم في قوانين محاكمها الدستورية تقتصر اختصاص هذه المحاكم على مطابقة النصوص القانونية للدستور ولا تدخلها في الطعون على القرارات السياسية، حيث المحكمة العليا اعتبرت الدفع بدستورية قرار (38) هو دفع غير سديد استناداً إلى نص المادة (23) المشار إليها، لكنها في الحقيقة لجوهر الدفع وهو كون ذلك القرار ليس تشريعياً كما اشترطه النص.

إن حكم المحكمة تعامل مع القرار المطعون فيه بأنه تشريع ثم ذكر عن هذا القرار مخالف لنظام الداخلي وهو " تشريع " أيضاً فنكون في ذلك أمام تشريعين من نفس الدرجة وإن معارضة القانون لقانون آخر لا تدخل ضمن ما ينطبق عليه وصف الفقرة الأولى من المادة (23) من قانون المحكمة العليا، علاوة على تأسيسها فهذا فيه خروج عن اختصاصها الولائي المعقود لها خاصة، وإنما جنحت في حكمها إلى البحث في الوقائع والمحكمة هي محكمة قانون.

خاتمة القول إن المحكمة العليا في هذا القرار جانبت الصواب في الوقت الذي نحترم سلطان القضاء وحجية الأحكام في الأمر المقضي فيه.

الخاتمة

من خلال هذه الورقة تم التوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات :

أولاً - النتائج :

- 1- سحب الاختصاص للرقابة على دستورية القوانين من المحكمة العليا لمدة طويلة كان له الأثر السيئ على القضاء الدستوري مما أدى إلى صدور سيل من التشريعات في تلك الفترة انتهكت فيها حقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية.
- 2- إعادة الاختصاص للمحكمة العليا بموجب قانون رقم (17) لسنة 1994م كان شكلياً وتأخر المحكمة في إصدار اللائحة أدى إلى عدم فاعلية الجهاز القضائي بالمحكمة.
- 3- غياب الدستور بالمعنى الشكلي أدى إلى وقوع جدل فقهي وقضائي على الدستور بالمعنى الموضوعي.
- 4- تعرض حق اللجوء إلى القضاء للاعتداء عليه من قبل السلطتين التشريعية والتنفيذية، وذلك بتحسين بعض القرارات والقوانين من الطعن أمام القضاء.

5- عدم الاختصاص الدستوري للمحكمة العليا الليبية وهذا يعنى الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني.

ثانياً - التوصيات:

1- النص على الاختصاص الدستوري للمحكمة العليا الليبية في الدستور الليبي المرتقب.

2- إنشاء محكمة دستورية مستقلة في ليبيا تنظر في الطعون الدستورية.

3- إعداد أطرو قضاية كفؤة للعمل في المحكمة الدستورية الليبية.

قائمة المراجع

أولاً : الكتب المتخصصة

- 1- د. جابر جاد نصار، القانون الدستوري والنظم السياسية، مصر 2007م.
- 2- د. يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
- 3- د. عبدالعظيم عبدالسلام عبدالحميد: الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، مطبعة حمادة الحديثة، القاهرة، 1989م.
- 4- نبيلة عبدالحليم كامل: الرقابة القضائية على دستورية القوانين (القضاء الدستوري)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م.
- 5- د. عبدالعزيز محمد سلمان: رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، 1995م.
- 6- د. طعيمة الجرف: النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 2001م.
- 7- د. علي السيد الباز: الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1978م.
- 8- د. سليمان محمد الطماوى: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988م.

9- د. السيد صبري "مبادئ القانون الدستوري" دار النهضة العربية، المطبعة العالمية، الطبعة الرابعة، جامعة القاهرة، 1949م.

10- أ. جريح خليل: الرقابة القضائية على أعمال التشريع، قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية، 1971م.

11- د. فؤاد العطار: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1992م.

12- د. محمد عبدالحميد أبوزيد، القضاء الدستوري شرعاً ووضعاً، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.

13- د. محمد رمضان بارة، استقلال القضاء في المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، طرابلس، 2014م.

14- د. سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف الإسكندرية، 2005م.

ثانياً : الطعون :

1- طعن إداري رقم 84 لسنة 41 قضائية، جلسة 1997/9/28م، مجلة ادارة القضايا الليبية، السنة 2، العدد 4، لسنة 2003م.

2- طعن جنائي رقم 45 لسنة 31 قضائية، مجلة المحكمة العليا، السنة 4، العددان 2.1 198م.

3- طعن دستوري رقم (28/59ق).

المقاصة القانونية أداة لإنقضاء الإلتزام

(دراسة تحليلية في ضوء نصوص القانون المدني الليبي)

إعداد الأستاذة: خديجة الهادي محمد قدح

عضو هيئة تدريس بكلية القانون جامعة مصراتة

مقدمة:

إن الحق الشخصي أي الإلتزام مصيره حتما إلى الزوال بخلاف الحق العيني الذي يستمر ويرتبط بالحق الشخصي، فلا يجوز أن يبقى المدين ملتزما للدائن إلى الأبد، فذلك يتعارض مع الحرية الشخصية والأصل في الإنسان براءة الذمة، وشغلها بالإلتزام أمر عارض، ومن المعلوم أن العرضي لا يدوم.

وأسباب انقضاء الإلتزام كما في نصوص القانون المدني تكمن في ثمانية أسباب هي الوفاء، بمقابل التجديد، الإنابة في الوفاء، المقاصة، اتحاد الذمة، الإبراء، استحالة التنفيذ، التقادم. وتنقسم هذه الأسباب إلى ثلاثة أقسام الأول منها يتضمن انقضاء الإلتزام بتنفيذه عينا، وهو لا يشمل إلا نوعا واحدا وهو الوفاء، والقسم الثاني يتضمن انقضاء الإلتزام بما يقابل الوفاء ويشمل الوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة، أما القسم الثالث فيتضمن انقضاء الإلتزام دون تنفيذه عينا أو بمقابل ويشمل الإبراء، استحالة التنفيذ، التقادم.

ونظرا لطبيعة المقاصة وشيوع المعاملة بها في المجتمع اخترتها لتكون موضوعا للدراسة في هذه الورقة البحثية المتواضعة فهي أداة وفاء حيث تقضي دينين في وقت واحد دون أن يدفع أي مدين من المدينين لدائنه شيئا، إلا من كان دينه أكبر فيدفع لدائنه ما يزيد في دينه عن الدين الآخر، وبما يقتصد المدين في نفقات الوفاء ولا يخاطر بإخراج النقود أو غيرها من المثليات وارسالها للدائن.

وهي أداة ضمان حيث بها يستوفي الدائن حقه من المدين متقدماً بما عن غيره من الدائنين وإن كان دائناً عادياً، وتكون بذلك قد قدمت تأميناً للدائن⁽¹⁾. هذا عن طبيعة المقاصة.

أما عن شيوع المعاملة بها فقد احتلت المقاصة مكانة كبيرة في المعاملات التجارية حيث الحاجة فيها إلى السرعة واختصار الاجراءات ولا أدل على ذلك مما يقوم عليه الحساب الجاري حيث يقوم على أساسين هما المقاصة والتجديد وهو من دعائم التجارة الأساسية حيث تقع المقاصة أولاً بين الحساب الدائن والحساب المدين فينجم عن المقاصة رصيد وهو ما يقع بشأن التجديد وما عرف المقاصة إلا وسيلة لإجراء المقاصة بين ما للمصارف وما عليها ويتم عن طريقها الاستغناء عن نقل العملة بين المصارف وما يحف به من مخاطر.

وتنقسم المقاصة إلى ثلاثة أنواع، المقاصة القانونية والمقاصة الاختيارية، والمقاصة القضائية⁽²⁾، وقد عنى المشرع الليبي بالمقاصة حيث حظيت باهتمامه ونظمها في المواد من 349 إلى 356 من القانون المدني ولم يعر الأنواع الأخرى أي اهتمام حيث إنها لم تحظ منه بأي تنظيم، ولذا فإن موضوع ورقتي البحثية هذه سيكون منصبا على المقاصة القانونية التي عني بها المشرع ونظم احكامها.

وقد جاء في معنى المقاصة في معاجم اللغة:-

1 - (قاصسته مقاصة) و(وقصاصاً) من باب قاتل: إن كان لك عليه دين مثل ماله عليك فجعلت الدين في مقابلة الدين مأخوذة من اقتصاص الأثر ثم غلب استعمال (القصاص) في قتل القاتل⁽³⁾.

2 - تقاص القوم، قاص كل واحد منهم صاحبه في حساب غيره⁽¹⁾.

(1) في هذا المعنى، د. نبيل ابراهيم سعد، د. محمد حسين بنصر، أحكام الإلتزام، دار المعرفة الجامعية الاسكندرية، 1992م، ص324.

(1) لمزيد من المعرفة ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام (الأوصاف، الحوالة، الإنقضاء) مكتبة النهضة العربية 1988م، ص933 وما بعدها.

(2) أحمد بن على المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ج2 كتاب القاف (القاف مع الصاد وما يثلثهما) مطبعة مصطفى البالي الحلبي وأولاده، ص164.

أما المقاصدة عند القانونيين فهي انقضاء التزمين على شخصين نتيجة لكون كل منهما دائناً ومديناً للآخر في نفس الوقت⁽²⁾.

وسأحاول في هذه الورقة تسليط الضوء على التنظيم القانوني الذي تناوله المشرع للمقاصدة القانونية باعتبارها أداة مهمة لانقضاء الإلتزام بمقابل من خلال تحليل النصوص القانونية المنظمة لها وما سطر في كتب الفقه بشأن هذه الأحكام وسيكون منهجنا العلمي في ذلك المنهج العلمي التحليلي حيث سنتناول شروط المقاصدة القانونية وآثارها من خلال الخطة البحثية التالية.

المطلب الأول شروط المقاصدة القانونية.

المطلب الثاني آثار المقاصدة القانونية.

المطلب الأول: شروط المقاصدة.

وباعتبار أنها أي (المقاصدة القانونية) وسيلة وفاء اجباري حيث تكون بقوة القانون ولها عدة شروط تدور حول فكرة واحدة وهي أن المقاصدة وفاء للدين بالحق يتم بقوة القانون حيث تنص المادة(349) من القانون المدني (1). للمدين حق المقاصدة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين، إذا كان موضوع كل منهما حالياً من النزاع مستحق الأداء، صالحاً للمطالبة به قضاءً). وأضافت المادة 352\1 من القانون نفسه شرطاً آخر يتمثل في ضرورة أن يتمسك بالمقاصدة صاحب المصلحة فيها فلا يحكم بها القاضي من تلقاء نفسه. ومن هذا النص يتضح أن للمقاصدة القانونية شروطاً متى توافرت وفتت بقوة القانون وتمثل هذه الشروط في: التقابل بين الدينين، التماثل في المحل بين

=

(3) الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب 1983-1984، باب القاف ص503، محمد بن إبي بكر بن عبد القادر الرازي، ترتيب محمد خاطر بك، دار القرآن الكريم ودار الفكر، 1392هـ\ 1972م باب القاف، ص538.

(1) محمد بن عبد القادر محمد، النظرية العامة للإلتزام ج2 أحكام الإلتزام، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية 2000م، ص466.

الدينين، صلاحيتها للمطالبة بما قضاء، واستحقاق الدينين للأداء، وخلو الدينين من النزاع، وقابلية كل من الدينين للحجز⁽¹⁾، والتمسك بها من صاحب المصلحة في وقوعها⁽²⁾.

التقابل بين الدينين، ويقصد بذلك أن يكون كل من الطرفين دائناً ومديناً للآخر في نفس الوقت وبنفس الصفة وعلى ذلك تتمتع المقاصدة إذا أصبح المدين لدائنه بعد إعلانه بحوالة الحق كما أن المقاصدة لا تقع إذا كان أحد الطرفين مديناً بصفته الشخصية ودائناً بصفته وصياً على قاصر أو وكيلاً أو مديراً لشركة.

التماثل في المحل بين الدينين ويقصد به أن يكون موضوع كل من الدينين نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجوذة ولذلك لا تتصور المقاصدة بالنسبة للالتزامات بعمل أو امتناع عن عمل. صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء، ويقصد به أن يكون كل من الدينين من الممكن رفع الدعوى به لقهر وجبر المدين على الوفاء به لأن المقاصدة وفاء جبري وعلى ذلك لا تقع المقاصدة إذا كان أحد الالتزامات التزاماً طبيعياً والآخر مدنياً.

استحقاق الدينين للأداء، يجب أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء وذلك لأن المقاصدة وفاء جبري ولا يجوز جبر المدين، على الوفاء إذا أجل الاستحقاق لذلك لا تقع المقاصدة بين دين مضاف إلى أجل ودين حال، ولا بين دينين مؤجلين إلا إذا حل الأجل أو سقط لسبب من أسباب السقوط، أما إذا كان الأجل قضائياً (مهلة منحها القاضي - نظرة الميسرة- أو تبرع بها الدائن) فإنه لا يمنع حق المقاصدة، ويرجع السبب في ذلك إلى أن الدين كان في الأصل مستحق الأداء وقد أمهل المدين؛ لأنه غير قادر على الوفاء فإذا تبين أنه قادر على الوفاء عن طريق المقاصدة؛ لأنه أصبح دائناً لدائنه وقعت المقاصدة قبل انقضاء الأجل حيث لا مبرر لحرمان الدائن من أن يستوفي حقه عن طريق التمسك بالمقاصدة.

خلو الدينين من النزاع، ويقصد بذلك أن يكون كل منهما محقق الوجود لا شك في ثبوته ومحدد في مقداره ويشترط أن يكون هذا النزاع جدياً حتى ينتفي هذا الشرط⁽¹⁾. الشرط

(1) د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج3، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، القاهرة 1958م، ص800. وكذلك د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام ج2 أحكام الإلتزام، دار المعرفة الجامعية - الاسكندرية، 1992، ص325.

(2) أ.د. محمد على البدرى الأزهرى، النظرية العامة للالتزام ج2 أحكام الالتزام ط2، 2010م، ص231. وكذلك، أ.د. مصطفى مصباح شليبيك، الإلتزامات في التشريع الليبي (أحكام الإلتزام)، ط1، 2010م، ص372 وما بعدها.

ما قبل الأخير وهو قابلية كل من الدينين للحجز فلا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين (الحقين) لا يجوز الحجز عليه، المادة 3/351 من القانون المدني، لأن دين كل من الطرفين يستوفي قهراً من الحق الثابت له⁽²⁾. وأخيراً يجب لوقوع المقاصة بقوة القانون تمسك من له مصلحة في وقوعها فلا يجوز للقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه ولو توافرت جميع الشروط السابقة فإذا تم التمسك بالمقاصة وتوافرت جميع الشروط السابقة، وقعت المقاصة بقوة القانون ومن التاريخ الذي توافرت فيه هذه الشروط.

ولكن من الذي له حق التمسك بالمقاصة؟ وكيف يتم التمسك بها؟

التمسك بالمقاصة يكون من كل من له مصلحة في التمسك بها كالمدين في كل من الدينين المتقابلين، والكفيل إذا ما طالب الدائن بالوفاء بدين المدين، والمدين المتضامن، وحائز العقار المرهون. أما كيف يتم التمسك بها فيكون في صورة دفع أثناء سير دعوى المطالبة بسداد الدين أو عن طريق دعوى مبتدئة يرفعها صاحب الشأن يطالب فيها بتقرير المقاصة بين دينه وحقه لدى المدين ويكون التمسك بها في أي مرحلة كانت عليها الدعوة بل ويجوز التمسك بها عند الشروع في تنفيذ الحكم ما لم يتضح من واقع الحال أن سكوت صاحب الشأن عن التمسك بها يعني نزله عنها.

ويذهب جانب من الفقه إلى أن الدفع بالمقاصة من الدفوع الموضوعية التي لا يجوز ابدؤها أمام محكمة النقض⁽³⁾.

هذه هي الشروط التي يجب توافرها لوقوع المقاصة ولا يشترط بعد ذلك أي شرط آخر مثل أهلية الوفاء لأن المقاصة وفاء قهري وليس اختياريًا. ولا يشترط أن يكون الدينان قد نشأ من مصدر واحد، أو يكون بينهما ارتباط كما هو الحال في الحق في الحبس⁽⁴⁾، كما لا

=

(1) بينت المادة 458 من القانون المدني حالتين يكون فيهما الدين محل نزاع هما إذا كان هناك دعوى مرفوعة، وإذا قام بشأنه نزاع جدي.

(2) تنص المادة 351 على أنه (لا تقع المقاصة في الديون أيا كان مصدرها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية: إذا كان أحد الدينين حقا غير قابل للحجز.

(1) د. أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 195.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 326. وكذلك أ.د. فتحي عبد الرحيم، أ.د. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، شرح النظرية العامة للالتزام، ج2 (الآثار، الأوصاف، الانتقال، الانقضاء، الإثبات)، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001، ص 280 وما بعدها.

يشترط اتحاد مكان الوفاء إلا أنه يتعين على من يتمسك بالمقاصة رغم اختلاف مكان الوفاء في الدينين أن يعرض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ماله من حق أو الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي عين لذلك.

لكن هل يمكن أن تتم المقاصة القانونية إذا ما توافرت شروطها في جميع الديون أيا كان مصدرها؟ هذا ما أحاول بيانه فيما يلي، حيث يمكن القول بأن هناك حالات مستثناة من المقاصة ولو توافرت شروطها وقد بينت ذلك المادة 351 من القانون المدني ذلك حيث نصت على (تقع المقاصة في الدينين أيا كان مصدرها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية:-
 أ) إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوباً رده.
 ب) إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال وكان مطلوباً رده.
 ج) إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز.

أولاً: إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوباً رده، وليس هذا إلا تطبيقاً لقاعدة حظر انتصاف الشخص لنفسه ولولا هذا الحظر لجاز اقتضاء الحقوق بالقوة ولا حاجة إلى القضاء وتغليب حكم القانون، لذا فإنه إذا كان أحد الدينين قد نزع غصباً أو بطريق الغش أو الاحتيال وكان مطلوباً رده لا تجوز فيه المقاصة.
 ثانياً: إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال وكان مطلوباً رده، والعلة في تقرير هذا الاستثناء أن مناط الوديعة أو العارية هي الثقة التي للمودع أو المعير في شخص المودع لديه أو المستعير، وهذه الثقة تستوجب رد الشيء المودع أو المعار لو كان حافظ الوديعة المستعير دائماً بمثل ما أوّمن عليه. لما لهذا الائتمان الخاص من اعتبار في هذين النوعين من العقود⁽¹⁾.

ثالثاً: الحقوق غير القابلة للحجز، ولأن المقاصة وفاء إجباري ولا يجوز قهر المدين على وفاء دين لا يجوز الحجز عليه، وعلى ذلك لا تقع المقاصة بين دين النفقة وحق للمدين في ذمة دائنة بالنفقة، وكذلك لا تقع المقاصة في أجر العامل بالقدر غير القابل للحجز ودين مقابل مستحق لصاحب العمل على العامل. وفي كل الأحوال يجوز أن تمنع المقاصة بالتنازل عنها بعد ثبوت الحق فيها لأنها ليست من النظام العام⁽²⁾، وذلك إعمالاً لنص المادة 352\1

(1) د. أنور سلطان، أحكام الإلتزام، مرجع سابق، ص 428.

(2) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الدار الجامعية 1998م، ص 196.

من القانون المدني حيث نصت على أنه (... لا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها) وبمفهوم المخالفة يتضح أنه يجوز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها. ويكون النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها وذلك حماية للدائنين من عسف المدينين من جهة وحتى لا يكون الاتفاق على النزول عنها شرطاً مألوفاً. وسكوت المدين عن التمسك بالمقاصة لا يعني نزوله عنها.

المطلب الثاني: آثار المقاصة القانونية.

كما ذكرت آنفاً تقع المقاصة القانونية إذا تكاملت شروطها من تاريخ تلاقي الدينين الصالحين للمقاصة وليس من تاريخ التمسك، ويترتب على وقوعها آثاراً بالنسبة لأطرافها وبالنسبة للغير. فما هي هذه الآثار؟

لقد حددت هذه الآثار المواد 2\352، 2\345 من القانون المدني⁽¹⁾، وهذا ما أحاول بيانه في الفقرات التالية.

أولاً: - آثار المقاصة القانونية بين أطرافها.

وتتمثل آثار المقاصة القانونية بين أطرافها في أنه ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما، ويكون هذا الانقضاء من الوقت الذي يصبح فيه الدينان صالحين للمقاصة.

1 - انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما: -

كما اتضح مما سبق بأن المقاصة تتضمن معنى الوفاء ولذلك فإن أثرها المباشر هو انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، وهذا يعني أن كلا من الطرفين يوفي دينه بحقه، وإذا اختلف مقدار الدينين فإن انقضاءهما بقدر الأقل منهما يعني أن الدين الأكثر قد وفي به وفاء جزئياً، وهذه هي إحدى الحالات الاستثنائية التي يصح فيها الوفاء الجزئي بنص القانون دون حاجة إلى رضا الدائن⁽²⁾.

(1) نصت المادة 2\352 من القانون المدني على أنه (ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة، ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء)، ونصت المادة 2\354 على أنه (فإذا أوقع الغير حجراً تحت يد المدين، ثم أصبح دائماً لدائنه، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز).

(2) د. عدنان طه الدوري، أحكام الإلتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1995، ص 205 وما بعدها.

2 - انقضاء الدينين من الوقت الذي يصبح فيه صالحين للمقاصة:-

فإذا كانت القاعدة أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها فهذا لا يمنع من أنها تقع بحكم القانون بمعنى أنه متى تم التمسك بالمقاصة وجب على القاضي الحكم بها ما دامت شروطها قد توافرت. ويترتب عليها انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذي توافرت فيه هذه الشروط أو بعبارة أخرى منذ الوقت الذي يصبحان في صالحين للمقاصة، وحكم القاضي في هذه الحالة مقرر للمقاصة التي وقعت من قبل ، ويترتب على هذا الأثر النتائج التالية:

- 1 - إذا كان أحد الدينين يغل فائدة فلا تحتسب هذه الفائدة عن المدة ما بين توافر شروط المقاصة ووقت التمسك بها، لأن هذا الدين قد انقضى من وقت الصلاحية للمقاصة.
- 2 - لما كانت المقاصة تقع وقت تلاقي الدينين فهي ترتب أثرها ما دام الدين الذي توافرت فيه صلاحية القصاص لم ينقض بالتقادم في هذا الوقت ولو تم اكتمال مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة، أي أنه إذا كان أحد الدينين قد اكتملت بالنسبة إليه مدة التقادم المسقط وقت التمسك بالمقاصة، فهذا التقادم لا يحول دون التمسك بالمقاصة إذا كانت مدته لم تكتمل بعد وقت توافر شروطها، لأن العبرة في وقوع المقاصة هي بوقت تلاقي الدينين لا بوقت التمسك بها، ولا يقدر في هذا الحكم أن يكون صاحب المصلحة في المقاصة لم يلجأ إلى الدفع بها إلا بعد أن قاضاه الطرف الآخر.

ثانياً:- آثار المقاصة القانونية بالنسبة للغير.

تتمثل آثار المقاصة القانونية بالنسبة للغير فيما يلي:

- 1 - امتناع وقوع المقاصة إضراراً بالغير، وذلك من المبادئ الهامة التي تحكم آثار المقاصة بالنسبة للغير وقد طبق المشرع هذا المبدأ بالنسبة للحجز الموقع من الغير وبالنسبة لحوالة الحق بعد قبول المدين وأخيراً النزول عن المقاصة وبالتالي:

أ- إذا وقع الغير حجزاً تحت يد المدين ثم أصبح المدين دائناً لدائنه فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز ولا ينبغي لهذا المدين إلا أن يحجز تحت يد نفسه فيتيسر له بذلك أن يشترك مع الحاجز الأول في اقتسام الدين المحجوز عند التوزيع⁽¹⁾.

وهذا يعني أن الدين المحجوز هنا شأنه شأن الدين الغير القابل للحجز، يشترط في هذه الحالة أن يترتب الدين في ذمة الدائن (دين للمدين في ذمة دائنة) بعد الحجز، بل تمتنع المقاصة ولو كان الدين قد نشأ من قبل ما دامت شروطها لم تتوافر عند توقيعه.

ب - قبول الحوالة دون تحفظ⁽²⁾، إذا توافرت شروط المقاصة القانونية بين دينين وقام أحد الدائنين بالرغم من ذلك بحوالة حقه إلى شخص آخر وقبل المدين هذه الحوالة دون تحفظ امتنع عليه أن يوفي لهذا الأخير بالحق المحال به ثم الرجوع على المحيل بماله من حق قبله، لكن إذا كان نفاذ الحوالة قد تم عن طريق إعلانه بها لا قبله لها فإن هذه الحوالة لا تمنعه من أن يتمسك بالمقاصة حيث قررت ذلك المادة (355) من القانون المدني⁽³⁾.

ويذهب جانب من الفقه إلى تبرير ذلك بأن أساسه فكرة التنازل عن المقاصة باعتبار أن المحال عليه وقد قبل الحوالة دون تحفظ يعتبر متنازلاً عن التمسك بالمقاصة بالرغم من توافر شروطها. ويرى البعض الآخر وهو الرأي الراجح، أن سند هذا الحكم هو أنه لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير بدليل أن المحال عليه يمتنع عليه التمسك بالمقاصة إذا قبل الحوالة دون تحفظ ولو كان يجهل وقت ثبوتها توافر شروطها، مما ينفي التفسير الأول الذي يستند إلى فكرة التنازل، لأن التنازل يفترض العلم بثبوت الحق ثم النزول عنه، فإذا يمتنع التمسك بالمقاصة على المدين إذا قبل الحوالة دون تحفظ⁽⁴⁾.

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1992، ص328. وكذلك، د. هيثم حامد المصاروة، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون الليبي، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية، 2006، ص94 وما بعدها.

(2) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص198.

(3) تنص المادة 355 من القانون المدني على أنه (1- إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل. 2- أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة.)

(1) د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص340.

2- الوفاء بعد ثبوت الحق في المقاصة، إذا وفي المدين دينا كان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له، فلا يجوز أن يتمسك اضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق وفقاً لنص المادة (356) من القانون المدني⁽¹⁾.

وعلى ذلك إذا كان المدين الموفي يعلم وقت الوفاء أن له حقاً قبل دائئه ووفى بدينه رغم ذلك، فليس له بعد ذلك أن يتمسك بالمقاصة إذ يعتبر قد تنازل عنها وبالتالي ليس له الرجوع على الكفيل أو المدين المتضامن أو حائز العقار المرهون وليس له أن يتمسك بالرهن إضراراً بالدائنين التاليين له في المرتبة، كل هذا بشرط أن يكون المدين الموفي عالماً وقت الوفاء بما له من حق في ذمة الدائن تجوز المقاصة فيه، فإذا تم الوفاء جهلاً منه بوجود هذا الحق فلا يجرم من الاستفادة من التأمينات التي تكفل حقه ولو كان في ذلك إضراراً بالغير لانتفاء سوء النية من جانبه⁽²⁾.

وأخير يجب الإشارة إلى امتناع وقوع المقاصة في حالة إفلاس أحد الطرفين أي الدائن والمدين، إذا كان لا يلزم أن يكون هناك ارتباط بين الدينين المتقابلين، أي لا يشترط أن ينشأ الدينان من نفس الرابطة القانونية كأن يكون مصدرهما نفس العقد الملزم للجانبين بل إن اختلاف مصري الدينين لا يحول دون وقوع المقاصة، وتبرر هذه القاعدة بصفة عامة بفكرة المساواة بين الدائنين التي تهيمن على هذا الموضوع وذلك على أساس أن المقاصة تسمح بخرق هذه القاعدة فمن الملاحظ أن ذمة المدين تتحدد بيوم صدور حكم بافتتاح إجراءات التصفية و بالتالي ينبغي ألا تعدل المقاصة من محتواها⁽³⁾، وعلى ذلك فإن الشخص الذي يعتبر دائناً ومديناً لأحد التجار في حالة إفلاس ينبغي عليه أن يدفع بالكامل ما هو مستحق عليه بينما لا يدفع له إلا جزءاً من حقه لأنه سيخضع عندئذ لقسمة الغرماء ويرد على هذه استثناءان:- الأول متعلق بفترة الريبة وهي التي تبدأ من وقت التوقف عن الدفع إلى يوم صدور الحكم المعلن لحالة الإفلاس إذ في هذه الحالة تظل المقاصة القانونية ممكنة أثناء فترة الريبة فيما عدا حالة الغش. أما الاستثناء الثاني فهو متعلق بالديون المرتبطة والحساب الجاري،

(2) تنص المادة (356) من القانون المدني على أنه (إذا وفي المدين دينا وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق).

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، ج2، مرجع سابق، ص329.

(1) د. محمد حسين منصور، د. نبيل إبراهيم سعد، أحكام الإلتزام، دار المعرفة الجامعية، 1992، ص30 وما بعدها.

بالنسبة للديون المرتبطة نجد أنه بالرغم من التسوية القضائية أو التصفية لأموال المدين فإن المقاصة تظل ممكنة بين هذه الديون، فالديون المرتبطة هي الديون التي تنشأ عن نفس الرابطة القانونية كحساب أو من نفس العقد كالعقد الملزم للجانبين، أو حتى من عقدين مختلفين ولكن توجد بينهما رابطة قوية، وتظهر أهمية هذه القاعدة بصفة خاصة بالنسبة للمقاصة القضائية. أما بالنسبة للحساب الجاري فقد تم إستثناؤه لأنه يتحقق فيه نوع من الاندماج بين الديون والحقوق للأطراف في رصيد نهائي هو الذي يؤخذ في الاعتبار⁽¹⁾.

الخاتمة

وفي نهاية هذا البحث عن المقاصة القانونية كأحد أسباب انقضاء الإلتزام بما يعادل الوفاء، برز لدينا واضحا مدى أهمية المقاصة حيث إنها تعطي مركزا ممتازا للدائن وتبعده عن مزاحمة باقي الدائنين، وهذه الأهمية لمسها المشرع فأفرد لتنظيم المقاصة القانونية المواد من 349 وحتى 356 من القانون المدني، وهذا إن دل على شئ فهو دليل على الأهمية الكبيرة والدور الذي تقوم به هذه الوسيلة في الحياة العلمية المدنية والتجارية.

وقد حاولت تسليط الضوء على شروط المقاصة القانونية وآثارها بشئ من التحليل العلمي لنصوص القانون والتفصيل الهادف إلى بيان مدى أهمية هذا الطريق من طرق انقضاء الإلتزام وأوضحته من خلال هذا البحث المدى الذي وصل إليه المشرع في تنظيم أحكام المقاصة القانونية بوصفها تتضمن معنى الوفاء الإجباري حيث جعل المشرع للأشخاص خصم ديونهم بالإجبار ورغم عن دائنيهم ولو كانوا غير راضين تماما عن ذلك متى توافرت شروطها المطلوبة قانوناً.

(2) في هذا المعنى، د.علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، د.ن، 1993، ص259.

المراجع

- أولا كتب القانون المدني الليبي.
- 1- أحمد بن على المقرري الفيومي، المصباح المنير في غير بيان شرح الحالكبير للرافعي ج2، مطبعة مصطفى البالي الحلبي وأولاده، بدون سنة نشر.
 - 2- الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب 1983-1984.
 - 3- د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج3، نظرية الإلتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، القاهرة 1958.
 - 4- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام (الأوصاف، الحوالة، الانقضاء) مكتبة النهضة العربية، 1988م.
 - 5- د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الدار الجامعية 1998م.
 - 6- أ.د. فتحي عبد الرحيم، أ.د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، شرح النظرية العامة للإلتزام، ج2 (الآثار، الأوصاف، الانتقال، الانقضاء، الإثبات)، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001.
 - 7- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، ترتيب محمد خاطر بك، دار القرآن الكريم ودار الفكر، 1392هـ \ 1972م.
 - 8- أ.د. محمد على البدري الأزهرى، النظرية العامة للإلتزام ج2، أحكام الإلتزام ط2، 2010م.
 - 9- محمد بن عبد القادر محمد، النظرية العامة للإلتزام ج2 أحكام الإلتزام، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية 2000م.
 - 10- أ.د. مصطفى مصباح شلييك، الإلتزامات في التشريع الليبي (أحكام الإلتزام)، ط1، 2010م.
 - 11- د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام ج2 أحكام الإلتزام، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية 1992م.
 - 12- د. نبيل إبراهيم سعد، د. محمد حسين بنصر، أحكام الإلتزام، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1992م.
 - 13- د. هيثم حامد المصاروة، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام في القانون الليبي، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية، 2006.

عقود التشييد والاستغلال والتسليم

B.O.T

وتكييفها القانوني

دراسة تحليلية

إعداد الدكتور: جمال عمران المبروك اغنيه

كلية القانون . جامعة طرابلس

المقدمة

لقد كان للأزمة الاقتصادية العالمية في فترة الثمانينات أثرها البالغ على اقتصاديات دول العالم عموماً والدول النامية خصوصاً، الأمر الذي جعل هذه الدول تكاد عاجزة عن إقامة أو تشغيل أو تطوير بنيتها الأساسية، كإقامة محطات الكهرباء والماء والطرق والجسور والموانئ والمطارات وغيرها من المشاريع الحيوية.

لأنه وكما نعلم بأن إقامة مثل هذه المشروعات يعد من أهم وأكبر تحديات ومسؤوليات الدولة تجاه مواطنيها، وذلك بسبب عدم قدرة الدولة على الإيفاء بهذه المتطلبات الضرورية، نظراً لاحتياجها أموالاً كبيرة وأعباء مادية طائلة تثقل كاهل الدولة، وتؤدي إلى اختلال موازنتها العامة، فلم تجد أمامها سوى اللجوء إلى القطاع الخاص لتمويل البنى التحتية لتوفير الخدمات المختلفة لجمهور مواطنيها، وكان من أفضل السبل المتاحة أمام هذه الدولة هو التعاقد حول هذه المشروعات بنظام عقود التشييد والاستغلال والتسليم المعروفة اختصاراً بعقود البوت (B.O.T).

وتكمن أهمية اللجوء إلى صيغة عقود البوت في الاعتماد الكلي على القطاع الخاص للقيام بتشيد هذه البنى الأساسية وتشغيلها، وبالتالي فإن الدولة أو الجهة المتعاقدة تلقي على كاهل المستثمر الخاص عبء إقامة وتشغيل هذه المرافق الحيوية، فلا تتحمل الدولة مثل هذه الأعباء مما يخفف من اختناقات الموازنة العامة لهذه الدولة.

ومن هنا نستطيع أن نلمس مدى احتياج الدولة لإبرام مثل هذه العقود ، حيث اضطرت الدولة ورضخت لسطوة عقود البوت المدعومة أساساً من قبل الترسانة الاقتصادية العالمية في ظل النظام الرأسمالي السائد والمهيمن على المقدرات الاقتصادية للدول النامية والأقل نمواً لذا نجد أن غالبية عقود البوت المبرمة تكون مع مستثمرين أجانب يمثلون اتحاداً مالياً واقتصادياً ضخماً يفوق حتى موازنة كثير من دول العالم الثالث التي تعجز ميزانيتها العامة عن تحقيق احتياجات مواطنيها من الخدمات الأساسية، والنهوض بمتطلبات التنمية الاقتصادية المستدامة بسبب شح الموارد والأزمات الاقتصادية الخانقة.

ونظراً لما تتطلبه إقامه مثل هذه المشروعات من إمكانات مادية كبيرة، فكان لزاماً اللجوء الى عقود البوت التي مثلت طوق النجاة لمثل هذه الدول ، فأقبلت على نظام البوت (B.O.T) دون تأني أو دراسة مستفيضة لمخاطر هذا النوع من العقود التي ستكون لها آثار مستقبلية وخيمة على المستقبل الاقتصادي لهذه الدول على المدى البعيد إذا لم يحسن التعامل معها، مما يتطلب على من الدول النامية التروي والتعقل قبل الإقدام على إبرام عقود البوت (B.O.T)، وضرورة إعداد البيئة القانونية الملائمة لمثل هذه العقود، وإعداد الكوادر الوطنية المؤهلة في المجال الفني والقانوني والمالي والتفاوضي، وبهذا فإن التعاقد بنظام البوت سيؤتي أكله المرجو منه.

هذا وتقوم فكرة نظام عقد البوت على أن تقوم الدولة أو أحد الأجهزة الحكومية التابعة لها بإسناد مهمة التمويل لمشروع معين إلى مستثمر خاص يسمى شركة المشروع عن طريق منحه امتيازاً لمدة زمنية طويلة يقوم خلالها بتشبيد المشروع وتشغيله، وبعد انتهاء مدة الامتياز يعود المشروع ملكاً خالصاً للدولة المضيفة لامتياز البوت، بعد أن يكون هذا المستثمر قد قام باسترداد كافة النفقات والمصروفات المادية التي كان قد أنفقها مع هامش ربح ليس بالقليل عن طريق تحصيله لمقابل الخدمات من المنتفعين من هذا المشروع.

ويعد نظام التعاقد بصيغة البوت (B.O.T) نظاماً مستحدثاً نسبياً في إقامة وتشبيد وتشغيل مشاريع البنية الأساسية، حيث يعتبر نظام البوت من أكثر الأنظمة التعاقدية جاذبية وإغراء لكافة الجهات سواء الدولة أو الجهات الاعتبارية الخاصة على حدٍ سواء، لأنه كما سبق وأوضحنا بأنه نظام يلقي بعبء تمويل هذه المشروعات على كاهل المستثمر الخاص، شركة كانت أم فرداً أو اتحاداً مالياً، فيخفف الأعباء المالية على موازنات هذه الجهات المتعاقدة بنظام البوت، وبالتالي يعطي للدولة المتعاقدة فرصة سانحة للالتفات إلى مشاريع

أخرى قد تكون ملحةً وحيويةً للغاية ، فتقوم الدولة بالتفرغ لتمويلها كالتعليم والصحة والقضاء مثلاً، بدلاً من أن ترهق الدولة في تمويل كافة المشروعات التنموية دفعةً واحدةً وهو أمر غير مُيسر القيام به، إن لم يكن مستحيلاً في ظل عجز موازنات هذه الدول كما سبق وأوضحنا.

كما تكمن أهمية دراسة نظام البوت في الدور المهم الذي يلعبه هذا النوع من صيغ التعاقد في مجال التنمية الاقتصادية المستدامة، حيث أن غالبية الدول بدأت في الاتجاه إلى سياسة السوق الحرة، وتحرير التجارة وتبني نظام العولمة، لأن النظام الاقتصادي العالمي يتجه برمته نحو إشراك القطاع الخاص في القيام بدور اقتصادي في إنجاز مشروعات التنمية المستدامة.

وفي هذا الخضم المتنامي نجد أن عقود البوت هي نظام تعاقدى حديث نسبياً، يقوم بدور الريادة في تحقيق طموحات وتطلعات كافة دول المعمورة عموماً ودول العالم الثالث خصوصاً، فيترسيخ أسس متينة للتنمية الاقتصادي المستدامة، وما تعود به من عموم الرخاء الاقتصادي المنشود من كافة شعوب الأرض وذلك من دواعي اختيارنا لهذا الموضوع ، ومما دعانا الى الوقوف على فكرة نظام البوت كأحد الأنظمة التعاقدية الرائدة في وقتنا الحديث والمعاصر، ومحاولة الفهم العميق لماهيت هو طبيعته القانونية وخصوصاً مسألة تأصيل الجدل الفقهي الكبير القائم حول التكييف القانوني السليم لعقد البوت، وهو ما لمسناه حقيقةً واقعةً بين فقهاء القانون العام وفقهاء القانون الخاص، والذي يبدو للوهلة الأولى بأنه جدل تنظيري أو ترف فكري لا داعي للإغراق في تفاصيله الفقهية التي لا تقدم ولا تؤخر من الناحية القانونية والواقعية.

وعلى الرغم مما يقال عن هذه الإشكالية الفقهية إلا أن الباحث يرى ضرورة أن يتمتع عقد التشييد والاستغلال والتسليم بالتكييف القانوني السليم كغيره من العقود ناهيك إذا علمنا مدى الأهمية القصوى لعقد البوت في وقتنا الحاضر، وبشكل لا يمكن تجاهله حيث أن تكييف هذا العقد تارةً بأنه ضمن طائفة عقود القانون العام وتارةً أخرى باعتباره ضمن طائفة عقود القانون الخاص، أو بأنه عقد ذو طبيعة خاصة إنما له آثار قانونية كبيرة، فمن الناحية القانونية يترتب على تكييف عقد البوت وتحديد طبيعته القانونية تحديد القانون الواجب التطبيق عند نشوب أي منازعات بخصوص هذه العقود هذا بالإضافة إلى أن تصنيف عقود البوت ضمن طائفة محددة من العقود من شأنه أن يحدد لنا القضاء المختص

بنظر المنازعات حيث تخضع العقود الإدارية لقواعد القانون الاداري، ويختص بنظر المنازعات المتعلقة بما القضاء الاداري، بينما تخضع العقود المدنية والتجارية لقواعد القانون المدني أو التجاري، ويختص القضاء العادي بنظر المنازعات الناشئة عنها.

هذا وتكمن أهمية تحديد الطبيعة القانونية لعقد البوت وإضفاء التكييف القانوني المناسب والسليم عليه في أنه يتحدد في ضوء الآثار القانونية التي يرتبها عقد البوت بين أطرافه بشأن حقوق والتزامات كل منهم، ناهيك إذا علمنا بأن هناك شبكة تعاقدية متداخلة ومتشابكة للغاية ترتبط بعقد البوت والتي تدور مع عقد البوت وجوداً وهدماً باعتباره مصدراً قانونياً لهذه العقود كالعقود المبرمة من الباطن بين العديد من الشركات من جهة وشركة المشروع من جهةٍ أخرى، وكذلك عقود القروض وخطابات الضمان وعقود الاعتمادات المستندية، الأمر الذي يتطلب منا حقيقة الوقوف على التكييف القانوني لعقد البوت مما يسهل تنفيذ هذا العقد بسهولة ويسر وبعيداً عن التعقيدات القانونية الغير محبذة في هذا النوع من العقود.

وتكمن إشكالية دراستنا لموضوع عقود البوت والتكييف القانوني لها في محاولة الإجابة عن التساؤلات الآتية:-

- ما المقصود بعقود البوت وماهي أهميتها وما مخاطرها على الدولة المضيفة للاستثمار؟

- وماهو التكييف القانوني السليم لعقد البوت وما مدى توفيق المدارس الفقهية السائدة في الوصول إلى التكييف القانوني السليم لهذا النوع من العقود؟

- وهل من الممكن أن نضع حداً قانونياً سليماً للجدل الفقهي القائم بصددده أم أنه لا يوجد جدل فقهي حقيقي وجدّي حول الطبيعة القانونية لعقود البوت؟

سنحاول من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على كافة هذه الإشكاليات التي كما سبق وأوضحنا أن لها آثار قانونية بالغة الأهمية، تترتب على تحديد المقصود بعقد البوت ابتداءً، ومن ثم على تكييفه القانوني بإدخاله تحت عباءة قانونية موحدة، سواء مجال القانون العام أم الخاص أم تحييده عن كل ذلك باعتباره عقد ذو طبيعة خاصة، يستوجب عدم إقحامه ضمن طائفة معينة ومسماه من العقود المعروفة لدينا سواء عقود القانون العام او الخاص.

هذا وسنعمد في حل كافة إشكاليات هذه الدراسة على المنهج العلمي الوصفي والتحليلي حيث ننتهج المنهج الوصفي في تناولنا للمدارس الفقهية التقليدية منها والحديثة بشأن تناولها للتكييف القانوني لعقد البوت، كما أننا سننتهج المنهج التحليلي لاستخدامه في تحليل الحجج والأسانيد التي قال بها الفقه والأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع.

حيث إن أهمية هذه الدراسة أنها جاءت في فترة مكتظة بالتطبيقات القانونية والعملية لعقود البوت في مختلف الدول النامية، ومنها ليبيا ومصر وسلطنة عمان والإمارات العربية المتحدة، وغيرها من الدول التي اتجهت بشكل متعجل للغاية لإبرام عقود البوت، وقبل الدراسة المستفيضة لمثل هذه العقود وقبل المعرفة المتكاملة لأضرارها بعيدة الأمد، وخصوصاً إذا لم تحسن الدول النامية التعامل الدقيق مع عقود البوت من خلال الإمام الوافي بمفهومها القانوني، ومدى مخاطرها وتصنيفها وتكييفها التكييف القانوني السليم لكي لا تتعثر هذه الدول في تنفيذها لخطط التنمية المستدامة المأمولة والمبتغاة.

لذا فإننا سنحاول الوقوف على هذه الإشكالية ومعالجتها باتباع المنهج العلمي القويم، التحليلي والوصفي وسنقوم بعون الله تعالى وتوفيقه بتناول هذا الموضوع ذو الأهمية البالغة من خلال تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مطالب رئيسية نتناول في **المطلب الأول** منها التعريف بعقد البوت وأهميته بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار ونخصص **المطلب الثاني** لتناول إشكالية التكييف القانوني لعقد البوت وفقاً لكافة المدارس الفقهية في هذا الصدد أما **المطلب الثالث** سنتحدث فيه عن وجهة النظر الخاصة للباحث حول عموم هذه الإشكاليات، سائلين الله العلي القدير أن يوفقنا إلى ما يحبه ويرضاه وهو ولي التوفيق.

المطلب الأول: التعريف بعقد البوت وأهميته

يعد نظام التعاقد بصيغة البوت صورة من صور تمويل المشروعات ذات الطابع التنموي، لذا فقد لاقى إقبالاً كبيراً من كافة دول العالم المتقدم منها والنامي، وعقود البوت وإن كانت قد أصبحت معروفة في عصرنا الحديث إلا أن جذورها التاريخية تمتد إلى العام 1782، وتعد فرنسا أول دولة عرفت هذا النظام حيث قامت بإبرام أول عقد بوت في العام 1782م، عندما منحت شركه (بيرن إخوان) الالتزام بتوزيع المياه في العاصمة الفرنسية باريس، كما تعد جمهورية مصر العربية أول دولة في الشرق الاوسط تُقدم على إبرام العقود بنظام البوت (B.O.T) وذلك في مشروع قناة السويس في العام 1869م، حيث تم التقدم لمنح

امتياز حفر القناة إلى محمد على باشا الذي رفضه في تلك الفترة خوفاً من مخاطره المستقبلية على الاستقلال السياسي والاقتصادي للبلاد، إلا أنه وفي فترة لاحقة قام المهندس الفرنسي (فردناندديلسييس) بإعادة طرح فكرة منح الامتياز على الوالي محمد سعيد والذي وافق عليه ليبرم العقد لمدة (99) عاماً قابلة للتجديد، وبموجب هذا الامتياز منحت الدولة المصرية الشركة العالمية لقناة السويس الأراضي اللازمة لتشييد القناة مع إعفاء شركة المشروع من كافة الرسوم والضرائب والجمارك على كافة معدات وأدوات ولوازم هذا المشروع الاستراتيجي⁽¹⁾.

وعلى الرغم من أن السرد التاريخي لتطور نظام البوت ونشأته لا تخلو من الفائدة العلمية ولا شك، إلا أن ما يهمنا من خلال هذا المطلب هو تحديد المقصود بهذا النظام التعاقدى المستحدث نسبياً وبمعناه الواسع من خلال الوقوف على تعريف عقد البوت كمتطلب أساسي وبديهي في ذات الوقت (الفرع الأول)، ثم الحديث عن العقود التي تقترب في مفهومها من نظام البوت (الفرع الثاني)، والذي ارتأينا أنه ضرورياً لغايات التعريف بعقد البوت المقصود من هذه الدراسة وتحديد شكله بشكل دقيق لا لبس فيه وهو من المتطلبات الموضوعية في هذه الدراسة، كما أننا ومن خلال هذا المطلب سنسلط الضوء على أهمية التعاقد بصيغة البوت بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار (الفرع الثالث)، والذي كان من دواعي قيامنا بإعداد هذه الدراسة نظراً لما لمسناه من الفوائد والمزايا الاقتصادية لهذا النوع من العقود على اقتصاديات الدولة المتعاقدة، ناهيك عن العديد من المنافع الأخرى التي سنتناولها بالدراسة والتحليل والتعليق كلما لزم الأمر.

الفرع الاول - تعريف عقد البوت (B.O.T) :

لعله ومن نافلة القول أن نوضح بأن عقد البوت محل دراستنا غالباً ما يتم إبرامه بين أشخاص من القانون العام ممثلاً في الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة، كالوزارات والمصالح الحكومية أو يتم إبرامه من قبل الأشخاص الإقليمية ممثلة في المدن والمحافظات كما أن بإمكان

(1) لمزيد من التفاصيل أنظر، يعرب محمد الشرع، تفويض المرافق العامة، عقود البوت، دار الثقافة عمان، ط1، 2017، ص2 وما بعدها، وما بعدها، عصام احمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقود البوت (B.O.T)، دار الفكر الجامعي، ط1، 2014، ص 29 ومن بعدها، وضاح محمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية للبوت، حقوق الإدارة والتزاماتها، دار الثقافة، عمان، ط1، 2010، ص16 وما بعدها.

الأشخاص الاعتبارية الخاصة أيضا إبرام عقد البوت سواء كانت شركات أو أفراد، وبالتالي فإن الطرف الأول في عقود البوت يمكن أن يكون دولة أو شركة خاصة، أي ليس بالضرورة دائماً أن يكون الطرف الأول من أشخاص القانون العام، أما الطرف الثاني في عقد البوت والذي يسمى شركة المشروع فغالبا ما يكون تجمع من المستثمرين الخواص في إطار شركة متعددة الجنسيات ذات رؤوس أموال ضخمة، وتمتلك كافة المقدرات الفنية والمادية والتكنولوجية، وباستطاعتها تمويل مشروعات البنية الأساسية لدى الجهة المتعاقدة والحصول على عائد ربحي لأبأس به.

كما أن شركة المشروع وفي سعيها لتنفيذ مشروعات البنية التحتية، فإنها تقوم بإقامة العديد من العلاقات القانونية المتشابكة من الباطن، وذلك لأغراض الإنجاز السريع للمشروع وبأقل التكاليف، حيث تبرم شركة المشروع عقود مختلفة ومتنوعة، كالعقود المبرمة من الباطن مع شركات المقاولات المحلية أو عقود تقديم الخدمات الاستشارية كالاستعانة بالمختصين في المجال المالي والقانوني والفني هذا بالإضافة إلى إبرام عقود التأمين و التوريد أو غيرها .

أما بخصوص إيجاد تعريفاً جامعاً مانعاً لعقد البوت فقد دأب الفقه على مختلف مشاربه على البحث عن تعريف لعقد البوت، فجاءت هذه التعريفات في مجملها متأثرة بالنزعات الفقهية التي تحاول بُوتقة هذا العقد ضمن عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص أو على أنه يمثل عقد ذو طبيعة خاصة فمن هذه المنطلقات الفكرية ولدت تعريفات كثيرة لعقد البوت متأثرة بالجدل حول الطبيعة القانونية لهذا العقد، والمتعلقة بتكييفه القانوني، ولكنه وبغض النظر عن كل ذلك فإننا نجد جملة من هذه التعريفات قد أصابت كبد الحقيقة بتجسيدها لمعنى عقد البوت من الناحية الواقعية والقانونية.

ومما تقدم فقد عُرف عقد البوت بأنه "تسليم الدولة للقطاع الخاص صاحب رأس المال قطعة من الأرض لإقامة مشروعاً من مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وفقاً لمواصفات محددة سلفاً بين الدولة والمستثمر على أن يتحمل المستثمر كافة أعباء البناء والتشغيل، ويكون للمستثمر الحق في الحصول على إيرادات تشغيل المشروع لمدة زمنية محدودة يتم الاتفاق عليها في عقد البوت"⁽¹⁾.

(1) انظر، عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 5

كما عرفه آخر⁽¹⁾ بأنه "نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية، حيث تعهد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يطلق عليه شركة المشروع بموجب اتفاق يبرم بينهما يسمى الترخيص، تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بتصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي، ويرخص لشركة المشروع بتملك أصول هذا المشروع وتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير، ويكون عائد تشغيل المرفق خالصاً لها على نحو يُمكنها من استرداد تكلفة المشروع، وتحقيق هامش ربح طوال مدة الترخيص، وتلتزم شركة المشروع بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة عند نهاية مدة الترخيص".

هذا وقد ذهب جانب من الفقه⁽²⁾ إلى تعريف عقد البوت بأنه "منح الحكومة لمن يرغب في الاستثمار في إحدى مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة من الأفراد أو الشركات الخاصة فرصة إقامة المشروع على الأرض التي تحددها الدولة وتحمله أعباء شراء وتزويد المشروع بالمعدات والتكنولوجيا اللازمة وتحمله بكافة نفقات التشغيل، وذلك مقابل حصول المستثمر على إيرادات تشغيل المشروع خلال الفترة التي تحددها له الحكومة، والتي تعرف بفترة الامتياز وبعد انتهاء هذه الفترة يتم تحويل المشروع إلى الحكومة التي يحق لها التصرف فيه وفقاً لما تراه من اعتبارات قومية أو اقتصادية".

هذا وقد عرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري⁽³⁾ المعروفة بـ (اينسترا) بأنه "شكل من أشكال تمويل المشروعات، تمنح الحكومة بموجبه مجموعة من المستثمرين يطلق

(1) انظر، صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية، دار النهضة العربية، ط1، 2001، ص44.

(2) انظر، عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت (B.O.T) في القانون المقارن، دار الفكر الجامعي، ط1، 2016، ص13 وقاربتلك، حمدي عبدالعظيم، عقد البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، بحث مقدم إلى الندوة العلمية الأولى لعقود البوت (B.O.T) المنعقدة في أكاديمية السادات، في الفترة من 27 إلى 31 فبراير، 2001، ص3، وقارب ذلك، محمد محمد بدران، النظام القانوني لمشروعات البوت، بحث مقدم للمؤتمر الدولي لعقود البوت المنعقد في القاهرة من 7-8 أكتوبر 1997، ص5.

(3) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري، الدورة التاسعة والعشرون المنعقدة بنيويورك في 28 مايو حتى 14 يونيو 1997، تحت عنوان الأعمال المقبلة المتعلقة بالبناء والتشغيل ونقل الملكية، ولزيد من التفصيل حول هذا التقرير انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص5 وما بعدها، ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد

عليهم الاتحاد المالي للمشروع امتياز لبناء مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً لعدد من السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل واستغلاله تجارياً أو من المزايا الأخرى الممنوحة لهم ضمن عقد الامتياز، وفي نهاية الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة أو بمقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الإنفاق عليه مسبقاً أثناء التفاوض على منح المشروع".

ومن الجدير بالذكر الإشارة هنا إلى أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري قد أطلقت على عقود البوت تسمية مشاريع البناء والتشغيل والنقل، وذلك في تقريرها لعام 1996م، ثم أطلقت عليها تسمية مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص في تقريرها الصادر عام 1997م، ثم أطلقت عليها تسمية مشاريع البنية الأساسية المحمولة من القطاع الخاص وذلك في تقريرها للعام 1999 م، ومؤخراً أطلقت عليها تسمية الأعمال الممكنة في المستقبل بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص وذلك في تقريرها للعام 2001⁽¹⁾.

كما أن منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) قد عرفت عقد البوت بأنه "اصطلاح أو صياغة لاستخدام القطاع الخاص ليقوم بمشروعات التنمية الأساسية التي كانت من قبل حكراً على القطاع العام، ذلك أن تمويل هذه المشروعات هو زاوية الأساس لمفهوم عقد البوت".

ويعد اصطلاح البوت (B.O.T) في حد ذاته اختصاراً لثلاث كلمات إنجليزية وهي (Build) والتي تعني البناء، وكلمة (Operate) والتي تعني التشغيل وكلمة (Transfer) والتي تعني نقل الملكية، وبذلك يكون مصطلح البوت معبراً عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وقد تم اختصاره بأخذ الأحرف الأولى من التسمية الإنجليزية المشار إليه أنفاً ليصبح المصطلح المعروف والمشهور هو (B.O.T).

=

البوت، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 2004، ص18، عبد الفتاح بيومي، المرجع السابق، ص12 وما بعدها.

(1) لمزيد من التفاصيل أنظر، محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، (B.O.T)، دار النهضة العربية، ط1، 2004، ص25، عبد الفتاح بيومي، مرجع سابق، ص13.

وقد ذهب البعض⁽¹⁾ إلى أن أول من استعمل اختصار (B.O.T) ليكون معبراً عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هو رئيس الوزراء التركي (ترجوتأوزال) في بداية الثمانينيات، وذلك أثناء اجتماعه برجال الأعمال والمستثمرين وأصحاب شركات المقاولات من القطاع الخاص بُعيد نجاحه في الانتخابات البرلمانية، وأثناء شرحه لخطته المستقبلية واستراتيجيته المقبلة سعياً لإنعاش وتحسين الاقتصاد التركي والقائم على إسناد المشروعات التنموية الجديدة في البلاد إلى القطاع الخاص بصيغة عقود البوت (B.O.T) .

وعلى الرغم مما تقدم فإن البعض⁽²⁾ يرى عدم دقة اصطلاح البوت (B.O.T) وأنه لا يعبر عن حقيقة الحال في المشروعات المتعاقد عليها بنظام البوت والتي تخول شركة المشروع حيازة الأرض على سبيل الانتفاع وليس على سبيل التملك، ومن ثم فإن اختصار البوت (B.O.T)-والذي يعني نقل الملكية- يكون اصطلاحاً غير دقيق، لأن الملكية لم تنتقل أصلاً من مالكة وإما الذي انتقل إلى شركة المشروع هو الحيازة التي ستعود لاحقاً لمالكها بعد انتهاء عقد الامتياز (بوت)، حيث أن واقع الحال يؤكد بأن شركة المشروع إنما تمتلك العناصر التي أوجدتها واللازمة لإنجاز المشروع كالألات والمعدات والأجهزة ولا تمتلك المرفق ذاته، بل إن ملكيتها لهذه المعدات لا تكون هي الأخرى مطلقاً، وإنما أثناء تنفيذها للمشروع فقط وقبل تمام تشييده أي إنها تمتلك هذه الموجودات ما دامت مستقلة عن المرفق ولم تدخل في كيانه بعد.

ولعل مثل هذا التحليل هو الذي دعى البعض⁽³⁾ إلى وضع تعريف لعقود البوت، يكون أكثر دقة وانضباطية من حيث المفهوم، حيث عرف عقد البوت بأنه "عقد يبرم بين الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها وطرف خاص أجنبي عادة ما يتخذ شكل الشركة، تطلق عليها شركة المشروع بغرض تشييد إحدى المرافق العامة ذات الطبيعة الاقتصادية، على حساب تلك الشركة وقيامها مقابل ذلك باستغلال المرفق والحصول على عائد هذا

(1) أنظر، هاني صلاح سري الدين، المرجع السابق، ص 43، عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق، ص 10-11.

(2) محمد الروبي، المرجع السابق، ص 34 وما بعدها، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 20، ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 37 .

(3) انظر محمد الروبي، المرجع السابق، ص 17.

الاستغلال طوال مدة التعاقد، وفي نهاية تلك المدة تلتزم الشركة بتسليم المرفق إلى الجهة الإدارية المتعاقدة دون أي مقابل، وخالياً من كافة الأعباء وبجالة جيدة".
ويذهب البعض⁽¹⁾ في معرض تعليقه على هذا التعريف بأنه ابتعد عن الترجمة الحرفية لمصطلح (B.O.T) حيث استبدل كلمة (البناء) بكلمة تشييد واستبدل كلمة (التشغيل) بكلمة الاستغلال وكذلك استبدل كلمة (نقل الملكية) بكلمة التسليم، لتصبح التسمية السليمة وفقاً لهذا الرأي من الفقه، هي عقود التشييد والاستغلال والتسليم - وهو ما يؤيده الباحث في هذا الصدد- كون هذا التفسير أكثر دقة من التسمية السابقة، حيث ان استخدم مصطلح تشييد تعد أوسع وأشمل للتعبير على المفهوم الحقيقي لعقود البوت، لأن شركة المشروع لا تقوم بعملية البناء والإنشاء فقط وإنما قد تقوم بوضع الدراسات والتصاميم، ومن ثم تبدأ في عملية البناء كما أن شركة المشروع تقوم بتجهيز المبنى بالأجهزة والمعدات اللازمة لاستغلاله، مما يعني أن استخدام كلمة تشييد تفي بكافة هذه الأعمال هذا ويعتبر استخدام مصطلح الاستغلال أوسع مفهوماً من استخدام مصطلح التشغيل، حيث أن شركة المشروع بعد استكمالها لعملية التشييد إنما تقوم باستغلال المشروع بكافة الطرق الممكنة والمتاحة من أجل تحصيل الربح وهذا العمل ليس مجرد عملية تشغيل للمشروع فحسب وإنما تشمل كافة أنواع الاستغلال المتاحة .

هذا ويعتبر استخدام مصطلح التسليم أوسع مفهوماً وتعبيراً عن واقع الحال في عقود البوت من استخدام اصطلاح نقل الملكية الذي لا يعبر عن حقيقة وآلية نظام البوت المعمول به في كافة دول العالم، حيث أن شركة المشروع لا تمتلك الأرض المقام عليها المشروع وإنما تحوزها بقصد استغلالها والانتفاع بها لمدة من الزمن طالت أو قصرت يحددها عقد الامتياز، وبانتهاء هذه المدة تقوم شركة المشروع بتسليم ما في حوزتها وهو المشروع إلى الدولة حيث أن واقع الحال في عقود البوت لا يجعل شركة المشروع مالكة له⁽²⁾.

وما يلاحظه الباحث على مجمل التعريفات التي قيلت كمحاولة جادة لوضع تعريفاً دقيقاً ومنضبطين لعقد البوت إنما جاءت متقاربة في كثيرٍ منها في وصفها لأطراف عقد البوت وأن الدولة تعد طرفاً أساسياً فيه وأن هذا القول وإن كان يمثل الغالبية في عقود البوت

(1) انظر، وضاح محمود، المرجع السابق، ص 34 .

(2) انظر، محمد الروبي، المرجع السابق، ص 17 وما بعدها، وضاح محمود، المرجع السابق، ص 34 وما بعدها.

إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون أطراف عقد البوت من الجهات الاعتبارية الخاصة، كما لو تعاقدت إحدى الشركات الخاصة المملوكة لأفراد حواص مع شركة المشروع لتشييد مشروع معين بنظام البوت.

ومن الأمثلة الواقعية على هذه الصورة من صور التعاقد بنظام البوت ما قامت به قرية (جولدن بيتش) السياحية بمدينة الغردقة بطرح مشروع لتشييد محطة مياه بصيغة عقد البوت، كما أن نادي الصيد المصري قد طرح مشروعاً ببناء صالة لألعاب البولينج والبيلياردو بصيغة عقد البوت لمدة عشرة سنوات، كما أن ذات النادي قد طرح مشروعاً آخر بنظام البوت لإنشاء جراج متعدد الطوابق بنظام البوت مما حدى بمجموعة من النوادي المصرية إلى الاقتداء بنادي الصيد في طرح عدة مشاريع بصيغة البوت⁽¹⁾.

ومن ثم يرى الباحث بأن إبرام عقد البوت ليس مقصوداً على أشخاص القانون العام فحسب، الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة وإنما قد يبرم بين مستثمرين حواص شركة المشروع من جهة وشركة استثمارية خاصة من جهة أخرى.

كما أن الباحث يرى بأن مجمل التعريفات السابقة قد ركزت على أن عقد البوت إنما يبرم لإقامة مرفق عام أو مشروع من مشروعات البنية الأساسية التي تحقق المصلحة العامة، أو تستهدف تسيير عمل المرافق العامة، كتشييد المطارات أو الموانئ أو محطات الماء والكهرباء أو الاتصالات أو الطرق والكباري وغيرها من المشروعات، وهذا وإن كان الغالب في عقود البوت إلا أنه تمت عقود بوت تُبرم لأغراض اقتصادية أو تجارية بحتة ولا تستهدف المصلحة العامة كما يفهم من مجمل التعريفات المشار إليها كأن تبرم الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة مشاريع سياحية أو ترفيهية أو إنشاء صالات رياضية أو مراكز تجارية عملاقة تستهدف تحقيق الربح والكسب الاقتصادي والتجاري مما يعني قصور هذه التعريفات عن المعنى الحقيقي لعقود البوت (B.O.T).

وبناءً على ما تقدم فإن الباحث يعرف عقود البوت بأنها صيغة خاصة من العقود التي تستهدف توفير التمويل الخاص، تتم بموجب اتفاق بين جهة بحاجة إلى إقامة مشروع عام

(1) لمزيد من التفاصيل أنظر، ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص25، محمد بهجت قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية بنظام البوت (B.O.T)، دار النهضة العربية، ط1، 2000، ص112، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 17.

أو اقتصادي مع مستثمر خاص ذو كفاءة فنية ومالية عالية ولمدة من الزمن، تمنح من خلالها المستثمر الخاص الإذن بإقامة المشروع واستغلاله خلال مدة معقولة متفق عليها وبانتهائها يقوم بتسليم المشروع إلى الجهة المتعاقدة دون أية تكاليف مادية وبجالة جيدة.

هذا وتجدر الإشارة الي أنه لم يرد أي تعريف لعقد البوت ضمن قانون تشجيع الاستثمار الليبي رقم(9) لسنة2010م، وإنما اورد شروطاً لأزمة في المشروعات الاستثمارية المراد تشييدها واستغلالها وذلك بموجب المادة السابعة منه، والتي لا تسعفنا في تلمس تعريفاً محدد لعقد البوت ولا حتي عقد الاستثمار عموماً وعلي ذات النوال سار قانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني والذي لم يورد هو الآخر أي تعريف لعقد البوت.

الفرع الثاني: أهمية عقود البوت ومخاطرها:

كما هو معلوم لدينا بأن التعاقد بصيغة البوت (B.O.T) من حسناته أنه يخفف الأعباء المالية الثقيلة عن كاهل الدولة أو الجهة المتعاقدة المضيفة لهذا النظام، حيث يلقي نظام البوت بمهمة تمويل المشروعات الأساسية أو الاقتصادية إلى القطاع الخاص فهو الذي يتحمل نفقات وأعباء التشييد والتشغيل طوال مدة امتياز البوت، مما يجنب الموازنة العامة للجهة المتعاقدة هذه النفقات المادية العالية، وخصوصاً إذا علمنا بأن إقامة مشروعات البنية الأساسية أو حتى المشروعات ذات الطابع التجاري أو السياحي والترفيهي إنما تتطلب أموالاً طائلة لإنجازها على أرض الواقع، ناهيك عن احتياجها للتكنولوجيا الحديثة التي تفتقدها كثيراً من البلدان النامية والأقل نمواً، وبذلك يكون التعاقد من خلال نظام البوت ذو فائدة كبيرة للدولة يمكنها من توجيه مواردها المتواضعة إلى مشروعات أخرى مهمة وذات نفع مباشر لمواطنيها كالتعليم والصحة والقضاء مثلاً أما دورها بخصوص المشروعات الأساسية الأخرى فإنما تقتصر على الإشراف والمراقبة لسير العمل ومراحلها المختلفة الذي يضطلع به المستثمر الخاص.

هذا ويتميز الأخذ بصيغة البوت كأسس للتعاقد بأنه يخلق فرص عمل لمواطني الدولة المضيفة ويقضي على مشاكل البطالة والتضخم حيث إن المدة الزمنية الطويلة لعقد البوت إنما تمكن أعداداً لا بأس بها من مواطني الدول المضيفة للالتحاق بسوق العمل ضمن شركة المشروع كما أنه يعطي الفرصة للعديد من الشركات الوطنية بمختلف أغراضها للانخراط في تنفيذ مراحل المشروع، وخصوصاً شركات المقاولات وشركات التموينو والتوريد وغيرها عن

طريق التعاقد من الباطن مع شركة المشروع، وهذا في مجمله إنما يقضي على مشاكل البطالة والفقر، ومن ثم القضاء على العديد من المشاكل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية ويرفع من معدل النمو الاقتصادي في الدولة المضيفة للبوت⁽¹⁾.

لذا نجد أن بعض الدول وخصوصاً في العالم الثالث تقوم بالعديد من الترتيبات والتحوطات للاستفادة من هذه الميزة لعقود البوت عن طريق استصدارها للتشريعات القانونية اللازمة لحماية العمالة الوطنية العاملة مع شركة المشروع ضماناً لحقوق مواطنيها، وتوفير الحماية القانونية لهم فمثلاً: نجد أن المشرع في جمهورية مصر العربية قد أصدر القانون رقم (139) لسنة 1981 م، ومن خلال مواد وأحكام هذا القانون خصوصاً في المواد من (174 حتى 176) والتي تقضي بوجوب ألا يقل عدد المصريين العاملين بهذه الشركات ومهما كانت مشاركة الطرف الأجنبي - عن نسبة (90%) من مجموع العاملين وألا يقل ما يتقاضونه من أجور عن (80%) من أجور العاملين الأجانب وأن لا يقل عدد الفنيين والإداريين المصريين عن نسبة (75%) وبذلك سيضمن المشرع المصري حماية فعالة للقوى العاملة المصرية ومكافحة البطالة وخلق الكوادر المؤهلة وذات الخبرة⁽²⁾.

كما أن المشرع الليبي ومن خلال قانون تشجيع الاستثمار قد نص في المادة

الثالثة منه على أن هذا القانون يهدف إلى تأهيل وتنمية العناصر الليبية فنياً ورفع كفاءتها وإكسابها مهارات متقدمة وتوفير فرص العمل لها وذلك بموجب أحكام الفقرة الأولى من المادة الثالثة المشار إليها، كما أن المادة السابقة من ذات القانون قد أكدت على ضرورة توفير وظائف للأيدي العاملة الليبية بما لا تقل عن 30% من العمل على تدريبها وإكسابها

(1) لمزيد من التفصيل انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص6 وما بعدها، وضاح محمود، المرجع السابق ص36-37، هاني صلاح، المرجع السابق، ص158 وما بعدها، جمال نصار، مصطفى حسن، مشروعات البوت، مشروعات البناء والتملك والتشغيل والتمويل، بحث مقدم إلى مؤتمر التنمية الإدارية، المنعقد في كلية الحقوق جامعة القاهرة، في العام 1997م، ص4.

(2) انظر، الياس ناصيف، العقود الدولية، عقود البوت (B.O.T)، في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، 2011، ص146-147، رمزي زكي، الاقتصاد السياسي للبطالة، سلسلة عالم المعرفة، ع2، 1997، ص481 وما بعدها، دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت (B.O.T)، اطروحة الدكتوراة جامعة أسيوط، 2006، ص513 مرجع سابقة، ص513، إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2002، ص60.

المهارات والخبرات الفنية وذلك بموجب أحكام الفقرة السابقة من المادة السابقة المشار إليها آنفا .

وفي هذا الصدد يذهب جانب من الفقه⁽¹⁾، إلى أن اعتماد نظام البوت كأساسٍ للتعاقد في مجال مشروعات البنية التحتية إنما يسهل ويسرع من عمليات نقل التكنولوجيا بين مختلف بلدان العالم، وخصوصاً الدول النامية والأقل نمواً، حيث انه ومن خلال السعي الدؤوب والمتواصل من قبل شركة المشروع في تقديم أفضل ما لديها من إمكانيات وقدرات للفوز بأكبر قدر من عقود البوت وتحقيق أكبر عائد ربحي، فإنها تستخدم في ذلك أفضل الوسائل والطرق التكنولوجية التي تم التوصل إليها حديثاً، وأن من شأن ذلك أن يخلق بيئة تقنية عالية في الدولة المضيفة لنظام البوت، مما ينعكس بشكل إيجابي في تطوير البنية المحلية الصناعية وكافة المرافق العاملة مما يعود بالنفع والرخاء الاقتصادي في عموم الدولة المضيفة وهو ما ينعكس واقعياً في الرفع من المستوى الفني للأيدي العاملة من خلال تدريبها على أحدث الطرق التكنولوجية المتبعة عالمياً في مجال التشييد أو التشغيل ، فيفتح بذلك أمام هذه العناصر الوطنية سوق التأهيل والعمل التقني المحلي والدولي، وليس أدل على هذه الميزة في عقود البوت من قيام شركة (كي . جي . إل) الكورية الجنوبية بالتعاقد مع ميناء دمياط بجمهورية مصر العربية من خلال صيغة البوت وذلك لإقامة وتشييد محطة بحرية كمستودع كبير للحاويات حيث تم إقامة (أثنان وعشرون رافعة جسرية متطورة) تعمل بأحدث الطرق والوسائل التكنولوجية العالمية، حيث أنجز هذا المشروع العملاق وسلم إلى ميناء دمياط في العام (2008)، الأمر الذي كان له بالغ الفائدة في خلق بيئة تقنية في مجال عمل ميناء دمياط وكافة الموانئ المصرية الأخرى التي استفادت من التجربة التكنولوجية المستعملة في ميناء

(1) انظر، دويب حسين، مرجع سابق، ص 513 وما بعدها، وعاصم أحمد، المرجع السابق، ص 59-60، خالد عطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة الماجستير، جامعة القاهرة، 2009، ص 16 وما بعدها، هاني صلاح، مرجع سابق، ص 187 - 188، الياس ناصف، مرجع سابق، ص 146 وما بعدها.

دمياط، ناهيك عن تأهيل وتدريب العديد من العناصر الوطنية المصرية على هذه التقنية الحديثة للغاية⁽¹⁾.

كما أن هناك من يرى بأن النجاح الكبير الذي حققه نظام البوت إنما يكمن في كونه يمثل صيغة معتدلة للتعاقد، فهي بمثابة الخيار الوسط في الشراكة بين القطاع العام والخاص بخصوص تمويل مشروعات البنية الأساسية، مما جعل حتى الرأي العام لجمهور المنتفعين من صيغة البوت متقبلاً ومتفائلاً جداً بهذا النظام الذي لا يرهن مقدرات الدولة للأجنبي وإنما يظل المشروع وأصوله المختلفة ملكاً خالصاً للدولة، ولا يُعرض الاقتصاد الوطني للخطر، وهو ما يؤيده الواقع العملي المتمثل في الزيادة المضطرة في الاقدام على التعاقد بهذا النظام ليكون أساساً للتعاقد في مختلف دول العالم الحديث منه والنامي، حيث أن الدول المتقدمة تسعى وبصورة متعاضمة إلى الشراكة مع القطاع الخاص في تمويل كافة مشاريع البنية الأساسية وذات الاتجاه موجوداً لدى الدول النامية والأقل نمواً⁽²⁾.

هو ما تؤكده إحصائية أجريت في العام 1994م، والتي كان من نتائجها أن (37) بلداً نامياً اتجه إلى اعتماد القطاع الخاص ممولاً رئيسياً في مشروعات البنية التحتية وذلك بمبلغ (200) مليار دولار حيث زادت هذه النسبة بالمقارنة بالأعوام السابقة حيث كانت في سنة 1988 بمحدود (430) مليون دولار فقط، كما أن نسبة (7%) من التوظيفات الخاصة في مشاريع البنية الأساسية كان مصدره القطاع الخاص أو شركات المشاريع ضمن نظام البوت مما دفع البنك الدولي إلى القول بأن نجاح هذه التوظيفات الخاصة سيؤدي حتماً إلى ارتفاع محسوس في نسبة الأرقام المالية المشار إليها في السنوات القادمة، وهو ما تؤيده نسبة الأقدام على نظام البوت في دول كاهنغاريا وسلوفينيا ورومانيا وبولينا وسلوفاكيا، بل ومعظم بلدان العالم تقريباً⁽³⁾.

(1) لمزيد من التفصيل انظر، خالد العطية، مرجع سابق، ص 17-18، هاني صلاح، المرجع السابق، ص 187 وما بعدها عصام أحمد، المرجع السابق، ص 60.

(2) أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 150-151.

(3) لمزيد من التفصيل حول هذه الإحصائيات انظر، حبيب أبو صقر، التمويل الذاتي للمشاريع من قبل المتعهد (B.O.T)، بحث منشور في مجلة القضاء المالي، ع 43، 2000، ص 18 وما بعدها، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 15 وما بعدها.

ومما تقدم وبناءً على الأهمية العملية والقانونية لصيغة التعاقد (B.O.T) ونظراً لتزايد الإقبال على طلب التعاقد بنظام البوت من قبل غالبية الدول النامية والأقل نمواً (يونيدو) فإن هذه الدول طلبت المشورة والرأي الفني والقانوني من هذه المنظمة حول مدى جدوى اللجوء إلى هذه الطريقة في التعاقد وإلحاق هذه الدول في طلب المزيد من المعلومات الإرشادية ومدى فعالية إقامة مشاريع البنية التحتية بنظام البوت تشييداً وتشغيلاً وتطويراً وتحديثاً مما حدى بالمنظمة الدولية واستجابة لمطالب هذه الدول باتخاذ مبادرة مهمة للغاية، تتمثل في إعداد مجموعة من الإرشادات القانونية والفنية التي تساعد هذه الدول بتطوير بنيتها الأساسية بناءً على صيغة البوت مما يقلل المخاطر الاقتصادية والاجتماعية التي قد تنجم عن إبرام عقود التنمية المستدامة بصيغة عقود البوت والتي تمتد لفترات زمنية طويلة للغاية⁽¹⁾.

إلا أنه وعلى الرغم من الأهمية العملية والقانونية لعقود البوت والتي يؤيدها الباحث ولا شك، إلا أن الواقع العملي للتعاقد بصيغة البوت قد أثار بعض الانتقادات وأسفر عن بعض المساوئ والمثالب الناتجة عن هذا النظام الحديث نسبياً أن ما تطلبه منا الأمانة العلمية والموضوعية في تناول هذه الموضوع هو الدفاع وراء التركيز على بعض هذه المساوئ والمخاطر، وهو ما يؤكد جانب معتبر من الفقه، حيث ذهب البعض⁽²⁾، إلى أن من شأن التعاقد بنظام البوت أن يُحمل الدولة المضيفة الكثير من الأعباء الباهظة على المدى البعيد، وذلك عندما تُقدم الدولة على الالتزام بشراء الخدمة أو المنتج من شركة المشروع ثم تقوم الدولة لاحقاً بإعادة طرح الخدمة أو المنتج بسعر أقل من التكلفة كدعم لمواطنيها أو لاعتبارات اجتماعية أو سياسية معينة، مما يؤدي عملياً إلى تحملها لتلك الأعباء المادية المرهقة التي كانت قد أمّلت في أن يتحملها الممول الخاص أو شركة المشروع ابتداءً، وهو ما حدث واقعا ملموساً من قبل هيئة الكهرباء المصرية وشركة (انتراجن سيدي كريس) حيث تم إبرام اتفاق البوت بين الطرفين في العام 1998، والذي ألزم الحكومة المصرية شراء الكهرباء من شركة المشروع بمبلغ سنوي يقدر بحوالي (220) مليون دولار لمدة (25 سنة)، أي أن حصيلتها

(1) لمزيد من التفاصيل انظر، خالد العطية، المرجع السابق، ص 8 وما بعدها، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 57 وما بعدها.

(2) هاني صلاح، المرجع السابق، ص 192، دويب حسين، المرجع السابق، ص 554، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 62 وما بعده.

تشتريه الحكومة المصرية خلال مدة العقد بأكمله هو خمسة مليارات دولار ونصف، وهو ما يفوق فعلياً النفقات التي تحملها شركة المشروع عند إقامتها للمحطة الكهربائية.

كما أن هناك من يرى⁽¹⁾ بأنه من مخاطر ومساوئ التعاقد بصيغة عقود البوت أن يؤدي إلى رهن البلد المضيف لهذا النوع من العقود إلى الأجنبي ويؤدي إلى الهيمنة الاقتصادية والسياسية على كافة مقدرات الدولة بسبب امتداد آثار عقد البوت إلى مدة زمنية طويلة للغاية، والتي تصل إلى تسعة وتسعين عاماً متواصلة كما هو الحال في عقد تشييد وتشغيل قناة السويس ناهيك إذا علمنا بأن شركات المشاريع المتعاملة بصيغة البوت هي مجموعة من الشركات الرأسمالية العملاقة والمتحدة مالياً، الأمر الذي يهدد السيادة والوطنية والاستقرار السياسي والاقتصادي للبلد المضيف لأن هذه الشركات إنما تسعى إلى تحقيق أكبر قدر من الأرباح ولو على حساب رزوح مستقبل الدولة بل وأجيال من مواطنيها تحت رحمة الاستعمار الاقتصادي والهيمنة الاقتصادية وخصوصاً في البلدان النامية والأقل نمواً.

كما يؤخذ على نظام البوت بأنه يؤدي إلى استنزاف المقدرات الاقتصادية للدولة المضيفة على المدى البعيد، وخصوصاً الدول التي تبالغ في الدعم الحكومي لشركات المشاريع لديها، أو تلك التي تقدم الحوافز الاستثمارية السخية للمستثمرين الخواص وغالبيتهم، كما نعلم من الأجانب وليس الوطنيون كالمبالغة في تقديم الإعفاءات الضريبية والجمركية لشركة المشروع أو تقديم الإعانات والدعم الحكومي والقروض المالية المبالغ فيها بفوائد منخفضة للغاية أو منحها الاستغلال الكامل لأراضي المشروع بشكل مجاني ومنحها حتى جزء من الأراضي المجاورة لأرض المشروع للتمدد خلالها لأغراض إنجاز المشروع مما يعطل الاستفادة

(1) انظر، جابر نصار، عقود البوت (B.O.T) والتطوير الحديث لعقد الالتزام دار النهضة العربية ط1، 2002، ص61 وما بعدها، عاصم أحمد، المرجع السابق، ص64، دويب حسين، المرجع السابق، ص21-22، وضاح محمود، المرجع السابق، ص36 وما بعدها، محمد بهجت، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2000، ص13-14.

المثلى من هذه الأراضي في التنمية الوطنية المستدامة حيث تظل هذه الاراضي معطلة طيلة فترة الامتياز والتي تعد طويلة للغاية كما سبق وأوضحنا⁽¹⁾.

وهو ما نلاحظه واقعا معاشا من خلال نصوص قانون الاستثمار الليبي الذي أعطي شركات المشاريع الأجنبية الكثير والكثير من المزايا والحوافز الاستثمارية المبالغ فيها وهو ما نقرأه في نص المادة (10) من قانون تشجيع الاستثمار الليبي وذلك في الفقرات من(1)الي (7)، والتي شملت الإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية ورسوم الخدمات التوريدية بشأن آلات ومعدات وأجهزة المشروع بل طالت هدة الإعفاءات حتي رسوم الموانئ والتخزين والمناولة، هذا بالإضافة إلى الإعفاءات المقررة عن التجهيزات وقطع الغيار ووسائل النقل والأثاث ومستلزمات المواد الاولية ومواد الدعاية والإعلان، كما شملت هذه الإعفاءات الإعفاء من ضريبة الدخل وضريبة الإنتاج وضريبة الدمغة وغيرها من الإعفاءات الكثيرة جداً التي لا يسع المقام لذكرها جميعاً فاكثفينا بذكر أهمها.

وذات الإعفاءات الاستثمارية كان قد نص عليها قانون استثمار رأس المال الاجنبي العماني رقم (102) لسنة1994، وذلك في المواد من المادة الثامنة حتى المادة الحادية عشر، والتي جاءت مشابحة بشكل كبير لما أورده المشرع الليبي في موادته المشار إليها آنفا لذا فإننا نكتفي به منعاً للتكرار.

كما أن التعاقد بنظام البوت إنما يحمل في طياته العديد من الالتزامات المالية التي من الواجب على الدولة القيام بها في سبيل إنجاح قيام المشروع، مما يحملها أعباء مالية إضافية، كالقيام بتحضير مستندات التعاقد وحوض غمار المفاوضات الطويلة مع شركة المشروع وتعيين وتدريب المستشارين الماليين والفنيين والقانونيين الذين يمثلون الدولة في إجراء المفاوضات على المشروع ، كما أن الدولة وبموجب عقد البوت فإنها تتحمل بالإضافة الى ما تقدم كافة المعوقات التي يتعرض لها المشروع كالمخاطر السياسية والتشريعية أو الاحداث غير

(1) لمزيد من التفصيل انظر، حسن محمود، النظام القانوني لمشاريع التنمية الاساسية ذات التمويل الخاص، دراسة مقارنة – اطروحة دكتوراه من جامعة القاهرة، 2006، ص98 وما بعدها، عصام أحمد، مرجع سابق، ص69 وما بعدها.

المتوقعة الاستثنائية كالحروب والازمات ، حيث تلتزم الدولة بتعويض شركة المشروع عن كافة خسائرها المتولدة عن أي من هذه المخاطر⁽¹⁾.

الفرع الثالث: العقود المشابهة لعقود البوت:

لقد أفرز الواقع العملي في مجال إقامة مشروعات البنية الأساسية العديد من العقود قريبة الشبه بعقود البوت، مما يتطلب منا من خلال هذه الدراسة تناول بعض أنواع هذه العقود المهمة منها، والأكثر شيوعاً وانتشاراً في الدول النامية والأقل نمواً، وذلك دفعاً لأي التباس قد يقع بينها وبين عقود البوت محل دراستنا والتي سنوردها تباعاً ضمن البنود التالية:

أولاً:- عقود البناء والتأجير ونقل الملكية (B.L.T)

تعد عقود البلت من الصيغ التعاقدية الحديثة نسبياً وهي اختصار للكلمة الإنجليزية (Build, lease, transfer) وفي هذا النوع من التعاقد تلتزم شركة المشروع بتمويل بناء المشروع محل التعاقد، وغالباً ما يكون أحد المباني الحكومية، ثم بعد الانتهاء من مرحلة البناء تقوم الجهة الادارية المتعاقدة باستئجار المشروع من المستثمر الخاص لمدة زمنية متفق عليها في امتياز البلت، بحيث تكون القيمة الإيجارية كافية لتحقيق هامش ربح معقول لشركة المشروع ناهيك عن تغطيتها لمصروفات البناء والتشييد، ثم في فترة لاحقة لانتهاؤ الامتياز يصبح هذا المشروع ملكاً خالصاً للدولة المضيفة لعقد البلت كما أن البعض من الفقه يسمي هذا النوع من العقود بعقود التشييد، للتأجير والاستغلال والتسليم كما تسمى أيضاً عقود التشييد والاستئجار والاستغلال والتسليم⁽²⁾.

ومن الأمثلة العملية لهذا النوع من العقود ما قام به بنك (ستاندر هونج كونغ)، حيث تعاقد مع شركة (توشيماسو) العقارية اليابانية لمدة امتياز تقدر بخمسة وعشرون سنة وذلك لتأجير ما نسبته (30%) من المشروع المقام، وهو مبنى إداري دون أن يلتزم بنك

(1) انظر، وضاح محمود، المرجع السابق، ص37، هاني صلاح، المرجع السابق، ص180 وما بعدها، عصام أحمد، المرجع السابق، ص6.

(2) لمزيد من التفصيل حول هذه النوع من العقود انظر، حمدي عبدالعظيم، عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق دار النهضة العربية ط1، 2001، ص112، وما بعدها، خالد العطية، المرجع السابق، ص53، وما بعدها، دويب حسين، مرجع سابق، ص60، وما بعدها، عصام أحمد، مرجع سابق، ص223.

(ستاندرد) بأية التزامات مالية بخصوص عملية البناء، وهكذا فإن شركة المشروع اليابانية تسترد النفقات التي كانت قد صرفتها على المشروع مع هامش ربح معقول من خلال تأجيرها لمساحة (30%) من مساحة المبنى⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه في هذا النوع من العقود لا تنتقل ملكية المشروع محل عقد البليت إلى شركة المشروع حيث تظل أرض المشروع ملكاً خالصاً للدولة المضيفة وهي المستأجرة في هذا النوع من العقود، بالمقابل يكون لشركة المشروع الحق في استرداد ما أنفقته من المصروفات مع هامش ربح لا بأس به ذلك من خلال حصولها على القيمة التجارية في شكل أقساط شهرية أو ربع سنوية، وتلجأ بعض الدول إلى هذا النوع من صيغ التعاقد عندما لا تكون لديها الرغبة في أن يتغلغل الأجنبي في النسيج الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للدولة المضيفة، وذلك لدواعي سياسية أو أمنية، وقد جرت العادة أن يتم التعاقد بهذا النوع من الصيغ لإنجاز المشروعات العملاقة كالمطرق السريعة وسلسلة المطاعم الفخمة والمنتجعات السياحية⁽²⁾.

ثانياً: عقود التحديث والتملك والاستغلال والتسليم (M.O.O.T)

يعد هذا النوع هو الآخر من صيغ التعاقد المستحدثة، وترجع تسمية هذه العقود بعقود (M.O.O.T) اختصاراً للكلمة الإنجليزية (modernize, own, operate, and transfer) وفي هذا النوع من العقود والمتعلق تطوير أو تحديث إحدى مشروعات البنية التحتية الموجودة والمشيدة أصلاً، يتم إبرام عقد (M.O.O.T) بين شركة المشروع أو المطور من جهة والدولة المضيفة من جهة أخرى تقوم خلالها شركة المشروع بتحديث وتطوير المشروع محل عقد (M.O.O.T) عن طريق حيازته طيلة فترة الامتياز الممنوح، وهنا يتضح لنا بأن شركة المشروع لا تقوم بأي بناء أو استحداث للمشروع محل عقد (M.O.O.T) وإنما تقوم بتطوير وتحديث مشروع قائم أساساً، وتحصل من خلال حيازتها له على مقابل مالي من

(1) انظر، عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق، ص53، محمد الروبي، المرجع السابق، ص42، محمود محمد فهمي، عقود البوت وتكييفها القانوني، بحث مقدم إلى مؤتمر القاهرة الدولي لعقود البوت المنعقد في الفترة من 28-29 أكتوبر، 2002، ص62.

(2) لمزيد من التفصيل انظر، عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق، ص53 وما بعدها، أحمد محمد حامد، المرجع السابق، ص39، دويب حسين، المرجع السابق، ص59.

جمهور المنتفعين يكون كافياً لأن تسترد شركة المشروع مصروفاتها ونفقاتها المترتبة على عملية التحديث والتطوير مع هامش ربح معقول وبالتالي فإن شركة المشروع لا تملك هذا المشروع وإنما تحوزة لفترة زمنية محددة في عقد (M.O.O.T) وذلك لأغراض التطوير والتحسين والتحديث⁽¹⁾.

وعادةً ما تلجأ الدولة إلى إبرام عقود (M.O.O.T) لأغراض تطوير وتحديث مشروعاتها ذات الطبيعة الفنية والتي تحتاج إلى تقنية متطورة حديثة لتواكب التقدم التكنولوجي السائد في العالم، ولأن هذه التكنولوجيا عادة ما تكلف أموالاً باهظة وإمكانات فنية عالية لا تستطيع الدولة المضيئة تديرها فتلجأ إلى إبرام عقد (M.O.O.T) مع مستثمر خاص غالباً ما يكون أجنبياً، وخصوصاً في دول العالم الثالث، وعادة ما يتم الاتفاق من خلال صيغة (M.O.O.T) على أن تقوم شركة المشروع بتدريب مجموعة من القوى العاملة الوطنية على كيفية التشغيل والصيانة مستقبلاً للعمل على إدامة عمل هذا المشروع في مرحلة ما بعد انتهاء امتياز (M.O.O.T) مما يخلق قاعدة تكنولوجية دائمة في الدولة المضيئة⁽²⁾.

ثالثاً: عقود التجديد والتملك والاستغلال (R.O.O)

تعد عقود (R.O.O) من العقود المستحدثة هي الأخرى، ففي مثل هذه العقود تقوم الدولة بإبرام العقد مع شركة المشروع عندما تكون الحاجة ملحة إلى تجديد هياكل بعض مشروعات البنية الأساسية المتعثرة أساساً، أو تلك التي تعاني صعوبات في التشغيل، مما عرضها للخسارة أو تلك المشروعات التي تكون بحاجة ماسة لإجراء التدعيم سواء من حيث تجديد المباني أو الآلات أو الأجهزة أو وسائل النقل أو المعدات أو غيرها من الاحتياجات المهمة والمحتاجة إلى التجديد، ويقتضي عقد (R.O.O) أن تقوم شركة المشروع بتملك المشروع محل العقد والقيام بتشغيله واستغلاله نظراً أن تمنح الدولة المضيئة مقابلاً مالياً كضمن نقلاً ملكية لشركة المشروع التي تقوم بتجديده واستغلاله وتقديم خدماتها أو منتجاتها إلى جمهور المنتفعين والحصول على المردود المادي الذي يعوضها عن نفقات ومصروفات التجديد

(1) لمزيد من التفصيل حول عقود (M.O.O.T) انظر، عصام أحمد، مرجع سابق، ص 25، عبدالفتاح بيومي،

مرجع سابق، ص 64، محمد الروبي، مرجع سابق، ص 54 .

(2) لمزيد من التفصيل انظر ماهر محمد، المرجع السابق، ص 40 وما بعدها، محمد الروبي، المرجع السابق، ص 55،

عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق، ص 65 وما بعدها.

وحصولها على هامش مستمر من الربح نظراً لأنها تمتلك المشروع نهائياً ولا تلتزم برده للدولة المضيفة⁽¹⁾.

رابعاً : عقود البناء والتملك والتشغيل (B.O.O) :

تعد تسمية (B.O.O) اختصاراً للكلمة الإنجليزية (Build, own, and operate) من العقود المستحدثة على الساحة الاستثمارية الدولية، وبموجب عقد (B.O.O) يتم التعاقد بين الدولة وشركة المشروع على أن تقوم هذه الأخيرة بتشيد المشروع محل العقد، ومن ثم تملكه والقيام باستغلاله وتشغيله خلال مدة زمنية، كما أن شركة المشروع لا تلتزم في نهاية الامتياز بإعادة المشروع إلى الدولة المضيفة وإنما بإمكانها أن تتصرف في ربة المشروع وإن كان الغالب الأعم في مثل هذه الصيغ من التعاقد أن تكون الدولة مالكة لنسبة معينة من المشروع، ممثلة في الأرض المقام عليها وبانتهاء مدة الامتياز تقوم شركة المشروع بدفع مقابل مالي للدولة المضيفة نظير ملكية الأرض بناءً على تقييم متكامل وشامل لموجودات المشروع وأصوله وخصومه.

خامساً: عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل (D.B.F.O)

هذا هو الآخر من العقود المستحدثة في مجال الاستثمار وتعد تسمية (D.B.F.O) اختصاراً للكلمة الإنجليزية (Design, Build, Finance, and Operate) وفي طار صيغة هذه العقود يتم التعاقد بين الدولة من جهة وشركة المشروع من جهة أخرى، على أن تلتزم شركة المشروع بأعداداً كافة التصاميم اللازمة للمشروع محل عقد، ثم في مرحلة لاحقة تقوم بتشيد المشروع وفقاً للتصاميم المعدة مسبقاً، وتمويل عملية البناء وبعدها تقوم شركة المشروع بعملية التشغيل والاستغلال وعادة ما تلجأ الدولة المضيفة لهذا النوع من الصيغ التعاقدية في المشروعات التي تتطلب إعداداً وتصميماً مسبقاً قبل التنفيذ كإقامة الجسور والانفاق والموانئ والمطارات، حيث يقع على شركة المشروع واجب الالتزام بتشيد المشروع وفقاً للتصاميم المتفق عليها تماماً، وبإمكان شركة المشروع في عقود (D.B.F.O) أن تسترد

(1) لمزيد من التفصيل حول عقد (R.o.o) انظر، عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق ص 68 وما بعدها، أحمد سلامة، العقود الادارية وعقود البوت (B.O.T)، دار النهضة العربية، ط 1، 2003، ص 5.

ما كانت قد أنفقتة من تمويل أثناء إعداد التصاميم أو أثناء فترة التشييد وذلك من خلال قيامها باستغلال هذا المشروع طيلة فترة الامتياز الممنوح وحصولها على هامش ربح⁽¹⁾.
وتجدر الإشارة في نهاية هذا المطلب إلى أنه توجد أنواع أخرى من العقود قريبة الشبه من عقود البوت لا يسع المقام لتعدادها جميعا لذا حاولنا من خلال هذه الدراسة أن نعطي القارئ صورة متكاملة حول مجموعة من هذه العقود التي رأينا بأنها الأكثر قرباً لعقود البوت والأكثر استعمالاً وشيوعاً في الناحية العملية .

المطلب الثاني: التكييف القانوني لعقود البوت:

كما سبق وأوضحنا من خلال هذه الدراسة بأن إشكالية التكييف القانوني لعقود البوت تعد من المسائل ذات الأهمية البالغة من الناحية القانونية والعملية، وليس كما قد يبدو للوهلة الأولى بأنها إشكالية نظرية فحسب وذلك لأن التحديد السليم والصحيح لعقد البوت وإدخاله ضمن تكييف قانوني محدد من شأنه أن يجعل من هذا العقد أكثر انضباطية من الناحية القانونية، حيث إن تكييف أي عقد من العقود إنما يتم عن طريق إسناده إلى نظام قانوني محدد يحكمه، ومن ثم يكون بإمكاننا معرفة طبيعة الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد البوت والوقوف على آثارها القانونية المترتبة بين أطراف العقد.

كما أن مسألة تحديد التكييف القانوني لعقد البوت إنما يمكننا من معرفة القانون الواجب التطبيق فيما لو نشبت منازعات بين طرفيه كما أنه يحدد القضاء المختص بنظر النزاع، ولا يكون هناك صعوبة في تحديد التكييف القانوني لعقد البوت متى ما تم إبرام العقد بين طرفين ينتميان إلى القانون الخاص فهنا وبكل بساطة يمكننا إسناد عقد البوت ضمن طائفة عقود القانون الخاص أي إننا نخضعه لأحكام القانون المدني أو القانون التجاري .

(1) لمزيد من التفصيل حول عقد (D.B.F.O)، البوت انظر، محمد الروي، المرجع السابق، ص57، عصام أحمد، المرجع السابق، ص24 وما بعدها، حمدي عبدالعظيم، المرجع السابق، ص111، دويب حسين، المرجع السابق، ص60 وما بعدها، عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق، ص70، ماهر محمد، المرجع السابق، ص3 وما بعدها.

إلا أن المشكلة تتور عندما يكون طرفاً عقد البوت ينتمي إلى نظامين قانونيين مختلفين أحدهما نظام القانون الخاص ممثلاً في شركة المشروع باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الخاص والطرف الثاني ينتمي إلى نظام القانون العام ممثلاً في الدولة أو إحدى مؤسساتها أو أجهزتها الإدارية حيث يتم إبرام عقد البوت غالباً بين الدولة المضيفة للبوت وبين شركة المشروع سواء كانت مستثمر محلي أو أجنبي وهو ما خلق الإشكالية القانونية حول إعطاء عقد البوت تكييفه القانوني السليم سواء باتتمائه إلى نظام القانون الخاص أو نظام القانون العام أو باعتباره عقداً ذا طبيعة قانونية خاصة تستوجب معاملة خاصة، ومن ثم إخضاعه لنظام قانوني خاص يتماشى مع طبيعته الخاصة، مما زاد من الخلاف بين فقهاء القانون الخاص الذين يؤكدون ويصرون على اعتبار عقد البوت من عقود القانون الخاص - وفقهاء القانون العام الذين يعتبرونه من عقود القانون العام بل ويستमितون على تأصيلهم الفقهي لهذا العقد، ويصرون على ذلك مما فاقم من الإشكالية وأطال في أمد الخلاف والشقاق الحاصل في تكييف هذا العقد الحديث نسبياً، لذا فإن فقهاء القانون العام يُصرون على اعتبار عقد البوت عقداً إدارياً (الفرع الأول) بينما فقهاء القانون الخاص يرون أنه عقد مدني وتجاري (الفرع الثاني) وبينما ذهب فريق ثالث من كلا الطرفين إلى اعتبار عقد البوت من العقود ذات الطبيعة الخاصة وهو ما سنتناوله في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: عقود البوت داخلة في نطاق العقود الإدارية:

ذهب جانب من فقهاء القانون العام⁽¹⁾ إلى اعتبار عقد البوت صورة حديثة لعقد الامتياز، لأنه عقد التزم مرافق عامة ومن ثم فإنه يدخل ضمن طائفة العقود الادارية بطبيعتها مما يستلزم أن يتبع في إبرامها طرق إبرام العقود الإدارية ومن ثم يجب مراعاة القواعد القانونية المنظمة للمناقصات والمزايدات ويؤسس أنصار هذا التوجه أسانيدهم القانونية لإدارية عقد التشييد والاستغلال والتسليم على أن هذا الأخير إنما تنطبق عليه شروط العقد الإداري

(1) لمزيد من التفصيل انظر جابر جاد، مرجع سابق، ص 100 وما بعدها، محمود محمد فهمي، مرجع سابق، ص 42، جيهان حسن سيد، عقود البوت وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، 2006، ص 46 وما بعدها، حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الادارية الدولية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، 2010، ص 4.

المعروفة حيث يتم إبرامه من قبل شخص من أشخاص القانون العام وهي الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة وذلك بقصد إدارة أو تسيير عمل مرفقاً عام وتتجه فيه إدارة الدولة إلى الأخذ بأسلوب القانون العام عند التعاقد وذلك بأن يتضمن العقد شرطاً أو عدة شروط استثنائية غير اعتيادية أو غير مألوفة في مجال عقود القانون الخاص.

وهو ما أكدته في هذا الصدد محكمة القضاء الإداري المصرية في العديد من أحكامها على أن صيغة العقد الإداري تختلف عن صيغة العقد المدني في أنه أي العقد الإداري يبرم بين شخص من أشخاص القانون العام وبين فرد أو شركة من أشخاص القانون الخاص يستهدف تحقيق المصلحة العامة بإدارة أو تسيير العمل في مرفق عام وأن كفتي المتعاقدين فيها غير متكافئة نظراً لأن العقود الإدارية إنما تراعي تحقيق المصلحة العامة والنفعة العام⁽¹⁾.

إلا أنه وعلى الرغم من تأكيد غالبية ساحقة من فقهاء القانون العام على أن عقد البوت إنما هو عقد إداري وهو عقد التزام المرافق العامة ومن ثم يجب إخضاعه للقانون الإداري فإن هذا التوجه قد قوبل بالانتقاد حيث انبرى جانب معتبراً من الفقه⁽²⁾ للرد على الأسانيد القانونية التي ساقها أنصار العقد الإداري حيث يرى المنتقدون بأنه مع التقارب الكبير بين عقد البوت من جهة وعقد امتياز المرفق من جهة أخرى ولكنه توجد بين العقدين فروقاً جوهرية لا يمكن تجاهلها.

حيث إنه وفي إطار عقد البوت تلتزم شركة المشروع لتمويل المشروع بأكمله ابتداءً بتشبيده وانتهاءً بتشغيله وما تتطلبه هذه العملية الطويلة والمكلفة من أموال باهظة يتحمل عبأها المستثمر الخاص دون غيره، بينما الحال على خلاف ذلك تماماً في عقد امتياز المرفق

(1) أحكام محكمة القضاء الإداري - الدعوى رقم (625)، لسنة 4 ق، جلسة 2-12-1962. الدعوى رقم (3480) لسنة (9 ق) جلسة 2-6-1967، والدعوى رقم (1184) لسنة (14 ق)، جلسة 25-6-1961، وكذلك الدعوى رقم (222) لسنة، (15 ق)، جلسة 13-12-1966.

(2) لمزيد من التفاصيل انظر، عصمت عبدالله، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، 2000، ص 86 وما بعدها، أكتثم الخولي، الاتجاهات الكبرى في قانون المشروع العام، دراسة منشورة في مجلة قضايا الدولة، ع2، 1999م، ص 30 وما بعدها، ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 170، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 20 وما بعدها.

العام، حيث أن الملتزم بتشغيل المرفق العام لا يتحمل بأية مصروفات أو نفقات لأنه لا يقوم بعملية البناء والتشييد أصلاً، مما يؤكد وجه الاختلاف بين عقد البوت من جهة وعقد امتياز المرفق العام من جهة أخرى.

كما أنه في معرض الانتقاد لمذهب العقد الإداري ذهب البعض⁽¹⁾ إلى القول بأن عقد البوت إنما يخضع كغيره من العقود لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين المنبثق عن سلطان الإرادة، والذي يقضي بعدم جواز نقض العقد أو تعديله بالإرادة المنفردة لأحد طرفيه وإنما بالاتفاق بين طرفيه ومن ثم ينكرون على عقد البوت صفته الإدارية لان واقع عقد البوت إنما يقوم على بين الدولة أو إحدى مؤسساتها أو إدارتها العامة كطرف عام من جهة وشركة المشروع كطرف خاص من جهة أخرى.

حيث إن الدولة قد رضيت ابتداءً بأن تكون على قدم المساواة مع الطرف الخاص من خلال الدخول في مفاوضات طويلة لإبرام عقد البوت مما يعد تنازلاً عن سيادتها وسلطانها الاستثنائية المعروفة في مجال عقود القانون العام، وهو ما يعرف بأسلوب الإدارة الخاصة، ومن ثم فأنها لا تملك أية سلطات استثنائية في مجال عقود البوت وإنما تخضع لأحكام هذا العقد ومتى ما أحلت الدولة بأي من شروطه قامت مسؤوليتها العقدية والتزمت بدفع التعويضات التي غالباً ما تكون كبيرة جداً مما يعني أن الدولة تقف على قدم المساواة مع المستثمر الخاص أو ما يعرف بشركة المشروع مما يؤكد عدم إدارية عقد البوت حسب ما يزعم فقه القانون العام.

كما أنه وفي بعض الأحيان فإن الدولة كطرف في عقد البوت قد لا تبتغي دائماً تحقيق المصلحة العامة والنفع العام من خلال إقامتها للمرافق العامة أو الحرص على إيدامة تسييرها وتشغيلها، وإنما قد تستهدف تحقيق الربح والاستغلال الاقتصادي للمشروع محل العقد من وراء إبرامها لعقد البوت مما ينتفي عنه صفته الإدارية مطلقاً، مما يعني أن الدولة قد نزلت إلى منزلة الأشخاص الخواص، وتنازلت عن سيادتها وسلطانها الاستثنائية المعروفة في إطار عقود القانون العام⁽²⁾.

(1) انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 94 وما بعدها، أكثم الخولي، المرجع السابق، ص 31 وما بعدها، ماهر

محمد حامد، المرجع السابق، ص 166 وما بعدها.

(2) انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 25 وما بعدها.

وهو ما أكدته حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية⁽¹⁾ في إحدى القضايا التي عرضت عليها بشأن عقد معين بأنه وإن كان هذا العقد قد أبرمته جهة إدارية ويتسم بصفة العقود الإدارية إلا أنه مملوكاً للدولة كملكية خاصة لا عامة فهي تتصرف فيه على نحو ما يتصرف الأفراد في أموالهم طبقاً لأحكام القانون المدني كما أن العقد محل النزاع قد تم إبرامه بأسلوب القانون الخاص، ولا يوحى باتجاه نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام عند إبرامه.

وفي حكم آخر أكدت فيه المحكمة الإدارية العليا المصرية⁽²⁾ بأن "العقارات التي تنشئها مجالس المدن لإسكان بعض موظفيها بقصد التخفيف من أزمة الإسكان لا تعتبر أموالاً عامة وفقاً لحكم المادة (87) من القانون المدني ذلك أن الأموال العامة وفقاً لهذا النص هي العقارات والمنقولات التي للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة التي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهوري أو قرار الوزير المختص فمعيار التعرف على صفة المال هو التخصيص للمنفعة العامة وهذا التخصيص لا يتوافر بالنسبة لهذه العقارات لأنها مخصصة لفئة معينة ومحددة من الموظفين، ومن ثم تدخل في الملكية الخاصة لمجلس المدينة كما أن العلاقة بين المنتفعين ومجلس المدينة تقوم على أساس تعاقدية، وهذا التعاقد لا يتسم بمميزات وخصائص العقود الإدارية، إذ يتعين لكي يعتبر العقد إدارياً أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيه، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره وتنظيمه وأن يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص وهو ما لا يتوافر في العقود محل المنازعة...، فإن تلك الشروط بخصوص هذه العقارات تعد شروطاً مألوفة مع نوعية من العقود المدنية المعروفة بعقود الاذعان، ومن ثم فإن هذه العقود تكون من قبيل عقود الإيجار التي تصف بشأنها قواعد القانون الخاص، ولا يغير من هذا النظر ما وصفت به العلاقة في العقود بأنها تراخيص إذ العبرة في هذا الشأن حقيقة العلاقة وفقاً للتكييف القانوني الصحيح (...)

(1) المحكمة الإدارية العليا، جلسة 24-2-1968م، لمزيد من التفاصيل حول هذا الحكم انظر، عصام أحمد المرجع

السابق، ص25، حمدي ياسين، المرجع السابق، ص30.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في الدعوى رقم (12) لسنة (4ق) - بتاريخ 3-4-1976م.

وفي معرض التعليق على هذا الحكم ذهب أحد الباحثين إلى القول بأنه لكي نعتبر العقد إدارياً فلا بد أن يبرمه أحد أشخاص القانون العام للدولة أو إحدى الجهات الادارية التابعة لها، وأن يستهدف تسيير مرفق عام أو تنظيمه وأن يستهدف تحقيق النفع العام والمصلحة العامة وأخيراً أن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص، وبالتالي إذا كان العقد لا يتضمن هذه الشروط وإنما يستهدف تحقيق المصلحة الخاصة كان عقداً من عقود القانون الخاص وبالتالي تخرج كافة المنازعات القانونية الناشئة بصده من دائرة وولاية القضاء الإداري لتكون ضمن ولاية دائرة القضاء العادي⁽¹⁾، هذا وفي اطار الحديث عن أسباب الخلاف المتجذر بين فقهاء القانون العام وفقهاء القانون الخاص ذهب أحد الباحثين⁽²⁾ إلى أن هذا الخلاف لا يعدوا كونه خلافاً نظرياً بحتاً ، وإنما ترجع الأسباب الحقيقية الكامنة وراء إشكالية التكييف القانوني لعقد البوت إلى أن لكل من الطرفين المختلفين من فقهاء القانون العام والخاص مصلحة في ضم هذا النوع من العقود إلى تخصصه العلمي الأكاديمي، حيث أن من يفوز بثمرة هذا الخلاف النظري سيتمكن من إدخال مادة عقود البوت ضمن تخصصه الأكاديمي كمادة ومقرر دراسي من مقررات كلية الحقوق فكلا الطرفين يتحيز ويتشيع لتخصصه العلمي لتوسيع مجاله بحجة حب العمل وحب التخصص والغيرة المحمودة على التخصص أي أن المصالح الأكاديمية -إنجاز لنا التعبير- هي التي تقف وراء هذا الجدل الكبير حول تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت.

الفرع الثاني: عقود البوت تدخل في نطاق القانون الخاص:

تحت وطأة الانتقادات التي وجهت إلى نظرية العقد الإداري اتجه فريق من فقهاء القانون الخاص إلى محاولة التأكيد على أن عقد البوت إنما هو عقد من عقود القانون الخاص يخضع في أحكامه إلى القانون المدني والقانون التجاري، ويختص القضاء العادي بالنظر إلى كافة المنازعات المتعلقة بهذا النوع من العقود أو يختص بها قضاء التحكيم التجاري بحسب الأحوال.

(1) انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 97.

(2) انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 103- 104 .

وقد أقام هذا التوجه من الفقه⁽¹⁾، أسانيد المؤيدة على أساس أن الدولة وبمجرد موافقتها على إبرام عقد البوت فإنها قد تنازلت عن سلطاتها السيادية والإدارية، وقد ارتضت أن تنزل منزلة الأشخاص الخاصة، وهو ما يؤكد تنازل الدولة لصالح شركة المشروع عن التمسك بأي من القوانين السيادية التي تضر بمصالح الطرف الثاني في العقد، فتقوم الدولة مضطرة بتعديل كافة قوانينها وخصوصاً تلك المتعلقة بالاستثمار لتكون موائمة ومتماشية مع صيغة عقود البوت أي متماشية مع مصلحة شركة المشروع كمستثمر خاص مما يؤكد الطبيعة الخاصة لعقد البوت وتنفي عنه أية صفة إدارية.

وليس أدل على ذلك من قيام الدولة المصرية بتعديل العديد من قوانينها الوطنية لتكون موائمة لبيئة البوت ومنها القانون رقم (155) لسنة 1996م، بشأن قطاع الكهرباء وكذلك القانون رقم (229) لسنة 1997 م بشأن الطرق والقانون رقم (3) لسنة 1997م بشأن المطارات.

كما أن العديد من أحكام عقود البوت عادة ما تنص على عدم جواز تطبيق التشريعات الوطنية التي قد تصدر مستقبلاً في الدولة المضيفة متى كانت ضارة بمصالح شركات المشاريع، كما جرى العمل على النص على عدم جواز أن تقوم الدولة أو إحدى مؤسساتها على إلغاء العقد أو تعديله من جانب واحد وإذا ما قامت الدولة بمخالفة هذا الحكم تتحمل كافة المسؤوليات القانونية المترتبة على ذلك وتلتزم بتعويض شركة المشروع عن كافة الأضرار المترتبة على هذه الخطوة الأحادية من طرف الدولة⁽²⁾.

وهو ما اعتمده المشرع الليبي في قانون تشجيع الاستثمار في المادة (23) والمعنونة بضممان المشروع حيث تنص على أنه "لا يجوز تأميم المشروع أو نزع ملكيته أو الاستيلاء الجبري عليه أو مصادرته أو فرض الحراسة أو التحفظ أو التجميد أو إخضاعه لإجراءات لها نفس التأثير إلا بموجب قانون أو حكم قضائي وفي مقابل تعويض عادل... ويحسب التعويض على أساس القيمة السوقية العادلة للمشروع عند اتخاذ الإجراء..." وهو ما نص عليه

(1) أحمد رشاد، عقد الإنشاء والإدارة والتحويل (B.O.T)، في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، 2014، ص190 وما بعدها، محمد عبد العزيز، فكرة العقد الإداري، دار النهضة العربية، 2000، ص23،

عصام أحمد، المرجع السابق، ص100.

(2) لمزيد من التفاصيل انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص103 وما بعدها.

كذلك قانون استثمار راس المال الأجنبي العماني بموجب المادة (12) منه والتي جاء فيها "لا يجوز مصادرة المشروعات المشار إليها ولا نزع ملكيتها الا للمنفعة العامة طبقاً للقانون ومقابل تعويض عادل..."

كما أن أنصار مدرسة القانون الخاص⁽¹⁾، يرون بأن عقد البوت يعد داخلياً في دائرة القانون الخاص وليس القانون العام استناداً إلى أن الدولة عند لجؤها إلى إبرام عقد البوت إنما تكون مضطرة للنزول إلى مصاف الأشخاص الخواص تحت ضغط المصلحة العامة للدولة وسعيها الحثيث لإقامة مشاريع بنيتها الأساسية والتي لا تستطيع هي القيام بها بمفردها وتكون بحاجة ماسة إلى ضرورة تمويل القطاع الخاص لهذه المشروعات الحيوية المتمثل في شركات المشاريع، أو المستثمرين الخواص الذين عادة ما يكونون شركات أجنبية متعددة الجنسيات، أو عابرة للقارات لذا تضطر الدولة الى التعامل على قدم المساواة مع هؤلاء المستثمرون الخواص الذين لن يوافقوا بأي حال من الأحوال على تمويل هذه المشروعات الباهظة التكاليف مادامت الدولة ستتعامل معهم من خلال عقد البوت باعتبارها شخص عام ذو سيادة يتمتع بسلطات استثنائية أو امتيازات غير مألوفة، الأمر الذي يضطر الدولة إلى الرضوخ والتعامل مع شخص من أشخاص القانون الخاص للحصول على الدعم والتمويل والتطوير، وهو ما يؤكد الطبيعة الخاصة لعقد البوت وأنه من طائفة عقود القانون الخاص.

هذا ويذهب آخرون⁽²⁾ إلى أنه ليس أدل على كون عقد البوت إنما ينتمي إلى طائفة عقود القانون الخاص في أنه غالباً ما ينص في هذه العقود على أن هذا العقد عقد مدني وأن الاختصاص بنظر منازعاته إنما ينعقد لقضاء التحكيم التجاري الدولي أو القضاء العادي بحسب الأحوال ، وهو ما يؤكد عملاً العقد المبرم بين الجانب المصري ممثلاً في الحكومة المصرية وشركة المشروع الملزمة بتشبيد وبناء وتشغيل مطار مرسى علم المصري وفقاً لصيغة

(1) هاني صلاح، المرجع السابق، ص 180 وما بعدها، سامي عبد الباقي، الإطار التشريعي والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية ، الممولة من القطاع الخاص (B.O.T) ، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي للمشروعات، المنعقد في شرم الشيخ لعام 2011م، ص 35، محمد الروبي، المرجع السابق، ص 79، دويب حسين، المرجع السابق، ص 179.

(2) لمزيد من التفاصيل انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 100 محمد الروبي، المرجع السابق، ص 80، دويب حسين، المرجع السابق، ص 179 وما بعدها.

نظام البوت، حيث ورد بهذا العقد حكمٌ يقضي بأنه في حالة نشوب نزاع بين أطرافه حول تفسير أحكام العقد وجب أولاً اللجوء إلى طريق التفاوض كطريق ودي لإنهاء النزاع وإلا يتم إحالة النزاع إلى شخص أو هيئة يتفقان عليها للفصل فيه إذا فشلت هذه المساعي يتم اللجوء إلى قضاء التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن نظرية القانون الخاص لم تسلم هي الأخرى من سهام النقد من قبل المؤيدين لإدارية عقد البوت حيث يذهب جانب من هذا الفقه⁽¹⁾، إلى القول بأن إخضاع عقد البوت لقواعد القانون الخاص المدني هو قولاً لا يستقيم حيث أن نصوص هذا القانون قد جاءت خلو من أي تنظيم لعقد البوت الذي يعد عقداً حديث نسبياً مما يؤدي عملاً على اعتبار هذا العقد في ضمن عقود القانون الإداري إلا أنه مع احترامنا لهذا الرأي فإن أنصار مدرسة القانون الخاص قد ردوا على هذه الحجة بالقول بأن القانون المدني قد نظم نوعان من العقود أحدهما شائع الاستعمال وهي طائفة العقود المسماة والتي حظيت بتنظيم تشريعي متكامل بموجب نصوص القانون المدني ونوع آخر من العقود وهي العقود غير المسماة وهي عقود ليست شائعة الاستعمال ومع ذلك فإنها لا تخرج من نطاق القانون المدني كما أن أنصار القانون العام قد ذهبوا إلى القول بأن الحجة المسندة إلى أن عقد البوت محكوم بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين مما يؤكد طابعه الخاص بأنه قولاً لا يستقيم عملياً، لأن الدولة باعتبارها صاحبة السلطة والامتيازات بإمكانه أن تعدل في عقد البوت بإرادتها المنفردة دون الرجوع إلى المتعاقد الأخرى مما يعزز بأن عقد البوت من طائفة العقود الإدارية وقد تم الرد على هذه الحجة بالقول أن الدولة لا تستطيع أن تعدل أو تلغي عقد البوت في جانب واحد وذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين وإذا ما أقدمت الدولة على هذه الخطوة غير المسؤولة وغير المحسوبة فإنها تتعرض للمسؤولية القانونية قبل شركة المشروع وما يترتب على ذلك من دفع التعويضات الكبيرة.

(1) لمزيد من التفاصيل حول هذه الآراء الفقهية والرد عليها انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 105 وما بعدها، دويب حسين، المرجع السابق، ص 209 وما بعدها، خالد العظيمة، المرجع السابق، ص 70 وما بعدها، أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 380 وما بعدها، أحمد رشاد، المرجع السابق، ص 190 وما بعدها.

الفرع الثالث: عقود البوت ذات طبيعة قانونية وتكييف قانوني خاص:

نتيجة للجدل الفقهي الواسع حول إشكالية التكييف القانوني لعقود البوت حاول جانب من الفقه أن يتخذ موقفاً وسطاً بين الاتجاهين المتضارين بأن أعتبر عقود البوت عقود ذات طبيعة خاصة تتميز بها عن سائر العقود، وليس بالضرورة إقحام هذه العقود تحت طائلة القانون العام أو القانون الخاص.

حيث يذهب أنصار هذا الاتجاه⁽¹⁾ إلى القول بضرورة معرفة الهدف أو الغاية من إبرام عقد البوت والتي يهدف الأطراف إلى تحقيقها حيث أن الدولة عندما تُقدم على إبرام عقد البوت فإنها تسعى إلى تشييد مرفق عام أو تشغيله لإدامة عمله ودون رغبة في أن تتحمل الأعباء المالية الكبيرة المترتبة على ذلك، فتطلب تمويلًا من القطاع الخاص، بينما يسعى الطرف الآخر وهو شركة المشروع إلى تحقيق أكبر عائد ربحي من مشروع البوت فالدولة تسعى إلى الاقتصاد في النفقات الاقتصادية وشركة المشروع تسعى إلى تحقيق منافع اقتصادية أي أن كلا الطرفين تحوده الرغبة في الاستفادة التجارية من وراء إبرام عقد البوت مما يدخل هذا العقد في طائفة عقود الاستثمار، لأن الدولة عند إبرامها لعقد البوت تكون قد رضت مسبقاً بالتنازل عن سلطاتها وامتيازاتها والوقوف على قدم المساواة مع المستثمر الخاص في إطار مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وبأسلوب إبرام العقود الخاصة مما يعني أن عقد البوت يعد من العقود القانون ذات الطبيعة الخاصة.

هذا ويذهب آخرون⁽²⁾ إلى أن عقود البوت تعد عقوداً ذات طبيعة خاصة على الرغم من أن جذورها التاريخية تستمد من عقود امتياز المرافق العامة، ولكن عقود البوت بصيغتها المستحدثة إنما تختلف اختلافاً كبيراً عن أصلها التاريخي عقود الامتياز، كما أن مفهوم التمويل الخاص لمشروعات البنية الأساسية وبشكله المعاصر يعد مفهوم هو الآخر حديث نسبياً، لأن الدولة التي ترمع إبرام عقد البوت إنما تدخل في مفاوضات قانونية وفنية ومالية شاقة للغاية والتي تسفر في نهاية المطاف إلى التعاقد مع إحدى الاتحادات المالية الخاصة

(1) لمزيد من التفاصيل انظر، عصام احمد، المرجع السابق، ص 107.

(2) أنيس حكيم، العقود الإدارية، دراسة مقارنة في نظم المزايدات والمناقصات في عقود البوت (B.O.T)، دار النهضة العربية، ط2، 2012، ص 80 وما بعدها، عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق، ص 140-141.

والذي يسمى شركة المشروع ومن ثم فإن مفهوم عقود البوت يعد مفهوماً مستحدثاً وجديد على المجالات المعرفة القانونية مما يتطلب تنظيمه بقواعد خاصة تراعي طبيعته الخاصة.

كما أن جانب من الفقه⁽¹⁾ اتجه إلى القول بأن عقود البوت تارة تدخل في طائفة العقود الإدارية وتارة أخرى في عقود التجارة الدولية، وذلك حسب كل حالة على حدى وفقاً لصيغة الشروط المدرجة في عقد البوت، مما يعني أن تكييف عقد البوت من الناحية القانونية يكون مختلفاً حسب مقتضى العقد وظروف إبرامه وبحسب نوع المشروع المراد تشييده وتشغيله فعقود البوت ليست ذات طبيعة واحدة ومن ثم لا تخضع لنظام قانوني محددًا بشكل دقيق مما يستوجب إخضاعها إلى قواعد قانونية خاصة تستجيب لطبيعتها الخاصة وذلك لإمكانية وضع تكييف قانوني سليم ومحدد لهذه الطائفة من العقود المستحدثة.

هذا ويرى أنصار الطبيعة الخاصة لعقود البوت⁽²⁾ بأنه وبالنظر إلى الغرض المراد تحقيقه من قبل أطراف العقد فإن عقود البوت تدخل ضمن طائفة عقود الاستثمار، وإذا نظرنا إلى أطراف العقد نجد الدولة طرفاً في عقد البوت مما يوحي بأن عقد البوت من طائفة العقود الإدارية، أما إذا ما نظرنا إلى أسلوب التعاقد في صيغ البوت فيمكننا القول بأن عقد البوت إنما يدخل ضمن طائفة عقود القانون الخاص.

وهو ما يؤكد الطبيعة الخاصة لعقد البوت لأنه ليس بالإمكان إصباغه بصيغة محددة ضمن عقود القانون العام فقط أو القانون الخاص فقط وإنما يجب النظر إليه باعتباره من العقود الحديثة ذات الطبيعة الخاصة هذا ويؤكد أنصار الطبيعة الخاصة لعقد البوت بأن الموضوعات المتنوعة التي يضطلع بها نظام البوت كأحد الأنظمة الرائدة في مجال التمويل الخاص لمشاريع البنية الأساسية أو تلك التي أسفر عنها نظام البوت، إنما تستدعي أن تراعى طبيعته القانونية الخاصة والتي تختلف في عقود القانون العام والخاص معاً.

ومن هذه المسائل المتنوعة والشائكة والتي أسفرت عنها عقد البوت ضرورة وضع قواعد قانونية لتنظيم الوضع القانوني لأرض المشروع ومسألة جواز تحويل الأموال التي يدرها

(1) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 385-386، أنيس حكيم، المرجع السابق، ص 83، أحمد عصام، المرجع السابق، ص 102.

(2) لمزيد من التفاصيل انظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 107 وما بعدها، ماهر محمد، المرجع السابق، ص 180 وما بعدها، عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق، ص 142 وما بعدها.

هذا المشروع إلى خارج أراضي الدولة المضيفة وكيفية فض منازعات البوت وآلية إعادة المشروع إلى الدولة المضيفة بعد انتهاء امتياز البوت وتحديد مدة عقد البوت ومدى جواز الحجز على الأموال والتأمينات العينية لمشروع البوت وغيرها مما يستوجب تحديد النظام القانوني لهذه العقود كل على حده، وهو ما يؤكد دون شك الطبيعة الخاصة لعقد البوت، وأنه من غير الممكن إخضاعه ضمن نطاق القانون العام أو نطاق القانون الخاص.

ويخلص أنصار هذا الاتجاه⁽¹⁾ إلى اعتبار عقود البوت من العقود ذات الطبيعة الخاصة لأنها تبرم من خلال نظم قانونية مختلفة مما يجعل وضع قاعدة عامة وبمجردة لتحديد تكييف عقد البوت، على أنه ضمن عقود القانون العام فقط أو القانون الخاص فقط لأنه وكما ظهر لنا سابقاً فإن عقود البوت في بعض الأحيان يغلب تكييفها على أنها عقود إدارية وتارة أخرى يغلب القول بأنها عقود مدنية أو تجارية أو استثمارية وهو ما يؤكد لنا الطبيعة الخاصة لعقود البوت.

المطلب الثالث: التقييم الخاص للباحث

حول اشكاليات الدراسة:

لعله ومن نافلة القول أن نؤكد بأن التعاقد بنظام البوت يعد من الأنظمة التعاقدية الحديثة نسبياً، حيث أن هذا النظام من الأنظمة الرائدة حقا كأسلوب متطور وفعالاً لتمويل لمشروعات البنية الأساسية والاستثمارية والسياحة والترفيهية أيضاً عن طريق إشراك القطاع الخاص وجعله الممول الرئيسي لهذه المشروعات الحيوية ونظراً لما يتمتع به نظام البوت من أهمية بالغة في ارساء دعائم التنمية الاقتصادية المستدامة في الدول المضيفة له وخصوصاً منها الدول النامية والأقل نمواً حيث يمكن نظام البوت هذه الدول من إقامة بنيتها الأساسية على أسس من الحدائة - إن جاز لنا التعبير - لأنه وبمساعدة القطاع الخاص الممثل في شركات المشاريع أصبح بإمكان الدول المضيفة أن تتمتع بنقل آمن للتكنولوجيا المتطورة، بل وصار هناك أمل

(1) انظر، عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق، ص 140 وما بعدها، احمد سلامة، المرجع السابق، ص 384 وما بعدها، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 104 وما بعدها، أحمد رشاد، المرجع السابق، ص 197، ماهر محمد، المرجع السابق، ص 180 وما بعدها.

حقيقي لدى هذه الدول في توطين وتوليد هذه التكنولوجيا الوافدة إليها عن طريق نظام البوت.

كما أن مشروعات البوت إنما تسهم في الرفع من كفاءة العمالة الوطنية، ومنحها الثقة اللازمة للمنافسة في سوق الاستثمار الدولي، بل وتقضي على مشاكل البطالة والتضخم، بل إن نظام بوت قد شجع القطاع الخاص المحلي على الشراكة مع شركات المشاريع لإنجاز الكثير من تعاقدات البوت.

وأن من شأن ذلك ولا شك أن يرفع من قدرة هذه الشركات المحلية على التنافسية وتحقيق عوائد ربحية لا بأس بها، مما يحسن من الدخل القومي ومستوى المعيشة في الدول المضيفة للبوت وخصوصا الدول النامية والأقل نموا وهو حقيقة ما دعى الباحث إلى تأييد اللجوء إلى صيغة البوت لإقامة كافة المشاريع التنموية والاستثمارية على حد سواء لأن هذا النظام من وجهة نظر الباحث يعد نظاما رائدا وفعالاً للتمويل يجنب الدول المضيفة له أعباء القيام بتشديد وتشغيل المرافق الحيوية والخدمات الأساسية التي يحتاجها جمهور مواطنيها.

الا أنه وعلى الرغم من تشجيع الباحث لهذا النوع من صيغ الشراكة الاقتصادية فإن التسرع والتهافت من قبل الدول المختلفة على إبرام عقود البوت إنما له عواقب وخيمة على الدول المضيفة للبوت متى ما تم الالتجاء إلى صيغة البوت دون دراسة متأنية ومستفيضة لمدى احتياجاتها للتعاقد بهذه الصيغة فعلاً ودون إعداد متكامل وشامل لإجراء عملية التفاوض لإبرام هذا النوع من العقود ذلك من خلال إعداد الكوادر الوطنية المؤهلة تأهيلاً عالياً ومتميزاً في شتى المجالات القانونية والإدارية والمالية والمصرفية والهندسية وغيرها من المجالات اللازمة للإعداد للرقابة أو للتفاوض في اطار عقود البوت.

كما أنه يجب لتلافي مخاطر البوت أن يصاغ العقد بالشكل الذي يحفظ للأطراف قدر متساويا من التوازن العقدي ، وأن يكون مبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو الفيصل في حل كافة إشكاليات عقد البوت وعدم لجوء الدولة المضيفة بأي شكل من الأشكال إلى تعديل بنود هذا العقد أو إنهاؤه من طرف واحد دون الرجوع إلى شركة المشروع، لأن لهذا الأمر عواقبه الوخيمة على الدولة المضيفة للبوت ويحملها بالمسؤولية القانونية عن تعويض الطرف الأخر عن كافة الأضرار التي لحقت من جراء ذلك وما يعنى ذلك من دفع مبالغ مالية باهظة جدا لهذه الشركات الرأسمالية المسيطرة على الاقتصاد العالمي، لذا يجب على الدولة المضيفة أن تحسن اللجوء إلى الطرق الودية لفض منازعتها مع المستثمر الاجنبي عن طريق

التفاوض والتوفيق والوساطة بعيداً عن اللجوء الى القضاء العادي أو قضاء التحكيم التجاري والذي غالباً لا يكون في مصلحة الدولة المضيفة للبوت

أما بخصوص مدى تحديد المفهوم القانوني الدقيق للعقد البوت من خلال جملة التعريفات التي أضفيت على عقد البوت والتي سبق وأن ذكرنا بأنها قد جاءت متأثرة بدرجة كبيرة بالتوجهات الفقهية السائدة والداعية الى اعتبار عقد البوت من ضمن عقود القانون العام، حيث جاءت أغلب هذه التعريفات مؤكدة على أن عقد البوت إنما يبرم بين الدولة من جهة وشركة المشروع من جهة أخرى، وأن هذا القول وإن كان يستقيم في غالبية عقود البوت إلا أنه قد لا ينطبق على البقية الباقية في عقود البوت التي تبرم بين أشخاص من القانون الخاص، مما يعتبره الباحث مصادرة للواقع في عقود البوت ولا يعفي بالمفهوم القانوني الواسع للعقد البوت والتصور الحقيقي لمضمونه.

كما أن الباحث يرى بأن ارتباط عقود البوت بمشروعات البنية التحتية أو الأساسية قول قد يجافي الواقع في كثير من الأحيان، لأن الدولة قد تتعاقد بصيغة البوت من أجل إقامة مشاريع اقتصادية ربحية لا تستهدف المصلحة العامة بالمعنى الفني الدقيق، وإنما تستهدف تحقيق العائد الربحي فقد تتعاقد الدولة أو إحدى المؤسسات أو الجهات الإدارية التابعة لها على إقامة مشاريع ترفيهية أو سياحية لا ترتبط بمفهوم المرافق العامة إطلاقاً، وهو ما يؤكد التعريف الذي قالت به لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري والتي لم تحدد كون المشروع المزمع إقامته بنظام البوت أن يكون مرفقاً عاماً أو مشروعاً من مشروعات البنية الأساسية، وإنما وصفته بعبارة (مشروع معين) وذلك على النحو المشار إليه ضمن طيات هذه الدراسة مما وسع كثيراً من مفهوم عقد البوت الأمر الذي يدعونا الى النظر إلى عقد البوت بمفهوم واسع ليشمل كافة المشاريع ذات الطابع العام أو ذات الطابع الاقتصادي الصرف على حدّ سواء.

أما بخصوص الإشكالية القائمة حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد البوت من حيث محاولة إيجاد التكييف القانوني السليم لهذا النوع من العقود المستحدثة الذي اختلفت حوله المشارب الفقهية بين اعتباره من ضمن عقود القانون العام أو اعتباره من ضمن طائفة عقود القانون الخاص، أو أنه عقد ذو طبيعة قانونية خاصة مستقلة عن عقود القانون العام والخاص.

ويرى الباحث اتجاه هذه الإشكالية بأن عقود البوت تعد من عقود القانون الخاص لأنه وبعيداً عن التشعب للتخصص العلمي وبموضوعية تامة فإن عقود البوت وحسبما أوضحنا

من خلال هذه الدراسة إنما يتم إبرامها ابتداءً بطرق إبرام عقود القانون الخاص لأن الدولة وفي الحالات التي تكون فيها طرف في عقد البوت إنما تنزل بإرادتها عن كافة امتيازاتها وسلطاتها المعهودة في إطار عقود القانون العام، فتقف بذلك على قدم المساواة مع شركة المشروع وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين المعروف في عقود القانون الخاص.

كما أن عقد البوت لا يتضمن اية شروط استثنائية أو غير مألوفة وهي سمة عقود القانون العام لأن الدولة تتساوي هي وشركة المشروع في ذات المركز القانوني ولا توجد أية شروط استثنائية تخول الدولة الحق في إنهاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة لأنها تعلم مسبقاً أن ذلك سيكلفها الكثير والكثير وبالعكس من كل ذلك فإن الدولة من الناحية الواقعية إنما ترسخ للمستثمر الخاص ابتداءً من جولات المفاوضات الأولى فتظل تُمنّي شركات المشاريع بالحوافز الاستثمارية السخية والمبالغ فيها للغاية بقصد اجتذاب الاستثمار الاجنبي وعدم عزوفه عنها فتقدم له الدعم الحكومي اللا محدود والمجاني وتقدم له القروض الكبيرة بفوائد منخفضة للغاية.

بل أكثر من هذا تلتزم أمامه حتى بشراء المنتج أو الخدمة وبالأسعار التي يحددها الشريك الأجنبي، فتتحمل بذلك أعباء مالية ضخمة دون مبرر مقبول ولا معقول أساساً مما يؤكد لنا بأن عقود البوت إنما تدخل تحت عباءة عقود القانون الخاص ومن ثم تحكمها نصوص القانون المدني والقانون التجاري حسب مقتضى الحال ومن ثم فإن القول بإدارية عقود البوت قول لا يستقيم بأي حال من الأحوال مع الواقع والقانون وإن مجرد ترديده في الأوساط الفقهية -والتي نجّلها ونحترمها ولا شك- إنما يعد مصادرة على المطلوب لا نجد له من جانبنا أي مبرر منطقي.

كما أنه وللرد على حجج القائلين بإدارية عقود البوت استناداً إلى أن الدولة بإبرامها لهذا النوع من العقود إنما تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة مما يصبغ العقد بصبغة عقود القانون العام ومع احترامنا الشديد للقائلين بهذه الحجة إلا أن الباحث لا يشاطرهم في الأخذ بهذا الرأي في الأكثر وذلك لأن عقود البوت تعد من عقود الاستثمار التي يستهدف المستثمر الأجنبي من خلالها تحقيق الكسب الاقتصادي المتمثل في الربح.

أما بالنسبة للدولة المضيفة للبوت فإنها وإن كانت في الغالب الأعم يستهدف تحقيق المصلحة العامة وخصوصاً عند إقامتها لمشاريع البنية الأساسية تحديداً ولكن واقع الحال قد أوقع الدول المضيفة للبوت، ومنها الدول النامية في غير مرادها لأن الدولة قد أضاعت

هيبتها ابتداءً ومنذ نزولها عن سلطاتها وسيادتها وارتضاها الوقوف على قدم المساواة مع الشريك الأجنبي وهو شركة المشروع وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة فكيف تستطيع الدولة يا ترى أن تحقق المصلحة العامة في ظل نظام البوت، مما يعني أن القول بذلك هو مجرد تصور غير حقيقي لواقع الحال الذي يتمتع فيه المستثمر الأجنبي بالقوة الاقتصادية المفرطة في اتجاه الدولة الضعيفة اقتصادياً وتفاوضياً مما اضطرها إلى الرضوخ لإرادة المستثمر الأجنبي حتى إنها عدلت قوانينها التي تحمي المصلحة العامة لتكون متماشية مع اقتصاد السوق الرأسمالي والذي لا يعرف إلا مصلحة واحدة وهي الربح الوفير.

هذا ونود الإشارة إلى أنه في بعض عقود البوت فإن الدولة لا تستهدف المصلحة العامة وإنما تستهدف تحقيق الربح كما هو الحال في المشاريع الاقتصادية السياحية والترفيهية والرياضية وغيرها، مما يعزز القول بأن عقود البوت إنما هي ضمن طائفة عقود القانون الخاص ناهيك إذا علمنا بان الكثير من صيغ البوت إنما تنص صراحة على تطبيق نصوص القانون المدني والقانون التجاري كما أن الاختصاص بنظر المنازعات حولها معقود لقضاء التحكيم التجاري وليس للقضاء الإداري كما يتوقع القائلين.

أما بخصوص القائلين بالطبيعة الخاصة لعقود البوت وإن كانوا أفضل حالاً من القائلين بإدارية عقود البوت إلا أنهم - ومع احترامنا الشديد لمسلكتهم العلمي في التكييف القانوني لعقد البوت - فإنهم قد تبنوا مسلكاً مختلطاً بحسب رأي الباحث حيث يحاولون التوسط بين مذهبين أحدهما يعلي إدارية البوت والآخر ونحن من أنصاره يرى عقد البوت من عقود القانون الخاص حيث إن القائلين بالطبيعة الخاصة لعقد البوت لم يحددوا لنا بشكل دقيق ماهية الطبيعة القانونية لعقد البوت، هذا بالإضافة إلى أنهم لم يحددوا وبشكل دقيق لا لبس فيه النظام القانوني الذي يمكن أن يطبق على عقود البوت، مما فاقم من إشكالية تحديد الطبيعة القانونية لعقد البوت أكثر من أن يساهم في حلها حيث نهل هذا المسلك الفقهي من كلى المنهلين فجاء مختلطاً بينهما ولم يوصل الجدل القائم إلى بر الأمان حسب رأي الباحث.

الخاتمة

نأتي إلى خاتمة هذه الدراسة التي كنا قد تناولنا فيها موضوع عقود البوت وتكييفها القانوني والتي تعد من المسائل ذات الأهمية الكبيرة نظراً للآثار القانونية المترتبة على التحديد الدقيق لمفهوم عقد البوت من حيث تعريفه وأهميته، وفي ذات الوقت مخاطره على الدولة المضيفة له ناهيك عن ضبط تكييفه القانوني ومدى اعتباره من ضمن طائفة عقود القانون الخاص، أو طائفة عقود القانون العام، أو اعتباره عقد ذو طبيعة مستقلة وخاصة والتداعيات القانونية لكل ذلك على مستقبل نظام البوت كأحد الأنظمة الرائدة في مجال تمويل مشروعات البنية الأساسية، والمشروعات الاقتصادية وخصوصاً في بلداننا النامية والتي بحاجة ماسة للغاية لتنفيذ خطط التنمية الاقتصادية المستدامة والضرورة الملحة لهذه البلدان لتقديم الخدمات الأساسية إلى جمهور مواطنيها في ظل الأزمات الاقتصادية الخانقة التي تعصف بالاقتصاد العالمي، عموماً مما كان له بالغ الأثر على قدرة الموازنات العامة لهذه الدول على مواجهة الأعباء المالية الضخمة التي تتطلبها إنجاز مشروعات البنية التحتية، وقد خلصنا من خلال هذه الدراسة إلى العديد من النتائج، كما أننا أوصينا بجملة من التوصيات التي نأمل الأخذ بها أو على الأقل الاهتمام بها في حل إشكاليات هذه الدراسة والتي لها انعكاساتها القانونية والواقعية الخطيرة على كافة مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية في الدول المضيفة للاستثمارات الاجنبية.

أولاً: النتائج:

1- يعد نظام البوت من الأنظمة التعاقدية الرائدة والتي تعود بالنفع الكبير على الدول المضيفة له باعتباره نظاماً متميزاً لتمويل مشاريع البنية الأساسية بل والاستثمارية عموماً، وذلك لما يتمتع به هذا النظام من مميزات عملية فريدة من شأنها أن تخفف عبء الموازنة العامة والقضاء على البطالة وتوطين التكنولوجيا في الدول المضيفة للبوت وخصوصاً متى كانت هذه الدولة من الدول النامية أو الأقل نمواً.

2- كما يتميز نظام التعاقد بصيغة البوت بأنه يؤسس للتنمية الاقتصادية المستدامة من خلال رعايته وتمويله لمشروعات البنية الأساسية والاستثمارية مما يقوي من قيمة العملة المحلية ويقضي على التضخم الذي تعاني منه العديد من دول العالم المتحضرة منه والنامية، لأنه يعد مؤشراً على الجدوى الاقتصادية ناهيك عن أنه يوفر الخدمات الأساسية لمواطني الدول

المضيضة للبت، كما أنه يشجع على خلق البيئة المثالية الاقتصادية للمنافسة المشروعة مما يحفز روح العمل لدى المؤسسات الحكومية أو الخاصة للمنافسة في سوق الاستثمار الدولي إن جاز لنا التعبير.

3- ولكنه بالرغم من الفوائد الكبيرة التي يحققها نظام البوت للدولة المضيفة، فإن له مساوئ بالغة الخطورة متى ترك دون ضوابط قانونية تمكن من الاستفادة المثلى منه، حيث أن التسرع والتهافت على إبرام عقود البوت دون دراسة مستفيضة ومتأنية من قبل الدولة المضيفة قد يجعل من نظام البوت وبالأعلى الدولة المضيفة متى ما أسرفت هذه الدول في تقديم التنازلات التفاوضية للمستثمر وخصوصاً الاجنبي دون الحصول منه على ما يعادل ذلك من الاستفادة المثلى من نظام البوت، كما يجب على الدولة المضيفة في حالة رغبتها شراء المنتج أو الخدمة من شركة المشروع أن تكون بأسعار مناسبة غير مبالغ فيها.

4- كما يؤدي التسرع في إبرام عقود البوت دون رقابة أو دراسة مسبقة إلى الإضرار بالاقتصاد الوطني وتحميله أعباء مالية كبيرة، كانت الدولة المضيفة ترغب في تجنبها والتخلص منها ابتداء كالتزام الدولة المضيفة بشراء المنتجات أو الخدمات بأسعار مرتفعة جداً، أو المبالغة في الدعم الحكومي أو الموافقة على امتداد امتياز البوت لسنوات طويلة للغاية مما يمكن الأجنبي من الاستحواذ على المقدرات الاقتصادية للبلد المضيف ورهن مستقبلها ومستقبل الأجيال القادمة لصالح استثمار اقتصادي بغيض.

5- تعد مسألة التكييف القانوني لعقد البوت من المسائل المهمة للغاية، وليست ترفاً فكرياً أو جدلاً فقهيها نظرياً بحتاً نظراً لما لها من آثار قانونية تستوجب الوقوف عندها، حيث إن تحديد التكييف القانوني السليم لعقد البوت من شأنه أن يحدد القانون الواجب التطبيق على منازعات البوت، وكذلك تحديد القضاء المختص بنظر المنازعات كما انه يحدد في ضوءه حقوق والتزامات كل من الطرفين ناهيك إذ علمنا بأن هناك شبكة معقدة للغاية من العلاقات التعاقدية تنشأ في كنف نظام البوت، وعلى النحو المبين في طيات هذه الدراسة.

6- لقد غلب على التيارات الفقهية المعنية بإيجاد تكييف قانوني سليم لعقود البوت نزعة الانتصار للتخصص—إن جاز لنا التعبير— فمن يدعون بأن عقد البوت من ضمن طائفة القانون العام وهو عقد إداري وهم زملائنا في تخصص القانون العام يصرون على موقفهم دونما ترحيح ولو قيد ائمة، ويؤكدون على أن عقد البوت عقد إداري، كما أن من يدعون إلى اعتبار عقد البوت عقد يدخل في طائفة عقود القانون الخاص وهم زملائنا في تخصص

القانون الخاص قد انتصروا لتخصصهم على الرغم مما ساقوه من حجج منطقية وقانونية إلا أن نزعة الغيرة على التخصص كانت غالبية ولا شك الأمر الذي ترتب عليه بعد الشئقة بين الطرفين وعقد إشكالية التكييف القانوني لعقد البوت مما جعلها مشتتة ومستمرة حتى تاريخ إعدادنا لهذه الدراسة .

7- غياب التنظيم القانوني لعقود البوت في التشريعات الداخلية زاد من تعقيد إشكالية التكييف القانوني لعقود البوت، حيث إن أغلب قوانين الاستثمار محل الدراسة جاءت خلوة من التنظيم التشريعي الدقيق لهذا النوع من العقود التي تحدد المستقبل الاقتصادي لهذه الدول المضيفة للاستثمارات الخارجية .

ثانياً: التوصيات:

1- ضرورة إيجاد تشريع قانوني يكون جامعاً مانعاً لكافة الأحكام القانونية لعقود البوت يعده مجموعة من المختصين في المجال القانوني والمالي والمصرفي والفني وبإشراف واستشارة المنظمات الدولية المعنية بشؤون الاستثمار الدولي، ويكون مستقلاً عن قوانين الاستثمار المعمول بها أو على أقل تقدير يكون معدلاً تعديلاً جذرياً في هذه القوانين القائمة حالياً سواء في ليبيا أو مصر أو سلطنة عمان، وبما يتماشى مع المستجدات التي طرأت على هذا العقد ويكون ناظماً لكافة الجوانب القانونية لنظام البوت، ويكون ضامناً لحقوق كلا الطرفين الدولة المضيفة، وشركة المشروع مما يسهل علينا فض إشكالية التكييف القانوني له والاثار القانونية المترتبة عليها وبأن يتيح للأطراف قدراً من التساوي في المراكز القانونية بأن يجعل من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أساساً في حل كافة الإشكاليات بإقامة التوازن المالي المناسب للعقد مما سيكون له بالغ الأثر في إيجاد تنمية اقتصادية مستدامة للبلدان المضيفة للبوت ويجذب إليها العديد من الاستثمارات الأجنبية الوافدة.

2- إن أهم ما يميز عقود البوت هو التمويل الكبير لمشروعات البنية الأساسية والاقتصادية ذات الطابع الاستثماري بما يرفع العبء المالي عن موازنة الدولة المضيفة لذا فإننا نوصي بعدم السماح بتحويل هذا النظام الفريد للغاية إلى مخاطر حتمية تؤرق الاقتصاد الوطني عن طريق الإسراف في الدعم الحكومي لشركات المشاريع والتي غالباً ما تكون أجنبية عن طريق تقديم الاعفاءات الجمركية والضريبية السخية للغاية والمبالغ فيها أو القيام بشراء منتجات أو خدمات المشروع بأسعار باهظة مما يؤدي في النهاية إلى تحميل الدولة المضيفة

لأعباء مالية كانت تتمنى التخلص منها بتطبيق نظام البوت لذا نوصى الدول المضيفة بعدم التمادي في هذه الحوافز والإغراءات الاستثمارية المبالغ فيها حقاً والتركيز على الفوز بمفاوضات ناجحة ومثمرة للدولة المضيفة.

3- نوصي الدولة المضيفة لنظام البوت بضرورة فرض نظاماً صارماً للرقابة على مشروعات البوت، وعدم السماح للمستثمر الأجنبي بارتحان الاقتصاد الوطني لصالح القوى الاقتصادية الرأسمالية، وعدم السماح بأن تقوم شركة المشروع بطرح خدماتها على الجمهور بأسعار مبالغ فيها أو ممارسة احتكار فعلي أو قانوني في السوق المحلي.

4- نوصي بأن تتخذ الدولة المضيفة لنظام البوت أقصى درجات الحيطة والحذر عند إبرامها لعقود البوت، وعدم التسرع فيها، بل يجب أن يسبق ذلك كله الدراسة الوافية والكافية والمستفيضة لمشروعات البوت ومدى الفائدة المرجوة من تمويلها من الطرف المستثمر الخاص، وأن يسبق ذلك جولات من المفاوضات التي يجب أن تتسم بالروح الوطنية العالية من قبل الدولة المضيفة عن طريق فريق متخصص من المستشارين القانونيين والماليين والفنيين للوصول إلى أفضل الصيغ التعاقدية مع شركة المشروع فبذلك تتجنب الكثير من المخاطر والسلبيات التي قد ترتبها عقود البوت على مصالح الدول المضيفة للاستثمارات وخصوصاً النامية منها.

5- نوصي بضرورة إيجاد التكييف القانوني السليم لعقد البوت بعيداً عن المماحيكات الفقهية أو التشيع للتخصص أو التشيع للذات، وإنما يكون ذلك بالدراسة الوافية للطبيعة القانونية لعقد البوت باعتباره من العقود الحديثة نسبياً والجديرة بالتأصيل القانوني الصحيح وبما لذلك من أهمية بالغة في إقامة التنمية الاقتصادية الشاملة والمستدامة لذا يجب علينا نحن القانونيين بذل قصارى جهدنا لإيجاد التكييف القانوني لهذا النوع من العقود بعيداً عن النعرات الفقهية التي تعقد من الإشكالية أساساً.

6- يجب على الدولة المضيفة لعقود البوت الالتزام بنصوص وأحكام هذه العقود وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وعدم القيام بإلغاء العقد أو تعديله بالإرادة المنفردة للدولة تحت ذريعة سيادة الدولة أو سلطات وامتيازات الدولة المعروفة في مجال العقود الإدارية أو اهتداء بالأصوات التي تدعو إلى اعتبار عقد البوت من طائفة عقود القانون العام لأن ذلك سيؤدي من الناحية القانونية والواقعية إلى أن تتحمل الدولة المسؤولية القانونية حيال عدم تنفيذها لالتزاماتها بموجب عقد البوت مع تحملها لكافة الأضرار التي تلحق بشركة المشروع من جراء الإخلال بالالتزام العقدي كما أن أقدام الدولة على مثل هذه التصرفات الرعناء إنما يسئ إلى

سمعتها في المحافل الاقتصادية الدولية ويؤدي إلى عزوف الاستثمارات الأجنبية عنها مما يعرض مصير التنمية الاقتصادية المستدامة في هذه الدول للخطر ناهيك عن توقف العديد من الخدمات الأساسية لجمهور مواطنيها.

7- يجب على الدول المضيضة لنظام البوت وخصوصاً الدول النامية والأقل نمواً محاولة فض النزاعات الناشئة عن تنفيذ عقود البوت بالطرق الودية قدر المستطاع عن طريق التفاوض والوساطة والتوفيق والتصالح بدلاً من اللجوء إلى قضاء التحكيم والذي بقدر ماله من مميزات فإن فيه قدر كبير من المساوئ والمخاطر التي لا تخفى على كل مطلع بالمجال القانوني.

8- يجب على الدول النامية المضيضة لعقود البوت من فرض رقابتها الصارمة على شركات المشروعات العاملة لديها في تنفيذ مشروعات البنى الأساسية، وذلك حرصاً على إنجاز هذه المشروعات الحيوية على أكمل وجه وفي التوقيت الزمني المتفق عليه، وأن تكون مدة الاستغلال قصيره نسبياً وأن لا تتعدى مدة ثلاثون سنة بدلاً من المدد الطويلة لعقود البوت التي قد تجاوز التسعون سنة كما سبق وأوضحنا من خلال هذه الدراسة، وكل هذا لن يتأتى من الناحية الواقعية ما لم تقم هذه الدول بإعداد الكوادر الوطنية المؤهلة تأهيلاً علمياً وفتحاً عالياً من خلال إعداد الخطط والبرامج التدريبية المتكاملة لتأهيل هذه الكوادر الوطنية في المجال القانوني والمالي والفني وعدم الاكتفاء باستخدام العناصر الأجنبية لتقوم بهذه الاعمال كالشركات الاستشارية الدولية والتي قد يكون ولاؤها وتبعيتها للشركات الرأسمالية المتعددة الجنسيات مما يفرغ عملية الرقابة والإشراف من مضمونها.

9- لعلنا نعلم جميعاً ودون موارد أن قضاء التحكيم التجاري قد بات القضاء الوحيد -حسب تقديرنا- المختص بنظر منازعات الاستثمار الدولي لأنه إنما يفرض على الدول المضيضة للاستثمار من خلال المفاوضات الشاقة والطويلة التي تسبق إبرام عقود البوت والذي غالباً ما تسلم به الدولة المضيضة حرصاً على جلب الاستثمارات الأجنبية إليها أو تحت ضغط حاجتها الماسة لبناء بنيتها الأساسية وتقديم الخدمات الضرورية والحيوية لجمهور مواطنيها، إلا أنه على الرغم من هذه الحقيقة الماثلة أمامنا إلا أن الدولة المضيضة للاستثمار عليها أن تتحلى بالقوة التفاوضية العالية والتي تستطيع من خلالها التخفيف من وطأة نظام التحكيم المفروض عليها بأن تمارس ضغطاً تفاوضياً قوياً نحو اختصاص قضاءها الوطني بنظر منازعات البوت أو على أقل تقدير أن تطلب أن تكون المؤسسة التحكيمية التي يتم التحكيم من خلالها من المؤسسات الرائدة في مجال التحكيم وذات السمعة الحسنة والمعروفة بالنزاهة ونرى أن تكون

إحدى الهيئات التحكيمية في البلدان النامية كالمركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة مثلاً والذي يكتسب سمعة متميزة محلياً وإقليمياً ودولياً.
تم بحمد الله وتوفيقه

قائمة المصادر والمراجع

1. أحمد سلامة بدر، العقود الادارية وعقود البوت (B.O.T) دار النهضة العربية، 2003
2. أكثم الخولي، الاتجاهات الكبرى في قانون المشروع العام، بحث مشورة في مجلة قضايا الدولة، ع²، 1999.
3. أحمد رشاد، عقد الانشاء والادارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية ط¹، 2014.
4. أنيس حكيم، العقود الادارية، دراسة مقارنة في نظم المناقصات والمزايدات في عقود البوت (B.O.T)، دار النهضة العربية، ط³، 2012.
5. ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط¹، 2002.
6. إلياس ناصيف ، العقود الدولية ،، العقود الدولية ، (B.O.T) في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2011. ط² 2011 .
7. جمال نصار، مصطفى حسن، مشروعات البوت مشاريع البناء والتملك والتشغيل والتمويل، بحث مقدم إلى مؤتمر التنمية الادارية، المنعقد في كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997 .
8. جابر نصار، عقود البوت (B.O.T) والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، ط¹ ، 2002 .
9. جيهان حسن السيد، عقود البوت وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، ط¹، 2006.
10. حماده عبدالرازق حماده ، التحكيم في عقود ، التحكيم في عقود البوت (B.O.T) ، دار الجامعة الجديدة، ط¹ ، 2013.

11. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الادارية الدولية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، 2010 .
12. حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، ط1، 2001.
13. حسن محمود، النظام القانوني لمشاريع البنية الاساسية ذات التمويل الخاص، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2006.
14. حبيب أبو صقر، التمويل الذاتي للمشاريع من قبل المتعهد (B.O.T)، دراسة منشورة بمجلة الفضاء المالي، ع⁴³، 2000.
15. حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق، بحث مقدم إلى الندوة العلمية الاولى لعقود البوت (B.O.T) المنعقدة في أكاديمية السادات، القاهرة، 2001.
16. خالد محمد العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة 2016.
17. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت(B.O.T)، أطروحة دكتوراه، جامعة أسيوط، 2006.
18. رمزي زكي، الاقتصاد السياسي للبطالة، سلسلة عالم المعرفة، ع²، 1997.
19. سامي عبد الباقي، الاثار التشريعية والتعاقدية لمشروعات البنية الاساسية الممولة من القطاع الخاص (B.O.T)، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الدولي للمشروعات المنعقد في شرم الشيخ العام 2011.
20. عصام فرج الله محسن، مدى الاستفادة من التعاقد مع طرف وطني في عقود البوت (B.O.T)، دار الفكر الجامعي، ط¹، 2017.
21. عصمت عبدالله، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ط¹، 2000 .
22. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت (B.O.T) في القانون المقارن، دار الفكر الجامعي، ط 1، 2016.
23. عصام أحمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقود البوت (B.O.T)، دار الفكر الجامعي، ط1، 2014.

24. محمد عبدالعزيز، فكرة العقد الاداري، دار النهضة العربية، ط²، 2000 .
25. محمود فهمي ، عقود البوت وتكييفها القانوني ، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي لمشروعات البوت القاهرة ، 2000.
26. محمد بهجت قايد ، إقامة المشروعات الاستثمارية (B.O.T) ، دار النهضة العربية، القاهرة، ط¹، 2000.
27. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 2004.
28. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط¹، 2004.
29. محمد محمد بدران، النظام القانوني لمشروعات (B.O.T)، بحث مقدم إلى مؤتمر المشروعات الاساسية الممولة إلى القطاع الخاص، القاهرة، 1998.
30. محمد الخرس، مشروعات البنية التحتية، من خلال نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) منشورات الحلبي الحقوقية، ط¹، 2012.
31. ناصر خليل جلال، عقد البوت بين القانون الخاص، القانون العام وأثره على استقطاب الاستثمارات، دراسة مقارنة، بحث مقدم إلى المؤتمر الثامن عشر لعقود البناء والتشييد، لعام 2016.
32. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الاساسية، دار النهضة العربية ط¹، 2001.
33. وضاح محمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T حقوق الإدارة المتقاعدة والتزاماتها، دار الثقافة للنشر، عمان، ط¹، 2010.
34. يعرب محمد الشرع ، تفويض المرافق العامة وأبرز تطبيقاته، عقود البوت (B.O.T) ، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، عمان، ط¹، 2017.

ثانياً: القوانين:

1. قانون تشجيع الاستثمار الليبي
2. قانون استثمار رأس المال الأجنبي العماني

دور القضاء الإداري في تحقيق التوازن بين امتيازات الإدارة وحقوق المتعاقدين معها

إعداد الدكتور: محفوظ علي عمر التواتي

أستاذ مساعد في القانون العام - الأكاديمية الليبية - مصراتة

البريد الإلكتروني / mahfodtwati@yahoo.com

يؤدي القضاء الإداري دوراً بارزاً في مجال الرقابة على أعمال الإدارة العامة، وكذلك في مجال حماية المشروعية الإدارية من خلال اختصاصه بالنظر في المنازعات التي يرفعها الأفراد في مواجهة الإدارة؛ لطلب الفصل في نزاع بخصوص أحد التصرفات القانونية الصادرة منها (القرارات الإدارية والعقود الإدارية)، وفي هذا المجال يمارس القضاء دوراً مهماً في العمل على التوفيق بين مصلحتين متكاملتين، فهو يعمل على تطبيق قواعد قانونية تحفظ للإدارة سلطاتها وامتيازاتها الممنوحة لها من أجل تحقيق المنفعة العامة، وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومن جهة أخرى فإن القاضي الإداري يراعي من جانب آخر حماية حقوق المتعاملين مع الإدارة بما يضع ضوابط دقيقة وصارمة تجعل سلطتها محصورة بقدر تحقيق المنفعة العامة، وذلك انطلاقاً من القاعدة التي تنص على أن (الضرورة تقدر بقدرها)، فامتيازات الإدارة ضرورية لحسن أداء العمل الإداري، وهي في هذا الإطار يجب أن تقدر بالقدر اللازم لتحقيق هذا الهدف، فإن حادت عن هذه الأطر القانونية فإن دور القاضي الإداري يتمثل في لجم سلطة الإدارة ومراقبة امتيازاتها، وذلك ضماناً لحماية المشروعية القانونية أولاً وحماية مصالح الأفراد بالتبعية ثانياً. فامتيازات السلطة العامة الممنوحة للإدارة واختصاصها ليس مقصوداً منه أن تستعملها كلما أرادت ذلك؛ فهي مهما كانت واسعة إلا إنها في النهاية مقيدة بقيد المصلحة العامة التي هي السبب في وجود الإدارة ذاتها.

وفي هذا الإطار يبرز دور القاضي الإداري في استنباط القواعد القانونية للقانون الإداري؛ حتى يتمكن من أداء مهمته الدقيقة، هذه المهمة المميزة للقضاء الإداري بالإضافة إلى طبيعة العمل الإداري المتميز بالتطور والسرعة هو ما جعل القانون الإداري يمتاز

بخاصيتين، فهو من جهة قانون غير مكتوب، ومن جهة أخرى قانون يمتاز بالتطور السريع؛ حتى يواكب سرعة وتطور العمل الإداري.

وفي مجال بحثنا هذا سنركز على موضوع ذي أهمية بالغة تتمثل في بيان دور القضاء الإداري - من خلال أحكامه وقواعده ودوره الإنشائي - في تحقيق التوازن بين المصلحة العامة وبين حقوق المتعاقدين في مجال العقود الإدارية؛ لكونه موضوعاً يمس أهم تصرفات الإدارة القانونية (العقود الإدارية) التي تسهم في التطوير والتنمية من خلال ما تبرمه من عقود، كذلك فهو يعد موضوعاً مهماً من الناحية العملية؛ لأنه يمثل أغلب المنازعات المعروضة على القضاء الإداري في مجال العقود الإدارية، منازعات يطلب فيها المتعاقدون مع الإدارة استيفاء حقوقهم من سلطة إدارية متعاقدة منحت سلطات استثنائية تجعلهم في مركز قانوني أضعف منها في عملية تعاقدية مركبة ومعقدة، تخرج عن المألوف وعن القواعد التعاقدية المدنية التي تقوم على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

واستناداً على ما سبق، فإننا سنتناول دور القضاء الإداري في هذا المجال؛ لكونه جهة قضائية للفصل في المنازعات من خلال الاجتهاد والاستنباط للقواعد القانونية؛ لتحقيق العدالة في مجال العقود الإدارية مع عدم المساس بمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. ولبيان هذا الموضوع على الوجه الأمثل فإن هذا البحث سيدرس وفق خطة بحثية على النحو الآتي:

المبحث الأول/ دور القضاء الإداري في الاعتراف بالطبيعة المميزة للعقود الإدارية.

المطلب الأول/ التمييز بين العقود الإدارية والعقود المدنية للإدارة.

المطلب الثاني/ إقرار القضاء الإداري بامتيازات الجهة الإدارية المتعاقدة.

المبحث الثاني/ دور القضاء الإداري في ضمان حقوق المتعاقدين مع الإدارة.

المطلب الأول/ دور القضاء الإداري في إلزام الإدارة باحترام التزاماتها التعاقدية.

المطلب الثاني/ حق المتعاقد في اقتضاء التعويض.

ونختتم من ثم بحثنا هذا بما نتوصل إليه من نتائج وتوصيات.

المبحث الأول

دور القضاء الإداري في الاعتراف

بالطبيعة المميزة للعقود الإدارية.

تبرم الإدارة العامة كغيرها من الأشخاص الاعتبارية عقوداً تسهم من خلالها في تحقيق الأهداف التي أنشئت من أجلها، ومع تطور العمل الإداري تطورت العقود التي تبرمها الإدارة، وتطورت تبعاً لذلك الأحكام والقواعد التي تحكم هذه العقود، وبرزت ضرورة التمييز بين عقود الإدارة المدنية وعقودها الإدارية. وفي هذا المجال برز دور القضاء الإداري في التمييز بين هذه العقود وإيجاد معايير دقيقة للعقود الإدارية لتمييزها عن غيرها من العقود الأخرى التي تجربها الإدارة، واعترف القضاء الإداري بالتبعية بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية التي مُنحت الإدارة بواسطتها امتيازاً في مواجهة المتعاقدين معها.

المطلب الأول

التمييز بين العقود الإدارية والعقود المدنية للإدارة

نشأت فكرة العقود بصفة عامة في كنف القانون المدني الذي يتناول العلاقات بين الأشخاص القانونيين في الدولة (الأفراد والأشخاص الاعتبارية) لكون القانون المدني هو الذي تنطلق منه أغلب نظريات القانون، وهو الركيزة الأساسية في إقرار صحة المعاملات والتصرفات القانونية، ولكن مع ظهور فكرة التنظيم الإداري وظهرت فكرة الفصل بين السلطات العامة؛ ظهرت إلى السطح فكرة جديدة تتعلق بالسلطة العامة التي تميز بين نوعين من الأعمال الإدارية: أعمال إدارية تجربها الإدارة بما لها من سلطة عامة، وأعمال إدارية عادية. ومع تطور العمل الإداري شيئاً فشيئاً ظهرت الحاجة العملية لإبرام عقود من طبيعة خاصة ومغايرة للعقود التي يبرمها الأفراد، وعرفت هذه العقود بالعقود الإدارية، واكتسبت أهميتها لارتباطها بالمرفق العام، فمنحت الإدارة المكنة على إبرام عقود من طبيعة خاصة واستثنائية عرفت بالعقود الإدارية؛ ذلك أن التنظيم الإداري وتطوره أوجد الحاجة إلى التمييز بين الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة والتمييز بين المصالح العامة والخاصة. ومع ما واکب العمل الإداري من تطور ظهر القضاء الإداري الذي ترعرعت في كنفه نظرية العقود الإدارية وكان له فضل سبق في إنشائها وبيان أحكامها متمثلاً في البداية في مجلس الدولة الفرنسي ومن بعده

الأنظمة القضائية المقارنة. وكنتيحة لكل ما سبق، برز التمييز بين عقود الإدارة الإدارية وعقودها المدنية، هذه العقود وإن كان القضاء الإداري قد اتفق على أنها تلتقي مع بعضها في الأركان (المحل والرضا والسبب)، وهو ما جاء في أحكام القضاء المصري، حيث قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها صادر في 25/05/1963 بأن (العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر اللازمة لتكوينه لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما هو الدولة أو إحدى الجهات الإدارية)⁽¹⁾، وهو ما قد يدعو إلى إنكار فكرة التمييز بين العقود الإدارية والعقود المدنية للإدارة، استناداً على أن التمييز لا ينصب إلا على جانب واحد، وهو توزيع الاختصاص القضائي بمنازعات هذه العقود، حيث يختص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، ويختص القضاء العادي بعقودها المدنية.

ولكن في المقابل فإن القضاء الإداري ونظراً للأهمية التي تكتسبها هذه العقود لم يأخذ بمثل هذا الرأي وطرحه جانباً، وذلك راجع إلى أن العقود الإدارية - نظراً لارتباطها بفكرة المرفق العام وإشباع الحاجات العامة- فقد أُسبغت عليها صفة قانونية تتيح للإدارة تطبيق قواعد قانونية مغايرة، تخرج صنفاً من العقود التي تبرمها الإدارة عن القواعد العامة؛ ذلك أن مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد هو مبدأ مبني على فكرة المصلحة العامة التي تبرر للإدارة في هذا الإطار أن تخرج عن بعض التزاماتها التي وافقت عليها وأوردتها في العقد الذي أبرمته مع المتعاقد معها، وإن كان الأصل ضرورة احترام مبدأ الالتزام العقدي؛ فإن المصلحة العامة هي التي تمنح حق إبرام عقود تتمتع فيها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بامتيازات تسهم بها في تحقيق المنفعة العامة⁽²⁾، وهو مبدأ استقر عليه القضاء الإداري على اختلاف مشاربه، فهذه محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 26 ديسمبر 1956 قد قضت بأن (العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن الإداري رقم 8/1059 ق، المجموعة - السنة الثامنة، البند 116، ص126.

(2) انظر في توضيح ذلك، مازن ليلو راضي القانون الإداري الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص423-424.

الخاصة، فبينما تكون مصلحة الأفراد في العقود المدنية متوازنة ومتساوية، إذا بما في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري⁽¹⁾، وكذلك قضت المحكمة في حكم آخر لها على أن (العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين شخص أو شركاء أو جماعة، وفي أنها تستهدف مصلحة عامة لسير العمل في مرفق عام، وأن كفتي المتعاقدين فيها غير متكافئة، إذ يجب أن يراعى فيها دائماً وقبل كل شيء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين في تطبيقه وفي تفسيره وفي إنجائه)⁽²⁾.

وهو مبدأ سار عليه أيضاً قضاء المحكمة العليا الليبية التي قضت في حكمها الصادر في 1975/3/6 بأنه (وإن كانت العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية، إذ بما في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصالح الفردية الخاصة وهذه هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري)⁽³⁾.

وتأسيساً على ما سلف، فقد استقر القضاء الإداري الليبي والمقارن على وجود صنفين من العقود التي تجربها الإدارة:

الصنف الأول/ وهو العقود التي تجربها لكونها سلطة عامة في مركز يعلو المركز القانوني للمتعاقدين معها.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم 4/213 ق (1956/12/26) (214/73/6) المستشار حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1998، ص 8-9.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 1952/2/2، السنة السابعة، ص 76، نقلاً عن عبد المنعم عبد الحميد شرف، العقود الإدارية (أحكام الأبرام وفقاً للقانون رقم 1998/89) الخاص بالمنافسات والمزايدات ولائحته التنفيذية، بدون دار نشر، 2001-2002، ص 9.

(3) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 21/8 ق الصادر بتاريخ 1975/3/6، مجلة المحكمة العليا الليبية، السنة الحادية عشرة، العدد الثالث، ص 42.

الصف الثاني/ وهو العقود التي تنزل فيها منزلة الأفراد وأشخاص القانون الخاص، وتنوي فيها إخضاع هذه العقود لذات الأحكام التي تخضع لها العقود العادية. ونظراً لما للصف الأول من أهمية في مجال تحقيق المنفعة العامة وتحقيق الصالح العام، فقد منح القضاء الإداري الإدارة العامة امتيازات في مواجهة المتعاقد معها تجعله في مركز قانوني ضعيف مهدد عند قيامه بالتنفيذ. هذه الامتيازات اتفق القضاء على أنه وإن لم ينص عليها في العقد فإن للإدارة أن تستخدمها وتطبقها في مجال عقودها الإدارية؛ لأنها شروط مرتبطة بالمصلحة العامة وليس بالإدارة بحد ذاتها. وتنقسم هذه الامتيازات إلى عدة أنواع نبينها في المطلب الآتي.

المطلب الثاني

إقرار القضاء الإداري بامتيازات الجهة الإدارية المتعاقدة

إن الأصل في أي عقد هو أنه يمثل اتفاقاً بين إرادتين على تنفيذ عمل معين ومشروع ووفقاً لشروط محددة، ولذلك فإن الأصل في العقود أنها تقوم على مبدأ المساواة في الحقوق والالتزامات الناشئة عنها، ولكن العقود الإدارية تخرج عن هذا الأصل، فهي وإن كانت تنشئ التزامات وحقوقاً متبادلة إلا أنها تختلف عن غيرها من العقود من حيث عدم تسليمها بقاعدة المساواة بين المتعاقدين، حيث تتمتع الإدارة بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك ترجيحاً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد، وهو ما أكده القضاء الإداري المصري في العديد من أحكامه، حيث جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 1963/05/25 بأنه (...إذ بكفتي المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية)⁽¹⁾، وعلى هذا المعنى يرى جانب من الفقه المصري أن طبيعة العقد الإداري واتصاله وارتباطه بالمصالح العامة يجعل من هذه الالتزامات حقاً أصيلاً للإدارة تتمتع به دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد، وهو ما يرتب من وجهة نظر الفقه عدة نتائج مهمة:

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 25 مايو 1963، المجموعة، السنة الثامنة، رقم 116

1- عدم النص على أي مظهر من مظاهر السلطة العامة لا يعني بحال من الأحوال أن الإدارة لا تستطيع أن تمارس حقوقها الاستثنائية؛ لأن مرجع هذه الحقوق يعود إلى طبيعة العقد ذاته.

2- ولأجل الطبيعة المميزة للعقود الإدارية، فإن النص على بعض الحقوق دون البعض الآخر في العقد لا يحول دون ممارسة كامل الامتيازات.

3- لا تستطيع الإدارة أن تتفق في عقد تبرمه بينها وبين الأفراد على التنازل عن استعمال تلك الحقوق بعضها أو كلها؛ لأنها امتيازات مرتبطة بالنظام العام، ومن ثمّ يقع باطلاً كل اتفاق على مخالفتها.⁽¹⁾

وبناء على هذا، فإن للإدارة في مجال العقد الإداري عدة امتيازات قُدرت لها قضائياً لارتباطها بتحقيق الصالح العام، ومن خلال حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 4/213ق السابق الإشارة إليه، أكد القضاء الإداري الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية، ورتب على ذلك عدة نتائج حيث إن للإدارة (سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد، وأن لها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يترأى لها أنها أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين)⁽²⁾.
يمكننا القول إذاً أن القضاء الإداري استقر على عدة امتيازات أهمها:

الفرع الأول/ سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه:

أقر القضاء الإداري للإدارة سلطة في الرقابة والتوجيه على عملية تنفيذ العقد، وذلك من خلال سلطتها في توجيه المتعاقد وإصدار الأوامر والتعليمات اللازمة لعملية التنفيذ، وفي هذا المجال ينبغي التنبيه إلى أن للإدارة الحق في الرقابة على المتعاقد من خلال تنفيذ العقد طبقاً للشروط، وهذه الرقابة هي رقابة عادية موجودة في كل العقود دونما تمييز، وللإدارة - إضافة إلى ذلك بالنسبة للعقود الإدارية- الحق في أن تتدخل في أوضاع تنفيذ العقد، كأن تطلب استعمال طريقة محددة في التنفيذ غير تلك التي يلجأ إليها المتعاقد، وهنا تصبح الرقابة

(1) د. سليمان محمد الطماوي الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) دار الفكر العربي، القاهرة، 2005،

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 4/213ق (1956/12/26) السابق الإشارة إليه.

بمثابة توجيه تفوق في المعنى والمضمون الرقابة العادية المتعارف عليها في القانون الخاص⁽¹⁾. وهذا المعنى هو ما أكد عليه قضاء مجلس الدولة المصري، ففي حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية قُضي بأن (مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته بما يضمن إصدار أوامر ملزمة للمتعاقد معها لتنفيذ التزاماته على نحو معين أو على نحو آخر)⁽²⁾. هذا الامتياز وإن كان يختلف نطاقه من عقد لآخر، فإنه يثبت للإدارة سواء نُص عليه في العقد أم لا، وليس هناك من قيد على ممارسة هذا الحق سوى ما يقتضيه الصالح العام، وعدم تعديل موضوع العقد ذاته، ومواصفات تنفيذه الأصلية تحت ستار التوجيه والإشراف، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها في الطعن رقم 19/845 الذي جاء فيه (إن مهمة مهندس العقد المشرف على تنفيذه هي الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد وفق شروطه المتفق عليها. وإصدار ما يلزم من التعليمات في حدود تلك الشروط وبما لا ينبو عنها، وليس لمهندس العقد أن ينفرد بتعديل العقد)⁽³⁾.

الفرع الثاني/ سلطة تعديل العقد

تملك الإدارة-على خلاف المؤلف في العقود المدنية- امتياز تعديل شروط العقد بما يزيد أو ينقص من التزامات المتعاقد معها دون حاجة إلى موافقة المتعاقد، وذلك كلما دعت حاجة المرفق العام لهذا التعديل من غير أن يُجْحَج على الإدارة بقاعدة الحق المكتسب أو قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. والحكمة من هذا الحق والسلطة الممنوحة للإدارة تتمثل في طبيعة العقود الإدارية وأهدافها، وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة التي تفترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف العقد وملايساته، وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد، هذه السلطة أقرها القضاء الإداري في العديد من أحكامه، حيث أقر مجلس الدولة الفرنسي هذا الحق في حكمه الصادر سنة 1983 الذي بيّن أن للإدارة العامة - بما لها من سلطة عامة- الحق في التعديل الانفرادي لشروط العقد، وأن هذا الحق يطبق دون حاجة إلى

(1) سليمان الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص 433.

(2) نقلاً عن د. محمد فؤاد عبدالباسط، العقد الإداري (المقومات- الإجراءات - الآثار) دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2006، ص251.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 845 لسنة 19، الصادر بتاريخ 1980/11/22، المجموعة، السنة 26، ج1، بند 10، ص71، نقلاً عن نفس المرجع.

نص تشريعي أو عقدي⁽¹⁾. وهو الأمر الذي أقره مجلس الدولة المصري، حيث جاء في فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بأن (جهة الإدارة المتعاقدة تملك من جانبها وحدها وإيرادتها المنفردة.....حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها، على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد)⁽²⁾.
لكن ولئن كان للسلطة العامة الحق في تعديل العقود الإدارية بإيرادتها المنفردة إلا أنه ليس لها الحق في القيام بهذا الأمر على هواها؛ فهي وفقاً لأحكام القضاء الإداري سلطة مقيدة وليست مطلقة، فالقضاء استقر على أن الإدارة في هذا الشأن يجب عليها أن تحترم القيود الآتية:

- 1- يجب أن تكون قد استجدت ظروف بعد إبرام العقد تبرر هذا التعديل، بحيث لا تستطيع أن تلجأ إلى التعديل دون تغير الظروف.
- 2- احترام مبدأ المشروعية عند إجراء التعديل بحيث يصدر من السلطة المختصة بإصداره وفقاً للإجراءات المقررة لذلك، وفي غير هذه الأحوال فللمتعاقد أن يتمسك بالبطلان.
- 3- أن يتعلق التعديل بالشروط المتعلقة بسير المرافق العامة المرتبط به موضوع العقد.
- 4- لا تجاوز التعديلات التي تجربها نسبة معينة بحيث يؤدي التعديل إلى قلب اقتصاديات العقد.⁽³⁾

(1) د، محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2003، الكتاب الثاني، تنفيذ العقد الإداري طبقاً للقانون رقم 89 لسنة 1998، ص106.

(2) فتوى رقم 984 الصادرة في جلسة 28 نوفمبر 1972، ملف رقم 30/9/7، مبدأ رقم 19، نقلاً عن ماهر أبو العينين، نفس المرجع السابق، ص117.

(3) انظر في هذا المعنى أحكام القضاء الإداري

- فتوى الجمعية العمومية ملف رقم 13/2/78 بجلسته 1983/12/21

- الطعن الإداري رقم 3490 لسنة 38 الصادر بتاريخ 1995/6/12

- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 156 لسنة 35 الصادر بجلسته 1992/04/28. أبو العينين، نفس المرجع السابق، ص126-127.

- حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 11 أبريل 1970، السنة 15 المشار إليه عن، د. سليمان الطماوي مرجع سبق ذكره، ص447.

واستناداً على ما سبق، فإن حق الإدارة في تعديل شروط العقد بالإرادة المنفردة وإن كان يعد من النظام العام بحيث لا يجوز للإدارة استبعاده والتنازل عنه، إلا أنه في المقابل ليس حقاً ولا سلطة مطلقة تمارسه متى شاءت وكيفما أرادت، بل كما يفهم من أحكام القضاء الإداري بأن سلطة التعديل ليست مطلقة، بل ترد عليها قيود معينة تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الفردية للمتعاقدين مع الإدارة، وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 23/13 ق بأن (... سلطة الإدارة في التعديل ليست مظهراً للتسلط وإنما مناطها المصلحة العامة واحتياجات المرفق العام ...) (1).

الفرع الثالث/ سلطة توقيع الجزاءات

تعد هذه السلطة أخطر السلطات الممنوحة للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومضمونها هو فرض جزاء من الجزاءات المقررة قانوناً على المتعاقد بقرار تصدره جهة الإدارة المتعاقدة دون اللجوء إلى القضاء، فهذا الحق مرتبط في الواقع بضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومن ثمّ لزم التشدد في التعامل مع المتعاقد؛ لإجباره على تنفيذ العقد بدقة، ولما كانت الأحكام العادية لا تكفي للحيلولة دون إخلال المتعاقد بالتزاماته؛ وجب إقرار هذه السلطة للإدارة، وهو ما قرره الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، حيث جاء في فتاها بأن (نظام الجزاءات في العقود الإدارية لا يستهدف فقط إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة التي تنشأ بين طرفي العقد ولا يتسم بطابع العقوبات التي توقع على المتعاقد مع الإدارة . وإنما هدفه هو الوصول إلى تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام أو استبعاد الاختلال الذي يكون قد لحق به) (2)، وما أكد عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية التي قضت بأن (الشراء على حساب المتعاقد المقصر وسيلة من وسائل الضغط التي تستخدمها الإدارة لإرغام المتعاقد معها على تنفيذ العقد، وهي جزاء من الجزاءات التي تملك توقيعها على المتعاقد معها، والتي جرى العرف الإداري على اشتراطها في العقود الإدارية) (3)،

(1) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 23/13 الصادر بتاريخ 16/2/1978، م.م.ع، السنة 14، العدد 3، ص 59.

(2) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 547 الصادرة في جلسة 15/8/1962، مجموعة الأربعين عاماً، ص 621.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 17 مارس 1962، السنة السابعة، مجموعة الأربعين عاماً، ص 459.

ويمكن إجمال هذه السلطات وفقاً للقضاء الإداري في الجزاءات الآتية:

- أ- الجزاءات المالية
- ب- وسائل الضغط والإكراه
- ت- الفسخ
- ث- العقوبات الجنائية⁽¹⁾

الفرع الرابع/ سلطة إنهاء العقد الإداري

لما كانت امتيازات الإدارة قد منحت لها لكونها الأمانة على تحقيق المصلحة العامة، ولما كان العقد الإداري يبرم؛ لأنه يمثل وسيلة لتحقيق هذه المصلحة التي قوامها أن يضمن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فإن من حق الإدارة أن تنهي عقودها الإدارية متى ما أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام، ولا تحقق المصلحة العامة المنشودة⁽²⁾، وهو ما استقر عليه القضاء الإداري، ومن ذلك ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بحكمها الصادر بتاريخ 2001/5/15 الذي جاء فيه (والأصل أن للجهة الإدارية الحق في إنهاء عقودها الإدارية قبل الأوان ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ، إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية)⁽³⁾، وفي ذات المعنى قضت المحكمة العليا الليبية بأنه (يجوز دائماً للإدارة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض)⁽⁴⁾، ولكن لئن كان هذا هو الأصل فإنه ولما كانت - كما سبق القول - هذه السلطات هي وسيلة لتحقيق غاية؛ فإن استخدام الإدارة لهذه الوسيلة مرتبط بالمصلحة العامة ليس إلا، وفي حال خروجها عن ذلك، فإن للمتعاقد الحق باللجوء إلى القضاء لإنصافه منها؛ لأن قرارها بالإنهاء غير مشروع، وهو ما يرتب إلغاء قرارها وتعويض المتعاقد معها، وهذا ما

(1) راجع في هذا بالتفصيل عند د. سليمان الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص 475 وما بعدها، و انظر كذلك د. جلال خضير الزبيدي، الأسس القانونية لسلطة الإدارة في الرقابة على أعمال العقد الإداري، دار الحكمة طرابلس ليبيا، 2010، ص 61 وما بعدها.

(2) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سبق ذكره، ص 746 وما بعدها.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن الإداري رقم 3562 لسنة 44ق، نقلاً عن د. محمد ماهر ابوالعينين، موسوعة العقود الإدارية، الجزء الثالث، ص 260.

(4) طعن إداري رقم 23/63 ق الصادر بتاريخ 1978/11/30، م.م.ع، السنة 15، العدد 3، ص 69.

قرره قضاء المحكمة العليا الليبية في حكمها في الطعن الإداري رقم 8/1 ق الذي جاء فيه بأن (تملك الإدارة حق فسخ العقد بقرار منها في حالتين :

أ- إذا أحل المفاوض بالتزاماته وهنا يكون الفسخ جزاء توقعه الإدارة تحت رقابة القضاء

ب- إذا كانت المصلحة العامة تتطلب وتقتضي هذا الإنهاء كما في صورة العدول عن المشروع مثلاً، و في هذه الحالة يحكم بتعويض عادل. كما أن حق الإدارة في إنهاء العقد ليست سلطة مطلقة وإنما سلطة تقديرية يجب أن تستهدف المصلحة العامة وخاضعة لرقابة القضاء الإداري⁽¹⁾.

المبحث الثاني

دور القضاء الإداري في ضمان

حقوق المتعاقدين مع الإدارة

في الوقت الذي منح فيه القضاء الإداري سلطات وامتيازات للإدارة في مواجهة المتعاقدين معها، فإنه لم يغفل حقوق المتعاقدين، فمنح المتعاقدين معها حقوقاً ضمنتها له من خلال الرقابة على أعمال الإدارة العامة المتعاقدة من جهة؛ حتى يضمن له الحصول على حقوقه

(1) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 8/1 ق الصادر بتاريخ 24/06/1961، م.م.ع، الباحث الإلكتروني في أحكام المحكمة العليا، إصدار وزارة العدل، الإصدار الأول. وفي حكم آخر للمحكمة العليا قضت بأن (إذا لجأت وزارة الزراعة إلى فسخ عقد من العقود الإدارية فهذا حقها الذي لا مطعن عليه إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، والقضاء بولايته العامة أو التحكيم بولايته الخاصة منوط به مراقبة أسباب الفسخ حتى يوازن بين سلطة الإدارة الخطيرة في إنهاء العقد وبين حق المتعاقدين في الحصول على التعويضات إن كان لها وجه) طعن إداري رقم 17/1 ق الصادر بتاريخ 5/04/1970، م.م.ع، السنة 6، العدد 4، ص 19، وجبت الإشارة في هذا الإطار أن سلطة القضاء الإداري الليبي لا تمتد إلى حد إلغاء القرار الإداري المتعلق بالإلغاء وإنما له الحق فقط في الحكم للمتعاقد بالتعويض عن القرار غير المشروع بالإلغاء وهو على خلاف ما سرى عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي وكذلك المصري للتفصيل انظر د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص 753-754. وكذلك د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص 131.

المالية المتفق عليها، ومن جهة أخرى ضمن له حق التعويض حتى في الحالات التي لا ينسب للإدارة أي خطأ من جانبها مستنداً على جانب من فكرة العدالة.

المطلب الأول

دور القضاء الإداري في إلزام الإدارة باحترام التزاماتها التعاقدية

إن كان القضاء الإداري قد منح الإدارة العديد من الحقوق في مواجهة المتعاقد معها، فإن هذه الامتيازات والحقوق تقابلها العديد من الحقوق التي للمتعاقد معها، وقد أقرها القضاء الإداري سعياً منه لحماية المتعاقد من أي حيف إذا ما أساءت الإدارة استعمال هذه الامتيازات.

الفرع الأول/ حق المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ كافة التزاماتها

وهو حق أولي يتمتع به المتعاقد في مواجهة الإدارة، ذلك أنه وإن كان القضاء قد اعترف للإدارة العامة بسلطة واسعة في مواجهة المتعاقد معها، إلا أنها ملزمة بتنفيذ كافة التزاماتها التي يوجبها عليها العقد، فامتيازاتها لا تبيح لها بحال من الأحوال أن تنصل من التزاماتها، ذلك أنه - كما تقول محكمة القضاء الإداري المصرية (بمجرد إبرام العقد الإداري تلتزم جهة الإدارة بالعمل على تنفيذه وبأن تتمكن المتعاقد معها من تنفيذ التزاماته)⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، فالالتزام الإدارة بأداء ما عليها يعد حقاً للمتعاقد في مواجهتها، مبنياً على أساس حسن النية في تنفيذ الالتزامات، ورتب القضاء الإداري على تقصير الإدارة فيه حقاً للمتعاقد في تعويضه، ومنه ما جاء به حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الطعن رقم 835/45 ق الذي جاء فيه (حسن النية في التعامل الذي ينبغي أن يسود تنفيذ العقود الإدارية يقتضي أن تلتزم الجهة الإدارية أن ترد للمقاول أية زيادة في السعر اضطر إلى سدادها عما تراخى تسليمه له من حديد إلى ما بعد صدور القرار الوزاري الذي تضمن زيادة السعر)⁽²⁾، وهو ما أكد عليه أيضاً قضاء مجلس الدولة المصري في حكم صدر في

(1) محكمة القضاء الإداري المصرية في الطعن رقم 6849 لسنة 8 ق، الصادر بتاريخ 4/6/1961، المجموعة السنة 15، البند 182، ص 250.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 835 لسنة 45 ق، بجلسته 14/11/2000، الدائرة الثالثة، نقلاً عن محمد ماهر أبو العينين، مرجع سبق ذكره، ص 35.

2000/03/14 جاء فيه (الثابت من الأوراق أن عدم تنفيذ المشروع وإتمام الأعمال موضوع التعاقد يرجع إلى عدم قدرة الجهة الإدارية على توفير الاعتمادات المالية اللازمة لإتمام المشروع المتعاقد عليه بقيمة إجمالية 386715.700 جنيه وما تم تنفيذه من أعمال بلغت قيمته 10693,210 جنيه وهو مبلغ لا يتجاوز ثلث الأعمال المتعاقد عليها فضلاً عن أن مدة تنفيذ المشروع بالكامل كانت اثني عشر شهراً بدأت في 1987/5/5 واستمر المفاوض في انتظار إتمام التنفيذ حتى 1990/7/22 لمدة جاوزت ثلاث سنوات ومن ثم يكون ما قضت به المحكمة من تعويض المتعاقد عما فاتته من كسب وما لحقه من أضرار طوال هذه المدة بمبلغ عشرة آلاف جنيه متفقاً مع أحكام القانون⁽¹⁾، وفي ذات الاطار استنبط الفقيه المصري د. سليمان الطماوي⁽²⁾ دور القضاء الإداري في مواجهة إخلال الإدارة بالتزاماتها، وحدد من خلال أحكام القضاء أسساً عدة سار عليها القضاء الإداري للجم سلطتها وإلزامها بحفظ حقوق المتعاقدين معها ويمكننا إجمالها فيما يأتي :-

- 1- أن تعمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه، وبذلك فلا يجوز للإدارة أن تفسخ العقد لمجرد الرغبة في التخلص من الالتزامات التي يفرضها عليها العقد.
- 2- أن تقوم باحترام كافة الشروط الواردة في العقد عند تنفيذه، وهي وإن كانت تملك حق تعديل شروط العقد إلا أن هذا التعديل مقيد بأمرين هما: أن يكون التعديل للمصلحة العامة والثاني ألا يمس بالحقوق المالية المتفق عليها بالنسبة للمتعاقد.
- 3- أن تقوم بتنفيذ العقد وفقاً لما يوجبه مبدأ حسن النية، وفي هذا الاطار قضت المحكمة العليا الليبية بأنه (يجب على الإدارة أن تحترم مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد، وهو أصل يطبق في العقود الإدارية كما هو الشأن في العقود المدنية ولا يتفق وحسن النية أن تزيد الإدارة بعملها في أعباء المتعاقد معها وأن تضع العقبات في طريقه بدلاً من أن تعاونه على التنفيذ)⁽³⁾.

(1) طعن رقم 43/291، جلسة 2000/3/14، الدائرة الثالثة، نقلاً عن محمد أبو العينين، نفس المرجع السابق.

(2) ينظر في تفصيل ذلك مؤلفه في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص 542-547.

(3) حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 23/19 الصادر بتاريخ 1978/10/26، م، م، ع، السنة 15، العدد 3، ص 22. وفي ذات المعنى ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، إذ قضت بأن (تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية هو أصل عام من أصول القانون يطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية...) فتوى رقم 328 بتاريخ 1993/4/24

- 4- التزام الإدارة في تنفيذ كافة التزاماتها الناشئة عن العقد، ومن ثم لا يجوز لها أن تسحب جزءاً من العقد لتعهد به لمتعاقده آخر، أو لتنفذه بنفسها، إلا إذا كان ذلك لمقتضيات الصالح العام.
- 5- أن تحترم الإدارة المدد الزمنية المتعلقة بالعقود الإدارية متى ما وردت في العقد، وكانت بطبيعتها ملزمة للإدارة.

الفرع الثاني/ حق المتعاقد في المقابل المالي

رغم أن المتعاقد مع الإدارة يعد مساهماً معها في تسيير المرافق العامة، إلا أنه يسعى في ذات الوقت إلى تحقيق مصالحه الخاصة بالحصول على عوائد وأرباح مالية دفعته الرغبة في الحصول عليها للإقدام على التعاقد، ومن ثم فإن القضاء الإداري ألزم الجهة الإدارية بتنفيذ التزاماتها في هذا الشأن، ذلك أنه (من الأمور المستقرة في مجال العقود الإدارية التي يكون موضوعها أداء المتعاقد مع الإدارة عملاً أو خدمة لتسيير المرافق العامة أن من أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة حصوله على المقابل المالي الذي قد يكون ثمناً للبضائع الموردة أو الأشغال المتعاقد على تنفيذها أو للخدمة المطلوبة)⁽¹⁾. ونظراً لأهمية هذا الحق ولكونه الأساس في إقدام المتعاقد للتعاقد - كما سبق القول - فإن قضاء مجلس الدولة المصري سرى على أن هذا الحق لا يجب أن يمس مطلقاً، ولذلك أخرجته من نطاق سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، وجعل القاعدة في هذا الشأن هي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهو ما أكد عليه قضاء مجلس الدولة في العديد من أحكامه، ومنه حكمه في الطعن رقم 1455 لسنة 38 الذي جاء فيه (سلطة الإدارة في التعديل لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل النقدي في العقد الإداري فهذه الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقد تتسم بطبيعة الاستقرار ويجد ذلك أصله في أن التزامات كل طرف من أطراف العقد تتحدد وقت التعاقد حيث يقدر كل طرف في هذا الوقت المقابل الذي يطلبه ويسعى إليه كنتاج لما يقدمه الطرف الآخر ويحقق التوازن المالي)⁽²⁾. وإلى ذات

=

نقلاً عن محمد فؤاد عبدالباسط، العقد الإداري "المقومات - التنفيذ - الآثار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 396.

(1) المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 34/2519 ق/ 1993/08/31، مجموعة الأربعين عاماً، ص 395.
 (2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1455 لسنة 38 ق، جلسة 1999/06/8. نقلاً عن د. محمد ابو العينين، مرجع سبق ذكره، ص 502.

الحكم ذهبت المحكمة العليا الليبية في قضائها، ففي حكمها في الطعن الإداري رقم 22/13/2013 أكدت على أن المقابل المادي المتفق عليه في العقود الإدارية يعد من الشروط العقدية التي يجب أن يتم الاتفاق عليها ولا يجوز تغييرها بالإرادة المنفردة للإدارة تحت أي حجة، فقضت بأنه (متى كان الثابت أن عقد الالتزام موضوع الدعوى قد ألقى على كاهل الملتزم عدة التزامات ردها الحكم المطعون فيه، وقد رأت الجهة الطاعنة أن تمنحه مقابلاً عنها في صورة إعانة التزم بأدائها بمقتضى العقد فليس لها أن تنقص منها أو تمتنع عن أدائها لأن ذلك يعتبر نقضاً لما تم على يديها غير جائز قانوناً بالمادة 147 من القانون المدني ولا يقبل من الطاعنة أن تتعلل بنص المادة 24 من القانون المالي للدولة والخاصة بالتصرف بالجمان في مال من أموال الدولة لأن الإعانة التي قررها عقد الالتزام لا تعتبر تصرفاً بالجمان في مال من أموال الدولة وإنما هي مقابل الالتزامات العديدة التي ألقاها العقد على عاتق المطعون ضده والتي قدرت معها الجهة الطاعنة أن المقابل الذي سيحصل عليه الملتزم من المنتفعين بخدمات المرفق لن يواجه الالتزامات التي التزم بها، ولا يسوغ لها التعليل بعد ذلك بأن الملتزم قد حصل على أرباح تغطي نفقات الإدارة لأن المفروض أنه يهدف إلى تحقيق الربح ومفروض في الجهة الإدارية الطاعنة وهي المختصة بالإشراف على هذه المرافق أن تحسن التقدير عند التعاقد وأن تراعي ظروف المرفق وموقعه وما تتوقعه من أرباح سيحصل عليها الملتزم نتيجة إدارته وتقدر الإعانة عند بدء التعاقد على ضوء هذه الظروف ومتى التزمت بإعانة تؤديها للملتزم بإرادة سليمة خالية من عيوب الرضا ضماناً لحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد فلا يقبل منها التحلل من أدائها بدعوى حصول الملتزم على أرباح تعني عن الإعانة لأن تقريرها إنما يندرج في النصوص التعاقدية ويعتبر حقاً من حقوق الملتزم يمثل العوض الذي سيغطي ما يتحمله من نفقات وما يعول عليه من ربح والمشرع الليبي لم يحدد الربح الذي يحصل عليه الملتزم⁽¹⁾.

(1) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 22/13/2013 الصادر بتاريخ 29/01/1976، م.م.ع، السنة

المطلب الثاني

حق المتعاقد في اقتضاء التعويض

لما كانت الإدارة تتمتع بامتيازات واسعة في مجال العقود الإدارية، فإن المتعاقد معها قد اعتُرف له قضائياً بحقوق مقابلة تعالج أي سوء استخدام من قبل الإدارة لامتيازاتها، بل إن حقوق المتعاقد التي اعترف له بها القضاء الإداري تشمل كذلك حقه في اقتضاء التعويض عن أي خسائر تلحقه، ولو لم يكن هناك خطأ من جانبها، وذلك كله مبني على ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد سعيًا لتحقيق ما اصطُح عليه التوازن المالي للعقد.

الفرع الأول/ حق المتعاقد في التعويض لخطأ الإدارة

تنص الأحكام العامة في القانون على أن من سبب بفعله ضرراً للغير يلتزم بالتعويض، وفي هذا الشأن فإن العقود الإدارية لا تخرج عن هذه القاعدة القانونية؛ ذلك أن القضاء الإداري استقر على أنه متى ما تسببت الإدارة بخطئها في ضرر المتعاقد معها؛ فإنها تكون ملزمة بالتعويض، وذلك كأن تقصر في تنفيذ التزاماتها، كرفضها تقديم التسهيلات اللازمة للمتعاقد معها، فهذه المحكمة الإدارية العليا المصرية قضت في حكم لها بأنه (متى كان الثابت أنه قد حيل بين المتعاقد والبدء في تنفيذ العملية بسبب تعرض رجال الإصلاح له الأمر الذي ترتب عليه وقف تنفيذ العملية لمدة جاوزت السنة بعد صدور أمر التشغيل دون أن تقوم الهيئة المتعاقدة بتنفيذ التزامها بتسليم الطاعن مواقع العمل وتمكينه من البدء في التنفيذ، فمن ثم فإنه إذا لوحظ أن المدة التي حددت لتنفيذ العملية هي شهران فقط، فإن عدم قيام الهيئة المذكورة بتسليم مواقع العمل إلى الطاعن طيلة عام بأكمله مما يقوم سبباً مبرراً لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويض الطاعن عما أصابه من ضرر بسبب ذلك)⁽¹⁾. وإلى ذات الأحكام اتجهت المحكمة العليا الليبية التي قضت في حكم لها صدر في 18/05/1983 بأنه (متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت في مدوناته واقعة إضرار المطعون ضده للجهة الإدارية المتعاقدة والتزامها الصمت وعدم استجابتها لطلبه بتسليم موقع العمل وانتهى الحكم إلى إثبات خطأ الإدارة الجسيم بتأخيرها في تنفيذ العقد وعدم التزامها بنصوصه وأن خطأها هذا ألحق ضرراً

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 9/862ق، الصادر بتاريخ 1967/6/3، مجموعة المحكمة في

بالمدعي بما يبرر فسخ العقد والتعويض فإنه يكون قد التزم صحيح القانون⁽¹⁾، إضافة إلى ذلك، فإنه وإن كانت الإدارة قد منحت سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها من أجل تحقيق المنفعة العامة، إلا أنه وجبت الإشارة هنا إلى أن هذه السلطات مقيدة بحيث لا تمارس إلا في نطاقها وحدودها المقدره بالمصلحة العامة واحتياجات المرفق العام، ولذلك فإن أي خروج عن هذه السلطات يعد تعسفاً في استعمال الحق موجباً للتعويض لصالح المتعاقد مع الإدارة، ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية قضت بأنه (....) وإن كان لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد الإداري ومصادرة التأمين بإرادتها المنفردة ودون الالتجاء إلى القضاء، باعتبار أن ذلك امتياز لجهة الإدارة لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام الذي يسيره، إلا إن ذلك يجب أن يكون لأسباب تبررها المصلحة العامة، وإلا كان للمتعاقد معها أن يطلب الحكم بالتعويض عما قد يلحقه من أضرار نتيجة لهذا الإجراء غير المشروع، والذي يمثل خطأ عقدياً، سواء أكانت هذه الأضرار مادية أم أدبية، بشرط أن تكون ثابتة، وأن يقيم المدعي الدليل على وقوعها حتى يمكن أن يقضى له بالتعويض عنها منعاً لإثارته بلا سبب على حساب الإدارة، ومع مراعاة أن التعويض عن الأضرار المادية يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب⁽²⁾، ومع أن القضاء الإداري أقر للإدارة بإلغاء العقد متى رأت أن المصلحة العامة تبرر ذلك، إلا أنه ألزمها باتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لحفظ حقوق المتعاقدين معها أو الراغبين في التعاقد، ومتى ما أهملت هذه الإجراءات فإنها تدخل في إطار مسؤولية قانونية، توجب عليها التعويض لكونها مرتكبة لخطأ عقدي متى ما ثبت ضرره التزم بالتعويض، وفي هذا قضت المحكمة العليا الليبية بأنه (إذا كان من حق جهة الإدارة العدول عن إتمام التعاقد لدواعي المصلحة العامة التي تملك سلطة تقديرها فإنه عليها إعادة خطاب الضمان إلى من قدمه إليها بمجرد عدولها عن إتمام التعاقد مما يعد معه الاحتفاظ به بعد ذلك رغم مطالبة صاحب الشأن برده خطأ من جانبها موجباً لتعويض ما يترتب على

(1) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 27/13 ق الصادر بتاريخ 18/05/1983، م.م.ع، السنة 20، العدد 3، ص 40.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن الإداري رقم 35/4683 ق الصادر بتاريخ 28/4/1994، نقلاً عن مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 324-325.

ذلك من ضرر⁽¹⁾. واستناداً على ما سبق فإن الإدارة مع أنها كانت تتمتع بامتيازات لا نظير لها في القانون الخاص؛ إلا أن هذا الأمر ليس معناه سلطة مطلقة لها، فهي تعلم جيداً أن أي استغلال أو خطأ في استخدام هذه الامتيازات قد يرتب عليها جزاءً قضائياً متمثلاً في تعويض المتعاقد معها، وهو ما يحدو بها إلى تجلي المصلحة العامة في علاقتها مع المتعاقدين. إضافةً إلى ذلك فإن القضاء الإداري لم يكتف بهذه المسائل بل حاول جاهداً حماية المتعاقد الملزم بتنفيذ العقد تحت كل الظروف متى كان بإمكانه الاستمرار في التنفيذ لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، وذلك من خلال الإقرار له بالحق في التعويض في حالات محددة.

الفرع الثاني/ حق المتعاقد في التعويض دون خطأ الإدارة

لما كانت العقود الإدارية ذات طبيعة مغايرة لغيرها من العقود التي تبرمها الإدارة العامة، طبيعة جعلت المتعاقد هو الطرف الأضعف في العملية التعاقدية، وعطفاً على ما سبق، كان لزاماً حماية المتعاقد معها، وضمان نوع من التوازن في اقتصاديات العقد إذا واجهت عملية التنفيذ وقائع تعيق التنفيذ، وتجعله أكثر صعوبة من الظروف الطبيعية، وتقوم هذه الفكرة على أن تلتزم الإدارة بمشاركة المتعاقد معها في الخسائر التي قد يتعرض لها عند تنفيذه للعقد، وفي هذا الإطار نشأت في ظل القضاء الإداري عدة نظريات قانونية يستند عليها لإقرار تعويض للمتعاقد مع الإدارة، هذه النظريات هي :

1- **نظرية فعل الأمير** / ويقوم مضمون هذه النظرية على أن المتعاقد متى ما تعرض لخسائر مادية عند تنفيذه للعقد نتيجة لقيام الإدارة باتخاذ بعض الإجراءات القانونية المشروعة ترتب عليها زيادة في الأعباء المادية للمتعاقد؛ استحق التعويض، وقد استقر القضاء الإداري على استحقاق المتعاقد للتعويض الكامل متى كان سبب الخسارة هو عمل الإدارة المشروع بصرف النظر عن قيمة الخسارة وحجمها، وعليه قضت محكمة القضاء المصري بأنه (طبقاً لنظرية عمل الأمير تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن جميع الأضرار التي تلحقه من جرائه بما يعيد التوازن المالي للعقد)⁽²⁾، وفي ذات المعنى

(1) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 29/8 ق الصادر بتاريخ 1985/6/9، م.م.ع، السنة 23، العددان 3-4، ص31.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 11/983 ق بتاريخ 1957/6/30، نقلاً عن مفتاح عبدالحميد، حمد الشلحاني، مرجع سبق ذكره، ص252.

ذهبت المحكمة العليا الليبية في حكمها في الطعن الإداري رقم 15/18 ق الذي قضت فيه بـ(إن المتعاقد مع الإدارة يرمي من التعاقد إلى الحصول على الربح كما أنه يعاون في تسيير المرفق العام بانتظام واطراد ومن حقه المطالبة بالتعويضات كاملة باعتبار أن سلطة الإدارة في التعديل هي إحدى تطبيقات فكرة نظرية عمل الأمير كذلك من حقه الحصول على التوازن المالي للعقد، ويجب على الإدارة أن تحترم مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود)⁽¹⁾.

2- نظرية الظروف الطارئة: تقوم هذه النظرية على استحقاق المتعاقد تعويضاً جزئياً عن الخسارة الجسيمة التي تلحقه متى ما واجهته عند التنفيذ ظروف اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية خارجة عن إرادته وعن إرادة الجهة الإدارية المتعاقدة، تؤدي لقلب اقتصاديات العقد، وتجعل من التنفيذ مرهقاً له، وفي هذا الإطار قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن (... من المستقر عليه أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة رهينة بأن يطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو في عمل إنسان آخر لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك دفعاً لها ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تحتل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً)⁽²⁾. عليه، فإذا ما تحققت هذه النظرية استحق المتعاقد تعويضاً عن الجزء المتضرر تتحمله الإدارة المتعاقدة، ويرجع تقديره لقاضي العقد، وفي هذا الإطار قضت المحكمة العليا الليبية بأنه (إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة استثنائية وغير عادية جاز للقاضي تبعاً للظروف بعد الموازنة بين مصلحة

(1) المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 15/18 ق الصادر بتاريخ 1971/1/3 نقلاً عن نفس المرجع السابق ص 255.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1749 لسنة 37 الصادر بتاريخ 1997/12/16، نقلاً عن موسوعة العقود الإدارية لمحمد ماهر أبو العينين، مرجع سبق ذكره، الكتاب الثاني، ص 460.

الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ولا يجوز للطرفين الاتفاق على ما يخالف ذلك باعتبار نظرية الظروف الطارئة من الأمور المتعلقة بالنظام العام لا فرق في ذلك بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص ويتعين على المحكمة التزام حكمها من تلقاء نفسها دون حاجة إلى التمسك بها من جانب المدين. وقيام الحرب يعتبر من قبيل الظروف الطارئة التي يترتب عليها أنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً كان على الإدارة أن تساهم مع المتعاقد في تحمل الأعباء الناشئة عن تلك الظروف⁽¹⁾.

3- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة: تقوم هذه النظرية على أنه إذا ما صادف المتعاقد مع الإدارة وأثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية استثنائية وغير متوقعة من قبله ومن قبلها، مما جعل التنفيذ صعباً من الناحية المالية؛ استحق المتعاقد تعويضاً يعيد التوازن المالي، بما يمكنه من تعويض الخسارة التي تلحق به؛ لكونه ملزماً بالاستمرار في التنفيذ ضمناً لسير المرافق العامة بانتظام واطراد، وفي هذا المجال فإن التعويض عن الخسارة يكون كاملاً- كما في نظرية فعل الأمير - عما فاته من كسب وما لحقه من خسارة، وهو ما قضى به القضاء الإداري المصري منذ نشأته، حيث جاء في حكم صدر بتاريخ 1957/1/20 بأنه (ومن حيث أن المدعي يؤسس طلب التعويض في هذه الحالة على النظرية المعروفة بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وهي من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية، وبخاصة عقد الأشغال العامة، قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة، فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها لا تسري على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وأن هذه نية الطرفين، والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ

(1) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 24/31 ق الصادر بتاريخ 1980/01/9، م.م.ع، السنة 16،

إضافي له على الأسعار المتفق عليها، وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والناتج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة⁽¹⁾.

الخاتمة

إن القضاء الإداري بما يتميز به من كونه قضاء إنشائياً أسهم في ابتكار العديد من القواعد التي تحكم نشاط الإدارة، وهو في هذا المجال يطبق قواعد قانونية غاية في الخصوصية والدقة، بحيث يوازن في ذلك بين المصلحة العامة، ومن ثم منح الإدارة عدة امتيازات في مواجهة الأفراد، وبين حقوق المتعاملين مع الإدارة؛ ليضمن عدم الحيف والجور من إساءة استخدام الإدارة لامتيازاتها.

ومن خلال هذا البحث يمكن استخلاص عدة نتائج:

- 1- إن الامتيازات الممنوحة للإدارة في مجال العقود الإدارية التي تميزها عن غيرها من العقود الأخرى؛ هي امتيازات تُصد منها ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد؛ تحقيقاً للمصلحة العامة التي تمثل الغاية من إنشاء المرافق العامة.
- 2- لما كان ذلك فإن الإدارة لا تملك سلطة مطلقة في استخدام سلطاتها في مواجهة المتعاقدين معها، بل هي سلطة تقديرية واسعة، تخضع لقيود قانونية متمثلة في ابتغاء المصلحة العامة.
- 3- إن القضاء الإداري قد قرر للمتعاقدين مع الإدارة حقوقاً تضمن لهم تحقيق ما يسعون لتحقيقه من خلال تعاقدهم، وهو إلزام على الجهة الإدارية المساهمة في تمكينهم للوصول إليه مع الاحتفاظ لها بسلطات تضمن لها أيضاً ضمان الوصول إلى الغاية المنشودة من التعاقد.

(1) محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم 8/7892ق، وانظر كذلك فتوى قسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم 95 الصادرة بتاريخ 4 فبراير 1964 السنة 18 المبدأ 69، مشار إلى هذه الأحكام عند أبو العينين، مرجع سبق ذكره، الكتاب الثاني، ص498. كما تجدر الإشارة إلى أنه لم يجد الباحث في أحكام القضاء الليبي ما يفيد أن القضاء الليبي قد طبق هذه النظرية، لمزيد من التفصيل ينظر بحثنا (نظرية الصعوبات غير المتوقعة في العقود الإدارية)، مجلة جامعة سرت العلمية "العلوم الانسانية"، المجلد الرابع، العدد الأول، يونيو 2014، وكذلك رسالة ماجستير تحت إشرافنا للباحث عبدالله صالح النقيب، حماية المتعاقد مع الإدارة "نظرية الصعوبات غير المتوقعة أمموجاً"، كلية الدراسات العليا للعلوم الأمنية، قسم العلوم الإدارية، فبراير 2017.

4- إن امتيازات الإدارة ليست كما هو متعارف عليه: سلطة أعلى في مواجهة متعاقد أدنى، بل هي على الأصح سلطة أمينة على المصلحة العامة في مواجهة مسهم في تسيير هذه المرافق (المتعاقد).

5- أخيراً، إن القضاء الإداري في الواقع أسهم بقوة في إيجاد نظام قانوني متكامل للعقود الإدارية لتحقيق الغاية التي من أجلها وجدت هذه العقود.

وفي الختام فإننا ننهي بحثنا هذا بتوصية كثيراً ما نكررها في أبحاثنا لعلها تجد من الجهات المسؤولة استجابة، ملخصها تحقُّقُ أملنا في أن يأخذ القضاء الإداري مكانته من خلال إنشاء قضاء إداري مستقل على غرار الأنظمة التي تأخذ بنظام ازدواج السلطة القضائية، نظراً لما يمثله من أهمية في مجال المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها. فان لم يكن بإنشاء قضاء مستقل لعله من الأنسب من وجهة نظرنا إجراء تعديل على القانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري ليكون الاختصاص بشأن منازعات العقود الإدارية شاملاً لكل العقود ومانعا لدوائر القضاء الإداري بما نراه يحقق العدالة نظراً لاختلاف القواعد التي تطبق على هذه العقود وفي رأينا فإن القضاء الإداري أقدر من غيره على فض منازعات العقود الإدارية. والله ولي التوفيق

قائمة المراجع:

أولاً/ الكتب والرسائل العلمية :

- 1- د. جلال خضير الزبيدي، الأسس القانونية لسلطة الإدارة في الرقابة على أعمال العقد الإداري، دار الحكمة طرابلس ليبيا، 2010، ص61 وما بعدها.
- 2- المستشار حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1998.
- 3- د. سليمان محمد الطماوي الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.
- 4- د. مازن ليل و راضي القانون الإداري الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.
- 5- د. مازن ليل و راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

6- د. عبد المنعم عبدالحميد شرف، العقود الإدارية (أحكام الإبرام وفقاً للقانون رقم 1998/89) الخاص بالمناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، بدون دار نشر، 2001-2002.

7- عبدالله صالح النقيب، حماية المتعاقد مع الإدارة "نظرية الصعوبات غير المتوقعة أمودجاً"، كلية الدراسات العليا للعلوم الأمنية، قسم العلوم الإدارية، فبراير 2017.

8- د. محمد فؤاد عبدالباسط، العقد الإداري (المقومات - الإجراءات - الآثار) دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

9- د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2003، الكتاب الثاني والثالث، بدون دار نشر.

10- د. مفتاح خليفة عبدالحميد وحمد محمد حمد الشلماي، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.

11- د. محفوظ علي تواتي، (نظرية الصعوبات غير المتوقعة في العقود الإدارية)، مجلة جامعة سرت العلمية "العلوم الإنسانية"، المجلد الرابع، العدد الأول، يونيو 2014.

ثانياً/ الأحكام القضائية:

1- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن الإداري رقم 8/1059 ق، المجموعة - السنة الثامنة، البند 116، ص 126.

2- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 21/8 ق الصادر بتاريخ 1975/3/6، مجلة المحكمة العليا الليبية، السنة الحادية عشرة، العدد الثالث، ص 42.

3- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 25 مايو 1963، المجموعة، السنة الثامنة.

4- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 23/13 ق الصادر بتاريخ 1978/2/16، م.م. ع، السنة 14، العدد 3، ص 59.

5- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 547 الصادرة في جلسة 1962/8/15، مجموعة الأربعين عاماً، ص 621.

6- حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 17 مارس 1962، السنة السابعة، مجموعة الأربعين عاماً، ص 459.

- 7- طعن إداري رقم 23/63 الصادر بتاريخ 1978/11/30، م.م. ع، السنة 15، العدد 3، ص 69.
- 8- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 8/1 الصادر بتاريخ 1961/06/24، م.م. ع، الباحث الإلكتروني في أحكام المحكمة العليا، إصدار وزارة العدل، الإصدار الأول.
- 9- حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 17/1 الصادر بتاريخ 1970/04/5، م.م. ع، السنة 6، العدد 4، ص 19.
- 10- محكمة القضاء الإداري المصرية في الطعن رقم 6849 لسنة 8 ق، الصادر بتاريخ 1961/6/4، المجموعة السنة 15، البند 182، ص 250.
- 11- حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 23/19 الصادر بتاريخ 1978/10/26، م.م. ع، السنة 15، العدد 3، ص 22.
- 12- المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 34/2519 ق / 1993/08/31، مجموعة الأربعين عاماً، ص 395.
- 13- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 22/13 الصادر بتاريخ 1976/01/29، م.م. ع، السنة 12، العدد 3، ص 47.
- 14- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 9/862 الصادر بتاريخ 1967/6/3، مجموعة المحكمة في 15 سنة، ج 2، ص 1914.
- 15- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 27/13 الصادر بتاريخ 1983/05/18، م.م. ع، السنة 20، العدد 3، ص 40.
- 16- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 29/8 الصادر بتاريخ 1985/6/9، م.م. ع، السنة 23، العددان 3-4، ص 31.
- 17- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 24/31 الصادر بتاريخ 1980/01/9، م.م. ع، السنة 16، العدد 3، ص 16.

مبدأ المسؤولية عن الحماية كأساس للتدخل العسكري في ليبيا ومواقف بعض الدول من هذا التدخل

إعداد الدكتور: علي محمد أبوغرارة

عميد كلية القانون - جامعة سبها

ملخص البحث

يحاول هذا البحث استخلاص بعض الدروس المستفادة من التدخل العسكري لحماية المدنيين في ليبيا الذي وقع في سنة 2011 و أدى إلى إسقاط النظام في ذلك الوقت. حيث إن هذا البحث يركز على مبدأ المسؤولية عن الحماية- باعتباره الأساس الذي استند إليه مجلس الأمن في تدخله في الأزمة الليبية- حيث يبين مفهوم هذا المبدأ، ويحدد عناصره لإضفاء الدقة عليه وإعطائه مضمونا موضوعيا بعيدا عن الاعتبارات السياسية.

كما يسلط الضوء على مواقف بعض الدول من التدخل العسكري في ليبيا، حيث يعرض مواقف وحجج بعض الدول المؤيدة و المعارضة لهذا التدخل المستند إلى مبدأ المسؤولية عن الحماية، من أجل إيجاد نقاط توافق بين تلك الآراء المتباينة والمسائل المتشابهة التي ينطوي عليها هذا المبدأ، وذلك للحد من مخاوف بعض الدول بشأن احتمالية سوء استخدامه.

وفي النهاية يقدم هذا البحث نقاطا واضحة تحدد كيفية التعامل في المستقبل مع الأزمات المشابهة للآزمة الليبية، خصوصا أن التدخل العسكري عموما يعتبر من المواضيع المهمة، وله قيمة عملية كبيرة، حيث يعتبر من مواضيع الساعة في العديد من دول العالم.

المصطلحات الأساسية

المسؤولية عن الحماية، التدخل العسكري، استخدام القوة، ليبيا، حماية المدنيين، الجرائم

الفظيعة.

مقدمة

في شهر فبراير 2011 حدثت في ليبيا مظاهرات مطالبة بإسقاط النظام، ولقد قوبلت تلك المظاهرات بالقمع الشديد، وكانت هذه هي بداية تصعيد العنف⁽¹⁾ المؤدي إلى اعتماد القرارين 1970 (2011) و 1973 (2011) من مجلس الأمن، الذي طالب في قراره الأول السلطات الليبية بوقف العنف فوراً ضد المدنيين،⁽²⁾ ولكن نتيجة لعدم استجابة السلطات الليبية في ذلك الوقت إلى هذا النداء، أجاز القرار الثاني التدخل العسكري لحماية السكان المدنيين في ليبيا.⁽³⁾

هذا القرار الذي تضمن التدخل العسكري صدر بناء على دعوة من جامعة الدول العربية التي دعت فيها مجلس الأمن إلى تحمل "مسؤولياته إزاء تدهور الأوضاع في ليبيا، واتخاذ الإجراءات الكفيلة (... التي) تسمح بتوفير الحماية لأبناء الشعب الليبي و كافة المقيمين في ليبيا من مختلف الجنسيات"⁽⁴⁾. ولهذا ركز المجلس في هذا القرار على حماية السكان المدنيين، حيث دعا إلى وقف فوري لإطلاق النار و وقف كامل للعنف ضد المدنيين، وأذن للدول الأعضاء بأن تتخذ جميع التدابير الضرورية لحماية المدنيين بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة. كما أكد المجلس في هذا قرار على "مسؤولية السلطات الليبية عن حماية السكان الليبيين"، وأيضاً أعرب عن تصميمه على "كفالة حماية المدنيين والمناطق الآهلة بالسكان المدنيين".

(1) برونوبوميه، استخدام القوة لحماية المدنيين والعمل الإنساني: حالة ليبيا و ما بعدها، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 884 (جنيف: 2011)، ص 2؛ في:

<https://www.icrc.org/ar/international-review/article/use-force-protect-civilians-and-humanitarian-action-case-libya>. (January 28, 2017).

(2) "قرار مجلس الأمن رقم 1970 (2011)"، مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، 2011، رقم الوثيقة

S/RES/1970

(3) "قرار مجلس الأمن رقم 1973 (2011)"، مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، 2011، رقم الوثيقة

S/RES/1973

(4) "المحضر الحرفي لجلسات مجلس الأمن"، مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، 2011، الوثيقة رقم S/pv.6498 ،

إذاً فالسبب الأصلي وراء هذه الدعوة لحماية المدنيين من الناحية الضمنية هو "مبدأ المسؤولية عن توفير الحماية"⁽¹⁾.

ولكن ما المقصود بمبدأ المسؤولية عن توفير الحماية؟ وما عناصره؟، كما أن تطبيقه في الأزمات الليبية ولد مناقشات حول متى وكيف ينبغي اللجوء إلى القوة لأغراض الحماية. وأيضاً آثار مخاوف لدى بعض الدول - الأعضاء في الأمم المتحدة- بشأن احتمالية سوء استخدام هذا المبدأ. فهذه الدراسة تحاول الإجابة عن هذه الأسئلة.

حيث تهدف هذه الدراسة إلى توضيح مبدأ المسؤولية عن الحماية، باعتباره مبدأ حديثاً نسبياً، لأنه ظهر للوجود في سنة 2005، وما زالت هناك دراسات و تقارير و مقترحات تحاول توضيحه وتطويره وإيجاد الحلول المناسبة للمشاكل التي تواجه تطبيقه. ولاشك أن هذه الدراسة تصب في هذا الاتجاه. حيث أنها توضح أحد الأمثلة العملية لتطبيق هذا المبدأ، وهو التدخل العسكري لحماية المدنيين في ليبيا في سنة 2011، وتعرض مواقف وحجج بعض الدول المؤيدة والمعارضة لهذا التدخل، من أجل الوقوف على المسائل التي يثيرها التطبيق العملي لمبدأ المسؤولية، ومحاولة إيجاد بعض الضمانات التي تحول دون التعسف في استخدام هذا المبدأ، و تحد من مخاوف الدول المعارضة له، وبالتالي يحظى بالقبول الواسع من جانب الدول.

ولهذا سوف ندرس، في المبحث الأول، مبدأ المسؤولية عن الحماية كأساس للتدخل العسكري، و أمّا المبحث الثاني فقد خصص لمواقف بعض الدول من ذلك التدخل.

(1) برونوبوميه، استخدام القوة لحماية المدنيين والعمل الإنساني: حالة ليبيا و ما بعدها، مرجع سابق، ص 2.

المبحث الأول

مبدأ المسؤولية عن الحماية كأساس للتدخل العسكري

في هذا المبحث، سوف نتناول مفهوم مبدأ المسؤولية عن الحماية في المطلب الأول، و عناصر ذلك المبدأ في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ المسؤولية عن الحماية

على الرغم من أن مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول يعتبر من المبادئ الأساسية المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة، إلا أنّ إمكانية مخالفة هذا المبدأ تثور عندما يحصل انتهاك صارخ لحقوق الإنسان في دولة ما، خصوصاً أن الميثاق نفسه ينص بصورة صريحة وواضحة إلى ضرورة وأهمية احترام ودعم وتعزيز حقوق الإنسان. ومن هنا يرى البعض أن التدخل من أجل حماية الشعوب المضطهدة وقمع انتهاكات القانون الدولي الإنساني، يعتبر عملاً مشروعاً، وهو ما يسمى بالتدخل الإنساني، أو التدخل لأغراض الحماية الإنسانية. حيث إن المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه هذا التدخل هو التدخل عسكرياً من قبل دولة أو مجموعة من الدول ضد دولة أجنبية في حالة انتهاك هذه الأخيرة القانون الإنساني ضد رعاياها، ويكون التدخل بغية إرغامها على التوقف عن بعض الممارسات غير الإنسانية أو لمنعها من تكرار ذلك في المستقبل، أو في حالة اتخاذها لإجراءات قسرية ضد الأقليات.⁽¹⁾

و لقد استخدمت الدول الأوروبية هذا المفهوم "التدخل الإنساني" عدة مرات. فعلى سبيل المثال هذه الدول تدخلت في شؤون الدولة العثمانية خلال القرن التاسع عشر، تحت ذريعة حماية الأقليات المسيحية التي كانت تعيش في ظلها، وأيضاً قيام الولايات المتحدة في سنة 1983 بغزو دولة جرينادا بحجة حماية رعاياها وإعادة الديمقراطية إلى تلك البلاد. وقد تزايد التدخل العسكري لاعتبارات إنسانية منذ بداية تسعينيات القرن الفائت، حيث شهدت تلك الفترة تطبيقات عديدة للتدخل العسكري لأغراض إنسانية سواء على

(1) غازي حسن صباريني، الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام (عمان: دار الثقافة، 2007)، ص 133.

مستوى أحمادي أو على مستوى جماعي،⁽¹⁾ مثل التدخل حلف شمال الأطلسي في كوسوفو في سنة 1999.

ولكن في المقابل هناك من ينتقد هذا التدخل لأنه يخالف مبدأ صريح في ميثاق الأمم المتحدة وهو مبدأ عدم التدخل، ويستعمل كحجة تخفي وراءها أسبابا سياسية. حيث يرى البعض أنه يحدث أحيانا التركيز على مخالقات لحقوق الإنسان ترتكبها بعض الدول، وإغفال انتهاكات تقوم بها دول أخرى، وذلك حسب المصالح.⁽²⁾ وفي نفس هذا الاتجاه يرى البعض أن التدخل الإنساني يعتبر شكلاً من أشكال الاستعمار الجديد يتستر تحت ذريعة حقوق الإنسان.⁽³⁾

والحقيقة رغم الكوارث الإنسانية في كمبوديا، وفي الصومال، و الإبادة الجماعية في رواندا، وأعمال القتل الجماعي في سريريبيسا وكوسوفو التي حدثت في أواخر القرن الماضي، بقي التدخل لأغراض الحماية الإنسانية مسألة جدلية عندما يحصل هذا التدخل وعندما لا يحصل.

فعدم التدخل مثلا في رواندا في سنة 1994 لمنع الإبادة الجماعية، أدى إلى كارثة إنسانية راح ضحيتها أكثر من 800,000 رواندي، و أدى إلى زعزعة استقرار منطقة البحيرات الكبرى بأسرها.⁽⁴⁾

(1) خالد حساني، "بعض الإشكاليات النظرية لمفهوم التدخل الإنساني"، مجلة المستقبل العربي، العدد 425 (بيروت: 2014)، ص 41.

(2) محمد السعيد الدقاق، القانون الدولي: المصادر و الاشخاص (بيروت: الدار الجامعية، 1992)، ص 435.
(3) غازي حسن صباريني، الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 137. وفي هذا السياق، يؤكد الدكتور جابر الراوي أن "الحقيقة الواضحة أن الدول حين تسلك طريق التدخل في الشؤون الدول الأخرى بحجة تدخلها لحماية الإنسانية فإنها إذا كانت تتدخل في بعض الأحيان لحماية الأقليات الدينية أو اللغوية أو العرقية، فإنها في غالب الأحيان تتدخل لحماية مصالحها الخاصة أو لتحقيق مصالح استعمارية. انظر: جابر إبراهيم الراوي، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية (عمان: دار وائل للنشر، 2010)، ص 22.

(4) اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول، مسؤولية الحماية (نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، 2002) رقم الوثيقة A/57/303، ص 16.

وعندما حصل التدخل مثلا من قبل حلف شمال الأطلسي في كوسوفو في سنة 1999 لمنع القتل الجماعي، أثار أسئلة هامة عن شرعية التدخل العسكري في دولة ذات سيادة. منها: هل كان انتهاك حقوق الإنسان الذي ارتكبه سلطات بلغراد أو هددت بارتكابه خطرا إلى حد يكفي لتبرير تدخل خارجي؟ هل تلاعب الذين يسعون إلى الانفصال بالتدخل الخارجي لتحقيق مقاصدهم السياسية؟ هل استُطِعت كل الوسائل السلمية لحل الصراع استطلاعاً تاماً؟ هل أُعطي إذن مناسب بالتدخل؟ هل أدت الطريقة التي نفذ بها التدخل إلى جعل وضع حقوق الإنسان الذي حاول التدخل تصحيحه أسوأ مما كان فعلاً؟ أم -إزاء كل ذلك - لو لم يتدخل حلف شمال الأطلسي لكانت كوسوفو في أحسن الأحوال موقعا لحرب أهلية مستمرة دموية ومزعزعة للاستقرار، وفي أسوأ الأحوال موقعا لمذبحة إبادة جماعية كتلك التي حصلت في سريرينيتسا في عام 1995.⁽¹⁾

فعلى الرغم من أن هناك من ينظر إلى هذا التدخل على أنه شرعي كون الهدف منه الحيلولة دون استمرار القتل وكل الجرائم التي كانت ترتكب داخل الدولة تحت مظلة السيادة، إلا أن هناك من ينظر إليه على أنه انتهاك لمبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول المنصوص عليه في ميثاق الأمم المتحدة من جهة، ويتم استعماله كذريعة لاستغلال و استعمار الدول من جهة أخرى.⁽²⁾

ونتيجة لإخفاق التدخل لأغراض إنسانية في الجمع بين مبدأ عدم التدخل من ناحية، و الاستجابة إلى الأوضاع و النداءات الإنسانية من ناحية أخرى، كانت الحاجة ملحة لإيجاد مبدأ أو مفهوم جديد يحفظ سيادة الدول من ناحية، ويحول دون حدوث جرائم فظيعة من ناحية أخرى.⁽³⁾ خصوصا أن أفضع المآسي الإنسانية التي شهدتها القرن الماضي لم تكن

(1) المرجع السابق، ص 16.

(2) بوكريطة علي، "التدخل الدولي في إطار المسؤولية عن الحماية"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2014، ص 2؛ في:

<http://dlibrary.univ-boumerdes.dz:8080/bitstream/123456789/745>.

(January 28, 2017).

وانظر أيضا: خالد حساني، "بعض الإشكاليات النظرية لمفهوم التدخل الإنساني"، مرجع سابق، ص 42.

(3) بوكريطة علي، التدخل الدولي في إطار المسؤولية عن الحماية، مرجع سابق، ص 3.

محصورة في منطقة بعينها من العالم ، بل وقعت في بلدان الشمال و الجنوب، وفي البلدان الفقيرة و المتوسطة الدخل و الميسورة نسبيا. (1)

فتساءل الكثير عمّ إذا كان جائزا أن يساء استخدام السيادة؟ - وهي أحد الأركان التي تقوم عليها الأمم المتحدة - فتتخذ هذه السيادة ستارا ترتكب خلفه أعمال عنف جماعية بحق الشعوب بمنأى عن أي عقاب. (2)

وفي الجمعية العامة- في عام 1999 و مرة ثانية في عام 2000- وجه الأمين العام السابق للأمم المتحدة السيد كوفي عنان، نداءات ملحة إلى المجتمع الدولي ليحاول التوصل نهائيا إلي توافق في الآراء حول كيفية معالجة هذه المسألة، و طرح سؤالاً ، بصورة مباشرة و صريحة، مضمونه: إذا كان التدخل الإنساني يمثل حقا اعتداء غير مقبول على السيادة، فعلى أي نحو ينبغي علينا أن نستجيب لحالات شبيهة برواندا أو بـسريرينييتسا لانتهاكات الجسيمة و المنهجية لحقوق الإنسان التي تؤثر في كل مبدأ من مبادئ إنسانيتنا المشتركة؟ (3)

ولهذا أعلنت حكومة كندا، مع مجموعة من المؤسسات الكبيرة، في الجمعية العامة في سبتمبر سنة 2000، إنشاء لجنة دولية معنية بالتدخل و سيادة الدول. وقد طلب من هذه اللجنة دراسة الموضوع و التشاور مع ذوي الرأي على أوسع نطاق ممكن في كل أنحاء العالم، و الخروج بتقرير يساعد الأمين العام و كل من عداه على إيجاد موقف جديد مشترك. وبعد عام، انتهت اللجنة من تقريرها الذي موضوعه الرئيسي "مسؤولية الحماية"، أي أن على الدول ذات السيادة مسؤولية حماية مواطنيها من الجرائم الفظيعة، ولكن عندما تكون هذه الدول غير راغبة أو غير قادرة على فعل ذلك، يجب أن يتحمل تلك المسؤولية المجتمع الدولي. (4)

وبعد أربع سنوات من إعداد ذلك التقرير، أي تحديدا في سنة 2005 ،أقرت الجمعية العامة مبدأ المسؤولية عن الحماية وذلك عن طريق اعتماد الوثيقة الختامية لتنتائج مؤتمر القمة

(1) الأمين العام للأمم المتحدة، تنفيذ المسؤولية عن الحماية (نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، 2009)، رقم الوثيقة A/63/677 ، ص 6.

(2) المرجع السابق، ص 6.

(3) اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول، مسؤولية الحماية، مرجع سابق، ص 8-9.

(4) المرجع السابق، ص 9.

العالمي الذي تضمن ذلك المبدأ. حيث نصت المادة 138 من تلك الوثيقة على " أن المسؤولية عن حماية السكان من الإبادة الجماعية وجرائم الحرب و التطهير العرقي و الجرائم ضد الإنسانية تقع على عاتق كل دولة على حدة. وتستلزم هذه المسؤولية منع وقوع تلك الجرائم، بما في ذلك التحريض على ارتكابها، عن طريق الوسائل الملائمة و الضرورية. ونحن نوافق على تحمل تلك المسؤولية و سنعمل بمقتضاها. و ينبغي للمجتمع الدولي أن يقوم، حسب الاقتضاء، بتشجيع و مساعدة الدول على الاضطلاع بهذه المسؤولية، و دعم الأمم المتحدة في إنشاء قدرة على الإنذار المبكر". و نصت المادة 139 على أنه " يقع على عاتق المجتمع الدولي أيضا، من خلال الأمم المتحدة، الالتزام باستخدام ما هو ملائم من الوسائل الدبلوماسية و الإنسانية و غيرها من الوسائل السلمية، وفق للفصلين السادس و الثامن من الميثاق، للمساعدة في حماية السكان من الإبادة الجماعية و جرائم الحرب و التطهير العرقي و الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية. و في هذا السياق، نعرب عن استعدادنا لاتخاذ إجراء جماعي، في الوقت المناسب و بطريقة حاسمة، عن طريق مجلس الأمن، ووفقا للميثاق، بما في ذلك الفصل السابع منه، على أساس كل حالة على حدة و بالتعاون مع المنظمات الإقليمية ذات الصلة حسب الاقتضاء، في حال قصور الوسائل السلمية و عجز السلطات الوطنية البين عن حماية سكانها من الإبادة الجماعية و جرائم الحرب و التطهير العرقي و الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية و تؤكد الحاجة إلى أن تواصل الجمعية العامة النظر في مفهوم المسؤولية عن حماية السكان من الإبادة الجماعية و جرائم الحرب و التطهير العرقي و الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية و ما يترتب على هذه المسؤولية، مع مراعاة مبادئ الميثاق و القانون الدولي . و نعتزم أيضا الالتزام، حسب الضرورة و الاقتضاء، بمساعدة الدول في بناء القدرة على حماية سكانها من الإبادة الجماعية و جرائم الحرب و التطهير العرقي و الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، و مساعدة الدول التي تشهد توترات قبل أن تنشب فيها أزمات و صراعات".⁽¹⁾

(1) "قرار الجمعية العامة رقم 1/60 بشأن اعتماد نتائج مؤتمر القمة العالمي لعام 2005"، الجمعية العامة للأمم المتحدة،

وعليه فإن نطاق المسؤولية عن توفير الحماية يقتصر على أربع جرائم (الجرائم الفظيعة) وهي: الإبادة الجماعية، وجرائم الحرب، و التطهير العرقي، و الجرائم ضد الإنسانية.⁽¹⁾ و تقع تلك المسؤولية عن توفير الحماية أولا وقبل كل شيء على عاتق الدولة وحدها التي تعد حماية سكانها من الجرائم الفظيعة أحد واجباتها، والمبرر الأساسي لوجودها، وذلك وفقا لمفهوم السيادة الذي يتضمن اليوم التزاما من جانب الدولة بحماية رفاة شعبها و الوفاء بالتزاماتها إزاء المجتمع الدولي الأوسع نطاقا.⁽²⁾

ومن الواضح أنه لا يمكن افتراض أن كل دولة ستتمكن، أو ستكون مستعدة دائما للوفاء بمسؤولياتها تجاه شعبها وتجنب إلحاق الضرر بجيرانها. ولهذا إذا كانت السلطات الوطنية لتلك الدولة غير قادرة أو غير راغبة في حماية مواطنيها، فإن المسؤولية حينئذ تتحول إلى

(1) يقتصر نطاق المسؤولية على أربع جرائم وهي الإبادة الجماعية وجرائم الحرب و التطهير العرقي و الجرائم ضد الإنسانية. هذه الجرائم، باستثناء التطهير العرقي، معرفة في المواد 6 و 7 و 8 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. كما أنها محظورة بموجب القانون الدولي العرفي. ورغم وجود قواسم مشتركة كثيرة بين الأفعال المحظورة المحددة في تلك الجرائم، فثمة فروق رئيسية بينها. في حالة الإبادة الجماعية يكمن الفارق في قصد مرتكب الجريمة، المتمثل في "التدمير الكلي أو الجزئي" لجماعة وطنية أو أجنبية أو عرقية أو دينية. وفي حالة جرائم الحرب، فإنه لا يمكن أن ترتكب إلا في سياق النزاع المسلح أو الاحتلال. وقد تشمل جرائم الحرب استهداف المرافق المدنية التي لا تشكل أهداف عسكرية أو استهداف أي شخص لم يعد يقوم بدور مباشر في الأعمال العدائية، إضافة إلى استخدام الأسلحة المحظورة بموجب القانون الدولي. وتتميز الجرائم ضد الإنسانية بالطبيعة المنتظمة و الواسعة النطاق للانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان. وقد ترتكب جرائم الحرب و الإبادة الجماعية و جرائم ضد الإنسانية في سياق نفس الحدث، أو قد تكون ممهدة لجرائم فظيعة أخرى. أما التطهير العرقي، فرغم أنه ليس معرفا كجريمة منفصلة في ظل القانون الجنائي الدولي، فهو كثيرا ما ينجم عن مجموعة من الأفعال التي يمكن أن تشكل إبادة جماعية أو جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية. انظر الأمين العام للأمم المتحدة، المسؤولية عن الحماية :مسؤولية الدولة والمنع (نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، 2013)، رقم الوثيقة A/67/929-S/2013/399، الهامش ص4.

(2) الفريق الرفيع المستوى المعني بالتهديدات والتحديات والتغيير، عالم أكثر أمنا :مسؤوليتنا المشتركة (نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، 2004) رقم الوثيقة A/59/565، ص 28.

المجتمع الدولي الذي عليه أن يستخدم الأساليب المناسبة للمساعدة على حماية حقوق الإنسان المكفولة للمدنيين في تلك الدولة.⁽¹⁾

ولكن عندما تبدو هذه الأساليب غير كافية، يجوز لمجلس الأمن أن يقرر، بدعوى الضرورة، اتخاذ إجراءات بموجب ميثاق الأمم المتحدة، منها إجراءات قسرية- بما فيها استخدام القوة- عند الاقتضاء.⁽²⁾

المطلب الثاني : عناصر المسؤولية

من خلال مفهوم المسؤولية- الذي سبق شرحه أعلاه- يتضح بان هذا المبدأ يتكون من ثلاث عناصر رئيسية وهي: مسؤولية الدولة عن حماية سكانها، و المساعدة الدولية للدولة للوفاء بمسؤوليتها عن الحماية، و الاستجابة في الوقت المناسب و بطريقة الحاسمة.

أولاً - مسؤولية الدولة عن حماية سكانها

يرد في صلب المادتين 138 و 139 المذكورتين أعلاه اعتراف الدول الأعضاء بمسؤوليتها الأساسية عن حماية سكانها، من الإبادة الجماعية، و التطهير العرقي، و جرائم الحرب، و الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية ، و من تحريض على ارتكاب تلك الأفعال.⁽³⁾ والحقيقة أن هذه المسؤولية نابعة من طبيعة سيادة الدول، و من التزامات قانونية كانت تقع على عاتق الدول من قبل و لا تزال، أي أنها ليست وليدة ما جرى في وقت حديثا نسبيا من رفع لشعار المسؤولية عن الحماية و القبول به.⁽⁴⁾

حيث يقع على عاتق الدول واجب إلزامي بموجب القانون الدولي العرفي بتجريم تلك الأفعال، والتحقق فيها ومحكمة مرتكبيها.⁽⁵⁾ فالمحاكمة- عن ارتكاب تلك الجرائم- ضرورة

(1) الأمين العام للأمم المتحدة، في جو من الحرية أفسح : صوب تحقيق التنمية، والأمن، وحقوق الإنسان للجميع (نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، 2005) رقم الوثيقة A/59/2005 ، ص 50.

(2) المرجع السابق.

(3) الأمين العام للأمم المتحدة، المسؤولية عن الحماية :مسؤولية الدولة والمنع، مرجع سابق، ص 2.

(4) الأمين العام للأمم المتحدة، تنفيذ المسؤولية عن الحماية، مرجع سابق، ص 11.

(5) على سبيل المثال تبين المادة 1 من اتفاقية منع الإبادة الجماعية واجب الدول بأن تمنع فعلا الإبادة الجماعية، كما تبين المادة 1 المشتركة من اتفاقيات جنيف واجب الدول الأطراف باحترام وكفالة احترام القانون الدولي

لمنع وقوع تلك الجرائم في المستقبل، و أيضا لتعزيز مصداقية مؤسسات الدولة، التي ينبغي عليها توفير الإطار القانوني لتلك المحاكمة أو المساءلة، من خلال التصديق على الصكوك القانونية الدولية ذات الصلة، و تكييفها مع الظروف المحلية و تنفيذها.⁽¹⁾ بمعنى أوضح، أدرج الالتزامات الدولية في التشريعات الوطنية و اتخاذ تدابير عملية لتنفيذ تلك التشريعات، يعزز الإطار القانوني لتلك المحاكمة أو المساءلة، وأيضا يتعزز ذلك الإطار عن طريق إزالة الصعوبات القانونية و الإعفاءات أو الحصانات التي تعرقل محاكمة المسؤولين الحكوميين و غيرهم من الأفراد المسؤولين عن جرائم فظيعة.⁽²⁾

حيث من شأن تعزيز هذا الإطار القانوني أن يكفل عدم ارتكاب الأشخاص العاملين تحت سيطرة الدولة ، بما في ذلك قوات الأمن و الجيش، الأفعال التي قد تصل إلى حد الجرائم المذكورة أعلاه،⁽³⁾ وبالتالي تجنب التدخل من قبل المجتمع الدولي، ولكن إذا أخفقت الدولة في مسؤوليتها عن حماية سكانها فإنها تكون عرضة لذلك التدخل.

وتأكيدا على هذا العنصر (مسؤولية الدولة عن حماية سكانها)، أكد مجلس الأمن في قراره 1970 (2011) بصورة صريحة على مسؤولية " السلطات الليبية عن توفير الحماية لسكانها"، وأيضا أكد "على ضرورة محاسبة المسؤولين عن الهجمات الموجهة ضد المدنيين، ويشمل ذلك القوات الخاضعة لسيطرتهم". كما طلب أيضا من السلطات الليبية " التحلي

=

الإنساني في جميع الظروف. انظر: الأمين العام للأمم المتحدة، المسؤولية عن الحماية: مسؤولية الدولة والمنع، مرجع سابق، ص 2.

(1) وتشمل هذه الصكوك اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية و المعاقبة عليها، و العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية و بروتوكوله الاختياري الثاني لعام 1989، و العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية، و اتفاقية مناهضة التعذيب و غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، و اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، و اتفاقية القضاء على التمييز العنصري، و الاتفاقية المتعلقة بمركز اللاجئين و بروتوكولها لعام 1967، و اتفاقية حقوق الطفل، و نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. انظر الأمين العام للأمم المتحدة، المسؤولية عن الحماية: مسؤولية الدولة والمنع، مرجع سابق، ص 13.

(2) المرجع السابق.

(3) المرجع السابق.

بأقصى درجات ضبط النفس، واحترام حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي، والسماح بدخول مراقبي حقوق الإنسان الدوليين البلاد" و "ضمان سلامة جميع الرعايا الأجانب وأموالهم وتسهيل رحيل من يرغب منهم في مغادرة البلاد"، و "ضمان مرور الإمدادات الإنسانية والطبية ووكالات الإغاثة الإنسانية وعمالها، مروراً آمناً إلى داخل البلد".⁽¹⁾

ثانياً - المساعدة الدولية للدولة للوفاء بمسئوليتها عن الحماية

تمثل الجرائم الفظيعة في الحقيقة إهانة بالغة للإنسانية ، و لجوهر كرامة البشر. كما إنها قد تمثل تهديدا خطيرا للسلم والأمن الدوليين، لأن الحالات التي تنطوي على الجرائم الفظيعة يمكن أن تسفر عن خسائر فادحة وتترتب عليها آثار طويلة الأمد، وقد تولد عدم استقرار دائم، سواء ضمن حدود الدولة أو عبر تلك الحدود، وكثيراً ما تؤدي هذه الجرائم إلى تضخيم مصادر النزاعات و تحد من إمكانات الحل السلمي للأزمات، وتنتج تدفقات كبيرة من اللاجئين والنازحين داخليا، كما تؤدي إلى زعزعة استقرار البلدان المجاورة.⁽²⁾

وبالتالي لا يمكن للمجتمع الدولي أن يقف موقف المتفرج من هذه الجرائم . فبإمكان الدول و المنظمات الإقليمية و الدولية أن تقدم أشكال مختلفة من المساعدة للدول للوفاء بمسئولياتها عن الحماية. هذا ما أكدته الوثيقة الختامية لمؤتمر القمة العالمي 2005، التي جاء فيها انه ينبغي للمجتمع الدولي أن يقوم بتشجيع و مساعدة الدول على الاضطلاع بهذه المسؤولية.⁽³⁾

والواقع أن هناك أشكال مختلفة من المساعدة الدولية التي يمكن تقديمها، مثل: تشجيع الدول على اتخاذ تدابير لمنع الجرائم الفظيعة، بما في ذلك نشر ثقافة حقوق الإنسان و المعايير و القواعد الإنسانية ، وأيضاً تثقيف السلطات الوطنية و عامة الجمهور بشأن طبيعة الجرائم الفظيعة . كما يفيد تذكير الدول بالتزاماتها الدولية- المتضمنة اتفاقيات جنيف وبروتوكولاتها الإضافية، واتفاقية منع الإبادة الجماعية و المعاقبة عليها، والصكوك الدولية الأساسية لحقوق

(1) قرار مجلس الأمن رقم 1970 (2011)، مرجع سابق.

(2) الأمين العام للأمم المتحدة ، التزام حيوي ودائم: تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية (نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، 2015)، رقم الوثيقة **A/69/981-S/2015/500**، ص8.

(3) الأمين العام للأمم المتحدة، الوفاء بمسئوليتنا الجماعية: المساعدة الدولية و المسؤولية عن الحماية (نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، 2014)، رقم الوثيقة **A/68/947-S/2014/449**، ص3.

الإنسان، و الممارسات التي تطورت بشأنها - في تعزيز تقييد الدول بالمعايير القانونية التي تحظر الجرائم الفظيعة، حيث إن جميع الدول الأطراف في هذه الصكوك الدولية ملزمة بضمن تنفيذها.⁽¹⁾

ويمكن للمساعدة الدولية أن توفر المشورة والخبرة اللازمة لدعم جهود الوساطة المحلية أو الدولية، من أجل تيسير الحوار مع الأطراف، وذلك بهدف وقف العنف ومنع تكراره، وتعزيز حقوق الإنسان، ومكافحة الإفلات من العقاب، ودعم المصالحة الوطنية وإعادة البناء الاقتصادي، وتوفير الأمن وغيرها من المسائل.⁽²⁾

وتشكل الأمم المتحدة جزءا مركزيا من هياكل مساعدة الدول في الوفاء بمسئوليتها، نظرا لشرعيتها وطابعها العالمي. حيث مازالت هذه المنظمة تقدم مجموعة من الجهود الرامية إلى مساعدة الدول على ممارسة مسئوليتها عن الحماية، وأصبحت مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان موردا عالميا لمساعدة البلدان على مراعاة التزاماتها بحقوق الإنسان في مجالات الرصد والدعوة والتثقيف.⁽³⁾

وتقدم عدة منظمات دولية أخرى مساعدة تتيح بصورة مباشرة وغير مباشرة للدول الوفاء بمسئوليتها عن الحماية. فمثلا المحكمة الجنائية الدولية من شأنها مساعدة الدول على الوفاء بمسئوليتها، وذلك بتبادل المعلومات، وتدريب المدعين العامين، والمحققين الوطنيين، ومكافحة الإفلات من العقاب الذي يسهل الجرائم الفظيعة.⁽⁴⁾

كما تستطيع دولة أو مجموعة من الدول أن تمارس تأثيرا كبيرا في إقناع الآخرين بحماية السكان المعرضين للخطر، وقد تتخذ تدابير، بما في ذلك فرض العقوبات، عندما لا توفر الدول الأخرى حماية سكانها، وبإمكانها أيضا أن تطلب من المنظمات الإقليمية التي هي أعضاء فيها، أو من مجلس الأمن مباشرة، اتخاذ التدابير اللازمة لحماية السكان. حيث إنه

(1) المرجع السابق، ص 12.

(2) الأمين العام للأمم المتحدة، مسؤولية الحماية: الاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة (نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، 2012)، رقم الوثيقة A/66/874-S/2012/578، ص 10.

(3) الأمين العام للأمم المتحدة، تنفيذ المسؤولية عن الحماية، مرجع سابق، ص 22.

(4) الأمين العام للأمم المتحدة، الوفاء بمسئوليتنا الجماعية: المساعدة الدولية والمسؤولية عن الحماية، مرجع سابق، ص 9.

بموجب الفصل السادس من الميثاق، يجوز لأي عضو في الأمم المتحدة أن يوجه انتباه مجلس الأمن إلى أي نزاع أو حالة من شأنها أن تشمل ارتكاب جرائم أو انتهاكات تتعلق بمسؤولية الحماية.⁽¹⁾

ففي حالة ليبيا، جاء طلب جامعة الدول العربية إلى مجلس الأمن باتخاذ التدابير اللازمة لحماية السكان بناء على مبادرة من بعض أعضائها.⁽²⁾

والحقيقة، بإمكان المساعدة الدولية أن تعزز الجهود التي تبذلها الدول بالفعل لحماية سكانها من الجرائم الفظيعة، وإن تقلل من احتمال الاستجابة الجماعية من جانب المجتمع الدولي في إطار العنصر الثالث من عناصر المسؤولية.⁽³⁾

حيث إنه عندما تكون القيادات السياسية الوطنية ضعيفة أو منقسمة على نفسها أو على غير يقين من الطريق الذي ينبغي أن تسلكه، أو تفتقر إلى القدرة على حماية سكانها بشكل فعال، أو تواجه معارضة مسلحة تهدد بارتكاب جرائم و انتهاكات تتعلق بالمسؤولية عن الحماية أو ترتكبها فعلا، فأن من شأن تدابير المساعدة الدولية أن تؤدي دورا حاسما في تنفيذ المسؤولية الدولية عن الحماية. حيث إن المساعدة الدولية تشمل تدابير الإقناع و الحوافز الايجابية، بالإضافة إلى المساعدات العسكرية لمساعدة الدول المحاصرة على التصدي للجهات الفاعلة المسلحة من غير الدول التي تهدد الدول و سكانها على السواء.⁽⁴⁾

ولكن إذا كانت القيادات السياسية للدولة مصممة على ارتكاب جرائم وانتهاكات تتعلق بالمسؤولية عن الحماية، فإن تدابير المساعدة الدولية ستكون قليلة الجدوى وسيكون من الأفضل للمجتمع الدولي أن يلجأ إلى الاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة.⁽⁵⁾

(1) الأمين العام للأمم المتحدة، مسؤولية الحماية: الاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة، مرجع سابق، ص 15.

(2) المرجع السابق.

(3) الأمين العام للأمم المتحدة، الوفاء بمسؤوليتنا الجماعية: المساعدة الدولية و المسؤولية عن الحماية، مرجع سابق، ص 5.

(4) الأمين العام للأمم المتحدة، تنفيذ المسؤولية عن الحماية، مرجع سابق، ص 20.

(5) المرجع السابق.

ففي ليبيا تم اللجوء إلى القوة بعد أن خلص اغلب أعضاء المجلس بأن التدابير الأخرى غير كافية لوقف العنف، و بالتالي الحالة تتطلب إجراءات أكثر صرامة لوفاء بالمسؤولية عن الحماية كما يتضح أدناه.

ثالثا - الاستجابة في الوقت المناسب و بطريقة الحاسمة

يشتمل العنصر الثالث من عناصر مبدأ المسؤولية في مسؤولية الدول الأعضاء عن التحرك في الوقت المناسب في إطار استجابة جماعية حاسمة، وذلك عندما يتجلى إخفاق إحدى الدول في توفير الحماية لسكانها.⁽¹⁾

ووفقا لميثاق الأمم المتحدة، المجتمع الدولي يمكن أن يستخدم تدابير سلمية في إطار الفصل السادس، أو تدابير قسرية في إطار الفصل السابع، أو التعاون مع الترتيبات الإقليمية ودون الإقليمية في إطار الفصل الثامن من هذا الميثاق.⁽²⁾

حيث إنه من الواضح أن التدابير التي يمكن أن تستخدمها الأمم المتحدة لا تقتصر على التدابير القسرية وحدها، بل هناك تدابير سلمية في إطار الفصل السادس يمكن استخدامها في إطار هذا العنصر (أي عنصر الاستجابة). و المثال على ذلك: بعثات الرصد و المراقبة التي تنشر في إطار الفصل السادس من الميثاق تعتبر وسيلة مهمة للإبلاغ و التحقق من ارتكاب الجرائم، و تقييم امثال الأطراف لالتزاماتها الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان ومسؤولياتها عن الحماية، وهذا قد يسهم في وقف ارتكاب الجرائم الفظيعة.⁽³⁾ ولاشك في التهديد بالإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية يمكن أن يسهم في الاستجابة العامة، حيث تعمل المحكمة على وضع حد لإفلات مرتكبي اخطر الجرائم من العقاب، وبالتالي تسهم في منع هذه الجرائم.⁽⁴⁾

(1) المرجع السابق، ص 11.

(2) المرجع السابق، ص 12.

(3) الأمين العام للأمم المتحدة، مسؤولية الحماية: الاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة، مرجع سابق، ص 11. انظر أيضا الأمين العام للأمم المتحدة، دور الترتيبات الإقليمية ودون الإقليمية في تنفيذ المسؤولية عن

الحماية (نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، 2011)، رقم الوثيقة A/65/877-S/2011/393، ص 13.

(4) الأمين العام للأمم المتحدة، مسؤولية الحماية: الاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة، مرجع سابق، ص 12.

ويمكن أن يقال إن إرسال لجنة تحقيق أو الإحالة أو التهديد بالإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية يدخل في إطار عنصر المساعدة والمنع أي في العنصر الثاني من المسؤولية وليس العنصر الثالث المتعلق بالاستجابة.

ولكن الحقيقة أن الخطوط الفاصلة بين كل هذه العناصر ليست واضحة تماما في الممارسة العملية. فعلى سبيل المثال، المساعدة الدولية يمكن أن تشمل عناصر منع و استجابة، بل و في نفس الوقت أحيانا. مثال ذلك إرسال لجنة تحقيق أو الإحالة إلى المحكمة للوقوف على الحقائق من اجل منع ارتكاب الجرائم، يدخل في إطار العنصر الثاني المساعدة الدولية، وفي نفس الوقت يمكن أن يكون أيضا عملا يندرج في إطار العنصر الثالث الاستجابة، المتمثل في وقف ارتكاب هذه الجرائم. لان مجرد وجود لجنة تحقيق دولية في الدولة معينة يمكن أن يسهم في منع ارتكاب المزيد من الجرائم، وبالتالي فهو بمثابة تدبير وقائي في إطار العنصر الثاني و تدبير حاسم في إطار العنصر الثالث. ولهذا، قد لا يكون من الممكن دائما أن يحدد بوضوح ما إذا كان نشاط من الأنشطة يندرج حصرا في إطار عنصر واحد أو آخر من العناصر الثلاثة، وهذا التحديد غير ضروري.⁽¹⁾ لان الهدف من المساعدة الدولية المقدمة في إطار العنصر الثاني، هو مساعدة الدولة على الوفاء بمسؤولياتها في إطار العنصر الأول (مسؤولية الدولة عن الحماية)، وإلغاء ضرورة اتخاذ إجراء في إطار العنصر الثالث (الاستجابة) أو التقليل من احتمالاته.⁽²⁾

وبالتالي فأن التدابير السلمية وفقا للفصل السادس لا تقتصر على العنصر الأول أو الثاني وحدهما، بل يمكن استخدامها في إطار العنصر الثالث (الاستجابة).

ولكن عندما لا تستجيب دولة معينة لهذه الوسائل السلمية، يمكن لمجلس الأمن أن يأذن بتدابير قسرية في إطار المادتين 41 و 42 من الفصل السابع من الميثاق، وتشمل التدابير القسرية، في إطار المادة 41، تجميد الأصول المالية لكل من أعضاء الحكومة و أفراد نظام من الأنظمة و فرض حظر على السفر، وتعليق الائتمانات والمساعدات و القروض المقدمة من المؤسسات المالية الدولية إلى المسؤولين الحكوميين، وفرض قيود على تقديم الخدمات المالية

(1) المرجع السابق، ص 5.

(2) المرجع السابق، ص 7.

الأخرى، ومراقبة توافر السلع الكمالية، و الأسلحة و المواد المتصلة بها، و الحد من الاتصالات الدبلوماسية للدول مع كيان مستهدف، و تطبيق حظر على المشاركة في الأحداث الرياضية الدولية، و فرض قيود على التعاون العلمي و التقني وغيرها من التدابير التي يقرها مجلس الأمن.⁽¹⁾

ففي قراره رقم 1973 (2011) بشأن ليبيا، فرض مجلس الأمن مجموعة من العقوبات التي من ضمنها، منع جميع الرحلات الدولية التي تملكها ليبيا، و فرض حظر الأسلحة، و تجميد أصول بعض المسؤولين في النظام و بعض الكيانات، بما في ذلك شركات ليبية رئيسية مملوكة للدولة الليبية.⁽²⁾

والحقيقة انه ينبغي هيكلة العقوبات بعناية من أجل التأثير في المقام الأول على المسؤولين و التقليل إلى أدنى حد من الأثر على السكان المدنيين.⁽³⁾

وأيضا من ضمن التدابير القسرية التي يأذن بها مجلس الأمن استخدام القوة العسكرية، وذلك وفقا للمادة 42 من الفصل السابع من الميثاق. حيث يمكن استخدامها عن طريق نشر قوات متعددة الجنسيات من أجل إقامة مناطق أمنية، و فرض مناطق حظر الطيران، وإنشاء وجود عسكري في البر و البحر لأغراض الحماية أو الردع، أو بأي وسيلة أخرى يحددها مجلس الأمن.⁽⁴⁾

ووفقا لهذه المادة، أجاز مجلس الأمن التدخل باستخدام القوة لحماية المدنيين في ليبيا، بما في ذلك إنفاذ منطقة حظر للطيران لحماية المدنيين و المناطق المدنية المستهدفة من قبل السلطات الليبية.⁽⁵⁾

والمواقع أنه إذا كان هناك بالفعل نوع من التوافق في الآراء بين أعضاء مجلس الأمن في الأزمة الليبية بخصوص الإجراءات القسرية المنصوص عليها في القرار 1970 (2011)، المشار

(1) المرجع السابق، ص 12.

(2) قرار مجلس الأمن رقم 1973 (2011)، المرجع السابق.

(3) الأمين العام للأمم المتحدة، مسؤولية الحماية: الاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة، مرجع سابق، ص 12.

(4) المرجع السابق.

(5) قرار مجلس الأمن رقم 1973 (2011)، مرجع سابق.

إليها أعماله، حيث تم التصويت عليه بالإجماع، فأن الإذن بالتدخل العسكري كان محل خلاف بين أعضاء المجلس، وذلك كما يتضح أدناه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

مواقف بعض الدول من التدخل العسكري

لحماية المدنيين في ليبيا

في هذا المبحث سوف نعرض وجهات نظر بعض الدول المؤيدة للتدخل العسكري في (المطلب الأول) والمعارضة لهذا التدخل في (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الاتجاه المؤيد للتدخل العسكري

رأت بعض الدول أن تجاهل السلطات الليبية للمطالب التي وردت في قرار مجلس الأمن رقم 1970 (2011)، و التي مفادها وقف أعمال العنف ضد المدنيين، يستدعي القيام بإجراءات أكثر صرامة بما فيها استخدام القوة لوقف العنف ضد المدنيين.⁽¹⁾

فعلى سبيل المثال الولايات المتحدة الأمريكية صوتت في مجلس الأمن لصالح القرار 1973 (2011) المتضمن استخدام القوة في ليبيا، و ذكرت أن الغرض منه واضح، ألا وهو حماية المدنيين الأبرياء. و أضافت، رغم أن قرار مجلس الأمن رقم 1970 (2011) صدر بموجب الفصل السابع من الميثاق وطالب بوقف العنف في ليبيا، فان السلطات الليبية استمرت بصورة صارخة ومنهجية انتهاك أبسط الحقوق الإنسان للشعب الليبي، ولهذا أذن مجلس الأمن باستخدام القوة، بما في ذلك إنفاذ منطقة حظر للطيران لحماية المدنيين و المناطق المدنية المستهدفة من قبل السلطات الليبية.⁽²⁾

وأيضاً صوتت كولومبيا مؤيدة لاستخدام القوة في ليبيا، وشرحت موقفها على أساس أن السلطات الليبية كان لديها الوقت الكافي للامتثال للقرار 1970 (2011) وعلى وجه الخصوص الدعوة إلى وقف إطلاق النار ووضع حد للعنف. وفي مواجهة عدم الامتثال لذلك

(1) "المخضر الحرفي لجلسات مجلس الأمن"، رقم الوثيقة S/pv.6498، مرجع سابق، ص 5.

(2) المرجع السابق، ص 6.

القرار، كان هناك حاجة ملحة لأن يتصرف المجلس. فقرر أن أفضل وسيلة لزيادة الضغط على السلطات الحاكمة في ظل تلك الظروف، هي إنشاء منطقة لحظر الطيران، لأن هذه الظروف و الانتهاكات تشكل بوضوح تهديدا للسلم والأمن الدوليين وعلاوة على ذلك، قد تسببت بالفعل في خسائر كبيرة في الأرواح البشرية.⁽¹⁾

وكذلك البرتغال ذكرت أن أعضاء مجلس الأمن صوتوا بالإجماع على القرار 1970 (2011) الذي دعوا فيه السلطات الليبية بوقف جميع أعمال العنف وإلى إرساء وقف إطلاق النار، وكذلك إلى توفير الحماية الكاملة للمدنيين و الأجانب المقيمين في ليبيا، "بيد أن السلطات في طرابلس لم تأبه للقرار ولم تلتزم به"، بل على العكس من ذلك تصاعدت وتيرة العنف مثلما تصاعدت الجرائم المرتكبة ضد الشعب الليبي، ولهذا أيدت قرار استخدام القوة في تلك الحالة.⁽²⁾

كما صوتت جنوب أفريقيا مؤيدة للقرار 1973 (2011) و شرحت موقفها على أن مجلس الأمن عندما اتخذ القرار 1970 (2011)، كان الأمل يحده بأن تتصرف السلطات الليبية فتوقف أعمال العنف ضد أبناء شعبها، لكن تلك السلطات تحددت ذلك القرار و استمرت في قتل و تشريد أعداد كبيرة من المدنيين. وبما أن مجلس الأمن لا يمكن أن يظهر بمظهر من يقف موقف المتفرج في وجه تلك الأعمال، استجاب بشكل مناسب لدعوة بلدان المنطقة إلى تعزيز تنفيذ القرار 1970 (2011) ، وتصرف بمسؤولية لحماية وإنقاذ أرواح المدنيين، وذلك من خلال اعتماد القرار 1973(2011).⁽³⁾

من خلال هذه المواقف يتضح أن هذه الدول أيدت قرار استخدام القوة لأن السلطات الحاكمة في ذلك الوقت لم تستجب لقرار مجلس الأمن 1970(2011) الداعي لوقف إطلاق النار مما استدعى المزيد من التدابير لوقف العنف. بمعنى آخر، لو أن سلطات

(1) "المحضر الحرفي لجلسات مجلس الأمن"، مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، 2011، رقم الوثيقة S/PV.6503، ص 9.

(2) "المحضر الحرفي لجلسات مجلس الأمن"، رقم الوثيقة S/pv.6498 ، مرجع سابق، ص 11.

(3) المرجع السابق، ص 12.

الليبية في ذلك الوقت أوقفت أعمال العنف ضد المدنيين، لما كان هناك حاجة إلى التدخل الدولي و استخدام القوة لحماية المدنيين.

فالدرس المستفاد في هذه الحالة هو، كلما تقيدت الدولة بأحكام القانون الدولي ومنعت ارتكاب الجرائم الفظيعة، تقل احتمالية التدخل الدولي و استخدام القوة لحماية المدنيين.

ولكن في المقابل هناك تصريحات مؤيدة للتدخل العسكري مبنية على اعتبارات سياسية و ليست قانونية، خصوصا تلك التصريحات التي تدل على الرغبة في "تغيير النظام في ليبيا".

هذه رغبة السياسية أعلنت عنها، على سبيل المثال، البرتغال في تصريحها الذي أكدت فيه أن الانتهاك الجسيمة و المنهجية لحقوق الإنسان و القانون الإنسان التي يرتكبها نظام فقد كل مصداقيته أمام سكان بلده نفسه، وأمام المجتمع الدولي. و ذكرت أن النظام الذي حكم ليبيا لأكثر من 40 سنة قد وصل إلى نهايته بإرادة الشعب الليبي، ويتعين إصلاحه إصلاحا جذريا.⁽¹⁾

كما أكدت كولومبيا أن الهدف الأساسي من القرار 1973 (2011) هو أنساني وأنه يفضي إلى تهيئة الظروف التي تتيح حماية السكان المدنيين من فظائع "يرتكبها نظام فقد كل شرعيته".⁽²⁾

كما صرحت بريطانيا بأن الغرض الرئيسي من هذا القرار رقم 1973 (2011) واضح وهو "إنهاء أعمال العنف و حماية المدنيين و السماح لشعب ليبيا بتقرير مستقبله بعيدا عن طغيان نظام القذافي".⁽³⁾

هذه التصريحات وغيرها نتج عنها التشكيك في النوايا الحقيقية للدول المؤيدة للتدخل العسكري، وذلك كما يتضح في المطلب التالي.

المطلب الثاني: مواقف بعض الدول المعارضة للتدخل العسكري

(1) المرجع السابق، ص 10 - 11.

(2) المرجع السابق، ص 8.

(3) المرجع السابق، ص 5.

لم تؤيد بعض الدول التدخل العسكري لحماية المدنيين في ليبيا، وفضلت استخدام الوسائل السلمية لحل تلك الأزمة، وذلك خوفاً من وقوع عدد كبير من الضحايا. من ضمن تلك الدول، روسيا التي أكدت أن استخدام القوة لحماية السكان المدنيين في ليبيا أمر مؤسف ومحزن للغاية، لأن هذا الاستخدام سوف يعاني منه، ليس فقط أولئك المدنيين المطلوب حمايتهم، بل أيضاً ستعاني منه سائر منطقة شمال أفريقيا والشرق الأوسط، ولهذا، أكدت على ضرورة التوصل إلى تسوية سلمية من أجل إنقاذ العديد من الأرواح البشرية.⁽¹⁾

كذلك أعربت البرازيل عن عدم اقتناعها بأن استعمال القوة حسبما هو منصوص عليه في القرار 1973 (2011) سيؤدي إلى تحقيق الهدف المشترك وهو حماية المدنيين، وأعربت عن قلقها بأن هذا الاستخدام قد يسفر عن آثار غير مقصودة تتمثل في تفاقم التوترات في الميدان مما يضر بذات المدنيين الذين يلزم حمايتهم، أكثر مما ينفعهم.⁽²⁾

أيضاً امتنعت ألمانيا عن القرار 1973 (2011)، لأن في رأيها، اتخاذ القرارات المتعلقة باستخدام القوة العسكرية تكون دائماً قرارات صعبة للغاية، وأكدت أنها درست بعناية خيار استخدام القوة العسكرية، أي تطبيقاته و حدوده، ووجدت في ذلك مخاطر كبيرة. حيث في نظرها ان احتمال وقوع خسائر كبيرة في الأرواح أمر لا ينبغي التقليل من شأنه. وأكدت أنها لا ينبغي لها الدخول في مواجهة عسكرية على أساس افتراض تفاؤلي ينطوي على إمكانية تحقيق نتائج سريعة مع وقوع عدد ضئيل من الإصابات. لذلك قررت عدم تأييد الخيار العسكري. وقررت عدم المساهمة في هذا الجهد العسكري بقوات تابعة لها.⁽³⁾

(1) المرجع السابق، ص 10.

(2) المرجع السابق، ص 8.

(3) المرجع السابق، ص 6. أيضاً الصين شددت على انه ينبغي لمجلس الأمن في اضطلاعہ بإعماله ذات الصلة، أن يتبع ميثاق الأمم المتحدة، والقواعد التي تحكم القانون الدولي وان يحترم سيادة ليبيا و استقلالها و وحدتها و سلامتها الإقليمية، وان يجد حلاً لازماً في ليبيا بالوسائل السلمية، لأنها- حسب قولها- تقف دائماً ضد استخدام القوة في العلاقات الدولية. المرجع السابق، ص 13.

بالإضافة إلى هذه المخاوف من وقوع عدد كبير من الضحايا، ظهرت مخاوف أخرى لدى بعض الدول بشأن "سوء استخدام مبدأ المسؤولية عن الحماية"⁽¹⁾ خصوصا بعد صدور بعض التصريحات المتضمنة رغبة في "تغيير النظام في ليبيا"، المشار إلى بعضها أعلاه.

فعلى سبيل المثال، نيكاراغوا أشارت إلى أن قيام مجموعة من الدول باستغلال موضوع نبيل لأغراض سياسية في ليبيا، يوضح التلاعب المشين بشعار حماية المدنيين لأغراض سياسية، وذلك من خلال السعي بشكل واضح إلى فرض تغيير النظام، و التعدي على سيادة دولة عضو في الأمم المتحدة، وانتهاك ميثاق المنظمة. وفي نظرها، إذا كان الميثاق التأسيسي للأمم المتحدة لا يتضمن أي إشارة من أي نوع كان إلى الحق المفترض في التدخل الإنساني، فهذا لا يعنى أنه لم تبذل محاولات أثناء صياغته للقيام بذلك، بل لأنه كان واضحا أن هذا المبدأ هو محاولة للتدخل لأغراض سياسية بحتة في الشؤون الداخلية للدول. لهذا السبب فإن احترام سيادة الدول و عدم التدخل بأنواعه في الشؤون الداخلية للدول، في جملة أمور، وضع فوق أي اعتبار آخر.⁽²⁾ وأكدت أن سياسة الكيل بمكيالين على نحو لا يمكن تبريره يقوض مصداقية مجلس الأمن، ويشوه منظمة الأمم المتحدة ككل.⁽³⁾

وأیضا ترى كوبا- في تعليقها على التدخل العسكري في ليبيا- أنه لا يجوز استخدام حماية المدنيين كذريعة لتحقيق مآرب سياسية شائنة، أو أهداف اقتصادية مريبة، وفي نظرها انه يجب القضاء بصورة دائمة على أسلوب الأخلاقيات والمعايير المزدوجة، الذي تنتهجه بعض الحكومات فيما يتصل بحماية المدنيين.⁽⁴⁾

كذلك البرازيل شددت على أنه ينبغي تجنب التفسيرات الواسعة المفرطة لحماية المدنيين، التي يمكن أن يربط بينها وبين تفاقم الصراعات، أو الإضرار بزهة الأمم المتحدة، أو خلق الانطباع بأنها تستخدم كستار من الدخان لحجب أعمال التدخل، أو تغيير النظام. وأكدت أنه عندما يصدر مجلس الأمن بالفعل تفويضا باستخدام القوة، مثلما حصل في

(1) الأمين العام للأمم المتحدة، التزام حيوي ودائم: تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية، مرجع سابق، ص 6.

(2) "المحضر الحرفي لجلسات مجلس الأمن"، مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، 2011، رقم الوثيقة S/PV.6531،

ص 44.

(3) المرجع السابق، ص 45.

(4) المرجع السابق، ص 36.

ليبيا، يجب التقييد بالمعايير العليا، و أن المجلس يتحمل المسؤولية عن كفاءة التنفيذ الملزم لقراراته، وأن القوة يجب أن تستخدم بعناية، مع مراعاة الاحترام الواجب لمبدأ التناسب ومع التقييد الصارم بأحكام التفويض الصادر.⁽¹⁾

وأيضاً شددت الهند على أن الجهود المبذولة لحماية المدنيين، عندما تستخدم كأساس لإجراءات مجلس الأمن، يجب أن تتقيد باحترام الجوانب الأساسية من ميثاق الأمم المتحدة، بما في ذلك سيادة الدول الأعضاء وحرمة أراضيها، وأي قرار بالتدخل مرتبط بدوافع سياسية إنما يخط من شأن المبادئ النبيلة تلك، وينبغي تجنبه كما أن استجابة المجتمع الدولي يجب أن تكون متناسبة مع التهديد وأن تقوم على استخدام الأساليب المناسبة لان هناك ثمة شعور كبير بالاستياء من الطريقة التي فسرت بها المسؤولية عن حماية المدنيين.⁽²⁾

ورغم أن جنوب أفريقيا أيدت قرارات مجلس الأمن المتعلقة بليبيا بما فيها استخدام القوة لحماية المدنيين، إلا أنها أعربت أيضاً عن قلقها بشأن تنفيذ تلك القرارات، وذكرت أنه من الأهمية بمكان أن الأطراف الدولية الفاعلة والمنظمات الخارجية لدى تقديمها المساعدة الدولية، لأحكام ميثاق الأمم المتحدة وأن تحترم تماماً إرادة البلد المعنى و سيادته و سلامته الإقليمية وأن تحجم عن تنفيذ جداول أعمال سياسية تتجاوز ولايات حماية المدنيين. لان التصرف عكس ذلك، سوف يقوض المكاسب المحرزة المتعلقة بالمسؤولية عن الحماية، وسيوفر ذخيرة لمن يشككون دائماً في هذا المفهوم.⁽³⁾

فالدرس المستفاد هنا أنه كلما صدرت قرارات مجلس الأمن بشكل محايد ونزيه بعيداً عن سياسة الكيل بمكيالين، وتم التقييد بهذه القرارات بعيداً عن الاعتبارات السياسية والمطامع الاقتصادية، زادت الثقة في المجلس و في مصداقية المنظمة. وخصوصاً، كلما تم الابتعاد عن الاعتبارات السياسية في تطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية، زادت الثقة في ذلك المبدأ، بحيث لا يكون ذريعة للتدخل لأسباب سياسية.

(1) المرجع السابق، ص 14 - 15.

(2) المرجع السابق، ص 13.

(3) المرجع السابق، ص 23.

الخاتمة

- من خلال هذه الدراسة يمكن استخلاص بعض الدروس التي يمكن الاستفادة منها في المستقبل بالنسبة للدول التي يمكن أن تواجه ظروف مشابهة للزمة الليبية، وهي:
- 1- عندما تكون الدولة قادرة على الوفاء بالتزاماتها الدولية، وقادرة على الوفاء بمسؤولياتها عن حماية سكانها من الجرائم الفظيعة، فإن إمكانية التدخل الخارجي للوفاء بهذه المسؤولية تكون قليلة.
 - 2- إذا أخفقت سلطات الدولة في هذه المسؤولية، فإن احتمالية التدخل الدولي تكون كبيرة.
 - 3- عندما تتجاهل سلطات الدولة قرارات مجلس الأمن بوقف العنف ضد المدنيين، فإن احتمالية اللجوء إلى التدخل العسكري تكون واردة.
 - 4- كلما كان هناك ابتعاد عن استخدام القوة في حالة التدخل الدولي، وتطبيق التدابير الأخرى المنصوص عليها في الميثاق، كان هناك توافق أكبر في الآراء.
 - 5- كلما كان هناك تقييد بقرارات مجلس الأمن التي تأذن باستخدام القوة لحماية المدنيين دون أي اعتبارات سياسية أو اقتصادية من قبل الدول التي تستخدم هذا الإذن، زادت الثقة في المجلس وقراراته وزادت الثقة في مفهوم مبدأ المسؤولية.
- هذه النقاط ربما تعتبر ضمانات تحول دون التعسف في استخدام هذا المبدأ، وتبعده عن الارتياح و المعارضة من جانب الدول.

المصادر و المراجع

أولاً: الكتب

- الراوي، جابر إبراهيم. حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية (عمان: دار وائل للنشر، 2010).
- صباريني، غازي حسن. الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام (عمان: دار الثقافة، 2007).
- الدقاق، محمد السعيد. القانون الدولي: المصادر و الأشخاص (بيروت: الدار الجامعية، 1992).

ثانياً: البحوث ورسائل الجامعة

- بومييه، برونو. "استخدام القوة لحماية المدنيين والعمل الإنساني: حالة ليبيا و ما بعدها"، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 884 (جنيف: 2011)؛ في:
<https://www.icrc.org/ar/international-review/article/use-force-protect-civilians-and-humanitarian-action-case-libya>.

(January 28, 2017)

- حساني، خالد. "بعض الإشكاليات النظرية لمفهوم التدخل الإنساني"، مجلة المستقبل العربي، العدد 425 (بيروت: 2014)
- علي، بوكريطة. "التدخل الدولي في إطار المسؤولية عن الحماية"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2014؛ في:
<http://dlibrary.univ-boumerdes.dz:8080/bitstream/123456789/745>.

(January 28, 2017).

ثالثاً: وثائق الأمم المتحدة

1 - القرارات

- "قرار مجلس الأمن رقم 1970 (2011)"، مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، 2011، رقم الوثيقة **S/RES/1970**.
- "قرار مجلس الأمن رقم 1973 (2011)"، مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، 2011، رقم الوثيقة **S/RES/1973**.
- "قرار الجمعية العامة رقم 1/60 بشأن اعتماد نتائج مؤتمر القمة العالمي لعام 2005"، الجمعية العامة للأمم المتحدة، 2005، رقم الوثيقة **A/RES/60/1**.

2- التقارير

- اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول، مسؤولية الحماية (نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، 2002)، رقم الوثيقة **A/57/303**.
- الفريق الرفيع المستوى المعني بالتهديدات والتحديات والتغيير، عالم أكثر أمناً: مسؤوليتنا المشتركة (نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، 2004)، رقم الوثيقة **A/59/565**.

- الأمين العام للأمم المتحدة، فيج ومن الحرية أفسح : صوب تحقيق التنمية، والأمن،
وحقوق الإنسان للجميع (نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، 2005)، رقم
الوثيقة A/59/2005.

- الأمين العام للأمم المتحدة، تنفيذ المسؤولية عن الحماية (نيويورك: منشورات الأمم
المتحدة، 2009)، رقم الوثيقة A/63/677.

- الأمين العام للأمم المتحدة، دور الترتيبات الإقليمية ودون الإقليمية في تنفيذ
المسؤولية عن الحماية (نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، 2011)، رقم الوثيقة -A/65/877.
S/2011/393

- الأمين العام للأمم المتحدة، مسؤولية الحماية : الاستجابة في الوقت المناسب
وبطريقة حاسمة (نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، 2012)، رقم الوثيقة -A/66/874.
S/2012/578

- الأمين العام للأمم المتحدة، المسؤولية عن الحماية : مسؤولية الدولة والمنع (نيويورك:
منشورات الأمم المتحدة، 2013)، رقم الوثيقة A/67/929-S/2013/399.

- الأمين العام للأمم المتحدة، الوفاء بمسؤوليتنا الجماعية: المساعدة الدولية و المسؤولية
عن الحماية (نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، 2014)، رقم الوثيقة -A/68/947.
S/2014/449

- الأمين العام للأمم المتحدة ، التزام حيوي ودائم :تنفيذ مبدأ المسؤولية عن الحماية
(نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، 2015)، رقم الوثيقة A/69/981-S/2015/500.

3 - المحاضر الحرفية للجلسات

- "المحضر الحرفي لجلسات مجلس الأمن"، مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، 2011،
الوثيقة رقم S/pv.6498.

- "المحضر الحرفي لجلسات مجلس الأمن"، مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، 2011،
رقم الوثيقة S/PV.6503.

- "المحضر الحرفي لجلسات مجلس الأمن"، مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، 2011،
رقم الوثيقة S/PV.6531.