# مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدر عن

كلية القانون الخمس – جامعة المرقب

العـدد الأول

السنـة 2021م


## تقرؤون في هذا العدد:


- التعليل بالمصلحة ومذاهب العلماء في تعليل الأحكام الشرعية بالمصالح.
- التحكيم عند فقهاء الشريعة الإسلامية مع مقارنته بإيجاز مع القانون الليبي.
- عقد المعاونة ماهيته ـ إبرامه ـ آثاره دراسة تأصيلية تحليلية.
- ماهية النزوح القسري وأسبابه في القانون الدولي العام.
- الإطار القانوني لانعقاد الجمعية العمومية العادية في شركة المساهمة.
- القواعد الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.
- المخاطر التي تواجه المشروعات المقامة بنظام B.O.T.
- المسؤولية المدنية للدولة عن الجريمة مع العناية بمسؤوليتها عن أضرار الهجرة غير القانونية.
- الوسيلة البشرية في المنظمة الدولية ودورها في حل النزاعات.

مجلـة العلوم الشرعيـة والقانونيـة

مجلــة محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة المرقب

رقم الإيداع المحلي

(2015/379م)

دار الكتب الوطنية ببنغازي- ليبيا

هاتـف:

9090509-9096379-9097074

بريد مصور:

9097073

البريد الإلكتروني:

Nat-Liba@hotmail.com

**ملاحظـــــة/**

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر 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

## شــروط النــشر بالمجلــة:

الأخوة الأفاضل حرصاً على إخراج المجلة نرجو التكرم بالالتزام بالآتي:

1- أن لا يكون قد تم 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 الى ورق .A4 وحجم الخط (14) ونوعه (Traditional Arabic). وللهوامش (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 رأسيتان.

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 أخر البحث. مثل/ ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج2، ص332.

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: أخراجه البخاري في صحيحه، كتاب. الإيمان، باب الإيمان وقول النبي «بني الإسلام على خمس»: ج1، ص12، رقم 1.

12- تخرج الآيات القرآنية في المتن بعد الآية مباشرة بحجم12

مثل قال الله تعالى: ﴿سَيَقُولُ السُّفَهَاءُ مِنَ النَّاسِ مَا وَلَّاهُمْ عَنْ قِبْلَتِهِمُ الَّتِي كَانُوا عَلَيْهَا قُلْ لِلَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَىٰ صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ﴾ البقرة: 142.

13- في الهوامش، يترك بعد أرقام الهوامش فراغ واحد ثم تبدأ كتابة المعلومات التي يراد كتابتها، وهوامش كل صفحة تبدأ بالرقم واحد.

14- قائمة المصادر ترتب على أسماء الشهرة للمؤلفين، كالآتي:

ابن حجر، احمد بن علي بن محمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: علي محمد البجاوي، بيروت: دار الجيل، ط 1، سنة 1112 هـ/1992م.

15- يرفق الباحث ملخصاً لسيراته الذاتية في حدود صفحة واحدة، ويرفق صورة شخصية له.

16- ترسل البحوث، والسيرة 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- ترتيب ورود الأبحاث في المجلة لا يدل على أهمية البحث أو الباحث، إنما للكل التقدير والاحترام.

19- لإدارة المجلة حرية تغيير الخطوط والتنسيق بما يناسب إخراج المجلة بالصورة التي تراها.

نـأمل من السادة البحاث والقراء المعذرة عن أي خطأ قد يحدث مقدماً، فلله الكمال وحده سبحانه وتعالى.

ملاحظـــة/

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 بالخمس– جامعة المرقب

رئيس التـحريـر

د. إبراهيم عبد السلام الفرد

هيـأة التحرير

د. مصطفى إبراهيم العربي.

د. عبد المنعم امحمد الصرارعي.

د. أحمد عثمان احميده.

اللجنـة الاستشاريـة:

د. عبد الحفيظ ديكنه. أ.د محمد عبد السلام

أ.د محمد رمضان باره. أ.د. سالم محمد مرشان.

د. عمر رمضان العبيد. د. امحمد على أبو سطاش.

د. علي أحمد اشكورفو.

# فهرس الموضوعات


- كلمة رئيس التحرير .....(10)

  د. إبراهيم عبد السلام الفرد.

- التعليل بالمصلحة ومذاهب العلماء في تعليل الأحكام الشرعية بالمصالح.....(11)

  د. عمر رمضان العبيـد.

- التحكيم عند فقهاء الشريعة الإسلامية مع مقارنته بإيجاز مع القانون الليبي.....(35)

  د. إبراهيم عبد السلام الفرد.

- عقد المعاونـة ماهيتـه . إبرامـه . آثاره دراسـة تأصيليـة. تحليليـة.....(53)

  أ.د. علي أحمد شكورفو.

- ماهيـة النـزوح القسري وأسبابـه في القانـون الدولي العام.....(73)

  د. عبد الحكيم ضو زامونـه.

◆ الإطـار القانوني لانعقاد الجمعيـة العموميـة العاديـة في شركة المساهمـة.....(99)

أ. عبد الرؤوف رمضان أبو ستـــة.

◆ القواعد الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.....(120)

د. صبحي مصباح زيـد.

◆ المخاطر التي تواجه المشروعات المقامة بنظام B.O.T .....(163)

د. خلود خالد بيوض.

◆ المسؤولية المدنية للدولة عن الجريمة مع العناية بمسؤوليتها عن أضرار الهجرة غير القانونية.....(187)

د. صالح محمد صالح إمبارك.

◆ الوسيلة البشرية في المنظمة الدولية ودورها في حل النزاعات...(252)

أ. علي محمد علي الزليتني.

◆ الحماية الدولية للآثار والمباني التاريخية أثناء النزاعات المسلحة.....(272)

أ. أسماء أحمد عبد القادر ملوده

# كلمة رئيس التحرير

الحمد له رب العالمين على ما انعم به علينا وتفضل، وبه نستعين، وصلى الله على سيدنا محمد بن عبد الله وآله الطيبين الطاهرين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد، فإنه يسرني أن أسعد زملائي بنشر بحوثهم القيمة في هذا العدد الأول للعام 2021م. وحيث أننا لا نالوا جهداً في تقديم ونشر بحوث ذات قيمة علمية مهمة، لأعضاء هيئة التدريس، وزملاء كرام من قطاعات أخرى، قدموا هذا الجهد من خلال التجربة العملية التي اكتسبوها وبالخبرة التي تحصلوا عليها، وصهرها العلم والتخصص، فنقوم بذلك لإفادة الطلاب العلم والزملاء الكرام، وندعو الله ونبتهل إليه أن يرفع عن بلادنا الوباء، ويصلح الحال والأحوال، إنه على ذلك لقدير.

وفي الختام أشكر الزملاء وكل من تعاون معنا في إخراج العدد الأول للعام 2021م، من المجلة بهذه الصورة.

**والحمد الله رب العالمين**

# التعليل بالمصلحة ومذاهب العلماء في تعليل الأحكام الشرعية بالمصالح

د. عمر رمضان العبيـد
عضو هيئة التدريس بقسم الشريعة
كليــة القانون جامعــة الزيتونــة

**المقدمة:**

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا. من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له.والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه أجمعين.

**أما بعد:**

فإن ربط الأحكام بعللها يؤدي إلى استقامة التكليف، وضبط الأحكام واطرادها، واستقرار أوامر التشريع ووضوحها، وبأن أوامر الرب تبارك وتعالى وشرائعه جاءت بما يحقق مصالح العباد في الدارين، وأن أحكم الحاكمين الذي أبهرت حكمته العقول أولى بمصالح عباده ومفاسدهم في الأوقات والأحوال والأماكن والأشخاص من مراعاة الطبيب للمريض، وأن الشريعة قائمة على أساس الحكم وقاعدة المصالح والعدل، ووضع الأمور في نصابها من حكيم حميد.

إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله ﷺ أتم دلالة وأصدقها.

إن الهدف والغاية من إنزال الشريعة هو تحقيق مصلحة الإنسان وخيره في الدنيا والآخرة، وأن كل نص من نصوص الشريعة الإسلامية يحمل بين ثناياه مصلحة فور تنفيذه أو العمل به، إن تحقيق المصلحة المنشودة عند تطبيق الأحكام الشرعية، هي بمثابة الموجه الذي لا يمكن لأحد أن يستغني عنه عند تطبيق الأحكام، فالأحكام الشرعية ما هي إلا وسائل لغايات، والغاية الكبرى من هذه الوسائل هو تحقيق مصلحة الإنسان.

وبما أن التعليل بالمصلحة ومذاهب العلماء في تعليل أحكام الشريعة بالمصالح ثار حوله خلاف طويل ونزاع متشعب استعصى على بعض العلماء لاتصاله بمسألة تعليل أفعال الله، لذلك سألقي الضوء على هذا الموضوع بتحديد التعليل بالمصالح بضوابطها وشروطها لأن المصالح تتنوع وتتباين وتتداخل وكذلك تحديد القائلين بتعليل الأحكام بالمصالح والمنكرين لتعليلها من خلال هذا البحث على النحو التالي:

## أولاً: تعريف المصلحة في اللغة والاصطلاح

**أ- المصلحة في اللغة: تطلق بإطلاقين:**

**الإطلاق الأول:** أن المصلحة كالمنفعة، وزنا ومعنى، فهي على هذا الإطلاق، إما مصدر بمعنى الصلاح، كالمنفعة بمعنى النفاع، وإما اسم للواحدة من المصالح، كالمنفعة اسم للواحدة من المنافع[1]. وقد صرح صاحب لسان العرب وغيره بالوجهين:

فقال المصلحة: الصلاح، والمصلحة واحدة المصالح، فكل ما فيه نفه سواء بالجلب والتحصيل كاستحصال الفوائد واللذائذ، أو بالدفع والاتقاء كاستبعاد المضار والآلام، فهو جدير بأن يسمى مصلحة[2].

**وفي المصباح المنير:** صلح بالفتح، وصلح بالضم ضد فسد، وأصلح أتى بالصلاح، وهو الخير والصواب، وفي الأمر مصلحة: أي خير والجمع مصالح[3].

**الإطلاق الثاني:** تطلق المصلحة على ذات الفعل الذي فيه الصلاح، أي الجالب للنفع، والدافع للضرر، وإطلاق المصلحة على الفعل إطلاق مجازي من باب إطلاق اسم المسبب على السبب، وعلاقته السببية والمسببة، فأطلق لفظ المصلحة التي هي حاصلة بسبب الفعل على الفعل الذي هو سبب لها، فيقال: التجارة مصلحة، أي سبب للمنافع المادية، وطلب العلم مصلحة، بمعنى أنه سبب للمنافع المعنوية، والمصلحة بهذا المعنى ضد المفسدة، فهما نقيضان لا يجتمعان ولا يرتفعان، كما أن النفع ضد الضرر، وعلى هذا يكون دفع المضرة مصلحة[4].

1- تاج العروس لسيد محمد مرتضى الزبيدي، تحقيق عبد الستار محمد فراج 183/2، دار التراث العربي، بيروت 1971.

2- لسان العرب لابن منظور، إعداد يوسف خياط 348/2، دار لسان العرب، بيروت.

3- المصباح المنير لأحمد الفيومي ص 472، المكتبة المصرية، بيروت.

4- تاج العروس 183/2.

**ب- المصلحة في الاصطلاح.**

**عرف الأصوليون المصلحة بتعاريف كثيرة، منها:**

التعريف الأول: يقول الغزالي في المستصفى: (( أما المصلحة فهي في الأصل عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة)) ثم استدرك قائلا (( ولسنا نعني بها ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهي أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة، وإذا أطلقنا المعنى المخيل أو المناسب في باب القياس أردنا به هذا الجنس))[1].

وقد فرق الغزالي في تعريفه بين الوضع اللغوي للمصلحة وبين الوضع الشرعي لها، فهي في الوضع اللغوي الذي عبر عنه بالأصل عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة، أما شرعا: فهي المحافظة على مقصود الشارع من الخلق المذكورة.

وقد أكد الغزالي على هذه التفرقة بقوله: (( ولسنا نعني المصلحة تعريفها عرفا أو لغة، لأن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، إلا أنه قد يقال: ليس بين المعنيين الأصلي والشرعي للمصلحة فرق ظاهر، لأن جلب المنفعة ودفع المضرة، هو عين المقصود للشرع، بل ليس هنالك شيء يجلب مصلحة أو يدفع مفسدة إلا اندرج تحت مقصود الشرع، واتصل من قريب أو بعيد بأحد الأمور الخمسة))[2].

**التعريف الثاني:** يعرف الخوارزمي المصلحة كما عرفها الغزالي، لكنه يضيق ما قاله الغزالي إذ يقيده فيقول: (( هي المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق) ذلك أن المصلحة- أو المحافظة على مقصود الشرع- لا يتم بدفع المفاسد عن الخلق فقط، إذ هذا ليس إلا جانبا واحدا منها، أما الجانب الآخر وهو الأهم وهو الجانب الإيجابي منها، وهو ما يعبر عنه بجلب المنفعة، بل لعل هذا هو الذي يتبادر إلى الذهن من لفظ

1- المستصفى لأبي حامد الغزالي، تحقيق محمد سليمان الأشقر 2/481-482، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت 1997.

2- أصول الفقه الإسلامي للدكتور أحمد فراج حسين ص 422. منشورات الحلبي الحقوقية، شارع القنطاري، بيروت، لبنان 2004م.

المصلحة، بدليل قولهم: دفع المفسدة مقدم على جلب المنفعة، فهما شيئان لا شيء واحد كما هو واضح، والتصريح بأحدهما لا يغني عن التصريح بالآخر وإن تلازما))[1] .

**ثانيا: المصلحة تعرف بتحديد الشارع لا بالأهواء.**

إن المصلحة الشرعية مصدرها هدي الشرع، وليس هوى النفس أو العقل المجرد، لأن العقل البشري قاصر، محدود بالزمان والمكان، كما أنه لا يستطيع التجرد عن مؤثرات البيئة، وبواعث الهوى والإغراء والعواطف، ولأنه جاهل بالماضي والحاضر، وأشد جهلا بالمستقبل، ولذلك لم يحظ بالمعصية عن الخطأ والزلل، فهو جاهل وقاصر عن الإحاطة، وقاصر لا يحسن التقدير، فلابد له من ولاية أو وصاية، ووليه ووصيه هداية الشرع، وليست له صلاحية الاستقلال بإدراك المصالح بعيدا عن الوصاية وبدون رعاية الشرع[2]﴿ فَإِنْ لَمْ يَسْتَجِيبُوا لَكَ فَاعْلَمْ أَنَّمَا يَتَّبِعُونَ أَهْوَاءَهُمْ وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنَ اتَّبَعَ هَوَاهُ بِغَيْرِ هُدًى مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴾[3] .

وقد تعقب الشاطبي عز الدين بن عبد السلام [4] عندما أطلق القول بأن المصالح والمفاسد الدنيوية تعرف بالضرورات والتجارب والعادات والظنون المعتبرات، وأن من أراد أن يعرف المناسبات في المصالح والمفاسد راجحها من مرجوحها، فليعرض ذلك على عقله، بتقدير أن الشارع لم يرد به، ثم يبني عليه الأحكام فلا يكاد حكم يخرج عن ذلك، إلا التعبدات التي لم يوقف على مصالحها ومفاسدها.

قال الشاطبي: (( ... ليس كما قال من كل وجه، بل ذلك من بعض الوجوه دون بعض ... ولو كان الأمر على ما قال بإطلاق، لم يحتج في الشرع إلا إلى بث مصالح الدار الأخرة خاصة، وذلك لم يكن، وإنما جاء الشرع لقيم أمر الدنيا وأمر الآخرة معا... وقد بث في ذلك من التصرفات، وحسم من أوجه الفساد اتي كاتن جارية ما لا مزيد منه، فالعادة تحيل استقلال العقول في الدنيا بإدراك مصالحها ومفاسدها على التفصيل،

1- نظرية المصلحة في التشريع الإسلامي لمصطفى زيد ص 20، دار الفكر العربي 1374.

2- المقاصد العامة للشريعة الاسلامية د. يوسف حامد العالم ص 140-141، ط3، دار الحديث، القاهرة 1997.

3- سورة القصص الآية 50.

4- ذكر ذلك دون أن يسميه، وقد قال: ((أن بعض الناس قال .....)) ثم أورد كلامه بنصه الموجود في قواعد الأحكام في مصالح الأنام للإمام أبي محمد عزالدين بن عبد السلام السلمي، 10/1، ط1، دار البيان العربي 1421هـ، 2002م.

اللهم إلا أن يريد هذا القائل أن المعرفة بها تحصل التجارب وغيرها بعد وضع الشرع أصولها، فذلك لا نزاع فيه))[1].

والقول بإدراك العقل للمصالح المفاسد لا يعني أن إدراكه تام مطلق، بل إنه يدرك ويعجز، ويصيب ويخطئ، بل غاية العقل أنه يدرك بالإجمال حسن ما أتى الشرع بتفصيله، أو قبحه، فيدركه العقل جملة، ويأتي الشرع بتفصيله، وهذا كما أن العقل يدرك حسن العدل، وأن كون هذا الفعل المعين عدلا أو ظلما، فهذا مما يعجز العقل عن إدراكه في كل فعل وعقل، وكذلك يعجز عن إدراك حسن كل فعل وقبحه، فتأتي الشرائع بتفصيل ذلك وتبيينه، وكما أدركه العقل الصريح من ذلك تأتي الشرائع بتقريره، وما كان حسنا في وقت قبيحا في وقت، ولم يهتد العقل لوقت حسنه من وقت قبحه، أتت الشرائع بالأمر به في وقت حسنه، وبالنهي عنه في وقت قبحه، وكذلك الفعل يكون مشتملا على مصلحة ومفسدة، ولا تعلم العقول مفسدته أرجح أم مصلحته؟، فيتوقف العقل في ذلك، فتأتي الشرائع ببيانه، وتأمر براجح المصلحة، وتنهى عن راجح المفسدة[2].

إن المصلحة الشرعية هي ما كانت راجعة إلى قصد الشارع لا إلى قصد المكلف المجرد، لأن المصالح تعتبر من حيث رسم الشرع وحده، لأنها لو رجعت إلى أهواء الناس وشهواتهم لنقضت الشريعة من أساسها، لأن الإنسان قد يرى المصلحة في شرب الخمر وأكل الربا وقتل النفس، وهذا يناقض قصد الشارع من التشريع الذي وضعه لإخراج المكلفين عن داعية أهوائهم، كما جاء ذلك في قوله ﷺ : " لا يؤمن أحدكم حتى يكون هواه تبعا لما جئت به "[3]، لأن في اتباع أهوائهم مفسدة، ولأن الأهواء تختلف في الأمر، ولا تتفق إلا في القليل النادر، وقد يكون الأمر نافعا لشخص دون آخر كما يكون نافعا له في وقت دون وقت.

فهذا الاختلاف يقتضي عدم اعتبار المصالح بحسب الأهواء، ولذا قال الغزالي: ((ونعني بها المحافظة على مقصود الشارع، وقال الطوفي: هي السبب المؤدي إلى مقصد الشارع. وقال العز ابن عبد السلام: كذلك العقوبات ليست مطلوبة لكونها مفاسد بل للمصلحة المقصودة من شرعها))[4].

1- الموافقات لأبي إسحاق الشاطبي 2/293-294، ط دار الحديث، القاهرة 2006.

2- المقاصد الشرعية وأثرها في الفقه الإسلامي د. محمد عبد العاطي علي ص 104، دار الحديث، القاهرة 1427.

3- قال النووي في الأربعين: حديث حسن صحيح رويناه في الحجة بإسناد صحيح، وانظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني، اعتنى به: أبو عبد الله محمود الجميل 13/289، ط1، مكتب الصفا القاهرة 2003م.

4- المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ص 140.

ويقول الشاطبي في المسألة الثامنة من كتابه الموافقات: ((المصالح المجتلبة شرعا والمفاسد المستدفعة، إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى، لا من حيث أهواء النفوس في جلب مصالحها العادية، أو درء مفاسدها العادية، لأن الشريعة إنما جاءت لتخرج المكلفين من دواعي أهوائهم، حتى يكونوا عبادا لله، وهذا المعنى إذا ثبت لا يجتمع مع فرض أن يكون وضع الشريعة على وفق أهواء النفوس، وطلب منافعها العاجلة كيف كانت))[1].

والمصالح التي لا تستند إلى الشرع ولا تنبثق منه، وإنما تحدد في ضوء نزوات النفس وأهواء العقل وميول الغرائز، فليس لها ضابط ولا رابط، وليس لها حدود ولا قيود، كما أنها تنصب في الاختصار على منافع الدنيا وإمتاع الجسد بمختلف اللذائذ والمنافع وإشباع الذات، ولو على حساب الآخرين، هي إذا مصلحة ذاتية وجسدية دنيوية وظرفية لا تمتد إلى علم الآخرة والجزاء[2].

والمحصلة النهائية هي أن المصالح التي يقوم بها أحوال العبد لا يعرفها حتى معرفتها إلا خالقها وواضعها وليس للعبد بها علم إلا من بعض الوجوه لأن منبع ومنهل المصلحة هو الشرع، فالشارع أعلم بما يصلح العباد وما يفسدهم، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَذَّبَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَكَيْفَ كَانَ نَكِيرِ ﴾[3].

والمراد بالمصلحة المقصودة هي المصلحة الشرعية التي شرعت الأحكام لأجلها، ولا يراد بها عموم أي مصلحة.

**ثانيا– أقسام المصلحة**

**القسم الأول: المصالح المعتبرة شرعا.**

المصالح المعتبرة: هي التي ثبت اعتبار الشرع لها بنص أو اجماع أو معقول نصي، أو هي التي ورد بخصوصها دليل خاص [4]، والمراد بالنص ما ورد من كتاب أو سنة، دلالة على علة الحكم.

1- الموافقات 2/ 286.

2- علم المقاصد الشرعية د. نور الدين الخادمي ص 22-23، ط1، مكتبة لعبيكان 1421هـ.

3- سورة الملك الآية 18.

4- علم أصول الفقه للشيخ عبدالوهاب خلاف ص 84، ط12، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت 1398هـ 1978م، وأصول الفقه لوهبة الزحيلي 770/2، ط1، دار الفكر، دمشق، 1406هـ، وأثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي لمصطفى ديب البغة ، ص 32، دمشق.

**1- القرآن:**

قوله تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ﴾[1].ومنه الإيماء، ومن أنواعه ترتب حكم عقب وصف بالفاء كقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾[2].

**2- السنة:**

عن عبد الله بن مسعود ﷺ: " أن النبي ﷺ صلى الظهر خمسا، فلما سلم قيل له: أزيد في الصلاة؟، قال: وما ذاك؟، قالوا: صليت خمسا، فسجد سجدتين"[3]، وهكذا بقية الأنواع الدالة على التعليل[4].

**3- الإجماع:**

هو قوله ﷺ -: " لا يقضين أحدكم بين اثنين وهو غضبان"[5]، على أن علته شغل القلب، وكإجماعهم أن الولاية على الصغير هو الصغر، وإجماعهم على تقديم الأخ من الأبوين في الإرث على الأخ لأب بامتزاج النسبين، أي وجودها فيه، فيقاس عليه تقديمه في ولاية النكاح وصلاة الجنازة[6]، وأما معقول النص فهو ما يشارك المنصوص في العلة، فطريقه القياس، كتحريم كل مسكر قياسا على الخمر، لحفظ العقل.

والفرق بين المصالح المعتبرة والمرسلة، أن المصالح المعتبرة تندرج تحت نص معين، إما نصا أو قياسا، أما المصالح المرسلة فإنها لا تندرج تحت نص معين.

---

1- سورة المائدة الآية 32.

2- سورة المائدة الآية 38.

3- صحيح مسلم، كتاب المساجد، باب السهو في الصلاة والسجود 66/5 رقم، دار الآفاق العربية، القاهرة.

4- قال العضد: ((ضابطه كل اقتران بوصف لو لم يكن هو أو نظيره للتعليل لكان بعيدا، فيحمل على التعليل دفعا للاستبعاد))، مختصر ابن الحاجب، بشرح العضد الإيجي، مراجعة: شعبان محمد إسماعيل، 234/2، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1393هـ 1973م.

5- صحيح البخاري، ضبطه ورقمه د. مصطفى الديب البغة كتاب الأحكام، باب هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان ص 2616، رقم 6739، ط3، دار ابن كثير 147هـ 1987م.

6- شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير لمحمد بن أحمد بن عبد العزيز ابن النجار ص 416، ط1، جامعة أم القرى، مكة 1987م.

**القسم الثاني: المصالح الملغاة.**

**المصالح الملغاة:** هي مصالح التي ليس لها شاهد اعتبار من الشرع، بل شهد الشرع بردها، وجعلها ملغاة[1].

وهناك من اعترض على وصفها بالملغاة، وإنما اعتبرها من باب ترجيح المصالح، وأن هذا الذي عبرنا عنه بالملغى، إنما هو في الحقيقة مصلحة مرجوحة. جاء في تعليل الأحكام: (( مجرد المعارضة لا يسوغ تسمية الدليل الملغي، وإلا لوسم كل الدليلين بالإلغاء، فالمعارضة شيء والإلغاء شيء آخر، يكون بعد الموازنة والترجيح))[2]، ومن ناحية أخرى نجد أن الذين يقولون بإلغاء هذه المصالح مثلوا لها بما يخالف النص، ومن المعلوم أن من ضوابط المصلحة، عدم مخالفتها للنص، ومن الأمثلة على المصالح الملغاة: فتوى يحي بن يحي الليثي، صاحب مالك رحمهما الله تعالى لعبد الرحمن الداخل لما واقع جاريته في نهار رمضان، ثم ندم ندما شديدا، فسأل الفقهاء عن توبته وكفارته، فأفتاه يحي بصيام شهرين متتابعين، فلما قال ذلك سكت بقية الفقهاء إجلالا له، فلما خرجوا من عند الملك قالوا له: لم تفته بمذهب مالك؟ قال: لو فتحنا هذا الباب لسهل عليه أن يطأ كل يوم ويعتق رقبة، ولكن حملته على أصعب الأمور لئلا يعود[3].

فهذه الفتوى وإن كان رحمه الله يقصد بها زجر الملك عن العود إلى انتهاك حرمة الشهر، ورأى أنه لا ينزجر إلا بالصيام، ليسر العتق والإطعام عليه، إلا أن هذا القصد مخالف للنص، عن ابن هريرة ﷺ قال: " أتى إلى رسول الله ﷺ رجل فقال: يا رسول الله، هلكت قال وما أهلكك؟، قال: وقعت على امرأتي في رمضان، قال: هل يستطيع أن تعتق رقبة؟ قال: لا، قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟، قال: لا، قال: هل تستطيع أن تطعم ستسن مسكينا؟، قال: لا، قال: اجلس، فأتى النبيﷺ بعرق فيه تمر، (( والعرق المكتمل الضخم))، قال: تصدق به، فقال: ما بين لا بيتها أحد أفقر منا، قال: فضحك النبي ﷺ حتى بدت أنيابه، قال: فخذه فأطعمه أهلك"[4]، وجاء في شرح الحديث: (( رتب الثاني بالفاء على فقد الأول ثم الثالث بالفاء

1- أصول الفقه للزحيلي 770/2.

2- تعليل الأحكام ص 282.

3- نشر البنود على مراقي السعود لعبد الله إبراهيم الشنقيطي 188/2، طبع بإشراف اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي ودولة الإمارات العربية المتحدة، والمحصول في علم الأصول لفخر الدين محمد الرازي تحقيق د. طه جابر العلواني 220/3/2، ط1، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، الرياض 1400هـ - 1980م.

4- سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر وغيره، كتاب الصوم، باب ما جاء في كفارة رمضان 250/3 رقم دار إحياء التراث العربي، بيروت 723.

على فقد الثاني فدل على الترتيب))[1]، وقال مالك بالتخيير[2]، ثم إن قصر الكفارة على الصيام الذي فيه زجر تفويت مصلحة العتق على العبيد، وهي أرجح من مصلحة الزجر عن الإفطار في رمضان.

ويترتب على مثل هذه الفتوى مفسدة عظيمة كما ذكر الغزالي: ((وفتح هذا الباب يؤدي إلى تغيير جميع حدود الشرائع ونصوصها، بسبب تغير الأحوال، ثم إذا عرف ذلك من صنيع العلماء لم تحصل الثقة بفتواهم، وظن الناس أن كل ما يفتون به، فهو تحريف من جهتهم بالرأي))[3].

وكذلك الاعتماد على الحساب في ثبوت الشهر، فثبوت الشهر يتم بالرؤية الشرعية ويستأنس فيه بالحساب لورود الأدلة على ذلك[4]، أما الدعوة إلى ترك الرؤية والاكتفاء بالحساب فهي مردودة وضعيفة لمعارضتها لأدلة موضوعة لتقرير أمر تعبد وشعائري، تثبت بموجبه فريضة الصيام المحكمة، ومناسك الحج القاطعة، ولأنه مفوت لحكم وأسرار كثيرة تترتب على الرؤية، لعل من أهمها تهيئة المسلمين روحيا ووجدانيا لاستقبال الصيام والحج، وتعميم الفرحة والسعادة بالعيدين، وإشاعة الأجواء المعنوية المؤدية إلى تحبيب الناس في الشعائر وتقريبهم منها، وأعمال النظر في الأفق العالية والتأمل في الكواكب السيارة وتطوير معارف الفضاء، وغير ذلك من مدلولات الحث على الرؤية، صوما وإفطارا، وحجا واعتمارا، تأملا واختبارا.

ومن أمثلة ذلك [5]: التسوية بين الذكور والإناث في الميراث بزعم المساواة، إلا أن هذه المصلحة ملغاة لمخالفتها قول الله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ

1- وهو مذهب الجمهور كما في المبسوط لشمس الدين السرخسي 17/3، ط3، دار المعرف بيروت.

2- تفصيل مذهب مالك في الاستذكار لابن عبدالبر، تحقيق حسان عبدالمنان د. محمود أحمد القيسية 25/4، ط1، مؤسسة النداء أبو ظبي 2002م.

3- المستصفى 285/1، وروضة الناظر وجنة المناظر للموفق بن قدامى المقدسي 413/1، تحيق عبد الكريم محمد النملة، ط5، السعودية 1998م.

4- الاجتهاد المقاصدي د. نور الدين الخادمي كتاب الأمة 205/2، 1419هـ.

5- الأدلة المختلف فيها ص 33، وتعليل الأحكام ص 282.

إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾[1].

وكذلك تغيير صلاة الجمعة إلى الأحد، فقد اقترح أحدهم تغيير صلاة الجمعة للمقيمين في أميركا إلى يوم الأحد، وذلك لمشاركة أكبر عدد ممكن من المصلين ولتعميم الفائدة والنفع، وقد اعترض على هذا الاقتراح المضحك بأنه وقوع في التشريع بالهوى والتشهي، وتعطيل لثوابت العبادة ولامتثال، وأنه تغيير لحدود الله تعالى، وتبديل لما وضعه من أمارات وشروط وقرائن مضبوطة لا تقبل الزيادة والنقصان، مهما تطورت الحياة وازدهرت الحضارات، فالجمعة عبادة محددة بزمن معلوم وهو زوال يوم الجمعة[2]. ﴿ وَإِذَا رَأَوْا تِجَارَةً أَوْ لَهْوًا انْفَضُّوا إِلَيْهَا وَتَرَكُوكَ قَائِمًا قُلْ مَا عِنْدَ اللَّهِ خَيْرٌ مِنَ اللَّهْوِ وَمِنَ التِّجَارَةِ وَاللَّهُ خَيْرُ الرَّازِقِينَ ﴾[3].

**القسم الثالث: المصالح المرسلة.**

**1- ضوابط المصلحة المرسلة:**

اتفق الأصوليون على حقيقة المصالح المرسلة، وتكاد تتطابق تعريفاتهم لها. فقد عرفها الغزالي بقوله: ((ما لم يشهد له الشرع بالبطلان، ولا باعتبار نص معين))[4].

وعرفها الدكتور البوطي: ((كل منفعة داخلة في مقاصد الشارع، دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الالغاء))[5]، كما عرفها الطاهر بن عاشور فقال: ((الشريعة أرسلتها، فلم تنط بها حكما معينا، ولا يلفى لها في الشريعة نظر معين، له حكم شرعي فتقاس عليه))[6]. وفي هذه التعريفات رد على ابن الحاجب الذي عرفها بقوله: ((هي التي لا أصل لها ))[7].

1- سورة النساء الآية 11.

2- الاجتهاد المقاصدي 204/2، د. نور الدين الخادمي، كتاب الأمة، 1419هـ.

3- سورة الجمعة الآية 9.

4- المستصفى286/1. وشرح تنقيح الفصول، لأحمد بن إدريس القرافي، ص 446، ط2، ودار عطوة1993. والإحكام للآمدي، لعلي بن محمد الآمدي،262/3، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت 1402هـ.

5- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، د. محمد سعيد البوطي ص 288، مؤسسة الرسالة.

6- مقاصد الشريعة الاسلامية للشيخ محمد الطاهر بن عاشور تحقيق محمد الطاهر الميساوي ص 225، ط1، دار النفائس، الأردن 1999.

7- منتهى السول والأمل في علمي الأصول والجدل لابن الحاجب ص 208، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.

المصلحة المرسلة لها ضوابطها وشروطها، وهي ليست مهملة ولا متروكة للأهواء والشهوات، وللمتغيرات والتطورات، وهذه الضوابط[1] هي:

**الضابط الأول:**

عدم معارضتها للنص الشرعي أو تفويتها له، والنص الشرعي هو نص الكتاب والسنة، وهو من حيث دلالته على معناه وحكمه نوعان:

**النوع الأول:** النص القطعي: وهو النص المقطوع به في دلالته على معناه وحكمه، مثل قوله تعالى:﴿ قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ﴾[3] .

النوع الثاني: النص الظني، وهو النص الذي يدل على أكثر من منعى وحكمة، ومثاله قوله تعالى: ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآَخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[4]، فالقرء في هذه الآية يطلق على الطهر وعلى الحيض.

**الضابط الثاني:**

عدم معارضتها للإجماع، وهو الدليل الشرعي بعد النص، وهو نوعان: قطعي وظني. فالإجماع القطعي، كالإجماع على العبادات والمقدرات، وتحريم الجدة، فهذا النوع لا يتغير بتغير المصلحة مهما كانت مشروعيتها ومعقوليتها. وأما الإجماع الظني كالاتفاق على مسائل بناء على مراعاة العرف والعادة والظرف والمصلحة الظرفية وغير ذلك مما يتغير ويتبدل، فهذا الإجماع للتبديل والتعديل.

1- سلسلة المقاصد الشرعية د. نور الدين الخادمي(4)، ص 31، ط1، كنوز اشبيليا، الرياض، السعودية 2003.

2- سورة الاخلاص الآية 1.

3- سورة الشورى الآية 38.

4- سورة البقرة الآية 228.

**الضابط الثالث:**

عدم معارضة المصلحة المرسلة للقياس: والقياس هو المصدر التشريعي الرابع بعد الكتاب والسنة والإجماع، ومعناه إلحاق حادثة جديدة لم ينص أو يجمع على حكمها بحادثة قديمة نص أو أجمع على حكمها للاشتراك في علة أو حكمة أو مصلحة.

ومثالها: قياس شحم الخنزير على لحمه في التحريم للاشتراك في النجاسة والقذارة والضرر، وقياس النفاس على الحيض في تحريم الوطء لوجود الأذى والضرر فيهما.

**الضابط الرابع:**

عدم تفويت المصلحة المرسلة لمصلحة أهم منها أو مساوية لها: وهذا الضابط دقيق للغاية، ويتوقف على إحاطة عالية بحقيقة المصالح ومراتبها وتعارضها وترجيحها.

ومعلوم أن المصالح وبحسب عدة اعتبارات وحيثيات تتنوع وتتباين وتتداخل وتترجح. والترجيح ينبني على تقديم المصلحة الأهم على المصلحة المهمة، كتقديم المصلحة العامة على الخاصة، وتقديم المصلحة القطعية على المظنونة، والمظنونة على المحتملة، والمحتملة على المرهونة، وكتقديم المصلحة المتعدية على المصلحة القاهرة.

ومن الأمثلة التقريبية لذلك ما يتعلق بتعامل المسلمين مع شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)، فهذا التعامل قد يكون نافعا وقد يكون ضارا، فجانب النفع فيه يتمثل في مصلحة حيازة التقنية وتسهيل التبادل وتيسير التواصل وجلب الاستثمارات والأموال. وجانب الضرر فيه يتمثل في إنفاق بعض الأموال وبذل بعض الأوقات.

**أهمية المصلحة المرسلة:**

للمصلحة المرسلة أهمية كبرى، إذ هي من مجالات الاجتهاد في القضايا والنوازل المستجدة، فيبحث المجتهد في تلك المنافع ويلحقها بمكانتها من المقاصد، وقد اختلف الأصوليون في الاخذ بالمصالح المرسلة، اختلافا واسعا، بين قائل بها ورافض لها، حتى في المذهب الواحد، وقد شاع أن المالكية هم الذين يقولون بها، فيما المذاهب الأخرى تردها ونورد بعض الأقوال التي تدل على الاختلاف في اعتبارها.

جاء في شرح الكوكب المنير: ((قال بعض أصحابنا: أنكرها متأخرو أصحابنا من أهل الأصول والجدل، وقال بها مالك والشافعي في قول قديم، وحكي عن أبي حذيفة))[1].

1- شرح الكوكب المنير 433/4. وقال ابن قدامة: ((والصحيح أن ذلك ليس بحجة))، روضة الناظر 415/1.

وفي الإحكام للآمدي: ((وقد اتفق الفقهاء من الشافعية والحنفية وغيرهم على امتناع التمسك به، وهو الحق إلا ما نقل عن مالك أنه يقول به، مع إنكار أصحابه لذلك عنه، ولعل النقل إن صح عنه، فالأشبه أنه لم يقل بذلك في كل مصلحة، بل فيما كان من المصالح الضرورية الكلية الحاصلة قطعا))[1].

وفي مختصر ابن الحاجب: ((وغير معتبر هو المرسل، فإن كان غريبا أو ثبت إلغاؤه فمردود اتفاقا، وإن كان ملائما فقد صرح الإمام الغزالي بقبوله، وذكر عن مالك والشافعي والمختار رده))[2].

وجاء في التقرير والتحبير: ((والمصالح المرسلة، هي التي لا يشهد لها أصل بالاعتبار في الشرع ولا بالإلغاء، وإن كانت على سنن المصالح، وتلقتها العقول بالقبول، وأثبتها مالك والشافعي في قول قديم، ومنعها الحنفية وغيرهم، منهم أكثر الشافعية ومتأخرو الحنابلة لعدم ما يشهد لها بالاعتبار ولعدم أصل القياس فيها))[3].

وما توصل إليه الدكتور البوطي وغيره[4] بعد أن تتبع الفروع الفقهية في المذاهب الأربعة فقال: ((ثبت ما يدل على أن الأخذ بالاستصلاح، محل اتفاق من أئمة المسلمين وعلمائهم، ولا ينافي ذلك أن كثيرا من هؤلاء الأئمة لم يعدوا الاستصلاح أصلا مستقلا في الاجتهاد، فإنهم أدمجوه في الأصول الأخرى، إذ الخلاف لا ينبغي أن يكون في التسمية ولاصطلاحات))[5] .

كما ذكر القرافي وغيره[6] أن القول بالمصالح المرسلة محل اتفاق، حيث يقول: ((وأما المصلحة المرسلة، فالمنقول أنها خاصة بنا[7]، وإذا تفقدت المذاهب، وجدتهم إذا قاسوا وجمعوا وفرقوا بين المسألتين، لا يطلبون شاهدا بالاعتبار لذلك المعنى الذي به جمعوا أو فرقوا، بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة، هي حينئذ في جميع المذاهب))[8].

1- الإحكام للآمدي 140/4.

2- مختصر ابن الحاجب242/2.

3- التقرير والتحبير 286/3.

4- تفصيل ذلك في ضوابط المصلحة بعد أن نقل اتفاق الصحابة والتابعين على العمل بها ص319 وأثر الأدلة المختلف فيها ص 45

5- ضوابط المصلحة ص 356.

6- قال ابن دقيق العيد: ((الذي لا شك فيه أن لمالك ترجيحا على غيره من الفقهاء في هذا النوع، ويليه أحمد بن حنبل، ولا يكاد يخلو غيرها من اعتباره في الجملة)) نزهة الخاطر العاطر 415/1.

7- يقصد بذلك المالكية.

8- شرح تنقيح الفصول لأحمد بن إدريس القرافي ص 394.

وعن الاحتجاج بالمصلحة المرسلة يقول الشيخ ابن عاشور: ((ولا ينبغي التردد في صحة الاستناد إليها، لأننا إذا كنا نقول بحجية القياس، الذي هو إلحاق جزء لحادث، لا يعرف له حكم في الشرع بجزء ثابت حكمه في الشريعة للمماثلة بينهما في العلة المستنبطة، وهي مصلحة جزئية ظنية غالبا، لقلة صورالعلة المنصوصة، فلأن نقول بحجية القياس مصلحة كلية حادثة في الأمة، لا يعرف لها حكم على كلية ثابت اعتبارها في الشريعة باستقراء أدلة الشريعة الذي هو قطعي أو ظني قريب من القطعي، أولى بنا وأجدر بالقياس، وأدخل في الاحتجاج الشرعي))[1].

**3- أمثلة من المصالح المرسلة.**

المصالح المرسلة ثمرة الاجتهاد فيما لا نص فيه، بعد عهد التشريع والعمل بها هو روح الشريعة، وقد عمل الصحابة رضوان الله عليهم بالمصالح المرسلة، ولا يزال العلماء في كل عصر ومصر يعملون بها، وإن لم يسموها بالمصلحة المرسلة أو الاستدلال وتقدم اتفاقهم على حقيقتها.

**ومن أمثلة عمل الصحابة بالمصالح المرسلة[2]:**

1- جمع القرآن في عهد أبي بكر الصديق ﷺ، بعد أن استحر القتل في الحفاظ في معركة اليمامة بإشارة من عمر بن الخطاب ﷺ، والقصد من ذلك حفظ القرآن والمحافظة عليه.

2- إجماعهم على حد شارب الخمر ثمانين جلدة في خلافة عمر ﷺ، وتبعه على ذلك الخلفاء وقضاة الإسلام.

3- عدم توزيع الأراضي المفتوحة على المقاتلين، والمقصد تقوية بيت المال، وسد حاجات الدولة، والقدرة على الإنفاق في الأوجه المختلفة.

ومن القضايا المعاصرة التي تدخل في نطاق المصالح المرسلة:

1- أن الزواج لا يثبت إلا بوثيقة رسمية، ولا تسمع دعاوى الإنكار إلا بها، وذلك لكثرة ما يقع من الجحود، وما يترتب عليه من ضياع حقوق الزوجة والأولاد، فحفاظا على هذه الحقوق يقتضي منع عقد الزواج الخارج عن القانون.

2- عقد البيع الذي لا يسجل لا ينقل الملكية، حفاظا للمال[3]

---

1- مقاصد الشريعة الاسلامية للشيخ محمد الطاهر بن عاشور تحقيق محمد بن الطاهر الميساوي، ص225.

2- تفصيل ذلك في: مقاصد الشريعة لابن عاشور ص228، وضوابط المصلحة 380.

3- أنظر هذه الأمثلة وغيرهافي: علم أصول الفقه الشيخ عبد الوهاب خلاف، ص 85، ونظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي د. أحمد الريسوني ص 305، ط4، منشورات المعهد العالي للفكر الإسلامي 1416هـ.

**القسم الرابع: تقسيم المصلحة إلى عامة وخاصة واعتبار حصولها.**

**أ- المصالح العامة:**

هي المصالح التي تعود على الأمة الإسلامية بأكملها، وبالتالي فإن الأفراد ينتفعون بها لأنهم جزء من هذه الأمة، والمقصود بالمصالح العامة هي ما يخص جميع الناس دون مراعاة فرد أو فئة، فلا يختص بها واحد دون الآخر، وهو ما يعبر عنه بحقوق الله المحضة أو ما يعبر عنه رجال القانون بالأمور المتعلقة بالنظام العام، غير أن حقوق الله تشمل المصالح الدنيوية والأخروية، ولا تختص بالدنيوية كما في القانون، والحق العام ينسب إلى الدولة أيضا لأهميته مع نفعه للشعب نفسه[1].

قال الغزالي: ((المراد بالمصلحة العامة ما يعم جدواها، وتشمل فائدتها ولا تخص الواحد المعين))[2]، وللمصالح العامة أهمية كبرى فهي كالضرورة الخاصة ولهذا كان اعتناء الشرع بها أوفى وأكثر من اعتنائه بالمصالح الخاصة[3].

والمصالح العامة تشمل كافة مناحي الحياة الإنسانية ماديا ومعنويا، اقتصاديا وثقافيا واجتماعيا، سياسيا وعسكريا، دينيا ودنيويا، عمليا وأخلاقيا، دون فصل أو تجزئة، عملا بقوله تعالى:﴿ وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾[4].

**أمثلة من المصالح العامة:**

1- حفظ الدين من الزوال، لأن مصلحة الدين أكمل المصالح.

2- حفظ كيان الأمة الإسلامية وحماية المقدسات[5] ومثل الإمام العز لذلك بمسألة تترس الكفار بالمسلمين، وذكر أن قتل من لا ذنب له من المسلمين مفسدة إلا إذا تترس الكفار بهم، وخيف من ذلك اصطلام [6] المسلمين، ففي جواز ذلك خلاف؛ لأن قتل عشرة من المسلمين أقل مفسدة من قتل جميع المسلمين[7].

---

1- فلسفة التشريع ص 14.

2- شفاء الغليل للإمام أبي حامد الغزالي تحقيق د. حمد اعبيد الكبيسي، رسالة الدكتوراه لكلية الشريعة بالأزهر ص 206.

3- قواعد الأحكام 75/2.

4- سورة آل عمران الآية 104.

5- مقاصد الشريعة الإسلامية 228.

6- الاصطلام: الاستئصال، واصطلم القوم: أبيدوا، لسان العرب مادة (صلم) 12340.

7- قواعد الأحكام95/1، والإبهاج في شرح المنهاج للسبكي وابنه 184/3، ط1، دار الكتب العلمية بيروت 1404هـ 1984م.

وعلل الشاطبي ذلك بأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة[1].

3- ضرورة المحافظة على وحدة الأمة الإسلامية وأن تظل قوية مرهوبة الجانب، قادرة على حفظ أراضيها والدفاع عن أبنائها. ونقل عن عمر بن صالح عن الإمام العز قوله: ((لودعت الضرورة التي تقتضي الدفاع عن بلاد المسلمين وعدم استيلاء أهل الكفروالعناد على بلادهم جاز لولي الأمر أخذ أموال المسلمين إذا لم يكن للدولة أموال تكفي؛ لأن هذا الضرر خاص يجوز في سبيل المصلحة العامة؛ لأن مقصود الشرع من ذلك حماية الدين والدنيا[2] )).

وذكر الشاطبي أن وجه المصلحة هنا ظاهر، فإنه لو لم يفعل الإمام ذلك النظام لطلب الشوكة، لصارت ديارنا عرضة لاستيلاء الكفار عليها، فإذا عورض هذا الضرر العظيم بالضرر اللاحق لهم بأخذ البعض من أموالهم فلا يمارى في ترجيح الثاني على الأول وهو مما يعلم عن مقصود الشرع قبل النظر في الشواهد[3].

4- عدم احتكار الأقوات لقوله ﷺ : ((لا يحتكر إلا خاطئ))[4]، ولعل الحكمة من تحريم الاحتكار رفع الضرر عن عامة الناس، كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام، واضطر الناس عليه، ولم يجدوا غيره أجبر على بيعه دفعا للضر على الناس[5]، وقال الشاطبي: ((المحتكر خاطئ باحتكاره، مرتكب للنهي، مضر للناس، فعلى الإمام أن يدفع إضراره بالناس على وجه لا يستضر هو به))[6].

**ب – المصلحة الخاصة.**

المصلحة الخاصة هي مصلحة الأفراد، ولا خلاف في أن صلاح الأفراد يثمر صلاح المجتمع، وذكر ابن عاشور: ((أن المصلحة الخاصة هي ما فيه نفع الآحاد باعتبار صدور الأفعال من آحادهم ليحصل بإصلاحهم صلاح المجتمع المركب منهم، فالالتفات فيه ابتداء إلى الأفراد، وأما العموم فحاصل تبعا))[7]، والمقصود بالمصالح

1- الموافقات 350/2.

2- مقاصد الشريعة الإسلامية عند العز بن عبد السلام د. عمر بن صالح بن عمر ص 160، ط1، دار النفائس، الأردن 2003م.

3- الموافقات 121/2- 122.

4- صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار، من حديث معمر بن عبد الله 43/11 والدارمي في سنن، كتاب في النهي عن الاحتكار 164/2، حيدر أباد، 1404هـ 1984م.

5- صحيح مسلم بشرح النووي 43/11.

6- الموافقات 353/2.

7- مقاصد الشريعة الإسلامية ص 166.

الخاصة، حق الإنسان المحض وليس للنظام دخل فيه كحق الملكية وحق التعويض[1]، ومن المصالح الخاصة ما يلي:

1- حفظ أموال الأيتام والمجانين والعاجزين والغائبين[2].

2- حقوق المكلف على نفسه بالكساء والمساكين والنفقات، وكذلك حقوقه في النوم وترك الترهب[3].

**خامسا: مذاهب العلماء في التعليل بالمصلحة.**

يطلق التعليل عند علماء الصول بإطلاقين[4]:

**الإطلاق الأول:** يطلق ويراد به أن أحكام الله وضعت تحقيقا لمصالح العباد في العاجل والأجل، أي معللة برعاية المصالح.

**الإطلاق الثاني:** يطلق ويراد به علل الأحكام الشرعية وكيفية استنباطها والوصول إليها بالطرق المعروفة بمسالك العلة.

والإطلاق الأول هو ما اصطلح عليه بعض الباحثين (التعليل المصلحي)[5].

**التعليل المصلحي** لأحكام الشريعة أثير حوله خلاف طويل ونزاع متشعب استعصى على بعض العلماء تصنيف المذاهب فيه وتحقيقه تحقيقا علميا، لاتصاله بمسألة تعليل أفعال الله، وربما لهذا الاتصال الوثيق بهذا الأصل العقائدي، لم يوفق بعض العلماء في نسبة القول لعدم تعليل الأحكام إلى أصحابه، بتعميم هذا الرأي إلى أطراف لم تقل به البتة، أو حصره في أطراف محددة دون استغراق ذلك إلى بقية القائلين به، فالإمام شهاب الدين الزنجاني مثلا ينسب إلى جماهير أهل السنة إنكار تعليل الأحكام بالمصالح، والقول بأن الأحكام الشرعية عندهم " أثبتها الله تحكما وتعبدا "[6]، أما ما قد يتعلق بها من مصالح العباد، فإن ذلا " ثابت ظنا وتبعا لا أصلا ومقصودا"[7]، ولم يستثن من هذا التعميم إلا الأحناف . ويذهب بعض الباحثين المعاصرين[8] إلى أن الإمام

1- فلسفة التشريع ص 16.

2- قواعد الأحكام 1/ 133.

3- المصدر السابق 131/1.

4- المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ص 123.

5- الشاطبي ومقاصد الشريعة لحمادي لعبيدي ص 124، ط1، دار قتيبة، دمشق 1992م.

66- تخريج الفروع على الأصول لشهاب الدين الزنجاني، تحقيق محمد أديب صالح ص 38، ط5 مؤسسة الرسالة، بيروت 1994م.

7 - المصدر السابق ص 38.

8- نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي د. أحمد الريسوني ص 209.

الشاطبي – فقيه المقاصد التي أصبحت تعرف بها – أيضا لم يوفق في نسبة المواقف من التعليل لأصحابها، حيث نسب القول بإنكار التعليل إلى الإمام فخر الدين الرازي، ومذهبه في التعليل على الصحيح خلاف ذلك [1]، وللعلماء في قضية تعليل الأحكام بالمصالح وعدم تعليلها أربع اتجاهات[2].

**الاتجاه الأول:**

هذا الاتجاه أنكر تعليل الأحكام بالمصالح، وقد ترتب على ذلك تركهم للقياس والاستحسان والمصالح المرسلة، وسد الذرائع ونحوها من الأدلة التي تعود إلى تعليل أصل الأحكام، واكتفوا بالنصوص وحدها، فإذا لم يجدوا أخذوا بحكم الاستصحاب الذي هو الإباحة الأصلية[3]، الثابتة بقوله تعالى: ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ثُمَّ اسْتَوَى إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾[4]. وقد ترتب على إنكارهم أصل تعليل الأحكام إثبات الكثير من الفروع الفقهية الشاذة التي تخالف مقاصد الشارع.

**الاتجاه الثاني:**

هذا الاتجاه ناقض مذهب الظاهرية، وذهب إلى أن مقصود الشارع الالتفات إلى معنى الألفاظ، بحيث لا تعتبر المعاني والنصوص إلا بها على الإطلاق، فإن خالف النص المعنى النظري طرح وقدم المعنى النظري[5]، وهؤلاء هم بعض الحنفية حيث قدموا الرأي على النص، وانضم إليهم من الحنابلة نجم الدين الطوفي.

**الاتجاه الثالث:**

هو الاتجاه الوسط حيث اعتبروا الأمرين معا على وجه لا يغلب فيه أحهما على الآخر – المعنى والنص – وهؤلاء هم المالكية والحنفية وبعض الحنابلة، حيث قالوا بالتعليل المصلحي، لكن من غير إلزام الله، بل بتفضل

1- قال الرازي في التعليل: ((الوصف الحقيقي إذا كان ظاهرا مضبوطا جاز التعليل به، أما الذي لا يكون كذلك مثل الحاجة إلى تحصيل المصلحة ودفع المفسدة، وهي التي يسميها الفقهاء بالحكمة فقد اختلفوا في جواز التعليل به والأقرب جوازه)) . المحصول مع شرح نفائس الأصول، لأبي بكر الرازي، تحقيق محمد عبد القادر عطار، 4/ 318، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 200م.

2- أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص 293، دار الفكر، القاهرة.

3- أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص 506، دار الفكر العربي القاهرة.

4- سورة البقرة الآية 29.

5- مقاصد الشريعة للشاطبي 392/2.

منه ومنة، أما إذا تعارض النص والعقل فإنه يجب التفويض في فهم القصـــد إلى الله تعالى((وهذا هو المذهب الوسط الذي عليه الراسخون في العلم، والذي تعرف به مقاصد الشريعة ))[1].

**الاتجاه الرابع:**

وهذا الاتجاه تحفظ كثيرا في هذه المسألة واكتفى بالقول بأن المقاصد أو المصالح ليست عللا للأحكام، وإنما هي مجرد أمارات وعلامات عليها، وهؤلاء هم الشافعية وبعض الحنفية[2].

والخلاصة أن جماهير العلماء من الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم ذهبوا: ((إلى أن أحكام الشرع معللة بجلب المصالح للعبد دنيوية أو أخروية ودرء المفاسد عنها بكل أنواعها، سواء ما كان منها معقول المعنى، وما لم يكن كذلك، ولم يخالف في هذا إلا بعض الظاهرية ))[3].

والحاصل في أصل تعليل الأحكام الشرعية بالمصالح، أن التعليل أمر تقتضيه (( طبيعة التشريع نفسه من حيث إن إرادة الشارع قد أفرغت في صيغة لغوية تستهدف معناها غاية أو مقصدا شرعيا مرسوما يتوخى الشارع الاجتهاد من أهله في تبينه علما، وتحقيقه وحمايته من قبل المكلف واقعا وعملا، وهذا المقصد هو روح النص ومعقوله وإلا كان التشريع بلا غاية، وذلك أمر لا يتصور وقوعه في التشريع الوضعي، فضلا عن التشريع السماوي، وإلا كان العبث والتحكم وكلاهما لا يشرع ))[4]، والتعليل بهذا المعنى وسع أفق الفقه الاسلامي وكان له أثر كبير في إنتاج (( القواعد الفقهية التي تجمع مفترق المسائل، ولولا تعليل النصوص والربط بين الفروع المختلفة بروابط جامعة من علل مستنبطة من النصوص العامة، أو بعلة خاصة من نص خاص، فإن التعليل هو الذي فتح عين الفقه بل إن التعليل هو الفقه، أو هو لباب الفقه، فالذين يغلقون باب التعليل يغلقون باب الفقه نفسه، وإنهم إذ يغلقون باب التعليل لا يجدون ما يحل محله من أساليب الاستنباط، أو يغني غناه، بل يتركون الأمر للاستصحاب، وإن التعليل كما قلنا ليس الغرض منه إلا أن نعرف مقاصد الشارع الحكيم من النصوص، ومن يفعل ذلك فإنما يضيق واسعا، ويحجر على العقول أن تفكر في شرع الله تعالى لتطبقه على كل ما يجد من أحداث ))[5]، والتعليل بهذا المعنى لم يخل عصر من عصور الاسلام

1- الشاطبي ومقاصد الشريعة ص 126.

2- أصول الفقه لمحمد أبو زهرة ص 294.

3- مقاصد الشريعة الاسلامية لطه جابر العلواني في حواره مع عبدالجبار الرفاعي ص 76 (آفاق التجديد )

4- بحوث مقارنة في الفقه الاسلامي وأصوله لمحمد فتحي الدريني 144/1، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994م.

5- ابن حزم لأبي زهرة ص 352، طبع دار الفكر العربي، القاهرة 1979م.

عن الكلام فيه، يستوى في ذلك عصور الاجتهاد وعصور التقليد، فقد كان معنى حاضرا في كل مرحلة من مراحل التشـــريع، وغاية الأمر أن أهل الاجتهاد بحثوه بحثا نظريا، حيث أن المجتهد يعلل الأحكام من خلال اجتهاده دون الضـوابط والقواعد التي تتم بها عملية التعليل، أما المقلد فقد حدد الضـوابط والمحاذير المناسـبة لعملية التعليل[1].

وبذلك يثبت أن أحكام الشارع الحكيم معللة بجلب مصالح العباد ودفع المفاسد عنهم.

**والله من وراء القصد**

j1- تعليل الحكام لمصطفى محمد شلبي ص 12، دار النهضة ، بيروت 1981م.

## الخاتمة

أرجوا أن أكون قد أصبت هدفي في هذا البحث المتواضع وأن أكون قد أسهمت ولو بشيء يسير في توضيح المسائل ووضعها في نصابها وأود في نهاية هذا البحث الإشارة إلى جملة أمور:

أهمية تعليل الأحكام لمصلحة المكلفين، سواء أدركت العقول البشرية هذه الشرائع أم لا؟ لأن العقل البشري يعجز عن إدراك المصالح والمفاسد على التفصيل بمعزل عن نور الشريعة وضوئها.

- تقسيم المصالح والمفاسد مع مراعاة عظم المصلحة وشر المفسدة، فيقدم ما هو أعظمها نفعا للمكلف، وإذا اجتمعت قدم دفع المفسدة على جلب المفسدة.
- أن المصلحة الشرعية لها خصائص وضوابط تميزها عن مصالح الأهواء ولو جاز تقديم المصلحة وفق النزوات والشهوات لسادة الفوضى في العمل، ولأدى ذلك إلى تعطيل الشريعة من أساسها. فمن تراءت له المصلحة في أمر ما وزينها له هواه عمل بها، وإذا تصور أن فيها مفسدة نبذها، وذلك منتهى الاضطراب والفساد.
- شرعت الشريعة من المصالح ما يتلاءم مع تحقيق مقاصدها ويحافظ عليها، ولولا ذلك لفات الكثير ولذا كان اعتناؤها بالمصالح كاعتنائها بالمفاسد.
- وقد ذهب جماهير العلماء إلى أن أحكام الشرع معللة بجلب المصلحة للعبد دنيوية وأخروية ودرء المفاسد عنها بكل أنواعها، سواء ما كان منها معقول المعنى، وما لم يكن كذلك ولم يخالف في ذلك أهل الظاهر.

**في الختام أسأل الله التوفيق والسداد والهداية والرشاد.**

**وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين**

**وصل الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.**

## قائمة المصادر والمراجع

1- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

2- الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي وابنه، دار الكتب العلمية بيروت 1404هـ 1894م.

3- ابن حزم لأبي زهرة، طبع دار الفكر العربي، القاهرة 1979م.

4- أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي لمصطفى أديب البغة، دمشق.

5- الاجتهاد المقاصدي د. نور الدين الخادمي كتاب الأمة 1419هـ،.

6- الأحكام في أصول الأحكام لعلي بن محمد الآمدي ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1402هـ.

7- الاستذكار لابن عبد البر، تحقيق حسان عبد المنان ود. محمود أحمد القيسية، ط1، مؤسسة النداء أبو ظبي 2002م.

8- أصول الفقه الإسلامي للدكتور أحمد فراج حسين منشورات الحلبي الحقوقية، شارع القنطاري، بيروت، 2004م.

9- أصول الفقه الإسلامي محمد أبو زهرة، دار الفكر، القاهرة.

10- أصول الفقه الإسلامي د. وهبه الزحيلي، ط1، دار الفكر، دمشق 1406هـ.

11- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله لمحمد فتحي الدريني، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1971م.

12- تخريج الفروع على الصول لشهاب الدين الزنجاني، تحقيق محمد أديب الصالح، ط5، مؤسسة الرسالة، بيروت 1994م.

13- تاريخ المذاهب الفقهية لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة.

14- التقرير والتحبير لابن همام، ط1، المطبعة الأميرية.

15- تعليل الأحكام لمصطفى محمد شلبي، دار النهضة العربية، بيروت 1981م.

16- روضة الناظر وجنة المناظر للموفق ابن قدامة، تحقيق عبد الكريم محمد النملة، ط5، السعودية 1998م.

17- سلسلة المقاصد الشرعية د. نور الدين الخادمي، ط1، كنوز اشبيليا، الرياض، السعودية 2003م.

18- سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر وغيره، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

19- سنن الدارمي، ط حيدر أباد، 1404هـ 1984م.

20- الشاطبي ومقاصد الشريعة احمادي لعبيدي، ط1، دار قتيبة، دمشق 1992م.

21- شرح تنقيح الفصول لأحمد بن إدريس القرافي، ط2، دار عطوة 1992م.

22- شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير لمحمد بن أحمد بن عبد العزيز بن النجار، ط1، جامعة أم القرى، مكة1987م.

23- شفاء الغليل للإمام أبي حامد الغزالي تحقيق د. حمد اعبيد الكبيسي، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة بالزهر.

24- صحيح البخاري، ضبطه ورقمه د. مصطفى الديب البغة، ط3، دار ابن كثير 1987م.

25- صحيح مسلم، دار الآفاق العربية، القاهرة.

26- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية د. محمد سعيد البوطي، مؤسسة الرسالة.

27- علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف، ط12، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت 1398هـ - 1978م.

28- علم المقاصد الشرعية د. نور الدين الخادمي ط1، مكتبة لعبيكان 1421هـ.

29- فتاوى سلطان العلماء العز بن عبد السلام، تحقيق: مصطفى عاشور، طبع ونشر مكتبة القرآن.

30- فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني، اعتنى به: أبو عبد الله محمود الجميل، ط1، مكتبة الصفا القاهرة 2003م.

31- فلسفة التشريع لمصطفى الزلمي، دار الرسالة، بغداد 1979م.

32- قواعد الحكام في مصالح النام للإمام أبي محمد عز الدين بن عبد السلام السلمي، ط1، دار البيان العربي 1421هـ 2002م.

33- لسان العرب لابن منظور، إعداد يوسف حياط، دار لسان العرب، بيروت.

34- المبسوط لشمس الدين الشرخسي، ط3، دار المعارف بيروت.

35- المحصول في علم الأصول لفخر الدين محمد الرازي تحقيق : طه جابر العلواني، ط1، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، الرياض 1400هـ 1980م.

36- المحصول مع شرح نفائس الصول، لأبي بكر الرازي، تحقيق محمد عبد القادر عطار، ط1، دار الكتب العلمية بيروت، 2000م.

37- مختصر ابن الحاجب، بشرح العضضالاجي، مراجعة: شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات، القاهرة، 1973م.

38- المستصفى لأبي حامد الغزالي، تحقيق محمد سليمان الأشقر، ط1، مؤسسة الرسالة بيروت 1997م.

39- المصباح المنير لأحمد الفيومي، المكتبة العصرية، بيروت.

40- المقاصد الشرعية وأثرها في الفقه الإسلامي د. محمد عبد العاطي علي، دار الحديث، القاهرة 1427هـ.

41- المقاصد العامة للشريعة الإسلامية د. يوسف حامد العالم، ط3، دار الحديث، القاهرة 1997م.

42- مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام د. عمر بن صالح بن عمر، ط1، دار النفائس الأردن 2003م.

43- مقاصد الشريعة الإسلامية للشيخ محمد الطاهر بن عاشور تحقيق محمد ابن الطاهر الميساوي ط1، دار النفائس الأردن 1999م.

44- منتهى السول والأمل في علمي الأصول والجدل لابن الحاجب، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.

45- نشر البنود على مراقي السعود لعبد الله إبراهيم الشنقيطي، طبع بإشراف اللجنة المشتركة انشر التراث الإسلامي ودولة الإمارات العربية المتحدة.

46- نظرية المصلحة في التشريع الإسلامي لمصطفى زيد، دار الفكر العربي 1374هـ.

47- نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي د. أحمد الريسوني، ط4، منشورات المعهد العالي للفكر الإسلامي 1416هـ.

# التحكيم عند فقهاء الشريعـة الإسلاميـة مع مقارنته بإيجاز مع القانون الليبي

**د. إبـراهيـم عبد السلام الفـرد**

**عضو هيئة التدريس بكلية القانون**

**جامـعـــــة المـرقب**

**بسم الله الرحمن الرحيم**

وصلى الله وسلم على خليله المصطفى محمد بن عبد الله وعلى آله ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

**المقدمـــة:**

عرف العرب مبدأ التحكيم منذ القدم، وقد كان التحكيم سبباً في القضاء على العديد من النزاعات بينهم، ووضع حلولاً لكثير من الصراعات بين القبائل والأفراد، وقد عُرِفَ نفر من العرب قديما واشتهروا بأنهم محكمين، منهم أكثم بن صيفي بن رباح، وعامر بن الظرب العدواني، وحاجب بن زرارة بن عدس التميمي[1]، وهاشم بن عبد مناف، وأبو طالب بن عبدالمطلب عم الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ وتحكمت قريش وخزاعة إلى يعمر بن عوف في ولاية البيت الحرام[2]، وتحاكم عبدالمطلب جد النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ وقريش عندما نازعته في تجديد حفر بئر زمزم إلى كاهنة بني سعد بأطراف الشام[3].

وتحكمت قريش إلى الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ قبل بعثته عندما تنازعت شرف وضع الحجر الاسود في مكانه عند إعادة بناء الكعبة المشرفة [4].

(1) انظر جواد علي، المفصل في تاريخ العرب الإسلام 10/ 309. وابن كثير في السيرة 134/1.

(2) انظر المرجع السابق، 7/ 43.

(3) انظر السهيلي في الروض الأنور 148/1.

(4) انظر ابن هشام في السيرة 214/1.

وبعد ظهور الاسلام وانتشاره أخد مبدأ التحكيم حيزاً كبيراً من الاهتمام، وكان أداة لحل العديد من المشاكل بين بعض المسلمين مع بعض، وكذلك لحل بعض المشاكل التي كانت بينهم وبين من جاورهم في المدينة من غير المسلمين، وفي هذا البحث فإننا سوف نقسم هدا العمل إلى ثلاثة مباحث, بحيث ينصب المبحث الأول على مفاهيم التحكيم وماهيته, ثم نخصص المبحث الثاني للتنظيم وإجراءات التحكيم، والمبحث الثالث وهو مقارنة موجزة بين التحكيم عند الفقهاء وبين القانون رقم [4] لسنة 2010م. بشأن التوفيق والتحكيم الصادر من جهة التشريع في ليبيا، ونختم بخاتمة تبين ما توصل إليه الباحث من نتائج ونديل البحث بالمصادر والمراجع.

وما التوفيق إلا من عند الله . تعالى . وهو المستعان.

## المبحث الأول:

## مفاهيم التحكيم.

**التعريف اللغوي**: التحكيم في اللغة مصدر للفعل حكم بمعنى قضى، الحُكْمُ بالضم: القَضاءُ، أحْكامٌ وقد حَكَمَ عليه بالأَمْرِ حُكْمَاً وحُكومَةً، وحاكَمَهُ إلى الحاكِمِ: دَعاهُ وخاصَمَهُ. وحَكَّمَهُ في الأمْرِ تَحْكيماً: أمَرَهُ أن يَحْكُمَ فاحْتَكَمَ وتَحَكَّمَ: جازَ فيه حُكْمُه والاسْمُ: الأُ حْكُومَةُ والحُكومَةُ [1].

**التعريف الاصطلاحي**: هو تولية متنازعين حكمًا ليحكم بينهما فيما اشتجرا فيه [2]

وقد عرفت المادة (١٧٩٠) من مجلة الأحكام العدلية التحكيم على أنه :"اتخاذ الخصمين حاكماً آخر برضاهما، لفصل خصومتهما ودعواهما.."

والتحكيم ينقسم إلى قسمين تحكيم اجباري، وتحكيم اختياري، وهو الأساس والاستثناء الاجباري والذي يصدر بأمر القاضي، ولابد من اشتراط ذلك في العقد أو بداية المخاصمة، ويتفق مع الوساطة في اختيارية تطبيق الحكم [3].

(1) انظر الفيروزآبادي، القاموس المحيط 1/ 1415. ومحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، 1 / 62. وإبراهيم مصطفى وأخرين، المعجم الوسيط، 1 / 190.

(2) انظر زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 7 / 24.

(3) انظر الكوني اعبودة، قانون علم القضاء، النشاط القضائي، ص307.

ففي الاختياري يكون رضا الطرفين هو أساس تنفيذ الحكم الصادر من هيئة التحكيم، وأما الاجباري وهو ما يأمر به القاضي، أو يكون شرطاً في العقد، فإن تنفيذ الحكم الصادر يكون واجبًا أما طوعًا أو كرهًا.

فالتحكيم نزول الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء والتزامهم بطرح موضوع النزاع على محكم أو أكثر ليفصل فيه بحكم ملزم للخصوم [1].

**مشروعية التحكيم في الذكر الحكيم:**

وردت الكثير من الآيات الدالة على مشروعية التحكيم في القرآن العظيم منها:

قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ ﴾. [سورة النور، الآية 48].

وقال جل وعلا: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾. [النور، الآية51].

وقال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ﴾ [المائدة، الآية 95].

وقال الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء، الآية35].

وقال الله تعالى:﴿ فلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا﴾ [سورة النساء، الآية 65].

وقال الله تعالى:﴿ إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تئدوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ إِنَّ اللّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾ [سورة النساء، الآية 58].

(1) انظر أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، ص15.

**وفي السنة النبوية المطهرة** وردت الكثير من الأدلة المشرعة للتحكيم منها:

رضاء رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ بتحكيم سعد بن معاذ ـ رضي الله عنه ـ في أمر اليهود من بني قريظة، حين جنحوا إلى ذلك ورضوا بالنزول على حكمه [1].

وكذلك ما روى عن عبد الله بن كعب عن كعب بن مالك ـ رضي الله عنه ـ لما تنازع مع ابن أبي حدرد في دين له عليه، فخرج الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ إليهما وهما يتنازعان فنادى: «يا كعب، وأشار بيده أن ضع الشطر». فقال كعب قد فعلت يا رسول الله. فقال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم: «قم فأقضه» [2].

كما رضي ـ صلى الله عليه وسلم ـ بتحكيم الأعور بن شامة في أمر بني العنبر حين انتهبوا أموال الزكاة [3].

وتحكيم النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ لأبي بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ فيما وقع بينه وبين عائشة ـ رضي الله عنها ـ حيث قالت: «كان بيني وبين النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ كلام، فقال: أجعل بيني وبينك عمر، فقلت: لا، قال: أجعل بيني وبينك أباك، قالت: نعم ....» [4].

وأيضًا ما روي عن أبي ملكية ـ رحمه الله تعالى ـ «أن عثمان ـ رضي الله تعالى عنه ـ ابتاع من طلحة بن عبيد الله ـ رضي الله تعالى عنه ـ أرضا له بالكوفة، فلما تبايعا ندم عثمان، ثم قال بايعتك ما لم أره، فقال طلحة: إنما النظر لي، إنما ابتعت مغيبا، وأما أنت فقد رأيت ابتعت. فجعلا بينهما حكما، فحكما جبير بن مطعم ـ رضي الله تعالى ـ فقضى على عثمان أن البيع جائز، وأن النظر لطلحة أنه ابتاع مغيبا» [5].

وعن عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث عن أبيه عن جده، قال: اشترى الأشعث رقيقًا من رقيق الخمس، من عبد الله بعشرين ألفًا، فأرسل عبد الله في ثمنهم، فقال: إنما أخذتهم بعشرة ألاف، فقال عبد الله: فاختر رجلًا يكون بيني وبينك، فقال الأشعث: أنت بيني وبين نفسك؟ فقال عبد الله: فإني سمعت

(1) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 268/5، حديث رقم 10727.
(2) أخرجه البخاري في صحيحه 101/1، حديث رقم 471.
(3) انظر ابن حجر في الاصابة 246/1.
(4) أخرجه الطبراني في المعجم الاوسط 135/5، حديث رقم 4879.
(5) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 268/5، حديث رقم 10727.

رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ يقول: «إذا اختلف البيعان، وليس بينهما بينة، فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان» [1].

وقد روى مسعر بن أزهر عن محارب قال: قال عمر: «رَدُّوا الْخُصُومَ إِذَا كَانَ بَيْنَهُمْ قَرَابَةٌ فَإِنَّ فَصْلَ الْقَضَاءِ يُورَثُ بَيْنَهُمُ الشَّنَآن» [2].

**الإجماع:** اجمع فقهاء المسلمين على جواز التحكيم، والعمل به في عهد رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وعمل به الخلفاء من بعده ولم يخالف منهم أحدًا إلا الحرورية فإنهم قد اعترضوا على حكومة علي ومعاوية رضي الله عنهما [3].

**ما الفرق بين التحكيم والوساطة والصلح والقضاء؟**

**التحكيم:** يكون الحكم فيه إلزامًا ويختار فيه أطراف النزاع هيئة التحكيم أو تؤلف برضائهم بها، وإذا لم يرض أحد الطرفين عن حكم التحكيم فله الالتجاء للقضاء بالطعن أو الاستئناف ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وبإمكانهما الاتجاه إلى القضاء، فهو شبيه بجلسات المحاكم وأحكامها من حيث الزامية التنفيذ والطعن فيها.

"وإن حكّم الخصمان رجلاً يصلح للقضاء جاز، ولزم حكمه وإن لم يتراضيا به بعد الحكم، لكن إن رجع فيه أحدهما قبل أن يحكم امتنع الحكم"[4].

**الوساطة:** هي ما يقوم به أهل الخير لفض نزاع وقع بين طرفين من تلقاء أنفسهم أو تكون بتكليف من الطرفين أو أحدهما للتوسط في فض النزاع، وفيها غالبًا ما يقوم الوسيط بتدارس النزاع مع الطرفين كل على حدا، أو هما مجتمعان معًا لتدارس موضوع النزاع، واقتراح الحلول التي ترضي الطرفين، والحكم في الوساطة غير ملزم إلا إذا رضيا الطرفين بذلك [5].

(1) أخرجه أبوداود في سننه 3/ 304، حديث رقم 3513.
(2) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، 66/6، حديث رقم 11696.
(3) انظر ابن عابدين الحاشية 3/ 310، والبدائع 7/ 140.
(4) انظر أحمد بن النقيب المصري، عمدة السالك وعدّة الناسك، ص 163.
(5) انظر أحمد الفقيه. قراءة في مشروع قانون الوساطة بالمغرب، ص41.

ونرى أن الحلول تنبثق من خلال الأطراف جميعًا، ويستطيع أي طرف الانسحاب من هذه الوساطة متى شاء دون أن يمنعه أحد ويمكنه أن يلتجئ لطرق أخرى لفض النزاع [1].

**الصلح**: هو تدخل أهل الخير من المعارف أو الأهل والاقارب للمصالحة بين طرفي نزاع واقع أو متوقع الوقوع وبرضى من الطرفين أو بتنازل أحدهما عن جزء من حقه والوصول إلي الحكم يكون اختياريا، وتنفيد الحكم يكون ملزمًا وغير قابل للطعن إن تم بالطرق الرسمية، وإن كان قابلاً للبطلان والفسخ إذا خالف أحكام الشريعة، وهو متداخل مع التحكيم في كثير من الخصائص والاجراءات والفرق بينهما أن الصلح الوصول للحكم فيه برضى ومشاركة أطراف النزاع، وإذا اتخذ الحكم الصبغة الرسمية يكون ملزمًا للطرفين [2].

وإذا كان تكليف هيئة الصلح من القاضي المختص، فله بحسب التكليف أن يمضي الصلح أو يعدله أو يلغيه إذا وجد به عيبًا فاضحًا مخالفًا للشريعة أو كان به ظلمًا ظاهرًا بينًا [3].

**القضاء**: يتميز بأن القاضي فيه مكلف من ولي الأمر الذي بيده أمر البلاد، والخصوم مجبرون على المثول أمامه على كل حال، وحكمه نافذ عليهم، ولا يحق لأحد الانسحاب من الجلسات أو الاعتراض على سيرها إلا بالوسائل المعروفة والمحددة حسب الإجراءات المبينة قانونًا، وللقضاء نظم دقيقة في دفع الرسوم، وتقديم صحائف الدعوى، وتحديد الجلسات والإعلام بها، وشروط صحتها، وغيره من الأمور المنظمة للعملية القضائية، وأحكام القضاء ملزمة، ويجوز الطعن فيها بالطرق المحددة بحسب الاجراءات القانونية، وفي مواعيد محددة [4].

**ثانيا: خصائص التحكيم:**

**الكتابة:**

يجب أن يكون الاتفاق على التحكيم مكتوباً؛ حتي يمكن إلزام الأطراف به، وسواء أكان عقد التحكيم محرراً بعقد رسمي أو عرفي، ينبغي كتابته حتى يكون حجة على الأطراف إذا ما قبلوا اللجوء إلى التحكيم، فيحدد فيه

(1) انظر أيمن مساعدة. الوساطة كوسيلة لتسوية النزاعات في القانون الأردني، ص1937.

وراجع أيضا نص المادة 2 من القانون رقم 12، لسنة 2006م. بشأن الوساطة الأردني. وعبد المجيد اغميجة، نظام الوساطة الاتفاقية في المغرب، ص72.

(2) انظر مالك المدونة 2/ 255،256...وما بعدها.

(3) انظر ابن فرحون، تبصرة الحكام 2/ 54: 56.

(4) انظر نفس المصدر 1/9: 20.

قبولهم للتحكيم، ويحدد فيه المحكمون عيانًا، ويحدد مضمون موضوع النزاع وأسماء الخصوم، والمدى الزمني للتحكيم، والمذهب أو المبادي أو القانون الذي سيكون أساس في التحكيم ويثبت ذلك في ذات العقد [1].

**حيادية الحاكم أو هيئة التحكيم:**

ونعني بها أن الحاكم أو هيئة التحكيم يجب أن يقسموا على الحيادية، وألا يجامل أيًّا من الأطراف في المنازعة التي يحكموا فيها، والحيادية هي النزاهة في أداء الوظيفة عندما يعرض عليهم النزاع [2].

**احترام السرية:**

إن من المهم احترام السرية، فالحكمان يقسمان على السرية والحيادية، قبل بدء أعمال التحكيم، وخصوص أن اطلاع الحكمين على الدفاتر والسجلات والمستندات، والإفادات القولية، أو المكتوبة للخصوم أمر ضروري فإذا تسربت تلك المعلومات قد يحدث ذلك ضررًا بالغًا بالخصوم، فوجب التكتم والمحافظة على سرية أعمال التحكيم جميعًا [3].

**سهولة الإجراءات:**

التحكيم عملية سهلة تتم بواسطة من تم اختيارهم من أطراف النزاع ووثقوا فيهم، وبعد قبولهم للمهمة، وحيث أن هيئة التحكيم متفرغة لهذه المهمة، فلهم تحديد مواعيد أعمال التحكيم بحسب ظروف أطراف الخصومة والمحكمين، فلهم وحدهم تحديد مواعيد جلسات التحكيم، مع سهولة تقديم المستندات والوثائق [4].

**مبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم:**

يجب على المكلف بالتحكيم أن يواجه الخصوم لتقديم دفوعهم وما يتعلق بموضوع النزاع من مستندات وسجلات ووثائق، وأن يسوى بينهم في المعاملة وفي الجلوس واتاحة الفرصة لأبداء الآراء والأقوال.

(1) انظر جابر بن موسى الجزائري، مِنهاجُ المسلم 1/ 314.

(2) انظر موسوعة الفقه الإسلامي 237/10.

(3) انظر عبد القادر عبودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي 402/2.

(4) انظر د. الحاج الدوش، التحكيم والتوفيق كمطور للقضاء الشرعي في العصر الحاضر.21/14.

**حق إنهاء سير التحكيم:**

إذا انعقد التحكيم فلا يحق لأي طرف الانسحاب من التحكيم بعد البدء في أعماله، ولهيئة التحكيم أن تصدر قرار التحكيم ويأخذ هذا القرار طابع الإلزام، أما قبل اتخاذ إجراءات التحكيم فلكل طرف الحق في إيقاف التحكيم[1].

**السرعة والمرونة وقلة التكاليف:**

يتميز التحكيم بسرعة الإجراءات، والمرونة في طرق المعاملة، وتقديم الدفوع والمستندات، والمواجهة بين الخصوم، وتحديد مواعيد الجلسات، والبعد عن التكاليف الباهظة من دفع رسوم وأجرة محامين[2].

**احترام مواعيد إجراءات التحكيم:**

يجب على المحكمين تحديد المواعيد بالتنسيق مع أطراف النزاع وابلاغهم بها، وعلى أطراف النزاع أن يحترموا المواعيد المضروبة لجلسات التحكيم، أو لتقديم الدفوع والسجلات والمستندات والوثائق.

**حق الانسحاب من التحكيم:**

يحق للمحكمين أن ينسحبوا من التحكيم أو أحدهما قبل الشروع في أعمال التحكيم، ومتى لم تسمح لهم الظروف بالاستمرار في مهمتهم المنوطة بهم، وذلك بعد ابلاغ أطراف النزاع، وعلى أطراف النزاع اختيار البديل عنهم، والاتفاق مع من تم اختياره بديلاً على السير في التحكيم، وأن يستلم ما بعهدة المحكمين السابقين من محاضر للجلسات ومستندات ووثائق، وأن يكون ذلك بالصفة الرسمية أي التسليم والاستلام[3].

**التحكيم بأنه لا يورث الضغائن بين المتخاصمين:**

وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن بين الناس» [(4)].

وذلك لأنهم هم من يختارون من يثقون فيه للحكم بينهم، وكذلك يختارون المبادئ الحاكمة لفض النزاع.

---

1 انظر علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام،695/4.

2 انظر د. الحاج الدوش، التحكيم والتوفيق كمطور للقضاء الشرعي في العصر الحاضر.

(3) انظر علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 700/4.

(4) انظر علاء الدين علي بن حسام الدين المتقي الهندي، كنز العمال 805/5، حديث رقم 14438.

## المبحث الثاني: التنظيم وإجراءات التحكيم

وللتحكيم عناصر محددة يجب توفرها حتى يمكننا أن نسم ما نقوم به أنه عملية تحكيمية لفض نزاع معين.

ومن أهم **عناصر التحكيم** [1]:

1 . الاتفاق مسبقًا في أحد بنود العقد على اللجوء للتحكيم في حالة حدوث نزاع بين الطرفين أو الخشية من وقوع النزاع مستقبلاً، وقد يتم الاتفاق على اللجوء للتحكيم بعد وقوع النزاع وتحققه من أطراف النزاع، ويجب أن ينص على نوع التحكيم ملزم أو غير ملزم أثناء الاتفاق على اللجوء للتحكيم من الأطراف.

2 . تحديد واختيار هيئة التحكيم من أطراف النزاع أنفسهم، يمنح هذه الهيئة حق صلاحيات القيام بأعمال التحكيم، والفصل في موضوع النزاع بقرار ملزم لأطراف الخصومة.

3 . وجود خصومة قائمة بالفعل أو متوقع قيامها لاحقًا بين الأطراف.

4 . قبول المحكمين الذين تم اختيارهم من قبل الخصوم للتحكيم بين الأطراف.

**القواعد الواجبة الإتباع في التحكيم:**

وحيث أن العملية التحكيمية تختلف عن السير بدعوى الخصومة في المحاكم العادية من حيث اختيار اصحاب الخصومة للمحكمين واختيار المبادئ والقوانين الحاكمة لسير مهمة التحكيم [2] إلا أنه تحقيقًا للعدالة فيجب مراعاة مجموعة من القواعد المنظمة للعملية التحكيمية أهمها ما يلي:

1 . على المحكمين السهر على حسن سير المحكمة، فيتم تحديد المواعيد لأعمال التحكيم وجلساته، وتعطي المهل للخصوم لتقديم مستنداتهم ودفوعهم، والحرص على إتمام إجراءات التبليغ، وتأمين حق الدفاع، والاستماع إلى الشهود، والاستماع واستجواب الخصوم، وتعيين خبير مختص إن كانت هناك حاجة لذلك، واتخاذ التدابير المؤقتة لحماية الحقوق إن لزم الأمر.

(1) انظر اسماعيل الاسطل، التحكيم في ضوء الشريعة الاسلامية ص108: 110.

(2) انظر ابن فرحون، التبصرة 1/ 17.

2 . الاتفاق على المبادئ والقوانين الحاكمة أو المذهب المعين، وكما هو معروف لا يجوز التحاكم والحكم بما يخالف شرع الله . تعالى . أما تحديد مدرسة فقهية معينة فذلك أحرى لأن يسهل على هيئة التحكيم اصدار الحكم، ويحول دون اللجاج في الخصومة والانتقال من رأي فقهي إلى أخر.

3 . الجلسات التحكيمية فتتم فيها التسوية بين الخصوم في المعاملة والجلوس، وفيها تجري مقابلة الخصوم والاستماع إلى طلباتهم، ودفوعهم وتقديم المستندات، والاستماع إلى الشهود، والاطلاع على تقارير الخبرة وغيرها مما تحتاج هيئة التحكيم إلى معرفته حول موضوع النزاع للوصول إلى العقيدة السليمة لإصدار قرار التحكيم.

4 . اصدار القرار التحكيمي، وهو أخر أعمال الهيئة التحكيمية، وإن لم يكن هو الإجراء الأخير لإيصال الحق لأصحابه، فبعد إبداء المطالب، والاستماع للخصوم، وتقديم الدفوع، والاطلاع على المستندات، وتكوينهم للعقيد الراسخة الواضحة لإصدار القرار التحكيمي تعلن الهيئة التحكيمية اختتام جلسات التحكيم؛ فيبادرون بعقد جلسات بينهم للتداول والمذاكرة بغية اصدار القرار النهائي أما بالإجماع أو بالأغلبية.

**شروط التحكيم** [1]:

1 . أن لا يكون موضوع التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، مثل الحدود واللعان بين الزوجين، والمسائل التي تتعلق بالنظام العام للدولة [2].

"والضابط أن كل حق اختص به الخصمان جاز التحكيم فيه، ونفذ فيه تحكيم المحكم"[3].

2 . لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف.

3 . الاتفاق بين أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم بديلاً عن القضاء لفض النزاع بينهما.

(1) انظر ابن فرحون، تبصرة الحكام 50/1، والماوردي، الحاوي الكبير 326/16.

(2) انظر ابن فرحون، التبصرة 50/1، وعياض بن موسى اليحصبي، التنبيهات المستنبطة على الكتب المختلطة والمدونة، 3/ 1863.

(3) انظر ابن العربي، أحكام القرآن 125/2.

4 . لا يجوز للخصمين عزل هيئة التحكيم أو أحد أعضاء الهيئة بعد مباشرتها لأعمال التحكيم، أما قبل النظر في الدعوى فلهما ذلك، وتعيين بديل بالاتفاق بينهما، وفي الأمر اختلاف بين الفقهاء إلا أن الأرجح جواز العزل [1].

5 . للمحكم طلب التنحي قبل صدور الحكم، وبرضى الطرفين وموافقتهما.

**الشروط التي يجب أن تتوفر في هيئة التحكيم** [2]:

1 . يجب أن تتوفر في أعضاء هيئة التحكيم الشروط العامة التي يجب توفرها فيمن يتولون وظائف القضاء مثل الإسلام والعقل والأهلية والعدل والامانة والتقوى والصلاح والعلم والخبرة في معالجة أمور التحكيم وما يلزمه من معارف وخبرات سوى علمية أو حياتية.

2 . اختياره من كلا الطرفين أو أحدهما ورضى الأخر بذلك.

3 . أن يقبل هو هذا التكليف ويرضى به.

4 . أن لا تكون له مصلحة في النزاع.

**إجراءات ونتائج أعمال التحكيم** [3]

**أ . القرار التحكيمي:**

هو قرار قضائي ملزم التنفيذ بالرضى أو بقوة القانون، فإذا حكمت هيئة التحكيم فليس لأحد أن ينقض حكمها وإن خالف مذهبه إلا أن يكون جوراً بينًا [4].

إذا كانت الإحالة على التحكيم من القاضي، أو كان الاتفاق على التحكيم ملزماً وليس اختيارياً.

والقرار التحكيمي يجب أن يراعى فيه بعض الشروط الشكلية منها:

1 . أن يكون القرار التحكيمي مكتوبًا.

2 . أن ينظم فيه ذكر موضوع النزاع، والوقائع، ومطالب الخصوم واسماؤهم واسماء هيئة التحكيم.

(1) انظر ابن فرحون، التبصرة 50/1.

(2) انظر إسماعيل الاسطل، التحكيم في ضوء الشريعة الاسلامية ص209.

(3) انظر المرجع السابق، ص147.

(4) انظر ابن فرحون ، تبصرة الحكام 50/1. والحاوي الكبير 172/16.

3 . أن ترد فيه الفقرة الحاكمية التي تتضمن منطوق الحكم.

4 . أن يكون القرار معللا، وأن يحوي أسباب القرار.

5 . أن يذكر التاريخ ومكان صدور الحكم.

6 . أن يكون ممهورا بتوقيع هيئة التحكيم.

7 . أن يعلم به الخصوم بشكل رسمي.

**ب . الإجراءات اللاحقة لصدور القرار التحكيمي:**

1 . وضع الصيغة التنفيذية على القرار التحكيمي (أي أنه يأخذ نفس الإجراءات المتبعة في حكم المحكمة في جلساتها العادية).

وإذا امتنع رئيس المحكمة درجة أولى من وضع الصيغة التنفيذية على القرار، فلهم الطعن في ذلك أمام محكمة الاستئناف لوضع الصيغة التنفيذية على الحكم.

2 . إذا قام الأطراف بقبول قرار التحكيم، وتم الاتفاق على تنفيذه بالرضى وإنهاء النزاع، اثبت ذلك كتابة بينهما.

3 . إذا لم يرض أحد أطراف النزاع بالقرار التحكيمي فله أن يتقدم بالطعن أو الاستئناف فيه أمام محكمة الاستئناف (محكمة الدرجة الثانية)، وللمحكمة أن تنظر في القرار التحكيمي مثل أي حكم أخر من أحكام محاكم الدرجة الأولى.

## المبحث الثالث

## موجز مقارنة بين التحكيم عند الفقهاء وبين القانون رقم (4) لسنة 2010م. بشأن التوفيق والتحكيم الصادر من مؤتمر الشعب العام سابقاً.

بعد أن أوضحنا في المبحث الأول والثاني مجموعة مهمة من التعريف وأسس الإجراءات التحكيمية وغيرها، مما يتطلب الأمر ذكرها ومعرفتها، نبين في هذا المبحث موجز المقارنة بين التحكيم في الشريعة والقانون رقم (4) لسنة 2010م. بشأن التوفيق والتحكيم الصادر من مؤتمر الشعب العام سابقاً.

المادة (1): الاسم: اختاروا أن يكون الاسم لهذا القانون التوفيق والتحكيم (أي التحكيم بالصلح) بمعنى أن الغاية غلبة أعمال التوفيق بين الخصوم، وذلك يكون برضاء منهم وقبول، وهذا لا ينتج إلا عن مشاورة وتنازل عن بعض الحق أحيانًا، والمشرع أرد بإضافة التوفيق للتحكيم أن الحكم يكون توافقياً بين أطراف النزاع، فمن هنا اختلف عن مراد التحكيم عند الفقهاء.

وأما التحكيم عند الفقهاء يخرج عن نطاق التوفيق ففيه يكون الحكم الصادر ناتج عن قناعة هيئة التحكيم، وليس بالضرورة أن يحوز القرار التحكيمي رضى الأطراف، وبعد صدوره يكون ملزمًا لأطراف النزاع[1].

المادة (2): حددت هذه المادة اختيار هيئة التحكيم فقررت أن تكون اللجنة الشعبية العامة للعدل هي المختصة بتكليفهم واختيارهم وعينت عددهم، وقررت أن تحدد لهم مكافأة تصرف من خزينة المجتمع.

في حين أن التحكيم عند الفقهاء ينبني على أن أطراف النزاع أنفسهم وبتوافقهم وبرضائهم يتم تكليف هيئة التحكيم حتي وإن كان التكليف من القاضي المختص؛ فيتم بالتشاور مع أطراف النزاع، وأما مكافأتهم وأجورهم وأتعابهم تدفع من طرفي النزاع، سوى كان ذلك بالمشارطة أو بالتراضي بين الأطراف[2].

المادة (3): اتفقت هذه المادة مع ما يقرره الفقهاء أن أطراف النزاع لابد أن يتقدموا بطلب كتابي للنظر في النزاع تحدد فيه ماهية النزاع والمطالب والرضى بأن يكون التحكيم وسيلة لفض هذا النزاع.

المواد (4 ،5، 6): بينت إجراءات عقد الجلسات، وتنظيم العمل وتوصيفه؛ وهي إجراءات لا تختلف مع ما يقرره الفقه في التحكيم.

---

(1) انظر ابن فرحون ، تبصرة الحكام 20/1.

(2) انظر الزرقاني على مختصر خليل 7/ 244، ووهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته 7/ 5257.

المادة (7): في هذه المادة يجاهر المشرع بأن ما يؤسس له ليس إلا عقد صلح بين الأطراف اسماً ومسمى من الاجراءات المتخذة حيله.

أما بقية المواد وهي (8، 9، 10، 11، 12) فإنها تتعامل مع موضوع حل النزاع على أنه إجراء عقد صلح برضى أطراف النزاع، وتبين الاجراءات الواجبة الإتباع لإعطاء عقد الصلح الحجية القانونية والشكل الرسمي والنهائي في نهاء النزاع، وهذا يختلف مع التحكيم من حيث الزامية الحكم.

## الخاتمة

من خلال البحث يمكنا الوصول إلى النتائج التالية:

1 . التحكيم يختلف عن الوسائل الأخرى لفض النزاعات في أنه نظام يحق لأطراف النزاع تعيين المحكمين أو يتم اختيارهم برضاهم.

2 . يقلل التكلفة والعبء المالي على المتنازعين.

3 . يوفر الوقت ويختصر مدة الخصومة لأن هيئة التحكيم متفرغة لفض لهذا النزاع ليس لديها قضايا أخرى تنظر فيها.

4. يحافظ على العلاقات الاجتماعية وروابط العمل، ولا يقطع حبل الود بين المتخاصمين.

5 . الرضاء والاطمئنان لما بصدر من أحكام لأن المتنازعين هم من اختار هيئة التحكيم أو رضوا بتكليفها.

6 . ضمان السرية في جميع أعمال الهيئة التحكيمية، وعدم نشر المعلومات التي يطلع عليها المحكمين.

7. التحكيم عملية مساعدة للقضاء الرسمي وليست بديلا عنه.

8 . يجب إعادة النظر في صياغة القانون وتوضيح المصطلحات بدقة أكثر، وأن يشمل القانون كل العمليات الموازية للقضاء الرسمي وتعريفها وتوضيح وتدقيق الإجراءات المتبعة لأن هذا الأمر يشتمل على ما يحتاجه الناس لرفع النزاع بينهم.

**وصلى الله وسلم على نبينا محمد بن عبد الله ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين،**

**والحمد لله رب العالمين.**

## المصادر والمراجع

1- القرآن الكريم، برواية حفص عن عاصم.

2- إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، 1406هـ - 1986م.

3- إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار النشر: دار الدعوة.

4- ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة، الناشر دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 1421هـ - 2000م.

5- أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الحاوي في فقه الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية، ط/ 1، سنة 1414هـ - 1994م.

6- أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد ,عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، الناشر: دار الحرمين - القاهرة، سنة 1415هـ.

7- أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي، مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد، ط/ 1. سنة 1344هـ.

8- أحمد الفقيه، قراءة في مشروع قانون الوساطة بالمغرب، جمعية التكامل الاجتماعي للقضاء وموظفي المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية، طبعة 2007م.

9- أحمد بن النقيب المصري، عمدة السالك وعدّة الناسك، دار النشر: دار الجيل- بيروت، ط /1998م.

10- اسماعيل الاسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، مكتبة النهضة العربية بدون تاريخ.

11- إسماعيل بن كثير، السيرة النبوية، تحقيق محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط/2، سنة 1420هـ،1999م.

13- الإصابة في تمييز الصحابة أحمد بن حجر العسقلاني، ت: عادل عبد الموجود وآخرون، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط1 ،1995م.

14- البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1999م.

15- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف الاسكندرية، ط/ 5، سنة 1988م.

16- جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، الناشر: دار الساقي، ط/ 4، سنة 1422هـ/ 2001م.

17- زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار النشر: دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط/ 2.

18- عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري، شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ضبطه عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، 1422 هـ - 2002 م.

19- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، بيروت.

20- عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري، السيرة النبوية، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، الناشر دار الجيل، بيروت، لبنان، سنة 1411هـ.

21- علاء الدين علي بن حسام الدين المتقي الهندي البرهان فوري، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، المحقق: بكري حياني - صفوة السقا، مؤسسة الرسالة، ط/5، سنة 1401 هـ/ 1981م.

22- علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م.

23- عياض بن موسى اليحصبي، التنبيهات المستنبطة على الكتب المختلطة والمدونة، تحقيق: الدكتور محمد الوثيق، الدكتور عبد النعيم حميتي، الناشر: دار ابن حزم، بيروت – لبنان، ط/ 1، سنة 1432 هـ - 2011م.

24- الكوني اعبودة / قانون علم القضاء، النشاط القضائي، الجزء الثاني.

25- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: محمود خاطر، دار النشر مكتبة ناشرون، بيروت، لبنان، الطبعة: طبعة جديدة، سنة 1415هـ – 1995م.

26- محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، ط:1، 1420هـ/1999م.

27- مِنهاجُ المسلم – كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعَبادات ومعَاملات، جابر بن موسى بن عبد القادر بن جابر أبو بكر الجزائري، دارُ السَلام للطباعة والنشر وَالتوزيع والترجمة، مصر، الطبعة: الرابعة.

**الموسوعات:**

1. موسوعة السنة، الكتب الستة وشروحها، دار سحنون، ودار الدعوة، اسطنبول، تركيا. ط/2، سنة 1413 هـ.1992م.

2. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت، الطبعة: (من 1404 – 1427 هـ).

**المجلات:**

1. أيمن مساعدة. الوساطة كوسيلة لتسوية النزاعات في القانون الأردني، بحث منشور في مجلة أبحاث جامعة اليرموك، سلسلة العلوم الانسانية، المجلد العشرون العدد الرابع 2004 م.

**القوانين:**

1. قانون رقم (4) لسنة 1378و.ر (2010م) بشأن التوفيق والتحكيم، الصادر من مؤتمر الشعب العام بليبيا.

2. القانون رقم 12، بشأن الوساطة الأردني. لسنة 2006م.

# عقد المعاونـــة ماهيتــه ـ إبرامـــه ـ آثاره
# دراســـة تأصيليــة تحليليـــة

أ.د. علي أحمد شكورفو
عـضـو هيئـــة الـتدريـس
بكليـة القانون جامعــة مصراتــه

**مقدمة:**

يتسابق أهل الخير في بلادي العزيزة ليبيا إلى تقديم المعونة والمساعدة للدولة عن طريق التبرع بأراضي لبناء المساجد والمدارس وبنائها، والتبرع بأراضي لإقامة محطات الكهرباء، وكذا التبرع بالأجهزة الطبية، وتوفير بعض الأدوية للأمراض المزمنة، وإقامة محطات تنقية المياه والمبردات في المساجد والطرق العامة، مما يشكل معاونة في إشباع حاجات المواطنين من المياه النقية يبتغون بكل ذلك وجه الله، ومنهم من يعتبر ذلك صدقة جارية على أرواح أعزاء لهم فارقوا الحياة، أو رغبة منهم في اتصال أعمالهم بعد انقطاعهم عن الحياة الدنيا.

إن مثل هذا التسابق في فعل الخير، يجد أساسه فيما حث عليه ديننا الإسلامي الحنيف، ويشكل امتثالاً لما أمر الله بفعله، حيث جاء في كتابنا العزيز (القرآن الكريم) العديد من الآيات التي تحث على فعل مثل هذا، فقد قال تعالى: ﴿**لَنْ تَنَالُوا البِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ**﴾[1] وقال جل شأنه: ﴿**وَافْعَلُوا الخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ**﴾[2]، فقد ربط الله سبحانه وتعالى نيل البر بالإنفاق مما يحبه المرء، وجعل الفلاح مرتهن بفعل الخير.

(1) جزء من الآية 92 من سورة آل عمران.

(2) جزء من الآية 77 من سورة الحج.

كما يجد أساسه في كتب الفقه الإسلامي في عقود التبرعات، وتحديداً في الوقف الخيري، كالوقف على المساجد، والمستشفيات، وملاجئ الأيتام، ودور العجزة وهو باب من أبواب التعاون على البر الذي أمرنا الله سبحانه وتعالى به في قوله تعالى: ﴿**وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى وَلا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالعُدْوَانِ**﴾[1].

وقد أوقف الكثير من المسلمين أموالهم على العديد من مجالات البر كالمكتبات، والمساجد، والمدارس، والسقايا، والمضايف، وعلى طلاب العلم والعلماء، هذا على سبيل المثال لا الحصر [2].

وهذا الفعل يشكل في الواقع تصرفاً قانونياً يلعب دوراً مهماً من خلال التبرعات والجهود الذاتية في بناء المساجد والمدارس وغيرها، التي تستلمها أجهزة الدولة وتديرها؛ إلا أنه ورغم هذه الأهمية لم نعثر ولم يصل إلى علمنا أن هناك دراسة قانونية لهذا الموضوع في كليات القانون في بلادنا، سواء على مستوى بحوث تخرج طلاب المرحلة الجامعية، أو في الرسائل العلمية في مرحلتي الإجازة العالية (الماجستير)، أو الدقيقة (الدكتوراه)، ولم نعثر على أي كتابة عنه ولو في سطور في المؤلفات القانونية التي أنجزها الزملاء من أساتذة القانون في بلادنا، رغم اضطراد العمل عليه؛ مما أثار دهشتنا واستغرابنا، ودفعنا إلى عقد العزم على ولوج البحث في هذا الموضوع، والغوص في أسباره، مع علمنا المسبق بمشقة البحث فيه من جهة، وعدم تخصصنا في مجاله (القانون العام والقانون الإداري على وجه الخصوص) من جهة أخرى، وهذا ما نأمل أن يراعيه القارئ الكريم، وأن يلتمس لنا عذراً لقصور التعمق فيه، وحسبنا أننا طرقنا الموضوع ووضعناه على مائدة البحث الفقه الليبية، ليعتني به من بعدنا الدارسون والمهتمون من الباحثين ورجال الفقه القانوني.

ولابد لنا من التقرير بأن أهمية الموضوع هي التي جعلتنا نستعذب المشاق، ونتحمل الصعاب، لعلنا بذلك نفيد قارئاً، ونفتح لباحث آخر طريقاً لتحقيق الفائدة من البحث العلمي القانوني، باعتبار أن دراسة القانون ما هي إلاّ علم اجتماعي يتطور ويواكب ما يستحدث من علاقات بين أفراد المجتمع فيما بينهم، أو فيما بينهم وبين الدولة، ووضع ما يناسبها من تنظيم قانوني يحكمها.

---

(1) جزء من الآية 2 من سورة المائدة.

(2) لمعرفة المزيد ينظر: د. إبراهيم البيومي غانم، الأوقاف السياسية في مصر، ط1، دار الشروق، 1998م، ص22، د. صالح عبد الهادي، الوقف الإسلامي، تراحم في الحياة وصدقة جارية بعد لقاء الله، د.ن، د.ت، ص7 وما بعدها.

ولما كانت متطلبات أي دراسة علمية منهج علمي تسير عليه للوصول إلى غايتها، فإننا سنتناول هذا الموضوع من خلال المنهجين البحثيين العلميين التأصيلي والتحليلي، حيث سنحاول تجميع شتات الموضوع المتناثرة فيما يتوفر لدينا من مراجع فقهية، ونتدرج من الكم الكلي إلى سبر أغوار التفاصيل بالتحليل والمناقشة لأفكار الموضوع وجزئياته، ونتولى الإجابة عن العديد من الأسئلة التي نطرحها المتمثلة في: ما هو المقصود بعقد المعاونة؟ وما هي خصائصه؟ وما طبيعته القانوني؟ وكيف يتم إبرامه؟ وما الآثار التي يرتبها هذا النوع من العقود؟ وذلك من خلال الخطة البحثية التالية:

- **المطلب الأول**: ماهية عقد المعاونة.
- **المطلب الثاني**: إبرام عقد المعاونة.
- **المطلب الثالث**: آثار عقد المعاونة.

ثم ننهي دراستنا بخاتمة نستعرض فيها أهم النتائج والتوصيات.

## المطلب الأول:

## ماهيـــة عقد المعاونـــة

إن ماهية الشيء تعني حقيقته، وهي التي تعبر عن مجموع الصفات والخصائص، وماهية عقد المعاونة تقتضي بيان تعريفه، وخصائصه، ثم طبيعته، وهذا ما نتناوله في هذا المطلب من خلال بيان تعريف عقد المعاونة في فرع أول، وخصائصه في فرع ثاني، ثم طبيعته القانونية في فرع ثالث، على النحو التالي:

### الفرع الأول: تعريف عقد المعاونـــة

**التعريف لغةً:** الإعلام وضد التنكير [1].

وعرف بأنه اشتقاق من عرَّف الأمر إذا طيّبه وزيّنه، فهو عبارة عن ذكر شيء تستلزم معرفته شيء آخر، وهو تحديد الشيء بذكر خواصه [2].

وقد عُرِّف عقد المعاونة عند القانونيين بتعريفات عديدة منها:

بأنه عبارة عن عرض أو وعد يتقدم به طواعية فرد أو مجموعة أفراد إلى جهة إدارية بهدف المساهمة في مشروع ذي نفع عام من مشروعات الأشغال أو المرافق العامة ويتعهد بموجبه أن يشترك في نفقات هذا المشروع برضائه[3].

وعرَّفه البعض بأنه: عقد يلتزم بمقتضاه شخص طبيعي أو معنوي، من أشخاص القانون الخاص أو العام، برضائه واختياره، بالمساهمة نقداً أو بشيء عيني في نفقات مرفق عام أو مشروع معين من مشروعات الأشغال العامة أو نشاط إداري [4].

---

(1) الطاهر الزاوي، مختار القاموس مرتب على طريقة مختار الصحاح والمصباح المنير، الدارة العربية للكتاب 1983-1984م حرف العين ص418.

(2) د. قطب مصطفى سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه (عربي انجليزي) دار الفكر المعاصر بيروت، لبنان، دار الفكر دمشق سوريا، ص1، 2000م، ص137.

(3) د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002م، ص30.

(4) أستاذنا د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، دار الفكر العربي، 1991م، ص143.

وقد أضاف جانب من الفقه إلى هذا التعريف جملة مؤداها (مقابل قيام الشخص الإداري بتنفيذ المشروع) [1]. ويعرِّفه البعض بأنه صورة من صور التبرع أو التطوع الاختياري، حيث يعرض أحد الأفراد أو المشروعات الخاصة أو الأشخاص الإدارية على جهة الإدارة الاشتراك في نفقات مرفق عام أو صيانته [2].

يتضح من خلال هذه التعريفات أن عرض المعاونة في مشروع ذي نفع عام أو تيسير مرفق عام قد يصدر من أشخاص طبيعيين أو اعتباريين لكن هل يشترط أن تكون له أو لهم مصلحة من ذلك؟

يمكن القول بأنه قد يكون للمتعهد بالمعاونة مصلحة أو فائدة شخصية من تعهده، وقد لا تكون له مصلحة في ذلك، وإن كان جانب من الفقه يرى أنه غالباً ما تكون له مصلحة غالباً ولو كانت مصلحة أدبية [3].

ويذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه إذا كان التعاقد قد تم من أجل تحقيق مصلحة ما يكون العقد عقد معاونة لا تبرع ولو لم يتم الاتفاق على مقابل [4].

هذا عن موقف الفقه من تعريف عقد المعاونة فماذا عن موقف القضاء من تعريف هذا العقد؟

لقد تصدت المحكمة الإدارية العليا المصرية لتعريف هذا النوع من العقود وجاء في أحد أحكامها بأنه "عقد إداري يتعهد بمقتضاه أحد الأشخاص برضائه واختياره بالمساهمة نقداً أو عيناً في نفقات مشروع عام من مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة وقد يكون المتعهد ذا مصلحة في تعهده أو غير ذي مصلحة فيه وقد يترتب التعهد بعوض أو تبرعاً، وقد يكون تلقائياً من ذات المتبرع أو بطلب من جهة الإدارة، وقد يكون منجزاً، ومهما اختلفت صور هذا العقد وتباينت أوضاعه فهو يقوم على المساهمة الاختيارية في مشروع ذي نفع عام..."[5].

(1) أستاذنا د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، 1966م، 1967م، ص772.

(2) د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص36.

(3) لمزيد المعرفة حول المصلحة الأدبية ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، م2، العقود التي ترد على الملكية، دار النهضة العربية، د.ت، ص18 هامش 2.

(4) د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974م، ص76.

(5) طعن رقم 3448 صادر بتاريخ 1993/1/31م مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية من عام 1955-1995م المكتب الفني مجلس الدولة س33 ق3 ص857.

فعقد المعاونة يقوم على المعاونة الاختيارية في مشروع ذي نفع عام أو تيسير مرفق عام دون اعتبار لما كان قد يؤدي إلى تحقيق مصلحة خاصة للمتبرع أم لا [1].

هذا عن تعريف عقد المعاونة فما هي خصائصه؟ هذا ما نحاول بيانه في الفرع التالي:

**الفرع الثاني: خصائص عقد المعاونة**

إن الهدف من عقد المعاونة يضفي عليه خصائص معينة تجعله مميزاً عن علاقات الأفراد بعضهم ببعض[2]، ومن ثم فهي خصائص تختلف به عما تتسم به عقود القانون الخاص من خصائص تتمثل في أنه يقوم على اختيارية المعاونة، وأنه أحادي الالتزام، وهذا ما نتناوله في الفقرات التالية:

**أولاً: اختيارية المعاونة.**

إن المعاونة التي يقدمها عارض المعاونة اختيارية؛ حيث إنها تتم دون إكراه أو إجبار من قبل الإدارة، فلا يمكن أن يجبر العارض للمعاونة على التبرع أو الهبة للمشروع المراد إنشاؤه، وهذا لا يمنع من أن يتم عرض المعاونة استجابة لطلب الإدارة بتقديم المعاونة في المشروع، فعقد المعاونة اختيارياً ولو كان عرض المعاونة بناءً على طلب الإدارة، فلا محل للمعاونة إذا كانت إجبارية [3].

وهذه الخاصية هي ما تميز عقد المعاونة عن الاستيلاء الإداري [4] الذي تلجأ إليه الدولة لتوفير احتياجاتها، وعن نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة [5].

(1) وهذا ما انتهت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري ملف رقم 140/1/7 جلسة 1991/4/3م مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع س45، 46 من أول أكتوبر 1990م إلى آخر سبتمبر 1992م الهيئة العامة للكتاب 1998م ص246.

(2) أستاذنا د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص773.

(3) د. مجدي عز الدين يوسف، حدود مسؤولية الدولة في مواجهة تعاون الأفراد معها، دراسة مقارنة، د.ن، د.ت، ص15 وما بعدها.

(4) يقصد بالاستيلاء الإداري جبر الإدارة بإرادتها المنفردة الأشخاص على تقديم خدمات لها أو للغير أو استعمال الأموال العقارية أو ملكية المنقولات أو استخدامها بقصد إشباع حاجة عامة استثنائية ومؤقتة بما لها من صفة المنفعة العامة وفقاً للشروط والأوضاع التي يحددها القانون. د. محمد محمد عبد اللطيف، نزع الملكية للمنفعة العامة دراسة تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية 1988م ص5 وفي هذا المعنى د. عبد الغني بسيوني، القانون الإداري منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991م، ص654.

(5) يقصد بنزع الملكية: إجراء إداري يؤدي إلى حرمان شخص من ملكه العقاري جبراً عنه لتخصيصه للمنفعة العامة أو التحسين مقابل تعويض عادل عما يناله من ضرر بسبب هذا الحرمان. د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، المبادئ العامة في تنظيم ونشاطات السلطات

وهذا ما أكدته أحكام محكمة القضاء الإداري المصري، حيث جاء في أحد أحكامها "...ومهما اختلفت صور هذا العقد فهو يقوم على أساس المساهمة الاختيارية في مشروع ذي نفع عام ويتميز هذا العقد بأنه قد يختلف عن نزع الملكية للمنفعة العامة أو الاســـتيلاء إذ كلاهما يتم جبراً إلا أن هذا العقد يتم بإيجاب من المتعهد وقبول من الإدارة..."[1].

**ثانياً: احادية الالتزام: –**

إن عقد المعاونة عقد ملزم لطرف واحد؛ لأنه لا يتضـــمن ســـوى تعهد من صـــاحب عرض المعاونة دون الإدارة، فهو أحادي الالتزام؛ حيث لا يكون فيه تقابل بين الالتزامات [2]، ومن ثم فآثاره تنشأ بإرادة العارض وحده ولا تلتزم الإدارة بشـــيء؛ وهذا ما يمكنها من التخلص مما ينتج عنه من أعباء، وهو ما يتعارض مع المبادئ المستقرة في فكرة العقد، والتي منها الالتزامات المتقابلة بين أطرافه.

إلا أن تطوراً لحق هذه الفكرة هدم هذه المبادئ، فأصبح المستقر الآن أنه ليس بلازم أن يترتب على العقد التزامات متقابلة بين أطرافه دائماً، بل قد ينشـــئ العقد التزامات في جانب أحد أطرافه دون الطرف الآخر [3]، بل ويستشـهد جانب من الفقه في هذا الشـأن بعقد المعاونة ويعتبره المثال التطبيقي للعقود الملزمة لجانب واحد في القانون الإداري [4].

ومع أن عقد المعاونة يتســـم بأنه ملزم لطرف واحد غالباً؛ إلا أن ذلك لا يمنع من أن يكون ملزماً للطرفين المتعاقدين أحياناً، وذلك على ســـبيل الاســـتثناء كأن يقترن عقد المعاونة بشـــروط مشـــروعة تقبلها الإدارة، أو يعود على عارض المعاونة مصـــلحة من وراء تقديم المعاونة [5]، ومن ثم يكون عقد المعاونة ملزماً

---

الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978م، ص221، د. عبد الحكيم فودة نزع الملكية للمنفعة العامة، دار الكتب القانونية المحلة الكبرى، 1992م، ص59.

(1) طعن 14/1183ق جلسة 22 مايو/1966م مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمس سنوات من أول أكتوبر 1961م إلى آخر سبتمبر 1966م ص761.

(2) د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج1، مصادر الالتزام، 1989، ص80.

(3) أستاذنا د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص143 وما بعدها.

(4) د. محمد محمد عبد اللطيف، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص53.

(5) د. عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، ج1، ط1، دار المستقبل، دمشق، 1992م، ص295، د. محمد محمد عبد اللطيف، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص53.

للجانبين يوجب التزامات متبادلة يلتزم كل منهما بما التزم به، وتكون مســـؤولية الإدارة إذا أخلت بالتزاماتها مسؤولية تعاقدية [1].

**الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لعقد المعاونة**

إن تحديد الطبيعة القانونية لعقد المعاونة أثار اختلافاً في الفقه، حيث ذهب جانب من الفقه إلى ارتباط عقد المعاونة بعقد الأشغال العامة ومن ثم فهو لا يكون عقداً إدارياً إلا إذا ارتبط بعقد أشغال عامة، في حين ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى القول بأنه عقد إداري مســتقل عن عقد الأشــغال العامة؛ لأنه ينعقد بإيجاب وقبول، وهذا ما نسلط الضوء عليه في الفقرتين التاليتين:

**أولاً: عقد المعاونة عقد مرتبط بعقد الأشغال العامة.**

يذهب جانب من الفقه [2] إلى القول بأن عرض المعاونة ما هو إلا فرع من فروع عقد الأشـــغال العامة، حيث إنه مرتبط ووثيق الصلة بعقود الأشغال العامة، فيأخذ حكمها، أما إذا لم يتصل بأشغال عامة واقتصر على تنظيم مرفق عام فإنه لا يعتبر عقداً إدارياً بقوة القانون، بل يمكن أن يكون عقداً مدنياً أو إدارياً، وفقاً لما تمتع به من خصائص، أو وفقاً لما تقتضيه القواعد العامة [3].

ويذهب بعض الفقه [4] إلى القول بأن الصلة الوثيقة بين عقد المعاونة وعقد الأشغال العامة هي التي كانت وراء عدم اشتراط الشكلية لصحة عقد المعاونة، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر الصلة الوثيقة بين عقد المعاونة وعقد الأشغال العامة [5].

(1) أستاذنا د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص144، د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص32.

(2) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، ولاية القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، منشأة المعارف الإسكندرية، 2002م، ص181، د. محمود حلمي، العقد الإداري ط2، دار الفكر العربي 1977م ص173.

(3) د. محمود عبد اللطيف، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص28.

(4) محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998م، ص36.

(5) ينظر حكمها في الطعن 1025 جلسة 1978/1/7م مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً 1965-1980م ج2 الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1982، ص183.

**ثانياً: استقلال عقد المعاونة عن عقد الأشغال العامة.**

يذهب جانب من الفقه [1] إلى القول باســـتقلال عقد المعاونة عن عقد الأشـــغال العامة وأنه لا وجود لارتباط بينهما.

ويذهب جانب من الفقه [2] إلى القول بأن عقد المعاونة ما هو إلا عقد إداري ينعقد بإيجاب وقبول شـــأنه شأن أي عقد آخر، يتمثل الإيجاب فيه بعرض المعاونة من صاحب العرض، يقابله إيجاب من جهة الإدارة، ومن ثم ينعقد العقد ويبرم.

ويؤكد جانب من الفقه [3] على أن عقد المعاونة ما هو إلا عقد إداري؛ حيث يعتبر عقد المعاونة في مشروع ذي نفع عام مثالاً للممارسة التي تعتبر إحدى طرق إبرام العقد الإداري.

وإن كان لابد لنا من رأي في هذا فمالنا إلا الانحياز إلى اســـتقلال عقد المعاونة عن عقد الأشـــغال العامة واعتباره عقداً إدارياً إذا ما تم قبول إيجاب العارض فيه.

هذا عن ماهية عقد المعاونة فكيف يتم إبرام هذا العقد؟ هذا ما نتناوله في المطلب التالي.

(1) د. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية 1994م، ص48.

(2) د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1967، 1968م، ص497، د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001-2002م، ص363.

(3) د. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص608.

**المطلب الثاني: إبرام عقد المعاونـــة**

عقد المعاونة لا يختلف عن أي عقد من العقود المدنية، فيه صـــدور إيجاب من أحد أطرافه يقابله ويعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر، ومن ثم فإنه يجب أن يكون هناك عرض من قبل صـاحب العرض، يقابله قبول من جهة الإدارة حتى ينعقد هذا العقد، فهو لا ينعقد بمجرد عرض المعاون لما يتبرع به، بل ينعقد العقد لحظة قبول الإدارة لهذا العرض، وتبليغ المعاون به، وهذا ما نحاول بيانه في الفرعين التاليين:

**الفرع الأول: مرحلة العرض "الإيجاب"**

وهي المرحلة التي يعبر فيها العارض عن عرضـه الذي يحتاج إلى قبول جهة الإدارة حتى يقوم التراضـي على إبرام العقد.

ويقصد بالإيجاب: تعبير الشخص عن إرادته ورضاه بالتعاقد على أمر معين يعرضه على آخر لإبرام عقد [1].

وقد عرّفته محكمة النقض المصرية [2] بأنه " العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابق انعقد العقد ".

ويشترط في هذا العرض ما يلي [3]:

1) أن يكون جازماً: بمعنى أن يصـدر عن إرادة عازمة على إبرام العقد إذا صـدر ممن وجه إليه العرض قبولاً مطابقاً.
2) أن يكون محدداً وكاملاً: ويعني أن يكون العرض متضمناً جميع ما يلزمه العقد المزمع إبرامه من بيانات من حيث طبيعة المعاونة (نقدية أم عينية) والشروط المتطلبة إذا كان للعارض شروطاً يبتغيها مثلاً.
3) أن يصل إلى علم من وجِّه إليه، لأنه تعبير عن إرادة قانونية.
4) أن يكون صريحاً وواضحاً بما لا يدع مجالاً للشك في دلالته على حقيقة المقصود منه.

(1) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام ج2، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، د.ت، ص150.

(2) نقلاً عن د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، ط2، 1995م، ص83.

(3) د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص83 وما بعدها، د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، د.ن، د.ت، ص23، د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري مرجع سابق ص153 وما بعدها.

5) أن يكون صـادراً ممن يكون قادراً على الوفاء بمحله ومالكاً له، فلا تصـح المعاونة بملك الغير، وألا يوجد مانع من موانع التصرف لديه، وألا يشوب إرادته عيب من عيوب الإرادة.

6) أن يقدم العرض على المعاونة لجهة الإدارة المختصة.

**الفرع الثاني: مرحلة قبول العرض "القبول"**

وهي المرحلة التالية للمرحلة السابقة (الإيجاب)

ويعرَّف القبول بأنه: تعبير من وجِّه إليه الإيجاب عن رضـــاه بالتعاقد وموافقته عليه وفقاً للشـــروط التي عرضها الموجِب ووجهها إليه [1].

ويعرِّفه البعض بأنه القصد الجازم بإبرام العقد وفقاً للشروط التي قدمها الموجب في عرضه القطعي [2].

فالقبول إذاً تعبير عن إرادة من وجه إليه العرض بالمعاونة يدل على الرضـا بالتعاقد مع الموجب، وبه تكتمل العملية التعاقدية (العقد) سواء كان هذا القبول صريحاً أو ضمنياً، بشرط أن يكون هذا القبول صادراً ممن له أهلية التعبير عن الإدارة المختصة وأن يخطر مصدر الإيجاب بهذا القبول [3].

ومن ثم فإن عقد المعاونة ينعقد من الوقت الذي تقبل فيه الإدارة العرض المقدم إليها وهذا ما اســتقر عليه القضاء الإداري المصري [4].

ومعلوم أن للإدارة حرية مطلقة في قبول أو رفض العرض المقدم إليها ذلك أن عرض المعاونة يبقى التزام أحادي مشروط بقبول الإدارة له، وإذا لم يقم مقدم العرض بتنفيذ التزامه يسقط هذا العرض أو الإيجاب ولا يُنسب خطأ تعاقدي للإدارة بشأنه، فقبول الإدارة هو الأساس في عقد المعاونة، إلا أن هذا القبول يجب أن يكون مطابقاً لما عرضه المعاون؛ بحيث يشمل هذا القبول كل ما في الإيجاب أي يكون قبولاً كلياً لا يزيد عليه ولا ينقص منه، فلا تملك الإدارة إجراء أية تعديلات على ما ورد في الإيجاب.

---

(1) حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص96.

(2) د. مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص156.

(3) د. ممدوح طنطاوي، المناقصات والمزايدات، القانون واللائحة التنفيذية وأحكام المحاكم، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص49.

(4) ينظر حكم القضاء الإداري 19/2947ق جلسة 15 ديسمبر 1969م مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض الإداري في ثلاث سنوات من 1966/10/1م إلى 1969/9/30 مطابع مؤسسة أخبار اليوم مبدأ رقم 248 ص433.

لكن هل يشترط أن يكون قبول الإدارة للإيجاب صريحاً؟

رغم أن اتفاق الأطراف في عقد المعاونة يجب أن يكون صريحاً بمعنى أن يتم التعبير عنه بوضوح، إلا أن قبول الإدارة للإيجاب لا يجب أن يكون صريحاً، بل يكفي قبولها الضمني [1]، وذلك بأن تتخذ الإدارة مظهراً يدل على قبولها وموافقتها أي يفهم منه القبول رغم السكوت عن التعبير عنه، أو أن الظروف والملابسات تؤدي إلى فهم سكوت الإدارة على أنه رضا منها بالقبول [2]، ولعل سؤالاً يثور في الذهن مؤداه هل يجب أن يكون عقد المعاونة مكتوباً؟

يذهب الفقه في غالبه إلى أن العقود الإدارية تخضع في مجال إبرامها لقاعدة التحرر من الشكليات ما لم يتطلب القانون اتباع شكل معين صراحة [3].

ولذا يذهب جانب من الفقه [4] إلى أن الرسمية ليست شرطاً في صحة ولا سلامة عقد المعاونة فلا يلزم إفراغه في ورقة رسمية.

وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر وحيث جاء في أحد أحكامها "...فإن عقد المعاونة أو المساهمة في تسيير المرفق العام أو مشروع ذي نفع عام المشار إليه ينأى عن أوضاع الهبة المدنية وشكلياتها، فليست الرسمية شرطاً في صحته وسلامته قانوناً فهو كعقد إداري يؤمن لأطرافه أسباب التدبر والروية وهو بما يقتضيه من إجراءات أمام الجهة الإدارية ذات الشأن، ومن جانبها – تقابل الرسمية التي تتطلبها الهبة المدنية ولأنه يقوم على الإسهام في المشروعات ذات النفع العام فهو يستهدف تحقيق المصلحة

(1) مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص362.

(2) د. محمد جمال عثمان جبريل، السكوت في القانون الإداري في التصرفات الإدارية الفردية، د.ن، د.ت، ص10، د. فؤاد محمد موسى، القرارات الإدارية الضمنية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999-2000م، ص11.

(3) أستاذنا د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص372، د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1998-1999م، ص257، د. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1994م، ص94، أ. عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص176، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م، ص12.

(4) د. سليمان الطحاوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص146.

العامة والوفاء باحتياجات المرفق العام، لأنه لخدمة المواطنين وهي اعتبارات تعلو على ما عداها من الاعتبارات وتنأى به عن أوضاع الهبة المدنية وشكلياتها..."[1].

ومن هذا الحكم يتضح أن عقد المعاونة أياً كان محله عقاراً أو منقولاً لا يشترط فيه الكتابة عكس عقد الهبة التي استلزم القانون المدني أن تتم هبة العقار بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة وفقاً لنص المادة 447[2].

ومن ثم فإن التبرع بتقديم عقار لجهة إدارية لإقامة مشـــروع ذي نفع عام على أن تتحمل الإدارة ما تتطلبه إقامة هذا المشـــروع من نفقات يعتبر عقداً إدارياً ولا يمكن اعتباره عقد هبة حتى تتطلب الرسمية لانعقاده، وينطبق عليه ما ينطبق على العقود الإدارية من قواعد خاصـة وأحكام، وهذا ما تبنته محكمة النقض المصـرية في العديد من أحكامها [3].

**المطلب الثالث: آثـار عقد المعاونـــة**

نظراً لما يتميز به عقد المعاونة فإنه يرتب عدة آثار ونتائج بالنسبة لأطرافه، لكن هذه الآثار تختلف عن الآثار التي تنجم عن العقود المدنية وهذا ما يعكس الطبيعة الإدارية لهذا العقد، فما هي آثار هذا العقد؟

يرتب عقد المعاونة أثاراً بالنســبة لكل من عارض المعاونة وجهة الإدارة وهذا ما نحاول بيانه في هذا المطلب في الفرعين التاليين:

**الفرع الأول: آثار عقد المعاونة بالنسبة لعارض المعاونة**

إن عرض المعاونة عرض اختياري والتزام أحادي، فيحق للمتقدم به أن يسـحبه أو يُعدِّل في موضـوعه قبل أن تعبّر الإدارة عن موافقتها عليه وقبوله؛ لأن عقد المعاونة لم ينشـأ بعد [4]، ويشـترط بعض الفقه أن يكون

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن 33/875ق جلسة 1991/12/24م مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في 15 عام 1965-1980م ج2 مرجع سابق ص1983 وما بعدها.

(2) تنص المادة 447 من القانون المدني الليبي: "1- تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر، 2- ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية".

(3) على سبيل المثال نقض مدني 58/3669ق جلسة 1997/7/1م مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية ومن الدائرة المدنية التجارية والأحوال الشخصية س48 ج2 من يونيو إلى ديسمبر 1997م، ص854 وما بعدها.

(4) أستاذنا د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص143.

السحب أو التعديل واضحاً وصريحاً، فلا يعتد بالسحب أو التعديل الضمني [1]، وهذا ما يجعل عقد المعاونة شبيهاً لعقد الهبة؛ حيث إن كليهما يجوز فيهما الرجوع عن الإيجاب قبل تمام القبول ووصوله إلى العارض أو الواهب.

أما إذا قبلت الإدارة عرض المعاونة فلا يجوز لعارضه سحب عرضه أو تعديل محله أو شروطه؛ لأن القبول من الإدارة يفرض على العارض الوفاء بما قدمه من عرض ويجعل العرض ملزماً له[2] وهذا ما يسري في مواجهة ورثة العارض أيضاً[3]، إلا أن ذلك لا يمنع من سحب العرض وتعديله بعد قبول الإدارة له إذا تم ذلك باتفاق بينها وبين العارض، وكانت هناك إرادة مشتركة بينهما معبرّة بشكل صريح عن ذلك[4].

ومعلوم أن عرض المعاونة الذي يقدمه العارض لا يسقط بوفاته قبل قبول الإدارة له بل ينتقل الالتزام به إلى خلفه العام [5]، ومن ثم فإنه يجوز لهم سحب العرض بشرط التعبير عن ذلك صراحة [6]، ولا يكون لهم ذلك بعد قبول الإدارة للعرض.

**الفرع الثاني: آثار عقد المعاونة بالنسبة لجهة الإدارة**

إن الآثار التي يرتبها عقد المعاونة بالنسبة لجهة الإدارة تعكس طابعاً استثنائياً؛ لما لهذا العقد من خصوصيات، فجهة الإدارة تعمل على تحقيق الصالح العام وتتعامل مع الطرف الآخر بوصفها صاحبة السلطة والسيادة، ومن ثم فلها الحرية المطلقة في تقدير الاستفادة من العرض، ولها أن تَعْدل عن تنفيذه إذا

(1) د. مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1999م، ص281، د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998م المشاكل العملية والحلول القانونية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2000م، ص209.

(2) هذا ما أقره حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية 19/2947ق مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ثلاث سنوات، مرجع سابق، مبدأ رقم 248، ص433.

(3) د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص497.

(4) د. عمر حلمي فهمي، الأحكام العامة للعقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1991م، ص206.

(5) الخلف العام هو: من يخلف سلفه في ذمته المالية من حقوق والتزامات كالوارث أو الموصى له بجزء من التركة، د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص433.

(6) د. مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص362، د. عمر حلمي فهمي، مرجع سابق، ص207.

تبين لها أنه لا يتماشـــى مع المصـــلحة العامة التي تبتغيها[1]، وهو ما يتفق وطبيعة هذا العقد الإدارية، ويعد مخالفة للقواعد المستقرة في فقه القانون الخاص ولا يشكل ذلك أية مسؤولية تجاهها، فالقاعدة العامة المستقرة في هذا الشـأن أن عقد المعاونة عقد ملزم لطرف واحد وهو مُقدِّم العرض، وهذا ما يجعله لا ينشـئ أي التزام على جانب الإدارة التي لها الحق بعد قبولها للعرض أن تَعدِل عن تنفيذ المشروع أو النشاط الإداري الذي قُدِّم العرض بشـأنه، فالإدارة لها السلطة التقديرية من حيث قيامها بالمشـروع من عدمه، ومن حيث اختيار الوقت المناسـب لتنفيذه، فهي وحدها من يملك تقدير مدى ملائمة المشـروع لتحقيق الصـالح العام ومن ثم لا يمكن نسـبة خطأ تعاقدي إليها يسـتوجب مسـائلتها عنه[2]، فلها أن تمتنع عن تنفيذ المشـروع رغم قبولها للعرض الذي قدمه عارض المعاونة[3].

إلا أن بعض الفقه [4] يورد استثناء على ذلك يحد من سلطة الإدارة في التحلل من تنفيذ التزاماتها في هذا العقد، يتمثل في حالة ما تكون المعاونة متعلقة ببناء أو ترميم المسـاجد، حيث لا يجوز للإدارة التحلل من عقود المعاونة المتعلقة ببناء أو ترميم المسـاجد، وهذا ما وجدنا صـداه في أحكام محكمة القضـاء الإداري المصرية [5].

يتضـح مما سـبق أن المتعاقد مع جهة الإدارة لا يسـتطيع مطالبتها بأي تعويض في حالة عدولها عن تنفيذ المشـروع المتفق عليه في عقد المعاونة، غير أن له حق التحلل من التزامه وفقاً للشـكل الذي اتفق عليه معها، كما له أن يسـترد ما كان قد دفعه إليها، واسـترداد ما وضـعه تحت تصـرفها لإقامة المشـروع، وله أن

(1) ينظر حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية 4/213ق جلسة 26 ديسمبر 1951م، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، س6، مطابع النصر، د.ت، ص216.

(2) استاذنا د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1979م، ص676.

(3) استاذنا د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص43.

(4) د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص211.

(5) ينظر حكم محكمة القضاء الإداري في القضية 53/2148ق جلسة 2000/2/22م، مختارات من المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في الفترة من أكتوبر 1999م حتى أكتوبر 2000م مطابع مجلس الدولة نوفمبر 2000م مبدأ رقم 27 ص312.

يطالبها بما كان قد تكبده من مصـــاريف ونفقات، من أجل تنفيذ العرض الذي قدمه قبل إعلامه بعدولها أو إنهاء العقد [1].

فعدم تنفيذ المشـــروع بإرادة الإدارة المنفردة وفقاً لما تراه من معطيات يوجب عليها رد ما تقاضـــته من قيم نقدية، ومعاونات عينية لمقدم عرض المعاونة ذلك لأن عقد المعاونة ملزم لجانب واحد، ولأن العرض فيه بطبيعته معلق على شـــرط فاســـخ، حيث يعتبر العقد منفســـخاً لعدم وجود الســـبب الذي من أجله قدمت المعاونة.

لكن ماذا لو أن المعاونة قد قدمت بناء على طلب الإدارة كأن تطلب الإدارة من منتسبيها المساهمة في بناء نادي أو مستشفى خاص بهم، وتقوم في سبيل ذلك بخصم مبالغ من مستحقاتهم لديها، إلا أنها عدلت عن تنفيذ ذلك المشروع ولم تَرُدَّ المبالغ التي استقطعتها منهم؟

يذهب بعض الفقه [2] إلى أنه يمكن لهؤلاء الرجوع على جهة الإدارة بالتعويض استناداً على قاعدة الإثراء بلا سبب، حيث إن من حقهم الحصول على المشروع الذي تبرعوا من أجله.

ويجب على الإدارة تنفيذ الأعمال محل عقد المعاونة التي أبْرم العقد من أجلها وفقاً للشـــروط الواردة في العقد، وتكون مسئولة عن أخطائها عند التنفيذ وعن عدم احترامها لشـروط العقد، ويشـكل فعلها ذلك أخطاء توجب المسئولية العقدية.

(1) استاذنا د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص143، د. عمر حلمي فهمي، الأحكام العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص207.

(2) د. أحمد عبد الله أبو سكينة، نظرية الإثراء بلا سبب في القانون الإداري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1996-1997م، ص172.

## الخاتمة

هكذا نصل إلى نهاية بحثنا المتواضع هذا ويمكن لنا في هذا المقام أن نقرر النتائج التالية:

1-أن عقد المعاونة ما هو إلى عقد من العقود غير المسماة ذو طبيعة خاصة.

2-أن عقد المعاونة عقد ملزم لطرف واحد وهو عارض المعاونة ومن ثم فهو غير ملزم للإدارة.

3-أن العرض في عقد المعاونة معلق على شرط فاسخ.

4-أن الإدارة ملزمة برد ما اســـتلمته من مبالغ نقدية أو معاونات عينية إذا قررت بإرادتها المنفردة عدم تنفيذ محل العقد.

5-أن الإدارة إذا قبلت عرض المعاونة تكون مسئولة مسؤولية عقدية عن أخطائها حين تنفيذ العقد أو عند مخالفتها لشروطه.

6-أن عقد المعاونة يختلف اختلافاً بيناً عن عقد الهبة الذي نظمه القانون المدني الليبي في المواد من 475-493.

ونظراً لأهمية هذا العقد ودوره الفعال والمهم في تنمية المجتمع حيث إنه أسـهم بفاعلية في تشـييد العديد من المســـاجد والمدارس وغيرها، ويعكس الجهود الذاتية التي يتبناها الأشـــخاص في توفير احتياجات المجتمع، ويشـكل دعماً حقيقياً وإيجابياً للمرافق العامة بما يقدمه من عون للإدارة؛ مما يتطلب العناية به وتنظيمه، وهذا ما يجعلنا نتمنى على المشرع الليبي تبنيه، ونأمل من الباحثين التعمق في دراسته.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

## قائمة المراجع

**أولاً: القرآن الكريم.**

**ثانياً: القواميس والمعاجم.**

1- الطاهر الزاوي، مختار القاموس مرتب على طريقة مختار الصحاح والمصباح المنير، الدار العربية للكتاب 1983-1984.

2- د. قطب مصطفى سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه (عربي انجليزي) دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 2000م.

**ثالثاً: الكتب.**

1- د. إبراهيم البيومي غانم، الأوقاف السياسة في مصر، الطبعة الأولى، دار الشروق، 1998م.

2- د. صالح عبد الهادي، الوقف الإسلامي، تراجم في الحياة وصدقة جارية بعد لقاء الله دون ناشر، دون تاريخ نشر.

3- د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002م.

4- د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966-1967م.

5- د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، 1989م.

6- د. محمد محمد عبد اللطيف، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م.

7- عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار المستقبل، دمشق 1992م.

8- د. مجدي عزالدين يوسف، حدود مسؤولية الدولة في مواجهة تعاون الأفراد معها، دراسة مقارنة دون ناشر، دون تاريخ نشر.

9- د. محمد محمد عبد اللطيف، نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية 1988م.

10- د. عبد الغني بسيوني، القانون الإداري منشأة المعارف، الإسكندرية 1991م.

11- د. طعيمة الجرف، القانون الإداري – المبادئ العامة في تنظيم نشاطات السلطات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة 1978م.

12- د. عبد الحكيم فودة، نزع الملكية للمنفعة العامة، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، 1992م.

13- د. سليمان محمد الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، 1991م.

14- د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1979م.

15- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، دلالة القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002م.

16- د. محمود حلمي، العقد الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي 1977م.

17- د. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية 1999م.

18- د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، (الرقابة القضائية)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت 1967 – 1968م.

**رابعاً: الرسائل العلمية:**

1- د. أحمد عبد الله أبو سكينة، نظرية الإثراء بلا سبب في القانون الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 1996 – 1997م.

2- د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001 – 2002م.

**خامساً: المدونات القضائية:**

1- مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع السنة 45-46 . من أول اكتوبر 1990م إلى آخر سبتمبر 1992م، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1998م.

2-مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمس سنوات من أول اكتوبر 1961م إلى آخر سبتمبر 1966م.

3- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا فس خمسة عشر عاماً 1965-1980م، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1982م.

4- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في ثلاث سنوات من 1966/10/1م إلى 1969/9/30م، مطابع مؤسسة أخبار اليوم، بدون تاريخ نشر.

5- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في الفترة من أكتوبر 1999م حتى اكتوبر 2000م، مطابع مجلس الدولة نوفمبر 2000م.

6- مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية ومن الدائرة التجارية والأحوال الشخصية السنة 48، الجزء الثاني من يونيو إلى ديسمبر 1997م.

7- مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري السنة السادسة، مطابع النصر، بدون تاريخ نشر.

# ماهيــة النـزوح القسري وأسبابــه في القانـون الدولـي الـعام

**د. عبد الحكيم ضو زامونــه**

**عضو هيئة التدريس بكلية القانون**

**جامـعـــــة طرابلــس**

**مقدمــة:**

أدت الحروب والنزاعات إلى معاناة للبشر منها انتقالهم من أماكن سكنهم إلى أماكن أخرى سواء داخل بلدانهم أو خارجها، وسنسلط الضوء في هذا البحث على الفئة الأولى وهم أولئك الذين يتم انتقالهم قسراً إلى أماكن داخل دولهم، حيث أن هذه الفئة لم تلق الاهتمام الذي تستحقه من الباحثين والمتخصصين في مجال القانون الدولي العام.

إن نشوب النزاعات المسلحة على الصعيد العالمي ببدايات القرن الواحد والعشرين أدى إلى تفاقم ظاهرة النزوح القسري وأصبحت هذه الظاهرة تشكل خطراً كبيراً على شريحة واسعة من البشرية.

فوفقاً لمركز رصد النازحين قدر عدد النازحين قسرياً بأوائل سنة 1989م بنحو 26.5 مليون نازح بالعالم، وبنهاية سنة 2015، ونتيجة للحروب وخاصة النزاعات المسلحة الداخلية، قفز العدد ليبلغ حوالي 40 مليون نازح.

وتكمن أهمية دراسة هذا الموضوع في كونه لم يحظ بدراسات قانونية، خاصة بالدول العربية التي أصبحت مصدراً أساسياً لتفاقم هذه الظاهرة، مثل (فلسطين، العراق، ليبيا، سوريا، اليمن) وأيضاً للمساهمة في إثراء الموضوع وتزويد المكتبة الليبية ببحوث علمية بالخصوص.

إن الإشكالية الأساسية للبحث تكمن في محاولة تحديد المقصود بالنازحين قسرياً وأسباب نزوحهم وفقاً للقانون الدولي العام وأيضاً كافة الجهود التي بذلتها منظمة الأمم المتحدة بالخصوص.

وبخصـــوص المنهجية المتبعة، ســـوف نعتمد عدة مناهج الوصـــفي والتحليلي والقانوني وذلك بدراســـة التعريفات المقترحة بالخصوص وتحليلها ومقارنتها للإحاطة بكافة عناصر الموضوع.

وســتتم الدراســة وفقاً لخطة منهجية تتمثل في تحديد ماهية الاشــخاص النازحين قســرياً (**مطلب أول**) وأسباب ظاهرة النزوح القسري الداخلي (**مطلب ثاني**).

## المطلب الأول:

## تعريف النزوح القسري الداخلي وتمييزه عن حالة اللجؤ

بأوائل السبعينات من القرن العشرين برز لأول مرة مصطلح "النزوح القسري" بخصوص السودان، ففي هذه الدولة ونتيجة للحرب الأهلية التي بدأت سنة 1955 وانتهت بتوقيع اتفاقية أديس أبابا سنة 1972م ظهرت أولى حالات النزوح القسري الداخلي، حيث طلب المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة من المفوضية السامية لشؤون اللاجئين سنة 1972م تقديم المساعدة "للأشخاص النازحين داخل البلاد" وبعد ذلك ظل مصطلح "الأشخاص النازحون" ولعدة سنوات مستعملاً في إطار عمليات الإغاثة الطارئة بدون تمييز بين من تشرد داخل البلاد أو خارجها.

ولقد ازداد اهتمام المجتمع الدولي بظاهرة النزوح القســري في الثمانينات من القرن الماضــي بســبب زيادة أعداد النازحين داخلياً، حيث تم مناقشتها في عديد من المؤتمرات الدولية.

ففي شهر أغسطس سنة 1988م عقد المؤتمر الدولي لبحث أوضاع اللاجئين، والعائدين والنازحين من جنوب أفريقيا بمدينة أوسلو بالنرويج، أما المؤتمر الآخر فعقد في جواتيمالا وخصص لدراسة موضوع المهاجرين بأمريكا الوسطى وكان ذلك بشهر مايو سنة 1989م حيث اعترف المؤتمرون بالحاجة الماسة لوجود استجابة دولية لمحنة النازحين داخلياً[1].

1 انظر Naoko H., The united and internally Displaced persons, Andrzej Bolesta, 2003, p.80.

عماماً يجب الإشارة إلى أن القانون الدولي العام بمصادره المختلفة لا يتضمن تعريفاً موحداً للأشخاص النازحين داخلياً، ومرد ذلك هو اختلاف الدول والمنظمات الدولية المعنية بهذه الظاهرة حول المعايير التي يتوجب أخذها بعين الاعتبار عند تحديد هؤلاء الأشخاص.

وبالرغم من عدم وجود تعريف قانوني موحد ومجمع عليه بخصوص النازحين قسرياً، فإن جهوداً دولية تبذل منذ بدايات اهتمام المجتمع الدولي بظاهرة النزوح القسري الداخلي بهدف الوصول إلى تعريف محدد. وسنقوم بسرد ودراسة بعض التعريفات منها تعريف الأمين العام للأمم المتحدة للنازحين قسرياً في تقريره لسنة 1992 (أولاً) ثم نقوم بعرض تعريف آخر للنازحين داخلياً ورد بالمبادئ التوجيهية التي قدمها ممثل الأمين العام المعني بحقوق النازحين داخلياً إلى لجنة حقوق الإنسان سنة 1998 (ثانياً) كما سندرس اعلان لندن المتعلق بمبادئ القانون الدولي التي تحكم النزوح الداخلي للسكان لسنة 2000م (ثالثاً).

**أولاً: تعريف الأمين العام للأمم المتحدة للنازحين قسرياً**

في شهر مارس 1991م طلبت لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة من الأمين العام إعداد تقرير تحليلي عن النازحين قسرياً[1]. فقام الأمين العام بإعداده وتقديمه للجنة التي قدمته بدورها إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي.

إن التقرير التحليلي للأمين العام عرف النازحين قسرياً في الفقرة (17) بأنهم (الأشخاص الذين أجبروا على الهروب بأعداد كبيرة من منازلهم، على نحو مفاجئ وغير متوقع، نتيجة لنزاع مسلح أو اضطراب داخلي، أو انتهاكات مستمرة لحقوق الإنسان، أو لكوارث طبيعية أو من صنع الإنسان والذين هم داخل أراضي بلدهم ذاته[2]).

بالتمعن في التعريف السابق نلاحظ بأن وصف النازح قسرياً يتوجب فيه توافر عدة شروط حددّها الأمين العام كالتالي:

1 في 3 ابريل 2006م صدر القرار رقم (A/RES 60/251) عن الجمعية العامة للأمم المتحدة الذي نص على انشاء مجلس حقوق الإنسان ويتبع المجلس الجمعية العامة ويعتبر أحد أجهزتها الرئيسية وقد حل محل لجنة حقوق الإنسان المنتهية ولايتها عام 2005م .

2 انظر، E/CN.4/1992/23,14Feb.1992,para 17.

**1-الإجبار على الفرار من المنزل:**

ويقصد من ذلك التصرف غير الطوعي من قبل الأشخاص أي قسرياً، والهروب للنجاة بحياتهم، وعنصر الإجبار في هذه الحالة يحمل معنى الخوف من البقاء في المنازل وســـرعة الهروب نتيجة ما يتوقعه من أمر لا يحمد عقباه وبالتالي لا يشـمل التعريف الأشـخاص الذين يتركون منازلهم بإرادتهم للإقامة في مكان آخر كما لا يشمل الأشخاص المرحلين من قبل السلطات العامة لأجل التنمية[1].

**2-أن يكون الفرار بأعداد كبيرة:**

اشـترط التعريف أيضـاً بأن يكون الهروب من المنازل بأعداد كبيرة وهذا الشـرط يثير عدة تسـاؤلات أولها عدم تحديد اعداد النازحين ليتم وصـفهم بأعداد كبيرة وأيضـاً من الذى سـيحدد عدد الأشـخاص الفارين من منازلهم؟ ؛ وما الفارق بين العدد الصـغير والكبير؟ كما أن إعمال هذا الشـرط سـيحرم حتماً عدداً كبيراً من التمتع بالحماية والمســاعدة، ففي كولومبيا مثلاً، نزح الملايين داخلياً ولكن نزوحهم كان في جماعات صــغيرة متتالية2. وبالتالي فهذا الشرط تتمسك به الوكالات التابعة للأمم المتحدة لوصف المأساة والفاجعة التي تثير قلق المجتمع الدولي إلى أقصى حد[3].

**3-عنصر المفاجئة والمباغتة:**

لاكتساب وصف "النازح" وفقاً لتعريف الأمين العام يتوجب أن يكون الشخص قد أجبر على الفرار من مسكنه، غير أنه يثور التساؤل حول المقصود بـ "الإجبار" المشار إليه في تعريف الأمين العام فهل هو الاجبار الناتج عن الظروف الاستثنائية وحدها أم أنه الاجبار الناتج عن سلطات الدولة استناداً إلى هذه الظروف؟

بالتمعن في التعريف يتضـح ان الاجبار المقصـود هو فقط ذلك الناشـئ عن الظروف الاسـتثنائية الطارئة وحدها ودون أي تدخل من ســـلطات الدولة المعنية حيث يكون أولئك الاشـــخاص في عجلة من أمرهم مسـارعين بالفرار من مسـاكنهم هرباً من الأخطار الناجمة عن الظروف الاسـتثنائية وأسـاس ذلك أن الأمين

---

1انظر Munuma (J.M),les enjeux normatifs et institutionnels de la protection des personnes deplacees a Linterieur de Leur pays, R.B.D.I,2000,P.534.

2-انظر، L'ONU/E/CN.4/1994/50/Add13oct.1994.

3- L'onu/E/CN.4/1995/50.2Feb. 1995.Para.121.

العام قد استعمل اصطلاح "الفرار من المسكن" وليس مغادرة المسكن واشتراطه أن يكون الفرار فجائياً والأمثلة على ذلك ما يحدث بالنزاعات المسلحة أو الاضطرابات الداخلية مثلما حدث في الصومال ودارفور بالسودان[1] وليبيا وسوريا واليمن وغيرها.

**4-أن يكون الفرار من المنزل لأسباب محددة:**

حددّ الأمين العام أسباب النزوح القسري في أربعة نقاط على سبيل الحصر وهي:

- النزاع المسلح.
- الاضطرابات الداخلية.
- الانتهاكات الجسيمة لحقوق الانسان.
- الكوارث الطبيعية والتي من صنع الإنسان[2].

**5-بقاء الشخص النازح داخل اقليم دولته:**

يعتبر بقاء الشخص النازح داخل إقليم دولته وعدم عبور حدودها إلى دولة أخرى أحد أهم عنصرين يميزان النزوح القسري الداخلي بالإضافة إلى عنصر الإكراه على الفرار من المنزل أو مغادرته[3]، وبقاء النازحين داخل أقاليم دولهم هو الذي يميزهم عن اللاجئين الذين يعبرون الحدود الدولية لدولهم طالبين اللجوء إلى دولة أخرى، فإذا كان اللاجئ يستفيد من أحكام القانون الدولي للاجئين بسبب عبور الحدود الدولية، فإن بقاء الشخص النازح بأقاليم دولته يترتب عليه خضوعه لسيادة هذه الدولة، ومن ثم لقوانينها ولوائحها.

1 انظر، محمود السيد داود، الاضطرابات والتوترات الداخلية بين خواء القانون الدولي الإنساني وثراء الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 13.

2 - الكوارث التي تكون من صنع الإنسان هي الكوارث التي يتدخل الإنسان في حدوثها بالجرائم والحرب والنزاعات المسلحة وتلوث البيئة...الخ انظر، ماهر جميل أبوخوات، المساعدات الإنسانية الدولية في ضؤ قواعد القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 60.

3 - انظر تقرير ممثل الأمين العام المعنى بشؤون النازحين داخلياً: L'o.N.U/E/CN.4/1995/50,6.Fev.1995, para.116.

**ثانياً: تعريف النازحين داخلياً الوارد بالمبادئ التوجيهية**

ورد بالفقرة الثانية من مقدمة المبادئ التوجيهية تعريف للنازحين داخلياً بأنهم (الأشـــخاص أو مجموعات الأشخاص الذين اضطروا أو اجبروا على الفرار أو على ترك منازلهم أو أماكن إقامتهم المعتادة ولا سيما نتيجة أو ســـعياً لتفادي آثار النزاع المســـلح أو حالات العنف المعمم أو انتهاكات حقوق الانســـان أو الكوارث الطبيعية أو التي من صنع الإنسان، والذين لم يعبروا الحدود الدولية المعترف بها للدولة"[1].

ان هذا التعريف يوســع إلى حد بعيد من مفهوم "النازحين داخلياً" مقارنة بتعريف الأمين العام ســالف الذكر، وسوف نتعرض لمظاهر التوسع في هذا التعريف والتي تتمثل في التالي:

**1-التخفيف من شروط اكتساب وصف النازحين داخلياً:**

لاكتساب وصف النازح فإن التعريف الوارد بالمبادئ التوجيهية لا يتطلب إلاّ شرطين فقط من تلك الشروط التي وضعت في تعريف الأمين العام سابق الإشارة إليه وهما الاكراه على الفرار من المسكن أو مغادرته وهو ما يسمى بشرط الانتقال القسري" وشرط "البقاء داخل اقليم الدولة".

إن مظاهر التوســع في هذا التعريف كانت اســتجابة لمطالبات عدة دول ومنظمات دولية بضــرورة حذف الشــروط والضــوابط الكمية والزمنية التي وردت بتعريف الأمين العام، حيث اســتجاب التعريف الوارد بالمبادئ التوجيهية لتلك المطالبات وحذف عنصــر الوقت (فجأة على غير متوقع) والعنصــر الكمي (بأعداد كبيرة) كما عدّل عنصـــر (والذين هم داخل أراضـــي بلدهم ذاته) ليصـــبح (والذين لم يعبروا الحدود الدولية المعترف بها دولياً).

**2-أهم العناصر التي تم تناولها في تعريف المبادئ التوجيهية:**

**أ-الأشخاص أو مجموعات الأشخاص:**

لم يقتصــر هذا التعريف في حالة الهروب أو المغادرة على مجموعات الأشــخاص فقط بل اشــتمل على الأشخاص أيضاً، لأن أسباب النزوح التي تتعرض لها الجماعات هي نفسها التي يتعرض لها الأشخاص، ويعد

1 -مجموعة من المواثيق الدولية والإقليمية الخاصة باللاجئين ممن يدخلون في نظام اهتمام المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، المكتب الاقليمي، القاهرة، ط4، 2009، ص 66.

هذا العنصـــر من مظاهر التوســـع في تعريف المبادئ التوجيهية وبالتالي لم تعد تركز كافة التعريفات المقترحة اللاحقة على العنصر أو المعيار العددي.

**ب–عنصر الاكراه أو القسر أو الاضطرار:**

ويقصد من ذلك أن يترك النازحون المكان الاعتيادي الذي يعيشون فيه داخل الدولة عن طريق الإجبار والتهديد بالقوة وليس طوعاً، وبأنه لا يوجد أي خيار آخر لهم كما يحدث أثناء النزاعات المســـلحة أو الكوارث أو انتهاكات حقوق الإنسان.

وقد يثور التساؤل في هذا الشأن بخصوص سبب وصف النزوح بـــــ "القسري"؟ وتكمن الإجابة على ذلك في أن النازح حتى وإن كان لديه فرصة البقاء في مسكنه ولم تجبره السلطات العامة على الرحيل إلاَّ أن الخيار في هذه الحالة غير حقيقي ومرد ذلك ومرجعه وجود أسباب جوهرية تجعله غير آمن في مسكنه إذا قرر البقاء.

**ج–الهروب أو المغادرة:**

يخفف التعريف من هذا الشرط عندما ذكر "أو على ترك منازلهم أو أماكن إقامتهم المعتادة"، أي أن النزوح لا يشتمل فقط على الهروب نتيجة لخطر محدق بل يمكن أن تكون المغادرة على شكل أكثر استعداداً وتحسباً تجنباً للمخاطر والإخلاء الجبري. فبالإضـــافة إلى الفرار كما جاء في تعريف الأمين العام، ذكر أيضـــاً المغادرة وهو الأمر الصادر من السلطات العامة المحلية بمغادرة مكان الإقامة المعتادة أو حتى المغادرة من تلقاء أنفسهم لأي سبب من الأسباب المؤدية للنزوح لوجود أحد أسباب النزوح الواردة في التعريف.

**د–نتيجة أو سعياً لتفادى أثار:**

يتسـم التعريف الوارد بالمبادئ التوجيهية بالمرونة لشـموله على أسـباب النزوح التي وقعت فعلاً أو لم تقع، وتعني عبارة "نتيجة لآثار" أي الآثار التي وقعت فعلاً، وتعني عبارة "ســـعياً لتفادي الآثار" انها تنطوي على الخوف من الآثار التي يمكن أن تحدث في المستقبل[1].

1 –انظر، نشرة الهجرة القسرية الصادرة عن برنامج دراسات اللاجئين بالاشتراك مع المجلس النرويجي للاجئين والمشروع العالمي المعنى بأوضاع النازحين داخلياً، عدد 12، مارس 2002.

**هـ–"منازلهم أو أماكن اقامتهم المعتادة:**

ويقصد من ذلك أن التعريف يشمل الأشخاص الذين يقيمون عادة وليس بصفة عارضة، كما يمكن أن تكون الإقامة المعتادة أرضاً يعيش عليها مجموعة من الأشخاص بصورة تقليدية كما هو الحال بالنسبة للرعاة والمزارعين الذين يعتمدون اعتماداً خاصاً على أرضهم ولهم تعلق وجداني بها.

**و–لا سيما:**

استعمل التعريف عبارة التحديد "لا سيما" للتشديد على أنه لا يستبعد أسباب أخرى، وتكمن مظاهر التوسع في التعريف هنا بأنه لم يحضر أسباب النزوح الداخلي كما حددها تعريف الأمين العام وإنما أشار إليها في عبارة "لا سيما" والتي يستدل منها على أن الأسباب المذكورة في التعريف ليست على سبيل الحصر، ويكمن التساؤل هنا هل الأشخاص الذين يتم نقلهم نتيجة مشاريع التطوير يعتبرون أشخاصاً نازحون داخلياً؟ للإجابة عن ذلك يقول السيد "والتركالن" أحد المشاركين في كتابة المبادئ التوجيهية "أن النزوح المرتبط بالتنمية لا يكون مسموحاً به الاَّ عندما تبرره اعتبارات حاسمة مرتبطة بالمصلحة العليا للجمهور، وإن هذا الإجراء عند تلبيته يخضع لمقتضى الضرورة والتناسب"[1].

إن هذه الاعتبارات المذكورة أعلاه إذاً هي التي تحدد ما إذا كان النزوح القسري بمنطقة ما نتيجة مشروع من مشاريع البنية التحتية ويعد انتهاكاً لحقوق الإنسان أم هو مشروع يحظى بالشرعية[2].

**ز–الحركة داخل حدود الدولة:**

إن النازحين قسرياً، وخلافاً للاجئين، يكونون داخل دولهم، وبالتالي فأنهم من الناحية القانونية لازالوا يخضعون للقوانين والسلطات الوطنية فيتمتعون بكافة الحقوق شأنهم شأن باقي مواطني الدولة.

**غ/أسباب النزوح الداخلي التي ذكرها التعريف:**

ذكر التعريف الذي ورد بالمبادئ التوجيهية الأسباب الرئيسية للنزوح وحددها في النزاع المسلح والعنف العام أو المعمم والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان والكوارث الطبيعية أو من صنع الإنسان.

1 –مرجع نفسه، ص 12.

2 – بيون بيترسون، النزوح بسبب التنمية، نشرة الهجرة القسرية ،مرجع سبق ذكره ،ص 17

**ثالثاً: إعلان لندن بشأن مبادئ القانون الدولي التي تحكم النزوح الداخلي للسكان[1].**

إنه اعلان لندن الصادر سنة 2000م والمتعلقَ بمبادئ القانون الدولي التي تحكم النزوح الداخلي للسكان، عرف الأشخاص النازحين داخلياً في المادة (1) فقرة (1) بأنهم "أشخاص أو مجموعات الاشخاص أجبروا على مغادرة منازلهم أو تركها أو ترك مواطن عيشهم واقامتهم كنتيجة لنزاعات مسلحة أو اضطرابات داخلية أو كنتيجة للانتهاك الممنهج لحقوق الإنسان، ولم يعبروا بعد حدود دولهم المعترف بها دولياً".

والفقرة (2) من نفس المادة تحدد تعريف النازحين داخلياً بشكل مشروط ليشمل "الأشخاص النازحين داخلياً نتيجة لأي سبب، كالكوارث، الطبيعية والاصطناعية أو المشروعات التنموية العملاقة عندما تفشل الدولة المسؤولة أو السلطة الواقعية، لأسباب تؤدي إلى انتهاك حقوق الإنسان الأساسية في حماية هؤلاء الضحايا ومساعدتهم"[2].

**بعد سرد التعريفات السابقة للنزوح القسري نلاحظ ما يلي:**

- إن النزوح يختلف عن حالة اللجوء حيث أن هذا الأخير يتطلب عوامل رئيسية هي الحماية القانونية التي تمنحها دولة في أماكن معينة وفي مواجهة دولة أخرى، وإن الحماية تنصرف إلى أشخاص معينين يستفيدون من تلك الوضعية ويوصف هؤلاء اصطلاحاً "باللاجئين" وبالتالي فلا جدال أن اللاجئ لا بد أن يكون أجنبياً بالنسبة لدولة الملجأ وكذلك تتوافر فيه شروط معينة تميزه عن الأجانب العاديين[3].

فاللاجئ وفقاً للمادة (1) فقرة (2) من اتفاقية سنة 1951م الخاصة باللاجئين هو "كل شخص يوجد نتيجة أحداث وقعت قبل 11 يناير 1951، وبسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية، خارج بلد جنسيته، ولا

1 -عقدت لجنة القانون الدولي مؤتمر في لندن من 23-29 يوليو 2000م وأقرت إعلان بشأن مبادئ القانون الدولي التي تحكم النزوح الداخلي للسكان ولقد اعدت هذا الاعلان احدى اللجان الفرعية التابعة للجنة القانون الدولي تتكون من ممثلين عن (بلجيكاً، البرازيل، اتيوبيا، كوريا، سنغافورا، السويد، بريطانياً، أمريكا، اليابان).

2 – انظر، مدوس فلاح الرشيدي، أزمة دار فور والنزوح الداخلي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد3، 2007، ص117؛ مجلة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الأشخاص النازحون داخلياً، ولاية ودور اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2000، ص 442.

3 – برهان أمر الله، اللجوء السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، ب.ت ، ص 185.

يستطيع أو لا يرغب بسبب ذلك الخوف، أن يستظل بحماية ذلك البلد، أو كل شخص لا يملك جنسية ويوجد خارج بلد إقامته المعتادة نتيجة مثل تلك الأحداث ولا يستطيع أو لا يرغب بسبب ذلك الخوف أن يعود إلى ذلك البلد"[1].

وبعد تعديل الاتفاقية بالمادة الأولى من البروتوكول الخاص بوضع اللاجئين سنة 1966م أصبح اللاجئ يعرف بأنه "كل شخص غادر مسكنه متجهاً إلى دولة أخرى بسبب خوف مبرر من التعرض للاضطهاد وبسبب عرقه أو دينه أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية ولا يستطيع أو لا يرغب بسبب ذلك الخوف أن يستظل بحماية دولة الجنسية"[2].

وتجب الإشارة أيضاً إلى أن القانون الذي يعني باللاجئين هو القانون الدولي للاجئين وهو أحد الفروع الحديثة للقانون الدولي العام يضم مجموعة من القواعد التي تحدد النظام القانوني الدولي الواجب التطبيق على اللاجئين ويحدد هذا القانون أيضاً الشروط الواجب توافرها لإضفاء وصف اللاجئ على الشخص، ويحدد ماله من حقوق وما عليه من التزامات تجاه دولة الملجأ، كما يحدد آليات انفاذ قواعد الحماية الدولية للاجئين[3].

عموماً يمكن القول بأن الاختلاف الأساسي بين اللاجئ والنازح يكمن في أن عنصر الهروب أو الفرار ليس عنصراً أساسياً في تعريف اللاجئ، فليس كل شخص يهرب من مخاطر نزاع مسلح يعتبر لاجئاً، بمقتضى اتفاقية 1951م للاجئين، بعكس النازح الداخلي حيث أن الهروب هو أحد العناصر الأساسية في تعريف النازحين داخلياً، أيضاً فمن الملاحظ بأن هناك هيئة دولية لديها تفويض مباشر بموضوع اللاجئين هي " المفوضية السامية لشؤون اللاجئين"، بخلاف النازحين الذين لا توجد هيئة دولية تختص بشكل مباشر بشؤونهم.

1 – انظر، مجموعة المواثيق الدولية والاقليمية الخاصة باللاجئين ، مرجع سبق ذكره، ص 10.

2 – انظر، ابو الخير أحمد عطية، الحماية القانونية للاجئ في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 78.

3 – أحمد الرشيدي، بعض الاتجاهات، الحديثة في دراسة القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد (55)، 1999، ص 88.

أن وضـع تعريف أكثر دقة وتحديداً لفئة النازحين قسـرياً داخل دولهم يعتبر أمراً حيوياً بحيث يرد ضـمن نصوص اتفاقية توقع عليها الدول كي يصبح تعريفاً قانونياً كما هو الشأن في اتفاقية اللاجئين لعام 1951م وبالتالي سيتأتى حتماً تحديد المسؤولية والمساءلة وتحديد من تشملهم تسمية النازح قسرياً بشكل دقيق ويصبح من السهل على المجتمع الدولي الحفاظ على هوية المعنيين بشكل أوضح مما يؤدي إلى تدارك المعاناة الشديدة والآلام والقسوة الناجمة عن مراحل النزوح.

**المطلب الثاني: أسباب ظاهرة النزوح القسري**

سـوف نسـتعرض في هذا المطلب أسـباب النزوح القسـري الداخلي ودعمه بأمثله من الواقع الدولي والممارسـة الدولية المعاصـرة وبصـفة خاصـة حالات النزوح الناجمة عن النزاعات المسـلحة الدولية والداخلية والانتهاكات الجسيمة لحقوق الانسان وذلك على النحو التالي:

أولاً: النزاعات المسلحة الدولية.

ثانياً: النزاعات المسلحة الداخلية.

ثالثاً: الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان.

**أولاً: النزاعات المسلحة ذات الطابع الدولي:**

لا زالت الحروب والنزاعات المسـلحة مسـتعرة في مناطق كثيرة من العالم كالنزاع العربي الإسـرائيلي الذي تسبب في تشريد الملايين من الشعب الفلسطيني قسرياً، كما تضم النزاعات المسلحة ذات الطابع الدولي الحروب بين الدول المتجاورة أو غزو دولة لدولة أخرى مثل الحرب الأمريكية ضد أفغانستان سنة 2001م والحرب على العراق سنة 2003 ويكاد يتفق الفقه الدولي بخصوص تعريف النزاعات المسلحة الدولية بأنها "صراع بين دولتين أو أكثر ينظمه القانون الدولي، ويكون من وراء هذا الصراع محاولة من جانب كل طرف من اطرافه المحافظة على مصالحة الوطنية من خلالها، وهي تختلف عن الاضطرابات الداخلية أو الثورات التي تقوم بها المستعمرات"[1].

1 –انظر محمد حافظ غانم، سيادة القانون الدولي العام، دراسة لضوابطه الاصولية والأحكام العامة، دار النهضة العربية، ط2، 1961، ص 624، حامد سلطان، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 794.

وسنحاول تسليط الضوء على بعض النزاعات المسلحة الدولية التي أدت إلى موجات كبيرة من النزوح القسري الداخلي كما يلي:

**1-حالة فلسطين:**

لا زال الصراعات مستمراً بين المقاومة الفلسطينية والقوات الإسرائيلية المحتلة لفلسطين، والتي تمارس ضد الشعب الفلسطيني أفظع أنواع الجرائم الإنسانية، فهي تشن الغارات الجوية والبرية والبحرية، وتقوم بالتوغل داخل الأراضي الفلسطينية المتبقية من فلسطين والتي يقطنها الملايين من الشعب الفلسطيني الذي يضطر إلى النزوح بسبب الاجتياحات العسكرية الاسرائيلية وعمليات الاخلاء والاستيلاء على الأراضي وهدم المنازل كما ان الجدار العازل تسبب في تقييد حركة الفلسطينيين ونزوح عشرات الآلاف، فهذه الممارسات مجتمعة أدت إلى ما لايقل عن 160,000 نازح داخل الأراضي الفلسطينية المحتلة أجبروا على النزوح من ديارهم خلال العقود الماضية[1].

**2-حالة أفغانستان:**

بحجة الحرب على الارهاب، قامت قوات حلف الاطلسي تتزعمها الولايات المتحدة الأمريكية سنة 2001م بالقضاء على حكم طالبان واستمر وجود هذه القوات بأفغانستان إلى نهاية شهر أغسطس 2021م أي حوالي 20 سنة.

إن هذه القوات التي كان يطلق عليها بالقوات الدولية "ايساف" خاضت معارك طاحنة في أفغانستان متذرعة بأحداث 11 سبتمبر 2001م وأدت إلى موجات نزوح داخلي بعشرات الآلاف للشعب الأفغاني.

فخلال الفترة ما بين عامي 2007/2006م نشب قتال عنيف بين الحكومة التي نصبها الغرب وقوات الناتو "ايساف" من جهة وقوات المعارضة من جهة أخرى أدى إلى انعدام الأمن والقانون وموجات نزوح داخلي لا حصر لها.

1 -انظر، IDMC, Global Statistics in 2009, Norwegian Refugee Council. May.2010

أيضاً شهد عام 2009 نزوح الكثير من العائلات الأفغانية بسبب توسع العمليات العسكرية لقوات الناتو "ايســاف" مدعومة بقوات الأمن التابعة للحكومة الأفغانية التي قامت بعمليات بحث وتفتيش أثارت مخاوف التعرض للاعتقال وتسببت في موجات نزوح داخلي.

ويقدر عدد الأفغان الذين نزحوا من ديارهم عام 2013م ما يقارب (124.350) ألف شـــخص وبلغ العدد الاجمالي المسجل للنازحين داخلياً بسبب النزاع المسلح (361000) شخص[1].

وفي ظل غياب تسوية سياسية، استمرت عمليات النزوح الداخلي بهذه الدولة سواء النزوح المؤقت أو المتكرر أو لفترات طويلة وســتكون اعادة النازحين إلى أماكنهم الاعتيادية وعملية الادماج المســتدامة محفوفة بالمخاطر[2].

وفي الآونة الأخيرة قررت الولايات المتحدة الأمريكية الانسحاب من أفغانستان بنهاية شهر اغسطس 2021م وأثناء ذلك بدأت حركة الطالبان بالتحرك نحو العاصمة كابول وقامت بالاستيلاء على عدة مدن ومنافذ حدودية في زمن قياسي إلى أن استولت على العاصمة كابول ونتيجة لذلك حدثت فواجع يعجز عنها الوصف حيث هرعت عشرات الآلاف من المواطنين الأفغان خوفاً من انتقام الطالبات نحو مطار العاصمة باعتباره المنفذ الوحيد الذي لازالت تســيطر عليه قوات الناتو وحدثت عملية اجلاء لأكثر من مائة الف مواطن بالإضـــافة إلى ألاف النازحين داخلياً وانتهى الأمر بمغادرة كافة قوات حلف الناتو من أفغانســتان "بالتاريخ المحدد 2021/8/31م.

1 -النزوح الداخلي الناحم عن النزاعات، النشرة الشهرية للمفوضية السامية لشؤون اللاجئين، أفغانستان، ديسمبر 2013، htt://tunyurl.com/UNHCR-AFgh

2 -ايدان اوليدي، "عام 2014 وما بعده، الآثار المترتبة على النزوح الداخلي"6 نشرة الهجرة القسرية، عدد 46، مايو 2014، ص 4-6.

**ثانياً: النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي.**

ان غالبية النزاعات المســلحة في العقود الأخيرة تنشــأ بين القوات الحكومية للدولة وواحدة أو أكثر من الجماعات المعارضة[1]، وفي الغالب يكون سبب القتال أما سعى الجماعات المسلحة المعارضة السيطرة على الحكم او السعي إلى الاستقلال أو مقاومة سياسات الحكومة.

أن خطورة هذه النزاعات الداخلية تتمثل في أنها تأتي في سـياق نزاع مسـلح غير متكافئ بين الدولة من جهة وجماعات مسلحة من جهة أخرى وبالتالي يستمر الصراع وتتنامي انماط العنف المسلح ويؤدي ذلك إلى أكبر قدر من النزوح المطول لألاف المواطنين حيث تصـبح امكانية إعادة بناء حياتهم وإيجاد حلول دائمة لهم صعبة المنال. [2]

عموماً هناك أمثلة كثيرة للنزاعات الداخلية التي لم يراع فيها القواعد الأسـاسـية للقانون الدولي الإنسـاني والتي أدت إلى موجات نزوح هائلة ولكننا سنقصر على دراسة أحدثها وتحديداً الحالة الليبية والحالة السورية.

**1-الحالة الليبية:**

بشـهر فبراير 2011م بدأت احتجاجات وأعمال عنف تنتشـر بالأراضـي الليبية، وخلال اسـبوعين تطورت الاحداث إلى صـراع مسـلح داخلي حيث حملت مجموعات من المعارضـة السـلاح ضـد القوات الحكومية وسيطرت على شرق البلاد ومنطقة الجبل الغربي ومدينة مصراتة[3].

اشـتدت المواجهات المسـلحة عندما سـعت قوات النظام لاسـتعادة السـيطرة على المناطق التي اسـتولت عليها قوات المعارضـة المسـلحة، ومع وصـول القوات الحكومية إلى مشـارف مدينة بنغازي و في ظل الحملة

1 -المادة (3) المشتركة بين اتفاقيات جينيف الأربع لعام 1949م لم تحدد معيارا بخصوص تعريف النزاعات المسلحة غير الدولية، بخلاف البروتوكول الثاني 1977م، الذي جاء أكثر تفصيلاً في مجال تطبيقه مستبعداً النزاعات المنخفضة الحدة مثل حالات التوتر الداخلي وأعمال الشغب ويسري البروتوكول الثاني على حالات النزاعات المسلحة غير الدولية التي تدور على أراضي دولة ما بين قواتها النظامية ومجموعات مسلحة متمردة تعمل تحت قيادة مسؤولة وتسيطر على جزء من أراضي الدولة.

2 -انظر، يانغريتر أوليفير، التحاور مع الجماعات المسلحة، الموضوع الرئيسي؛ الفاعلون المسلحون من غير الدول، نشرة الهجرة القسرية، عدد 37، مارس 2011م، ص 34؛ تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بشأن حماية ومساعدة النازحين، 2012م، فقرة (هـ)، ص24، رقم الوثيقة: S/2012/129.

3 -انظر، تقرير منظمة العفو الدولية 2011، 2012 بشأن الحالة الليبية ص 289 ؛ كذلك قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1973، فبراير 2011‘S/RES/1973 .

الترويجية من مخاوف ارتكاب أعمال انتقامية، أصـــدر مجلس الأمن الدولي القرار رقم (1973) في مارس 2011م "مانحاً التفويض بإنشـــاء منطقة حظر جوي فوق ليبيا واتخاذ جميع التدابير اللازمة لحماية المدنيين المعرضين لخطر الهجمات في ليبيا بما فيها بنغازي"[1].

وعلى أثر ذلك بدأ التحالف الدولي وخاصـة فرنسـا بشـن غارات جوية على القوات الحكومية وبأواخر شـهر مارس من نفس السـنة تولي حلف شمال الاطلسـي "الناتو" المسـؤولية عن العمليات العسـكرية حيث نفذت الآلاف الغارات الجوية على قوات النظام وكافة بنيتها التحتية حتى 31 اكتوبر 2011م. وفي النهاية سيطرة قوات المعارضة المدعومة من "حلف شمال الاطلسي "الناتو" على معظم انحاء ليبيا بما فيها طرابلس.

في 23 اكتوبر 2011م أعلن رئيس المجلس الوطن الانتقالي انتهاء المعارك وسيطرة قوة المعارضة المدعومة من الناتو على كامل التراب الليبي وما يهمنا في هذا البحث العملي هو أن تقارير عديدة لمنظمات انســـانية افادت بحدوث انتهاكات خطيرة للقانون الدولي الإنســـاني وحقوق الإنســـان ارتكبتها أطراف النزاع بما فيها اعمال ترقى إلى جرائم حرب.

إن القوات الحكومية وسعياً لاستعادة السيطرة على المدن التي استولت عليها المعارضة شنت هجمات عشـوائية طالت المدنيين بعدة مناطق مثل مصـراتة واجدابيا والزاوية وجبل نفوسـة وأدت هذه الهجمات إلى مصرع وجرح المئات من المدنيين[2].

كما أن قوات المعارضة المسلحة استخدمت الصواريخ وغيرها من الأسلحة العشوائية في جبهات القتال في شرقي البلاد ومصراتة وسرت والمناطق السكنية وأدت هي أيضاً على خسائر بشرية كبيرة من المدنيين.

كما اتهمت القوات الحكومية "القوات الدولية الحليفة للمعارضـــة" باســـتهداف المدنيين وهو ما أكدته تقارير لمنظمات انسـانية تفيد بأن غارات "الناتو" في 8 اغسـطس 2011م اسـفرت ضـرباتها الجوية عن قتل (18) رجلاً و(8) نسـاء و(8) أطفال عندما تم استهداف منزلاً في قرية ماجر بالقرب من مدينة زليتن وبأن جميعهم مدنيين.

1-انظر، قراري مجلس الأمن 1970، 1973، 2011م وتحديداً القرار الأول فقرة (4).

2 تقرير منظمة العفو الدولية 2011، 2012، ص 288-289.

بعد قيام المجلس الوطني الانتقالي بالسيطرة على أرجاء البلاد لم يفلح في السيطرة على المليشيات المسلحة التي تكونت خلال النزاع[1]. حيث قامت هذه الأخيرة بأســر الآلاف ممن يشــتبه في انهم من الموالين للنظام، كما نهبت قوات المعارضـة وأحرقت المنازل ونفذت هجومات انتقامية وغيرها من عمليات الثأر ضـد مؤيدي القذافي[2].

ففي تقرير لجنة الأمم المتحدة الدولية لتقصـي الحقائق حول ليبيا المنشــور في مارس 2012 خلصــت اللجنة الى قيام "مليشــيات مناهضــة للقذافي" بارتكاب جرائم ضــد الانســانية متمثلة في قتل وتعذيب اهل تاورغاء كما ورد في التقرير "... ان قوات مناهضـة للقذافي مارسـوا القتل والاعتقال التعسـفي والتعذيب بحق أهل تاورغاء- اثناء حرب 2011 وما بعدها... لقد تم تدمير تاورغاء بجعلها غير صالحة للسكن"[3].

ووفقاً لإحصائيات المنظمات الإنسانية فإن حوالي (107) ألف من السكان قد نزحوا قسرياً حتى ابريل من عام 2011م وذكرت المفوضــية الســامية لشــؤون اللاجئين بأن عدد النازحين داخل ليبيا بلغ حوالي[4] (250) الف نتيجة الاحداث وذلك حتى يونيو عام 2011م.

ونتيجة اجتياح مدينة بني وليد في اكتوبر 2012م نزح ما يقدر بـ (60) ألف شخص إلى المدن **5** المجاورة، وتقول المفوضية السامية لشؤون اللاجئين انه حتى يناير 2013 كان بليبيا (59,425) ألف نازح داخلي منهم (30) ألفاً من تاورغاء و(9.404) ألفاً من مدينة ســرت و(9200) ألفاً من الجبل الغربي ومعظمهم من ابناء مدينة العوينية، كما نزح حوالي (3) آلاف في مارس 2013 من مدينة مزدة نتيجة اشتباكات متقطعة بين قبائل المشاشية والزنتان ولكنهم عادوا بعد وقف اطلاق النار.

---

1 انظر قرار مجلس الأمن رقم (2009) الصادر في شهر سبتمبر 2011م والذي عبر عن قلقه بشأن الانتهاكات بحق المدنيين، S/RES/2009 تقرير منظمة العفو الدولية 2012 بشأن الأحداث في ليبيا ص 288، 289.

2 انظر، قرار مجلس الأمن (2040-2012) فقرة (4) بشأن القلق من الأوضاع في ليبيا.

3 - انظر، تقرير لجنة الامم المتحدة لتقصى الحقائق حول ليبيا 2 مارس 2012. (A/HR، 19/68)

4 - انظر، UNHCR. Update No 29, Humanitarian situation in Libya, 15 june 2011, http://www.Unhcr.org/4dfg cde49.html

6 تقرير الأمين العام للأمم المتحدة لبعثة الأمم المتحدة في ليبيا، 5/2013/104 ص 18، انظر أيضاً القرار رقم (7) (2012) الصادر عن المؤتمر الوطني العام في ليبيا بشأن ملاحقة المطلوبين في مدينة بني وليد والذي تم تنفيذه من كتائب الثوار المحسوبة على المؤتمر الوطني في اكتوبر.6

وفي عام 2014م شـهدت ليبيا تصـعيداً جديداً للنزاع المسـلح بين مجموعات مسـلحة متضـادة والجيش الليبي وأدى ذلك إلى حركة نزوح للسـكان لم يسـبق لها مثيل وتشـير التقديرات إلى أن (435000) ألف شـخص قد فروا من منازلهم بحثاً عن الأمن والسـلامة بسـبب تصـاعد النزاع المسـلح وانتشـار العنف منذ منتصـف سنة 2014م[1]، كما تسبب القتال في تدهور الأوضـاع الاقتصـادية والمعيشـية بما يشـمل النقص في الغذاء والوقود والمياه وانقطاع الكهرباء ونقص السـيولة النقدية وارتفاع الأسـعار وهبوط قيمة الدينار الليبي بشكل كبير مقابل الدولار الأمريكي[2].

وفي ظل هذه الوضعية يزداد البؤس الناجم عن تدهور الحالة الأمنية والاقتصادية وانتشار الظواهر المخالفة للقانون الدولي الإنسـاني ولحقوق الإنسـان مع الإفلات من العقاب مما يزيد من معاناة النازحين المنتشـرين في أرجاء البلاد.

**2-حالة سوريا:**

تطورت مظاهرات صـغيرة داعية للإصـلاح في فبراير 2011م إلى مظاهرات واسـعة النطاق في منتصـف مارس 2011م؛ حيث اسـتخدمت قوات الأمن التابعة للحكومة القوة ضـد متظاهرين في مدينة درعا كانوا يطالبون بإطلاق سـراح أطفال معتلقين وسـرعان ما انتشـرت الاحتجاجات لتعم كافة المدن السـورية مطالبة بإسقاط النظام.

ان النظام السـوري لجأ إلى سـياسـة الحل الأمني عن طريقة الأمن والجيش وذلك باقتحام المدن والقرى السكنية مما أدى إلى مغادرة الآلاف من السكان لمدنهم وقراهم[3].

1-انظر تقرير مركز رصد النزوح الداخلي، 2015 على الرابط: http://www-internal-disp

2 -انظر، تقرير الأمين العام للأمم المتحدة عن بعثة الأمم المتحدة في ليبيا إلى مجلس الأمن سنة 2014، 653، ص 1.

3-تقرير منظمة العفو الدولية حول الأوضاع في سوريا 2011، 2012، ص 203-207، انظر موقع المنظمة على شبكة المعلومات: http://www.amnesty.org.

في مارس 2011م شكل "مجلس حقوق الإنسان" التابع للأمم المتحدة بعثة لتقصى الحقائق[1]. وتوصلت الى نتائج تفيد باحتمال وقوع جرائم ضد الإنسانية من بينها "أعمال قتل وتعذيب... وتشريد وترحيل مئات الآلاف من الأشخاص من ديارهم"[2].

وفي شهر مايو 2011م أفادت تقارير بأن معظم سكان جسر الشغور والبالغ عددهم (41) ألف نسمة قد فروا من مدينتهم وفي نفس الشهر نزح سكان مدينة معرة النعمات والبالغ عددهم (70) ألف نسمة.

وبخصوص مجلس الأمن الدولي فإن روسيا والصين ودول أخرى حالت دون صدور قرارات تدين الجرائم والانتهاكات الإنسـانية في سـوريا بالرغم من أن الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد الأوروبي وجامعة الدول العربية فرضت عقوبات عليها.

وبنهاية 2011، أخذت الأحداث في سوريا منحى آخر للصراع المسلح عندما بدأت مقاومة مسلحة من أطياف مختلفة جمعهم هدف واحد وهو اسقاط النظام السوري.

ومن بين (9.45) مليون شخص أجبروا على الهرب نلاحظ بأن قرابة الثلثين (7.5) مليون شخص هم من النازحين داخل البلاد[3]. وبالتالي أصبحت سوريا حالياً البلد ذات العدد الأكبر للنازحين داخليا في العالم ويمثل الأطفال أكثر من نصف عدد النازحين[4].

كما اقترفت بعض الجماعات المسـلحة جرائم حرب، بتهجيرها المتعمد للمدنيين ومن تلك الحالات ما قامت به الدولة الاسلامية في العراق والشام "داعش" من أبشع الانتهاكات بحق الاقليات المتواجدة بسوريا حيث أصدرت الجماعة انذارات عامة لجماعات عرقية معينة من السكان المدنيين تأمرهم فيها بالمغادرة تحت طائلة التعرض للهجوم المباشـر مثلما حدث للطائفة "الايزيدية" حيث جاء في تقرير لجنة الأمم المتحدة

1 -انشئت لجنة التحقيق الدولية المتعلقة بسوريا في 2011/8/22م بموجب قرار مجلس حقوق الإنسان، S-17/1 في الدورة الاستثنائية (17).

2-انظر، تقرير لجنة تقصى الحقائق الأول بتاريخ 2011/12/2 والتقرير اللاحق بتاريخ 2012/3/12 على موقع مجلس حقوق الإنسان http://www.Unhchr.ong

3 - وراثة الخسارة، "الأزمة السورية والتهجير"، نشرة الهجرة القسرية، عدد (47)، 2014، ص 44.

4-المرجع نفسه، ص 48.

للتحقيق الخاص بســـوريا: "...داعش قد ســـعت ولاتزال تســـعى لمحو الأيزيديين من خلال القتل والعبودية الجنسية والاستعباد والتعذيب والمعاملة المهينة واللاإنسانية وكذلك الترحيل القسري..."[1].

**ثالثاً: الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان.**

يتعرض النازحون داخلياً لانتهاكات جسـيمة للحقوق المقررة لهم دولياً وداخلياً، فعلى الصـعيد الداخلي هناك عديد من الحقوق التي تتقرر للإنسـان في دستور الدولة وبالتالي فهذه الأخيرة تتكفل بحمايتها وضـمان الحريات العامة من خلال النظام القانوني والقضـائي بها، أما على الصـعيد الدولي فقد اعترف القانون الدولي العام بحقوق موحدة للإنســان من خلال الإعلان العالمي لحقوق الإنســان الصــادر عن الجمعية العامة ســنة 1948م. والعهدين الدوليين لسنة 1966م، علاوة على عديد من المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الطفل والمرأة واللاجئين والمعاقين والأسرى، وتعد تلك المعاهدات المصدر الأساسي للقانون الدولي لحقوق الإنسـان بالإضافة إلى القواعد الدولية العرفية وقرارات وتوصيات المنظمات الدولية.

إن القانون الدولي يرتب المسـؤولية الدولية على الدولة التي تنتهك حقوق الإنســان المقررة دولياً، وبالتالي فالدول ملزمة قانوناً بحماية شـــعوبها في أوقات الســـلم والحرب، وبناء على ذلك تلتزم الدول بحماية حقوق النازحين خاصة في حالات النزوح القسري الناتج عن نزاع مسلح داخلي وتعتبر الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان من الأسباب الرئيسية المؤدية للنزوح القسري الداخلي والتي تنطوي على عدة صور منها ما يلي:

**1-التطهير العرقي:**

قامت لجنة من الخبراء تابعة للأمم المتحدة بتعريف التطهير العرقي وذكرت بأنه "ســـياســـة هادفة تعتمدها مجموعة عرقية أو دينية لإزالة الســـكان المدنيين من مجموعة عرقية أو دينية أخرى من مناطق جغرافية معينة بوســـائل عنيفة ومثيرة للرعب ؛ و إلى حد أبعد باســـتعمال العبارات القومية المضـــللة، والمظالم التاريخية، والاحســـاس بالقوة للانتقام ويبدو أن الهدف هو احتلال أرض لاســـتعباد المجموعة أو المجموعات التي وقع عليها فعل التطهير**2**، ولقد أولت الأمم المتحدة موضـــوع التطهير العرقي اهتماما بالغا نتيجة وجود مئات النزاعات الدولية والداخلية والمثال على ذلك ما حدث بيوغسلافيا سابقا من قتل جماعي وتعذيب واغتصاب

1 لجنة الأمم المتحدة للتحقيق في سوريا "داعش ترتكب الإبادة الجماعية ضد الايزيديين"، تقرير 2016/6/16، ص1.

**2**-انظر، United Natonis Secunity Council. 5/1994/674-27.5.1994

والأذى الجسـدي للمدنيين وسـوء معاملة السـجناء المدنيين واسـرى الحرب، كما أُسـتخدام المدنيون كدروع بشـرية ودمرت الممتلكات الشـخصـية والعامة والثقافية وكثرت احداث النهب والسـرقة والسـطو ومُصـادرة الأراضي والتهجير القسري للسكان المدنيين. [1]

اما بخصـــوص الابادة الجماعية، التي تعد ابشـــع مظاهر التطهير العرقي فقد عرفتها اتفاقية (منع جريمة الابادة الجماعية والمعاقب عليها) لسنة 1948م، بالمادة (2) على انها " ارتكاب أحد الأفعال التالية بقصد التدمير الكلي او الجزئي لجماعة قومية او اثنيه او عنصرية او دينية:

- الحاق اذى جسدي او روحي خطير بأعضاء من الجماعة
- قتل أعضاء من الجماعة
- اخضاع الجماعة لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كليا او جزئيا
- فرض تدابير تهدف الى الحيلولة دون انجاب الأطفال داخل الجماعة
- نقل أطفال من الجماعة عنوة الى جماعة أخرى[2].

وتطالب الاتفاقية الدول بالمعاقبة على هذه الأعمال بناءاً على هذه المادة، حتى لو لم يحدث الضـــرر أو القتل أو الإبادة الجماعية، والأمثلة على الإبادة الجماعية كثيرة نذكر منها ما حدث بالبوسـنة والهرسـك بعد تفكك جمهورية يوغسلافيا الفيدرالية الاشتراكية سنة 1992 وما عانته موزنبيق منذ استقلالها سنة 1975 من حروب ومذابح كانت ترتكب من قبل المتنازعين وهما (جبهة تحرير موزنبيق والمقاومة الوطنية الموزنبيقية) وكذلك ما حدث بأنجولا منذ سنة 1992 ولغاية سنة 2002 من صراع ما بين الحركة الشعبية لتحرير انغولا المدعومة من الاتحاد السوفيتي سابقاً والاتحاد الوطني لاستقلال انجولا المدعوم من الولايات المتحدة الأمريكية، والتي أدت إلى موجة نزوح هائلة تقدر بـــ (4.1) مليون نازح وكذلك ما حدث بسيراليون من حرب اهلية مدمرة سنة 1991 تسببت هي ايضاً في نزوح أكثر من (2) مليون انسان أجبروا على الهرب من منازلهم.

1-المرجع نفسه.

2 انظر، المادة (2) من اتفاقية 1948 الخاصة بمنع الإبادة الجماعية والمعاقب عليها.

**2-الترحيل القسري:**

تقوم الدولة أحياناً بحمل المواطنين على مغادرة أماكن اقامتهم قسـرياً، أو طردهم إلى أماكن أخرى داخل اقليم الدولة لأســـباب تقدرها الحكومة، كالخوف على حياتهم، أو تحقيق مصـــلحة عامة وفي هذه الحالات يفترض أن تؤمن لهم أماكن بديلة لائقة.

وقد عنيت اتفاقية جنيف الرابعة لسنة 1949م بحظر الترحيل القسري سواء كان للجماعات أو للأفراد مهما كان دافعه، أما إذا كان الترحيل بدافع المحافظة على سلامة المدنيين خلال النزاعات المسلحة فيجب أن يتم بصورة مرضية من أجل سلامة النازحين داخلياً. وقد حظر القانون الدولي ترحيل السكان المدنيين سواء كان من قبل الدولة المحتلة أو من قبل الأطراف المتنازعة، إلاّ إذا كان ذلك من أجل ســـلامتهم ولأســـباب عســـكرية قهرية، لأن الترحيل القســـري في حالات النزاعات المســـلحة الدولية او الداخلية يعد خرقاً خطيرا لاتفاقيات جينيف لســـنة 1949م وللبروتوكول الإضـــافي الأول لســـنة 1977م الملحق بالاتفاقيات الأربع، وتعتبر جريمة حرب وفقا للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية[1].

واذا ما تم ترحيل المدنيين أثناء العمليات العسـكرية فإنه يجب اعادتهم الى أماكن سـكناهم الاصـلية بعد انتهاء العمليات العسكرية، وزوال الخطر، كما يراعى عدم تفريق افراد العائلة الواحدة. كما انه وفقا للبروتوكول الثاني لسـنة 1977م، الملحق باتفاقيات جينيف الأربع، لا يجوز فرض ترحيل السـكان المدنيين لأي سـبب كان، باستثناء الترحيل الذي يهدف الى توفير الأمن ولأسباب عسكرية ضرورية، وفي هذه الحالة يجب بقدر الامكان توفير المأوى والأوضاع الصحية والوقائية والعلاجية وسلامة التغذية[2].

---

**1**-أنظر، جيلينا بيجيك، الحق في الغذاء خلال النزاعات المسلحة ، مجلة الإنساني، عدد 23، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، شتاء 2003م، ص26-27.

**2** انظر المادة (17-1) من البرتوكول الإضافي الثاني، 8يونيو1977م.

**الخـــاتمة**

يتضـح من خلال هذه الدراسـة عدم وجود تعريف قانوني محدد للنازحين داخلياً معترف به من أعضـاء المجتمع الدولي في معاهدة أو وثيقة مصـــادق عليها من أشـــخاص القانون الدولي، ونتيجة لذلك تعددت التعريفات بخصـوص هذا المصـطلح، إلا أن الواقع العملي والممارسـة الدولية تشـير إلى أن الدول والمنظمات الدولية المعنية بظاهرة النزوح القسري الداخلي تفضل تبنى مفهوم موسع للنازحين رغبة منها في اضفاء الحماية والمساعدة على أكبر قدر ممكن من ضحايا الظروف الاستثنائية الطارئة.

أيضـاً نسـتنتج من هذه الدراسـة بأن الأسـباب الرئيسـية التي تؤدي إلى هذه الظاهرة تتمثل في النزاعات المسلحة الدولية والداخلية وكذلك حالات العنف المعمم والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، ولقد وصل العدد الإجمالي في التقرير السنوي لحالة النزوح الداخلي حسب احصائيات مركز رصد النزوح لعام 2014، إلى (40) مليون نازح، فهذا العدد الكبير من النازحين داخلياً ســـببه الرئيســـي اندلاع الحروب الدولية والداخلية وما خلفته من مآسي خاصة في العقد الأخير من القرن العشرين وبدايات القرن الواحد والعشرين.

ان المبادئ التوجيهية التي قدمها ممثل الأمين العام المعني بحقوق النازحين داخلياً إلى لجنة حقوق الإنسـان ســـنة 1998م، وبالرغم من أنها جمعت كافة احكام القانون الدولي العام ذات الصـــلة بالنازحين إلاّ أنها في مجملها لا تتمتع بقيمة قانونية ملزمة، حيث أنها لم تتخذ شكل معاهدة دولية.

وختاماً لهذا البحث يمكن إبداء مجموعة من التوصيات تتمثل في التالي:

1. العمل على ابرام معاهدة دولية تتضمن الأحكام الواردة في المبادئ التوجيهية المتعلقة بالنزوح القسري الداخلي.
2. معالجة أسـباب النزوح القســري الداخلي والآثار الناتجة عنه من خلال تحســين الفهم والمنهجيات وأشكال التصدي.
3. ضرورة اعتراف الدول بهذه الظاهرة وبمسؤولياتها تجاه النازحين.
4. انشـاء مفوضـية خاصـة بالنازحين أسـوة بالمفوضـية السـامية لشـؤون اللاجئين وتفعيل احترام القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني كوسيلة لمكافحة ظاهرة النزوح القسري الداخلي.

## قائمة المراجع

**أولاً: المراجع باللغة العربية:**

**أ. الكتب:**


1. أبو خوات، ماهر، المساعدات الإنسانية الدولية في ضوء قواعد القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، مصر، 2009.
2. الفار، محمد، القانون الدولي الإنساني وعلاقته بالقانون الدولي لحقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، مصر، 2005.
3. المكتب الإقليمي، مجموعة من المواثيق الدولية والاقليمية الخاصـــة باللاجئين ممن يدخلون في نظام اهتمام المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، القاهرة، ط4، مصر، 2009.
4. أمر الله، برهان، اللجوء السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، مصر.
5. جويلي سعيد، المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، مصر، 2003.
6. داود محمود، الاضـــطرابات والتوترات الداخلية بين خواء القانون الإنســـاني وثراء الفقه الإســـلامي، "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، مصر، 2002.
7. سلطان، حامد، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، مصر، 1997.
8. ضوي، علي، القانون الدولي العام، الجزء الأول، المصادر والأشخاص، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ط2، ليبيا، 2005.
9. عطية، أحمد ، الحماية القانونية للاجئ في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، مصر، 1997.
10. علوان، محمد المرسي، القانون الدولي لحقوق الإنسان، المصادر ووسائل الرقابة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2004.
11. غانم، محمد حافظ، سيادة القانون الدولي العام، دارسة بضوابطه الأصوليه والأحكام العامة، دار النهضة العربية، ط2، 1961.

12. كتيب الاهتمام بالنزوح الداخلي، إطار عمل للمسؤولية الوطنية، 2005.

**ب. المقالات والبحوث**

1. الأشـــخاص النازحون داخلياً: الولاية ودور اللجنة الدولية للصـــليب الأحمر، مجلة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، عدد 33، 2000.
2. الخسارة، وراثة، الأزمة السورية والتهجير والحماية، نشرة الهجرة القسرية، عدد 43.
3. الرشـيدي، أحمد ، بعض الاتجاهات الحديثة في دراســة القانون الدولي العام، المجلة المصــرية للقانون الدولي، عدد 55، 1999.
4. الرشيدي، مدوس، أزمة النزوح في دار فور، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 3، 2007.
5. المركز الإقليمي للإعلام، النزوح الداخلي في النزاعات المســلحة، مواجهة التحديات، مجلة الصــليب الأحمر الدولية، القاهرة، ط1، 2010.
6. أوليدي، ايدان، عام 2014 وما بعده الأثار المترتبة على النزوح الداخلي، نشــرة الهجرة القســرية، عدد 46، 2014.
7. أوليفير، بانغريتر، التحاور مع الجماعات المســلحة، الموضــوع الرئيســي الفاعلون المســلحون من غير الدول والنزوح، نشرة الهجرة القسرية، عدد 37، 2011.
8. بيجيك، جيلينا، الحق في الغداء خلال النزاعات المسلحة، مجلة الإنساني، عدد 23، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2003.
9. موزنبيق، رحلة مع سؤ الطالع، مجلة الإنساني، عدد 10، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2000.
10. موني، برلين، الأزمة الســورية والتهجير، التغطية من الداخل، النزوح داخل ســوريا، نشــرة الهجرة القسرية، عدد 47، 2012.
11. نشرة الهجرة القسرية، الصادرة من برنامج دراسات اللاجئين بالاشتراك مع المجلس النرويجي للاجئين والمشروع العالمي المعني بأوضاع النازحين داخلياً، 2002.

أ. **الوثائق والتقارير:**

1. إحاطة الممثل الخاص للأمين العام للأمم المتحدة لمجلس الأمن الدولي "الســـيد برنادليون" 8/26/ 2015ن بشأن الأوضاع في ليبيا.
2. بيان رئيس مجلس الأمن الدولي بشأن الأوضاع في ليبيا بتاريخ 2013/12/17
3. تقرير الأمين العام المعني بالنازحيين داخلياً، السيد فالتركالن، المقدم عملاً لقرار لجنة حقوق الإنسان، 55/2004 وثيقة رقم E/CN 4/2005/84 بتاريخ 2004/12/21 بند 14 من جدول الأعمال.
4. تقرير الأمين العام بشأن توفير الحماية والمساعدة للنازحين،2012م .
5. تقرير الأمين العام عن بعثة الأمم المتحدة في ليبيا 2013: S/2013/516.
6. تقرير الأمين العام عن بعثة الأمم المتحدة في ليبيا 2014: S/2014/653.
7. تقرير الأمين العام للأمم المتحدة لبعثة الأمم المتحدة في ليبيا، 2013، "بشـأن الحالة الإنسـانية في ليبيا" وثيقة: 5/2013/104.
8. التقرير الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتحقيق في سوريا 2016/6/12.
9. تقرير لجنة الأمم المتحدة لتقصـى الحقائق حول ليبيا، 2012/3/2 المقدم لمجلس حقوق الإنســان التابع للأمم المتحدة: HRC/A/19/68.
10. تقرير لجنة تقص الحقائق الأول إلى مجلس حقوق الإنســان بشــأن الأوضــاع في ســوريا بتاريخ 2011/12/2م.
11. تقرير لجنة نقص الحقائق اللاحق في 2012/9/12 بشأن الأوضاع في سوريا.
12. تقرير مركز النزوح الداخلي 2015، ليبيا، النزوح الداخلي مارس 2015.
13. تقرير ممثل الأمين العام للأمم المتحدة المعنى بالنازحين داخلياً، بشــأن حماية ومســاعدة النازحين، A/56/168/2001.
14. تقرير منظمة العفو الدولية العالمي 2011-2012، الحالة في الســودان، الحالة في ليبيا، الحالة في سوريا.

15. مشـــروع قرار مجلس الأمن 2015/2/22، بشـــأن القلق من الحالة الإنســـانية في ليبيا وتدهور الأوضاع الإنسانية والأمنية، S/2015/1016.

**ثانياً: المراجع باللغات الأجنبية**

**أ. الكتب:**

1. BIAD Abdelwahab, Droit international humanitare, 2e ed, Ellipses, 2006.
2. Domestici (Met). Aide humanitaire international un consensus conflictuel? Economise , Paris, 1996.
3. Hashimoto (Naoko), The United and internally Displaced persons: At the crossroads of Human Rights And Humanitarian Affairs, Andrgzea j Bolesta, 2003.
4. Kerbart (y), La reference au chapitre Vll de la charte des N.U les resolutions a caractere humanitaire de conseil de secunite, L.G.J, paris, 1995.

**ب. تقارير، مجلات، نشرات.**

1. Hakata (k), vers une Protection plus effective des personnes deplacees a Linterieur de Leur proper pays, R.G.D.I..P, 2002.
2. IDMC, Global Statistics in 2009, internal Displacement Monitoring Centre Norwegian Refugee Council, May 2010.
3. MUNUMA, (J.M), les enjeux normatifs et institutionnels de la protection des personnes deplacees a l'interieur de leur pays, R.B.D.I, 2000.
4. Mangalia (J.M), prevention des deplacements forces de population: possibilities et Limtes, R.I.C.R, 2001, N$^0$844.

# الإطـار القانونـي لانعقاد الجمعيـة العموميـة العاديـة في شركة المساهمــة

أ. عبد الرؤوف رمضان أبو ستــة

عضو هيئة تدريس كلية القانون

الجامعـــة الزيـتونـــة

**المقدمـــــة:**

إنّ ما تشهده الساحة الاقتصادية اليوم من تزاحم وتصادم المصالح والتسابق نحو تحصيل التكتّل المالي والانتشار والسيطرة الاقتصادية على الأسواق المحلّية والعالمية وبروز وتطوير أنماط وتحالفات وتكتّلات تزدهر في ظل مفهوم العولمة جعل الرّهان مرتبطا بمؤسسة الشركة التجارية. وذلك باعتبارها أحد أهم الركائز الاقتصاديّة"[1]" والمعايير التي تقيم مدى قوّة الدّولة وتقدّمها فوعيا بخطورة هذه الرهانات كان على كل دولة تطمح لمواكبة هذه التطوّرات أن تعمل على تطوير منظومتها القانونية وتطويعها بشكل يتلاءم والتوجّهات الحديثة فكل بناء اقتصادي لا بدّ له من أساس قانوني صلب ومتطوّر وبما أنّ الشركة المساهمة هي النموذج الحقيقي لشركات الأموال وأفضل وسيلة لتجميع الثروة فقد أولاها المشرّع بأهمّية بالغة ومكانة خاصة.

وحيث أنّ الجمعيّة العمومية هي صاحبة السيادة العليا في شركة المساهمة وهي الإطار الدّستوري لتجسيد وبلورة الإرادة الجماعية والتعبير عنها بقرارات ملزمة تهمّ تسيير شؤونها وتنظيم حياتها وعلاقاتها فهي تتنوّع بتنوّع

1 "أ" فعلى المستوى الاقتصادي تسيطر الشركات المساهمة على مختلف دواليب الإنتاج الأمر الذي عبّر عنه الفقيه الفرنسيGeorges.RIPERT بقوله " لا نستطيع في المدن الكبرى أن نسكن أو نلبس وأن نؤمّن من التدفئة والإنارة أو نتنقّل من دون الخدمات التي تقدّمها شركات المساهمة حتّى لا يمكننا من دون مساهمتها العيش وحتّى الموت لأنّها مكلّفة أيضا بتأمين موكب الجنازات. "ب " ويقول أيضا ذات الفقيه " رغم أنّ الشركة من خلق الشركاء فهذا المخلوق يكون أعظم من خالقه وهذا التفوّق يفسّر بما للشركة من قدرة على تجميع رؤوس الأموال بفضل وسائل لا تتوفّر لدى الشخص الطّبيعي وهي تبعا لذلك أحسن أداة لتنظيم المؤسسة ولضمان مردوديتها.

"ا" ذكر في رسالة دكتوراه بعنوان التعسّف في استعمال حق التصويت داخل الجموع العامة لشركات المساهمة "جامعة القاضي عياض " "كلّية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية" "المغرب مرّاكش" " سنة 2001/2000 " إعداد "إمنار الحسين ص 1"

"ب " "فيصل عسيلة" " المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة في شركة المساهمة " " رسالة لنيل دبلوم الدّراسات العليا" " جامعة محمد الخامس" "كلّية العلوم القانونية والاقتصادية الرباط سنة 1991.1992 ص 2.

الغرض الذي تعقد من أجله فأمّا أن تكون جمعيّة عمومية تأسيسيّة أو جمعية عمومية عادية أو جمعية عمومية غير عادية.

وحيث أنّنا بصدد دراسة الإطار القانوني لانعقاد الجمعيّة العمومية العادية فإنّ تركيزنا ينصب حول المعايير الواجب التقيّد بها لسلامة انعقادها لما يترتّب عليها من قرارات ذات أهمّية بالغة.

الأمر الذي يترتب عليه إثارة تساؤل عن مدى إلزامية التقيّد بالإجراءات الشكليّة المنصوص عليها في القانون التجاري والأنظمة الأساسية للشركات وماهي الآثار المترتّبة عن الإخلال بهذه الإجراءات.

وبالرغم من أنّ الجمعيّة العمومية هي صاحبة السيادة فهذه السيادة لم تكن عملا إلا سيادة نظرية وبوجه خاص في شركة المساهمة الكبيرة ذلك أنّ انتشار الأسهم بين أيدي عدد كبير من المساهمين يجعلهم يسعون فحسب إلى انتشار أموالهم وقبض الأرباح المستحقّة دون أن تحدّوهم نيّة المشاركة ولم يعودوا يهتمّون بحضور الجمعيات ولا يعنون بأمور الشركة وخاصة في الشركات العامة حيث تتم عمليّة الإنابة في الكثير من الأحيان.

وبالرجوع إلى القانون التجاري اللّيبي نجد أنّ الجمعية العادية قد أفرد لها المشرّع مواد خاصة بها تنظّمها ابتداء من المادة "153" إلى غاية المادة " 166" وحتّى يتسنّى لنا معرفة آلية الانعقاد والشروط اللازمة والآثار المترتّبة.

سوف نقوم بتقسيم هذا البحث على النحو التّالي:

**المطلب الأوّل: انعقاد الجمعية العمومية العادية في شركة المساهمة**

**الفرع الأوّل: ألية انعقاد الجمعيّة العمومية العادية**

**الفرع الثاني: إجراءات دعوة الجمعية العمومية للانعقاد**

**المطلب الثاني: ضوابط انعقاد الجمعية العمومية العادية**

**الفرع الأوّل: ضمانات صحّة انعقاد الجمعية العمومية العادية**

**الفرع الثاني: الدعوى الثانية لاجتماع الجمعية العمومية العادية**

## المطلب الأوّل

## انعقاد الجمعية العمومية العادية بشركة المساهمة

تعتبر الجمعية العمومية العادية أهم الجمعيات وأكثرها عملا لأنّها تتألّف من جميع المساهمين أيّا كان أنواع أسهمهم.

وتعدّ الجمعيّة العمومية مصدر السلطات في الشركة ذلك أنّها تتولّى الرقابة على أعمال الإدارة وسير الاستغلال واشتراك المساهم فيها يعتبر من أعمال الإدارة التي تدخل في سلطاته وحضوره اجتماعات الجمعية العمومية. في الغالب يدعم الرقابة الفعليّة على إدارة الشركة ويعمل على دفع ما يقتضيه المشروع من وسائل لبلوغ أهدافه.

وقد استقرّ الفقه والقضاء بأنّ لكل مساهم حق الحضور في الجمعية العمومية للمساهمين ويعدّ ذلك من الحقوق الأساسية المستمدّة من صفته كشريك ولا يجوز حرمانه منه إلا برضائه فهو ينبثق من حق الملكيّة للأسهم ويعتبر من قواعد النظام العام والحرمان منه يعدّ بمثابة نزع ملكيّة"[1]".

ويقصد بانعقاد الجمعية العمومية العادية، الاجتماع الذي يعقده المساهمون عادة في بداية كل سنة مالية للشركة للنظر في مختلف أمورها واتّخاذ القرارات اللازمة بشأنها وهذا ما أكّده القانون التّجاري.

حيث نصّت المادة 163 ق.ت.ل في فقرتها السادسة على " يجب أن تعقد الجمعية العادية اجتماعا مرّة في السنة على الأقل خلال أربعة أشهر عقب انتهاء السنة المالية ويجوز إذا استدعت ظروف خاصة مد هذا الأجل على أن لا يتجاوز ستّة أشهر من انتهاء السنة المالية السابقة"[2]".

### الفرع الأوّل: أليـة انعقاد الجمعية العمومية العادية

تعتبر الاجتماعات العامة بمثابة اجتماعات تنعقد طبقا للقانون وطبقا للنظام الأساسي للشركة. تضم المساهمين في الشركة الذين خوّل لهم القانون الحق في حضور جلساتها وتعتبر أيضا السلطة العليا النهائية في شركات المساهمة التي تمثّل جميع المساهمين باعتبارهم أعضاء في هذا الجموع التي تتخذ قراراتها بالأغلبيّة صيانة للمصلحة

1 نصّت المادة 159 من قانون الشركات المصري على أنّه " لكل مساهم الحق في حضور الجمعية العامة للمساهمين بطريق الأصالة والنيابة كما يؤكّد ذات النص من المادة 522 من القانون التجاري اللّيبي الملغى التي تقضي بجواز حضور الجمعية العمومية للمساهمين.
ولكن قانون الشركات الفرنسي 1966 لم ينص صراحة على هذا المبدأ الا بخصوص الجمعيات العامة غير العادية والجمعيات الخاصة الوارد ذكرها في المادتين 156.166 من ذات القانون.

2 "لطيف جبر كوماني" " القانون التجاري" " الجامعة المفتوحة طرابلس ليبيا" " دار الكتب الوطنية بنغازي سنة 2000 ص 204.

العامة للشركة"[1]" التي تنبثق عنها مصالح المساهمين الخاصة وتنعقد الجمعية وفق إجراءات قانونية فرضها المشرّع مع الحفاظ للأنظمة الأساسية بخصوصيتها وتتم بالشكل الآتي.

**أوّلا: دعوة الجمعيّة العمومية للانعقاد**

نظّم المشرّع اللّيبي في القانون التجاري رقم 23 لسنة 2010 م. الآلية الّتي يتمّ بموجبها استدعاء الجمعية العمومية للانعقاد ولم يعطي هذا الحق لهيئة واحدة بالشركة أو لعدد معيّن من المساهمين غير محدود فقد فرض آلية يجب إتباعها حتّى تكون الاجتماعات صحيحة ولا تتعارض مع أحكام القانون مع الاحتفاظ للأنظمة الأساسية من إضافة لمستها التي تعزّز الضوابط والشروط المنصوص عليها في القانون.

**أ. دعوة الجمعية العمومية من قبل مجلس الإدارة:**

ما جرت عليه العادة هو أن يقوم مجلس إدارة الشركة المساهمة بدعوة الجمعية العمومية للانعقاد بداية السنة المالية وهذه الدعوة هي الأكثر شيوعا وانتشارا"[2]" أمّا باقي الدّعوات ليست استثناء ولكن يتمّ الالتجاء إليها في بعض الأحيان عند عدم امتثال أو قيام مجلس الإدارة بدعوة الجمعية العمومية.

فقد نصّت المادة 154 من ق.ت.ل على " يقوم مجلس الإدارة بدعوة الجمعية العمومية العادية للانعقاد بواسطة إعلان في إحدى الصحف اليومية إضافة إلى أيّة وسيلة من وسائل الاتّصال الالكترونية أو العادية يبيّن فيه يوم الاجتماع والساعة والمكان وجدول الأعمال وذلك قبل خمس عشرة يوما على الأقل من الموعد المحدد للاجتماع.

ويتّخذ قرار دعوة الجمعية العمومية للانعقاد خلال اجتماع مجلس الإدارة جماعي ولا يتّخذ بشكل فردي.

وبناء على ذلك يصدر قرار يوجب الانعقاد ويقوم عادة رئيس مجلس الإدارة بتنفيذ هذا القرار.

والتسأل هنا. هل يجب إخطار الجمعية العمومية قبل عقد مجلس إدارة الشركة لاجتماعه الخاص بدعوة الجمعية للانعقاد أم لا.

1 "مصطفى كمال طه" " الشركات التجارية" " المركز القومي للإصدارات القانونية" " مصر" " طبعة سنة 2018 ص 238

2 "علي البارودي" "محمد السيد الفقي" "القانون التجاري" " دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية" سنة 2006 ص 423 تقضي المادة 61 من القانون المصري رقم 159 لسنة 1981 بأنّه يجب أن تنعقد الجمعية العمومية للمساهمين مرّة على الأقل في السنة خلال الستة شهور التّالية لنهاية السنة المالية للشركة وذلك بناء على دعوة رئيس مجلس الإدارة في الزمان والمكان اللّذين يعيّنهما نظام الشركة كما أنّه يجوز لمجلس الإدارة توجيه الدّعوة لانعقاد الجمعية كلّما اقتضت الظروف ذلك.

بالرجوع إلى القانون اللّيبي لم نجد المشرّع نصّ صراحة أو ضمنا على ضرورة إخطار الجمعية العمومية واكتفى بالإعلانات المنصوص عليها سواء كانت في الصحف اليومية أو موقع الكتروني آخر ونرى أن يتم إخطار الجمعيّة بالموعد قبل صدور الدعوة ولو بفترة وجيزة لأنّ مدّة الخمسة عشر يوما في بعض الأحيان غير كافية.

كما نتساءل هل اشترط المشرّع اللّيبي تحقّق النصاب القانوني في اجتماع مجلس إدارة شركة المساهمة حتّى تكون الدعوة صحيحة.

المشرّع اللّيبي حدّد هيئة مجلس الإدارة بأنّها هي من تقوم بالدعوة, وبطبيعة الحال يجب أن يتحقّق النّصاب القانوني في اجتماعات مجلس الإدارة وعادتا ما يتمّ التنصيص على هذه الفقرة في الأنظمة الأساسية وبالرجوع إلى القانون التّجاري اللّيبي نجده لم ينص على توافر النّصاب لصحّة الاجتماعات كبعض التشريعات الأخرى"[1]" ولكن اشترط لصحّة القرارات موافقة الأغلبية المطلقة فقد جاءت المادة 179 ق.ت.ل على النحو الآتي "يشترط لصحّة قرارات مجلس الإدارة موافقة الأغلبية المطلقة لأعضائه ما لم ينص عقد التأسيس أو النّظام الأساسي على أغلبيّة أعلى ولا يجوز لعضو مجلس الإدارة أن ينيب عنه غيره ويقع باطلا أي صوت يعطي نيابة عن أي عضو غائب".

ومن وجهة نظر الباحث كان ينبغي على المشرّع أن ينص صراحة على وجوب توافر النصاب لصحة الاجتماع.

**ب- دعوة الجمعية العمومية من قبل هيئة المراقبة**

هيئة المراقبة هي عين الجمعية العمومية داخل شركة المساهمة وإذا كانت الرقابة على إدارة الشركة هي في الأساس حق أصيل للمساهمين يمارسونه من خلال الجمعية العمومية للشركة التي تضطلع على ميزانية الشركة وتناقشها وتطّلع على نشاط الشركة.

فإنّه في كثير من الأحيان فإنّ جانب الرقابة يحتاج إلى التخصص والمهنية الأمر الذي يتطلّب وجود هيئة متخصصة داخل الشركة.

1 الفصل 199 من مجلة الشركات التجارية التونسية مطابقة لآخر تعديل اقتضاه الأمر عدد 4953 لسنة 2013 المؤرّخ في 5 ديسمبر 2013 والذي نصّ على " لا تكون مداولات مجلس الإدارة صحيحة الا إذا حضرها نصف أعضائه على الأقل وكل تنصيص بالعقد التأسيسي على خلاف ذلك يعتبر باطلا وتتخذ القرارات بأغلبيّة أصوات الأعضاء الحاضرين أو الممثلين الا إذا نصّ العقد التأسيس على أغلبية أرفع من ذلك وفي صورة تعادل الأصوات يقع ترجيح صوت رئيس الجلسة الا إذا نصّ العقد التأسيسي على خلاف ذلك.

هذه الهيئة أعطاها المشرّع اللّيبي حق دعوة الجمعية العمومية العادية للانعقاد"[1]".

فقد نصّت المادة 203 من ق.ت.ل على " يجب على هيئة المراقبة أن تدعو الجمعية العمومية إلى الانعقاد وتقوم بنشر الإعلانات التي يفرضها القانون كلّما قصر مجلس الإدارة في ذلك.

ويجب عليها كذلك دعوة الجمعية العمومية للانعقاد لتعيين أو استكمال مجلس الإدارة إذا نقص لأي سبب كان عدد أعضائه عن النصاب القانوني المطلوب لصحّة الاجتماع ولها في حالة الضرورة أن تطلب من المحكمة تعيين مدير قضائي إلى حين تعيين مجلس الإدارة "[2]" من خلال استقراء نص المادة يتّضح لنا جليّا أنّ هيئة المراقبة لا توكّل لها مهمّة استدعاء الجمعية العمومية العادية بشكل أصيل ولكن حال تقصير مجلس الإدارة تقوم بهذه المهمّة فيما يخص الدعوى العادية. ولكن المشرّع فرض على هيئة المراقبة دعوة الجمعية العمومية للانعقاد حال نقص مجلس الإدارة عن النصاب القانوني المطلوب ولها في حالة الضرورة أن تطلب من المحكمة المختصّة تعيين مدير قضائي إلى حين تعيين مجلس الإدارة.

إذا هيئة المراقبة مطالبة في حالات معيّنة بضرورة دعوة الجمعيّة العمومية للانعقاد.

**ج- في حالة الخلو من أغلبيّة في المجلس.**

جاءت المادة 178 من القانون التجاري الليبي واضحة الدلالة حيث نصّت في فقرتها الثانية على " إذا خلت عضوية أغلبية المجلس وجب على من بقي منهم في الوظيفية القيام بدعوة الجمعية العمومية إلى الانعقاد لاستكمال تعيين أعضائه الموجودين وقت تعيينهم.

إذا أوجب المشرّع اللّيبي على من تبقى من أعضاء مجلس الإدارة القيام بدعوة الجمعية العمومية للانعقاد، ولكن المشرّع لم يبيّن لنا كيفيّة الدعوة وما إلى غير ذلك كما أشرنا سلفا.

أم عن طريق مذكّرة توضيحيّة لأنّ النصاب القانوني لمجلس الإدارة غير محقّق.

من وجهة نظر الباحث أنّ المشرّع اللّيبي في المادة "203" قد أعطى الحق لهيئة المراقبة دعوة الجمعية العمومية العادية حال نقص مجلس الإدارة عن النصاب المطلوب لذا وحتّى تسيير الأمور وفق صحيح القانون نرى أن تختص الهيئة بهذا الدور وفقط.

---

1 "محمد عبد الله عبد العالي" "بحث منشور بعنوان هيئة المراقبة ودورها في إدارة الشركة المساهمة ""مجلة البحوث الأكاديمية العدد العاشر ص 200

2 "د.سعد سالم العسيلي" " شرح قانون النشاط التجاري اللّيبي الجديد" " الطبعة الأولى 2010 ص 442

د. **دعوة الجمعية العمومية عن طريق المصفون خلال فترة التصفية.**

بمجرّد حل الشركة لأي سبب فإنّها تدخل في مرحلة التصفية حيث تتم جميع العمليات اللازمة لإنهاء تعهدات ومركز الشركة وذلك عن طريق جرد الأصول والخصوم أي تحصيل ما للشركة ودفع ما عليها وتحويل موجوداتها إلى نقود قصد توزيعها على المساهمين بواسطة القسمة.

ولعمل المصفيين خصوصية حيث لا يجوز لهم مباشرة أعمالهم ومهامهم إلا بعد قيد قرار تعيينهم في السجل التجاري مصحوبا بنماذج لتوقيعاتهم الخطّية وكذلك نشر قرار تعيينهم بالطرق المقرّرة قانونا خلال عشرة أيام من تاريخ قيد القرار في السجل التجاري، وتستمر مهام واختصاصات الجمعية العمومية للشركة وهيئة المراقبة طوال فترة التصفية بالقدر الذي لا يتعارض مع إجراءاتها. ولقد أعطى المشرّع الحق للمصفى بدعوة الجمعية العمومية العادية حيث نصّت المادة 49 من ق.ت.ل " يجب على المصفى قبل انتهاء مهمته أنّ يدعو الشركاء للاجتماع للموافقة على انتهاء التصفية وإقرار حساباتها الختامية وإبراء ذمة المصفى ويكون اجتماع الشركاء في هيئة جمعية عمومية عادية بحسب الأوضاع والشروط التي يتطلّبها الشكل القانوني للشركة وللمصفى إن كان شريكا الحق في المناقشة والتصويت إذا لا تقتصر دعوة الجمعية العمومية على مجلس الإدارة وفقط بل أعطى المشرّع اللّيبي هذه الخاصية للمصفيين فعقد اجتماع الجمعية العمومية حتّى في فترة التصفية مستمرّا".

**هـ- دعوة الجمعية العمومية للانعقاد بطلب من أقلّية من المساهمين:**

على مجلس الإدارة دعوة الجمعيّة العمومية للانعقاد دون تأخير إذا طلب ذلك عدد من المساهمين يمثّل عشر رأس مال الشركة على الأقل وبيّنوا في طلبهم المسائل المراد بحثها فإذا لم يقم مجلس الإدارة بذلك أو هيئة المراقبة بدلا منه دعا رئيس المحكمة الابتدائية بناء على طلب هؤلاء المساهمين الجمعية للانعقاد بأمر يصدره ويبين فيه الشخص الذي يرأس من الاجتماع هكذا جاءت المادة 155 من القانون التجاري اللّيبي.

ومن خلال استقراء نص المادة 155 " نجد المشرّع اللّيبي فرض على مجلس الإدارة الاستجابة لطلب أقليّة المساهمين وحدد النسبة واشترط أن يتم تبيان المسائل المراد بحثها وإلا دعا السيد المحكمة الابتدائية للاجتماع وما نلاحظه عن هذا النص أنّ المشرّع لم يبين الجزاء عند الإخلال بعدم دعوة الجمعية العمومية من قبل مجلس الإدارة لذا نأمل إضافة المسؤوليّة تكملة للنص

**و: انعقاد الجمعية العمومية العادية دون دعوة.**

إذا حضر الاجتماع كامل رأس المال وحضره مجلس الإدارة وهيئة المراقبة تعتبر الجمعية العمومية منعقدة انعقادا صحيحا.

هذا ما جاء في الفقرة الأخيرة للمادة 154 من ق.ت.ل هنا المشرّع أجاز الاجتماع شريطة حضور مجلس الإدارة وهيئة المراقبة.

والسؤال هل مجرد اكتمال النصاب القانوني لمجلس الإدارة بمثابة حضور كامل أم بالضرورة حضور كل الأعضاء. وهل هيئة المراقبة لا بد من حضورها بأكملها أم يكفي حضور عدد أم يكفي حضور عدد اثنين منهما فقط. لذا نأمل من المشرّع توضيح هذه الفقرة أكثر حتى لا تصبح محل للطعن المشروع بأخذ الية معينة عند الحضور.

**الفرع الثاني: ضوابط دعوة الجمعية العمومية للانعقاد**

نظّم المشرّع اللّيبي الآلية القانونية التي يجب الالتزام بها أثناء دعوة الجمعية العمومية للانعقاد حيث تعد هذه الإجراءات ضوابط قانونية يترتب عليها البطلان حال تخلّفها.

وسوف نقوم بدراسة هذه الإجراءات من بدايتها مرورا بكل المراحل

**أوّلا: نشر أخطار دعوة الجمعيّة العمومية:**

يجب أن تكون الدعوة لانعقاد الجمعيّة العمومية العادية بإخطار يتضمّن بيانات الشركة وتاريخ وساعة انعقاد الجمعية ومكان الاجتماع وجدول الأعمال.

وحتّى يتحقّق علم المساهمين بالدعوة إلى الاجتماع فإنّه يجب نشر الأخطار بالدعوة إلى الاجتماع في إحدى الصحف اليومية إضافة إلى أيّة وسيلة من وسائل الاتّصال الالكترونية أو العادية.

والسؤال الذي يتبادر إلى أذهانا هل دعوة الجمعية العمومية العادية تكون بذات الصيغة لكل من له حق الاستدعاء لاجتماعها العادي.

للإجابة على هذا السؤال يجب الرجوع للقانون التجاري للنّظر في المواد الخاصة بكل هيئة لها حق الاستدعاء حين نظّم المشرّع الخاصة بكل هيئة وأعطاها خصوصية معيّنة.

**أ. مجلس إدارة الشركة:** نصّت المادة 154 ق.ت.ل على " يقوم مجلس الإدارة بدعوة الجمعية العمومية للانعقاد بواسطة إعلان في إحدى الصحف اليومية إضافة إلى أي وسيلة من وسائل الاتّصال الالكترونية أو

العادية يبيّن فيها يوم الاجتماع والساعة والمكان وجدول الأعمال وذلك قبل خمسة عشر يوم على الأقل من الموعد المحدد للاجتماع.

إذا المشرّع نظّم هذه الإجراءات وأفرد لها مادة تبيّن كيفيّة اتّخاذ ما يلزم من شكليات لضمان صحّة الانعقاد.

**ب. هيئة المراقبة:** تنص المادة 203 ق.ت.ل على " يجب على هيئة المراقبة أن تدعو الجمعية العمومية إلى الانعقاد وتقوم بنشر الإعلانات التي يفرضها القانون كلما قصر مجلس الإدارة في ذلك ويجب عليها كذلك دعوة الجمعية العمومية للانعقاد لتعيين أو استكمال مجلس الإدارة إذا حدث نقص لأي سبب كان عدد أعضائه عن النصاب القانوني المطلوب لصحة الاجتماع ولها في حالة الضرورة أن تطلب من المحكمة المختصّة تعيين مدير قضائي إلى حين تعيين مجلس إدارة."**1**"

من خلال استقراء نص المادة يتّضح لنا أنّ ذات الإجراءات التي يتّبعها مجلس الإدارة تتبعها هيئة المراقبة في دعوة الجمعية العمومية حيث أنّ مراعاة كل الشروط أمر مهم يترتّب عليه البطلان حال عدم التقيّد به.

**ج. دعوة المصفي:** نصّت المادة 49 ق.ت.ل على " يجب على المصفّى أن يدعو الشركاء للاجتماع للموافقة على انتهاء التصفية وإقرار حساباتها الختامية وإبراء ذمّة المصفّى ويكون اجتماع الشركاء في هيئة جمعية عمومية عادية بحسب الأوضاع والشروط التي يطلبها الشكل القانوني للشركة.

**د– دعوة أقلّية المساهمين:** لم يبيّن المشرّع اللّيبي في نص المادة 155 ق.ت.ل آلية الدعوة فيما يخصّ أقلّية المساهمين كما فعل ونظّمها في مجلس الإدارة وهيئة المراقبة ولكن لهم تنفيذ الطلب المقدّم من الأقلّية بذات الضوابط المفروضة بحكم القانون عن طريق مجلس الإدارة أو هيئة المراقبة أو عن طريق المحكمة الابتدائية.

من خلال ما سبق يتّضح لنا إجراءات الدعوى تكاد تكون واحدة حيث يجب توافر شروطها الشكليّة.

---

1 لقد أثارت إمكانية استدعاء الجمعيّة العامة من طرف الوكيل القضائي بعض الخلاف بين الفقه والقضاء فكان هناك رأي يعتبر أنّ طبيعة اختصاصاتها تحوّل دون دعوتها بهذه الطريقة التي تناسب أكثر الجمعية العادية والتي يقصد بها تحريك دواليب الإدارة.

أنظر .Bastion.mots. S/casscom

7.3.1956.JCP.1956 /19396

في حين ذهب رأي آخر إلى جواز ذلك إذا اقتضته ظروف ومصلحة الشركة.

CA.PARIS.19.7.1935.S.1936.2.33 Note.Rousseau / Casscom.7.356

PRECITE/NOIREL.OP CIT.P.301 مشار اليه عند الدكتور حسين الماجي الشركات التجارية مرجع سابق ص 225

**ثانيا: موعد نشر الدعوة:**

موعد نشر الدعوة أو المدّة الزمنيّة التي تستطيع الهيئة التي تقوم بدعوة الجمعيّة العموميّة العادية خلالها هذه الفترة التي يستطيع فيه المساهمين تجهيز كل ما يتطلّبه الاجتماع للخروج بأكثر فوائد للشركة.

حدد المشرع اللّيبي في المادة 154 من ق.ت.ل " مدّة نشر الدعوة بالحد الأدنى أي قبل خمسة عشر يوما من الاجتماع.

ولكن هل قصد المشرع أنّ حال عدم التقيّد في الموعد حتى بيوم يعد الإجراء باطلا.

يفهم من نص المادة أنّ الحد الأدنى خمسة عشر يوما قبل الاجتماع ولكن القانون لم يعارض على أنّ تكون المدة أكثر أي يكون الإعلان قبل أكثر من خمسة عشرة يوما.

والسؤال المطروح هنا هل كل الهيئات المذكورة سلفا مقيّدة بذات المواعيد.

بالرجوع إلى النصوص المتعلّقة بكل الهيئات والتي تمّ الإشارة إليها نجدها تكاد تكون متّفقة ومتساوية غير أنّ دعوة المحكمة الابتدائية للاجتماع لم يتحدّث عنها المشرّع من ناحية المدّة المطلوبة للدعوة لذا نأمل من المشرّع تحديد المدّة.

**ثالثا. بيانات إخطار الدعوة:**

يذكر اسم الشركة وعنوان مركزها الرئيسي ومقدار رأس المال ورقم القيد بالسجل التّجاري ومكانة وتاريخه وقاعة الاجتماع ومكانه وبيان ما إذا كانت الجمعيّة العمومية عادية أو غير عادية وجدول الأعمال.

وبيان تاريخ ومكان انعقاد الاجتماع الثاني في حالة عدم توافر النصاب وإذ لما يكتمل النّصاب في الاجتماع الأوّل وجب دعوة الجمعية إلى اجتماع ثاني يعقد خلال ثلاثين يوما التالية للاجتماع الأوّل ويجوز أن تتضمّن الدعوة إلى الاجتماع الأوّل تحديد موعد الاجتماع الثاني حال عدم اكتمال النصاب القانوني ما لم ينص النّظام الأساسي للشركة على خلاف ذلك.

فقد نصّت المادة 162 من ق.ت.ل على " إذا لم يكتمل النصاب القانوني المقرّر لصحّة الاجتماع وجب أن تدعى الجمعية العمومية للانعقاد من جديد ويجوز أن يحدّد موعد الاجتماع الثاني في الإعلان الأوّل بشرط ألا يكون الاجتماعان في يوم واحد وإذا خلا الإعلان الأوّل من ذكر موعد الانعقاد الثاني للجمعية وجب نشر إعلان جديد خلال ثلاثين يوما من تاريخ الاجتماع الأوّل.

## المطلب الثاني

## ضوابط انعقاد الجمعية العمومية العادية

بالتأكيد أنّ الأهمّية البالغة للجمعية العمومية تتطلّب توافر الإجراءات القانونية المنصوص عليها في القانون التجاري والأنظمة الأساسية للشركات حيث أنّ هذه الإجراءات يترتّب عليها صحّة الاجتماعات من عدمها.

لذلك يجب مراعاة كل الشروط القانونية المطلوبة منعا لإهدار الوقت والجهد والتكاليف المالية التي ترتّب على مثل هذه الاجتماعات وسوف نقوم في هذا المطلب بدراسة هذه الإجراءات في فرعين اثنين نخصّص الفرع الاول لدراسة ضمانات صحّة انعقاد الجمعية العمومية العادية والفرع الثاني نخصّصه لدراسة الدعوى الثانية لاجتماع الجمعية العمومية العادية.

### الفرع الأوّل: ضمانات صحّة انعقاد الجمعية العمومية العادية

انّ انعقاد أي اجتماع يضمّ عدّة أشخاص ينتمون إلى نفس المجموعة القانونية يستوجب توفّر بعض الشروط التي تضمن مشروعيته وصحّته الشكليّة ومنها على الخصوص حضور عدد كاف للتعبير عن الإرادة الجماعية كما يجب أن يتحصّلوا قبل المجيء على المعلومات الضرورية حول القضايا الموضوعية على بساط البحث.

وتعتبر الجمعية العمومية مصدر السلطات ذلك أنّها تتولّى الرقابة على أعمال الإدارة وسير الاستغلال واشتراك المساهم فيها يعتبر من أعمال الإدارة "[1]" التي تدخل في سلطاته وحضوره اجتماعات الجمعية العمومية في الغالب يدعو الرقابة الفعلية على إدارة الشركة ويعمل على دفع ما يقتضيه المشروع من رسائل لبلوغ أهدافه وحتّى في الحالات التي تتعلّق بتعديل نظام الشركة فإنّ المساهم يساعدها في اتّجاه السير لتجاوز العقبات وتنمية نشاطها وتحقيق غاياتها في صورتها المعدّلة الجديدة.

وقد استقرّ الرّأي لدى الفقه والقضاء بأنّ لكل مساهم حق الحضور في الجمعية العمومية للمساهمين ويعدّ ذلك من الحقوق الأساسية المستمدّة من صفته كشريك ولا يجوز حرمانه منه الا برضاه فهو ينبثق من حق الملكية للأسهم ويعتبر من قواعد النظام العام والحرمان منه يعد بمثابة نزع ملكية.

1 "د.أبو زيد رضوان " " الشركات التجارية في القانون التجاري المصري ص 5 دار النهضة العربية

كذلك لا خلاف أنّه يجوز لقانون الشركة تنظيم استعمال هذا الحق ولكن لا يجوز أن يخل به أو ينص على خلافه"**1**".

ويثبت الحضور في سجل تدرّج فيه البيانات الآتية:

1. الاسم الثلاثي لكل مساهم حضر الجمعية بنفسه ومحل إقامته وعدد الأسهم التي يحوزها وعدد الأصوات التي تخوّلها له.

2.الاسم الثلاثي لكل مساهم مثل بالجمعية بواسطة نائب ومحل إقامته وعدد الأسهم التي يمثّلها وعدد الأصوات التي تخوّلها له هذه الأسهم كما تحتفظ الشركة بسندات النيابة عن المساهمين سواء كانت توكيلات أو قرارات أو وصاية، حيث نصّت المادة 158 من ق.ت.ل على " يجوز للمساهمين أن ينيبوا عنهم من يمثّلهم في الجمعية العمومية ما لم ينص عقد التأسيس على خلاف ذلك ويجب أن تكون الإنابة ومستنداتها الخاصة كتابية وتحفظ في مركز الشركة ولا يجوز لأعضاء مجلس الإدارة أو المديرين العامين أن يمثّلوا المساهمين في الجمعية. ونصّت المادة 156 ق.ت.ل على " يجوز حضور الجمعية العمومية للمساهمين المثبتة أسماؤهم في سجل الشركة قبل خمسة أيام من موعد الاجتماع على الأقل وكذلك بالنسبة للمساهمين الذين أودعوا خلال نفس المدّة أسهمهم في مركز الشركة الرئيس أو أحد المصارف المبيّنة في دعوة الاجتماع.

إنّ انعقاد أي جمعية عمومية يقتضي لاعتباره صحيحا حضور نسبة معيّنة من المساهمين سواء بصفة شخصيّة أو بالوكالة وهو ما يطلق عليه عادة بالنصاب القانوني للاجتماع واشتراط توافر هذا النصاب ليس مسألة شكلية بسيطة بل له أهمية جوهرية قصوى بالنسبة لمشروعية المداولات وصحّة القرارات المنبثقة عنها

**أوّلا: تحقّق النصاب:**

تفاديا لاتخاذ الجموع العامة لقرارات لا تعبّر إلا عن إرادة أقليّة رأس مال الشركة، فقد استلزم المشرّع لصحّة انعقادها تحقّق النصاب مما يتعيّن معه تحديد المقصود به وكيفيّة حسابه ثمّ الجزاءات المترتّبة عن الإخلال بالمقتضيات الوارد بشأنه.

ويقصد بالنصاب نسبة رأس المال الواجبة أن تكون حاضرة أو ممثلة لتنعقد الجمعية العمومية للمساهمين بشكل صحيح تلك النسبة التي تختلف باختلاف طبيعة الجمعية العامة بانعقاد الجمعية العمومية العادية في

1 " محمد عمار تيبار" رسالة دكتوراه بعنوان الحقوق الأساسية للمساهم في الشركة المساهمة دراسة مقارنة الجزء الأوّل" " جامعة عين شمس" " جمهورية مصر ص 458

المرّة الأولى"1" يختلف نصابها عن الدعوة الثانية للانعقاد وبمعنى آخر يجب لكي يكون الاجتماع الأوّل صحيحا أن يملك المساهمون الحاضرون نصف رأس المال على الأقل فإن لم يتحقّق ذلك وجّهت الدعوة لاجتماع ثاني لا يفرض فيه أي نصاب.

وقد نصّت المادة "164" ق.ت.ل على " تعتبر الجمعية العمومية العادية منعقدة انعقادا صحيحا إذا حضرها عدد من الأعضاء يمثّل نصف رأس مال الشركة على الأقل باستثناء الأسهم المحدودة حق التصويت وتتخذ الجمعية العمومية قراراتها بأغلبية رأس المال الحاضر الا إذا كان عقد التأسيس أو النظام الأساسي ينص على أغلبية أعلى.

باستقراء نص المادة يتبيّن لنا أنّ المشرّع اللّيبي اشترط النصاب القانوني في اجتماع الجمعية العمومية الأوّل حيث أعتبر أنّ حضور أقل من النصاب القانوني يبطل الاجتماع.

**ثانيا. إثبات حضور مجلس الإدارة:**

يثبت أعضاء مجلس الإدارة حضورهم يقيد أسماءهم الثلاثية في سجلّات مع توقيعهم. فعمليّة الإثبات أي إثبات الحضور يقرّرها آمين سر الجمعية العمومية في أغلب الأحيان كما سبق وتحدّثنا عنها سلفا.

ولكن المهم هل عدم حضور أعضاء مجلس الإدارة يبطل الاجتماع؟

للإجابة على هذا السؤال يجب الرجوع للقانون التجاري، نجد أنّ بعض المواد أشارت إلى حضور مجلس الإدارة ولكن لا يوجد نص خاص يعلّق قانونية الاجتماع على حضور أعضاء المجلس إلا الفقرة الأخيرة من المادة 154 في حال الانعقاد دون موعد, فقد نصّت المادة 154 على " ويجوز أن يتضمّن جدول الأعمال في الجمعيات العمومية بند ما يستجد من أعمال وذلك بإضافة أي موضوعات مقدّمة من قبل المساهمين يمثّلون عشر في المائة من رأس المال وبشرط أن تقدّم إلى مجلس الإدارة قبل خمسة أيام من الموعد المحدد لانعقاد الجمعية العمومية وعندئذ يتوجّب على رئيس الجمعية ذكر هذه الأعمال في بداية اجتماع الجمعية وإذا لم تراع هذه الإجراءات ومثل في الاجتماع كامل رأس المال وحضره مجلس الإدارة وهيئة المراقبة تعتبر الجمعية العمومية منعقدة انعقادا صحيحا.

1 "امنار الحسين" "التعسّف في استعمال حق التصويت داخل الجموع العامة لشركات المساهمة "، "رسالة دكتوراه" " جامعة القاضي عياض" "كلّية العلوم القانونية والاقتصادية مرّاكش سنة 2000.2001 ص 64

ونصّت المادة 160 على " القرارات التي تتخذها الجمعية العمومية طبقا للقانون ولعقد التأسيس والنظام الأساسي ملزمة لكل المساهمين ويجوز لمجلس الإدارة وهيئة المراقبة وللمساهمين الغائبين والمعارضين أن يطعنوا في صحة القرارات المتخذة.

هنا نجد المشرّع قد أشار لحضور مجلس الإدارة.

خاصة وأنّ مجلس الإدارة في اجتماع الجمعية العمومية يقوم بعرض نشاط الشركة.

**ثالثا. رئاسة الجمعية العمومية العادية**

نصّت المادة 157 من ق.ت.ل على " يرأس الجمعية العمومية الشخص المعين بعقد التأسيس أو النظام الأساسي وإذا لم ينص العقد أو النظام الأساسي على تعيين الرئيس أو تغييب الشخص المعين فللحاضرين اختيار الرئيس في اجتماع تمهيدي يرأسه رئيس مجلس الإدارة ويتولّى رئيس الجمعية تعيين أمين سر وشخصين لفرز الأصوات.

**الفرع الثاني: الدعوى الثانية لاجتماع الجمعية العمومية العادية**

على الرغم من أنّ الجمعية العمومية هي صاحبة السلطة العليا في الشركة والمجال الوحيد " نظريا" للمداولات واتّخاذ القرارات التي تهم حياتها وشؤونها الّا أنّ الإقبال عليها ليس أمرا حتميّا ولذلك فإنّ بعض المساهمين لا يهمهم كثيرا موضوع المشاركة في اجتماعات الجمعية العادية ولا يبالون بالتالي بحياتها وما يترتّب عنها من مشاكل إلا بالقدر المرتبط مباشرة بالحصيلة المالية الأمر الذي يسبب في تأجيل الاجتماع إلى وقت لاحق"[1]" ولاسيما الاجتماع العادي "[2]"

فقد نصّت 162 من ق.ت.ل على " إذا لم يكتمل النصاب القانوني لصحة الاجتماع وجب أن تدعى الجمعية للانعقاد من جديد.

1 لقد اعتمد المشرّع المصري طريقة مغايرة يكون من المفيد الإشارة إليها. فقد اشترط أن يمثّل الحاضرون نصف رأس المال على الأقل فإنّ لم يتوافر هذا النصاب أصدرت الجمعية قرارا مؤقّتا بأغلبيّة الأصوات الحاضرة على أن تدعى مرّة أخرى بعد ثمانية أيام على الأقل لإصدار قرار نهائي وفي هذه الحالة يكون الاجتماع صحيحا إذا حضره من يمثّل ربع أسهم رأس المال على الأقل ويكون القرار صحيحا إذا وافقت عليه أغلبية ثلثي رأس المال الذي يملكه الحاضرون (فقرة 2 معدله بالقانون رقم 155 والمادة 49 فقرة 30) راجع القانون المصري المعدل

2 أ. عبد الوهاب المريني" " رسالة دكتوراه بعنوان سلطة الأغلبية في شركة المساهمة في القانون المغربي " " جامعة محمد الخامس أكذال " سنة 1996.1997 ص 180

ويجوز أن يحدد موعد الاجتماع الثاني في الإعلان الأوّل بشرط ألا يكون الاجتماعات في يوم واحد وإذا خلا الإعلان الأوّل من ذكر موعد الانعقاد الثاني للجمعية وجب نشر إعلان جديد خلال ثلاثين يوما الاجتماع الأوّل.

باستقراء نص المادة يتبيّن لنا الآتي.

**أ.** يتمّ تأجيل الاجتماع في حالة عدم توافر النصاب القانوني.

**ب.** تدعى الجمعية العمومية من جديد بذات الضوابط المنصوص عليها في المادة "154" من ق.ت.ل.

**أوّلا: مهام رئيس الجمعيّة العمومية**

يقوم رئيس الجمعية العمومية العادية بالإشراف على الاجتماع وإدارته والتحقّق من تمام الشروط الواجب توافرها لانعقاد الجمعية العمومية لأنّه في حال تخلّف أحد هذه الشروط يبطل الاجتماع بسبب الإخلال القانوني ويجعله قابلا للطعن في صحّة انعقاده.

**أ. الإشراف التام على مسار الاجتماع**

عندما يكتمل النصاب القانوني اللازم لانعقاد الجمعية العمومية العادية فإنّه يمكن البدء في مناقشة أو تداول الأمور الواردة في جدول الأعمال ويدار هذا الجمع بواسطة مكتب مكوّن من رئيس ومدقيقين اثنين. وهي عادة من أكبر المساهمين الحاضرين أو الممثلان اللذان يقبلان هذه المهمة إضافة إلى كاتب "[1]" ويتولّى هذا المكتب مراجعة شروط صحّة انعقاد الجمع من حيث توفّر صفة المساهمين وعدد أصواتهم والحق في حضور الجلسات وصحّة التمثيل وأداة المناقشات والإشراف على الجلسة بصفة عامة وتنظيم ورشة الحضور والمصادقة عليها وهو الذي يعدّ محضر الجلسة.

**ب. تعيين آمين سر وفارزان للأصوات.**

آمين السر هو الشخص المسؤول عن الإعداد والتنسيق لاجتماعات مجلس الإدارة ولجانه وكذلك اجتماعات الجمعية العمومية وتسجيل محاضرها وتوثيقها ومتابعة تنفيذ القرارات المتخذة.

ويعيّن رئيس الجمعية العمومية في بداية الاجتماع آمين السر وجامعي الأصوات إعلان نسبة حضور المساهمين واثبات ذلك في سجل الحضور والتوقيع عليه ثمّ يعلنه رئيس الجمعية"[2]" ويجوز أن يرشح رئيس الجمعية

1 المادتان 146.147 من مرسوم 23 مارس 1967 الفرنسي.

2 الهيئة العامة للرقابة المالية " دليل حماية المساهمين في الجمعيات العمومية " " جمهورية مصر العربية ص 17"

العمومية آمين سر من خارج الشركة شريطة موافقة باقي الأعضاء ولعلّ الأنظمة الأساسية في الشركات التجارية تضع الضوابط والأجور التفصيلية فيما يخص هذه المسائل.

**ثانيا: فعالية المشاركة في الجمعية العمومية**

إنّ الغاية من انعقاد الجمعية العمومية بمختلف أنواعها هي اتّخاذ قرارات تهم حياة الشركة ونشاطها ويتجاوز نطاقها حدود اختصاص مجلس الإدارة وصلاحياتهم.

ونظرا للأهمّية التي تكتسيها الجمعية كهيأة ذات ولاية شاملة وسلطة واسعة عليا فإنّ القرارات التي تتخذها تكون ملزمة لجميع المساهمين نافذة اتجاههم بأكملهم سواء منهم من وافق عليها أو من اعترض أو من لم يشارك أصلا في المداولات مع الاحتفاظ لهم بحق الطعن.

وحتّى لا يكون حضور المساهم جسديّا فقط بل فكريّا أيضا فقد كان لا بد من وضع نظام يضمن فعالية المداولات.

**أ. جدول الأعمال**

انّ كل اجتماع لأيّة مجموعة كانت ينبغي لجديته أن يكون له موضوع معين يتم بيانه وتحديده من قبل حتّى يكون كل المساهمين على بينة من القضايا التي ستعالجها الجمعية العمومية "[1]" فإنّه ينبغي توفّرها قبل انعقادها على جدول أعمالها مفصّلا ضمانا للعلم المسبّق بما هو مطروح ولعدم مفاجأة المساهمين بأمور لم تكن محددة من قبل وأجاز القانون إضافة ما يستجد من أعمال في المادة "154" ق.ت.ل حيث نصّت على " يجوز أن يتضمّن جدول الأعمال في الجمعيات العمومية العادية بند ما يستجد من يمثلون عشرة في المائة من رأس المال ويشترط أن تقدّم إلى مجلس الإدارة قبل خمسة أيّام من الموعد المحدد لانعقاد الجمعية العمومية.

وعندئذ يتوجّب على رئيس الجمعية العمومية ذكر هذه الأعمال في بداية اجتماع الجمعية وضمّها إلى البنود المذكورة في الإعلان بشرط موافقة أغلبيّة الحاضرين.

1 نجد المشرّع الفرنسي في الفقرة الثالثة من المادة 160 من قانون 24 يوليوز 1966 ينصّ على " أنّه لا يمكن للجمع العام أن يتداول في أيّة مسألة لم يتم إدراجها في جدول الأعمال كما ترتّب الفقرة الأولى من المادة 173 من نفس القانون "البطلان على مخالفة أحكام المادة 160 أي بطلان مداولات الجمع العام بخصوص النقط التي لم تدرج في جدول الأعمال.

أنظر إلى عبد الواحد حمداوي " أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص " جامعة محمد الأوّل كلّية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجده سنة 2000.2001 ص 287

**ب. نصاب الجمعية العادية في الاجتماع الثاني.**

إنّ انعقاد أيّة جمعية عمومية يقتضي لاعتباره صحيحا حضور نسبة معيّنة من المساهمين سواء بصفة شخصية أو بالإنابة وهو ما يطلق عليه بالنصاب القانوني للاجتماع واشتراط توافر هذا النصاب ليس مسألة شكليّة بسيطة بل له أهمّية جوهرية قصوى بالنسبة لمشروعية المداولات وصحّة القرارات المنبثقة عنها وما جرت عليه العادة وما أقرّته التشريعات ضرورة توافر النصاب القانوني في الاجتماعات. ولكن في اجتماع الجمعية العمومية العادي الثاني المشرّع قد نصّ في المادة 165 على " يكون الاجتماع الثاني للجمعية العمومية العادية صحيحا مهما كان عدد الحاضرين ومهما بلغت قيمة رأس المال الذي يمثّلونه ولا يجوز النظر في غير ما تضمّنه جدول أعمال الاجتماع الأوّل وتتخذ القرارات بأغلبية رأس المال الحاضر.

**ج. الحصول على المعلومات الضرورية**

إنّ موضوع الاستعلام والاطّلاع على مختلف الوثائق الكفيلة بتنوير فكر ورأى المساهمين المدعوين إلى الجمعية العمومية يحتل اليوم مكانة هامة في حقوق المساهم وفي نظام تسيير شركات المساهمة لأنّ الإلمام بهذه المعلومات يعطي مجالا واسعا لتنوير فكر المساهم وإعلام المساهمين ليس غاية في ذاته وإنما هو وسيلة قد يتوقّف عليها قرار المساهم بالحضور من عدمه في الجمعية والمشاركة بإيجابية في مداولاتها والتصويت على قراراتها.

هذا الحق من النظام العام لا يجوز للنظام الأساسي تقييده أو إلغاؤه"[1]" وفضلا عن أهمّية إعلام المساهم في جعله فاعلا داخل الشركة فإنّ للإعلام أهمّية أخرى في الرقابة والإشراف من قبل المساهمين على ممارسة هيئات الشركة لسلطاتها في تسيير شؤون الشركة "[2]"ومهمة الرقابة والإشراف هذه تقتضي أن تكون الشركة بالنسبة للمساهمين كأحواض أسماك الزينة الزجاجية والتي يمكن مشاهدة ما يجري بداخلها بوضوح.

1 د. "حسين الماحي" الشركات التجارية سنة 2000 ص 407"

2 قرار المحكمة التجارية الصادر في بيروت في 1960/08/01 وكذلك قرار محكمة استئناف بيروت الصادر في 1960/01/19، أشار اليه فؤاد سعدون عبد الله "إدارة الشركات المساهمة بين حقوق المساهمين وهيمنة مجلس الإدارة ورئيسه الواقع والحلول " دار أم الكتاب" بيروت سنة 1995 ص 90

## الخاتمة

أنّ الجمعية العادية ملزمة من أجل البث في موضوع معيّن بالتداول فيه وحوله تمّ اتخاذ القرار المناسب وفق الشروط المقدرة لذلك ومهما كانت القوة المالية لبعض المساهمين فإنّهم لا يستطيعون بإرادتهم وحدهم لتعبير بصورة قانونية مشروعة عن إرادة الشركة الا في إطار الجمعية العمومية العادية ذلك أنّ قرارها لا يتّخذه شخص واحد ولو كان صاحب الأغلبية المطلقة ولكن يتّخذه مجموع الشركاء الحاضرين أو الممثلين إنّه قرار يعبّر عن الإرادة الجماعية لمجموع الشركاء أي للشركة وباعتباره تصرّفا قانونيا جماعيّا فإنّه يحتاج في تكوينه إلى عدة إرادة منفردة في مبتداها ولكن يجمعها خيط واحد وغاية مشتركة وهذا ما يفرز إحدى أهم النتائج الأساسية الكبرى لاعتبار القرار الصادر عن المداولات تعبيرا عن الإرادة الجماعيّة وهي قوّته التنفيذية وظيفيّة الملزمة التي تجعله يسري وبطبعه في حق جميع الشركاء بمن فيهم أولئك الذين لم يكونوا موافقين عليه أو لم يشاركوا في اتّخاذها وحتّى يكون الانعقاد صحيحا اشترط المشرّع مجموعة من الضوابط تحدّثنا عنها سلفا وأعتبرها هي من يقوم عليها شرعيّة الاجتماع فهذه المعايير حاولنا بقدر المستطاع شرحها جملة وتفصيلا من أجل استنباط ما يهدف اليه المشرّع وبطبيعة الحال هناك اختلاف في هذه الشروط والمعايير في اجتماع الجمعية العمومية العادية في دعوتها الأولى والثانية ولذلك تمّ فصل دراسة كل دعوة على حدة محاولة لتوضيح أهم القرون الجوهرية من أجل تجنّب الأخطاء القانونية في آلية دعوة الجمعية العمومية وما يترتّب عليها من بطلان نتيجة عدم الالتزام والتقيّد بما جاء في الخصوص التي أفردها المشرّع للانعقاد.

وبالتأكيد في نهاية البحث يتوصّل الباحث إلى جملة من النتائج حاولنا ذكرها كتوصيات وهي:

**1.** لم يفرض المشرّع اللّيبي أي عقوبة على مجلس إدارة شركة المساهمة حال عدم دعوته للجمعية العمومية للانعقاد بل خوّل هيئة المراقبة بالقيام بالدعوة أو رئيس المحكمة الابتدائية بدلا عنها بناء على طلب من أقلّية المساهمين. وكان الأجدى أن يضع المشرّع عقوبة مثال وفي حال عدم قيام مجلس الإدارة بدعوة الجمعية العمومية للانعقاد يعدّ مقصّرا ومتسبّبا في كل ضرر لحق بالشركة.

**2.** لم يجد المشرّع اللّيبي الحد الأقصى للإعلان قبل الاجتماع مما يجعل الأمر متروك لمجلس الإدارة وهنا من الممكن جدّا أن يتم تناسي الموعد خاصة إذا تمّ تحديده .....تجاوز مدّة الشهرين.

**3.** نرى أن يقوم المشرّع بتحديد فترة زمنية لأخطار الجمعية العمومية للنظر في مدى مناسبة موعد الاجتماع من عدمه.

**4**.جاءت المادة 178 واضحة الدّلالة حيث نصّت في فقرتها الثانية على "إذا خلت أغلبية المجلس وجب من بقي منهم في الوظيفة القيام بدعوة الجمعيّة العمومية إلى الانعقاد ولاستكمال تعيين أعضائه.

هنا كان على المشرّع أن يولّي هذه المهمة لهيئة المراقبة لأن النصاب القانونية لمجلس الإدارة لم يعد مكتملا لذلك نأمل من المشرّع أعطى الصلاحية لهيئة المراقبة.

**5**.يرى الباحث تحديد الحد الأدنى لاجتماع الجمعية العمومية العادية بمرتين في السنة الواحدة حتى لا تتفاقم بعض المشاكل نتيجة للصلاحيات الواسعة المعطاة لمجلس إدارة شركة المساهمة.

**6**.نصّت المادة 154، ق.ت.ل في فقرتها الأخيرة على " و إذا لم تراع هذه الإجراءات ومثل في الاجتماع كامل رأس المال وحضر مجلس الإدارة وهيئة المراقبة تعتبر الجمعية منعقدة انعقادا صحيحا.

هنا المشرّع لم يوضّح لنا هل اكتمال نصاب مجلس الإدارة وهيئة المراقبة يفي بالغرض أمّا ضرورة حضور كل أعضاء مجلس الإدارة وهيئة المراقبة كذلك نأمل وضع نص أكثر وضوحا.

## المراجع


**I. الكتب العلميّة**

**1.** لطيف جبر كوماني. القانون التجاري. الجامعة المفتوحة ليبيا.سنة 2000.بنغازي.

**2.** مصطفى كمال طه. الشركات التجارية. المركز القومي للإصدارات القانونية"مصر" طبعة سنة 2018.

**3.** علي البارودي+محمد السيد الفقي. القانون التجاري "دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية.سنة 2006

**4.** سعد سالم العسيلي. شرح قانون النشاط التجاري اللّيبي الجديد. الطبعة الأولى 2010.

**5.** أبو زيد رضوان. الشركات التجارية في القانون التجاري المصري. دار النهضة العربية.

**6.** حسين الماجي. الشركات التجارية مصر. سنة 2000.

**7.** أكرم باملكي. الوجيز في شرح القانون التجاري الطرقي.ج2.الشركات التجارية بغداد. سنة 1969.

**8.** القانون التجاري الليبي رقم 23 لسنة 2010.

**9.** القانون المدني المصري.

**II. الرسائل العلميّة:**

**دكتوراه:**

**1.** إ منار الحسين. عنوان الرسالة. التعسّف في استعمال حق التصويت داخل المجموعة العامة لشركات المساهمة. جامعة القاضي عياض المغرب. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سنة 2000.2001

**2.** محمد عمار تيبار. رسالة دكتوراه. بعنوان الحقوق الاساسية للمساهم في شركة المساهمة دراسة مقارنة. جامعة عين شمس.مصر سنة 1998م.

**3.** عبد الوهاب المديني. سلطة الأغلبية في شركة المساهمة في القانون المغربي. جامعة محمد الخامس أكذال سنة 1996.1997.

**4.** عبد الواحد حمداوي. جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدّة سنة 2000.2001.

**5.**

**رسائل ماجستير:**

**1.** فيصل عسيلة.ا لمسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة في شركة المساهمة. جامعة محمد الخامس. كلية العلوم القانونية والاقتصادية الرباط سنة 1991.1992.

**III. المجلّات العلميّة**

**1.** مجلّة الشركات التجارية التونسية مطابقة لآخر تعديل اقتضاه الأمر عدد 4953 لسنة 2013 المؤرّخ في 5 ديسمبر 2013.

**2.** مجلة البحوث الأكاديمية. ليبيا. العدد العاشر.

# القواعد الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب

**د. صبحي مصباح زيـــد**

**عضو هيئة التدريس بكلية القانون**

**جامـعـــــة المـرقب**

**والرئيس السابق لمجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا ( MENA FATF)**

## القواعد الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب

**مقدمة:**

تعد جريمتي غسل الأموال وتمويل الإرهاب من أكثر الجرائم التي حازت على اهتمام المجتمع الدولي، وفي الوقت الذي خصت فيه هيئة الأمم المتحدة مكافحة تمويل الإرهاب باتفاقية دولية خاصة(**1**)، نجد العديد من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بمكافحة غسل الأموال، نذكر منها الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد(**2**)، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية(**3**)، كما تعد اتفاقية باليرمو(**4**)، من الاتفاقيات الدولية المعنية بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب باعتبار أن من خصائص هاتين الجريمتين طابعهما عبر الوطني(**5**).

1- اتفاقية الأمم المتحدة لقمع تمويل الإرهاب عام (1999) المصدق عليها بالقانون رقم 31 لسنة 2001.

2- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد عام (2003)، المصدق عليها بالقانون رقم 10 لسنة 2005.

3- اتفاقية فيينا عام 1988، المصدق عليها بالقانون رقم 17 لسنة 1996.

4- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية عام 2000 المصدق عليها بالقانون رقم 18 لسنة2003.

5- انظر: المواد 6، 7 من اتفاقية باليرمو؛ وراجع: د. محمد حسن يحي، المواجهة الجنائية لجريمة غسل الأموال في التشريع الجنائي الليبي " دراسة تحليلية " رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، عام 2013، ص16.

وإن صـــح القول: بأن اتفاقيات الأمم المتحدة المشـــار إليها آنفاً تمثل جانباً مهماً من القواعد الدولية لمكافحة غسـل الأموال وتمويل الإرهاب[1]، وذلك بالإضـافة إلى متطلبات لجنة بازل بشـأن العناية الواجبة بالعملاء[2]، فإنه ثمة جانب آخر أكثر وضـــوحاً وتنظيماً وتحديداً لهذه القواعد، وصـــادر عن كيان دولية متخصص في مجال مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وهي مجموعة العمل المالي "FATF"[3]، حيث تعد التوصـيات الصـادر عن هذه المجموعة إلى جانب منهجيتها المعتمدة في تقييم مدى التزام الدول بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب من أهم القواعد الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وهذا ما أكده – مؤخراً – مجلس الأمن الدولي بموجب قراره رقم 2019/2462[4].

وهكذا فإن الاتجاه السـائد في تحديد القواعد الدولية لمكافحة غسـل الأموال وتمويل الإرهاب يذهب إلى تعدادها على النحو الآتي [5]:

**1-** التوصيات الأربعين الصادرة عن مجموعة العمل المالي (FATF).

---

1- الجدير بالذكر أن الجهود التي تبذلها هيئة الأمم المتحدة في سبيل التأسيس لنظام عالمي يكافح جريمتي غسل الأموال وتمويل الإرهاب تتجاوز غايتها مجرد إبرام هذه الاتفاقيات الدولية أو حتى حرصها على أن تعكسها الدول في منظومة تشريعاتها الوطنية، لتصل إلى العمل على تطبيقها فعلياً؛ ولعلنا نشير هنا إلى الجهود التي يبذلها مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة (UNODC)، في سبيل تنفيذ الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد، ومن خلال برامج الدعم والتدريب التي يقدمها للجهات المعنية والمختصة بالدول في مجال مكافحة جريمتي غسل الأموال وتمويل الإرهاب وتنفيذ قرارات مجلس الأمن ذات الصلة.

2- لجنة بازل: هي لجنة معنية بالأنظمة المصرفية والممارسات الإشرافية والرقابة على البنوك، وتضم في عضويتها ممثلي المصارف المركزية والسلطات الرقابية والإشرافية في عديد من الدول، منها بلجيكا، ألمانيا، الولايات المتحدة الأمريكية، السويد، إيطاليا، فرنسا، هولندا، كندا، اليابان، المملكة المتحدة، ويصدر عن هذه اللجنة مبادئ أساسية في الرقابة البنكية، وذلك في صورة إعلانات، كبازل (1)، (2)، (3) راجع شبكة المعلومات الدولية: https://www.bis.org/publ/bcbs30a.fdf.

3- مجموعة العمل المالي أو فرقة العمل المعنية بالإجراءات المالية هيئة خاصة مستقلة النشأة متعددة الحكومات تأسست سنة 1989، بدعم سياسي ودبلوماسي كامل من الولايات المتحدة الأمريكية والدول الصناعية الكبرى، معنية بتوحيد الجهود الدولية لوضع وتعزيز سياسات لحماية النظام المالي العالمي من غسل الأموال وتمويل الإرهاب وتمويل انتشار أسلحة الدمار الشامل، يعترف بتوصيات مجموعة العمل المالي بأنها ميعار عالمي لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وللمزيد من المعلومات راجع الموقع الالكتروني للمجموعة على الرابط: WWW.Fatf-gafi.org .

4- انظر: قرار مجلس الأمن الدولي في جلسته 8496 بتاريخ28 مارس 2019.

5- انظر: مسودة الدليل الاسترشادي لإجراءات العمل بوحدة المعلومات المالية، مجموعة العمل المالي لمنظمة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا MENAFATF ، ص 8. بريد الكتروني: info@menafatf.org

**2–** منهجية تقييم مدى التزام الدول بمكافحة غســـل الأموال وتمويل الإرهاب الصـــادرة عن مجموعة العمل المالي (FATF).

**3–** متطلبات العناية الواجبة بالعملاء الصادرة عن لجنة بازل.

**4–** اتفاقيات الأمم المتحدة وقرارات مجلس الأمن ذات الصلة.

ومن جانبنا نعتقد أن القواعد الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب يكفي لتحديدها أمران هما:

- التوصيات الأربعون الصادرة عن مجموعة العمل المالي (FATF).
- منهجية تقييم مدى التزام الدول بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب الصادرة عن مجموعة العمل المالي (FATF).

وذلك باعتبار أنهما قد استغرقا متطلبات العناية الواجبة بالعملاء الصادر عن لجنة بازل (**1**)، وأيضاً اتفاقيات الأمم المتحدة وقرارات مجلس الأمن ذات الصلة(**2**).

وعلى هذا الأساس، نستعرض توصيات مجموعة العمل المالي (**3**)، ومعايير الالتزام الفني بهذه التوصيات كما حددتها المنهجية، وذلك باعتبارها ركن القواعد الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب؛ حيث تُعد التوصيات الأربعين لمجموعة العمل المالي إطار عمل شامل ومتسق من التدابير الأساسية التي ينبغي على الدول تطبيقها من أجل مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وتلزم الدول بـ :

- تحديد المخاطر ووضع السياسات والتنسيق المحلي.
- ملاحقة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وانتشار التسلح.

---

1- خصت مجموعة العمل المالي (FATF) العناية الواجبة تجاه العملاء بتوصية خاصة، هي التوصية العاشرة، فتحدثت فيها عن أحكام العناية الواجبة، وبينت المنهجية عن المعايير اللازم مراعاتها عند تقييم هذه التوصية، انظر: منهجية تقييم الالتزام الفني بتوصيات مجموعة العمل المالي وفعالية نظام مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وثيقة مترجمة إلى اللغة العربية، صادرة عن مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا MENAFATF، ص45-49، منشورة على الموقع الرسمي للمجموعة، على الرابط: http://menafatf.org

2- انظر التوصيات رقم (3 ، 5 ، 6 ، 7 ).

3- هي التوصيات الأربعين في نسختها النهائية " المعدلة"، الصادرة من مجموعة العمل المالي (FATF) سنة 2012، والمحدثة في أكتوبر 2019.

- تطبيق تدابير وقائية على القطاع المالي وغيره من القطاعات المحددة.
- منح الجهات الرقابية والسلطات المختصة المسئوليات والصلاحية اللازمة.
- تعزيز الشفافية وتوافر المعلومات عن المستفيدين الحقيقيين من الأشخاص الاعتبارية والترتيبات القانونية.
- تسهيل التعاون الدولي.

ونستعرض فيما يلي، هذه التدابير في مبحثين، الأول بعنوان: السياسات والتنسيق والتدابير الوقائية، أما الثاني فبعنوان: السلطات المختصة في مجال مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

## المبحث الأول

## السياسات والتنسيق والتدابير الوقائية

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين، يُعنى الأول: بعرض التوصيات المتعلقة بالسياسات والتنسيق في مجال مكافحة وتجريم غسل الأموال وتمويل الإرهاب، أما الثاني فيعرض التدابير الوقائية في مجال المكافحة.

### المطلب الأول: السياسات والتنسيق في مجال مكافحة وتجريم غسل الأموال وتمويل الإرهاب

تهدف مجموعة العمل المالي إلى نظام مالي عالمي شفاف ونظيف، ولبلوغها هذه الغاية تضع وتعزز السياسات لحماية هذا النظام، وتوجب قيامه على توصياتها باعتبارها معيار عالمي لمكافحة وتجريم غسل الأموال وتمويل الإرهاب [1].

**أولاً: السياسات والتنسيق في مجال المكافحة.**

يولى نظام مجموعة العمل المالي لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب أهمية خاصة للتقييم الوطني للمخاطر في كل دولة، باعتباره مفضياً إلى بيان التهديدات ونقاط القوة والضعف في النظام، وبالتالي يُعد قاعدة انطلاق لرسم سياسات واستراتيجيات ناجعة وفعالة، يمكنها إدارة التهديدات وسد الفجوات في النظام [2] أو خفضها، وهذا الأمر لن يتحقق بدون مشاركة وتنسيق وتعاون محلي نشط وفعال بين جميع الجهات المعنية بنظام المكافحة، وهو ما يبدو واضحاً في التوصيتين الأولى والثانية.

**1- التوصية الأولى: تقييم المخاطر وتطبيق النهج القائم على المخاطر.**

تضمنت هذه التوصية على أثنى عشر معياراً، حددت التزامات متعلقة بالدول والمؤسسات

1- راجع: منهجية تقييم الالتزام الفني بتوصيات مجموعة العمل المالي .... مرجع سابق، ص3.

2- حول نفس المعني راجع: المعايير الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب... مرجع سابق. ص8، وراجع أيضاً: المذكرات التفسيرية لتوصيات مجموعة العمل المالي، المذكرة التفسيرية للتوصية (1) المعايير الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وانتشار التسلح، نسخة محدثة يونيو 2019 صادرة عن مجموعة العمل المالي فاتف، منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OECD، ص30.

المالية والأعمال والمهن غير المالية فيها [1]، فأوجبت علىها تحديد مخاطر غسل الأموال وتمويل الإرهاب وتقييمها، وفهمها، وتحديثها باستمرار من سلطة تعينها الدولة وتحدد آلية لتنسيق الإجراءات من أجل إجراء عملية التقييم الوطني للمخاطر.

وبناءً على فهم الدولة والمؤسسات المعنية فيها للمخاطر ينبغي تطبيق منهج قائم على المخاطر، قوامه سياسات وضوابط وإجراءات تهدف إلى خفض المخاطر أو إدارتها على نحو فعال من قبل الدولة والمؤسسات المالية والأعمال والمهن غير المالية [2].

**2- التوصية الثانية: التعاون والتنسيق المحلي.**

حددت هذه التوصية أربعة معايير يجب على الدول استيفائها فأوجبت علىها وضع سياسات وطنية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، تأخذ بعين الاعتبار المخاطر التي تم تحديدها.

وينبغي على الدول أن تعين سلطة تكون مسئولة عن هذه السياسات، وأن تقوم بوضع آلية للتنسيق تمكن الجهات المحلية من التعاون مع بعضها البعض فيما يتعلق بتطوير وتنفيذ سياسات مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وتمويل انتشار أسلحة الدمار الشامل [3].

وهكذا فإن التعاون والتنسيق المحلي يعد من ركائز نظام المكافحة، سواء أكان ذلك في جانبه الوقائي أم في جانب العلاج المتمثل في مكافحة الجرائم وتعقب الأموال الجرمية ومصادرتها، وتبرز أهميته بشكل خاص في عملية التقييم الوطني للمخاطر، حتى أن نجاح هذه العملية يرتبط بشكل كبير بجودة فعالية التنسيق المحلي؛ حيث إنه كلما تم تنسيق الجهود وتوحدت الرؤى حول المخاطر وفهمها وتقييمها وترتيبها حسب الأهمية، ومن ثم تحديد نقاط القوة والضعف في النظام؛ الأمر الذي يجعل من نتائج عملية التقييم تعكس واقع نظام المكافحة

1- راجع: المنهجية، التوصية (1) المعايير من 1 – 4 حددت التزامات الدول بتقييم المخاطر، والمعايير من 5-9 حددت التزاماتها بخفض المخاطر، ص25، 26.

2- راجع: التوصية (1) المعيار (10) حدد التزام المؤسسات المالية والمهن غير المالية بتقييم المخاطر، والمعيار(11) حدد التزام هذه المؤسسات بخفض المخاطر، المنهجية، مرجع سابق، ص26-27.

3- راجع: التوصية الثانية المعايير من 1-4، المنهجية، مرجع سابق، ص28.

في البلد، وبالتالي يسهل تبني السياسات والاستراتيجيات اللازمة لخفض المخاطر، أو على الأقل إدارة التهديدات – مرحلياً – بقصد الحد من المخاطر[1].

**ثانياً: توحيد أحكام التجريم والعقاب.**

حددت مجموعة العمل المالي (FATF) معايير معينة في جريمة غسل الأموال، والمصادرة والتدابير الوقائية، وجريمة تمويل الإرهاب، والعقوبات المالية المستهدفة ذات الصلة بالإرهاب، وتمويل الإرهاب، وانتشار أسلحة الدمار الشامل، وأوجبت على الدول أن تلتزم بهذه المعايير عند سنها لتشريع يتعلق بهذه الجرائم.

**1- التوصية الثالثة: جريمة غسل الأموال.**

حددت هذه التوصية أحد عشر معياراً يجب توافرها في التشريع الذي يجرم غسل الأموال[2]، فلابد أن يقوم تجريم غسل الأموال على أساس اتفاقيتي فيينا وباليرمو، وأن يطبق على كافة الجرائم الخطيرة ليشمل أكبر عدد من الجرائم الأصلية؛ مع وجوب أن يمتد إلى:

- الأفعال التي ارتكبت في دولة أخرى وتمثل جريمة في تلك الدولة، وتشكل جريمة أصلية إذا ارتكبت محلياً.
- إلى أي نوع من الممتلكات بغض النظر عن قيمتها، ما دامت ناتجة بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن جريمة ما؛ وإنه من غير اللازم عند إثبات أن هذه الممتلكات هي متحصلات جريمة، أن يكون قد تم إدانة الشخص بجريمة أصلية.

وينبغي استنباط عنصري الإرادة والعلم اللازمان لإثبات هذه الجريمة من الظروف الواقعية الموضوعية.

والعقاب على هذه الجريمة يقع على الفاعل الأصلي والشريك في أي صورة كان، كما يقع على الشخص الطبيعي والاعتباري الجزاء المتناسب والرادع[3].

---

1- راجع: حول نفس المعنى: إرشادات مجموعة العمل المالي " التقييم الوطني لمخاطر غسل الأموال وتمويل الإرهاب" صادرة عن مجموعة العمل المالي FATF منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، فبراير2013، ص9.

2- انظر المعايير (1-11)، المنهجية، مرجع سابق ذكره، ص 29 – 30.

3- يفرض المعيار (10) من هذه التوصية ضرورة خضوع الشخص الاعتباري للمسئولية الجنائية والعقوبات، فإن تعذر ذلك بحسب القوانين المحلية، وجب أن تطبق عليه العقوبات المدنية والإدارية، وذلك دون الإخلال بمسئولية الأشخاص الطبيعيين.

**2- التوصية الرابعة: المصادرة والتدابير الوقائية.**

تضمنت هذه التوصية على أربع معايير لتحديد أحكام المصادرة والتدابير الاحترازية[1]، فأوجبت على الدول أن تتخذ تدابير مماثلة لتلك المنصوص علىها في اتفاقيتي فيينا وباليرمو[2]، واتفاقية قمع تمويل الإرهاب[3]، بما في ذلك تدابير تشريعية تسمح أو تمكن الجهات المختصة بالدولة – من دون الإخلال بحقوق الأطراف الثالثة حسنة النية- من تجميد أو حجز ومصادرة الممتلكات التي يتم غسلها، أو متحصلات جرائم غسل الأموال أو الجرائم الأصلية، أو الممتلكات التي تشكل متحصلات من تمويل الإرهاب أو الأعمال والمنظمات الإرهابية، أو يتم استخدامها أو تتجه النية إلى استخدامها في تمويل هذه الأعمال أو المنظمات الإرهابية.

وإن تعذر اتخاذ هذه التدابير في مواجهة المتحصلات أو الممتلكات الجرمية، فإنه يتم اتخاذها في مواجهة ممتلكات معادلة لها في القيمة، سواء كانت في حيازة المتهمين أم أطراف ثالثة.

وينبغي على الدول أن تصنع آليات لإدارة الممتلكات التي يتم تجميدها أو حجزها أو مصادرتها، وعند الضرورة التصرف فيها.

**3- التوصية الخامسة: جريمة تمويل الإرهاب.**

توجب هذه التوصية على الدول أن تجرم تمويل الإرهاب على أساس اتفاقية قمع تمويل الإرهاب، ولا تقتصر التجريم على تمويل الأعمال الإرهابية فحسب، بل يجب أن يطول تمويل المنظمات الإرهابية والأشخاص الإرهابيين حتى في حالة عدم وجود ارتباط بعمل أو أعمال إرهابية محددة، ليشمل أي شخص يقوم طوعاً بتوفير أو جمع أموال مشروعة أو غير مشروعة المصدر، وبأي وسيلة كانت [4]، مباشرة أو غير مباشرة،

1- راجع: المنهجية، مرجع سابق، ص31 .

2- انظر: المادة (5) من اتفاقية فيينا عام 1988، اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية" والمادة (12) من اتفاقية باليرمو " اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية" عام 2000م.

3- انظر: المادة (2) من اتفاقية قمع تمويل الإرهاب عام 1999.

4- حول مصادر وأساليب تمويل الإرهاب، راجع: د. مصطفى إبراهيم العربي، ملامح المواجهة الجنائية ضد تمويل الإرهاب (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، مجلة محكمة تصدرها كلية القانون بترهونة، جامعة الزيتونة، العدد الأول 2013م، ص 136 – 137.

لاستخدامها أو بعلمه أنها ستستخدم كلياً أو جزئياً للقيام بعمل أو أعمال إرهابية أو بواسطة منظمة أو شخص إرهابي[1].

وينبغي على الدول اعتبار جرائم تمويل الإرهاب جرائم أصلية لغسل الأموال، وأن تعاقب على هذه الجرائم الفاعل الأصلي والشريك، بعقوبات جنائية متناسبة ورادعة على الأشخاص الطبيعيين، ويخضع الأشخاص الاعتباريين للمسئولية الجنائية والعقوبات المدنية والإدارية المناسبة والرادعة[2].

**4- التوصية السادسة: العقوبات المالية المستهدفة ذات الصلة بالإرهاب وتمويل الإرهاب.**

حددت المنهجية سبعة معايير يجب على الدول استيفائها لتحقيق متطلبات الالتزام الفني بهذه التوصية[3]، التي تنص على أنه: " ينبغي على الدول أن تطبق أنظمة العقوبات المالية المستهدفة وفقاً لقرارات مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة التي تتعلق بمنع وقمع الإرهاب وتمويله، وتلزم تلك القرارات الدول بأن تجمد دون تأخير أموال أي شخص أو كيان وأصوله الأخرى، وأن تتأكد من عدم إتاحة أي أموال أو أصول أخرى، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، لأي شخص أو كيان أو لصالحه أو لمنفعته، سواء إذا كان الشخص أو الكيان محدداً: (1) بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، من قبل مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة أو تحت سلطته، بما في ذلك وفقاً للقرار 1267 لسنة 1989، والقرارات اللاحقة له، أو (2) محدداً من قبل الدولة بموجب القرار 1373 لسنة 2001.

ولغرض تنفيذ أحكام هذه التوصية تصدر الدول لائحة بتنفيذ قرارات مجلس الأمن[4]، تتولى تحديد السلطة المختصة[5] باقتراح الأشخاص والكيانات على لجنة مجلس الأمن وفق القرار 1989/1267، والتسمية على القائمة المحلية وفق القرار 2001/1373، وآليات وموجبات التصنيف وفقاً لهذين القرارين[6]، وما يترتب

1- انظر: المعايير من 1 – 5 من هذه التوصية، المنهجية، مرجع سابق، ص32.

2- انظر: المعايير من 6 – 10 من هذه التوصية، المرجع نفسه، ص 32، 33.

3- انظر: معايير الالتزام الفني بالتوصية السادسة من 1 – 7، المنهجية، المرجع نفسه، ص 34 – 38.

4- صدرت لائحة إجراءات تنفيذ قرارات مجلس الأمن في ليبيا عن المجلس الرئاسي لحكومة الوفاق الوطني بموجب القرار 1037 لسنة 2017، ونشرت بالجريدة الرسمية عدد خاص، السنة السابعة بتاريخ 5 جمادى الأخر 1439، الموافق2018/02/21.

5- انظر: التوصية السادسة، المعيار 6 -11/أ، 6 -2أ، المنهجية ، مرجع سابق، ص 34-35.

6- انظر: التوصية السادسة، المعيار 6 -11/أ، 6 -2أ، المنهجية ، مرجع سابق، ص 34-35.

علىهما من إجراءات التجميد للأموال والممتلكات[1] وما يقع علىها من استثناءات، وأحوال وإجراءات التظلم، والشطب من القوائم[2].

**5- التوصية السابعة: العقوبات المالية المستهدفة ذات الصلة بانتشار التسلح.**

توجب هذه التوصية على الدول أن تطبق العقوبات المالية المستهدفة وفقاً لقرارات مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة التي تتعلق بمنع وقمع وإحباط انتشار أسلحة الدمار الشامل وتمويله [3]، وذلك بأن تجمع دون تأخير أموال أي شخص أو كيان محدد بموجب قرارات مجلس الأمن.

ولقد حددت المنهجية خمسة معايير يجب على الدول استيفائها[4]، ومنها إنشاء سلطة مختصة تكون مسئولة عن تنفيذ العقوبات المالية المستهدفة بدون تأخير، وأن يكون لديها حزمة من الإجراءات المنشورة تفرض على جميع الأشخاص الاعتباريين والطبيعيين داخل الدولة بتجميد الأموال والأصول والقيم المالية، وإجراءات تبليغ القرارات للقطاع المالي والأعمال والمهن غير المالية، والتدابير الرقابية على المؤسسات المالية وقطاع المهن غير المالية، بما في ذلك توقيع العقوبات الجنائية والإدارية والمدنية المناسبة والرادعة على المتخلفين عن تنفيذ أحكام التجميد.

**6- التوصية الثامنة: المنظمات غير الهادفة للربح.**

تعد المنظمات غير الهادفة للربح عرضة – بشكل خاص – لإمكانية استغلالها لغايات تمويل الإرهاب، لذلك ينبغي على الدول التأكد من عدم إمكانية استغلالها كأدوات لتمويل الإرهاب من قبل المنظمات الإرهابية التي تظهر ككيانات مشروعة، سواء تمثل هذا الاستغلال في التهرب من تدابير تجميد الأصول أو من أجل إخفاء أو تغطية تحويل الأموال المخصصة لأغراض مشروعة سراً إلى منظمات إرهابية [5].

---

1- انظر: المعيار 5 من التوصية السادسة، المنهجية، المرجع نفسه، ص36-37.

2- انظر: المعيارين 6،7 من التوصية السادسة، المنهجية، المرجع نفسه، ص37-38.

3- تسري التوصية السابعة على جميع قرارات مجلس الأمن الحالية التي تطبق العقوبات المالية المستهدفة المتعلقة بتمويل انتشار أسلحة الدمار الشامل، وأية قرارات مستقبلية لاحقة، وكذلك أية قرارات مستقبلية لمجلس الأمن تفرض عقوبات مالية مستهدفة في سياق تمويل انتشار أسلحة الدمار الشامل، راجع: المنهجية، المرجع السابق، الهامش، ص39.

4- راجع: التوصية السابعة، المعايير من 1-5، المنهجية، ص39-41.

5- انظر: التوصية (8)، المعايير الدولية لمكافحة غسل الأموال ....، مرجع سابق، ص13.

وجاءت المنهجية بسبع معايير تفرض حزمة من التدابير [1] التي تكفل الوصول إلى المعلومات المتعلقة بكل منظمة، وعلى النحو الذي يعزز الشفافية والنزاهة وثقة الجمهور.

ويضـمن قدرة السـلطات الرقابية على إجراء التحقيقات وتبادل المعلومات حول أنشـطتها، وفرض العقوبات المتناسبة والرادعة عليها أو على الأشخاص الذين يعملون لصالحها أو يملكونها أو يسيطرون عليها.

**المطلب الثاني: التدابير الوقائية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب**

أولت مجموعة العمل المالية FATF أهمية خاصة لجانب الوقاية من غسل الأموال وتمويل والإرهاب، وذلك بتخصيصها لسبع عشرة توصية " التوصيات من 9 – 25 " تحت عنوان التدابير الوقائية؛ ونعرض فيما يلي بإيجاز هذه التوصيات تباعاً.

**1- التوصية التاسعة: قوانين السرية الخاصة بالمؤسسات المالية.**

توجب هذه التوصية على الدول ألا تقف قوانين سرية المعلومات لدى المؤسسات المالية حائلاً دون تطبيق توصيات مجموعة العمل المالي [2].

فبالنظر إلى أهمية المعلومات المالية في تحليل بلاغات الاشتباه وتعقب الأموال الجرمية، وقمع تمويل الإرهاب، يجب على الدول أن تضمن بقانون قدرة الجهات المختصة بنظام المكافحة الحصول على المعلومات والوثائق التي تخدم أغراضها، وتقع في نطاق اختصاصها، دون أن يكون للمؤسسات المالية حق الدفع بالسرية المهنية [3].

**2- التوصية العاشرة: العناية الواجبة تجاه العملاء.**

تلزم الدول بأن تفرض بموجب القانون على المؤسسات المالية ضرورة القيام ببذل العناية الواجبة تجاه العملاء، فيحظر على المؤسسات المالية الاحتفاظ بحسابات مجهولة الهوية أو حسابات بأسماء من الواضح أنها وهمية [4].

---

1- راجع: التوصية (8)، المعايير من 1-7، المنهجية، مرجع سابق، ص 42-48.

2- انظر: نص التوصية (9) المعايير الدولية ....، مرجع سابق، ص13.

3- راجع: تحليل النتيجة المباشرة (4) المسألة الجوهرية (4-6)، والمثال (10)، المنهجية، المرجع السابق، ص106-107.

4- المبدأ القاضي بضرورة قيام المؤسسات المالية ببذل العناية الواجبة تجاه العملاء يجب أن يتضمنه القانون، ويجوز للدولة أن تترك للوسائل الملزمة الأخرى فرض وتنظيم التزامات محددة تتعلق بالعناية الواجبة تجاه العملاء. انظر: التوصية (10)، المعايير الدولية ....، مرجع سابق، الهامش، ص13.

وتقوم المؤسسات المالية باتخاذ إجراءات العناية الواجبة تجاه العملاء (العميل والمستفيد الحقيقي)، عند إنشاء علاقات العمل، وإجراء العمليات العارضة التي تفوق الحد المعين المعمول به، وإجراء عمليات تحويل الأموال، وفي حالات الاشتباه بغسل الأموال وتمويل الإرهاب، وعند قيام الشك بشأن مدى صحة أو كفاية البيانات التي تم الحصول عليها مسبقاً عند تحديد هوية العميل.

وتتمثل هذه الإجراءات في حزمة من التدابير التي تكفل تحديد هوية العميل والمستفيد الحقيقي والتحقق منها، وفهم غرض علاقة العمل وطبيعتها، وبذل العناية الواجبة المستمرة بشأنها، والتدقيق في العمليات التي يتم إجراؤها خلالها.

والمؤسسات المالية ملزمة بتحديد نطاق تلك التدابير باستخدام المنهج القائم على المخاطر [1].

**3- التوصية الحادية عشر: الاحتفاظ بالسجلات.**

توجب هذه التوصية على الدول أن تلزم المؤسسات المالية الاحتفاظ بالسجلات المتعلقة بالعمليات المحلية والدولية لمدة خمس سنوات على الأقل من تاريخ إتمام العملية، ويصح فرض هذا الإلزام بأي أداة قانونية ملزمة؛ أما الاحتفاظ بالسجلات المتعلقة بالعمليات والمعلومات التي يتم الحصول عليها من خلال تدابير العناية الواجبة تجاه العملاء، فلابد أن تفرضه الدولة بقانون ولمدة خمس سنوات على الأقل [2].

ويجب على المؤسسات المالية إتاحة معلومات العناية الواجبة تجاه العملاء، وسجلات العمليات بسرعة للسلطات المحلية المعنية، وأن يكون محتوى هذه السجلات كافي لإعادة تركيب المعاملات التي حاول العملاء القيام بها أو التي قاموا بها فعلاً، وبما يسمح لتقديمها كأدلة على نشاطهم الإجرامي عند إجراء التحقيقات في القضايا ذات الصلة [3].

1- حول تفاصيل وقت وتدابير إجراءات العناية الواجبة وتطبيق المنهج القائم على المخاطر، راجع: التوصية (10) المعايير من 2 – 20، المنهجية، مرجع سابق، ص45-49.

2- انظر: المنهجية، مرجع سابق، الهامش، ص50.

3- راجع: التوصية (11)، المعايير الدولية، مرجع سابق، ص 14، 15 المنهجية، المرجع السابق، ص50.

**4- التوصية الثانية عشر: الأشخاص السياسيون ممثلو المخاطر.**

يجب على المؤسسات المالية اتخاذ إجراءات العناية الواجبة المعززة على الأشخاص ممثلي المخاطر سواء كانوا أجانب أم محليين، وعلى أفراد عائلاتهم، والأشخاص المقربين منهم.

فبالإضافة إلى تدابير العناية الواجبة العادية تطبق المؤسسات المالية جملة من التدابير المعززة على الأشخاص السياسيين ممثلي المخاطر، بحيث لا تقيم علاقات عمل معهم ولا تستمر فيها بدون موافقة الإدارة العليا، ويجب أن تتخذ تدابير معقولة لمعرفة مصدر الثروة أو مصدر الأموال لهذا النوع من العملاء أو المستفيدين الحقيقيين، وأن تقوم بالمتابعة المستمرة والمعززة لعلاقات العمل معهم، والجدير بالذكر أن تطبيق تدابير العناية الواجبة العادية والمعززة على الأشخاص السياسيين ممثلي المخاطر لا تقتصر على علاقات العمل المصرفية، بل يجب تطبيقها أيضاً في مجال التأمين[1].

**5- التوصية الثالثة عشر: علاقات المراسلة المصرفية.**

تلزم المؤسسات المالية عند قيامها بعلاقات المراسلات المصرفية عبر الحدود والعلاقات الأخرى المشابهة بالإضافة إلى اتخاذ إجراءات العناية الواجبة تجاه العملاء، بتجميع معلومات عن المؤسسة المراسلة المتلقية، تكفي لفهم طبيعة نشاطها، وتحديد سمعتها، وضوابطها في مجال المكافحة، ومستوى الرقابة الذي تخضع له، وإذا ما كانت قد خضعت لتحقيقات أو إجراء رقابي يتعلق بغسل الأموال أو تمويل الإرهاب [2].

وفيما يتعلق " بحسابات الدفع الوسيط " أو الدفع بالمراسلة، يجب أن تكون المؤسسة المالية واثقة بأن البنك المتلقي قد أجرى العناية الواجبة تجاه العملاء الذين لديهم إمكانية الوصول المباشر إلى حسابات البنك المراسل، وأنه قادر على توفير المعلومات حول هذه الإجراءات عند طلب البنك المراسل [3].

ويحظر على المؤسسات المالية الدخول في علاقة مراسلة مع بنوك صورية أو الاستمرار فيها، ويلزمها التحقق بأن المؤسسات المراسلة الأصلية لا تسمح بأن تستخدم حساباتها من قبل البنوك الصورية [4].

---

1- انظر: المعيار4 من التوصية 12، المنهجية، مرجع سابق، ص51.

2- راجع: المعياران 1، 2 من التوصية 13، المنهجية، مرجع سابق، ص52.

3- راجع: المعياران 1، 2 من التوصية 13، المنهجية، مرجع سابق، ص52.

4- انظر: المعيار3 من التوصية 13، المنهجية، المرجع السابق، ص52.

**6- التوصية الرابعة عشر: خدمات تحويل الأموال أو القيمة.**

تلزم الدول باتخاذ تدابير تضـمن أن مقدمي خدمات تحويل الأموال أو القيمة من الأشـخاص الطبيعيين والاعتباريين، ووكلائهم، مرخص لهم ومسجلين من سلطة مختصة، ويخضعون لنظام رقابي فعال يكفل الالتزام بالتدابير ذات الصلة التي تتطلبها مجموعة العمل المالي؛ وأن يخضع المخالفين لعقوبات مناسبة ورادعة [1].

ويجب على مقدمي خدمات تحويل الأموال أو القيمة الاحتفاظ بقائمة محدثة بوكلائهم يسـهل الوصـول إليها من السـلطات المختصـة في الدول التي يعمل فيها مقدمو خدمات تحويل الأموال أو القيم ووكلاؤهم [2].

**7- التوصية الخامسة عشر: التقنيات الجديدة.**

يجب على الدول والمؤسـسـات المالية تحديد وتقييم مخاطر غسـل الأموال وتمويل الإرهاب التي قد تنشـأ عن تطوير منتجات أو ممارسـات مهنية جديدة، بما في ذلك الوسـائل الجديدة لتقديم الخدمات، أو اسـتخدام تقنيات جديدة أو قيد التطوير فيما يتعلق بكل المنتجات الجديدة الموجودة سـابقاً، ويجب على المؤسـسـات المالية إجراء تقييم المخاطر قبل إطلاق المنتجات أو الممارسـات المهنية الجديدة، أو اسـتخدام التقنيات الجديدة أو التي قيد التطوير، وتلزم باتخاذ تدابير مناسبة لإدارة تلك المخاطر وخفضها [3].

ولقد جاءت المنهجية في نسـختها المحدثة في أكتوبر 2019 بإضـافة تلزم الدول أن تكون الأصـول الافتراضـية ومزودي خدمات هذه الأصـول مسـجلين أو مرخصـين، وأن يتم تحديد وتقييم وفهم مخاطر هذا النوع من الخدمات، وأن يطبق بشأنها المنهج القائم على المخاطر [4].

وأن تضـع الدول تدابير تنظم بشـكل كافي مزاولة أنشـطة خدمات الأصـول الأفتراضـية، وإلزامهم بأحكام التدابير الوقائية المنصـوص عليها في التوصـيات من (10 إلى 21)، فضـلاً عن إلزامهم بتطبيق

1- راجع: التوصية (13)، المعايير الدولية ....، مرجع سابق، ص 16.

2- راجع: المعيار (4) من التوصية (14)، المنهجية ....، مرجع سابق، ص53.

3- راجع: التوصية (15)، المعايير الدولية ...، مرجع سابق، ص15.

4- راجع: المنهجية، النسخة المحدثة في أكتوبر 2019، صادرة عن مجموعة العمل المالي، ص 55-58.

العقوبات المالية المستهدفة، وخضوعهم لإشراف سلطة رقابية، وتطبق بشأن المخالفين العقوبات المناسبة وفقاً لمتطلبات التوصية (35) [1].

**8- التوصية السادسة عشر: التحويلات البرقية.**

يجب على الدول إصـــدار تدابير – قانون أو لائحة – تفرض على المؤســـسات المالية عندما تقوم بتحويلات برقية عبر الحدود تتجاوز الســقف المقرر [2]، أو رســائل ذات صــلة، أن تحصــل على المعلومات الكاملة والدقيقة عن منشـــئ التحويل أو المســـتفيد منه وتبقى هذه المعلومات مصـــاحبة للتحويل البرقي أو الرسالة ذات الصلة خلال سلسلة الدفع [3].

كما يجب أن تفرض التدابير على المؤســسـات المالية مراقبة التحويلات البرقية، وتمكنها من اتخاذ إجراءات مناسبة في مواجهة التحويلات التي لا تتضـمن المعلومات الخاصـة بمنشـئ التحويل أو المستفيد منه أو كلاهما، وأن تقوم بإجراءات التجميد وحظر إجراء عمليات لأشـــخاص أو كيانات محددة وفقاً لقرارات مجلس الأمن المتعلقة بمنع وقمع الإرهاب أو تمويله [4].

**9- التوصية السابعة عشر: الاعتماد على أطراف ثالثة.**

تجيز هذه التوصـية للدول أن تقرر بموجب أداة قانونية السـماح للمؤسـسـات المالية والأعمال والمهن غير المالية بالاعتماد على أطراف ثالثة " مؤسـسـة مالية أو أعمال ومهن غير مالية"، للتحقق من اتخاذ بعض تدابير العناية الواجبة، وهي تحديداً المتعلقة بالتعرف على هوية العملاء ومن يدعي التصـــرف نيابة عنهم أو المســـتفيد الحقيقي واتخاذ ما يكفي من التدابير للتحقق من هذه الهوية [5]. وفي حالة الاعتماد على الأطراف

1- راجع: المنهجية المحدثة، المرجع نفسه، ص57، 58.

2- الحد المقرر لقيمة الحولات البرقية عبر الحدود التي تلزم مقابلها المؤسسات المالية بتنفيذ أحكام هذه التوصية هو "1000 دولار / يورو" فهذا هو المعيار الدولي، ويجوز للدول أن تحدده كما هو، أو تقرير حد لقيمة مالية أدنى منه.

3- راجع: نص التوصية (16) المعايير الدولية ....، المرجع السابق، ص16.

- حددت المنهجية (18) معيار فصلت بموجبها أحكام الالتزام بهذه التوصية، راجع: المنهجية، مرجع سابق، ص55-4.58

5- راجع: نص التوصية (17)، المعايير الدولية ....، مرجع سابق، ص 17.

الثالثة تبقى المسئولية قائمة في تطبيق تلك الإجراءات على المؤسسة المالية والأعمال والمهن غير المالية المعتمدة على الطرف الثالث [1].

**10- التوصية الثامنة عشر: الرقابة الداخلية والفروع والشركات التابعة في الخارج.**

المؤسسات المالية ملزمة بتطبيق برامج مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وفق توصيات مجموعة العمل المالي، وهذا الالتزام قائم على المجموعات المالية وفروعها بالخارج والشـــركات التابعة التي تمتلك غالبية أسهمها على أن تشمل برامج المكافحة لديها سياسات وإجراءات تبادل المعلومات داخل المجموعة لأغراض مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب [2].

**11- التوصية التاسعة عشر: الدول مرتفعة المخاطر.**

يجب على الدول أن تفرض بموجب أداة قانونية ملزمة – قانون أو لائحة – على المؤسسات المالية والأعمال والمهن غير المالية تطبيق تدابير العناية الواجبة المعززة، وبشـــكل يتناســـب مع درجة المخاطر، على علاقات العمل والعمليات التي تتم مع الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين في الدول التي تحددها مجموعة العمل المالي على أنها عالية المخاطر [3].

**12- التوصية العشرون: الإبلاغ عن العمليات المشبوهة.**

يجب أن تقرر الدول بموجب القانون إلزام المؤسسات المالية والأعمال والمهن غير المالية في حالة توافر لديها أسباب معقولة للاشتباه بأن أموالاً ناتجة عن نشاط إجرامي، أو مرتبطة بتمويل الإرهاب، أن تقوم بإرسال تقرير اشتباه بالعلمية المشبوهة فوراً إلى وحدة المعلومات المالية [4].

1- انظر: المعيار (3) من التوصية (17)، المنهجية ..... مرجع سابق، ص59.

2- انظر: نص التوصية (18)، المعايير الدولية ...، المرجع السابق، ص18، وراجع: المنهجية، المعايير من 1-3، ص60.

3- انظر: نص التوصية (19)، المعايير الدولية ... المرجع السابق، ص18، راجع: المنهجية، مرجع سابق، ص61.

4- انظر: نفس التوصية (20)، المعايير الدولية ....، المرجع السابق، ص18.

13- **التوصية الواحدة والعشرون: التنبيه وسرية الإبلاغ.**

يحظر على المؤســـســـات المالية والأعمال والمهن غير المالية ومديرها وموظفيها وســـائر العاملين بها الإفصـــاح للعميل أو للغير عن أية بلاغات أو معلومات تقدم إلى وحدة المعلومات المالية، أو تتعلق بالتحقيق في قضايا غسل الأموال أو تمويل الإرهاب [1].

**(14) التوصـــية الثانية والعشـــرون: الأعمال والمهن غير المالية المحددة " العناية الواجبة تجاه العملاء".**

تتطلب هذه التوصـية أن يطبق قطاع الأعمال والمهن غير المالية متطلبات العناية الواجبة تجاه العملاء، والاحتفاظ بالسجلات الواردة في التوصيات (10)، (11)، (12)، (15)، (17)، في الحالات الآتية:

أ- أندية القمار: عند قيام العملاء بعمليات مالية تساوي أو تزيد قيمتها عن (3000دولار /يورو)[2].

ب- الوكلاء العقاريون: عند إبرامهم لصفقات لحساب عملائهم تتعلق ببيع أو شراء العقارات.

ج- تجار المعادن النفيسة والأحجار الكريمة: عند إبرامهم أي عمليات نقدية تساوي أو تزيد قيمتها على (15000 دولار / يورو) [3].

د- المحامون وكتاب العدل وغيرهم من أصحاب المهن القانونية والمحاسبين المستقلين: عند قيامهم بإجراء عمليات أو تنفيذها نيابة عن عملائهم فيما يتعلق بالأنشطة الآتية:

- شراء وبيع العقارات.
- إدارة الأموال أو الأوراق المالية أو غيرها من الأصول التي يمتلكها العميل.
- إدارة الحسابات المصرفية أو حسابات التوفير أو حسابات الأوراق المالية.
- تنظيم المساهمات بغرض إنشاء الشركات أو تشغيلها أو إدارتها.

1- راجع: نص التوصية (21)، المعايير الدولية ...، مرجع سابق، ص19.

2- راجع: التوصية (22)، المعيار (1 – أ)، المنهجية، مرجع سابق، ص64.

3- راجع: التوصية (22)، المعيار (1 –ج)، المرجع نفسه، ص64.

- إنشـاء الشـخصـيات الاعتبارية أو الترتيبات القانونية أو تشـغيلها أو إدارتها، وشـراء الكيانات التجارية وبيعها.

هـ- مقدمو خدمات الشركات والصناديق الائتمانية – عند قيامهم بإعداد العمليات أو تنفيذها لمصلحة عميل- فيما يتعلق بالأنشطة التالية:

- العمل كوكيل للشخصيات الاعتبارية في تكوين الشركات.
- العمل (أو الترتيب لشخص آخر للعمل) كمدير أو سكرتير لشركة أو كشريك في شركة تضمن، أو في منصب مماثل له علاقة بأشخاص اعتبارية أخرى.
- توفير مكتب مسجل أو عنوان عمل أو مقر إقامة أو عنوان للمراسلات أو عنوان إداري لشركة أو شركة تضامن أو أي شخص اعتباري أو ترتيب قانوني آخر.
- العمل (أو الترتيب لشخص آخر للعمل) كوصي لصندوق استئماني صريح أو تأدية وظيفة مماثلة لصالح شكل آخر من أشكال الترتيبات القانونية.
- العمل (أو الترتيب لشخص آخر للعمل) كحامل أسهم أسمي لمصلحة شخص آخر.

**14- التوصية الثالثة والعشرون: الأعمال والمهن غير المالية المحددة تدابير أخرى.**

تفرض هذه التوصية على جميع الأعمال والمهن غير المالية تطبيق المتطلبات الواردة في التوصيات من 18 إلى 21 وذلك وفق التفصيل التالي:

أ) ينبغي تطبيق المتطلبات المتعلقة بالإبلاغ عن العمليات المشبوهة المنصوص عليها في التوصية (20)، على جميع الأعمال والمهن غير المالية المحددة بشرط توافر الحالات الآتية:

**1-** المحامون وكتاب العدل، وغيرهم من أصحاب المهن القانونية والمحاسبين عند إبراهيم نيابة عن العميل أو لمصلحته، عملية مالية تتعلق ببيع وشراء العقارات، أو إدارة الأموال أو الأوراق المالية وغيرها من الأصول التي يمتلكها العميل، أو إدارة الحسابات المصرفية أو حسابات التوفير أو حسابات الأوراق المالية، أو

تنظيم المساهمات بغرض إنشاء الشركات أو تشغيلها أو إدارتها، أو إنشاء الشخصيات الاعتبارية أو الترتيبات القانونية أو تشغيلها أو إدارتها أو شراء الكيانات التجارية وبيعها [1].

**2–** تجار المعادن النفيسة وتجار الأحجار الكريمة عند إبرامهم أية عمليات نقدية مع عميل تساوي أو تزيد على (15000 دولار /يورو).

**3–** مقدمو خدمات الشركات والصناديق الاستئمانية عند قيامهم بالنيابة عن العميل أو لمصلحته بإبرام عملية تجارية تتعلق بعملهم كوكلاء للشخصيات الاعتبارية في تكوين الشركات، أو عملهم أو ترتيبهم لشخص آخر للعمل كمدير أو سكرتير لشركة أو كشريك في شركة تضامن أو في منصب مماثل له علاقة بشخصيات اعتبارية أخرى، أو توفير مكتب مسجل أو عنوان أو مقر إقامة أو عنوان للمراسلات أو عنوان إداري لشركة تضامن أو أي شخص اعتباري أو ترتيب قانوني آخر، أو عملهم أو ترتيبهم لشخص آخر للعمل كوصي لصندوق استئماني صريح أو تأدية وظيفة مماثلة لصالح شكل آخر من أشكال الترتيبات القانونية، أو العمل أو الترتيب لشخص آخر للعمل كحامل أسهم أسمي لمصلحة شخص آخر [2].

**ب)** في الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة (أ) تلزم الأعمال والمهن غير المالية بتنفيذ المتطلبات المتعلقة بالرقابة الداخلية المنصوص عليها في التوصية (18)، وبالدول مرتفعة المخاطر المنصوص عليها في التوصية (19)، وبالتنبيه وسرية التبليغ المنصوص عليها في التوصية (21) [3].

**15– التوصية الرابعة والعشرون: الشفافية والمستفيدون الحقيقيون من الأشخاص الاعتبارية.**

ينبغي على الدول أن تتخذ تدابير مناسبة لمنع استغلال الأشخاص الاعتبارية في غسل الأموال وتمويل الإرهاب، ولتحقيق ذلك، يجب أن تحدد التدابير:

1- الأنواع المختلفة للأشخاص الاعتبارية في الدولة، وأشكالها وسماتها الأساسية.

1- انظر: التوصية (23)، المعيار (1-أ)، المنهجية، مرجع سابق، ص66.

2- انظر: التوصية (23)، المعيار (1-ج)، المنهجية، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

3- انظر: التوصية (23)، المعيار (2، 3، 4)، المنهجية، مرجع سابق، ص 66.

2- عمليات إنشاء تلك الأشخاص الاعتبارية والحصول على المعلومات الأساسية المتعلقة بتسجيلها [1]، والمستفيد الحقيقي [2]، وينبغي أن تكون هذه المعلومات متاحة للعموم.

وينبغي على الدول تقييم مخاطر غسل الأموال وتمويل الإرهاب المرتبطة بجميع أنواع الأشخاص الاعتبارية المنشأة في الدولة.

**16- التوصية الخامسة والعشرون: الشفافية والمستفيدون الحقيقيون من الترتيبات القانونية.**

ينبغي على الدول أن تتخذ تدابير مناسبة لمنع استغلال الترتيبات القانونية في غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وعلى وجه الخصوص:

- أن تتأكد من توافر معلومات كافية ودقيقة في الوقت المناسب عن الصناديق الاستئمانية الصريحة؛ بما يشمل المعلومات الخاصة بالموصى والوصي والمستفيدين [3].
- أن تنظر في اتخاذ تدابير من شأنها تسهيل الوصول إلى معلومات المستفيدين الحقيقيين والسيطرة من قبل المؤسسات المالية والأعمال والمهن غير المالية المحددة، التي تقوم بتنفيذ المتطلبات الواردة في التوصيتين (10)، (22) [4].

1- حول المعلومات الأساسية المتعلقة بإنشاء وتسجيل الشركات والالتزامات القائمة على الشركات، راجع: المعايير (3، 4، 5) من التوصية (24) المنهجية، مرجع سابق، ص 67.

2-حول معلومات المستفيد الحقيقي، راجع: المعايير (6-9) من التوصية (24)، المنهجية، المرجع السابق، ص68-69.

3- حول تفاصيل الالتزام بهذه التوصية، انظر المعايير (1 – 8) المنهجية، المرجع السابق، ص 71، 72.

4 - حول تفاصيل الالتزام بهذه التوصية، انظر المعايير (1 – 8 ) المنهجية، المرجع السابق، ص 71، 72.

## المبحث الثاني

## السلطات المختصة في مجال المكافحة

تنقسم الجهات المختصة في مجال مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب إلى السلطات الرقابية على جهات الإبلاغ المتمثلة في المؤسسات المالية والأعمال والمهن غير المالية المحددة، وسلطات إنفاذ القانون، ووحدة المعلومات المالية، وسلطات التحقيق.

ولكل واحدة من هذه السلطات صلاحيات ومسئوليات معينة في نظام المكافحة في الداخل، وفي الخارج عن طريق التعاون الدولي.

### المطلب الأول: صلاحيات ومسئوليات السلطات المختصة بنظام المكافحة داخل الدولة

تتحدث التوصيات من (26) إلى (32) عن تنظيم السلطات المختصة بنظام المكافحة واختصاصات كل منها، وفي التوصيات من (33) إلى(35) جرى الحديث عن متطلبات عامة تخضع لها السلطات المختصة كافة.

#### الفرع الأول: تنظيم السلطات المختصة واختصاصاتها

يقوم نظام المكافحة في أي بلد على مجموعة من السلطات، تمارس كل منها اختصاصات معينة – تتفق مع طبيعتها – في مجال مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، فالسلطات الرقابية تمارس اختصاص الرقابة والإشراف، وتصدر الضوابط والمنشورات والتعليمات لجهات الإبلاغ الخاضعة لرقابتها [1].

1- لا يسمح نظام مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب بوجود جهات معنية بالنظام غير خاضعة لرقابة وإشراف سلطة محددة؛ ومن أمثلة الجهات الرقابية: المصرف المركزي هو جهة الرقابة على المؤسسات المالية المتمثلة في البنوك وشركات الصرافة وشركات التأجير التمويلي، وهيئة الأوراق المالية هي جهة الرقابة على سوق الأوراق المالية، وهيئة الإشراف على التأمين هي جهة الرقابة على قطاع التأمين، أما قطاع الأعمال والمهن غير المالية فلكل عمل أو مهنة معينة جهة رقابة، كنقابة المحامين عن المحامين، ونقابة تجار الذهب والمعادن النفيسة عن هذا القطاع... الخ. وإن حدث ولم يحدد القانون لجهة معينة السلطة الرقابية الخاضعة لها، ففي هذه الحالة تخضع الجهة لرقابة وحدة المعلومات المالية.

وتتلقى وحدة المعلومات المالية البلاغات عن المعاملات المشبوهة بغسل الأموال وتمويل الإرهاب أو الجرائم الأصلية، وتقوم في شأنها بجمع المعلومات الإدارية والمالية والأمنية اللازمة لعملية التحليل، ومن تم تحيل نتائج " تقرير " التحليل المالي على الجهات المختصة [1].

وتقوم سلطات إنفاذ القانون بجمع المعلومات والتحري وضبط المجرمين من غاسلي الأموال وممولي الإرهاب، أو في الجرائم الأصلية التي ينتج عنها أموال، وتحيل محاضر جمع استدلالاتها بما في ذلك التحقيق المالي الموازي في تتبع الأموال الجرمية في الجرائم الأصلية على سلطات التحقيق [2].

وتتولى سلطات التحقيق، التحقيق وإقامة أو تحريك الدعاوى في جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب، كما تقوم في الجرائم الأصلية بفتح تحقيق مالي موازي لتتبع الأموال الجرمية والتحفظ عليها بغرض مصادرتها، وذلك وفق غايات النظام [3].

وغني عن البيان أن جميع هذه السلطات من الصعب أن تحقق المهام الموكلة إليها بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب ما لم تنسق وتتعاون وتتبادل المعلومات فيما بين بعضها البعض، والذي يدير عملية التنسيق ويضمن توافرها هي اللجنة الوطنية.

1- الجهات المختصة التي تحيل إليها الوحدة تقرير التحليل المالي: هي بحسب نتائج التحليل إما النيابة العامة أو السلطات الرقابية المعنية.

2- أجهزة إنفاذ القانون هي الأجهزة الضبطية التقليدية كالشرطة، والمباحث الجنائية والأجهزة الأمنية كجهاز المخابرات وجهاز الأمن الداخلي، ويتطلب المعيار الدولي أن يكون ضباط التحقيق في هذه الأجهزة قادرين قانونياً وفنياً على إجراء التحقيق في أية جرائم تتعلق بغسل الأموال وتمويل الإرهاب أثناء التحقيق الموازي، أو أن تكون لديهم القدرة قانوناً لإحالة القضية إلى جهات أخرى مختصة في حال حدد القانون جهات ضبطية متخصصة في غسل الأموال وتمويل الإرهاب، راجع: تقرير العمل المالي والمسائل التشغيلية (إرشادات التحقيقات المالية) منشور عن مجموعة العمل المالي FATF في يونيو 2012، ص5.

3- نشير إلى أن سلطات التحقيق التي تباشر التحقيقات وإقامة أو تحريك الدعوى العمومية ضد غاسلي الأموال وممولي الإرهاب قد تكون النيابة العامة، وقد تكون نيابات متخصصة، وفي الحالتين لابد أن يباشر التحقيقات وكلاء نيابة تلقوا التدريب الكافي في مجال مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، لأن ذلك يتعلق بالفعالية، ويعني مصطلح التحقيق المالي: الاستعلام عن الشئون المالية المتعلقة بالسلوك الإجرامي، فالهدف الرئيسي من التحقيق المالي هو تحديد وتوثيق حركة المال أثناء النشاط الإجرامي، وتتبعها بغرض التحفظ على الأموال الناتجة عن الجريمة، ومصادرتها، راجع: تقرير مجموعة العمل المالي" إرشادات التحقيقات المالية " يونيو 2012، ص3.

**1- التوصية السادسة والعشرون: التنظيم والرقابة على المؤسسات المالية.**

ينبغي على الدول أن تتأكد من أن المؤســـســـات المالية تخضـــع لتنظيم ورقابة كافيين، وأنها تطبق توصيات مجموعة العمل المالي بفعالية [1].

ويقتضي هذا الأمر أن تكون التدابير والضوابط التي تصدرها الجهات الرقابية لتنظيم الرقابة على المؤسسات المالية، متوافر فيها آمران:

أولهما: وجود تدابير كافية لا تسمح في مبادئها الأساسية للمؤسسات المالية كافة بدخول السوق ما لم تكن مرخصة، وفضلاً عن الترخيص لابد أن تكون المؤسسات المالية التي تقدم خدمات تحويل الأموال أو القيمة، أو تبدل الأموال " صرفها" أو العملة، مسجلة.

وأن تمنع المجرمين وشـركائهم من حيازة حصـص كبيرة ومسـيطرة في أي مؤسـسـة مالية (أو أن يكونوا مستفيدين حقيقيين من الحصص) أو تولي وظيفة من وظائف الإدارة فيها [2].

ثانيها: أن تخضع المؤسسات المالية للمنهج القائم على المخاطر في الرقابة والمتابعة [3].

**2- التوصية السابعة والعشرون: سلطات الجهات الرقابية.**

ينبغي أن تتمتع الجهات الرقابية بصلاحيات كافية للرقابة على المؤسسات المالية، والتأكد من التزامها بمتطلبات مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، بما في ذلك صلاحية القيام بعمليات التفتيش.

كما ينبغي أن تتمتع الجهات الرقابية بصـلاحية إلزام المؤسـسـات المالية بتقديم أية معلومات بمتابعة الالتزام بمتطلبات مكافحة غســـل الأموال وتمويل الإرهاب؛ وأن تملك ســـلطة فرض عقوبات بما يتفق مع التوصية (35) على المؤسسات المالية المخالفة، وإلى الحد الذي يتجاوز فرض العقوبات التأديبية والمالية ليصل إلى سحب رخصة المؤسسة المالية أو تقييدها أو تعليقها [4].

---

1- راجع: نص التوصية (26)، المعايير الدولية ....، مرجع سابق، ص21.

2- راجع: المعياران ( 2 ، 3 ) من التوصية (26)، المنهجية ....، مرجع سابق، ص73.

3- انظر: المعايير من (4-6) من التوصية (26) المرجع نفسه، ص 73، 74.

4- انظر: التوصية (27)، المعايير الدولية...، مرجع سابق، ص21. وراجع: المعايير من (1-4) من التوصية (27)، المنهجية...، مرجع سابق، ص75.

**3- التوصية الثامنة والعشرون: تنظيم الأعمال والمهن غير المالية المحددة والرقابة عليها:**

توجب هذه التوصية على الدول إخضاع قطاع الأعمال والمهن غير المحددة لتدابير تنظيمية ورقابية في مجال مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب [1]، قوامها)[2]:

أ- وجود سلطة مختصة معينة أو هيئة ذاتية التنظيم تكون مسئولة عن متابعة التزام الأعمال والمهن غير المالية المحددة بمتطلبات مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب والتأكد منها.

ب- السلطة المختصة المعنية أو الهيئة ذاتية التنظيم يجب أن:

1) تتمتع بصلاحيات كافية لأداء وظائفها، ومنها متابعة الالتزام.
2) تتخذ التدابير القانونية والتنظيمية اللازمة لمنع المجرمين أو شـــركائهم من أن يتم اعتمادهم مهنيا، أو من حيازة حصص كبيرة أو مسيطرة في الأعمال والمهن غير المالية المحددة، أو أن يكون المستفيدين الحقيقيين منها، أو أن يتولوا وظيفة من وظائف الإدارة فيها.
3) يتوافر لها عقوبات بما يتفق مع التوصية (35) للتعامل مع الإخفاق في الالتزام بمتطلبات مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

وقد أوجبت هذه التوصـــية على الدول أن تتأكد من خضـــوع أندية القمار لتنظيم ورقابة مكافحة غسـل الأموال وتمويل الإرهاب، وعلى الأقل [3]: أن تكون مرخصـة وأن تتخذ السـلطات المختصـة التدابير القانونية والتنظيمية اللازمة لمنع المجرمين وشـركائهم من حيازة حصـص كبيرة أو مسـيطرة في ناد قمار أو أن يصبحوا المستفيدين الحقيقيين منه، أو أن يتولوا وظيفة من وظائف الإدارة فيه، أو أن يقوموا بتشغيله، وينبغي أن تخضع أندية القمار لرقابة التزامها بمتطلبات مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

وبخصـوص الرقابة على الأعمال والمهن غير المالية المحددة، أوجبت هذه التوصـية، قيامها على أسـاس درجة المخاطر بما في ذلك [4]:

1 - انظر: نص التوصية (28)، المعايير الدولية....، مرجع سابق، ص 21.

2 - انظر: المعايير ( 2 – 4 ) من التوصية (28)، المنهجية....، مرجع سابق، ص 76.

3 - انظر: المعيار (1) من التوصية (28)، المنهجية...، المرجع السابق، ص 76.

4- انظر: المعايير (5) من التوصية (28) المنهجية...، المرجع السابق، ص 76، 77.

1- تحديد دورية وكثافة الرقابة في مجال المكافحة على الأعمال والمهن غير المالية المحددة على أســاس فهمها لمخاطر غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وأخذاً بالاعتبار السمات المميزة لهذا القطاع وتنوع المهن وتعددها بعين الاعتبار.

**3-** الأخذ بعين الاعتبار هيكل مخاطر غســـل الأموال وتمويل الإرهاب للأعمال والمهن غير المالية المحددة، ودرجة حرية التقدير الممنوحة لها في ظل المنهج القائم على المخاطر، عند تقييم مدى كفاية الضـــوابط الداخلية أو السياسات والإجراءات التي تطبقها الأعمال والمهن غير المالية المحددة لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

**4- التوصية التاسعة والعشرون: وحدات المعلومات المالية.**

تلزم الدول بإنشـــاء وحدة معلومات مالية تعمل كمركز وطني لتلقي تقارير المعاملات المشـــبوهة، والمعلومات الأخرى ذات الصـلة بغسـل الأموال، والجرائم الأصـلية المرتبطة وتمويل الإرهاب، وتحليلها وإحالة نتائج هذا التحليل إلى الجهات المختصة [1]:

ولقد حددت هذه التوصـية في المعايير من (2– 8) السـمات المميزة لوحدة المعلومات المالية، وما يجب أن تتمتع به من سلطات وصلاحيات، وما يقع عليها من التزامات وذلك على النحو الآتي:

**1)** يجب أن تكون وحدة المعلومات المالية مستقلة ومنفصلة من الناحية التشغيلية وذلك من خلال [2]:

**أ-** تمتعها بالسـلطة والصـلاحية لتنفيذ اختصـاصـاتها بحرية، بما في ذلك اتخاذ قرار مسـتقل بتحليل معلومات معينة وطلبها، أو إعادة توجيهها أو إحالتها.

**ب-** تمتعها بالقدرة على وضــع ترتيبات أو العمل باســتقلالية مع الســلطات المختصــة المحلية الأخرى أو الوحدات النظيرة الأجنبية فيما يتعلق بتبادل المعلومات.

**ج-**وفي حالة وجودها ضمن الهيكل القائم لسلطة أخرى، يجب أن تتمتع باختصاصات أساسية متمايزة عن اختصاصات السلطة الأخرى [3].

---

1- انظر: التوصية (29)، المعايير الدولية ....، مرجع سابق، ص 22.

2- انظر: المعيار (7) من التوصية (29) المنهجية ....، مرجع سابق، ص 79.

3- لوحدات المعلومات المالية نماذج ثلاثة، فقد تكون الوحدة إدارية من ضمن الجهات التابعة لرئاسة الوزراء، أو قائمة ضمن الهيكل التنظيمي لكيان أخر كالمصرف المركزي أو وزارة المالية، وقد تكون ضبطية قائمة ضمن هيكل وزارة الداخلية، وقد تكون تابعة لوزارة العدل أو

**د–** أن تكون قادرة على الحصول على الموارد (المالية والبشرية) لتنفيذ مهامها واستخدامها على أســاس انفرادي أو روتيني وأن تكون بعيدة عن أي تأثير أو تدخل ســياســي أو حكومي أو من القطاع الخاص في غير محله يمكن أو يؤثر على استقلاليتها التشغيلية.

يجب على وحدة المعلومات المالية أو تؤدي دورها باعتبارها الهيئة المركزية لاســتلام الافصــاحات التي تقدمها الجهات المبلغة وبما يشمل على (1):

التقارير عن العمليات المشبوهة المرسلة من قبل الجهات المبلغة وفق ما تشترطه التوصيتان (20-23).

أية معلومات أخرى تقتضــيها التشــريعات الوطنية؛ كتقارير العمليات النقدية، والتحويلات البرقية، والإقرارات أو الافصاحات عن الأموال المنقولة عبر الحدود.

يجب أن تكون الوحدة قادرة – بموجب القانون – على الحصـــول على أية معلومات إضـــافية من الجهات المبلغة، حسبما يكون ذلك ضروريا لإجراء تحليلها بشكل مناسب ومزودة – قانونا – بصلاحية الوصول إلى أقصى حد ممكن من المعلومات (2) المالية والإدارية والأمنية التي تتطلبها للقيام بوظائفها بصورة مناسبة(3).

يجب على الوحدة إجراء عملية تحليل تشغيلي وأخر استراتيجي للمعلومات التي تحصل عليها (4).

التحليل التشغيلي: يعرف أيضا بالتحليل العملي أو التكتيكي، وهو عملية استخدام المعلومات المتاحة، وتلك التي يمكن الحصول عليها من مختلف المصادر حول بلاغ اشتباه أو حالة معينة، وتكون هذه المعلومات لازمة للتعرف على الأنماط وهوية الأشخاص المشتبه بهم، وأهدافهم، وتتبع مسار أنشطتهم أو العمليات التي قاموا

---

النائب العام، وفي أي حالة تكون عليها الوحدة لا بد أن تكون مستقلة تماما من الناحية التشغيلية، ومستقلة إداريا بالقدر الكافي الذي يضمن عدم التأثير على مديرها وموظفيها في قراراتها وتقاريرها.

1- انظر: المعيار (2) من التوصية (29) المنهجية ....، مرجع سابق، ص 78.

2- لا يجب أن تقتصر الوحدة في طلبها للمعلومات على المصادر الرسمية، بل يجب عليها البحث أيضا في المصادر المفتوحة سواء كانت عامة أو خاصة ومن أمثلتها البحث في شبكة المعلومات الدولية والانترنت، وما ينشر في وسائل التواصل الاجتماعي، أو في وسائل الإعلام.

3- راجع: المعيار (3) من التوصية (29) المنهجية ....، مرجع سابق، ص 78.

4- انظر: المعيار (4) من التوصية (29) المنهجية ....، مرجع سابق، ص 78.

بها، وذلك لتحديد الأصول والشبكات الاجرامية والروابط والعلاقات بينها وبين العائدات المحتملة لغسل الأموال أو الجرائم الأصلية أو تمويل الإرهاب (1).

أ- **التحليل الاستراتيجي**: هو استخدام المعلومات المتاحة والمعلومات التي يمكن الحصول عليها، بما في ذلك البيانات التي تقدمها السلطات المختصة الأخرى، لتحديد اتجاهات وأنماط غسل الأموال وتمويل الإرهاب(2).

**2)** ينبغي أن تكون وحدة المعلومات المالية قادرة على إحالة المعلومات ونتائج تحليلها تلقائيا وعند الطلب إلى السلطات المختصة ذات الصلة، وذلك عبر قنوات مخصصة آمنة ومحمية (3).

**3)** ينبغي على وحدة المعلومات المالية حماية المعلومات وذلك من خلال (4) :

أ- وضع قواعد تحكم أمن المعلومات وسريتها، بما في ذلك إجراءات معالجة المعلومات وتخزينها وإحالتها وحمايتها، وكذلك الوصول إليها.

ب- التأكد من حصول موظفي الوحدة على التصاريح الأمنية وإدراك مسئولياتهم في التعامل مع المعلومات الحساسة والسرية وإحالتها.

ج- التأكد من محدودية إمكانية الوصول إلى منشآتها ومعلوماتها بما في ذلك أنظمة تقنية المعلومات.

د- ينبغي على الوحدة أن تتقدم بطلب غير مشروط للحصول على العضوية في مجموعة إيغمونت(5)، ولهذا الطلب آليات واجراءات حددها ميثاق مجموعة الاجمونت.

هـ- وأن تنخرط كليا في هذه العملية (6).

---

1- لمزيد من التفاصيل حول التحليل التشغليلي، راجع: مسودة الدليل الاسترشادي لإجراءات العمل بوحدة المعلومات، مرجع سابق، ص15.

2- لمزيد من التفاصيل حول التحليل الاستراتيجي، راجع: المرجع نفسه، ص 17.

3- راجع: المعيار (5) من التوصية (29) المنهجية ...، مرجع سابق، ص 79.

- راجع: المعيار (6) من التوصية (29) المرجع نفسه، نفس الصفحة.4

5- مجموعة الاجمونت: تأسست في البداية كمنتدى غير رسمي وعالمي لوحدات المعلومات المالية في التجمع الدولي الأول لوحدات المعلومات المالية في 9 يونيو 1995، وفي عام 2007م اعتمدت ميثاقها الأصلي وهيكلها الإداري من أجل القيام بمهامها في تبادل المعلومات بين وحدات المعلومات المالية الأعضاء فيها عبر نظام الكتروني آمن، للمزيد: راجع الموقع الرسمي للمجموعة على الرابط: : https // egmountgroup.org1en

6- انظر: المعيار (8) من التوصية (29)، المنهجية ....، المرجع السابق، ص79.

5 – التوصية الثلاثون: مسئوليات سلطات إنفاذ القانون وسلطات التحقيق.

بخصوص تنظيم وتحديد مسئوليات سلطات إنفاذ القانون وسلطات التحقيق، جاءت هذه التوصية بخمس معايير، وجري نصها على الآتي [1]:

**1–** ينبغي وجود سلطات إنفاذ قانون معينة تناط بها مسئولية التأكد من إجراء التحقيقات في جرائم غسل الأموال والجرائم الأصلية المرتبطة وجرائم تمويل الإرهاب بصورة مناسبة، ضمن إطار السياسات الوطنية في مجال مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

**2–** ينبغي أن يكون محققو إنقاذ القانون في الجرائم الأصلية إما مخولين بمباشرة التحقيق في جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب ذات الصلة خلال إجراء تحقيق مالي مواز، أو أن يكونوا قادرين على إحالة القضية إلى جهاز آخر لمتابعة هذه التحقيقات بغض النظر عن مكان الجريمة الأصلية.

**3–** ينبغي وجود سلطة مختصة معينة واحدة أو أكثر تقوم على وجه السرعة بتحديد وتعقب وتجميد وحجز الممتلكات التي تخضع أو التي قد تخضع للمصادرة، أو التي يشتبه في كونها متحصلات من جريمة.

**4–** ينبغي أن تتأكد الدول من أن التوصية (30) تنطبق أيضا على السلطات المختصة التي ليست سلطات إنفاذ القانون ذاتها لكن يقع على عاتقها مسئولية متابعة التحقيقات المالية حول الجرائم الأصلية، وذلك إلى الحد الذي تمارس عنده تلك السلطات المختصة الوظائف المنصوص علىها في التوصية (30) [2].

**5–** في حال تصنيف سلطات إنفاذ مكافحة الفساد للتحقيق في جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب الناشئة عن جرائم الفساد أو المتعلقة بها بموجب التوصية (30)، ينبغي أيضا أن تتمتع هذه السلطات بالصلاحيات الكافية لتحديد الأصول وتعقبها وتجميدها وحجزها.

---

1– انظر: المعايير من ( 1– 5 ) من التوصية (30)، المنهجية ...، المرجع نفسه، ص80–81.

2– السلطات المعنية في هذا المعيار هي المكاتب أو اللجان التي تنشأ لمتابعة واسترداد الأصول أو الأموال المهربة والمنهوبة، وهذا المعيار هو وجه لتنفيذ الالتزام الفني لما نصت عليه التوصية (30) بقولها "..... وينبغي على الدول أيضا أن تتخذ عند الضرورة من مجموعات عمل دائمة أو مؤقتة ذات اختصاصات متعددة تكون متخصصة في التحقيقات المالية أو في التحري عن الأصول، وينبغي أيضا على الدول أن تضمن عند الضرورة إجراء تحقيقات تعاونية مع السلطات المختصة المناسبة في الدول الأخرى ... " راجع: نص التوصية (30) المعايير الدولية ...، مرجع سابق، ص 22.

**6 – التوصية الواحدة والثلاثون: صلاحيات سلطات إنفاذ القانون وسلطات التحقيق.**

حول صلاحيات سلطات إنفاذ القانون وسلطات التحقيق في مجال مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، أوجبت هذه التوصية الالتزام بأربع معايير وجرى نصها على النحو الآتي[1]:

"عند إجراء التحقيقات ذات الصلة بغسل الأموال والجرائم الأصلية المرتبطة وتمويل الإرهاب، ينبغي أن تكون السلطات المختصة قادرة على الوصول إلى كافة المستندات والمعلومات اللازمة للاستفادة منها في تلك التحقيقات وإقامة الدعاوي القانونية والإجراءات المتعلقة.

وينبغي أن يشمل ذلك صلاحيات استخدام تدابير جبرية لتقديم السجلات التي تحتفظ بها المؤسسات المالية والأعمال والمهن غير المالية المحددة، والشخصيات الطبيعية أو الاعتبارية الأخرى، وتفتيش الأشخاص والمباني وجمع إفادات الشهود، والحجز والحصول على الأدلة[2].

وينبغي على الدول أن تتأكد أن السلطات المختصة التي تجري التحقيقات قادرة على استخدام مجموعة واسعة من أساليب التحقيق المناسبة للتحقيق في جرائم غسل الأموال والجرائم الأصلية المرتبطة وتمويل الإرهاب، وتضم تلك الأساليب: العمليات السرية، واعتراض الاتصالات، والدخول إلى نظم الكمبيوتر، والتسليم المراقب [3].

وعلاوة على ذلك، ينبغي أن يكون لدى الدول آليات فعالة تمكنها، في وقت مناسب، من تحديد ما إذا كان هناك أشخاص طبيعيون أو أشخاص اعتبارية لديها حسابات أو تتحكم فيها، كما ينبغي أن يكون لديها آليات للتأكد من أن السلطات المختصة لديها إجراءات تمكنها من تحديد الأصول بدون إخطار مسبق للمالك [4].

---

1- انظر: نص التوصية (31) المعايير الدولية ....، مرجع سابق، ص 23. ويجب ملاحظة أن الصلاحيات التي توجبها هذه التوصية مطلوبة أن تكون لدا سلطات التحقيق (النيابة العامة أو قاضي التحقيق) لتستخدمها بنفسها أو تستخدمها سلطات إنفاذ القانون بإذن منها.

2- انظر: المعيار (1) من التوصية (31) المنهجية ....، مرجع سابق ص81.

3- انظر: المعيار (2) من التوصية (30) المنهجية ....، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

4- انظر: المعيار (3) من التوصية (30) المنهجية ....، المرجع السابق، ص81.

وعند إجراء تحقيقات بشأن جرائم غسل الأموال والجرائم الأصلية ذات الصلة وتمويل الإرهاب ينبغي أن تكون السلطات المختصة قادرة على طلب جميع المعلومات اللازمة التي بحوزة وحدة المعلومات المالية [1]

**7- التوصية الثانية والثلاثون: ناقلو النقد.**

بخصـــوص نقل الأموال عبر الحدود أوجبت هذه التوصـــية على الدول أن[2]: يكون لديها تدابير – قانونية ولوجستية – مطبقة، تمكنها من كشف النقل المادي للعملات والأدوات القابلة للتداول لحاملها عبر الحدود، بما في ذلك من خلال استخدام نظام للإقرار أو نظام للإفصاح أو كلاهما[3].

وينبغي على الدول أن تتأكد من أن لدى السـلطات المختصـة السـلطة القانونية التي تمكنها من وقف أو حجز العملات أو الأدوات المالية القابلة للتداول لحاملها التي يشـتبه في ارتباطها بتمويل الإرهاب أو غسـل الأموال أو الجرائم الأصـــلية، أو العملات أو الأدوات المالية القابلة للتداول لحاملها التي يتم الإقرار بها أو الإفصاح عنها بشكل كاذب [4].

---

1- انظر: نص التوصية (31) المعايير الدولية .....، المرجع السابق ص23.

2- انظر: نص التوصية (32) المرجع نفسه، نفس الصفحة.

3- معايير الالتزام الفني بهذه التوصية (11) معيار كما حددتها المنهجية، وتضمنت المعايير من ( 1 – 3 ) التعريف بنظامي الإقرار والإفصاح، وموجباتها، وذلك كما يلي: المعيار (1) ينبغي على الدول تطبيق نظام إقرار أو نظام إفصاح لنقل العملات والأدوات القابلة للتداول لحاملها عبد الحدود بالنسبة للمغادرين والقادمين وينبغي على الدول أن تتأكد من أن نظام الإقرار أو الإفصاح مطلوب لجميع أشكال النقل المادي عبد الحدود، سواء من قبل المسافرين أو عبر البريد أو الشحن، وكذلك يمكن استعمال أنظمة مختلفة باختلاف أنواع النقل المستخدمة.

المعيار (2): في نظام الإقرار ، ينبغي مطالبة جميع الأشخاص الذين يقومون بنقل مادي عبر الحدود للعملات أو الأدوات المالية القابلة للتداول لحاملها والتي تتجاوز قيمتها الحد الأقصى للحد المعين المحدد ب ( 15000 دولار/ يورو) بتقديم إقرار صادق إلى السلطات المختصة المحددة، ويجوز للدول الاختيار بين أنواع نظام الإقرار الثلاثة المختلفة التالية: أ/ نظام الإقرار المكتوب لجميع المسافرين، ب/ نظام الإقرار المكتوب للمسافرين الذين يحملون مبالغ تتجاوز حدا معينا، ج/ نظام الإقرار الشفهي لجميع المسافرين.

المعيار (3): في نظام الإفصاح، ينبغي أن يكون المسافرون مطالبين بتقديم إجابة صريحة وتوفير معلومات مناسبة إلى السلطات عند طلبها، ولكنهم غير مطالبين بتقديم إقرار مكتوب أو الإدلاء بإقرار شفهي.

4- المعياران (4،8) من هذه التوصية أوضحت مقتضى السلطة القانونية التي يجب أن تتمتع بها السلطات المختصة في مواجهة المفصح أو المقر أو محلها، وذلك علي النحو التالي:

المعيار (4): ينبغي أن يكون من حق السلطات المختصة المعنية طلب معلومات إضافية والحصول عليها من ناقلها حول مصدر العملات أو الأدوات القابلة للتداول لحاملها، والاستخدام الذي كان ينوى لها، وذلك عند اكتشاف إقرار / إفصاح كاذب عن العملة أو الأدوات القابلة للتداول لحاملها أو عدم الإقرار بها / الإفصاح عنها.

كما ينبغي على الدول أن تتأكد من وجود عقوبات فعالة ومتناسبة ورادعة لديها للتعامل مع الأشخاص الذين يقومون بالإقرار والإفصاح الكاذب عما بحوزتهم لأكثر من مرة. وينبغي على الدول في الحالات التي ترتبط فيها العملات أو الأدوات المالية القابلة للتداول لحاملها بتمويل الإرهاب أو بغسل الأموال أو بجرائم أصلية، أن تتبنى تدابير تمكنها من مصادرة مثل هذه العملات أو الأدوات، بما في ذلك التدابير التشريعية التي تتوافق مع التوصية (4) [1].

**الفرع الثاني: واجبات السلطات المختصة بنظام المكافحة**

يطلب من الدولة في نظام مجموعة العمل المالي لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب ابتداءً أن تعكس التوصيات الأربعين في منظومتها التشريعية بقانون، وحيثما تطلب الأمر بالوسائل الملزمة الأخرى كاللوائح والمنشورات والقرارات. ومتى فعلت تكون ملتزمة فنياً بمتطلبات النظام، أما التزام الفعالية بنظام المكافحة بما يستلزمه من تطبيق القانون والوسائل الملزمة الأخرى ذات الصلة بالنظام، فهذا يقع عبء إثباته على الدولة أثناء خضوعها لعملية التقييم المتبادل [2]، ووسيلتها في الإثبات ما تقدمه السلطات المختصة فيها من الإحصائيات، وكم الإرشادات الصادرة، والبرامج التدريبية والتوعوية والتغذية العكسية الواردة على البلاغات والطلبات والعقوبات المطبقة. فهذه متطلبات عامة يجب على جميع السلطات المختصة توفيرها لإثبات فعالية نظام المكافحة في الدولة.

**1- التوصية الثالثة والثلاثون: الإحصائيات**

توجب هذا التوصية على الدول الاحتفاظ بإحصائيات شاملة بشأن الأمور المتعلقة بفعالية وكفاءة نظام مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب الخاصة بها. وينبغي أن يشمل هذا الاحتفاظ بإحصائيات

---

المعيار(8): ينبغي أن تكون السلطات المختصة قادرة علي إيقاف أو حجز العملة أو الأدوات القابلة للتداول لحاملها لفترة معقولة لكي تتأكد من احتمال العثور علي أدلة تتعلق بغسل الأموال أو تمويل الإرهاب، وذلك في حالتين: أ/ الاشتباه بوجود غسل الأموال أو تمويل الإرهاب أو الجرائم الأصلية. ب/ وجود إقرار كاذب، أو إفصاح كاذب. انظر: المنهجية، مرجع سابق، ص 82،83.

1- حول تفاصيل ذلك، راجع: المعايير (5،11) من التوصية (32)، المنهجية...، المرجع نفسه، ص 83,82.

2- راجع: المنهجية ...، مرجع سابق، ص 15 وما بعدها.

عن:[1] تقارير العمليات المشبوهة المستلمة والمحالة [2]، التحقيقات وحالات الإدعاء وأحكام الإدانة المتعلقة بغسل الأموال وتمويل الإرهاب [3]، الممتلكات المجمدة والمحجوزة والمصادرة [4]، طلبات المساعدة القانونية المتبادلة وغيرها من طلبات التعاون الدولي التي تم التقدم بها أو تلقيها [5].

**2- التوصية الرابعة والثلاثون: الإرشادات والتغذية العكسية**

توجب هذه التوصية على السلطات المختصة والجهات الرقابية والهيئات ذاتية التنظيم وضع مبادئ إرشادية وتقديم التغذية العكسية التي من شأنها أن تساعد المؤسسات المالية والأعمال والمهن غير المالية المحددة في تطبيق التدابير الوطنية الخاصة بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب ولا سيما في كشف العمليات المشبوهة والإبلاغ عنها [6].

**3- التوصية الخامسة والثلاثون: العقوبات**

تلزم هذه التوصية الدول بأن يكون لديها نطاق من العقوبات الفعالة والرادعة والمتناسبة، سواء كانت عقوبات جنائية أو مدنية أو إدارية، متاحة للتعامل مع الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص الاعتبارية

---

**1-** انظر: نص التوصية (33)، المعايير الدولية .... مرجع سابق، ص 23، المنهجية، مرجع سابق، ص 84.

**2-** يُعني بتقديم هذا النوع من الإحصائيات الوحدة بشكل أساسي، والسلطات الرقابية، وجهات الإبلاغ في المؤسسات المالية والأعمال والمهن غير المالية المحددة.

**3-** المعني بتوفير هذا النوع من الإحصائيات هي جهات إنفاذ القانون وسلطات التحقيق (النيابة العامة والقضاء)، وهذا النوع من الإحصائيات يجب أن تكون متوفرة عند وزارة العدل والنيابة العامة والمجلس الأعلى للقضاء، حول تفاصيل هذا النوع من الإحصائيات وما يجب أن تشتمل عليه من معلومات وبيانات، راجع: ورقة الإحصائيات ومعلومات عن الفعالية، صادرة عن مجموعة العمل المالي FATF، ترجمة مجموعة MENAFATF 4ديسمبر 2017، ص 56-58.

4- المعني بتوفير هذه الإحصائيات هو مكتب النائب العام، وزارة العدل، المجلس الأعلى للقضاء، هيئة تنفيذ قرارات مجلس الأمن. حول المعلومات والبيانات المطلوبة عن مصادرة المتحصلات والوسائط الاجرامية راجع: النتيجة المباشرة (8)، ورقة الإحصائيات ...المرجع السابق، ص 59-61.

**5-** طلبات المساعدة القانونية المتبادل الإحصائيات بشأنها يملكها مكتب النائب العام ووزارة العدل والخارجية، وعموم طلبات المعلومات عن طريق التعاون الدولي تملك الإحصائيات بشأنها الوحدة، السلطات الرقابية، جهات إنقاذ القانون " وزارة الداخلية "، راجع: النتيجة المباشرة (2)، ورقة الإحصائيات ... المرجع السابق، ص 30-34.

**6-** انظر: المعايير الدولية ... مرجع سابق، ص،24 والمنهجية .... مرجع سابق، ص85. وحول معلومات الفعالية في تقييم هذه التوصية، راجع، النتيجة المباشرة (3)، ورقة الإحصائيات ... مرجع سابق، ص 39، 40.

الذين تشـملهم التوصـية (6)، والتوصـيات من (8) إلى (23) يفشـلون في الالتزام بمتطلبات مكافحة غسـل الأموال وتمويل الإرهاب. ولا بد من تطبيق العقوبات، ليس فقط على المؤسـسـات المالية والأعمال والمهن غير المالية المحددة، ولكن أيضاً على مديريها وإدارتها العليا [1].

**المطلب الثاني: التـعاون الـدولي**

لقد سبقت الإشارة إلى تميز جريمتي غسل الأموال وتمويل الإرهاب بطابعهما عبر الوطني[2]، ولذلك لا يكفي في مكافحتهما أن تعتمد الدول" فقط "على سلطاتها المختصة المحلية، أو تحديث وتعزيز نظمها الداخلية، بل يلزمها لبلوغ غايات نظام المكافحة[3]، أن تولي الاهتمام ذاته لجانب التعاون الدولي، وعلى النحو الذي فرضـــته مجموعة العمل المالي FATF، في توصـــياتها من (36) إلى (40)، فتنظم إلى الاتفاقيات الدولية ذات الصـلة، وأن توجد الأسـاس القانوني اللازم لمختلف أوجه المسـاعدة القانونية المتبادلة، وتطبقها بشـكل فعال سلطاتها المختصة كافة.

**1- التوصية السادسة والثلاثون: الأدوات القانونية المتبادلة**

توجب هذه التوصـــية على الدول أن تتخذ خطوات فورية للإنظمام إلى اتفاقية فيينا لعام 1988م، واتفاقية باليرمو لعام 2000، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفســاد لعام 2003م، واتفاقية مكافحة تمويل الإرهاب لعام 1999 وتطبيقها بشكل كامل [4].

---

**1-** انظر: التوصية (35)، المعايير الدولية ...، مرجع سابق، صـــ24، والمعيارين (1)، (2) من التوصية (35)، المنهجية..، مرجع سابق، ص 86.

**2-** راجع: مقدمة هذا البحث ص1.

**3-** غايات نظام المكافحة خلق نظام مالي عالمي شـفاف ونظيف، وهذا يسـتلزم الوصـول الي: المجرمين وتوقيع الجزاء اللازم عليهم، تتبع الأموال الجرمية والتحفظ عليها ومصادرتها.

**4-** يطلب من الدول أن تنفذ بشـكل كامل المواد ذات الصـلة من الاتفاقيات المذكورة، وهي: اتفاقية فيينا (المواد 3-15-17-19) ، واتفاقية باليرمو (المواد : 14-17-23-24-26-31-38-40-43-44-46-48-50-55-57-58)، اتفاقية قمع تمويل الإرهاب ( المواد 2-18) راجع: المنهجية، مرجع سابق، الهامش، ص 87.

كما أن الدول مدعوة أيضا للمصادقة على الاتفاقيات الدولية الأخرى ذات الصلة وتطبيقها حيثما أمكن، مثل الاتفاقية الأمريكية الدولية لمحاربة الإرهاب لعام 2002م، واتفاقية المجلس الأوروبي الخاصة بغسل الأموال وتقصي وحجز ومصادرة عائدات الجريمة وبتمويل الإرهاب لعام 2005م[1].

**2- التوصية السابعة والثلاثون: المساعدة القانونية المتبادلة.**

توجب هذه التوصية على الدول أن تقدم المساعدة القانونية المتبادلة بشكل سريع وبناء وفعال على أوسع نطاق ممكن فيما يتعلق بالتحقيقات والملاحقة القضائية والإجراءات ذات الصلة بغسل الأموال والجرائم الأصلية المرتبطة وتمويل الإرهاب، ولقد تضمنت ثمانية معايير تفصل أوجه هذا الالتزام، وذلك على النحو الآتي:[2]

1- ينبغي أن يكون لدى الدول أساس قانوني يسمح لها أن تقدم بسرعة أوسع نطاق ممكن من المساعدة القانونية المتبادلة فيما يتعلق بالتحقيقات المتعلقة بغسل الأموال والجرائم الأصلية المرتبطة به وتمويل الإرهاب، وحالات الإدعاء والإجراءات ذات الصلة.

2- ينبغي على الدول أن تستخدم سلطة مركزية أو آلية رسمية معتمدة أخرى لإرسال الطلبات وتنفيذها. وينبغي وجود إجراءات لترتيب طلبات المساعدة القانونية المتبادلة حسب الأولوية وتنفيذها في الوقت المناسب؛ ولغايات متابعة التقدم في شأن تلبية الطلبات، ينبغي وضع نظام لإدارة الحالات.

3- ينبغي ألا يتم منع تقديم المساعدة القانونية المتبادلة أو إخضاعها لشروط غير معقولة أو تقييدية بصورة لا داعي لها.

4- ينبغي على الدول ألا ترفض طلب المساعدة القانونية: (أ) على أساس وحيد هو اعتبار أن الجريمة تتضمن أيضاً مسائل ضريبية، أو (ب) على أساس متطلبات السرية والخصوصية الواقعة على المؤسسات المالية أو الأعمال والمهن غير المالية المحددة، إلا إذا كان قد تم الحصول على المعلومات ذات الصلة في الظروف التي تنطبق فيها الامتيازات المهنية القانونية أو السرية المهنية القانونية [3].

---

1- انظر: نص التوصية (36)، المعايير الدولية...، مرجع سابق، ص 24.

2- حول تفاصيل هذه المعايير، راجع: المنهجية...، مرجع سابق، ص88، 89.

3- مثال ذلك ما يحصل عليه المحامي من معلومات من موكله في قضية معينة.

5- ينبغي على الدول أن تحافظ على خصوصية طلبات المساعدة القانونية المتبادلة المستلمة والمعلومات التي تتضمنها وفقاً للمبادئ الأساسية للقانون المحلي، وذلك لحماية نزاهة التحقيقات أو التحريات.

6- عندما لا تشتمل طلبات المساعدة القانونية المتبادلة على إجراءات قسرية، لا ينبغي على الدول اعتبار ازدواجية التجريم شرطاً لتقديم المساعدة.

7- عندما تكون ازدواجية التجريم مطلوبة كشرط لتقديم المساعدة القانونية المتبادلة، فأنه ينبغي اعتبار ذلك الشرط متحققاً بغض النظر عن وضع الدولتين الجريمة في ذات الفئة، أو وصفها بالمصطلح نفسه شريطة أن تجرم الدولتان معاً السلوك الذي تنطوي عليه الجريمة.

8- من بين الصلاحيات وأساليب التحقيق التي تقتضيها التوصية (31) وأي صلاحيات وأساليب تحقيق أخرى متاحة للسلطات المختصة، ينبغي على الدول أن تتأكد من أن سلطاتها المختصة المحلية تتوافر على:

(أ) كافة الصلاحيات والأساليب المتعلقة بتقديم المعلومات أو المستندات أو الأدلة، بما في ذلك السجلات المالية، والتفتيش عنها وحجزها من مؤسسات مالية أو أشخاص طبيعيين أو أشخاص اعتبارية، وجمع إفادات الشهود. (ب) نطاق واسع من الصلاحيات وأساليب التحقيق الأخرى؛ ذلك لاستخدامها أيضاً في الاستجابة لطلبات المساعدة القانونية المتبادلة، والاستجابة للطلبات المباشرة التي تقدمها سلطات قضائية أجنبية أو سلطات إنفاذ القانون الأجنبية إلى الجهات المحلية المقابلة في حال تمشي ذلك مع إطار العمل المحلي [1].

**3- التوصية الثامنة والثلاثون: المساعدة القانونية المتبادلة في التجميد والمصادرة.**

تلزم هذه التوصية الدول بأن يكون لديها الصلاحية القانونية لاتخاذ إجراءات سريعة للاستجابة لطلبات الدول الأجنبية بتحديد أو تجميد أو حجز أو مصادرة الممتلكات المغسولة، أو المتحصلات الناتجة عن غسل الأموال أو الجرائم الأصلية وتمويل الإرهاب، أو الوسائط المستخدمة أو التي اتجهت النية إلى استخدامها في ارتكاب تلك الجرائم، أو الممتلكات المماثلة لها في القيمة [2]. وينبغي أن تشمل تلك الصلاحية القدرة على الاستجابة إلى الطلبات المقدمة على أساس إجراءات المصادرة غير المستندة على إدانة

1- انظر: المعيار (8) من التوصية (37)، المنهجية ... مرجع سابق ص 88،89. وراجع: نص التوصية (37)، المعايير الدولية ... مرجع سابق ص 25.

2- انظر: المعيار (1) التوصية (38)، المنهجية ...، مرجع سابق، ص 90.

والتدابير المؤقتة ذات الصـــلة. على الأقل في حالات عدم وجود الجاني بســـبب وفاته أو هربه أو غيابه أو في حالة عدم معرفته إلا إذا كان ذلك لا يتسق مع المبادئ الأساسية للقانون المحلي [1].

وينبغي أيضا على الدول أن يكون لديها آليات فعالة لإدارة الممتلكات المجمدة أو المصادرة أو المساوية لها في القيمة، أو الوســائط المضــبوطة والتصــرف فيها عند اللزوم، وكل ما يلزم من الترتيبات القانونية لتنســيق إجراءات الحجز والمصادرة والتي ينبغي أن تشمل أقتسام الممتلكات المصادرة مع الدول الأخرى [2].

**4- التوصية التاسعة والثلاثون: تسليم المجرمين**

توجب هذه التوصية على الدول أن تقوم بتنفيذ طلبات تسليم المجرمين ذات العلاقة بغسل الأموال وتمويل الإرهاب، وذلك بصورة بناءة وفعالة دون أدني تأخير غير مبرر. وعلى الدول أيضاً اتخاذ جميع التدابير الممكنة لضـــمان عدم تقديم ملاذ آمن للإفراد المتهمين بتمويل الإرهاب أو الأعمال الإرهابية أو المنظمات الإرهابية، وبشكل خاص، ينبغي على الدول:[3]

أ- أن تتأكد من أن غسل الأموال وتمويل الإرهاب من الجرائم التي تستوجب تسليم المجرمين.

ب- أن تتأكد من أن لديها نظاماً لإدارة الحالات، وإجراءات واضحة لتنفيذ طلبات تسليم المجرمين في وقت مناسب وبما يشمل ترتيبها حسب الأولوية حيثما كان ذلك مناسباً.

ج- ألا تضع شروطاً غير معقولة أو مقيدة بشكل غير مبرر على تنفيذ طلبات تسليم المجرمين.

د- إن تتأكد من أن لديها إطاراً قانونياً مناسباً لتسليم المجرمين.

وينبغي على كل دولة إما أن تســـلم مواطنيها، أو على الدولة في حالة رفض تســـليم المجرمين على أساس وحيد هو الجنسية، فإنه ينبغي علمها أن تحيل القضية من دون تأخير غير مبرر، بناءً على طلب الدولة التي تسعى لتسلمه، إلى سلطاتها المختصة لملاحقته قضائياً بشأن الجرائم المبينة في الطلب [4]. وعلى تلك السلطات المختصة اتخاذ قرارها والقيام بإجراءاتها بذات الطريقة التي تتبعها في أي قضية أخرى تتعلق بالجرائم

---

1- انظر: المعيار (2) من التوصية (38)، المنهجية ...، مرجع سابق، ص90.

2- انظر: نص التوصية (38) المعايير الدولية ...، مرجع سابق، ص26، والمنهجية، المرجع نفسه، ص 90.

3- راجع: المعيار (1) من التوصية (39)، المنهجية ...، مرجع سابق، ص 91.

4- راجع: المعيار (2) من التوصية (39)، المنهجية ...، مرجع سابق، ص 91.

ذات الطبيعة الخطيرة بموجب القانون المحلي لتلك الدولة، وينبغي على الدول المعنية أن تتعاون فيما بينها، وخاصة فيما يتعلق بالجوانب الإجرائية وإجراءات الإثبات، ضماناً لفعالية تلك الملاحقة القضائية، وعندما تكون ازدواجية التجريم مطلوبة كشرط من أجل تسليم المجرمين ينبغي اعتبار ذلك الشرط متحققاً بغض النظر عن وضع الدولتين للجريمة في ذات الفئة، أو وصفها بالمصطلح نفسه شريطة أن تجرم الدولتان معاً السلوك الذي تنطوي عليه الجريمة[1].

ومع مراعاة المبادئ الأساسية للقانون المحلي، ينبغي أن يكون لدى الدول آليات مبسطة لتسليم المجرمين، مثل السماح بالإرسال المباشر لطلبات التوقيف المؤقت من السلطات المختصة، وتسليم الأشخاص فقط على أساس مذكرات الاعتقال أو الأحكام الصادرة أو إعداد إجراءات مبسطة لتسليم الأشخاص الذين يتخلون عن إجراءات التسليم الرسمية[2]، ولابد من تزويد السلطات المسئولة عن التسليم بالموارد المالية والبشرية والفنية الكافية، وينبغي أن يكون لدى الدولة إجراءات قائمة لضمان تمتع العاملين بهذه السلطات بمعايير مهنية عالية، بما في ذلك المعايير الخاصة بالسرية، وأن يكونوا على درجة عالية من النزاهة والمهارة المناسبة [3].

**5- التوصية الأربعون: أشكال أخرى للتعاون الدولي**

لقد نصت هذه التوصية على أنه: " ينبغي على الدول أن تتأكد من أن سلطاتها المختصة يمكنها توفير أكبر قدر ممكن في التعاون الدولي على نحو سريع وبناء وفعال فيما يتعلق بغسل الأموال والجرائم الأصلية وتمويل الإرهاب، وينبغي على الدول أن تقوم بذلك بشكل تلقائي وعند الطلب، ولابد أن يكون هناك أساس قانوني لتقديم التعاون الدولي، وينبغي على الدول أن تفوض سلطاتها المختصة بصلاحية استخدام أكثر السبل فعالية في التعاون الدولي، وإذا احتاجت السلطة المختصة اتفاقيات أو ترتيبات ثنائية أو متعددة الأطراف، كمذكرات التفاهم، فينبغي التفاوض بشأنها وتوقيعها في وقت مناسب مع أوسع نطاق ممكن من السلطات الأجنبية النظيرة.

---

**1-** راجع: المعيار (3) من التوصية (39)، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

2- راجع: نص التوصية (39)، المعايير الدولية ...، مرجع سابق، ص 26، وراجع: المعيار (4) من التوصية (39) المنهجية ...، مرجع سابق، الهامش، ص91.

3- انظر: نص التوصية (39) المعايير الدولية ...، المرجع السابق ص26.

وينبغي على السلطات المختصة أن تستخدم قنوات وآليات واضحة من اجل تحويل طلبات المعلومات أو أي نوع آخر من أنواع المســاعدة وتنفيذها بشــكل فعال. كما ينبغي أن يكون لدى الســلطات المختصــة إجراءات واضحة وفعالة من أجل ترتيب الطلبات حسب الأولوية وتنفيذها في وقت مناسب، من أجل حماية المعلومات التي يتم استلامها "[1].

ولقد حددت المنهجية عشرون معياراً في الالتزام بهذه التوصية، فتحدثت عن المبادئ العامة للتعاون الدولي في المعايير من (1) إلى (8) [2].

أما تبادل المعلومات بين وحدات المعلومات المالية، فلقد فصـــلته المعايير من(8) إلى(11)[3]، وتبادل المعلومات بين الجهات الرقابية المالية فيما عدا الهيئات ذاتية التنظيم حددته المعايير من (12) إلى (16) [4]، وبخصوص تبادل المعلومات المالية بين سلطات إنقاذ للقانون فلقد تضمنته المعايير من (17) إلى (19) [5]، في حين تضمن المعيار (20) بيان الموقف من تبادل المعلومات مع الجهات غير النظيرة[6].

1- انظر: المعايير الدولية ...، مرجع سابق، ص26-27.

2- راجع: المنهجية ...، مرجع سابق، ص 92-93.

3- راجع: المرجع نفسه، ص93.

4- راجع: المرجع نفسه، ص 93-94.

5- المرجع نفسه، ص 94-95.

6- المرجع نفسه، ص 95.

## الخاتمـــة

بعد هذا العرض لموضوع القواعد الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، لابد من أبراز أهم النتائج التي تم التوصل إليها، والتوصيات الجديرة بالاهتمام.

**أولاً: النتائج**

**1-** يقوم نظام مكافحة غســل الأموال وتمويل الإرهاب على مجموعة من القواعد الدولية، كالتوصــيات الأربعين ومنهجية تقييم الالتزام الفني بتوصـــيات مجموعة العمل المالي وفعالية نظام مكافحة غســـل الأموال وتمويل الإرهاب الصادرة في مجموعة العمل المالي FATF، وعلى إعلانات بازل أو القواعد الأساسية للرقابة المصـــرفية الصـــادرة عن لجنة بازل للرقابة البنكية، وعلى اتفاقيات الأمم المتحدة وقرارات مجلس الأمن ذات الصلة.

وتعتبر مجموعة العمل المالي FATF هي المؤســس لهذا النظام وبمثابة مالكه، وتعد توصــياتها الأربعين ومنهجية التقييم الصــادرة عنها المصــدر الرئيســي للقواعد الدولية لنظام المكافحة، باعتبار أنهما قد اســتغرقا المصادر الأخرى.

**2-** يتطلب نظام المكافحة من الدول:

أ- الالتزام الفني بتوصيات مجموعة العمل المالي: وذلك بأن تعكسها في منظومتها التشريعية من خلال قانون لمكافحة غســل الأموال وتمويل الإرهاب، وبالوســائل الملزمة الأخرى كاللوائح والمنشــورات حيثما يتطلب الأمر ذلك.

ب- التزام الفعالية: وذلك بتطبيق أحكام قانون مكافحة غسـل الأموال وتمويل الإرهاب من جميع السـلطات والجهات المعنية والمختصة في الدولة.

**3-** يتم مراقبة والتحقق من مدى التزام الدول بالقواعد الدولية لمكافحة غســـل الأموال وتمويل الإرهاب عن طريق عملية التقييم المتبادل الذي تخضـــع له الدول للوقوف على مدى التزامها الفني ومســـتوى فعالية أنظمة المكافحة لديها.

**4-** تكشــف نتيجة التقييم المتبادل الذي تخضــع له الدولة عن مدى التزامها – الفني والفعالية – بنظام المكافحة، بحيث يتقرر وضعها تحت المتابعة العادية أو المتابعة المعززة.

أ- المتابعة العادية: هي الحد الأدنى الذي يجب تطبيقه على جميع الدول الأعضـــاء التي خضـــعت لعملية التقييم المتبادل، وتهدف لإيجاد آلية متابعة مســتمرة على الدول، حيث تقوم الدول التي تخضــع للمتابعة العادية بتقديم تقرير منتظم " دوري كل عامين ونصــف " عن ما تقوم به من إجراءات في ســبيل تطوير نظام المكافحة لديها، وزيادة فعالية النظم المطبقة، ومعالجة أية مســـائل متبقية – هي ليســـت جوهرية بالضرورة – لم تكن قد انتهت من معالجتها [1].

ب- المتابعة المعززة: هي إطلاع الاجتماع العام للمجموعة بصـــورة دورية أكثر من المتابعة العادية على الإجراءات التصـــحيحية التي تتخذها الدول التي خضـــعت للتقييم المتبادل، وبينت نتائج التقرير وجود أوجه قصـــور جوهرية في نظام المكافحة [2]، وتنطوي هذه العملية على إجراءات مكتفة لحث الدول وتحفيزها على معالجة أوجه القصور في أسرع وقت ممكن.

وفي واقع الحال أن الدول التي توضــع تحت المتابعة المعززة تواجه وضــعاً صــعباً، حيث تحال على فريق مراجعة التعاون الدولي ICRG بمجموعة العمل المالي (FATF ) وتكون ملزمة بتقديم خطة عمل لتلافي أوجه القصــور التي لديها في آجال زمنية محددة، فضــلاً عن أن مجرد الإحالة على فريق ICRG يجعل من المؤسسات المالية الدولية تحجم عن التعامل مع الدولة أو في أحسن الظروف تتعامل معها بكلفة أكبر، وهذا بكل تأكيد يضر بالوضع الاقتصادي والمالي للدولة.

---

1- راجع: إجراءات عملية التقييم المتبادل للجولة الثانية، مجموعة العمل المالي لمنطقة الشـــرق الأوســـط وشمال إفريقيا MENAFATF نوفمبر 2014م، ص24.

2 - تخضع الدولة محل التقييم بشكل مباشر لعملية المتابعة المعززة عندما يكشف تقرير التقييم المتبادل وجود إحدى الحالات التالية:

1-حصول الدولة على درجة التزام، " ملتزمة جزئيا "، أو " غير ملتزمة "، في ثمان توصيات أو أكثر من التوصيات الخاصة بالالتزام الفني.

2-حصول الدولة على درجة التزام "ملتزمة جزئيا" أو " غير ملتزمة " في واحدة أو أكثر من التوصيات التالية: (3، 5، 10، 11، 20 )

3-حصول الدولة على درجة التزام، "مستوى متوسط" أو مستوى متدني، في سبع نتائج أو أكثر من درجات الالتزام الخاصة بالنتائج المباشرة (11) للفعالية.

4- حصول الدولة على " مستوى متدني " في أربع نتائج أو أكثر من درجات الالتزام الخاصة بالنتائج المباشرة (11) للفعالية. راجع: إجراءات عملية التقييم المتبادل، مرجع سابق، ص25.

وإذا لم تبرهن الدولة على التزامها وتصـحح أوجه القصـور الجوهرية التي لديها خلال المواعيد الزمنية المحددة قد يصل الأمر إلى نشر اسمها في قائمة للعموم باعتبارها عالية المخاطر [1].

**ثانياً: التوصيات**

1- نوصـي السـلطات والجهات المختصـة والمعنية بمكافحة غسـل الأموال وتمويل الإرهاب في ليبيا، كل فيما يخصه بتنفيذ أحكام قانون مكافحة غسـل الأموال وتمويل الإرهاب الصـادر عن المجلس الرئاسـي بالقرار بقانون رقم 1013 لسـنة 2017م، ولائحة إجراءات تنفيذ قرارات مجلس الأمن الصـادرة بالقرار رقم (1037) لسـنة 2017م، والمنشـور بالجريدة الرسمية (عدد خاص) السـنة السـابعة بتاريخ 5 جمادى الأخر 1439 هـ الموافق 2018/2/21م.

2- نوصي البرلمان استعراض القرار بقانون رقم 1013 لسنة 2017 وإقراره وإصداره في أقرب فرصه.

3- نوصي المجلس الأعلى للقضاء بسرعة إنشاء نيابات ومحاكم متخصصة في مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

4- نوصـي سـلطات التحقيق وجهات إنفاذ القانون والسـلطات الرقابية بإعادة تقييم مواردها البشـرية لتوجيه العناصر الكفؤة أو تعيين عناصر جديدة ذات كفاءة عالية للعمل في مجال المكافحة وخضوعها للتدريب المكثف والمستمر والمشاركة في الفعاليات الدولية ذات العلاقة بمجال المكافحة.

5- نجاح نظام المكافحة في أي بلد يعتمد على وجود إرادة سـياسـية عليا – على مسـتوى رئاسـة الدولة وسـلطاتها الثلاث والوزراء – تلتزم وتعمل على تطبيق النظام، والعمل على توفر هذه الإرادة هي أهم مهام اللجنة الوطنية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، التي نوصيها بعقد اجتماعات مع المسئولين السياسيين رفيعي المستوى في البلد لتعريفهم بمقتضيات نظام المكافحة ومتطلباته وواجبات الدولة إزاءه.

1 – توجد سـلسـلة من الإجراءات التي تتخذها مجموعة العمل المالي والمجموعات الإقليمية في مواجهة الدولة، تبدأ (1) بقيام رئيس المجموعة بتوجيه رسـالة رسمية إلى الدولة للفت انتباهها إلى مدى خطورة عدم الالتزام بالتوصـيات (2) القيام بزيارة رسمية للدولة المعنية يتم خلالها الاجتماع مع كبار المسئولين في الدولة لحثها على الالتزام وتصحيح أوضاعها. (3) إصدار بيان عام بأن الدولة غير ملتزمة واتخاذ تدابير احترازية ضدها وفق التوصية (19). راجع: ورقة إجراءات عملية التقييم المتبادل...، مرجع سابق، ص 26.

والعمل بشـــكل خاص ومكثف على عملية التقييم الوطني للمخاطر، والاســـتعداد لعملية التقييم المتبادل الذي ستخضع له الدولة الليبية فور تحسن الأوضاع الأمنية فيها، وذلك بحسب قرار الاجتماع العام السادس والعشرون لمجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا في نوفمبر 2017.

## قائمة المراجع

1- د. محمد حسن يحي، المواجهة الجنائية لجريمة غسل الأموال في التشريع الجنائي الليبي " دراسة تحليلية " رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق سنة 2013م.

2- د. مصطفي إبراهيم العربي، المواجهة الجنائية ضد تمويل الإرهاب " دراسة مقارنة " بحث منشور بمجلة العلوم القانونية، كلية القانون ترهونة، جامعة الزيتونة، العدد الأول 2013م.

3- المعايير الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وانتشار التسلح " توصيات مجموعة العمل المالي (FATF) منظمة التعاون والتنمية الاقتصـــادية (COECD/ مجموعة العمل المالي FATF فبراير 2012. الموقع الالكتروني: **www.fatf-gafi.org**

4- منهجية تقييم الالتزام الفني بتوصـيات مجموعة العمل المالي وفعالية نظام مكافحة غسـل الأموال وتمويل الإرهاب، مجموعة العمل المالي FATF/ منظمة التعاون والتنمية الاقتصـــادية (OECD)، فبراير 2013م، البريد الالكتروني.**contact@fatf-gafi.org**

5- المعايير الدولية لمكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب وانتشار التسلح، توصيات مجموعة العمل المالي (FATF) والمذكرات التفسيرية للتوصيات، نسخة محدثة – يونيو 2019م، مجموعة العمل المالي، باريس، فرنسا، الموقع الالكتروني:**www.fatf-gafi-org/recommendations.hfmi**

6- منهجية تقييم الالتزام الفني بتوصـيات مجموعة العمل المالي وفعالية نظم مكافحة غسـل الأموال وتمويل الإرهاب، نسخة محدثة أكتوبر 2019م العمل المالي، فرنسا، الموقع الالكتروني:

**http://www.fatf-gafi.org/** publications / mufualevaluations /documents/ fatf-methodology.htm /

7- مسودة دليل استرشادي لإجراءات العمل بوحدة المعلومات المالية، مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، أبريل 2013م، البريد الالكتروني:

**Info@menafatf.org**

8- ورقة الإحصـائيات ومعلومات عن الفعالية، مجموعة العمل المالي لمنطقة الشـرق الأوسـط وشمال أفريقيا، نوفمبر 2017م، البريد الالكتروني: **info@menafatf.org**

9- إجراءات عملية التقييم المتبادل للجولة الثانية، مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، نوفمبر 2014م ، البريد الالكتروني: **info@menafatf.org**

# المخاطر التي تواجه المشروعات المقامة بنظام B.O.T

د. خلود خالد بيوض

عضو هيئة التدريس بكلية القانون

جامـعـــــة طرابلـس

**المقدمـــة:**

ينسب لعقد B.O.T توزيع المخاطر على المستثمرين حيث تستفيد الحكومة من خبرات القطاع الخاص في الإدارة والتشغيل [1]، وهذا سيؤدي للاعتماد على منظومة الإدارة والمتابعة السريعة، وتفعيل القدرات وتوظيف الامكانيات والارتقاء بالمهارات [2].

فالمخاطر تصاحب كل مشروع وتحديدها أساس لنجاح المشروع؛ لذا فهي تلعب دورا في مرحلة التفاوض، فالمشروع يجب أن يكون مجديا اقتصاديا لتسديد القروض، خاصة في ظل عقود طويلة المدة، وتتسم بضخامة تكاليفها [3].

(1) تعرف المخاطر بأنها تلك الوقائع المادية أو القانونية أو الفنية أو السياسية أو البيئية أو التجارية التي تطرأ عقب البدء في تنفيذ المشروع ومن شأن وجودها إحداث خسائر وأضرار للمشاركين في تنفيذ المشروع ويترتب على تلك المخاطر في حال عدم السيطرة عليها توابع قد يتمثل في تأخير في تنفيذ المشروع ومن ثم في تشغيله أو الزيادة في تكلفة المشروع أو عدم التشغيل كما هو متوقع من الإدارة أو عدم الجودة في الخدمة المقدمة من المشروع مشار إليه في بحث د .محمد صلاح، د .البشير عبد الكريم، أسلوب البوت كألية لتشييد مشروعات البنية التحتية، جامعة محمد خيضر بسكرة ‘كلية العلوم الاقتصادية والتجارة وعلوم التسيير’ أبحاث اقتصادية و إدارية _الجزائر _العدد السابع عشر’ جوان 2015ص189. ويلاحظ أن ليس جميع المخاطر تظهر عقب تنفيذ المشروع إذ قد توجد مخاطر تبدأ من مرحلة التصميم والتخطيط.

(2) د. يوسف محمود، د. عدنان العربيد، رامي كاسر لايقة، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية_ سوريا، المجلة 30العدد3‘2008_ص185, وأيضا الشراكة بين القطاع العام والخاص، إعداد إدارة الدراسات الاقتصادية والمالية، دائرة المالية، حكومة دبي_ص6 ود. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، رسالة دكتوراه_ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2009، ص486.

(3) د. محمد صلاح، د. البشير عبد الكريم، المرجع السابع الذكر _ص189، د. يوسف محمود، د. عدنان العربيد، رامي كاسر لايقة، المرجع السابق الذكر، ص189، محمد متولي دكروري، الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية، وزارة المالية ‘الإدارة العامة للبحوث المالية، بدون تاريخ _ص7.

فوجود المخاطر يؤثر على الدولة والمستثمر في آن معا، حيث أن الدولة تثأر بانخفاض في وجود الخدمة المقدمة، وخطر زيادة العبء على الميزانية العامة، والقطاع الخاص قد يخسر جزء من رأس المال بسبب انخفاض العائد[1] لذا فإن تخفيض المخاطر وتوزيعها بين المتعاقدين اعتبرت من متطلبات نجاح مشروعات الشراكة [2] ، والتي يجب أن تحدد بدقة[3] كما يجب إدارة المخاطر بشكل جيد عن طريق معرفة تكاليف المخاطر التي يتحملها القطاع الخاص، وإمكانية تحملها من جانب الحكومة، والتكاليف التي تتحملها الحكومة في حال إبقائها على المخاطر، ومدى قدرتها على تخفيف الاثار السلبية الناجمة عن ذلك[4] .

فتحديد المخاطر وتوزيعها من محددات نجاح الشراكة. وعقود B.O.T تتسم بطول مدتها، لذا فإن مسألة تحديد المخاطر ومن يتحملها تثير إشكاليات عملية عدة، تتعلق بالدولة والشريك في آن معاً. وتؤثر على العقد وسير المرفق الذي يتعلق به.

وسيتم تناول الموضوع عن طريق المنهج الوصفي التحليلي والمقارن كلما كان ذلك ممكنا، ويتحدد نطاق البحث في دراسة موقف القانون الليبي من تحديد المخاطر والمسؤولية عنها والحلول لمواجهتها، وذلك حسب ما نصت عليه القوانين ذات العلاقة.

وذلك في مبحثين يتناول الاول صور المخاطر، في حين يتناول الثاني أسباب المخاطر على النحو التالي:

(1) د. محمد صلاح، د. البشير عبد الكريم، المرجع السابق الذكر، ص190.

(2) أشارت نائبة الأمين العام للاونكتاد في بيانها لدعم تهيئة بيئة مواتية للأعمال التجارية والمساعدة في تخفيض المخاطر المرتبطة بالاستثمار في القطاعات ذات الصلة لتحقيق الأهداف الانمائية – تقرير الامم المتحدة –ص6, كما أشارت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في دراسة لها إلى أن " تحقيق منافع القطاع الخاص بتوفير البنية الاساسية تعتمد على الكيفية التي تقوم بها الحكومة بتوزيع المخاطر" مشار اليه في بحث محمد عبد الله يوسف, المخاطر الاقتصادية والمالية للمشروعات الـ B.O.T مع التعرض لتجارب عربية، بدون تاريخ، منشور علي https:shcholar .cu. edu. Eg

(3) الشراكة بين القطاع العام والخاص، مرجع سبق ذكره، ص23.

(4) نفس المرجع السابع _ص25.

## المبحث الاول: صور المخاطر.

تندرج المخاطر التي تواجه مشروعات B.O.T ضمن فئات، منها فنية وأخرى اقتصادية، وبعضها سياسية.

### المطلب الأول: المخاطر الفنية.

تتعدد المخاطر ذات الطبيعة الفنية والتي تواجه المشروعات، ويمكن حصرها في المخاطر التالية:

**أولا:** مخاطر التصميم: تتمثل في عدم القدرة على إنجاز التصميم في الوقت المحدد وبالتكاليف المتوقعة؛ مما يؤدي لعدم القدرة بالوفاء لمتطلبات القطاع العام، وأيضا لإمكانية إحداث تغيير في المعايير الفنية خلال عملية التصميم، كما أن الخوف من حدوث عيوب في تصميم المشروع أو معداته يؤدي لانخفاض مستوى الخدمة، عما تستهدفه الدولة [1].

**ثانيا:** مخاطر التخطيط: تتمثل في فشل المشروع في تحقيق أهدافه، مما يزيد من تكاليف تعديله ويجعلها باهظة [2].

**ثالثاً:** مخاطر البناء [3] تحدث هذه المخاطر بسبب التأخر في تنفيذ المشروع لعدة أسباب كتغيير تكاليف العمالة. والمواد والتأخر في الحصول على الموافقات والتصاريح، وإضرابات العمال، وعدم كفاءة ممارسات البناء، وعدم مطابقة العمل للمواصفات الفنية، أو زيادة التكاليف عن القيمة المقدرة، والتأخر يؤدي لزيادة تكاليف المشروع،

---

(**1**) د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص481 د. محمد صلاح، د. البشير عبد الكريم، أسلوب البوت كألية لتشييد مشروعات البنية التحتية، مرجع سبق ذكره، ص192

(**2**) نفس المرجع السابق– ص192.

(**3**) انظر في ذلك: نفس المرجع السابق، ص193، ود. أمل نجاح البشبيشي، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، سلسلة جسر التنمية_ سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية _العدد الخامس و الثلاثون، تشرين الثاني '2004 السنة الثالثة 'الكويت 'المعهد العربي للتخطيط'ص6، محمد عبد الله يوسف، المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات B.O.T مرجع سبق ذكره، ص3.

لذا تبرم عقود طويلة الأجل مع الموردين وبأسعار ثابتة، لتفادي هذه المخاطر [1] وهذه المخاطر تؤثر في تكاليف إعداد دراسة الجدوى [2].

**رابعاً**: مخاطر التشغيل: تتمثل في العيوب الفنية، أو انقطاع مصادر الطاقة، أو عدم كفاية المواد اللازمة للتشغيل، وعمليات النقل والتوزيع، فيما إذا تغيرت تكاليف التشغيل عن المخطط له، فتتوقف الخدمة [3] أو قلة العائد، وترتبط هذه المخاطر بعوامل تتمثل في العوامل المرتبطة بالبنية الأساسية وأيضا بالحد الذي يمكن فيه ربط المشروع بالمرافق خارج المشروع كالكهرباء والصرف الصحي والمياه، فإذا كانت البنية الاساسية ضعيفة في الدولة، كانت غير قادرة على إمداد المشروع بها، يؤدي ذلك لعرقلة تنفيد المشروع، والعوامل التي ترتبط بالسوق، التي تؤثر على قدرة المشروع على تسديد ديونه لتغيير الطلب في السوق، ومن ذلك فإن الخدمات التي يتطلب تسويقها السوق المحلي[4] .

**خامساً**: مخاطر التطوير: تتمثل في التنافس الذي قد تتعرض له الشركة من قبل منتجين جدد في حال حدوث تغيرات تكنولوجية، يصاحبها انخفاض التكلفة، وهو ما يؤدي إلى خسائر ناجمة عن تحول في الطلب [5].

**سادساً**: مخاطر تكنولوجية تتمثل في سوء تحديد التكنولوجيا من القطاع العام، أو استخدام تكنولوجيا غير ملائمة من القطاع الخاص [6].

---

(**1**) د. عارف صالح مخلف، د. علاء حسين علي، عقود البوت، دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل المليكة، جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، الرمادي، العدد الأول ص21, محمود عبد الله يوسف، المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات B.O.T, مرجع سبق ذكره ص3, د. أحمد سلامة بدر، العقود الادارية وعقد B.O.T, القاهرة، دار النهضة العربية 2003، ص381. وهذا ما حدث في السودان لمشروع مياه الخرطوم إذ لم تكتمل شبكات التوزيع والخطوط الناقلة في الزمن المحدد، مما أدى إلى تأخير في تشغيل المحطة، ولذلك لم تبلغ طاقتها الانتاجية، وأدى ذلك لعدم سداد أقساط التمويل، مشار إليه في بحث أميرة علي محمد المكي، عبد المطلب علي البغوف، تجربة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية في السودان بالتطبيق علي مشروع محطة مياه المنار والطريق السريع عطبرة _ هيا، مجلة العلوم الاقتصادية، ملحق، جامعة النيلين– ص173.

(**2**) د. كمال طلبة المتولى سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، القاهرة: دار النهضة العربية، بدون تاريخ ص50

(**3**) محمد عبد الله يوسف، المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات البوت، مرجع سبق ذكره، ص5 وأيضا د. أمل نجاح البشبيشي، المرجع السابع الذكر– ص6, ود. محمد صلاح، د. البشير عبد الكريم، المرجع السابق الذكر، ص193.

(**4**) د. كمال طلبة المتولي سلامة'لنظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية'ص51'52

(**5**) د. أمل نجاح البشبيشي، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، مرجع سبق ذكره، ص6

(**6**) د. محمد صلاح، د. البشير عبد الكريم، أسلوب البوت لتشييد مشروعات البنية التحتية، مرجع سبق ذكره، ص193.

**سابعاً**: المخاطر المرتبطة بالبنية التحتية: تتمثل في مدى توافر باقي مشروعات البنية التحتية كالكهرباء والماء والطرق والصرف الصحي والهاتف للمشروع، وتقع مسؤولية هذه المخاطر على الدولة [1] وهذه المخاطر تؤثر على تشغيل المشروع بالشكل الذي سبق بيانه

**ثامناً**: مخاطر تكلفة الصيانة: تتمثل في اختلاف التكلفة المخطط لها عن الواقع.

ويلاحظ أن المخاطر الفنية ترتبط جميعها بشركة المشروع، منها ما يرتبط بالمشروع بعد تنفيذه، ومنها ما يتعلق بمراحل ما قبل إبرام العقد.

**المطلب الثاني: المخاطر الاقتصادية.**

تتعلق بتذبذب الاسعار وتغير سعر الصرف[2] ، والفائدة في الاسواق العالمية، والتقلب في سعر العملة، ومعدل التضخم المتوقع عن الفعلي مما يؤثر على الارباح والتكاليف [3]، وبعض العقود عالجت ذلك بجعل الحكومة تدفع تكاليف ضد مخاطر التضخم[4] ورغم أن الدولة لا تحمي المستثمرين من مخاطر التقلبات الاقتصادية إلا أن المخاطر المالية تؤثر على الجدوى المالية للمشروع، ولتفادي ذلك تتعهد الحكومة بضمان ثبات أسعار الصرف عند تحويل المستثمرين إيراداتهم للخارج [5] أما مخاطر سداد الدين تتحملها البنوك، ويمكن أن يتحمل رعاة المشروع جزء من المخاطر، وذلك حسب الاتفاق [6] ومخاطر السوق يتم تفاديها من خلال دراسة الجدوى

---

(**1**) نفس المرجع السابق- ص192.

(**2**) يقصد بتغير سعر الصرف " السعر الذي يتم على أساسه تحويل العملة الاجنبية إلى العملة الوطنية عند إدخال راس المال المستمر والسعر الذي يحتسب على أساسه تحويل العملة الوطنية إلى العملة الاجنبية عند إخراج أرباح رأس المال من الدولة المضيفة " مشار إليه في رسالة د. وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود، B.O.T وما يماثلها دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه – الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة2011- ص21. وقد حدث في عقد B.O.T لهيئة مياه ولاية الخرطوم، أن تغير سعر الصرف لليورو مقابل العملة المحلية إلى نحو 35%، عما كان مقدرا في النموذج المالي للمشروع فأثر ذلك سلبا على إجراءات المشروع، مشار إليه في بحث أميرة علي محمد المكي، عبد المطلب علي البغوف، تجربة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت في السودان، مرجع سبق ذكره، ص171.

(**3**) د. محمد صلاح، د. البشير عبد الكريم، أسلوب البوت كألية لتشييد مشروعات البنية التحتية ،مرجع سبق نكره ص293, د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص481, د. يوسف محمود، د. عدنان العريبد، رامي كاسر لايقة، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، مرجع سبق ذكره – ص189.

(**4**) د. وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، مرجع سبق ذكره – ص261.

(**5**) نفس المرجع السابق - ص195

(**6**) د. أحمد سلامة بدر، العقود الادارية وعقود B.O.T, مرجع سبق ذكره – ص380.

لمعرفة أوضاع الاسواق المحلية والدولية التي يمكن للمشروع تسويق منتجاته عبرها[1] .

أيضا المخاطر ترتبط بمستوى الطلب، إذ قد يقوم الطلب في دراسة الجدوى على مخرجات المشروع وبالتالي يعجز المشروع عن تحقيق الارباح [2].

ومخاطر التوريد تتعلق بالسوق، وهي تؤثر سلبا على ديون المشروع كعدم استقرار التوريد، سيما في الاحتكار الذي يؤدي لزيادة شركة المشروع للأسعار، وبالتالي ارتفاع التكاليف [3]. أما مخاطر التمويل فتقع على القطاع الخاص [4].

ويقترح بعض الفقه، مواجه مخاطر تقلبات العملة بالالتزام في العقد، بضمان تحويل هذه العوائد لصالح المشروع، أما تقلبات سعر الصرف فيمكن للدولة ضبط عملية تحويل العملة عند أسعار معينة لتجديد سعر الصرف، ولكن هذا الأمر يعد قيدا شديدا على سيادة الدولة في مجال التحكم بعملتها [5].

و تضمنت لائحة العقود الإدارية، الصادرة بقرار اللجنة الشعبية العامة 563 لسنة 2007 بعض النصوص لمواجهة هذه المخاطر منها ما نصت عليه المادة 88 على أنه " يستحق المتعاقد المقابل المالي المتفق عليه وبالأسعار الواردة في العقد ولا يستحق أي زيادة تنشأ عن ارتفاع أسعار السوق خلال مدة التنفيذ وذلك مع مراعاة عدم الاخلال بالحق في أي تعويض أو زيادة في المقابل يقررها العقد في حدود أحكام هذه اللائحة، كما يجوز زيادة المقابل المالي للعقد في حال تنفيذ تشريعات تصدر بعد إبرام العقد يترتب عليها زيادة في الالتزامات المالية المتعاقد وفي كل الاحوال لا تضاف الزيادة إلى قيمة العقد في هذه الحالة إلا بعد موافقة الجهة المختصة بإصدار قرار الترسية والاذن بالتعاقد"

هذا النص يواجه المخاطر المتعلقة بتقلبات الاسعار، فمن حيث الاصل المتعاقد لا يستحق إلا السعر المتفق عليه في العقد، مع عدم المساس بالمركز المالي للمتعاقد الذي يضمنه التوازن المالي للعقد، الذي يحكم كافة العقود الادارية. فعجز المادة ينصرف إلى مبدأ عام هو حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد.

---

(**1**) د. عارف صالح مخلف، د. علاء حسين علي، عقود البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سبق ذكره، ص21.

(**2**) د. محمد صلاح، د. البشير عبد الكريم، المرجع السابق النكر- ص192.

(**3**) نفس المرجع السابق – ص192.

(**4**) محمد متولي دكروري، الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية، مرجع سبق ذكره، ص17, وأيضا د. أحمد محمد أحمد بخيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل والاعادة B.O.T في تعمير الاوقاف والمرافق العامة، منظمة المؤتمر الاسلامي مجمع الفقه الاسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، إماره الشارقة- بدون تاريخ – ص13.

(**5**) د. كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل B.O.T, مرجع سبق ذكره، ص49-50.

كما نصت المادة 33 من اللائحة على أنه تحدد التزامات الجهة المتعاقدة طول مدة تنفيذ العقد وتثبت على أساس سعر الصرف بهذه العملة في يوم فتح المظاريف بالنسبة للمناقصات، وسعر الصرف في يوم تقديم العروض بالنسبة للتعاقد بطريقتي الممارسة والتكليف المباشر.

وبذلك واجهة اللائحة تقلبات سعر الصرف بتثبيت سعره عند أسعار معينة.

وبهذا نظمت لائحة العقود الادارية بعض المخاطر التي تواجه المشروعات المقامة بنظام B.O.T، والمتمثلة في أسعار السوق وسعر الصرف، بينما لم تحدد كيفية مواجهة المخاطر الاقتصادية الاخرى كالتضخم أو غيره.

**المطلب الثالث: المخاطر السياسية.**

هي المخاطر التي تواجه المشروع والمقرضون باحتمال تأثر المشروع سلبا بتصرفات السلطة سواء كان المشرع أو الإدارة.

وقد عرفها الفقه [1] بأنها " الإجراءات التي تقوم بها حكومات الدول المضيفة للاستثمار وتؤدي إلى حرمان المستثمر بشكل مباشر أو غير مباشر من حقوقه الجوهرية على استثماره أو السيطرة عليه أو حتى نزع الملكية"

و المخاطر السياسية تتمثل [2] في المخاطر التقليدية كتأميم أصول المشروع، أو فرض ضرائب جديده تضعف قدرة المشروع على استرداد الارباح وسداد الديون، ومخاطر نزع المليكة، والتأميم والمصادرة والاستيلاء ونزع الملكية التدريجي، بفرض تسعيرة مخفضة على المنتجات أو حرمان المستثمر من تراخيص الاستيراد اللازمة لاستجلاب ما يحتاج إليه من الخارج، ومخاطر تعديل القوانين وأثر ذلك على تكاليف المشروع، سواء الضريبية أو البيئية أو الملكية، أو تشريعات الاستثمار أو قوانين B.O.T، وعدم قبول العطاء من الإدارة بعد الإعداد للتعاقد، وما يحتاجه من تكاليف للمستشارين وإعداد دراسات الجدوى والتصميم.

ومخاطر تنظيمية كاستخدام معايير أكتر تشددا، لتقديم الخدمة وفتح قطاع منافس.

ومخاطر شبة تجارية كمخالفات السلطة المتعاقدة أو توقف العمل لتغير في أولويات وخطط السلطة المتعاقدة.

(1) أبو العلا النمر، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا- ص338 مشار إليه في رسالة د. وائل السيد محمد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، ص259.

(2) د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة والاستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص481, محمد متولي دكروري، الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز علي التجربة المصرية، مرجع سبق ذكره، ص12 د. وائل محمد السيد إسماعيل، المرجع السابق الذكر، ص260, د. محمد صلاح، د. البشير عبد الكريم، أسلوب البوت كألية لتشييد مشروعات البنيه التحتية، مرجع سبق ذكره – ص 192-194, د. يوسف محمود، عدنان العربيد، رامي كاسر لايقة، نظام البناء والتشغيل والتحويل، مرجع سبق ذكره، ص189.

والمخاطر السياسية من أكتر المخاطر التي يتم التفاوض بشأنها [1] ويبدو ذلك أمر طبيعي، لتعلق هذه المخاطر بإرادة الدولة المتعاقدة، ويمكن تفاديها بالاتفاق.

ولهذا يحرص المستثمرون على تضمين العقد شروطا تتعهد بمقتضاها الدولة بالامتناع عن القيام بالعمل من شانه أن يحمل خطرا على المشروع [2] لأنها أكتر المخاطر التي يتعرض لها المستثمرون الاجانب [3]

وبعض العقود نصت على الاعفاء من المخاطر في حالات المخاطر السياسية إسوة بالقوة القاهرة [4]

وقد نص قانون الاستثمار المصري رقم8 لسنة 1997 على حماية المستثمرين من هذه الاخطار.

ورغم وجود البنود العقدية لحماية المستثمر من المخاطر السياسية الا أنه توجد بعض المخاطر السياسة يصعب تفاديها لعدم إمكان توقعها كالحروب، والاضطرابات السياسية والانقلابات العسكرية والتي ستدخل ضمن إطار القوة القاهرة، وفي هذا المقام أشار رأي في الفقه [5] إلى أن مخاطر التعاقد بنظام B.O.T باتت معلومة ويمكن التقليل من آثارها.

إلا أن بعض صور المخاطر التي تم التعرض لها يمكن تفاديها عن طريق دراسة جدوى تشمل كافة جوانب المشروع المالية، والفنية، والقانونية، والهندسية، فقد أظهرت التطبيقات أن بعض المخاطر تحدث لعدم وجود دراسات جدوى، أو عدم تناسب ما ورد في دراسة الجدوى مع الواقع. لذا لابد من دراسات علمية حتى تكون النتائج مرضية وبعيدة عن العشوائية.

و لقد نظم قانون الاستثمار الليبي رقم 9 بسنة 2010، هذا النوع من المخاطر في المادة 23 التي تنص على أنه " لا يجوز تأميم المشروع أو نزع المليكة أو الاستيلاء الجبري عليه أو مصادرته أو فرض الحراسة أو التحفظ أو التجميد أو إخضاعه لإجراءات لها نفس التأثير إلا بموجب قانون أو بحكم قضائي وفي مقابل تعويض عادل ويشترط أن تتخدد هذه الاجراءات بصورة غير تمييزية ويحتسب التعويض على أساس القيمة السوقية العادلة للمشروع عند اتخاد الإجراءات ويسمح بتحويل قيمة التعويضات بالعملات القابلة للتحويل في فترة لا تتجاوز

(1) د. عارف صالح مخلف، د. علاء حسين علي، عقود البوت دراسة في تنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سبق ذكره – ص20، محمد محمود عبد الله يوسف، المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات B.O.T, مرجع سبق ذكره – ص3.

(2) د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود B.O.T. مرجع سبق ذكره – ص381 محمد عبد الله يوسف. المرجع السابق الذكر- ص3, د. عارف صالح مخلف، د. علاء حسين علي، المرجع السابق الذكر- ص21.

(3) د. كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T, مرجع سبق ذكره، ص49.

(4) د. وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، مرجع سبق ذكره– ص55.

(5) أحمد هادي ديك، عقد B.O.T، وأثره على إحداث التنمية المستدامة مرجع سبق ذكره، ص45.

سنة من تاريخ صدور القانون أو الحكم وبأسعار الصرف عند التحويل، وهو ذات ما تضمنته اللائحة التنفيذية للقانون في المادة 43 منها.

ويلاحظ على المادة أنها تضمنت النص على حماية المستثمر من المخاطر السياسية التي تقوم بناء على تدخل الدولة ممثلة في السلطة التشريعية، أو الإدارة بالمنع من أي مساس بالمشروع بلا تأميم أو نزع الملكية أو الاستيلاء الجبري أو المصادرة أو فرض الحراسة أو التحفظ أو التجميد، أو أي إجراء من شأنه أن يخلق ذات التأثير. فقد عدد النص حالات شتى قانونية تحول بين المستثمر والمشروع واستثناء على هذا الأصل أجاز المشرع أن يتم ذلك بناء على قانون أو حكم قضائي مع تعويض المستثمر تعويضا عادلا، وحقه في تحويل قيمة التعويض للخارج.

وبالرغم من الحماية الظاهرية التي جاء بها النص إلا أن يد الدولة لا تزال طليقة في إمكان إصدار قانون بالتأميم أو نزع الملكية.

فهنا النهى يقف موقفا وسطا فهو لم يمنع يد الدولة نهائيا في إصدار القانون، كما فعلت شروط الثبات التشريعي في بعض العقود مع الاجانب سيما في قطاع النفط، ولم يطلقها دون تقييد في حرمان المتعاقد من استثماره، كما أنه يحمل ضمانات، وذلك أن الحكم القضائي يصدر بعد فحص وتمحيص، وإجراءات تكفل تعدد درجات التقاضي.

ومواجهة جميع المخاطر تتم بالاتفاق عند المفاوضات لإبرام العقد، وأيضا بالتأمين عليها لدى المؤسسات الدولية والمحلية المختصة بضمان الاستثمار. وهذا ما أجازته المادة 47 من قانون الاستثمار. بمراعاة الاتفاقيات الدولية المبرمة بين ليبيا وغيرها من الدول، وفي حدود المعاملة بالمثل.

وبعد الانتهاء من دراسة صور المخاطر، ننتقل لدراسة أسبابها وذلك في المبحث الثاني.

## المبحث الثاني: أسباب المخاطر.

ترتبط. عقود BOT في التطبيق بوجود المخاطر، وفي عقود الدول النامية تتعلق بعدة أسباب يمكن إجمالها في:

### المطلب الأول: عدم ملاءمة التشريعات لتطبيق عقود B.O.T.

تشريعات بعض الدول التي استخدمت عقود B.O.T تعد غير متطورة، فبعضها يرجع إلى عهد الدولة المتدخلة، " ولا تنتهج سياسات الخصخصة " [1] وبذلك فهي لا تشجع الاستثمار الوطني أو الاجنبي الخوض في تجارب استثمارية في تلك الدول، الأمر الذي يحتاج لتطوير قوانينها فيما يعرف "بالتهيئة القانونية"[2].

وتجب الإشارة هنا إلى أن عقد B.O.T يختلف عن الخصخصة، التي تعني انتقال ملكية المشروع للقطاع الخاص بشكل نهائي، في حين أن عقد B.O.T هو وسيلة اقتصادية قانونية لإنشاء أو تشغيل مرفق عام، يعود ملكيته للدولة بنهاية العقد، والأصح القول بأن هذه الدول لا تنتهج سياسات الشراكة مع القطاع الخاص وليس الخصخصة.

ويشير الفقهاء إلى أن عدم ملاءمة تشريعات B.O.T هي السبب في فشل مشاريعها. ففي مصر مثلا ذهب رأي في الفقه [3] إلى أن قانون المرافق العامة في مصر لا يتلاءم مع التطورات الحديثة، وغياب التنظيم التشريعي الشامل واللجوء للمعالجات الجزئية، كما ذهب رأي أخر [4] إلى أن عدم إعداد تشريع متكامل وموحد من الحكومة المصرية، والدخول في تطبيق هذا النظام كان له أثر سلبي على التجربة المصرية.

ويردد الفقه الجزائري أيضا ذات الأمر، إذ أن حداثة التطبيق لهذا النظام وعدم مواكبة التنظيم الحكومي له كانت سببا في عدم نجاح بعض تطبيقاته [5].

ونصت بعض تشريعات الدول العربية على حوافز استثمارية تضمنتها قوانين الاستثمار، كقانون الاستثمار العراقي [6].

---

(1) د. يوسف محمود، د. عدنان العربيد، رامي كاسر لايقة، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T مرجع سبق ذكره– ص189.

(2) محمد عبد الله يوسف، المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات B.O.T، مرجع سبق ذكره – ص9.

(3) د. جابر جاد نصار، عقد B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، _القاهرة ‘دار النهضة العربية ‘الطبعة الأولى ‘بدون تاريخ –ص90.

(4) د. وائل محمد السيد إسماعيل المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، مرجع سبق ذكره، ص11.

(5) محمد صلاح، د. البشير عبد الكريم، أسلوب البوت كألية لتشييد مشروعات البنية التحتية، مرجع سبق ذكره، ص188.

(6) حول هده الامتيازات انظر د. عارف صالح مخلف، د. علاء حسين علي، عقود البوت ودراسة التنظيم القانوني بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سبق ذكره، ص190.

وحول هذا الامر ذهب الفقه العراقي [1] إلى أنه " يمكن للعراق الاستفادة من هذا العقد في مجال البنية التحتية وإعادة النهوض بها وترجيح العمل بهذا العقد بعد إيجاد البيئة القانونية المتمثلة بالتشريعات المناسبة لحماية الاقتصاد الوطني " ولنا أن نتساءل عن مدى ملائمة التشريع الليبي لتنظيم عقود ال B.O.T؟

إن الاجابة عن هذا التساؤل لا يمكن أن تكون وافية خلال هذه المرحلة من البحث، إذ أنه لم يتم التطرق لكافة جوانب القانون فيما يتعلق بعقود B.O.T.

ولكن يمكن القول إن القانون الليبي قد بادر لتنظيم عقود B.O.T. لأول مره وفقا للائحة العقود الادارية لسنة 2007، بعد انتشار استخدام هذا النظام العقدي في دول العالم. وأن الانتقاد بعدم وجود تشريع في ليبيا يتنافى مع الواقع القانوني الليبي، ويصدق في غيرها من الدول، وإن كانت بعض مواد اللائحة محل انتقاد.

المطلب الثاني: غيــاب الشفافيـة:

تتسم مشروعات البوت بالتعقيد لتعدد الاطراف، وتنوع العقود. ولطول المفاوضات. التي تقوم على المعلومات والبيانات لإبرام العقد وهذه البيانات لابد أن تتسم بالشفافية [2] سواء في مرحلة المفاوضات أو طرح المشروع وترسيته، وكذلك تنفيذ العقد المبرم.

فغياب الشفافية يؤثر سلبا في قيام القطاع الخاص بالتعاقد [3] ويؤثر بالسلب أيضا على الدولة لأن غيابها يؤدي لعدم وجود منافسة حقيقية في اختيار الشريك الانسب [4].

و يشير تقرير أصدرته المنظمة العالمية للشفافية إلى تدني نسبتها في الدول العربية، فمن بين 8 دول عربية شملتها المسوحات، بها اتني عشر دولة ذات معدلات شفافية متدنية [5]

---

(1) نفس المرجع السابق- ص11، وفي نظرة تفاؤلية يذهب الباحثان إلى أن العقد " سيحقق قفزات متسارعة في النمو الاقتصادي فضلا عما يوفره هذا العقد من مزايا للمستثمر " ص-11، في نفس المعنى من الفقه المصري انظر د. كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية مرجع سبق ذكره -91.

(2) الشفافية ((تعني التنسيق بين الشركاء من خلال رؤية واضحة للأسباب التي ينتهجها كل شريك لتنفيذ الاهداف الموضوعة مع التعامل بصدق ووضوح مع التغيرات الداخلية والخارجية التي تحدث خلال فتره الشراكة)) الشراكة بين القطاع العام والخاص مرجع سبق ذكره، ص9.

(3) نفس المرجع السابق- ص3 وأيضا د. كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سبق ذكره - ص91, د. يوسف محمود، د. عدنان العربيد، رامي كاسر لايقه، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T مرجع سبق ذكره ص189, من ذلك مثلا إحجام المتنافسين على الاشتراك في عمليات التوريد لعدم يقينهم في نزاهة العملية وشفافيتها مع التكاليف الباهظة لهذه المشاريع لذا يجب وضع أسس توريد موضوعية تقوم على الشفافية والوضوح، نفس المرجع-ص189.

(4) نفس المرجع السابق- ص189 وأيضا محمد عبد الله يوسف، مرجع السابق الذكر- ص 9.

(5) مشار إليه في بحث محمد محمود عبد الله يوسف، المخاطر المالية والاقتصادية لمشروعات البوت مرجع سبق ذكره، ص9 د. يوسف محمود، عدنان العربيد، رامي كاسر لايقة، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T مرجع سبق ذكره، ص189.

وهذا ما أعلنت عنه وزارة المالية في السودان، كأحد أسباب فشل مشروع طريق عطبره – هيا، ومشروع أخر لتأهيل الطريق السريع، وكذلك الحال في لبنان إذ أثر افتقاد الشفافية في نجاح العقود وأدى لخلق رأي مضاد لها، وهذا الأمر ينصرف لسوريا أيضا [1] ولذلك يجب إرساء مبدأ الشفافية في جميع مراحل التعاقد، حتى تكون البيئة الاستثمارية أكثر جدبا.

وغياب الشفافية يرتبط بالفساد بأنواعه في الدول النامية بشكل عام فلا يمكن للقانون مهما بلغت درجه إتقانه وصياغته أن يعمل على نجاح المشروعات طالما أن الادارة القائمة عليه ينتابها الفساد.

ولذا فإنه قبل النص على الشفافية كمبدأ يحكم التعامل وفق عقود B.O.T فإنه يجب إصلاح الجهاز الاداري داخل الدولة ومنع الفساد بأنواعه.

**المطلب الثالث: عدم قدرة الإدارة على إنفاذ مشاريعB.O.T.**

أظهرت بعض التطبيقات العملية لعقود B.O.T عدم جاهزية الادارات الحكومية للتعامل مع هذا النوع من العقود [2]

وقد أفصحت وزارة المالية السودانية عن هذا الامر، كسبب من أسباب فشل مشاريع B.O.T فيها، مما جعلها تتأنى فيما بعد في المفاوضات لعقود أخرى [3].

وقد أخد هذا العجز مظاهر متعددة يمكن ذكرها، من استقراء تجارب بعض الدول كما يلي:

---

(**1**) انظر في ذلك على التوالي: أميرة علي محمد المكي، عبد المطلب البغوف، تجربة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية في السودان، مرجع سبق ذكره، ص12، د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص195, محمد محمود عبد الله يوسف المرجع السابق الذكر ص12-13, يوسف محمود، عدنان العربيد، رامي كاسر لايقة المرجع السابق الذكر- ص194.

(**2**) يوسف محمود، عدنان العربيد, رامي كاسر لايقة, نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T, مرجع سبق ذكره، ص190, وتشير دراسة لمنظمة الاسكوا أن اداء المنطقة العربية ضعيف نسبيا في استقطاب رؤوس الاموال من القطاع الخاص لتمويل المشاريع الكبرى في البنية التحتية، واقترحت الدراسة إنشاء برنامج للشراكة مع المنطقة العربية بين القطاعين العالم والخاص ودورا نشطا للاسكوا في إطار هذا البرنامج، الشراكة بين القطاع العام والخاص لتنمية البنى التحتية في المنطقة العربية، حقوق النشر محفوظه للاسكوا منشور على UN NE/ESCWA/2013/4

(3) أميرة علي محمد المكي، عبد المطلب البغوف, تجربة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية في السودان، مرجع سبق ذكره، ص170, محمد محمود عبد الله يوسف، المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات B.O.T مرجع سبق ذكره، ص18, د. محمد صلاح, د. البشير عبد الكريم, أسلوب البوت كألية لتشييد مشروعات البنية التحتية، مرجع سبق ذكر- ص195.

**أولا: عدم النص على مسالة تحديد الأسعار في القانون وتركها للعقد.**

هذا الامر أدى إلى حرمان المواطنين من خدمات المشروع، كما حدث في مشروعات الطرق في بعض الدول النامية، التي فرضت فيها رسوم مرتفعة، مما أدى إلى وجود طريق عام للأغنياء فقط [1] و اختلاف سعر الخدمة من عقد لأخر [2] .

و هذا ما حدث في مصر لمشروع تنقية مياه الشرب، واختلاف الشركة مع الحكومة حول سعر المتر المكعب، الذي رأت فيه الأخيرة، مراعاة محدودي الدخل، بينما المستثمر متمسك بتناسب السعر مع متوسط الاسعار العالمية[3] .

ولائحة العقود الادارية لم تترك مسألة الاسعار دون تحديد، بل وضعت ضوابط عدة لتحديدها في نصوص متفرقة.

فقد نصت المادة 139 من اللائحة المذكورة، والتي جاءت بصدد تنظيم عقود B.O.T, في الفقرة ج، بعد أن أناطت بالجهة الادارية وضع متطلبات المشروع على أنه تضع الجهة الادارية: ج- تقرير سعر شراء المنتج أو الخدمة خلال الفترة التي تحت مسؤولية المقاول وأي تغيير في السعر وأسلوب تحديده وتغييره بناء على متطلبات تجارية أو نتيجة لتغيير مستوى وطبيعة الخدمة.

يلاحظ أن اللائحة لم تستبعد احتمال تغير الاسعار، واضعة بذلك فرضين إما تغير السعر بناء على تغير مستوى وطبيعة الخدمة، أو بناء على متطلبات تجارية، فالفرضية الاولى يمكن أن يؤثر تغيير مستوى وطبيعة الخدمة في السعر بزيادة التزامات المتعاقد لتغيير مستوى الخدمة. أما الفرضية الثانية فتتعلق بالمتطلبات التجارية التي تنصرف للأمور الاقتصادية التي تلازم عملية تنفيذ العقد طويل المدة.

كما نصت اللائحة في المادة 14 على قواعد تحديد الاسعار بالنص على أنه " تضع الجهة طالبة التعاقد تقديراتها للأسعار بقدر ما يمكن من الدقة ومراعاة ما يلي: -

1. الاستعانة بأسعار السوق مع أخذ أسعار المشروعات أو التوريدات السابقة والنمطية بعين الاعتبار.

---

(1) د. أمل نجاح البشيبشي، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T, مرجع سابق ذكره، ص12.

(2) محمد محمود عبد الله يوسف، المرجع السابق الذكر- ص11, في نفس المعنى يوسف محمد، عدنان العربيد، رامي كاسر لايقة، المرجع السابق الذكر- ص192.

(3) محمد محمود يوسف، المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعاتB.O.T - ص11, ويشر رأي في الفقه إلى أن الواقع المصري فيما يتعلق بتطبيق عقود B.O.T كآلية قانونية واقتصادية لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية قد شهد العديد من السلبيات التي كان لها أبلغ الضرر على الاقتصاد المصري، وكذلك على نجاح التجربة المصرية المتعلقة بعقود البوت، د. وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات التي تثيرها عقود ال لBOT وما يماثلها'مرجع سبق نكره- ص10.

2. توضع تقديرات الاسعار إما بمقطوع إجمالي أو على أساس سعر الوحدة مضروبا في عدد الوحدات المطلوبة...
3. توضع تقديرات أسعار التوريدات من الخارج الثمن وسائر تكاليف الشحن والنقل والتأمين على البضاعة عن المخاطر المحتملة والرسوم والضرائب المتعلقة بها.

**ب**- أن تبين الجهة طالبة التعاقد بوضوح الاسس التي استندت إليها في تقديراتها للأسعار والجهة أو الجهات التي استعانت بها في وضع هذه التقديرات.

وإلزام اللائحة بتطلب الاسس المستند لها في التقدير والجهة التي قامت بها يعد ضابط يلزم الادارة في الاستناد لأسس علمية، بعيداً عن العشوائية، وفي ذات الوقت يجعل من السهل رقابة الادارة في تقدير الاسعار، وهي مسألة مفصلية في العقد. وهذه الضوابط تحكم نشاط الإدارة قبل الدخول في مرحلة إبرام العقد.

كما تضمنت المادة 21 من لائحة العقود الادارية، أحكام تتعلق بالأسعار، بعد إجراء المناقصة، وقبل إبرام العقد، حيث تنص على أنه " يجب أن يحتوي محضر الترسية الصادرة عن لجنة العطاءات على البيانات التالية:-

**و**- جدول بالأسعار وقت فتح المظاريف

**ط**- كشوفات مقارنة وتحليل الاسعار

**ك**- ما يفيد ملائمة الاسعار ...

وذلك حتى التأكد من إبرام العقد وفق الضوابط والاسس التي جاءت بها النصوص واتفاق الاسعار مع السائد في التعاقد في زمن إبرام العقد، وأيضا لتثبيت الأسعار ومعرفتها يوم فتح المظاريف.

ونظمت المادة 33 من اللائحة قواعد إعداد قائمة الاسعار من قبل مقدمي العطاءات وتتمثل في مراعات تحديد الاسعار بالعملة الليبية وتكون العملة الليبية هي الاساس في المناقصة. وتحدد جميع الأسعار على أساس قاعدة واحدة (فقرة ب) وتطلبت تحديد سعر كل صنف على أساس الوحدة عدا أو وزنا (فقرة هـ)، لا يعتد بأي عطاء تحدد أسعاره على أساس خفض نسبة مئوية عن أسعار أقل عطاء يقدم في المناقصة (فقرة ز)، وإذا أغفل المتعاقد في عقود التوريد تحديد سعر كل صنف عد ذلك امتناعا عن الدخول في المناقصة لهذا الصنف (فقرة ط).

وللجنة العطاءات مراجعة الاسعار المقدمة في العطاءات وإجراء التصحيحات إذا اقتضى الأمر ذلك، والمقارنة بينهما وبين أسعار السوق والاسعار الواردة بالتقديرات.

ويلاحظ أن هذه النصوص جاءت بمعالجة شاملة للأسعار، وكيفية تحديدها، والضوابط التي تلزم الادارة، والتصحيحات الواقعة عليها، فضلا عن تحديد السعر بالعملة الليبية.

وفي المادة 49 تلزم مراجعة الاسعار ومقارنتها بالأسعار السابق التعاقد عليها للأعمال، أو أصناف التوريد، وللجنة إلغاء المناقصة لارتفاع الأسعار، وهدف النص الأخذ في الاعتبار الأسعار السابقة لئلا تحيد الإدارة عنها، ولتسهل عملية الرقابة عليها.

كما أجازت المادة 53 إلغاء المناقصة إذا كانت قيمة العطاء الأقل تفوق بنسبة 20% أو أكثر القيمة التقديرية الموضوعة له.

والمادة 54 أجازت استبعاد العطاءات التي تقل قيمتها بنسبة 30% عن الاسعار التقديرية للمشروع.

ويلاحظ أن اللائحة عنيت بمسألة الأسعار في التعاقد، كما يلاحظ أنه فيما عدا المادة 139 التي تتعلق بتحديد سعر الخدمة أو المنتج لجمهور المستهلكين، فإن المواد 14- 33 – 49 – 53 – 54، لم تنظم أسعار الخدمة للمستهلك، إلا أنها تتعلق بالأسعار في المراحل الاولى للعقد، والتي ستؤثر حتما في أسعار المنتج أو الخدمة بشكل نهائي في حالة إبرام العقد.

**ثانيا: ارتفاع تكلفة المشروع**

ارتفعت تكاليف المشروعات في الدول النامية [1]، فمثلا في مصر ارتفعت نفقات تشغيل مشروعات الكهرباء [2] وباستقراء تكاليف بعض المشروعات الواردة في دراسة تم الاشارة إليها [3] يلاحظ ارتفاع التكلفة في الدول النامية والآخذة في النمو، التي تصل منها على سبيل المثال 920 مليون دولار أمريكي، لإنشاء محطة كهرباء في الهند، ونفس المبلغ لمحطة مياه وتصل إلى 4 مليار دولار الارجنتين، بينما في دول متقدمة كأستراليا بلغت تكلفة إنشاء ميناء سيدني 550 مليون دولار أمريكي.

وربما مرجع تباين هذه التكاليف بين الدول المتقدمة وغيرها، الفساد الاداري والمالي الذي تعاني منه الدول النامية، فضلا عن تأخر الهيكل الاداري والاجهزة الاستشارية التي تقدم المشورة، ودراسات الجدوى، في حين على العكس نجد الدول المتقدمة تكون تلك الدراسات تنطبق مع الواقع.

(1) محمد متولي دكروري، الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية مرجع سبق ذكره، ص12.

(2) لاحظ بعض المختصين أن أسعار أول محطة تم التعاقد عليها في مصر تعد الأكثر ارتفاعا من حيث السعر، بالرغم من أن المنطق يقضى بأن الاسعار ترتفع ولا تنخفض، مشار إليه في مؤلف د. جابر جاد نصار، عقود O.T.B والتطور الحديث لعقد الالتزام ‘مرجع سبق نكره، ص60 محمد محمود عبد الله يوسف، المخاطر الاقتصادية والمالية، لمشروعات B.O.T,مرجع سبق ذكره، ص11، د. عارف صالح مخلف، وعلاء حسين علي، عقود البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سبق ذكره، ص10.

(3) انظر شكل رقم 1مشار إليه في بحث د. محمد صلاح ‘د. البشير عبد الكريم ‘أسلوب البوت كآلية لتشييد مشروعات البنية التحتية ‘مرجع سبق نكره_ص197

**ثالثاً: ارتفاع سعر الخدمة للمستهلكين.**

ارتفاع أسعار التشغيل سيؤثر على أسعار الخدمة التي يتلقاها المستهلك. وأحيانا يحدث المغالاة في أسعار المدخلات من جانب الشركة، وزيادة في تكاليف التمويل، فيمثل عبء على المستهلك، بحيث تفرض على المستهلك أسعار عالية عند بدء التشغيل [1] .

وبالنسبة للقانون الليبي فقد حددت اللائحة في المادة 139 منها هذا الأمر بتقرير حق الإدارة في تحديد سعر الخدمة للمشتري، على الوجه السابق بيانه.

**رابعاً: حصول المستثمرين على منافع لا تتناسب مع تكلفة المشروع.**

لوحظ في تطبيقات عقود B.O.T، حصول المستثمرين على أراضي شاسعة عند تنفيذ بعض المشاريع كالطرق السريعة، والتي تفوق حجم تمويل المشروع بالكامل، وهذا يؤدي لإهدار استخدام الموارد العامة [2] ويرجع بعض الآراء ذلك إلى عدم خبرة المفاوض المحلي [3].

وقد نص قانون الاستثمار رقم9 لسنة 2010 في المادة 17 على جواز انتفاع المستثمر بالعقارات اللازمة لتشغيل المشروع سواء كانت عامة أو خاصة، وذلك استثناء من القوانين المتعلقة بالملكية.

ولا يخفي ما في الانتفاع بالعقارات المملوكة ملكية خاصة، من المساس بحق الملكية، فضلا عن قيام الدولة بتعويض الملاك الاصليين وفق القواعد القانونية السارية.

هذا ويحسب لقانون الاستثمار الليبي أنه وفق اللائحة التنفيذية للقانون، وفي المادة 4 التي تضمنت تحضير المواقع وتخطيطها للمستثمر، نصت على تحديد مقابل الانتفاع وفق التشريعات النافذة ويتم تسجيل العقارات والاراضي باسم الدولة.

---

(1) د. كما حدث في مشروع طريق عطبرة_هيا بالسودان بعد أن تم إنشاء المحطة، لم يتم إرجاع رأس المال وتأخر الدفع مما زاد في التكلفة وأدى لزيادة الأعباء على الدولة، وأيضا في لبنان، حيث ارتفع سعر الوحدة المخابراتية في عقود الهاتف الخلوي مما جعلها الأعلى في الدول العربية، انظر في ذلك علي التوالي أميره محمد المكي، عبد المطلب البغوف، تجربة نظام بناء والتشغيل ونقل الملكية في السودان، مرجع سبق ذكره، ص188. د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص 458, وحول هذا الموضوع انظر أيضا، د. يوسف محمود، د. عدنان العربيد، رامي كاسر لايقة, نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T, مرجع سبق ذكره، ص192.أمل نجاح البشيبيشي, نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T, مرجع سبق ذكره، ص11. د. وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، مرجع سبق ذكره، ص54.

(2)د.أمل نجاح البشيبيشي، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T, مرجع سبق ذكره، ص11. د. وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، مرجع سبق ذكره، ص54.

(3) أميره علي محمد المكي، عبد المطلب البغوف, المرجع السابق الذكر- ص 188

**خامسا: التوسع في منح الاعفاءات الضريبية.**

لوحظ في بعض عقود B.O.T، قيام الحكومة بمنح مزايا، وإعفاءات ضريبية، والقروض بأسعار مخفضة، وهذه المبادئ تتنافى مع حرية السوق [1].

وهذا المأخذ ينطبق على قانون الاستثمار الليبي، الذي توسع هو الآخر في منح الاعفاءات للمستثمرين إذ تقضى المادة 10 منه على أنه " يتمتع المشروع الاستثماري الخاضع لأحكام هذا القانون بالمزايا الأتية: –

1. إعفاء الآلات والمعدات والأجهزة اللازمة لتنفيذ المشروع من كافة الضرائب والرسوم الجمركية، ورسوم خدمات التوريد، وغيرها من الرسوم والضرائب ذات الأثر المماثل، ولا تشمل الاعفاءات الواردة في هذه الفقرة الرسوم المفروضة مقابل خدمات كروسم الميناء والتخزين والمناولة.
2. إعفاء التجهيزات وقطع الغيار ووسائل النقل والأثاث ومستلزمات والمواد الأولية ومواد الدعاية والاعلان ذات العلاقة بتشغيل وإدارة المشروع لمدة خمس سنوات من كافة الرسوم والضرائب أيا كان نوعها أو مصدرها.
3. إعفاء السلع المنتجة لغرض التصدير من ضريبة الانتاج ومن الرسوم والضرائب الجمركية المفروضة على التصدير.
4. إعفاء المشروع الاستثماري من ضريبة الدخل عن نشاطه لمدة خمس سنوات يبدأ احتسابها من تاريخ الاذن بمزاولة النشاط.
5. إعفاء عوائد الحصص والاسهم الناتجة عن توزيع أرباح المشروع الاستثماري أثناء فترة الإعفاء وكذلك الارباح الناتجة عن دمج المشروع أو بيعه أو تقسيمه أو تغيير شكله القانوني من كافة الضرائب والرسوم المستحقة وذلك كله خلال فترة الاعفاء.
6. إعفاء الأرباح الناتجة عن نشاط المشروع إذا ما أعيد استثمارها.
7. إعفاء كافة المحررات والتصرفات والمعاملات والوقائع التي ينشئها أو يبرمها أو يستعملها المشروع الاستثماري من ضريبة الدمغة المقررة بموجب أحكام التشريعات النافذة وللمستثمر ترحيل الخسائر التي تلحق بمشروعه خلال سنوات الاعفاء إلى السنوات اللاحقة.

ويلاحظ أن هذا النص تضمن توسع غير مبرر في الاعفاءات من الضرائب والرسوم بأنواعها ودون قيد، إلا ما جاء في بعض الفقرات بتأقيت مدة الإعفاء بخمس سنوات، والتي تتجاوز اعتبارات جذب الاستثمار ولم يكتف قانون الاستثمار بهذه المزايا بل نص على أخرى إضافية في المادة 15، وهي جوازية يمكن منحها لمدة

(1) د. أمل نجاح البشبيشي، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T, مرجع سبق ذكره، ص11-12.

ثلاث سنوات للمشروعات التي يثبت أنها تساهم في تحقيق الأمن الغذائي، أو تستخدم تجهيزات تحقق وفر للطاقة أو المياه أو تسهم في حماية البيئة، أو تحقيق التنمية المكانية.

وفي الحقيقة أن هذا النص يحمل مثالب أشد من سابقه، ذلك أنه جعل الحفاظ على البيئية أو توفير مصادر الطاقة مكافأة للمستثمر يجازى عنها بإعفاء إضافي، وهذا الامر يتنافى مع التشريعات الحديثة التي باتت تحمي البيئة ومصادر الطاقة، سيما الناضبة منها بشكل إلزامي، والذي حتما لن يجده المستثمر حتى في تشريعات بلده الأصلي.

**سادساً: السماح للأجانب بتملك مشروعات استراتيجية.**

أن تمكين المستثمر من تملك بعض المشاريع الحيوية قد يجعل من المحتمل التحكم في سياسة الدولة الداخلية والخارجية، لسيطرة رؤوس الاموال الاجنبية، وهذا الامر قد يصعب التعامل معه في المستقبل ويضر بالاستقلال الوطني والسيادة، خاصة مع طول المدة، وفقدان السيطرة على المشروع [1].

**سابعا: قيام المستثمر الاجنبي بالحصول على التمويل اللازم من للأسواق المحلية.**

حدث في تمويل المشروعات المقامة بنظام B.O.T، أن تم توفير التمويل من البنوك المحلية [2].

حيث يقوم المستثمرون بشراء معدات وأجهزة من الخارج فيؤدي ذلك لزيادة الطلب على العملات الأجنبية، والضغط على المتاح من السيولة في السوق الداخلي، مما يؤدي لانخفاض قيمة العملة الوطنية، والإضرار بها، [3] وانكماش الأرصدة الاجنبية بهده المصارف [4].

---

(1) أحمد محمد أحمد بخيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة B.O.T, في تعمير الاوقاف العامة والمرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص33-34، محمد متولي دكروري. الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية، مرجع سبق ذكره، ص18, أميره علي محمد المكي، عبد المطلب البغوف، تجربة نظام البناء والتشغيل، ونقل الملكية في سودان، مرجع سبق ذكره، ص 188.

(2) د. أحمد محمد أحمد بخيت، نفس المرجع السابق، ص 33, د. عارف صالح مخلف، د. علاء حسين علي، عقود البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سبق ذكره، ص9, نواف العقيل العجارمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T في النظام القانوني الاردني، الجامعة الأردنية ‘مجلة دراسات الشريعة والقانون، المجلد 40 ‘ملحق 1ح2013، ص1053.

(3) جابر جاد نصار، عقود B.O. T والتطور الحديث لعقد الالتزام، ص57, د. علي محمد، عبد المطلب البغوف, تجربة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية في السودان, مرجع سبق ذكره، ص160, د.يوسف محمود, د. عدنان العربيد, رامي كاسر لايقة, نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية مرجع سبق ذكره، ص190.

(4) محمد عبد الله يوسف، المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات B.O.T, مرجع سبق ذكره، ص11.

وهذا ما حدث في مصر عند إنشاء محطة كهرباء سيدي كرير، باقتراض مبلغ 400 مليون دولار من البنوك المصرية [1] وكذلك في بعض عقود الفلبين التي ساهمت فيها الحكومة بنسبة 25% [2].

ولا يخفى ما في هذا الامر من أضرار اقتصادية على الدولة المضيفة، فضلاً عن أنه يتعارض مع هدف B.O.T، الأساسي وهو التمويل الخارجي للمشروعات مما يؤثر على الميزانية العامة.

ونصت تشريعات بعض الدول على ربط الموافقة على مشروع B.O.T من قبل المستثمر، لتمويل المشروع من الخارج، من ذلك الهند والصين والفلبين بنغلاديش والباكستان وماليزيا وفيتنام [3].

وفي ليبيا نص قانون الاستثمار لسنة 2010، على حق المستثمر الاقتراض من المصارف ومؤسسات التمويل المحلية والأجنبية وفقا للتشريعات النافذة (م 12 من القانون، وم3 من اللائحة التنفيذية للقانون) مخالفا بذلك الاتجاهات الحديثة في الاعتماد على التمويل الخارجي، سيما لعقود البوت التي ظهرت كألية اقتصادية مقصودها الأول التمويل للمشروعات في الدول التي تفتقد ذلك.

والنص السابق يتطلب تدخلا تشريعا لإلغائه، أو على الأقل تقييده بالنسبة لعقود B.O.T، التي يقع فيها التمويل على القطاع الخاص.

**ثامنا: تحويل المستثمر أرباحه للخارج دون قيود.**

قيام المستثمر بتحويل أرباحه للخارج، يؤثر على ميزان المدفوعات، [4] حيث يؤدي لاختلاله، ويؤثر على حجم السيولة في السوق المحلية، مما يؤدى لصعوبة تحقيق ميزات التعاقد بنظام B.O.T[5].

و يؤثر أيضا في انخفاض حصة الاقتصاد الوطني من عائدات الاستثمار، لتحويلها للخارج [6] .

---

(1) د. جابر جاد نصار، المرجع السابق الذكر، ص 57-58 وص60. أ. محمد صلاح. د. البشير عبد الكريم، أسلوب البوت كألية لتنفيذ مشروعات البنية التحتية، مرجع سبق نكره، ص12, د. يوسف محمود، د. عندان العربيد، رامي كاسر لايقة، المرجع السابق الذكر- ص192,.

(2) مشار إليه في بحث محمد محمود عبد الله يوسف، المرجع السابق الذكر- ص11.

(3) مشار إليه في بحث د. أمل مجاح البشبيشي، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T, مرجع سبق ذكره، ص12.

(4) ميزان المدفوعات هو سجل محاسبي ومالي ترد فيه كافة الاجراءات الاقتصادية المتعلقة بالدول ويتكون من جانبين مدين تسجل فيه الاجراءات المالية التي يتم دفعها ودائن تسجل فيه الاجراءات المالية التي يتم تحصيلها. Maudoo3.com

(5) د. جابر جاد نصار، عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام ‘مرجع سبق ذكره-ص58 وأيضا محمود عبد الله يوسف، المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات B.O.T, مرجع سبق ذكره، ص11.

(6) د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، مرجع سبق ذكره، ص485.

فلا يوجد إلزام على المستثمر باستثمار جزء من هذه الاموال بالداخل [1] وهذا ما جاء به القانون المصري للاستثمار رقم 9 لسنة 1997، الذي لم ينص على أي إلزام من هذا النوع أو يفرض قيود.

وفي ذلك ذهب رأي فقهي [2] أن تحويل المستثمر أرباحه للخارج من حقه طالما كان التمويل من الخارج، وهو ما جرى علية العمل [3].

وبعض الدول ذهبت لعكس ذلك، حيث ألزمت المستثمر بإعادة استثمار جزء من أرباحه في بلد المشروع كالصين والهند والفلبين وبنجلاديش والباكستان وماليزيا وفيتنام [4] وهذا الأمر فيه عدم تقييد للمستثمر بضرورة الاستثمار في ذات المشروع فقد يستثمر في مشاريع أخرى، ولا يخفى مرونة هذا النص.

والقانون الليبي لم يخالف المعمول به في أغلب الدول من جواز تحويل المستثمر أرباحه للخارج، التي نظمتها المادة 12 من قانون الاستثمار رقم 9 لسنة 2010. والتي تضمنت النص على حقوق المستثمر ونصت في ثلاث فقرات على هذا الموضوع كما يلي: (للمستثمر الحق في..3- إعادة تصدير رأس المال الاجنبي المستثمر في حالة انتهاء مدة المشروع أو تصفيته أو بيعه كليا أو جزئيا.

4- إعادة تحويل رأس المال الأجنبي إلى الخارج بنفس الشكل الذي ورد به بعد انقضاء مدة ستة أشهر من تاريخ وروده إذا حالت دون استثماره صعوبات أو ظروف خارجة عن إرادة المستثمر

5- تحويل صافي الارباح السنوية الموزعة والعوائد التي يحققها رأس المال الاجنبي المستثمر في المشروع.

فهذه الحالات تضمنت حكما يتعلق بتحويل رأس المال الأجنبي في أحوال معينة، تتعلق ببيع المشروع وتصفيته، أو لعدم استثماره بسبب ظروف خارجة عن إرادة المستثمر، وهذه مما يتفق مع العدالة إذ أن المشروع لم ينفد بعد، أو ما يتعلق بتحويل صافي الارباح، وهي ما درجت عليه أغلب التشريعات، ووردت هذه الحالة دون قيود.

ولكن تشجيعا من المشرع على تحفيز المستثمر لإعادة استثمار أمواله في الداخل، تضمنت المادة 10 من القانون في الفقرة 6 أن "إعفاء الارباح الناتجة عن نشاط المشروع إذا ما أعيد استثمارها".

---

(1) د. نواف العقيل العجارمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T في نظام القانوني الاردني، مرجع سبق ذكره، ص1053.

(2) د. وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، مرجع سبق ذكره، ص252, وقد جاء في قرار مجلس الوزراء المصري بموجب القرار رقم 685 لسنة 2001 بتشكيل لجنة وزارية ومجموعة عمل لتنظيم المشروعات والمحلية بنظام B.O.T في المادة السابعة ((ويشترط لمشروعات B.O.T التي تسدد قيمتها من خلال التحويل للخارج أن يقوم المكلف بشكل مباشر أو غير مباشر بتصدير ما يعادل تحويلها إلى الخارج سنويا)).

(3) مشار إليه في نفس المرجع السابق-ص253.

(4) مشار إليه في البحث د. أمال نجاح البشبيشي، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T مرجع سبق ذكره، ص12.

وذلك لخلق الحافز للمستثمر بإعفاء الارباح من الضرائب إذا ما قام باستثمارها، ولم يحدد النص ما إذا كان يلزم استثمار كافة الارباح، أم جزء منها، وبالرغم مما تبدو علية صياغة النص من انصراف المعنى إلى استثمار كافة الارباح، إلا أنه أمر غير متصور.

ويجب ملاحظة أن إعادة الاستثمار لها ضوابط تقوم بتحديدها الادارة المختصة (الامين سابقا)، حسب ما جاء في المادة 3 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 9 لسنة 2010.

**تاسعا: التزام الدولة بشراء الخدمة وضمان الحكومة حد أدنى لها.**

يحدث أحيانا أن يكون السعر المقرر للخدمة مرتفع للجمهور، وحتى تتمكن الشركة من استرداد النفقات، وتحقيق عائد مالي، فتقوم الدولة بشراء الخدمة ثم إعادة بيعها، حيث أن السعر يكون بالعملة الاجنبية وحسابات الشركة في بنوك أجنبية، وتخرج عن رقابة البنك المركزي لدولة المشروع [1].

كما حدث في مصر لمشروع محطتي كهرباء سدى كرير، حيث قام البنك المركزي بضمان تأدية الديون وهذا ليس من وظائفه [2].

وهذا يسبب أضرار جسيمة، إذ التزمت الدولة بشراء الخدمة بالدولار الامريكي، مقابل دفع أتاوة بالجنيه المصري [3] هذا مع الأخذ في الاعتبار أن الدولة قامت بتوفير أسعار ثابتة للوقود طيلة مدة المشروع، وفقا للعقد، وبالرغم من ارتفاع أسعار الوقود بشكل دائم.

ولهذا يجب عند تحديد موضوع العقد بواسطة الشراكة، معرفة مدى ملائمة قيام القطاع بتقديمها، خاصة في الدول ذات المستوى المعيشي المنخفض.

وتفادياً لهذه الاشكاليات، يجب تحديد الأسعار بالعملة المحلية وحسناً فعل المشرع الليبي، إذ تم النص على أن على العملة الليبية هي السائدة في التعامل. وبذلك يتم تفادي أن تقوم الدولة بشراء الخدمة بالعملات الاجنبية ويثقل كاهلها بمبالغ مالية تفوق قدرتها.

---

(1) د. جابر جاد نصار، عقد B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سبق ذكره، ص58, د. عارف صالح مخلف د. علاء حسين علي، عقود البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سبق ذكره، ص9, د. نواف العقيل العجارمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T في النظام القانوني الاردني، مرجع سبق ذكره، ص1053, أ. أحمد هادي ديك، عقد B.O.T، وأثره على أحداث التنمية المستدامة، مرجع سبق ذكره، ص29.

(2) د. جابر جاد نصار، المرجع السابق الذكر، ص99, وأيضا ص156من نفس المرجع.

(3) د. وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، مرجع سبق ذكره _ص55

**الخاتمـــــة**

بعد دراسة الموضوع يمكن حصر مجموعة من النتائج تتمثل في:

1. المخاطر التي تواجه المشروعات المقامة بنظام B.O.T لا يمكن تنظيمها بشكل دقيق داخل قوانين الدولة المضيفة، وإنما تعتمد بقدر كبير على قدرة المفاوضين على تحديدها بدقة، وتحديد المسئول عنها فهي تخضع للاتفاق.
2. تعتمد دقة تحديد المخاطر على دراسات الجدوى التي تسبق التعاقد فكلما كانت دراسة الجدوى دقيقه قلت المخاطر.
3. خالفت عقود B.O.T في الدول النامية الأصل في تحمل القطاع الخاص المخاطر.
4. لم ينظم المشرع الليبي جميع صور المخاطر التي تحيط العقود واقتصر على تلك التي تتعلق بالأسعار، وفي هذا ترك المجال متاحاً لأطراف التعاقد بتحديدها وفق إراداتهم.

التوصيات

1. الاهتمام بدراسات الجدوى التي ستكون عامل هام في تحديد المخاطر التي يمكن أن يواجهها المشروع بالاعتماد على النواحي المالية والاقتصادية والقانونية.
2. العناية بتدريب وتهيئة مفاوضين قادرين على الحد من المخاطر التي تتحملها الدولة والمساومة بشأن المخاطر للحد مما يثقل كاهلها، باعتبار أن مسألة المخاطر من الأمور التي تخضع لإرادة المتعاقدين، ويمكن الحصول على حقوق أفضل بطريق الاتفاق عن طريق التفاوض.
3. العناية بدراسة الشروط الاتفاقية في العقد سيما المالية من قبل الدولة والتي لا يمكن تعديلها بالإرادة المنفردة.
4. يجب على المشرع وضع حد أعلى لما يتعلق بالمخاطر المالية والاقتصادية التي تتحملها الدولة، لحماية المستهلك.

## قائمة بالمراجع

**أولا الرسائل:**

**أ- رسائل الدكتوراه**

1) د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة – دراسة مقارنة – بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى_2009.

2) د. وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها – دراسة مقارنة- الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة- 2011.

**ب- رسائل الماجستير**

أحمد هادي ديك، عقدBOT وأثرة على إحداث التنمية المستدامة الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري-القاهرة- 2008.

**ثانيا: الكتب**

1. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقدBOT- القاهرة النهضة العربية.2003.
2. د. جابر جاد نصار، عقد B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام – القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الاولى، بدون تاريخ.
3. د. كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T –القاهرة: دار النهضة العربية، بدون تاريخ.

**ثالثا: الأبحاث والمقالات.**

1. د. أحمد محمد أحمد بخيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل والاعادة BOT في تعمير الاوقاف المرافق العامة – منظمة المؤتمر الاسلامي، مجمع الفقه الاسلامي الدولي، الدورة الثانية عشر – إمارة الشارقة.
2. أميره علي محمد المكي، عبد المطلب البغوف، تجربة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت في السودان بالتطبيق على مشروع محطة مياه المنارة والطريق السريع عطبره_ هيا، مجلة العلوم الاقتصادية- محلق رقم 1 جامعة النيلين، كلية التجارة، بدون تاريخ.
3. د. أمل نجاح البشبيشي, نظام البناء و التشغيل و التحويل B.O.T, سلسلة جسر التنمية- سلسلة دولية تعنى بقضايا التمية في الأقطار العربية- العدد الخامس و الثلاثون تشرين الثاني 2004 – السنة الثالثة – الكويت: المعهد العربي للتخطيط ، بدون تاريخ.

4. د. عارف صالح مخلف، د. علاء حسين علي، عقد البوت –دراسة في التنظيم القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية. جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية ‘الرمادي ‘العدد الأول.

5. أ. محمد صلاح، د. البشير عبد الكريم، أسلوب البوت كألية لتشييد مشروعات البنية التحتية، تجارب دولية وعربية مختارة، جامعة محمد خيضر بسكرة، – الجزائر كلية العلوم الاقتصادية والتجارة وعلوم التسيير. أبحاث اقتصادية وإدارية: العدد السابع عشر– جوان 2015.

6. محمد محمد عبد الله يوسف، المخاطر الاقتصادية المالية لمشروعات B.O.T مع التعرض لتجارب عربية – منشور على https://scholar.Cu.Edu.eg.

7. محمد متولي دكروري –الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية، وزارة المالية الإدارة العامة للبحوث المالية ‘بدون تاريخ، أو مكان نشر.

8. د. نواف العقيل العجارمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T في النظام القانوني الاردني – الجامعة الاردنية، مجلة دراسات الشرعية والقانون –المجلد 40 ملحق 1-2013.

9. د. يوسف محمود، د. عدنان العربيد، أ رامي كاسر لايقة، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T –سوريا– مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلة 30: العدد 3-2008.

10. الشراكة بين القطاع العام والخاص، إعداد إدارة الدراسات الاقتصادية والمالية دائرة المالية، أبريل 2010– حكومة دبي.

# المسؤولية المدنية للدولة عن الجريمة
# مع العناية بمسؤوليتها عن أضرار الهجرة غير القانونية

د. صالح محمد صالح إمبارك
عضو هيئة التدريس بكلية القانون
جامـعـــــة الزيتونـــــة

**مقدمة:**

تمارس الدولة وظيفتها في القيام بشؤون الشعب السياسية والتنظيمية ورعاية مصالحه العامة على رقعة جغرافية محددة تبسط عليها سيادتها وسلطانها. وقد تطورت وظيفة الدولة كما يتطور أي جانب من الحضارة الإنسانية عبر تاريخ طويل من التحولات التي كانت في جزء مهم منها قانونية، وقد ساهم وجود دول متماثلة إلى نشأت مجتمع دولي له نظمه التي تضبط صلات أفراده المتعددين.

ومن التحولات البارزة في مجال القانون أن أصبحت الدولة تتحمل آثار نشاطاتها الضارة، بعد أن كانت تتصرف طليقة من كل تبعة، وتوسعت رقعة المسؤولية حتى أضحى السؤال متى لا تكون الدولة غير مسؤولة عن مضار وظيفتها؟ ومن أوليات وظائف الدولة حفظ الأمن على إقليمها ضاق ذلك الإقليم أو اتسع، كثروا عليه الناس أو قلّوا. وتأتي الجريمة في مقدمة التحديات التي تواجه القائمين على مرفق الأمن في الدولة، والجريمة بحد ذاتها ظاهرة اجتماعية لا يخلو منها مجتمع إنســـاني، ويكون نجاحا للدولة إذا ابقت معدلاتها في حدود مألوفة.

ولا يخفى أن الجريمة ضرر محض لكل المجتمع، فيكون السؤال هل تتحمل الدولة ـ التي أخذت على عاتقها ردع الجريمة جريرة فشـلها في منعها، فيناط بها تحمل جبر ضـرر ضـحايا الجريمة، من خلال قواعد المسـؤولية المدنية التي شرعتها الدولة ذاتها ؟

لقد وجد هذا الســـؤال في مجال القانون من يجيب عليه بنعم، فكانت تلك الإجابة دافعا للبحث والتحليل، فقد يضيف البحث ما يؤيد هذه الإجابة إذا فشل في نفيها.

وبحث المســؤولية المدنية للدولة عن الجريمة يكون أكثر وضــوحا إذا ما تم طرحه بالتزامن مع طرح جريمة ما لتكون الصــورة أكثر واقعية حتى تكتمل المقدمة التي تهيء لنتيجة متســقة مع المنطق الســليم. وقد كان في جريمة الهجرة غير القانونية نموذجا ملائما ليقترن ببحث المسؤولية المدنية للدولة نظراً لأن هذه الجريمة أصبحت ظاهرة عالمية، وأنها جريمة صاغها القانون بحيث يعد المهاجر جانٍ ـ من منظور القانون الليبي على الأقل ـ قد اقترفها حتى لو دخل إقليم الدولة وهو يكاد يلفظ أنفاســـه من الجوع والمرض والعجز على البقاء على قيد الحياة ـ طالما دخل إلى إقليم الدولة بطريقة لا يقرها القانون.

وقد أصـــبحت ظاهرة الهجرة عموما من الدول الفقيرة وذات معدلات البطالة المرتفعة إلى الدول الأكثر تقدما ـــ مشكلة عالمية، نظرا لما يترتب عليها من آثار اقتصادية واجتماعية وأمنية، وكذلك تمثل جدلا قانونيا واسعا في جل فروع القانون، كما أنها تمثل تحد دائم لمرفق الأمن في الدولة كثير ما يمتد على طول حدودها.

ويزيد من حســاســية هذه الظاهرة البعد الإنســاني، حيث إنّ الإنســان هو الموضــوع الرئيس لهذه الظاهرة، ذلك الإنسان الذي صدرت لأجل حماية حقوقه وصون كرامته العديد من المواثيق الدولية، وما وجدت الدول إلا به، وما قامت إلا على خدمته، فهذا الإنسان المهاجر لم تدفعه للهجرة غريزة إجرامية أو نزعة عدائية ـ بل غريزة حب البقاء والبحث عن حياة أفضل، والفرار من شبح الموت جوعا أو بين (طواحين) الحروب.

ومسؤولية الدولة المدنية في هذا الموضوع ـ إن كان ثمة مسؤولية ـ تندرج في إطار المسؤولية المدنية عن الفعل الضار عموما؛ ولذا لا مناص من تناول مسؤولية الدولة عن الجريمة كأصل عام ـ فإن ثبتت يمكن إسقاط تلك المسؤولية على الفعل المجرم الصادر من المهاجر غير القانوني.

وبحث هذا الموضوع يقتضى تناوله من خلال جزئيتين الأولى عن طبيعة وظيفة الدولة في منع الجريمة من خلال دورها في منع الهجرة غير الشرعية في (مطلب أول) بما لها من أدوات فنية و قانونية ـ ثم بحث حدود مسؤولية الدولة المدنية عن النشاط المجرم في (مطلب ثان)

## المطلب الأول

## طبيعة وظيفة الدولة في منع الهجرة غير القانونية

تمثل الدولة في العصر الحديث الأداة القانونية التي تمارس سلطاتها بواسطة هيئة تتمثل في أداة حكم تتولى إدارة هذه الرقعة الجغرافية، وتنظيم العلاقات بين الموجودين عليها وحمايتهم.

وتصاغ سلطة الدولة على إقليمها من خلال نظرية سيادة الدولة، فما يلزم الدولة للمحافظة على سلامة إقليمها تتخذه بسلطتها التقديرية، بما في ذلك الحرب عندما تراها هي الوسيلة المناسبة لحماية سيادتها.

وقد أصبحت ظاهرة الهجرة غير القانونية بمثابة تحد للدولة في البحث عن وسائل لمنعها وهي تعمل على ممارسة سيادتها، رغم أن وراء الهجرة أناس يطردهم الفقر وسوء المعيشة.

وقد أخذ تحديد مفهوم الهجرة غير القانونية حيزاً من الجدل لأجل وضعه في قالب تعريف محدد، ولعل أوضح هذه التعريفات وأكثرها شمولا تعريف المكتب الدولي للعمل الذي عرف الهجرة غير القانونية بأنها ((الهجرة السرية أو غير الشرعية هي التي يكون بموجبها المهاجرون مخالفين للشروط التي تحددها الاتفاقية الدولية والقوانين الوطنية

ويقصد على هذا الأساس بالمهاجرين غير القانونيين:

أ. الأشخاص الذين يعبرون الحدود خلسة عن الرقابة المفروضة.

ب. الأشخاص الذين يدخلون الإقليم بصفة قانونية وبترخيص إقامة ثم يمددون إقامتهم عن المدة المحددة.

ج. الأشخاص الذين رخص لهم العمل بموجب عقد، ويخالفون هذا العقد، سواء بتخطي المدة المحددة له أو بالقيام بعمل غير مرخص له بموجب العقد.)) [1]

فالمهاجر غير القانوني هو شخص أجنبي ـ يحمل جنسية دولة أخرى أو بدون جنسية [2]ـ على إقليم الدولة قد تكون بداية دخوله إليها موافقا لقانونها، وقد يكون في وضع مخالف للقانون من خلال طريقة دخوله أو إقامته في تلك الدولة.

---

(1) مذكور لدى: ـ بوعافية ليندة وبرباش شهيدة ـ الهجرة غير الشرعية ومكافحتها ـ رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية ـ قسم القانون العام بجامعة عبد الرحمن ميرة ـ بجاية / الجزائر. العام الجامعي2013/2012م ـ ص8 وما بعدها. منشورة على موقع جامعة بجاية الجزائرية على شبكة المعلومات الدولية http://univ-bejaia.dzتاريخ التصفح 2019/3/31م.

(2) هناك اليوم 10 ملايين شخص على الأقل محرومون من الجنسية في كافة أنحاء العالم. نتيجةً لذلك، لا يُسمح لهم غالباً بالذهاب إلى المدرسة أو عيادة الطبيب أو الحصول على وظيفة أو فتح حساب مصرفي أو شراء منزل، أو حتى الزواج.

ويحتاج الإلمام بذلك إلى معرفة (مظلة السيادة في مواجهة الهجرة غير القانونية) في فرع أول، وبما أن السلطة التنفيذية هي من يتولى عمليا ضبط دخول وخروج الأجانب إلى إقليم الدولة، فهذا يقتضي بيان (دور السلطة التنفيذية في منع الهجرة غير القانونية) في فرع ثان.

**الفرع الأول: مظلة السيادة في مواجهة الهجرة غير القانونية**

يحق لسلطة الدولة أن تمنع الأفراد من غير حاملي جنسيتها من الدخول إلى إقليمها، أو تحديد الدخول وفقا لما تراه يخدم مصالحها، وكل من يخالف نظام أي دولة في الدخول إلى إقليمها بغرض الإقامة والعمل أو العبور لبلد آخر يعد في نظر القانون الدولي مهاجر غير شرعي، فقد نصّ البروتوكول الملحق بالاتفاقية الدولية لمكافحة الجريمة المنظمة في المادة (3/ب) على أنه ((يُقصد بتعبير "الدخول غير المشروع" عبور الحدود دون تقيّد بالشروط اللازمة للدخول المشروع إلى الدولة المستقبلة)) [1]

فإذا كان من حق الدولة أن تنظم دخول وخروج الأفراد الحاملين لجنسيتها من وإلى إقليمها متى كان ذلك يخدم مصالحها العليا، رغم أن حق المواطنين في التنقل تكفله الوثائق الدولية وتنص عليه العديد من الدساتير [2]. فيكون من باب أولى تنظيم أو منع دخول الأجانب، ومع ذلك تعطي تشريعات بعض الدول الحق في مقاضاة الدولة عن الإبعاد التعسفي؛ ففي فرنسا مثلا يحق (( للأجنبي رفع دعوى أمام مجلس الدولة الفرنسي لإلغاء القرار الصادر بإبعاده، ويجب أن ترفع الدعوى خلال شهرين من تاريخ إعلانه بالقرار...كما يأخذ أيضا المشرع المصري بهذا النوع من الرقابة و لكن ما يؤخذ عليه أنه يقرر سلطة تقديرية واسعة للإدارة في اتخاذ

---

مقالة بعنوان (الأشخاص عديمو الجنسية) منشور على موقع المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين https://www.unhcr.org تاريخ الزيارة 2/6/ 2021م

(1) بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، المكمِّل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية. اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم25 الدورة (55) المؤرخ في 15 تشرين الثاني/نوفمبر2000م .

ـ انظر في تفاصيل مفهوم الهجرة: بوعافية ليندة و برباش شهيدة ـ الهجرة غير الشرعية ومكافحتها ... ـ مرجع سبق ذكره ص 6 وما بعدها.

(2) على سبيل المثال: ـ م 44 من مشروع الدستور الليبي، والمادة 146 من الإعلان الدستوري والمادة 24 من الدستور التونسي الحالي. والمادة 16 من الدستور الإيطالي المادة 11 من دستور جمهورية الصومال لسنة 1960 م وغيرها.

قرار الإبعاد...))[1].ولقد أقرت المحكمة العليا هذا السلطة حين قالت أن القانون أعطى مجلس الوزراء أعفاء مواطني الدول العربية من تأشيرة الدخول الى ليبيا.[2]

**أولا ـ تنظيم الدخول إلى إقليم الدولة:**

تســـتند الدولة في تنظيم أو منع دخول الأجانب إلى إقليمها إلى حقها الســـيادي الذي يخولها ودون مسـئولية تنظيم دخول الأجانب إليها، انطلاقاً من المفهوم التقليدي للسـيادة الذي يتمثل في (( قدرة الدولة على إعطاء الأوامر مع عدم تلقيها لمثلها من أي سـلطة أخرى ))[3]، رغم أن هذا المفهوم قد تقلص لصـالح سـيادة القانون بحيث أصـبحت السـيادة الداخلية للدولة (( محصـورة في فرض هيبة القانون الموضـوع أصـلا لضمان السيادة وحماية حقوق الأفراد... وعلى الصعيد الخارجي أصبحت السيادة تعبيرا عن قدرة الدولة على التعهد والحصـول على تعهدات الدول الأخرى للتوصـل معها إلى القواعد الرامية لإقامة علاقات متبادلة فيما بينها))[4].

أ ـ تقييد الدخول عبر منافذ الدولة المعتمدة:

من حق الدولة أن تنظم وتحدد الأماكن التي يسـمح للأجانب بالدخول منها إلى إقليمها، وتتولى مصـلحة الجوازات والجنسـية إدارة والإشـراف على تلك المنافذ، وهي أماكن محددة لدخول المسـافرين منها قد تكون مطارات أو موانئ أو منـافـذ برية معتمـدة لـذلـك الغرض، وهو مـا نصّ عليـه قـانون تنظيم دخول وإقـامـة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها في مادته الأولى بأن ((يكون الدخول إلى الأراضـي الليبية والخروج منها من

(1) بوجانة محمد ـ معاملة الأجانب في ظل أحكام القانون الدولي المعاصر ـ رسالة دكتوراه في القانون العام ـ مقدمة لكلية الحقوق ـ جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر1 / الجزائر ـ العام الجامعي2016/2015م ـ ص 211 ـ منشورة على موقع جامعة بجاية الجزائرية على شبكة المعلومات الدولية http://biblio.univ-alger.dz تاريخ التصفح 2020/2/14م .

(2) طعن جنائي رقم 359 لسنة 23 ق بتاريخ 2/8/ 1977م ـ مجلة المحكمة العليا العدد الأول السنة الرابعة عشر ص 212.

(3) د. أحلام بيضون ـ في مفهوم السيادة البعدان الداخلي والخارجي ـ بحث منشور على موقع الجامعة اللبنانية كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية الفرع الثاني https:// droit ul.edu.lb.2droit بصيغة BDF ـ ص 3 من الملف.

(4) المرجع السابق نفس الصفحة.

الأماكن المحددة للدخول أو الخروج وبأذن من الجهات المختصـــة)) ([1]). وتنظيم دخول الأجانب لا تخلو منه دولة في العصر الحديث [(2)].

وقد تضيف الدولة قيد التأشيرة أو موافقة مسبقة لمن يرغب في دخول إقليمها، كشرط لدخول الأجانب، وقد تعفي حاملي بعض الجنسيات من شرط التأشيرة. ومن ذلك ما ينص عليه القانون في المغرب بأنه ((يجب على كل أجنبي نزل بالتراب المغربي أو وصل إليه، أن يتقدم إلى السلطات المختصة المكلفة بالمراقبة في المراكز الحدودية حاملا لجواز السفر المسلم له من قبل الدولة التي يعتبر من رعاياها، أو لأية وثيقة سفر لازالت صلاحيتها قائمة وتكون مصحوبة عند الاقتضاء بالتأشيرة المطلوب الإدلاء بها والمسلمة من طرف الإدارة.))[(3)] فالتأشيرة في هذا القانون من صلاحيات السلطة التقديرية لجهة الإدارة.

والتأشيرة أو الموافقة لا تعفي من وجوب الدخول عبر المنافذ المخصصة، والقيام بالإجراءات التي يتطلبها النظام المتبع. وما يميز المهاجر غير القانوني عدم مراعاته لهذه النظم ومخالفتها، وهذا يبيح للدولة أن تحرك ضده عنصر الجزاء في القاعدة القانونية.

ب ـ جزاء الدخول غير القانوني إلى إقليم الدولة:

الدولة تنظم دخول الأشخاص إلى إقليمها انطلاقا من سيادتها عليه، فعند دخول أشخاص أجانب إلى إقليمها بطريقة لا تتفق مع النظام الذي وضـــعته، يكون من حق الدولة اتخاذ التدابير القانونية التي تحمى بها إقليمها ومن عليه، وتستعمل الدولة ـ من خلال تشريعاتها ـ جزاءات عقابية وتدابير احترازية لتحقيق وظيفتها من خلال وسيلة الضبط الإداري فهو؛ ((نظام وقائي تتولى فيه الإدارة حماية المجتمع من كل ما يمكن أن يخل بأمنه وسلامته وصحة أفراده وسكينتهم ))[(4)].

---

(1) قانون تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها رقم 1987/6م ـ الجريدة الرسمية الليبية ـ العدد 15 السنة 25 بتاريخ 1987/10/8م.

(2) على سبيل المثال: ـ في تونس الفصل (4) من القانون عدد 7 لسنة 1968 مؤرخ في 8 مارس 1968 يتعلق بحالة الأجانب بالبلاد التونسية ـ الرائد الرسمي العدد 11 تاريخ الرائد الرسمي 3/8/ 1968م .

ـ وفي المغرب المادة 3 من قانون رقم 03/02 يتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.03.196 بتاريخ 11 /2003/11 – (الجريدة الرسمية المغربية عدد 5160)

ـ المادة (4) قانون الجزائري رقم 08 –11 بتاريخ 2008/6/25 م يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها ـ الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة /العدد 36 تاريخ العدد 2008/7/2م ص4.

(3) المادة الثالثة من القانون المغربي السابق. وتحدد المادة الخامسة من القانون الليبي أنواع التأشيرات التي تمنح للأجانب.

(4) مازن ليليو راضي ـ القانون الإداري الليبي ـ دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية/ مصر ـ بدون رقم طبعة ـ 2005م ـ ص 168.

وتعطي التشريعات لجهة الإدارة سلطة التعامل مع الأجنبي الذي يخالف نظام الدخول إلى الدولة.

وقد درجت التشريعات المعاصرة ـ كما سيتبين لاحقا ـ على تجريم دخول الأجانب غير المشروع، وقررت عقوبة جنائية لذلك، أو تلجأ إلى تدبير وقائي للحيلولة دون دخول الأجنبي إلى إقليم الدولة دون رضاها.

1ـ تجريم الدخول غير القانوني لإقليم الدولة:

تتوافق تشريعات تنظيم دخول الأجانب على معاقبة الأجنبي الذي يدخل بالفعل إلى أراضي الدولة؛ فقد نصّ القانون الليبي على أن ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد علي ثلاثة اشهر وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب أية مخالفة أخرى لأحكام هذا القانون أو اللوائح الصادرة بمقتضاه.))[1]، ولهذه العقوبة نظيراتها في التشريعات الأخرى[2]. لكن المهاجر غير القانوني قد يكون حبسه مكسبا له بالنظر إلى المخاطر التي تجشمها، أو الأسباب التي دفعته للهجرة خارج وطنه.

وقد نصّ القانون الليبي لمكافحة الهجرة على عقوبة جنائية للمهاجر غير القانوني بأن ((يعاقب الأجنبي المهاجر غير القانوني بعقوبة الحبس مع الشغل أو بغرامة لا تزيد عن ألف دينار...)) [3].

والقانون المغربي يجرّم حالة دخول أو مغادرة التراب المغربي بطريقة مخالفة للقانون حيث نصّ على أن (( يعاقب... كل شخص غادر التراب المغربي، بصفة سرية، وذلك باستعماله...وسيلة احتيالية للتملص من تقديم الوثائق الرسمية.... وكذا كل شخص تسلل إلى الترب المغربي أو غادره من منافذ أو عبر أماكن غير مراكز الحدود المعدة خصيصا لذلك.))[4]

وهذه السياسة التي انتهجها القانون المغربي بشأن معاقبة من يغادر المغرب بصورة مخالفة للقانون تؤدي من ناحية إلى حرص الفاعل على عدم العودة لتفادي العقوبة، بالإضافة إلى تداخل الاختصاص الجنائي مع قضاء الدول الأخرى؛ إذ غالبا ما يكون من يقوم بهذا الفعل يقارف فعلا مجرما على إقليم الدولة المتوجه إليها.

(1) المادة (20) من قانون تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها رقم 1987/6م السابق ذكره.

(2) انظر على سبيل المثال: ـ المادة (42) من قانون إقامة الأجانب بالمملكة المغربية السابق ذكره، والفصل 23 من قانون حالة الأجانب بالبلاد التونسية السابق ذكره، والمادة (44) من القانون الجزائري السابق ذكره.

(3) المادة (6) من القانون رقم 19/ 2010 م بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة مدونة التشريعات الليبية السنة (10) العدد (10) بتاريخ 2010/6/15م

(4) المادة 50 من قانون إقامة الأجانب بالمملكة المغربية ..... السابق ذكره.

أما عن القانون الليبي فلا يخفى عدم جدوى العقوبة في حالة المهاجر غير القانوني التي نص عليها القانون الليبي؛ فمن الناحية المالية المهاجر غير القانوني يكون في حالة إعسار مالي في الغالب الأعم، وحبسه لا طائل من ورائه لأن ما دفعه للهجرة هي معيشته القاسية وليس خطورته الإجرامية، وتبقى عقوبة الشغل التي لن تكون إلا مجرد سخرة.

وجدير بالذكر أن القانون المغربي المذكور ينظم إقامة الأجانب والهجرة غير القانونية معا، وهذا يوفر على المشرع التعارض أو التداخل أو الغموض التي قد يؤدي إليها تنظيم إقامة الأجانب ومكافحة الهجرة غير القانونية بشكل منفصل؛ على غرار تنظيم المشرّع الليبي.

2 ـ التدابير الوقائية ضد الدخول غير القانوني لإقليم الدولة:

من الأدوات التي تستعملها الدولة لمواجهة الظاهرة الإجرامية مجموعة تدابير قانونية [1]، وما يعني موضوع البحث هي التدابير التي تتخذ ضـــد الأجانب، من طرف الدولة التي لا ترغب في دخولهم إلى أراضـــيها أو بقائهم فيها. وفي مقدمة هذه التدابير يأتي الإبعاد خارج إقليم الدولة [2].

جاء النص على إبعاد الأجنبي ضمن التدبير التي نصّ عليها قانون العقوبات الليبي في المادة (158) ضمن التدابير التي تتخذ ضد الأجنبي الذي يعاقب بعقوبة سالبة للحرية مدة لا تقل عن عشر سنوات، أو في الأحوال التي ينص عليها القانون.

والإبعاد نصّ عليه قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة الليبي بأنه ((... وفي جميع الأحوال يجب إبعاد الأجنبي المحكوم عليه في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون من أراضي ليبيا بمجرد تنفيذه للعقوبة

(1) انظر في تفاصيل هذه التدابير كتب القواعد العامة في القانون الجنائي على سبيل المثال: د/ محمد رمضان بارة ـ شرح القانون الجنائي الليبي الأحكام العامة الجريمة والجزاء ـ المركز القومي للبحوث والدراسات ـ بدون مكان نشر ـ الطبعة الأولى ـ 1997م ص 645 وما بعدها.

(2) هناك خلاف بين التشريعات العربية في تصنيف التدابير عما إذا كانت تدابير وقائية أو عقوبات تكميلية، لمزيد من التفاصيل انظر: ـ د/ أحمد عبد الظاهر ـ إبعاد الأجانب في التشريعات الجنائية العربية مركز الدراسات والبحوث الفقهية والقضائية والتشريعية ـ الناشر دائرة القضاء أبو ظبي / الإمارات ـ الطبعة الأولى 2014م ـ ص 42 وما بعدها.

المحكوم بها.))[1]،ويأخذ بهذا النهج عدة تشريعات عربية سواء في قانون العقوبات أو في التشريعات الخاصة بتنظيم دخول الأجانب ومكافحة الهجرة[2].

ويتم الإبعاد تنفيذاً لحكم قضائي في دعوى جنائية، حيث القاضي يستقل بتقدير العقوبة الموضوعة بنص القانون للجريمة ـ فلا يلزم أن يطلب الإبعاد من جهة الادعاء؛ لأن الادعاء يثبت الجرم وأدلته، والقاضي يقدر الجزاء. وفي القانون الليبي بشأن مكافحة الهجرة ليس للقاضي خيار لأن الإبعاد وجوبي في جميع الأحوال.

كما يمكن أن يكون الإبعاد بموجب قرار إداري من السلطة التنفيذية المختصة، حيث اعطت التشريعات ذات العلاقة جهة الإدارة سلطة توجيه أمر للأجنبي بالمغادرة وإلغاء إقامته بموجب قرار من مدير عام الجوازات والجنسية [3]، ويمكن إصدار قرار الطرد في حق الأجنبي بصفة تلقائية من جهة الإدارة [4]، أو اقتياده إلى الحدود [5]، أو إعادته على متن وسيلة النقل التي قدم على متنها [6]. ويتميز الإبعاد الإداري بسهولة اتخاذه ضد الشخص وأفراد أسرته، بخلاف الإبعاد القضائي الذي لا يمتد إلى أفراد الأسرة ما لم يكونوا طرفا في الدعوى الجنائية.

وعند تقدير هذه الإجراءات يتبين أن الإبعاد هو الوسيلة الأكثر فاعلية ونجاعة؛ فهو لا يكلف الدولة إيداع المهاجر مؤسسة إصلاحية بما في ذلك من تكلفة باهظة من النواحي الأمنية والرعاية الصحية، وفي النهاية يجب إبعاده.

والإبعاد له طابع ردع للذين يفكرون في الهجرة، عند العودة الخائبة لمن حاول وفشل من أبناء مجتمعهم، وخاصة إذا تم بسرعة ـ بدل الإيداع في الحبس الذي يجعل الآخرين ـ في بلد المهاجر ـ يعتقدون أنه نجح في الوصول إلى غايته فيسعون إلى سلوك طريق من سبقوهم.

---

(1) المادة (6) من القانون رقم 19 / 2010 م بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة السابق ذكره.

(2) من ذلك: ـ قانون الجزاء الكويتي المادة/ 766، وقانون العقوبات القطري المادة65 ، وقانون العقوبات البحريني المادة 64 مكرر، وقانون الجزاء العماني المادة46 ، وقانون الجرائم والعقوبات اليمني المادة101 .

ـ وهنالك جزاءات تنص عليها التشريعات الخاصة بتنظيم دخول الأجانب السابق الإشارة إليها.

(3) المادة 16 من قانون تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا ... رقم 1987/6م السابق ذكره.

(4) المادة 28 من قانون إقامة الأجانب بالمملكة المغربية ..... السابق ذكره.

(5) المادة 21 من القانون السابق ذكره.

(6)المادة 37 من القانون السابق ذكره.

غير أن سيادة الدولة ـ في العصر الحديث ـ لم تعد مطلقة من كل قيد؛ فهي عضو في مجتمع دولي تتشابك علاقاته باتفاقيات ومواثيق دولية، وكثيرا من هذه المواثيق على صلة بموضوع الهجرة غير القانونية ـ فما أبرز هذه القيود التي على سلطة الدولة مراعاتها في مواجهة المهاجر غير القانوني؟

**ثانيا ـ القيود على الحق السيادي في إبعاد الأجانب:**

أغلب الدول أصبحت طرفا في اتفاقيات دولية لحماية حقوق الإنسان مهما كانت حالته القانونية، وهذه الاتفاقيات تلزم الدول بالحد الأدنى من احترام كرامة الإنسان وآدميته، فالدولة لا تستطيع استعمال القوة المفرطة لمواجهة المهاجرين العزل عند دخولهم لأراضيها.

فالمادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تنصّ على ((لكل فرد الحق في الحياة والحرية والسلامة الشخصية)) والمادة الخامسة منه نصت على أن ((لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة))، وهذا يحتم على الدولة أن تعامل الشخص المهاجر المعاملة التي تحترم أدميته ولا تحط من كرامته.

كما أن الإعلان العالمي للحقوق الإنسان يعطي الأفراد حق اللجوء؛ فقد نصّ في المادة (1/14) على أن ((لكل فرد الحق في أن يلجأ إلى بلاد أخرى أو يحاول الالتجاء إليها هربًا من الاضطهاد.)) وهذا يقتضي من الدولة أن تتعرف على الأشخاص الذين يتوجهون إليها عما إذا كانوا لاجئين أو مهاجرين وهذا لا يتحقق بمقاومة المهاجر على حدود الدولة، بل يفرض استقبال القادمين والتحقق من حالتهم وسبب محاولتهم دخول الدولة.

هذا الواقع جعل تشـــريعات بعض الدول تأخذ موقفا عقلانيا، وتغلب الطابع الأخلاقي على المعاملة القانونية المجردة، وعلى أقل تقدير تكون القرارات التي تتخذها الســـلطات ضـــد الأجانب تحت طائلة رقابة المشروعية، بما يكفل للأجنبي مقاضاة الجهة المصدرة لتلك القرارات المتخذة ضده.

**أـ** الاعتبارات الإنسانية في معاملة الأجانب

أخذ البعد الإنساني دوره في صناعة السياسات العامة في الدولة الحديثة، ومن ذلك سياسات معاملة الأجانب، فلم يعد مناسبا لسمعة الدولة أن تتجاهل الحالة الإنسانية التي تمر بها شعوب أخري، فالشعوب التي تشهد حروبا مدمرة، أو حالات المجاعة والجفاف، أو كوارث طبيعية واسعة النطاق ـــــ تملئ حالتها على حكومات الدول الأخرى أن تجعل المعاملة الإنسانية مقدمة على قواعد تنظيم دخول الأجانب إلى إقليمها.

بل إن بعض الدول ترغب في أن تكون ملاذا للمضـــطهدين والناجين بحياتهم من جور أنظمة الحكم في بلدانهم ـــــ وترى في ذلك ما يعزز مكانتها في المجتمع الدولي. فمن ذلك مثلا إن قانون العقوبات السويسري الصادر في 18مارس 1971م ألغى عقوبة الإبعاد خارج الدولة كتدبير يتخذ ضد الأجانب [1].

ومن الأمثلة على مراعاة الوضع الإنساني للمهاجرين ما تسمح به تشريعات دولة البرازيل؛ فقد ((بدأت البرازيل بمنح التأشيرات الإنسانية لبلادها في عام 2012 وذلك من أجل الهاييتيين الذين هُجّروا بسبب الزلزال المدمر الذي ضرب بلادهم عام 2010 ثم مُدّدت هذه التأشيرات في عام 2013من أجل إفادة الأشخاص الذين تأثروا بالنزاع في سوريا. ))[2].

وفي فرنســـا أثارت تدابير إبعاد الأجانب جدلاً؛ حيث ((يؤيد البعض النص على تدبير الإبعاد في قانون العقوبات. في المقابل، ثمة اعتراضـات قانونية كثيرة على تدبير الإبعاد الجنائي، إلى الحد الذي يدفع البعض إلى المطالبة بإلغاء هذا التدبير)) [3].

ولا يجب إغفال أن الحالة السـويسـرية والفرنسـية خاصـة بمعاقبة الأجانب جنائيا عند مثولهم أمام القضـاء بسبب فعل مجرم جنائيا، ولا تمتد إلى الشخص المهاجر لمجرد الهجرة.

وقد أصبح محل انتقاد من المؤسسـات الدولية المعنية بحقوق الإنسـان إجبار المهاجرين على العودة دون نظر في ما يدفعهم للهجرة، ومن ذلك تقرير منظمة (هيومن رايتس ووتش) بعنوان (( إبعاد ومعاملة سـيئة )) فقد تحدث التقرير الصـادر في شـهر سـبتمبر سـنة 2009م عن (( إعادة إيطاليا القسـرية للمهاجرين وملتمسـي اللجوء القادمين على متن القوارب، ومعاملة ليبيا الســـيئة للمهاجرين وملتمســـي اللجوء)) [4]، وحجة هذا

(1) د/ أحمد عبد الظاهر. إبعاد الأجانب في التشريعات الجنائية العربية. مرجع سبق ذكره ـ ص 25.

ـ لكن هذا القانون أخذ يواجه انتقادات دفعت إلى طرحه للاستفتاء العام للمرة الأولى كانت سنة 2010م بإعادة الإبعاد كتدبير احترازي يخول القضاة اللجوء إليه كعقاب جنائي، وفي سنة 2016 م طرح للاستفتاء العام مسألة الإبعاد التلقائي للأجانب. انظر الخبر في النسخة الإلكترونية لصحيفة (بوابة الوسط صوت ليبيا الدولي) عنوان الخبر (استفتاء في سويسرا حول طرد الأجانب) بتاريخ الأحد 28 /2/ 2016م. على الموقع http://alwasat.ly/news/international/91161

(2) مقالة بعنوان (التأشيرات الإنسانية البناء على التجربة البرازيلية) مجلة نشرة الهجرة القسرية ـ العدد 53 ـ أكتوبر 2016م

ـ تصدر عن مركز دراسات اللاجئين (مقره جامعة أكسفورد) ـ ص 76. متاحة بصيغة ملف BDF. على الموقع: ـ www.fmreview.org/ar/community-protection.

(3) د/أحمد عبد الظاهر. إبعاد الأجانب في التشريعات الجنائية العربية. مرجع سبق ذكره ـ ص 25.

(4) تقرير منظمة (هيومن رايتس ووتش) بعنوان (إبعاد ومعاملة سيئة) الصادر في سبتمبر2009م متاح على موقع المنظمة http://www.hrw.org على ملف بصيغة BDF.

التقرير أن (( إيطاليا تخرق مبدأ القانون الدولي الخاص بعدم الإعادة القسرية بتوقيفها لقوارب في المياه الدولية وجرها لها معيدة إياها إلى ليبيا دون مراجعة لركاب القوارب ..... ومبدأ عدم الإعادة قسـراً هو التزام واجب في القوانين الدولية لحقوق الإنســان وفي القانون الدولي للاجئين، وكذلك في القانونين الأوروبي والإيطالي، ويحظر أيضـاً على إيطاليا إعادة الأفراد إلى أماكن قد يواجهون فيها المعاملة اللاإنســانية أو المدينة.)) [1]

ويظهر تأثير البعد الإنساني في القانون المغربي بوضوح حين نصّ على أنه ((لا يمكن إبعاد أية امرأة أجنبية حامل وأي أجنبي قاصر. كما لا يمكن إبعاد أي أجنبي آخر نحو بلد اثبت أن حياته أو حريته معرضتان فيه للتهديد أو أنه معرض فيه لمعاملات غير إنسانية أو قاسية أو مهينة.)) [2]

فهذا النص يمثل خطوة متقدمة على سبيل حماية كرامة الإنسان وسلامته إذا طبق بذات الروح التي صيغ بها، وهذا النص يتفرد به التشريع المغربي على نظرائه في الدول العربية وله به فضل السبق.

هذا الوضع القانوني الذي باتت فيه الدول ما هو إلا قيدا على مبدأ السيادة، فلم تعد الدول حرة في طريقة تعاملها مع الأجانب على الأقل من الناحية الأدبية. ولم يعد مبدأ السيادة طليقاً من كل قيد، بل أصبح ـ فوق ذلك ـ يخضع لرقابة المشروعية أمام القضاء الوطني.

**ب ـ** رقابة المشروعية على قرارات معاملة الأجانب:

يكفل حق التقاضي في الدولة الحديثة ـ وفقا ما هو منظم في التشريعات الإجرائية ـ لكل المتقاضين الدفاع عن مراكزهم القانونية أمام درجات التقاضي المتاحة، ولا يوجد تمييز بين المواطن والأجنبي في هذا الشأن، لكن العائق الواقعي أمام المهاجر غير القانوني هو تكاليف التقاضي الباهظة بالنسبة له على الأقل [3]؛ نظرا للحالة المالية للمهاجر. كما أن الركن المادي في جرائم الهجرة غير الشرعية يأخذ صورة التلبس على الأقل بالنسبة للمهاجر دائما، مما يجعل نفي الجريمة من قبل المهاجر أمر في غاية الصعوبة.

(1) التقرير السابق ذكره ـ ص 3.

(2) المادة29 / الفقرة الأخيرة من قانون إقامة الأجانب بالمملكة المغربية ..... السابق ذكره.

(3) رغم وجود محاماة مجانية في ليبيا لكنها بمقابل للأجانب حيث ينص قانون المحاماة الشعبية على أنه ((يحق لرعايا الدول الأجنبية الاستعانة بمحام عن طريق فروع الإدارة ومكاتبها، بمقابل، تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون.)) المادة العاشرة من قانون المحاماة الشعبية رقم 4 لسنة 1981م الجريدة الرسمية العدد 11 لسنة 1981 صفحة 304.

من أمثلة ضمان حق التقاضي ما نصّ القانون المغربي على حق الأجنبي الصادر في حقه قرار الاقتياد إلى الحدود بأنه ((يمكن للأجنبي الذي صدر في حقه قرار بالاقتياد إلى الحدود .أن يطلب خلال أجل الثماني والأربعين ساعة التي تلي تبليغه إليه، من رئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضيا للمستعجلات، إلغاء القرار المذكور. يبت رئيس المحكمة الإدارية أو من ينوب عنه داخل أجل أربعة أيام كاملة ابتداء من رفع الأمر إليه، ويمكنه أن ينتقل إلى مقر الهيئة القضائية الأكثر قربا منه)) [1].

فهذا النص مثال على كفالة القضاء الناجز، ودفع بطء العدالة؛ لأن حالة الإبعاد لا تحتمل التأخير، ويبقى السؤال عن واقع تطبيق هذا النص لبيان نجاعة التنظيم التشريعي للمسألة. وغير بعيد من هذا التنظيم ما نصّ عليه القانون الجزائري ـ مع فارق في المواعيد ـ من أنه ((يجوز للأجنبي موضوع قرار وزير الداخلية المتضمن الإبعاد خارج الإقليم الجزائري أن يرفع دعوى أمام القاضي الاستعجالي المختص في المواد الإدارية في أجل أقصاه خمسة أيام ابتداء من تاريخ تبليغ هذا القرار. يفصل القاضي في الدعوى في أجل أقصاه عشرون يوما ابتداء من تاريخ تسجيل الطعن. ويكون لهذا الطعن أثر موقف)) [2] وتتمثل ميزة هذا النص في الأثر الموقف لتنفيذ قرار الإبعاد، وهو ما لم يأخذ به القانون الليبي. مع التذكير بأن التشريع الجزائري ـ على حد ما أمكن الاطلاع عليه

ـ لم يعالج قضية الهجرة غير القانونية بقانون خاص حتى وقت كتابة هذا البحث.

أما عن التشريعات التي تعطي لجهة الإدارة الحق في أمر الأجنبي بمغادرة إقليم الدولة، فهذه القرارات أحيطت بشيء من الضمانات القانونية أولها التسبيب ؛ فالقانون الليبي ينص على أن (( يبعد الأجنبي في الحالات الآتية: .... ويكون الابعاد في الحالات (أ،ب،ج) بقرار مسبب من مدير عام الجوازات والجنسية ))[3]، فهذا القانون أوجب على جهة الإدارة بيان أسباب قرار إبعاد الأجنبي عندما يكون سبب الإبعاد دخول البلاد بدون تأشيرة صحيحة، أو الامتناع عن مغادرة البلاد بعد انتهاء الإقامة الممنوحة للأجنبي ورفض الإدارة تجديدها له، أو عند إلغاء تأشيرة الإقامة، وأعفى جهة الإدارة من تسبيب قرار الإبعاد الصادر تنفيذا لحكم قضائي بالإبعاد،

(1) المادة 23 من قانون إقامة الأجانب بالمملكة المغربية ..... السابق ذكره.

(2) المادة 31 الفقرات 2و3و4 من القانون الجزائري السابق ذكره .

(3) المادة (17) من قانون تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها رقم 1987/6م السابق ذكره

والحالة الأخيرة وهي الإبعاد القضائي فيها شيء من عدم الدقة ؛ لأن الإبعاد القضائي لا يحتاج أصلا إلى قرار من جهة الإدارة لتنفيذه.

كما يلاحظ على القانون الليبي أن جزاء الإبعاد بسبب دخول البلاد بدون تأشيرة صحيحة، لم يعد له محل؛ لأن دخول البلاد بدون تأشيرة صحيحة أصبح الركن المادي لجريمة الهجرة غير القانونية المنصوص عليها في المادة الأولى من قانون مكافحة الهجرة، والتي تكون من ضمن عقوبتها الإبعاد بقوة القانون كما تنص على ذلك المادة (6)، ومن ثم لم يعد لجهة الإدارة إصدار قرار إبعاد مسبب بهذا الشأن.

والقانون المغربي المنظم لإقامة الأجانب نصّ على أنه (( يمكن للإدارة أن تأمر بالاقتياد إلى الحدود بموجب قرار معلل في الحالات التالية:..))[1] وكذلك نصّ على وجوب تعليل قرار (( المنع من دخول التراب المغربي )) [2]، وهذه الحالات مرجعها السلطة التقديرية لجهة الإدارة دون العودة إلى أي سلطة أخرى ؛ لأنها تنطلق من وظيفة الإدارة في القيام بشؤون مرفق الأمن العام، والذي يعد من أهم وظائف الدولة، لكن القانون نصّ على لزوم شكلية التسبيب لهذه القرارات. وهذه الشكلية يفتقر إليها القانون ـ ذي الصلة ـ في كل من الجزائر وتونس. وتسبيب القرار الإداري وسيلة رقابة (( في غاية الأهمية، ومن أنجح ضمانات الأفراد، لأنه يسمح لهم وللقضاء على السواء بمراقبة مشروعية تصرف الإدارة )) [3]، وتبقى المشكلة الأساسية في علم الأجنبي الفعلي بهذه التشريعات، وقدرته على الاستفادة منها في الدفاع عن مركزه القانوني.

خلاصة هذا أن الدولة في تعاملها مع المهاجرين غير القانونيين مقيدة بالعديد من المواثيق الدولية، إضافة إلى الالتزامات الأخلاقية في معاملة الإنسان مهما كانت حالته.

وتستند الدولة إلى سيادتها في منع دخول الأجانب إلى إقليمها، وتؤدي هذه الوظيفة عن طريق سلطاتها التنفيذية في صورة نشاط مرفقي.

---

(**1**) المادة21 قانون إقامة الأجانب بالمملكة المغربية ..... السابق ذكره.

(**2**) المادة22 من القانون السابق .

(**3**) د. سليمان محمد الطماوي ـ الوجيز في القضاء الإداري دراسة مقارنة ـ الناشر دار الفكر العربي ـ دار الإشعاع للطباعة ـ بدون رقم طبعة ـ 1985م ـ ص 250

**الفرع الثاني: دور السلطة التنفيذية في منع الهجرة غير القانونية**

إذا كانت الســـيادة هي الغطاء القانوني الذي تســـتند إليه الدولة في حقها في منع دخول الأفراد إلى إقليمها، فينبغي معرفة الآلية التي تمارس بها الدولة هذا الحق، أو بتعبير أخر ما هو القالب القانوني الذي تمارس من خلاله الدولة تنظيم دخول الأجانب، ليتبين أن مخالفة ذلك هو دخول الدولة بكيفية غير مشروعة، يبرر للدولة مواجهة من يخالف ذلك، كما تفيد معرفة ذلك مدى امكانية توافر عناصـر المسـؤولية المدنية عن عدم فعالية تلك الوظيفة.

**أولاً** ـ تحديات منع الهجرة غير الشرعية:

عندما تقوم الدولة بمنع دخول الأجانب إلى أراضـيها بغير الطرق التي رسمها القانون فيما أصـطلح على تسـميته مكافحة الهجرة غير الشـرعية فإن وسيلتها في ممارسـة ذلك هي السـلطة التنفيذية، من خلال نشـاط الضـبط الإداري [1]، وهو من صـميم وظيفة المرفق العام، الذي يتولى حفظ حدود الدولة، حيث يقوم ((هذا النوع من المرافق العامة في الأنشـطة السـيادية التي تقوم عليها الدولة والتي يعجز الأفراد والهيئات الخاصـة عن ممارسـتها... ومن أمثلتها مرفق الدفاع ضـد العدوان الخارجي ومرفق الأمن الداخلي...)) [2]. فمنع الأجانب من الدخول إلى إقليم الدولة تتولاها سـلطات مختصـة من الأجهزة النظامية مثل الشـرطة أو الجيش، وكثيراً ما يصطلح عليها بحرس الحدود [3].

ولا يخفى حجم الصـعوبات التي تواجه هذا المرفق في ليبيا أو الدول التي على شـاكلتها، ويمكن التمثيل لأبرزها وهي: صـعوبات طبيعية وتأتي في مقدمتها اتسـاع رقعة الدولة وحدودها التي يزيد طولها عن 6000 كم، منها سـاحل بحري بطول يزيد عن 1700 كم [4]، فضـلاً عن أن هذه الحدود في أغلبها صـحراء قاحلة وتبعد عن مناطق العمران.

---

(**1**) هناك أنواع من الضبط الإداري: انظر تفاصيل ذلك: د. ماجد راغب الحلو ـ القانون الإداري ـ دار المطبوعات الجامعية ـ الإسكندرية /مصر ـ بدون مكان طبع ورقم طبعة ـ 1987م ـ ص 475.

(**2**) د. محمد عبد الله الحراري أصول القانون الإداري الليبي ـ الجزء الأول ـ منشورات جامعة ناصر ـ مطابع الوحدة العربية الزاوية ـ بدون رقم طبعة ـ 1992م ـ ص 199.

(**3**) قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (392) لسنة 2000 بشأن إنشاء جهاز حرس الحدود البرية ـ منشور على موقع(ديكاف) مركز جنيف لحوكمة قطاع الأمن على شبكة الانترنت https://security-legislation.ly/

(**4**) موسوعة ويكيبيديا الحرة مقالة بعنوان (قائمة الدول حسب طول السواحل) ليبيا رقم 60 في الجدول المرفق. **https://ar.wikipedia.org**.

وهذه الصعوبات المادية تمثل عائقاً صعباً أمام قيام مهمة الإدارة المنوط بها رعاية حدود الدولة وحفظ أمنها، ويزداد وضوح هذه الصعوبة عند مقارنتها ـ من حيث الإمكانيات ـ بحدود دولة تواجه أكبر تدفق للهجرة السنوية وهي الولايات المتحدة الأمريكية [1]، وما تعانيه من مشاكل لوجستية وأمنية. والشق الآخر من هذه الصعوبات يكمن في نشاط الهجرة؛ فالدولة لا تواجه المهاجرين في مكان أو زمان محددين، بل تواجه أفرادا يسعون بكل الوسائل للإفلات من أجهزة الدولة التي تتولى مراقبة الحدود.

كما أن هذا العنصر البشري يتكون من قسمين، أولها وهم الأشخاص المهاجرون، وهؤلاء أشخاص يائسون من الحياة قادمون على الموت وعاجزون ماديا ومعنويا، وقسم أخر وهم عصابات تمارس نقل المهاجرين بطريقة غاية في القسوة، وهذه العصابات لا تتورع عن فعل أي شيء للتخلص من كل ما يعيق تنفيذها لنشاطها الإجرامي.

هذه ـ باختصار ـ هي البيئة الواقعية التي يجب على الدولة أن تمارس فيها نشاطها المرفقي المتمثل في حفظ الأمن على حدود الدولة، وهذه الظروف تطرح سؤال جوهرياً عن حدود التزام الدولة في هذا النشاط المرفقي عموما؟

**ثانيا ـ حدود التزام الدولة في النشاط المرفقي:**

عندما تتولى الدولة النشاط المرفقي فإنها بداية تملك السلطة التقديرية في إنشاء المرفق ابتداءً، فجهة الإدارة هي من تملك ((إنشاء وإلغاء المرافق العامة بما لها من سلطة تقديرية في هذا المجال، فليس لاحد إجبارها أو مطالبتها قضائيا لإنشاء مرفق من المرافق أيا كانت أهميته)) [2].

وهذه السلطة التقديرية للمصلحة تستقل بها جهة الإدارة دون خضوعها للرقابة القضائية على عملها، وهذا ما قضت به محكمة التعقيب التونسية حين قالت عن محكمة الموضوع بأنها بتجاوز سلطتها في مراقبة السلطة التقديرية لجهة الإدارة، حيث قالت ((...ترك القانون للمؤسسة إمكانية قبول مطلب العون أو رفضه في نطاق ما تقتضيه مصلحة العمل. وهي المؤهلة لتقدير ذلك وتأسيسا على ذلك فإنّ المحكمة لما اعتبرت أنه لا موجب لرفض مطلب

---

(1) حدود الولايات المتحدة الأمريكية مع المكسيك التي تمتد من **المحيط الهادئ** غربا إلى **خليج المكسيك** شرقا وفيها مجموعة متنوعة من التضاريس، هي الحدود الأكثر عبوراً في العالم، ويبلغ طولها 3145 **كيلومتر**، بالإضافة إلى الحدود البحرية التي تبلغ 48 كيلومتراً. موسوعة ويكيبيديا الحرة مادة ( الحدود الأمريكية المكسيكية ) (مع تصرف يسير). **https://ar.wikipedia.org**

(2) د. ماجد راغب الحلو ـ القانون الإداري... مرجع سبق ذكره ـ ص 402.

التجديد في فترة عدم المباشرة وأن لا مصلحة للمؤسسة في رفض ذلك المطلب تكون قد تجاوزت سلطتها.))[1].

وأنها في سبيل مصلحة المرفق العام لا يستطيع الموظف العام المطالبة بعدم نقله الذي يجعل آداء الوظيفة أكثر إرهاقا له؛ متى كان هذا النقل هو لخدمة المصـــلحة العامة، وهذا ما قضـــت به محكمة النقض المغربية حيث طعن الموظف في قرار نقله، فقالت ((إذا اقتضت المصلحة العامة نقل الموظف من مركز أو مصلحة إلى أخرى فإن ذلك لا يستلزم أخذ موافقته...)) [2]. وإنشاء وتسيير المرافق العامة هو الاختصاص الأصيل للسلطات التنفيذية سواء العامة أو الإقليمية، وهو ما نصّ عليه قانون الإدارة المحلية الليبي بأن ((يعمل مجلس المحافظة على تقديم كل ما يمكن للمحافظة تقديمه من تسهيلات لإنشاء أو تسيير المرافق الأتية: ـــ أـــ مرافق الصحة العامة...))[3].

هذه السلطة التقديرية الواسعة يستخلص منها أن الدولة حين تمارس النشاط المرفقي لا تكون ملزمة بتوفير قدر معين من خدمة المرفق، أو تحقيق نتيجة للنشاط المرفقي الذي تؤديه، بل هو من إطلاقات السلطة التقديرية لجهة الإدارة، ويؤيد هذا ما قضـــت به محكمة القضـــاء الإداري المصـــرية في حكم قديم لها، من أن ((القيام بالمشـــروعات العامة وتوزيعها على المدن والمناطق المختلفة لا يزال متروكاً لتقدير الســـلطة التنفيذية تتصـرف فيه بمطلق حريتها واختيارها حينما يتراءى لها وفقا لقدرتها المالية والإمكانات التي لديها)) [4]. ومحل الاستشهاد بهذا القضاء أنه قرر بوضوح أن السلطة التنفيذية تقوم بعملها المرفقي وفق قدرتها المالية، فلا تلزم جهة الإدارة بتزويد المرافق العامة بالآلات الباهظة التكلفة أو فائقة التطور، أو أن تجعل جودة خدمة المرفق العام قياســـيا على ما هو عليه لدى الدول الأخرى، وكذلك الأمر من ناحية الإمكانيات التي تتوفر للإدارة، فلا يمكن مطالبتها بخدمات لا قدرة لأفرادها على القيام بها.

---

(**1**) محكمة العقيب التونسية ـ قرار تعقيبي مدني عدد34424 مؤرخ في 1992/08/27م متاح على محرك بحث المحكمةhttp://jurisprudence.e-justice.tn تاريخ التصفح2020/2/25م.

(**2**) محكمة النقض المغربية القرار رقم 382 ـ الدائرة الإدارية ملف إداري 79308 ـ بتاريخ 1984/5/18م ـ متاح على محرك بحث المحكمة **http://www.juris.courdecassation.ma** تاريخ التصفح 25 /2/ 2020م .

(**3**) المادة 13 من قانون الإدارة المحلية رقم 2012/59م، الجريدة الرسمية الليبية السنة الأولى ـ العدد 15 ـ تاريخ صدور الجريدة 2012/8/23 م ـ ص 882.

(**4**) محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 23 مارس 1955م. مذكور لدى د. سليمان محمد الطماوي ـ الوجيز في القضاء الإداري .... مرجع سبق ذكره ـ ص 322.

كما أن الإدارة تملك إلغاء المرفق العام حتى بعد قيامه ولا يكون ((للموظفين الذين يشـــرفون على إدارة المرفق، ولا للأفراد الذين ينتفعون منه، حق الاعتراض على ذلك الإلغاء)) [1].

ويعود أسـاس السـلطة التقديرية للإدارة في نشـاطها المرفقي إلى اعتبارات عملية تتمثل في صـعوبة إن لم يكن اسـتحالة وضـع قانون تفصـيلي ينظم مواجهة الإدارة لكل ما قد يسـتجد من المشـكلات والأحداث ولا حجمها ولا متطلباتها، فالأوبئة، والكوارث، والأعمال التخريبية، والجرائم عموما غير ممكنة التوقع، وهذا يقتضي ((إعطاء الإدارة سلطة تقديرية تستطيع أن تواجه بها الحالات التي تنشأ والتي لا يكون المشرّع قد تنبأ لها، وأن تضع الحلول المناسبة لها)) [2].

كما أن إطلاق هذه الســـلطة له مبررات فنية، قوامها أن الإدارة تضـــع الحل على أســـاس الوقائع التي تواجهها، والوقائع ليس لها حد في تكرراها أو تنوعها أو تداخلها مع الظروف المحيطة وهذا يفرض انّ ((إطلاق حرية الإدارة في ممارستها لاختصاصاتها يؤدي إلى حسن أداء الوظيفة ذلك لأنه يعطي الإدارة حرية التقدير ووزن الملابسات في العمل الإداري، ويساعد على غرس روح الابتكار)) [3]. فللإدارة في سبيل قيامها بوظيفتها ((تنظيم المرفق حسب ما يتوافر لديها من الخبرة وحاجة العمل)) [4].

ويمثل مبدأ الفصل بين السلطات الأساس القانوني في إطلاق يد جهة الإدارة في تقدير وظيفتها المرفقية، فالقضـاء لا يوجه الإدارة في قيامها باختصـاصـاتها، والقول بخلاف ذلك يجعله رئيساً لجهة الإدارة وهذا غير جائز[5].

إذا كان هذا نطاق الإدارة التي من ورائها الدولة في قيامها بنشـــاطها المرفقي، وأن حفظ أمن الدولة وحدودها هو من صـميم النشـاط المرفقي الذي يأخذ طابعا قوميا ((يمتد إلى كافة إقليم الدولة فتقدم خدماتها

(**1**) د. سليمان محمد الطماوي ـ الوجيز ...المرجع السابق نفس الصفحة.

(**2**) حمد عمر حمد ـ السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها ـ الطبعة الأولى ـ الرياض / السعودية 2003 ـ الناشر أكاديمية نايف ـ ص 131 ـ متاحة على موقع مؤسسة إبداع المكتبة الإلكترونية الخاصة بمؤسسة إبداع http://www.creativity.ps.

(**3**) المرجع السابق ص 132.

(**4**) د. سليمان محمد الطماوي ـ الوجيز في القضاء الإداري .... مرجع سبق ذكره ـ ص 223.

(**5**) حمد عمر حمد ـ السلطة التقديرية للإدارة ... مرجع سبق ذكره ـ ص 133.

لإشباع حاجات عامة مشتركة لجميع المواطنين، ومن أمثلتها مرفق الدفاع... ومرفق الأمن...)) [1]، فما هي حدود التزامات الدولة في منع وقوع الجريمة عموما؛ ومن ذلك دخول المهاجرين غير الشرعيين إلى آراضيها؟.

**المطلب الثاني: حدود المسؤولية المدنية للدولة عن النشاط الُمجرَّم**

تمارس الدولة وظائفها الأساسية والتي منها حفظ الأمن العام على إقليمها، ويعد منع الهجرة غير القانونية هو أحد هذه الوظائف. وقد تبين سابقا الجانب الواقعي من مسألة مواجهة ظاهرة الهجرة غير القانونية، والنتيجة الأولية لذلك أن الدولة لا يمكنها منع دخول المهاجرين غير القانونيين بصورة مطلقة بما لها من إمكانيات متاحة، وما تواجهه من صعوبات مادية وفنية في هذه الوظيفة.

وإذا استطاع المهاجر غير القانوني دخول إقليم الدولة وأفلح في التملص من سلطاتها، فإنه سوف يمارس حياته مثل أي إنسان أخر ولو في نطاق ضيق، وهذا النشاط ليس بمستبعد أن تترتب بمناسبته مسؤولية مدنية، فقد يرتكب جريمة جنائية أو فعلا غير مشروع، وهو في حالة الجريمة المستمرة المتمثلة في الهجرة غير القانونية.

بداية يكون المهاجر غير القانوني داخل الدولة في وضـع مخالف للقانون؛ فهو من منظور جنائي مرتكب لجريمة الدخول إلى إقليمها بطريقة غير شـرعية، وهي من جرائم السـلوك المجرد، كما ينص على ذلك السـلوك المجرم بقانون مكافحة الهجرة غير الشـــرعية الليبي في مادته الأولي[2]، فهذا النوع من (( الجرائم يكفي لقيامها مجرد تحقق فعل أو امتناع، وتعرف هذه الجرائم بالجرائم الشـــكلية)) [3]؛ فهي تشـــبه في ركنها المادي جريمة انتهاك حرمة المســـاكن المنصـــوص عليها في المادة (436) من قانون العقوبات الليبي، وهذه الجريمة تظل مستمرة مادام المهاجر موجودا على إقليم الدولة، وتوصف الجريمة بأنها مستمرة عندما (( تستمر مادياتها فترة من الزمن بسبب استمرار تدخل الجاني))[4]، فهذا الفعل يظل جريمة حتى ينهيها الجاني بمغادرته لإقليم الدولة.

وهذه الجريمة لا تأخذ أي مظهر خارجي على الفاعل بحيث تميزه عن غيره من الأشـخاص إلا بالاطلاع على مستنداته، والتي يمكن من خلال تزويدها أن يخفي حالة أنه مهاجر غير قانوني.

وهذا المهاجر ســـوف يمارس نشـــاطات مختلفة قد تكون بعضـــها ذات طبيعة مدنية حين يمارس الحياة اليومية المعتادة، وقد يرتكب جرائم تمس بسلامة الأفراد وأموالهم.

(1) د. محمد عبد الله الحراري أصول القانون الإداري الليبي ـ الجزء الأول ... مرجع سبق ذكره ـ ص201.

(2) قانون الهجرة غير الشرعية رقم 2010/19 م مدونة التشريعات الليبية السنة العاشرة العدد العاشر التاريخ 2010/6/15م .

(3) د. محمد رمضان بارة ـ شرح القانون الجنائي الليبي ... الجزء الأول... مرجع سابق ـ ص 168.

(4) المرجع السابق ص 169.

ويحتاج إسناد المسؤولية للدولة إلى أساس تقوم عليه في إطار القواعد العامة، وقد يبتكر القانون تقنيات قانونية تعالج ما قصرت القواعد العامة عن بلوغه حين لا تكون هناك مسؤولية بصورتها التقليدية. لذا من المناسب جعل فرع أول لعرض محاولات إسناد التعويض عن الجريمة إلى الدولة، ثم فرع ثان يخصص للتقنيات القانونية لمواجهة أثار الأضرار الخالية من المسؤولية المدنية.

**الفرع الأول: محاولات إسناد التعويض عن الجريمة إلى الدولة**

تعود فكرة تحمل المجتمع للمسؤولية المدنية للجريمة إلى عصر موغل في القدم، أي عصر ما قبل نشأة الدولة.

فعلى سبيل المثال أخذ هذا التعويض مكاناً واضحاً في مدونة حمورابي؛ حين حمل المدينة وحاكمها مسؤولية تعويض المضرور من الجريمة [1].

وأخذت ذات الفكرة مكانها في الشرائع السماوية، ففي الشريعة الإسلامية يمثل نظام القسامة الذي كان قائما قبل الإسلام، ثم أقره النبي صلى الله عليه وسلم، كما بينت ذلك كتب الحديث [2]، كتب الفقه الإسلامي[3].

خلاصة هذه النظم على اختلافها أنها تضمن للمجني عليه (المضرور من الجريمة) التعويض خاصة في حالة وفاة المجني عليه، فيكون التعويض لورثته من بعده، ويتحمل هذا التعويض بمفهومه الواسع المجتمع المتمثل حاليا في (الدولة)، أو بمفهومه الضيق أولياء الجاني. ويجب ألا يغيب عن الذهن أن جل هذه النظم تكفل التعويض عند وفاة المجني عليه بسبب الجريمة ولا تتحمل المسؤولية عن باقي الجرائم الأخرى.

يقتضي إسناد المسؤولية إلى أية جهة بيان أساس تلك المسؤولية ومدى توافر مقتضياتها التي تلزم لقيامها. كما أن النظر في القانون المقارن يساهم في إمكانية إسناد تلك المسؤولية، وما هي الحلول القانونية التي تمت بها مواجهة هذا الضرر أو ذاك.

---

(**1**) تنص المادة 24 من قانون حمورابي على ((فإن كانت نفس قد فقدت أثناء السرقة فعلى المدينة والحاكم أن يدفع مناً من الفضة لأهله)). شريعة حمورابي ـ ترجمة محمود الأمين ـ الناشر دار الوراق للنشر ـ لندن/ إنجلترا والفرات للنشر بيروت / لبنان ـ الطبعة الأولى ـ 2007م ـ ص 18.

(**2**) محمد بن إسماعيل البخاري ـ صحيح البخاري (مجلد واحد) ـ 93 كتاب الأحكام ـ 38 باب كتاب الحاكم إلى عمّاله والقاضي إلى أمنائه رقم الحديث 7192 ـ مكتبة الأمام مسلم للنشر والتوزيع ـ القاهرة/ مصر ـ الطبعة الأولى ـ 2015ـ ص 872.

(**3**) لا يكاد يخلو كتاب في الفقه الإسلامي عند تناول باب الجنايات على النفس إلا ذكر باب القسامة.

انظر على سبيل المثال: الصادق عبد الرحمن الغرياني السلسلة الفقهية رقم 7 القصاص والدماء ـ الطبعة الثالثة ـ سنة 2000 طبعة الشركة العامة للورق والطباعة ـ مطابع سبها ـ ص 101.

وإسناد المسؤولية إلى طرف ما ـ ولو كانت الدولة ـ يحتاج إلى شرعية قانونية يؤسس عليها، فما هي إلا شخص قانوني مثل باقي الأشخاص من زاوية القانون الخاص تحديداً.

ويقتضي التثبت من مسؤولية الدولة من عدمه إلى استعراض الأسس التي تقدم كدليل على تلك المسؤولية ممن يقول بوجودها، وبذلك تتحقق المسؤولية عن جرائم المهاجر غير القانوني على إقليم الدولة.

**أولا: القانون كأساس للمسؤولية المدنية للدولة عن الجريمة**

إن عبارة (الأساس القانوني) تقتضي وجود قانون يحمل الدولة المسؤولية عن أضرار الجرائم، وهذا الأساس إما أن يكون القانون تؤسس فيه لمسؤولية الدولة على أحد مصادر الالتزام المعروفة (العقد ـ المسؤولية التقصيرية ـ الإدارة المنفردة ـ الإثراء بلا سبب)، أو أن يكون هناك تشريع خاص يحمل الدولة عبء تعويض المضرور من الجريمة. وهذه المصادر الأساسية نفسها قائمة على اعتبارات تستند إليها؛ سواء كانت أخلاقية مجردة، أو لاعتبارات العدالة اللازمة للتعايش بين الأشخاص، أو طاعة لقواعد دينية.

وغني عن البيان أن المسؤولية التقصيرية في صورتها التقليدية تقتضي توافر أركانها من خطأ واجب الإثبات، أو متاح النفي عندما تكون المسؤولية مفترضة، ووجود ضرر، وعلاقة سببية مباشرة بين الضرر والخطأ، ليكون لتعويض المضرور مقتضى.

هذه الحدية في المسؤولية التقصيرية في صورتها التقليدية دفعت إلى امكانية تأسيس مسؤولة الدولة على مرتكزات مختلفة، كمحاولة تحميلها تبعة نشاطها (أ)، أو تطوير نظرية المسؤولية بحيث تكون الدولة مسؤولة بدون خطأ (ب).

**أ ـ تحمل الدولة تبعة نشاطها:**

يذهب رأي [1] إلى أنه يمكن الاستغناء عن فكرة الخطأ في صورته التقليدية ـ لإثبات مسؤولية الدولة عن الجريمة، والاستعاضة عن ذلك بنظرية تحمل التبعية وأنه ((بفحص العلاقة بين الفرد والدولة، أو باللجوء إلى تفسير نظرية تحمل التبعية بتوسع قليلا فإننا يمكن أن نقرر باطمئنان أن الرباط... بين الفرد والدولة أقوى وأوثق من الرباط الذي بين...العامل ورب العمل)) [2]، وأن ((الجاني تابع للدولة فهي مسؤولة عن أعماله قبل

(**1**) د. سيد عبد الوهاب محمد مصطفي ـ النظرية العامة لالتزام الدولة بتعويض المضرور من الجريمة ـ الناشر دار الفكر العربي القاهرة/ مصر ـ الطبعة الأولى ـ 2005م ص 224.

(**2**) المرجع السابق نفس الصفحة.

الغير)) [1]. وهذه الأسانيد وإن كانت في الجريمة على عمومها، فهل يمكن أن تنطبق على جرائم المهاجر غير الشرعي. ولكن قبل ذلك هل هذه الأسانيد يمكن أن تستقيم عند التفكير فيها مليا؟

إن القول بمسؤولية الدولة لأن وقوع الجريمة دليل على تقصير الدولة في القيام بواجبها ـ يقتضي أن الدولة ملتزمة بتحقيق نتيجة وهي عدم وقوع الجريمة، وهذا الالتزام لا ســند له من القانون، بل يخالف العقل القويم؛ لأن الدولة سبق أن تبين بجلاء أنها تؤدي وظائفها في القيام بالمرافق العامة ببذل العناية والسلطة التقديرية في القيام بالمرافق العامة، بما يتوفر لها من الإمكانيات.

أما عن مسؤولية الدولة على أساس أن الجاني تابع لها، فإن هذه الفكرة لا تخلو من غرابة، فيبدو أن هذا التأسيس لا يحتمله حتى ظاهر العبارة ـــــ فعلاقة التبعية في التشريعات العربية عموما [2]، قوامها ((أن يكون للمتبوع ســلطة إصــدار تعليماته إلى التابع في طريقة أداء عمله الذي عينه له، وســلطة رقابية في تنفيذ هذه التعليمات ومحاسبته على الخروج عليها)) [3].

وهذا المبدأ مستقر عليه القضاء في ضبط مسؤولية المتبوع؛ حيث يلزم لقيام مسؤولية المتبوع (( أن يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا حالة تأدية وظيفته وبسببها وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كانت له عليه ســلطة رقابية وتوجيهية )) [4]، وهذه العلاقة ليست مفترضة بل تقوم (( متى كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع في الرقابة عليه وفي توجيهه طالت هذه المدة هذه السلطة أو قصرت فكلما تحققت هذه السلطة قامت هذه العلاقة)) [5]، فالعلاقة لا

---

(**1**) المرجع السابق ص 225.

(**2**) المادة 177 مدني ليبي، المادة 85 من مجلة الالتزامات التونسية، المادة 1/288/ب من القانون المدني الأردني المادة 136 من القانون المدني الجزائري، المادة 175 من القانون المدني السوري، المادة 219 من القانون المدني العراقي، المادة 240 من القانون المدني الكويتي، المادة312 من القانون المدني اليمني، المادة 163 من القانون المدني السوداني، المادة 209 من القانون المدني القطري، المادة 127من قانون الالتزامات والعقود اللبناني، المادة1/196/ب من قانون المعاملات المدنية العماني.

(**3**) د. سليمان مرقس ـ الوافي في شرح القانون المدني ـ الجزء الثاني في الالتزامات الفعل الضار والمسؤولية المدنية ـ المجلد 2 ـ مطبعة السلام ـ الطبعة الخامسة ـ 1989م ـ ص 830.

(**4**) المحكمة العليا الليبية طعن مدني رقم 42/288 ق بتاريخ1996/4/14م متاح على برنامج (الباحث في مبادئ المحكمة العليا) الإصدار الأول ـ إعداد برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ـ مشروع تحديث قطاع العدل في ليبيا .

(**5**) محكمة النقض المصرية ـ طعن مدني رقم 445/ 26 جلسة 26 /1962/4م، السنة 13 العدد الأول، ص 543 قاعدة 81، متاح على موقع المحكمة على شبكة الانترنت **https://www.cc.gov.eg/** في ملف بصيغة pdf.

تمتد على الدوام، وتنشـأ في الغالب عن علاقة العمل [1]، بمفهومها الواسـع، فالمسـؤولية تقوم عن العمل غير المشروع للتابع (( متى كان واقعا منه في حالة تأدية الوظيفة أو بسببها... عن كل فعل حال تأدية الوظيفة ولو لم يكن من أعمال الوظيفة ذاتها، ولكن هيأه للتابع اداؤه الوظيفة بحيث لولا هذا الاداء ما كان الفعل ليقع كما وقع )) [2].

وهذا المبدأ العام هو المتبع لدى القضاء الأنجلوسكسوني ـ كما ينقل بعض الفقه العربي ـ فـ ((...نتيجة للتطور الاقتصادي، أصبح من العسير على المتبوع إخضاع جميع من يستعين بهم إلى رقابته المباشرة مما اضطرت معه المحاكم إلى اعتناق فكرة وقوع الفعل غير المشروع أثناء الوظيفة أو وقوعه في سياق العمل الموكول إلى التابع.)) [3]، فمسؤولية الدولة المدنية في النظام الانجلو أمريكي ((تشبه مسؤولية الشخص الطبيعي عن أعمال تابعيه...، وتخضع للشروط نفسها التي تخضع لها مسؤولية الشخص الطبيعي )) [4].

فمسؤولية المتبوع عن أفعال التابع لا تتسم بالاستمرار بل لابد من قيامها بالفعل المتمثل في نشوء سلطة التوجيه، كما جاء في حكم محكمة النقض الفرنسـية بأن ((علاقة التبعية التي تقدم على أسـاسـها مسـؤولية المتبوع يجب أن تفهم بمعناها القانوني الذي يقضي أن يكون للمتبوع سلطة التوجيه لتابعه في أداء عمله)) [5]. وهذا مفاده أن تلك السلطة تبدأ من نقطة زمنية محددة وتنتهي في نقطة زمنية لاحقة.

فهل الجاني ـــ وفقا لفكرة تبعية الفرد للدولة ـــ يمارس الإجرام على أنه وظيفة لصالح الدولة، وهي من يتولى الإشراف والتوجيه لهذا النشـاط، فالقول بأن الجاني تابع للدولة يحتاج قبوله إلى أن الدولة كلفت الجاني بذلك العمل الإجرامي الذي أضـر بالمجنى عليه، ولكن حتى قبول هذا القول المتطرف يصـعب تعميمه على المهاجر

---

(**1**) مكرر في عدة أحكام لمحكمة النقض المصرية منها نقض مدني بتاريخ 1963/5/9م وآخر بتاريخ 1963/2/27م أشار لها د. سليمان مرقس ـ الوافي الجزء 2 .... المرجع سبق ذكره ص 831.

(2) المحكمة العليا الليبية ط مدني رقم 6/26 ق بتاريخ 1961/12/16م ، مجلة المحكمة العليا ج/2 مكرر ص 324، متاح على برنامج الباحث في مبادئ المحكمة العليا الإصدار الأول.

(3) ربيع ناجح راجح أبو حسن ـ مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير مقدمة لجامعة النجاح (الفلسطينية) كلية الدراسات العليا ـ سنة 2008م ـ نابلس فلسطين ـ ص 59 من الرسالة ـ متاحة بصيغة pdf على موقع جامعة النجاح الوطنية الفلسطينية www.najah.edu

(4) د/ محمد نصر رفاعي ـ الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر ـ رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة/ مصر ـ سنة 1978م ـ ص 317.

(**5**) محكمة النقض الفرنسية نقض مدني الدائرة الثانية بتاريخ 1964/1/4م مذكور لدى د. سليمان مرقس ـ الوافي الجزء 2 .... المرجع سبق ذكره ص 829.

غير القانوني؛ لأنه لا يحمل جنســـية الدولة التي يهاجر إليها ويرتكب فيها جرماً جنائياً، فهل يســـقط ذلك فكرة التبعية المزعومة!!؟.

**ب ـ محاولات تطويع المسؤولية المدنية:**

مرت المسؤولية المدنية عن الفعل الضار عند تحميلها لغير الفاعل بمراحل من التطور ومحاولات التأصيل. حيث يمثل الأساس القانوني لهذا النوع من المسؤولية أحد المعضلات القانونية؛ لأن التأصيل يجيب على سؤال مفصلي وهو لماذا يتحمل طرف آخر المسؤولية عند وقوع الضرر وهو لم يقترف أي خطأ؟ ولم تكن له صلة مادية بالفعل مصدر الضرر؟

ويوازي مبدأ تحميل الفاعل تبعة خطأه مبدأ شخصية العقوبة في القانون الجنائي، التي تجعل العقوبة عن الجريمة تقتصر على الجاني وشريكه إن كان له شريك. فكيف تنتقل المسؤولية المدنية إلى الغير؟ هذا السؤال يحتاج إلى إجابة قبل تقرير مسؤولية الدولة عن الجريمة التي تقع على إقليمها ومنها جرائم المهاجر غير الشرعي؟

1ـ محاولة اسناد مسؤولية الدولة على أساس عقدي:

انطلاقا من علاقة عقدية بين الدولة والشعب يعتمدها الذين ينسبون مسؤولية التعويض عن الجريمة إلى الدولة، فيستندون ((على مجموعة من الاعتبارات، والتي تشكل السبب في هذا الالتزام الذي يقع على عاتق الدولة، وأساس هذه الاعتبارات، وقطب رحاها هو: العقد الاجتماعي لجان جاك روسو...)) [1].

وأن العقد الاجتماعي هو الذي يلزم الدولة بالتعويض، إذ إن ((هناك عقداً اجتماعيا مبرماً بطريقة ضمنية أو صريحة بين الدولة والمجتمع، ومن شروط هذا العقد أن تعوض الدولة المضرور من الجريمة)) [2].

ويضيف هذا الرأي إلى أسانيده في مسؤولية الدولة عن الجريمة أن (( من شروط هذا العقد أن تعوض الدولة المتضرر من الجريمة وأن الأموال التي تدفعها الدولة للمضرور ليست أموال الدولة فهي في الأصل أموال الشعب حصلت من دفع الفرد للضرائب... وأن الدولة متبوع والفرد تابع، والقواعد القانونية الثابتة تفرض على المتبوع أن يعوض تابعه عن الأضـــرار التي لحقت به بســـبب هذه التبعية )) [3].ومن هذا المنطق يمكن

(**1**) د. سيد عبد الوهاب ـ النظرية العامة لالتزام الدولة... مرجع سبق ذكره ـ ص 210 وما بعدها

(**2**) المرجع السابق ص 218.

(**3**) المرجع السابق نفس الصفحة. ملاحظة: لا يشير إلى أي مراجع يوثق بها هذا الكلام المرسل

التأسيس لمسؤولية الدولة عن التعويض، والقول بأنها مسؤولة عقدية عن تعويض الأضرار التي تقع عن المهاجر غير شرعي على إقليمها.

لكن النظرة الأولية لهذا التأصيل تظهر مدى القصور الشديد في فهم هذا الأساس؛ فالعقد الاجتماعي نظرية صيغت لتفسير ظاهرة قيام الدولة السياسية بمفهومها الحديث، ومكان هذه النظرية (يقع) في كتب النظم السياسية، عند الإجابة على سؤال: كيف نشأت الدولة؟ وذات هذه الكتب تنتقد نظرية العقد الاجتماعي ((بأنها فكرة خيالية، وليست حقيقة علمية فالتاريخ لا يؤيدها، ولم يسجل لنا متى اجتمع الناس وتعاقدوا على إقامة النظام (الدولة) )) [1]. وكتب المدخل لعلم القانون تتناول هذه النظرية وهي تعالج مسألة من أين جاء القانون؟ أو ما هو أساس القانون وطبيعته [2]. ونظرية العقد الاجتماعي محاولة فكرية مجردة لتفسير كيفية نشؤ الدولة، فأهم منظري هذه النظرية (جان جاك

روســـو) يقول في كتابه العقد الاجتماعي، أنه ((افترض انتماء الناس إلى النقطة التي تغلبت عندها العوائق الضارة بسلامتهم في الحال الطبيعية، على القوى التي يمكن كل فرد أن يستعملها للبقاء في هذه الحال)) [3].

فهو يقول بوضـــوح أنه افترض وخمن الأســـباب التي دفعت الناس إلى العقد الاجتماعي، مما يعنى أن النظرية مجرد تأويل ومحاولة تفسير ظاهرة نشوء الدولة وليست حقيقة علمية ثابتة. ومن وجهة النظر القانونية المجردة فإن النظرية لا تســـتقيم؛ لأن أي عقد هو وليد إرادة حقيقية ممن أبرموه، ولا يمتد أثره الملزم إلى غير أطرافه.

---

(**1**) د. محمد كامل ليلة ـ النظم السياسية ـ الناشر دار الفكر العربي ـ بدون مكان نشر ـ طبعة دار الجيل ـ بدون رقم طبعه ـ 1963م ـ ص 95. انظر كذلك: د. نعمان أحمد الخطيب، الوجيز في النظم السياسية ـ الناشر دار الثقافة للنشر والتوزيع ـ عمان / الأردن ـ الطبعة الثانية 2011م ـ ص 62 ومتاح على شبكة الانترنت بصيغة BDF على موقع /**https://www.researchgate.net**.

وانظر أيضا د. باسم صبحي بشناق ـ الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري ـ الجامعة الإسلامية ـ غزة فلسطين الطبعة الخامسة ـ ص 35 وما بعدها. ـ ومتاح على شبكة الانترنت بصيغة BDF على موقع **http://site.iugaza.edu.ps**

(**2**) انظر مثلا ـ د. الكوني عبودة ـ أساسيات القانون الوضعي الليبي المدخل لعلم القانون ـ الجزء الأول ـ منشورات كلية القانون ـ جامعة ناصر ـ طبعة الشركة العامة للورق والطباعة ـ بدون رقم طبعة ـ 1993م ـ ص 21

وكذلك د. عبد الرزاق السنهوري ـ علم أصول القانون خلاصة المحاضرات التي ألقاها على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق ـ مطبعة فتح الله إلياس نوري وأولاده ـ مصر بدون رقم طبعه ـ 1936م ـ ص 28 ـ متاح على شبكة الانترنت بصيغة BDF على موقع https://loiarabe.blogspot.com/.

(**3**) جان جاك روسو ـ العقد الاجتماعي ترجمة عادل زعيتر الناشر مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة ـ القاهرة/مصر ـ ص 37 ـ متاح على شبكة الانترنت بصيغة BDF على موقع /**https://www.hindawi.org**.

وحتى عند الافتراض جدلاً أن النظرية حقيقة قائمة؛ فإنها لم تتطرق إلى أن العقد الاجتماعي به بنود ومنها التزام الدولة بالتعويض. ومن ذلك يتضح أنه لا مجال إلى إلزام الدولة بالتعويض عن الجريمة على أساس نظرية العقد الاجتماعي بل يعد من العبث افتراض مثل هذه الحقيقة الدقيقة في مسألة هي مفترض في أصلها.

من الأسس القانونية التي يُستند إليها في مسؤولية الدولة بتعويض ضحايا الجريمة ((**أن** الدولة تكون مسؤولة قانونا تجاه ضحايا الجرائم، ومن ثم تلتزم بتعويضهم عما لحق بهم من ضرر، استنادا إلى تقصيرها في أداء واجبها بالحفاظ على الأمن وحماية المواطنين والمقيمين على أراضيها)) [1]. وأن وقوع الجريمة هو دليل على ((فشل الدولة في الحفاظ على الأمن، والحفاظ على أمن المواطن من صميم اختصاصات الدولة)) [2].

ويلاحظ أن حشد كل الأسس القانونية والتنقل غير المبرر بينها للتأسيس لعلاقة قانونية ما، فيه دليل على عدم انسجام بين المقدمة والنتيجة المطروحة، فمسؤولية الدولة عن الجريمة ـ إذا كانت مسؤولة ـ يجب أن تقوم على أساس واحد، أو لا تكون مسؤولة.

2- تطور مسؤولية الإدارة إلى المسؤولية المجردة عن المخاطر:

أعطت الطبيعة الإنشائية للقضاء الإداري حرية تطوير المسؤولية المدنية على نشاط الإدارة، حتى وصل الأمر إلى أن صدرت أحكام تلزم الدولة بالتعويض عن عدم قيام المرفق بأداء الخدمة المطلوبة منه، وذلك في حالة ((عدم قيام الإدارة بعمل كان يجب القيام به... فإذا امتنعت عن ذلك وترتب على هذا الموقف السلبي ضرر أصاب الأفراد، فإن من حق المضرور أن يطالب الإدارة بالتعويض عن هذه الأضرار))[3]، ومن ذلك حالات كانت الإدارة محقة بامتناعها، ولكن القضاء ألزمها بدفع التعويض، ومن أبرز هذه التطبيقات حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1923/11/30م بشأن امتناع جهة الإدارة عن تنفيذ حكم قضائي مذيل بالصيغة التنفيذية، وحجة الإدارة في ذلك الامتناع أن تنفيذ ذلك الحكم في أحد المستعمرات الفرنسية الذي

(**1**) د. عمرو محمد المارية: مسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا العمليات الإرهابية ـ ص 12 من ملف pdf. المنشور على موقع كلية الحقوق جامعة طنطا **http://law.tanta.edu.eg.lmagazine.aspx**.

(**2**) د. سيد عبد الوهاب محمد ـ النظرية العامة لالتزام الدولة ... مرجع سبق ذكره ـ ص 224.

(**3**) د. رمزي طه الشاعر ـ قضاء التعويض (مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية) ـ الناشر دار النهضة العربية ـ القاهرة /مصر ـ طبعة دار التيسير ـ بدون رقم طبعه ـ 2008. ص 362.

قضـى بطرد قبيلة من الأرض محل الحكم (( يهدد بوقوع اضـطرابات تؤدي إلى الفتنة والاضـطراب مما يعرض الأمن والنظام العام لخطر مؤكد)) [1].

وفي هـذه الواقعـة ((اعترف مجلس الـدولـة بأن الإدارة لم ترتكـب خطـأ بامتنـاعهـا عن تنفيـذ الحكم في الظروف التي حدث فيها هذا الامتناع، إلا أنه قضـــى بالتعويض للطاعن على أســـاس أن اعتبارات العدالة تفرض ألا يضحي فرد لصالح الجماعة إذا أمكن توزيع العبء العام على الجميع)) [2].

لقد جاء هذا الحكم صريحاً في أن قواعد المسؤولية المدنية التقليدية وعلى رأسها الخطأ لا محل لها في هذه الحالة، بل بالعكس تكون جهة الإدارة قد ارتكبت خطأ لو لم تنتهج تلك السياسة التي سببت الضرر، وبلغة بسيطة أقر امكانية التعويض على الفعل الصـائب والحكيم. وكان ذلك على ((أسـاس العدالة المجردة التي تأبى أن يضحي فرد لصالح المجموع إذا كان في الإمكان توزيع الأعباء العامة على الجميع)) [3].

كما أن هذا الحكم لم يترك مجالاً للتفكير في وجود الخطأ المفترض، لأنه لا يمكن أن يكون القيام بالفعل خطأ، وعدم القيام به خطأ أيضاً.

هذا الحكم يمثل حجر الأسـاس لوجه جديد لإسـناد المسـؤولية إلى الدولة، على أسـاس أن أفراد المجتمع يجب أن يتحملوا جميعا الضـرر الذي يقع على الفرد، ويكون تعويض هذا الضـرر لصـالحهم جميعاً، أو على الأقل طائفة منهم كما في حالات التعويض الجماعي. وهذه هي فكرة جماعية المســؤولية، ولا يمثل إســناد المســؤولية إلى الدولة في مثل هذه الأحوال إدانة لها؛ بل لأنها الشــخص القانوني والســلطة العليا التي تدير مؤسـسـة الدولة، فهي من توجه إليها المطالبة، ويدفع التعويض، فواقع هذه المسـؤولية أنها يتحملها كل أفراد الشعب بمن فيهم المضرور.

ونجاح هذا الاتجاه تسـنده الطبيعة القضـائية للقضـاء الإداري الذي ((منذ نشـأ لم يكن ملزما بتطبيق أحكام القانون الخاص، ولم يجد أمامه التشـريعات الإدارية اللازمة لحكم المنازعات... لذلك لم يجد القاضـي الإداري بداً... من إيجاد القاعدة العامة للفصـل في النزاع)) [4]، وهذا جعل القضـاء الإداري ((مصـدراً رسميا

---

(**1**) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1923/11/30م مذكور لدى: ـ د. رمزي الشاعر ـ قضاء التعويض ... ـ المرجع السابق ص 615.

(**2**) المرجع السابق ص 616

(**3**) د. محمد نصر رفاعي ـ الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر ... مرجع سبق ذكره ص 317.

(**4**) د. ماجد الحلو ـ القانون الإداري ... مرجع سبق ذكره ص 55.

وانظر كذلك: ـ سليمان الطماوي ـ القانون الإداري ... مرجع سبق ذكره ص 13.

للقانون الإداري بل من أهم مصادره الرسمية، ويتعدى دوره التشريع في كثير من الأحيان)) [1]. وهوا ما أكدته المحكمة العليا الليبية بقولها ((... لا يلتزم القضـــاء الإداري بتطبيق قواعد القانون الخاص حتما وكما هي وانما له حريته واستقلاله في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة في قيامها على المرافق العامة وبين الافراد فله أن يطبق من قواعد القانون الخاص ما يتلاءم معها وله ان يطرحها اذا كانت غير متلائمة معها وله ان يطورها بما يحقق هذا التلاؤم )) [2] فالقضـــاء الإداري يجتهد بما يجعل المرافق العامة تؤدي وظفتها بانتظام واطراد، ويخرجها من قيود القانون الخاص الجامدة بما يكفل للمرافق ديمومتها وللأفراد حقوقهم.

ولكن ألا يمكن تلمس أساس أكثر منطقية من هذه الأسس البعيدة عن الواقع؟ ماذا عن الخطأ السلبي ألا يصلح أساسا لمسؤولية الدولة عن أفعال الجناة ومنهم المهاجر غير القانوني؟

ج ـ مدى إمكانية مساءلة الدولة على أساس الخطأ السلبي:

يمكن البدء من فكرة أن الدولة تكون مسـؤولة عن فعل الجاني؛ لأنها لم تقم بمنع وقوع الجريمة فهي بذلك تكون قد تقاعسـت عن واجبها بطريقة سـلبية تتمثل في عدم منع وقوع الجريمة، وفي مجال جرائم المهاجر غير القانوني يكون الأمر أكثر وضوحا، لأنها قصرت في منعه من دخول إقليمها، ودخل بطريقة غير مشروعة.

يمكن فهم الخطأ السلبي انطلاقا من تعريف سلوك الامتناع في القانون الجنائي، حيث يعرف الامتناع بأنه ((إحجام شـــخص عن إتيان فعل إيجابي معين كان الشـــارع ينتظره منه في ظروف معينة، بشـــرط أن يوجد واجب قانوني يلزم به الفعل)) [3]، وهذا يعنى أن الامتناع في حد ذاته سلوك سلبي ((في حقيقته هو من وضع القانون... ولا تكون له قيمة الامتناع إلا بالنظر إلى قاعدة قانونية)) [4].

فإذا كان الفعل مأموراً به بموجب القانون، فعدم القيام به يشـــكل جرماً جنائياً، هذا من منظور القانون الجنائي، بحيث تترتب المسؤولية المدنية إذا وقع الجرم الجنائي وخلف ضرراً. فهل الأمر كذلك إذا كان الامتناع

(**1**) د. مازن ليلو واضي ـ القانون الإداري الليبي ... ـ مرجع سابق ص 37.

(**2**) طعن إداري رقم 12/ 22 ق بتاريخ 26/ 2/ 1976م مجلة المحكمة العليا ـ العدد الرابع ـ السنة الثانية عشر ـ ص 50.

(**3**) د. محمد نجيب حسنى ـ شرح قانون العقوبات القسم العام ـ الناشر دار النهضة العربية ـ مطبعة جامعة القاهرة ـ الطبعة السادسة ـ 1989م ـ ص 276.

(**4**) د. محمد رمضان بارة ـ شرح القانون الجنائي .... مرجع سبق ذكره ص 139.

لا يشـكل جانباً جنائياً؟ بمعنى هل الموقف السـلبي تنشـأ به المسـؤولية المدنية عندما لا تكون هناك مؤاخذة جنائيا على ذلك الامتناع؟

عند غض النظر عن الانتقادات الموجهة للخطأ السـلبي [1]، والاعتراف به كشـكل من أشـكال وقوع الخطأ يمكن النظر إلى الامتناع المحدث للضرر على أساس هل كان هذا التقصير السلبي مسبوقا بالتزام، فجاء ((الامتناع المخالف لواجب قد يفرضـه القانون أو الإرادة وهذا الواجب بالتأكيد سـابق على وقوع الامتناع)) [2]، وقد يكون الامتناع غير مسـبوق بالتزام يحميه القانون وفي هذه الحالة لم يكن هناك موقفا واضـحا من الفقه تجاه اعتبار الامتناع المجرد مرتبا للمسؤولية [3].

ولا سـبيل إلى القول بأن الدولة عليها التزام قانوني بمنع وقوع الجريمة، فهذا الالتزام فضـلا على أنه غير موجود ـــــ وحتى في حالة وجوده فإن طبيعته تكون على أساس بذل عناية من المدين ولا يمكن أن يرقى إلى التزام بتحقيق نتيجة [4]، لأنه من باب التكليف بمسـتحيل. ومثل هذا الالتزام لا وجود له حتى لدى الدول ذات الإمكانيات التقنية والعلمية والمادية الهائلة؛ فمن خلال نظرة سريعة إلى الدول الأخرى ـــــ نجد مثلا أن الدول ذات الإمكانيات الهائلة قد فشـلت في منع وقوع أعمال مدمرة على إقليمها؛ فالولايات المتحدة لم تتمكن من منع أحداث (11 سبتمبر) بكل إمكانياتها، ولم يتجه الفكر القانوني فيها ـ على حسب علمي ـ إلى مطالبة الدولة بتعويض الضحايا لأنها قصرت في منع تلك الجريمة الضخمة بكل المقاييس، ومثلها بريطانيا في حادث قطارات لندن [5].

---

(1) مجد محمد سليمان عناب ـ الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية ـ رسالة ماجستير مقدمة لكلية الدراسات العليا ـ جامعة النجاح فلسطين ـ نابلس / فلسطين ـ2012م ـ ص 20 من الرسالة وما بعدها ـ متاحة على موقع جامعة النجاح الفلسطينية **www.najah.edu** على ملف بصيغة .pdf

(2) مجد محمد سليمان عناب ـ الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية ـ رسالة ماجستير ... مرجع سبق ذكره ـ ص 38.

(3) المرجع السابق ـ ص 42.

(4) انظر: ـ د. محمد علي البدوي ـ النظرية العامة للالتزام ـ الجزء الأول مصادر الالتزام ـ الناشر جامعة الفاتح ـ الشركة العامة للورق والطباعة ـ الطبعة الثانية ـ 1997م ـ ص 17.

(5) تفجيرات لندن 7 يوليو 2005 هي سلسلة عمليات انتحارية متزامنة حدثت في لندن مستهدفة المواطنين اثناء ساعة الذروة، حيث قام أربعة أشخاص بالتسبب في أربع تفجيرات انتحارية، ثلاثة منها حدثت في قطارات لندن تحت الأرض، والانفجار الرابع حدث في حافلة نقل عام تتكون من طابقين، أسفرت الهجمات عن مصرع 50 شخصا وإصابة ما يقرب من 700 اخرين. موسوعة ويكيبيديا مادة (تفجيرات لندن 7 يوليو 2005 ) **https://ar.wikipedia.org/**

ويؤكد انتفاء المسؤولية المدنية للدولة وفقا للقواعد العامة المعهودة، أن السلطة التشريعية اتجهت في الولايات المتحدة إلى سن قانون ( العدالة ضد رعاة الإرهاب ) الذي يعرف اختصارا بقانون (جاستا)[1] الذي يتيح مقاضاة دول أجنبية باعتبارها مصدرا لعدد من الذين قاموا بتلك العملية، أو لأنها المصدر الأساسي للفكر المتطرف الذي كان وراء تلك الهجمات ولو بطريقة غير مباشرة، فبموجب هذا القانون لا تكون للدول الأجنبية حصانة من الولاية القضائية لمحاكم الولايات المتحدة من مطالبة تلك الدول بالتعويض عن الأعمال الإرهابية ضد الولايات المتحدة أو مواطنيها [2].

وما يمكن قوله بشأن هذا القانون أنه يبدو مخالفاً للمنطق؛ إذ كيف تكون الدولة مسؤولة عن الأفعال الإجرامية لرعاياها، وكأن مسؤوليتها في ذلك التزام بتحقيق نتيجة، ولا تكون الدولة ملزمة بضرر الجريمة التي تقع على إقليمها لأنها لم تمنعها!

كما أن محاولة تحميل الدولة مسؤولية الجريمة على أساس الخطأ السلبي تواجه صعوبة بالغة، وهي مسألة نسبة الخطأ السلبي للشخص المعنوي ؛ فالشخصية المعنوية تمارس وظيفتها في حدود اختصاصها فقط، عن طريق عنصرها البشري، وهو الموظف العام ـ في حالة الدولة ـ على اختلاف المهام المنوطة به، وحتى تكون الدولة مسؤولة عن أفعاله الضارة يجب أن ينتج ذلك الضرر حال قيامه بعمل مادي إيجابي قوامه (( الخطأ في تأدية الوظيفة... الذى يقع من الموظف وهو يؤدى عملاً من اعمال الوظيفة كـ...رجل الضبط وهو يقوم

---

(1) PUBLIC LAW 114– ـ JUSTICE AGAINST SPONSORS OF TERRORISM ACT 222—SEPT. 28, 2016 قانون (العدالة ضد رعاة الإرهاب) أقر من مجلس الكونجرس بتاريخ 2016/9/28م ـ السجل الرسمي لأعمال الكونغرس التي أصدرها (STAT) رقم 130 صفحة 852 .متاح على موقع الكونجرس الأمريكي . https://www.congress.gov/

(2) انظر :ـ SECTION 3 (b) – (c) من القانون المذكور .

RESPONSIBILITY OF FOREIGN STATES. —A foreign state shall not be immune ) (b from the jurisdiction of the courts of the United States in any case in which money damages are sought against a foreign state for physical injury to person or property or death occurring in the United States and caused…….

‘‘(c) CLAIMS BY NATIONALS OF THE UNITED STATES. —Notwithstanding section 2337(2) of title 18, a national of the United States may bring a claim against a foreign state in accordance with section 2333 of that title if the foreign state would not be immune under subsection (b).

بالقبض على متهم فيطلق عياراً نارياً يصيب المتهم... اخطأ في تأدية وظيفته ))[1]،وحتى الخطأ المتمثل في عمل إيجابي لكنه لا صلة له بالوظيفة وإنما ارتكب بمناسبتها فلا يسأل عليه المتبوع كما بينت ذلك المحكمة العليا الليبية حين قالت إن (( الخطأ بمناسبة الوظيفة هو الذى تقتصر الوظيفة فيه على دور التيسير للفعل الضار أو تهيئة الظروف لارتكابه ولكنها ليست ضرورية لإمكان وقوع الخطأ أو التفكير فيه وهذا النوع الأخير لا يترتب عليه مسئولية المتبوع عن الضرر الناتج عن خطأ تابعه )) [2]، فهذا يفهم منه أن الخطأ السلبي لا يستقيم إسناده للمتبوع ـ الدولة في موضوع هذا البحث ـ لأنه لا صلة له بالوظيفة العامة ولا من متطلباتها.

وقد ذهبت محكمة التعقيب التونسية في ذات الاتجاه حين قررت (( أن الإدارة هي التي تتحمل ما قد يصدر عن عون من أعوان قوات الأمن الداخلي من أحكام بغرم الضرر وذلك من أجل ارتكابه خطا غير فادح أي أن الخطأ الجسيم والفادح تلقى مسؤوليته على عاتق مرتكبه ))[3]، وكانت مناسبة الحكم ـ كما ورد في حيثياته ـ وفاة نزيل بالسجن المدني وهو يقضي عقوبة الفرار من تأدية الخدمة العسكرية، وكانت الوفاة بسبب غياب الرعاية الصحية، وقد استجابت محكمة الموضوع بدرجتيها لطلب التعويض، لكن محكمة التعقيب نقضت الحكم، معللة ذلك بأن الدولة ـ الشخص المعنوي ـ لا ترتكب الخطأ الفادح أو الجسيم.

مما تقدم يبين بجلاء أن لا محل للحديث عن الخطأ كأساس لمسؤولية الدولة عن أضرار الجرائم ما لم يقع الخطأ كما تتطلب قواعد المسؤولية المدنية في الخطأ الشخصي، وأنه ((**يجب** أن نستبعد نصوص القانون المدني كأساس لمسؤولية الدولة في مواجهة الأفراد، ولا محل لتشبيه العلاقة بين الإدارة والفرد بعلاقة السيد بتابعه، إذ مقتضى ذلك أن ترجع الإدارة على الموظف بجميع ما دفعته للمضرور...)) [4].

وهذا ما جاء به المشرّع المغربي بنصوص صريحة؛ فقد جاء في قانون الالتزامات والعقود أن ((الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها. )) [5]،

---

(**1**) المحكمة العليا الليبية طعن جنائي رقم 19/143ق بتاريخ 1973/4/17م ـ مجلة المحكمة العليا ـ السنة التاسعة ـ العدد الرابع (1973م) ـ ص 209.

(**2**) حكم المحكمة العليا السابق ذكره.

(**3**) حكم محكمة التعقيب التونسية ـ قرار تعقيبي مدني عدد (رقم) 41729 بتاريخ 10/8/ 1996م. منشور بموقع (بوابة العدل في تونس) التابع لوزارة العدل في تونس. www.justicetn. تاريخ التصفح 2019/9/4م .

(**4**) د. رمزي طه الشاعر ـ قضاء التعويض (مسئولية الدولة ... مرجع سبق ذكره ص 419.

(**5**) المادة 79 من قانون الالتزامات و العقود المغربي

ثم بين حدود هذه المسؤولية بأن ((مستخدمو الدولة والبلديات مسؤولون شخصيا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم. ولا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب هذه الأضرار، إلا عند إعسار الموظفين المسؤولين عنها.))[1] فالدولة ـ في المغرب ـ تتحمل المسؤولية المدنية احتياطا في حالة إعسار المسؤول، وهذا يخولها أن تعود عليه بما دفعته للمضرور، مما ينفي مسؤولية الدولة المدنية المباشرة عن تلك الأفعال الموجبة للمسؤولية وهي لا تشكل جريمة ،فمن باب أولى إذا كانت أفعالا مجرمة جنائيا.

وبالعودة إلى مسؤولية الدولة عن أفعال المهاجر غير القانوني يتضح أن التزام الدولة في منع دخوله إقليمها هو التزام ببذل عناية، وليس هناك علاقة عقدية نشأ عنها هذا الالتزام، بل أن نشاطاها هو نشاط مرفقي خاضع لقواعد سيادة الدولة على إقليمها.

ومن ناحية أخرى فالمهاجر غير القانوني هو مجرد شخص طبيعي يصفه القانون بأنه دخل إلى إقليم الدولة بطريقة مخالفة لنظم الدخول إليها، فلا توجد مظاهر مادية لهذا الوصف القانوني غير الأوراق والمستندات التي لا تكون موجودة عند أغلب المهاجرين غير القانونيين، وأنه ليس شخصاً مجرماً بطبيعته، بل هو إنسان دفعه واقعه المادي والاجتماعي ـ في كثير من الأحيان ـ إلى الفرار من هلاك يراه مؤكدا إلى مخاطرة قد ينجو منها.

وبهذا يتضح أن وجود أساس قانوني مقنع لمساءلة الدولة عن نشاطات الجاني وهو يقترف جريمته ـ ومنها المهاجر غير القانوني ـــــ أمراً بعيد المنال، وما يؤكد هذا النظر أن هناك دولا اعتمدت الأساس الاجتماعي كمصدر للالتزام لمواساة الضحية من الجرائم الجنائية وهذا يستدعى التطرق إليه كأساس مختلف لمسؤولية الدولة.

**ثانيا ـ الأساس الاجتماعي لتحمل الدولة لأثار الجريمة:**

يبدو من العرض السابق ضعف حجة الأساس القانوني القائم على قواعد المسؤولية المدنية للتعويض عن الجريمة، وهذا جعل الاتجاه الاجتماعي كأساس للتعويض عن الجريمة أكثر انسجاما، وذلك بأن تكون هناك تشريعات تعالج التعويض من حيث الحالات التي تستحق التعويض، ومقدار التعويض، وطرق ميسرة للوصول إليه.

(1) المادة 80 من القانون السابق ذكره

وتقوم فكرة الأســاس الاجتماعي على أن ((تعويض ضــحايا الجريمة هو التزام اجتماعي، أســاســه التكافل الاجتماعي، ويدفع التعويض بالقدر الذي تدفعه الدولة... فهو نوع من المساعدة الإنسانية والاجتماعية...)) [1]. ويعاب على هذا الأساس أن ((التعويض الذي تدفعه الدول للمضرور، هو منّ ومنحة من الدولة وليس حقا للمضرور)) [2].

يمكن الرد على القول بأن قيام الدولة بالتعويض فيه طابع التّفضّل والإحسان إلى المضرور ـــــ قول فيه قصـور بيّن؛ فمن جهة يصـعب تصـور المنّة من شـخص اعتباري بحيث يشـعرك عند لقائه بسـابق الفضـل والإحســـان، ومن جهة ثانية فإن هذا القول لا يتفق مع الدولة المدنية الحديثة التي فيها الشـــعب مصـــدر السلطات، ويسود فيها مبدأ المشروعية.

لكن الأهم من هذا كله أن القول بأن تعويض المضـرور من الجريمة منحة قد يجد المضـرور في نفسـه الحرج من المطالبة بها، فلماذا لا يجد حرجا في تلقى العلاج من مؤســســـات الدولة الصـــحية ومؤســـســـات الرعاية الاجتماعية، أو تلقي التعليم من مؤسسات الدولة التعليمية، وقس على ذلك جميع المرافق الأخرى؟

إن تحمل الدولة تبعات الجريمة الجنائية على أســـاس من التكافل الاجتماعي هو دليل على عدم كفاية الأساس القانوني ـــــ في حين أن نظرية التكافل الاجتماعي قادرة على استيعاب التعويض عن الأضرار التي تصيب الأفراد، والتعويض التكافلي قائم على الإمكانيات المتاحة لدى الدولة، وليس ومن عنصري المسؤولية والمديونية.

ورغم وضوح القواعد العامة في القانون المدني بشأن عدم كفايتها في أن تجد أساسا لتحمل الدولة للآثار المدنية للجريمة، إلا أن القضاء الفرنسي أخذ (يترخص) في تحميل الدولة تبعات المسؤولية عن الجريمة، فظهرت فكرة المسؤولية بدون خطأ، بحيث تقوم المسؤولية إذا كان الضرر مرتبطاً بالنشاط ارتباطاً مباشراً.

ومثل هذا التوجه يمكن تلمسه في قضاء الموضوع لدى بعض المحاكم الليبية ؛ فقد حمّلت محكمة الموضوع الشـــركة العامة للكهرباء (المملوكة للدولة) المســـؤولية المدنية عن وفاة قاصـــر تســـلق أحد أبراج نقل الطاقة الكهربائية عالية الضـــغط، بالرغم من أن خطأ المضـــرور كاف وحده للتحقيق النتيجة، وأن الشـــيء الخطر (الطاقة الكهربائية) موجودة في مكانها الطبيعي، وقد تنكبت محكمة الموضوع بحث السبب النافي للمسؤولية ـ

(**1**) سيد محمد عبد الوهاب ـ النظرية العامة لالتزام الدولة ... ـ مرجع سبق ذكره ص 228.

(**2**) المرجع السابق، ص 239.

رغم إثارته أمامها ـــــ وفقا لما تقتضيه المادة (181) من القانون المدني الليبي، مما جعل المحكمة العليا تقضي بنقض ذلك الحكم لأنه قاصر التسبيب[1].

لكن قبل ذلك بكثير بدأ يظهر اتجاه مختلف في المسؤولية، قوامه إقامة المسؤولية بدون خطأ(أ)، فهل يصلح هذا التوجه كأساس لمسؤولية الدولة عن نشاطات المهاجر غير القانوني؟ (ب).

**أ– بدايات المسؤولية بدون خطأ:**

ظهرت المسؤولية بدون خطأ في شكل تطبيقات متفرقة في القضاء الإداري الفرنسي، فكانت ((المسؤولية عن الأضرار الدائمة التي تصيب الأفراد نتيجة للأشغال العامة أقدم تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي في مجال المسـؤولية بدون خطأ)) [2]، ففي هذا الاتجاه تخلى القضـاء الإداري عن ركن الخطأ أسـاسـا للمسـؤولية، وأصـبحت المسـؤولية المدنية تكتفي بالضـرر وعلاقة السـببية، وأخذت هذه الأحكام في الظهور منذ سـنة 1895م[3].

ثم تبلورت هذه المسـؤولية في شـكل قانون ((وضـع رسميا مسـؤولية غير مبنية على الخطأ هو القانون... العائد لتاريخ 9 نيســان [أبريل] 1898 الذي نظم الحق لحوادث العمل حتى إنشـــاء نظام التأمينات الاجتماعية هذا النص اعتبر صاحب الخدمة هو المسؤول ((حكما)) عن الأضرار التي تلحق بالأجراء بمناسبة العمل ويفرض عليه تعويضـا لا يغطي كامل الضـرر)) [4]. ويبين هذا القانون تخليه عن المسـؤولية الموضـوعية المبنية على الخطأ والضـرر وعلاقة السـببية، والتأسـيس على فكرة أخلاقية أو إنسـانية بحتة بجعل المسـؤولية

---

(**1**) حكم محكمة ترهونة الابتدائية (الدائرة الكلية) بتاريخ 1425/5/30= 1996 م في الدعوى رقم (1425/12= 1996م) والذي تم نقضه بموجب حكم المحكمة العليا (الدائرة المدنية ) في الطعن المدني رقم 45/49 ق بتاريخ 1371/2/5= 2003م.

ويلاحظ مدى (ترخص) محكمة الموضوع في هذه الدعوى؛ حيث يشكل تسييب طفل يبلغ من العمر 13 سنة كما ورد عمره في أسباب الحكم ـ دون رعاية جرما جنائيا وفقا للمادة 387 من قانون العقوبات الليبي التي تنص على أن. ((يعاقب ...كل من سيب شخصا معهودا إليه بحراسته أو رعايته إذا كان ذلك الشخص صغيرا ... وإذا ترتب عليه الموت كانت العقوبة السجن ....)) وكان أمام المحكمة المادة 258 من قانون العقوبات والمادة 16 من قانون الإجراءات الجنائية!!!!

(**2**) د. رمزي طه الشاعر ـ قضاء التعويض (مسئولية الدولة ... مرجع سبق ذكره ص 558.

(**3**) الرائد: ـ عادل محمد بيان (الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية دون خطأ" دارسة مقارنة") مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون المجلد 43، العدد 1 سنة 2016. ـ تصدر عن عمادة البحث العلمي وضمان الجودة عمان/الأردن ـ ص 292. متاحة على شبكة الانترنت بموقع **http://journals.ju.edu.jo/** على ملف بصيغة pdf.

(**4**) جنڤييف ڤيني ـ المطول في القانون المدني مدخل إلى المسؤولية المدنية ـ بإشراف جاك غستان ـ ترجمة د. عبد الأمير إبراهيم شمس الدين ـ المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ـ بدون رقم طبعة أو تاريخ أو مكان نشر ـ ص 43.

مفترضـة دون امكانية إثبات العكس مكتفيا بالضـرر وعلاقة السـببية؛ نظرا للمركز الضـعيف للعامل، وملاءة رب العمل، لكن التعويض لا يكون كاملا، وذلك لغياب عنصر الخطأ [1].

وهذه الأحكام أخذت تتوالى في شـــكل تطبيقات متفرقة يلجأ إليها القضـــاء عند عدم كفاية القواعد العامة. فقد بدأت بتعويض عامل في مصـنع حربي عن إصـابته من تطاير شـظايا الحديد في المصـنع[2]، ثم جعلت الدولة تتحمل المسؤولية عن الأطفال المنحرفين الذين يقيمون في مؤسسات الإصلاح واستعملت في علاجهم أساليب مبتكرة تسمح لهم بالخروج من تلك المؤسسات، لمساعدتهم على التكيف مع المجتمع، لكن جيران تلك المراكز تعرضوا لأضرار من ذلك النظام المتبع في العلاج، فقضي مجلس الدولة بالتعويض عن تلك الأضـرار رغم عدم تبوث خطأ من جانب الإدارة، وأسـس لذلك الحكم على فكرة مخاطر الجوار غير المألوفة [3]، وتوالت الأحكام من هذا النوع حتى وصـلت إلى المسـؤولية عن مخاطر التقدم العلمي عن الأضـرار التي تلحق المرضى نتيجة استخدام تقنية علاجية جديدة[4]. وهذه الأحكام تتأسس على فكرة تحمل جهة الإدارة لمخاطر نشاطها ولو لم يصدر منها خطأ.

**ب ـ مدى كفاية قواعد المسؤولية المدنية لتحمل الدولة للتعويض عن الجريمة.**

يسعى القضاء إلى إعادة التوازن من خلال أحكام تعويض المضرور من مرتكب الضرر. لكن القضاء أخذ يحاول تطويع القواعد العامة دون مسـوغ، بحيث أسـند المسـؤولية لجهة أخرى، دون أي مسـؤولية واقعية أو قانونية ـــ وهذا يمثل هدراً لوظيفة القضاء وتلويثا للعدالة وإنتاجا للظلم من الجهة التي تحرس العدالة [5]. لهذا

---

(**1**) انظر في تفاصيل تأصيل المسؤولية المدنية: د. حسن عبد الرحمن قدوس ـ الحق في التعويض مقتضياته الغائية ومظاهر التطور المعاصر في النظم الوضعية ـ الناشر دار النهضة العربية ـ القاهرة / مصر ـ النسر الذهبي للطباعة ـ بدون تاريخ أو رقم طبعه ـ فقرة 44ـ ص 59 وما بعدها.

(**2**) الرائد: ـ عادل محمد بيان (الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية ...مرجع سبق ذكره ص 292.

(**3**) حكم مجلس الدولة بتاريخ 1965/2/2م مذكور لدى رمزي الشاعر ص 571 مرجع سابق ذكره

(**4**) حكم محكمة ليون بتاريخ 1990/12/21 م مذكور في المرجع السابق ص 580.

(5) من ذلك مثلا الدعاوى التي لا حصر لها رفعت أمام المحاكم الجزئية ضد الدولة متمثلة في مؤسساتها المالية في كل محاكم البلاد وصدرت فيها أحكام قضائية على أساس أن هناك إثراء بلا سبب، وموضوع تلك الدعاوى أن المواطنين اشتروا من المصارف التجارية نقدا أجنبيا بثمن حدده المصرف المركزي، ولا يوجد نص في قانون الرقابة على الأسعار(1989/13م) الساري حينها ما يحدد سعر بيع النقد الأجنبي، والعلاقة بين المواطن والمصرف علاقة إرادية قوامها عقد البيع ،لكن القضاء أخذ بالإثراء بلا سبب في غير موضعه وأصدر أحكاما تلزم الدولة بالتعويض!!!.أنظر مثلا ملف الدعوى رقم2006/31م فيها (101) مدع محكمة ترهونة الجزئية ـ ملف الدعوى رقم2006/33م فيها (56) مدع محكمة ترهونة الجزئية، وشهرة هذا الموضوع لدى المحاكم الجزئية تغني عن توثيقه.

يجب تقصى النظرة الواقعية المجردة عند الخصومات عموما ـــــ وفي باب المسؤولية المدنية يجدر النظر في مدى تحقق المسؤولية المجردة لمن هو في مركز المدعى عليه.

إن إعادة قراءة حكم مجلس الدولة الفرنسي بشأن التعويض عن الامتناع عن التنفيذ المشار إليه آنفاً تظهر نقاطا مهمة يجب وضعها في الاعتبار؛ أولهاـ إن ذلك التعويض كان عن قرار رفض تنفيذ الحكم المذيل بالصيغة التنفيذية، وثانيها أن المضرور الذي رفض طلبه قد ضاع له حق مالي ثابت بحكم قضائي، وحال أجله ومعين محله في السند التنفيذي، وحرمانه من التنفيذ هو ضياع مؤكد لذلك الحق ـ الذي سوف يتحمله وحده مقابل الحفاظ على مصلحة الجماعة ـــــ وأخيراً أن جهة الإدارة هي من يتولى أعمال التنفيذ الجبري وتحتكرها وهي من ضمن نشاطها المرفقي المعتاد والمقدور عليه بطبيعة الحال.

لكن جميع هذه المعطيات لا تتوفر لجهة الإدارة وهي تسعى لمنع الجريمة أو مقاومة الأخطار عموما؛ فعدم منعها للجريمة ليس قرارا سلبيا تؤاخذ عليه جهة الإدارة، بل هو حالة عجز مادي عن منعها، والقول بغير ذلك يؤدى إلى جعل الدولة تتحمل المسؤولية المدنية عن تفشي الأوبئة القاتلة أو انتشار المجاعات، وضحايا الأعمال الإرهابية وحتى الهزائم في الحروب، فكل هذه الأعمال الضارة يمكن نسبتها إلى تقصير الدولة في القيام بواجبها ـ لكنه ليس تقصير المستطيع القادر بل من لم تسعفه إمكانياته في القيام بذلك.

ويؤيد هذا النظر من العمل القضائي رفض مجلس الدولة الفرنسي التعويض عن الأضرار الناجمة عن التطعيمات الصحية التي وقعت قبل صدور القانون القاضي بالحق في التعويض عنها، أي أن القضاء لم يطبق القانون بأثر رجعي [1].

فهنا جهة الإدارة لم تتمكن من تفادي الأضرار الناتجة عن التطعيمات وهي تؤدى نشاطها المرفقي، ويمكن أن تتحقق مسؤوليتها المدنية إذا نظر إليها على أنها تتولى حراسة أشياء تحتاج إلى عناية خاصة، وهي التي سببت الضرر، لكن القضاء لم يحمل جهة الإدارة المسؤولية المدنية وفقا للقواعد العامة، وعندما صدر قانون يكفل حق التعويض للمضرورين من أضرار تلك التطعيمات، رفض القضاء تطبيق ذلك القانون بأثر رجعي.

(1) د. رمزي طه الشاعر ـ قضاء التعويض ...مرجع سبق ذكره، ص 633.

وبسبب استقرار أحكام القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه؛ الأمر الذي ((دفع ذلك المشرع الفرنسي إلى إصدار قانون...ضمّنه الأثر الرجعي...)) [1].

وفي ليبيا اتسقت كلمة قضاء الموضوع والمحكمة العليا في عدم مسؤولية الدولة عن أضرار الحرب الداخلية في الدولة، حيث طلب المدعي تعويضه عما لحقه من أضرار جراء الحرب التي وقعت سنة 2011م، ورفضت محكمة الدرجة الأولى الدعوى وأيدتها محكمة الاستئناف في قضائها، وعندما طرح الموضوع على المحكمة العليا انتهت إلى ما خلصت له محكمتي الموضوع، وعللت ذلك بأنه (( من المقرر ان المسؤولية لا تقرر إلا بنص صريح في القانون ينشئها ويفرضها ويوفر لها الحماية القانونية... والحكومة مثل الأفراد لا تكون مسؤولة إلا إذا ثبت أن الضرر كان ناشئاً عن خطئها وترفع عنها المسؤولية إذا ثبت أن الضرر كان بسبب خارجي عن إرادتها وهو ما يوصف... بالسبب الأجنبي )) [2].

وقد أشار حكم المحكمة العليا الليبية إلى أنه حتى في حالة وجود قرارات ذات طبيعة إدارية لحصر الأضرار التي لحقت الأشخاص وتشكيل لجان لذلك الغرض، فإن ((هذه القرارات ليس من شأنها أن تنشئ مصدراً من مصادر المسؤولية؛ لأن ذلك من اختصاص السلطة التشريعية ومن ثم يبقى أثرها أدبياً قاصراً على الجهة التي أصدرته)) [3].

غير أنه في مناسبة أخرى خالف قضاء الموضوع هذا الاتجاه وأيدته المحكمة العليا؛ بأن قرر أن الدولة مسؤولة عن تعويض الضرر الناتج عن العمليات العسكرية [4].

وما ذهب إليه القضاء في الحكم الأول يتسق مع المنطق السليم للقواعد القانونية التي لا تقبل إقامة المسؤولة إلا على أدلة يقينية. في حين أن أدلة الحكم الثاني كانت متهاترة، وكان يكفي المحكمة رد الدعوى من خلال إعمال مبدأ السياد الذي كان سندا للمدعى عليه لفرض الأمن والنظام، ولم يثر دفاع المدعى علية (الدولة)

(1) المرجع السابق نفس الصفحة.

(2) حكم محكمة جنوب طرابلس في الدعوى 2014/817م وحكم محكمة استئناف طرابلس بتاريخ 2016/11/28م في دعوى الاستئناف رقم 2016/210م وحكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 64/254 ق الصادر بتاريخ 2020/1/14م .

(3) حكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 64/254 ق السابق ذكره

(4) حكم محكمة السواني الابتدائية في الدعوى 2016/125م وحكم محكمة استئناف طرابلس بتاريخ 2018/4/11م في دعوى الاستئناف رقم2017/1501م وحكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 65/726 ق الصادر بتاريخ2020/11//17م .

السـبب الأجنبي الذي حرك المدعى عليه ودفعه لاسـتخدام القوة؛ وكان فيه ما يكفي لنفي مسـؤولية المدعى عليه.

وما يمكن الوصـــول إليه من هذه المعطيات أنه لا يمكن تحميل الدولة المســـؤولية عن الأفعال الإجرامية عموما، ومنه نشـاطات المهاجر غير القانوني التي تلحق ضـررا بالأشـخاص وفقا للقواعد العامة للمسـؤولية المدنية؛ بســـبب غياب ركن الخطأ عن نشـــاط الإدارة، وكذلك عدم وجود قانون يكلف جهة الإدارة دفع التعويضات للمضرورين من الجريمة، وإذا كان هذا واقع مسؤولية الإدارة في مواجهة الجريمة والتي تقع نشاطات المهاجر غير القانوني ذات الطابع الإجرامي في إطارها يحين وقت السؤال عن التقنيات القانونية لمواجهة الآثار المدنية للنشاطات الإجرامية والتي منها نشاطات المهاجر غير القانوني.

**الفرع الثاني: التقنيات القانونية لمواجهة أثار الأضرار الخالية من المسؤولية المدنية**

القانون حاجة اجتماعية ويأتي في صورة تقنين تشريعي أو عرفي لمواجهة وتنظيم صورة من صور التفاعل الاجتماعي، وامام قصور النظرية التقليدية للمسؤولية المدنية في معالجة آثار الجريمة عموما، أخذ الفكر القانوني في ابتكار تقنيات قانونية متميزة تتناسب مع امكانيات كل دولة، وفي حدود امكانيتها.

ويلاحظ على تلك المعالجات اختلافها بين دولة وأخرى وهذا عائد إلى امكانيات كل دولة، في حين يظهر مدى التقارب الواضح في قواعد المسؤولية المدنية الموضوعية.

**أولا ـ معالجات مسؤولية الدولة في التشريعات المقارنة**

تعود جماعية المسؤولية وتوزيع المخاطر بين أفراد المجتمع إلى عصور ما قبل الدولة الحديثة ـــــ كما سبق القول

ـ لكنها مرت بفترة انحسار حين سادت المسؤولية الموضوعية المجردة كانعكاس لسيادة الفكر الفردي، لكن ما لبثت أن عادت إلى الفكر القانوني المعاصـــر؛ ففي المؤتمر الدولي الحادي عشـــر لقانون العقوبات المنعقد في بودابست في الفترة من (9. 1974/9/14م) حيث ورد في توصياته بأن (( يوصى غالبية المشاركين في المؤتمر بتأييدهم التعويض الأولي لضـحية الجريمة من الأموال العامة للدولة، أو أي مؤسـسـة عامة أخرى، وأن يترك للمشرعين في كل دولة تنظيم إدارة هذه التعويضات من قبل صندوق مستقل للتعويضات أو من خلال آلية للرعاية الاجتماعية أو التأمين الاجتماعي)) [1]. ومثل هذه المعالجات التشـــريعية هي مســـألة متروكة لتقدير

(1) A) Compensation of the victim from public funds

الســلطة التشــريعية في كل دولة، فمثلا ((نيوزيلندا أول دولة أصــدرت تشــريعا للتعويض عن الجرائم ســنة 1963)) [1].

وفي الولايات المتحدة هذا الموضـوع متروك للولايات وليس مسـألة فيدرالية [2]، رغم أن الولايات المتحدة تأتي على رأس الاقتصـاد العالمي من حيث الثروات الاقتصـادية. وهذا يوضـح أن التعويض ليس مسـألة أولية يتساوى فيها كل المواطنين كما هو الحال في الحقوق الأساسية.

وهذا يجعل أنه لا ســبيل إلى قياس دولة على أخرى، فلا يوجد معيار موضــوعي كما في القانون المدني (معيار الشـــخص العادي) يمكن تطبيقه على الدول، بحيث تكون الدولة مخلة بواجباتها إذا لم تقم بمثل هذا النوع من الحماية، فالدول ليست على مستو واحد سواء من الناحية الاقتصادية، وهي الأهم، أو من حيث التطور القانوني، فمسـألة الأولويات والسـياسـات العامة للدولة تسـتقل بها الدولة، فالقانون الذي صـدر في نيوزيلندا لم يكن محرجا للدول الأخرى، لأنه لكل دولة أولوياتها.

ومن هنا يمكن فهم هـذا المعـالجـات من خلال معرفة بعض التطوير في آليـات التعويض (أ) ثم بحث مـدى صلاحية التشريعات التي تنظم التعويض لأضرار محددة (ب).

**أ ـ تطوير آلية التعويض في القانون المقارن:**

في المسؤولية المدنية ليس هناك اعتبار لمحل الضرر، فهو تعد غير مشروع على ذمة مالية سواء كان محل الضرر جسم الإنسان أو ماله، ولا يؤثر سلوك مرتكب الضرر عما إذا كان عمدا أو خطأ في حجم التعويض. والأصل في التعويض أن يكون عينيا متى كان ممكنا، ولا يصار إلى التعويض النقدي إلا في حالة تعذر التعويض العيني.

---

I. The majority of the participants of the Congress recommend that the primary compensation for the victim of a crime should be made from public funds by the State or some other public Institution. The decision whether such compensation should be administered by a legally independent fund, a special compensation board, through existing social welfare or social insurance agency, should be left to the various legislators.

انظر التوصيات باللغة الإنجليزية: ـ متاحة على شبكة المعلومات الدولية بموقع اللجنة الدولية لقانون العقوبات المعروفة اختصارا ب (AIDP) http://www.penal.org على ملف بصيغة PDF ص 320 من المستند الأصلي ـ تاريخ التصفح 28/12/2019م .

(1) د. سيد محمد عبد الوهاب ـ النظرية العامة للالتزام الدولة ... مرجع سبق ذكره ـ ص 234.

(2) المرجع السابق ص 237.

أما التعويضات في ظل نظم التكافل الاجتماعي فهي لا تسعى إلى جبر الضرر بتعويض يرد الحال إلى ما كان عليه قبل وقوعه، فتلك ((التقديمات المدفوعة من صناديق الضمان الاجتماعي، لا تعوض سوى جزئياً عن الأضرار، وأن الاجراءات التقنية وغاية الضمان الاجتماعي، تختلف بوضوح عن المسؤولية المدنية)) [1]. فهي تنطلق من فكرة مساعدة المضرور على تجاوز محنته بما تسمح به امكانيات الدولة. كما أن التعويض وفقا لنظم التكافل الاجتماعي يركز بالدرجة الأولى على الأضرار التي تلحق المضرور في بدنه مباشرة، أو حين يجعله الضرر عجزاً كلياً أو جزئياً عن الكسب ((فالتعويض المستحق طبقا لأحكام التأمين الاجتماعي لإصابة العمل، يقوم على فكرة ضمان المخاطر، وبالتحديد ما يترتب على الإصابة من مساس بقدرة الكسب)) [2].

ولقد بدأت جماعية المسؤولية بأن ((تحمل الدولة لعبء التعويض ينحصر فقط في الأضرار ذات الطابع الاستثنائي، كالأضرار الناجمة عن الحروب أو الكوارث الطبيعية،... [ك]التعويضات التي منحتها فرنسا لضحايا الحربين العالميتين)) [3].

ولقد تميزت في هذا المجال التجربة النيوزيلندية التي ذهبت إلى حد أن كان ((التعويض في اتجاهه إلى جبر الضرر يجب أن يكون حقيقياً لا مقدراً، فلكل الحق في عوض جابر، بطريقة واقعية، للآثار السلبية المترتبة على المساس بسلامته الجسدية)) [4].

وتم تنظيم التعويضات عن طريق صناديق متخصصة حتى جعل أحد هذه الصناديق ((يتولى التعويض عن الأضرار الجسدية الناشئة عن الحوادث التي تقع في نيوزيلندا ولا يصدق عليها صفة حادث العمل أو حادث الطريق، ويتم تمويله مباشرة من جانب الخزانة العامة)) [5].

وكمثال واقعي عن فاعلية التعويض عن الجريمة في نيوزيلندا تلك التعويضات التي حصل عليها ضحايا الهجوم الإرهابي على مسجدَي كرايس تشيرش في نيوزيلندا الذي وقع بتاريخ 15/3/ 2019م ((ففي أعقاب الهجوم، الذي خلَّف وراءه 51 من القتلى، حصل صندوق تبرعات أسسته منظمة Victim

(**1**) جنڤييڤ ڤيني ـ المطول في القانون المدني مدخل إلى المسؤولية...مرجع سبق ذكره ـ ص 59.

(2) د. حسن عبد الرحمن قدوس ـ الحق في التعويض مقتضياته... مرجع سبق ذكره ـ ص 519.

(3) عمر بن الزوبير ـ التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية ـ أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ـ مقدمة لجامعة الجزائر1 ـ كلية الحقوق سعيد حمدين ـ العام الجامعي 2017/2016م ـ ص 55 من الرسالة. متاحة على شبكة الانترنت على ملف بصيغة BDFعلى موقع http://biblio.univ-alger.dz/.

(4) د. حسن عبد الرحمن قدوس ـ الحق في التعويض مقتضياته... مرجع سبق ذكره ـ ص 533.

(5) المرجع السابق ـ ص 538.

Supportعلى 10.9 ملايين دولار.... مُنحت الأســـر المكلومة 45 ألف دولار لكل أســـرة من الصندوق، فيما حصل المصابون على 24 ألف دولار. وفي مايو/أيار، دفعت المنظمة الخيرية 12 ألف دولار لكل شخص لم يكن من المصابين أومن الأسر المكلومة، لكنه أُدرج في القائمة الرسمية...للضحايا.)) [1]

أما في المانيا فقد بدأ التطور بمحاولة القضاء تطويع القواعد العامة للقانون المدني، حيث كان مبدأ الشرعية التي يحرسها مبدأ الفصل بين السلطات قيدا على القضاء وتلك الحالة ((فرضت عليه إسناد ما قدر عدالته من حلول إلى النصوص، بما استتبعه ذلك من تصنع واستغراق في تجريد الصيغ من دلالتها الحقيقية)) [2].

وكان للقانون الألماني السبق التشريعي في مجال تشريعات التأمينات الاجتماعية، فقد أنشأ أول نظام في العالم للتأمينات الاجتماعية [3].

ولقد أخذت السياسة التشريعية في نظام التأمينات الاجتماعية الألماني بنظام الإجبار، إذ ((أهم ما يميز نظام التأمين الاجتماعي الألماني أنه فرض مبدأ إجبارية التأمين الاجتماعي، فلم يعد النظام اختيارياً وذلك لأهميته المتعلقة بالمصلحة العامة ومن جهة أخرى كان التأمين يقوم على التضامن و المساهمة بين كل أصحاب الأعمال و العمال و الدولة.)) [4]

وتتضح بجلاء المقارنة بين النظام النيوزيلندي والنظام الألماني، في أن الأول تموله الدولة، في حين أن الثاني هو نظام تشترك فيه الدولة وقطاع الأعمال والطبقة العاملة، وأن النظام النيوزيلندي يغطي كل المواطنين عند المساس بالسلامة الجسدية، في حين أن النظام الألماني موجه لحماية الطبقة العاملة في دخلها ورعايتها الصحية. ولهذا يمكن أن يحسب للأول شموليته، ويحسب للثاني التكافل الواقعي بين الأطراف المساهمة فيه.

والمشرع كثيرا ما يجد أن هناك مخاطر معينة غالبا ما يكون سببها مصدر معروف تنجم عنه، فيلجأ إلى وضع تشريع مخصص لمعالجة تلك الحالة، وهذه الفكرة بحاجة إلى البيان.

---

(**1**) خبر بعنوان (تعويض بـ2.7 مليون دولار لضحايا مسجدَي كرايس تشيرش في نيوزيلندا) ـ الخبر منشور على موقع (عربي بوست) الإخباري ـ https://arabicpost.net ـ نشر بتاريخ 2019/6/14م .

(**2**) د. حسن عبد الرحمن قدوس ـ الحق في التعويض مقتضياته... مرجع سبق ذكره ـ ص 544.

(3) باديس كشيدة ـ المخاطر المضمونة وآليات فض المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي ـ رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية ـ قسم الحقوق بجامعة الحاج لخضر باتنة / الجزائر. العام الجامعي2010/2009م. ص 19 من ملف الـbdf منشورة على شبكة المعلومات الدولية بموقع https://www.bejaiadroit.net/bibliotheque/droit-public/file/328

ـ وكذلك: ـ د. حسن قدوس ـ الحق في التعويض مقتضياته... مرجع سبق ذكره ـ ص 550.

(4) باديس كشيدة ـ المخاطر المضمونة وآليات فض المنازعات .... مرجع سبق ذكره ـ ص 19 من ملف الـbdf.

**ب ـ التنظيم التشريعي الخاص لمواجهة أضرار الجريمة:**

من الظواهر الإجرامية التي برزت في الربع الأخير من القرن العشـرين ظاهرة الأعمال الإرهابية، والتي كثيرا ما تخلف عددا من الضـحايا الأبرياء، وهذه الجرائم هي مثال واضـح عن عجز الدولة عن الحيلولة دون وقوع الجريمة، ونظرا لأن القواعد العامة لا تسـعف المضـرورين في الحصـول على تعويض من تلك الجرائم، فاتجهت السياسة التشريعية لدى بعض الدول إلى وضع آلية قانونية لتعويض أولئك الضحايا؛ ففي فرنسا على سبيل المثال لجأت الدولة إلى إنشـاء صـندوق خاص لمعالجة آثار هذا النوع من الجرائم وكان ذلك بالقانون الصـادر في قانون 9 سبتمبر 1986م وتشريعات أخرى مشابهة [1]، وقبله قانون 3 يناير1977م الذي (( يستجيب للأضرار الجسدية الناجمة عن جرائم حيث لا إمكانية للحصول على التعويض عن طريق آخر )) [2].

أما في التشريعات الليبية فيمكن أن يكون قانون القصاص والدية تشريعا خاصا لمواجهة آثار الجريمة التي تمس حياة المضرور أو بدنه.

لكن الدولة في قانون القصاص والدية الليبي هي مسؤول احتياطي بحكم القانون، فالمادة الخامسة من قانون القصاص والدية الليبي[3] والمعدل بالقانون رقم 2016/18 م[4]، تنص على أن (( تجب الدية على العاقلة في القتل الخطأ وتتعدد بتعدد القتلى فإن لم توجد عاقلة تولاها المجتمع ))، فالدولة تحل عند عدم وجود العاقلة، ولا تفوت الإشارة إلى الصياغة غير الدقيقة لعبارة النص باستخدامه مفردة (المجتمع)، فلا يخفى أنه لا يوجد شخص قانوني بهذا المسمى، فأشخاص القانون حددتها بكل وضوح المادة (52) من القانون المدني، وكان الأولى بالقانون استعمال المصطلح القانوني الصريح وهو الدولة، أو أضافتها للنص وتحمل عبء التزيد في مصطلح (المجتمع) إذا كان هناك إصرار على المصطلح.

(1) جنقييف ڤيني ـ المطول في القانون المدني مدخل إلى المسؤولية...مرجع سبق ذكره ـص 63.

(2) المرجع السابق نفس الصفحة.

(3) الجريدة الرسمية الليبية العدد 5 سنة 1423= 1994م.

(4) الجريدة الرسمية الليبية السنة الخامسة العدد الرابع بتاريخ 2016/4/24م.

ولقد أضاف تعديل قانون القصاص والدية [1]، بأن جعل الأضرار البدنية التي تلحق المجني عليه ولا تؤدي إلى وفاته، تدفع عنها دية من مال الجاني، وتتحملها العاقلة إذا زاد مقدارها عن ثلث الدية الكاملة [2]. لكن القانون في هذه الحالة لم يجعل الدولة تتحمل هذه الدية إذا توافرت نفس ظروف حالة القتل الخطأ التي تتحمل ديتها الدولة المشار إليها سابقاً، وهذا الاستبعاد للدولة ليس له من مبرر.

ومن التشـــريعات العربية التي نصـــت على أن تتحمل الدولة التعويض احتياطيا، القانون المدني الكويتي حيث نصّ على أنه ((إذا وقع ضـــرر على النفس مما يســـتوجب الدية وفقا لأحكام الشـــرع الإســـلامي وما يتضـمنه جدول الديات المنصـوص عليه في المادة 251، وتعذرت معرفة المسـئول عن تعويضـه وفقا لأحكام المسئولية عن العمل غير المشروع أو الملتزم بضـمانه وفقا للمادة السـابقة، وجب الضـمان على الدولة... ما لم يثبت أن المصاب أو أحدا من ورثته قد أدى بخطئه إلى عدم معرفة المسئول أو الضامن))[3]

وتثير مسـألة تنظيم الدية في القانون المدني على غرار القانون الكويتي، مسـألة أن يصـبح ذلك من قواعد القانون الموضوعي العامة، حيث جاءت تحت التعويض عن الفعل الضار، بالإضافة إلى ارتباطه بباقي القواعد العامة في ذات القانون وعلى راسها أحكام الالتزام؛ فهل يمكن القياس عليها وتفسيرها تفسيراً موسعاً؟ خاصة إذا لجأ القاضي للمادة الأولى من ذات القانون والغنية بالمصادر الاحتياطية. أم يقال أن القاضي يعتبرها بمثابة تنظيم خاص داخل القانون يحيل على قواعد محددة وهي أحكام الشريعة الاسلامية.

وفي القانون الجزائري تم النصّ على أن تكون الدولة مســؤولاً احتياطياً عن تعويض الضــرر الجســماني؛ وجاءت هذه المسؤولية تحت باب مصادر الالتزام ضمن الفصل الثالث المخصص للعمل المستحق للتعويض، في القسم الثالث الذي نظم المسؤولية الناشئة عن الأشياء ـــــ فقد عدل القانون المدني ونصّ على أنّه (( إذا انعدم المسـؤول عن الضـرر الجسـماني ولم تكن للمتضـرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضـرر )) [4]، والقانون الجزائري جعل مسؤولية الدولة مسؤولية موضوعية منحصرة في الضرر البدني فقط.

(1) قانون2016/18م بشأن تعديل بعض أحكام قانون رقم 1423/6م بشأن أحكام القصاص والدية.
الجريدة الرسمية الليبية السنة الخامسة العدد الرابع بتاريخ 2016/4/24م.

(2) المادة الثالثة مكرر (ب): الخطأ فيما دون النفس: ...– يحكم القاضي بالدية أو الأرش المقرر شرعاً على العاقلة إذا تجاوزت قيمتها ثلث الدية وفقا لأحكام هذا القانون.

(3) المادة 256 /1 من القانون المدني الكويتي.

(4) المادة140 مكرر1 من القانون المدني الجزائري مضافة بالقانون 05ـ 10 المؤرخ في 2005/6/20م الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 44.

ما يمكن أن يقال على هذا المسلك هو موضع النص في البنية التشريعية بوضعه ضمن المسؤولية عن الأشياء؛ فهذه المسؤولية تقتضي أن يكون مصدر الضرر ناتجا عن أشياء، مما يعني استبعاد الضرر الناجم عن الأعمال الشخصية أو المسؤولية عن عمل الغير اللتان نظمتا في القسمين الأول والثاني من ذات الفصل، وغني عن البيان أن أضرار الجريمة هي من الأعمال الشخصية، فإذا ما أصيب شخص بضرر جسماني ناتج عن جريمة ولم يتم التوصل إلى الجاني فلا محل لمسؤولية الدولة في هذه الحالة وفقا لموقع النص المذكور.

كما أن جعل قيام مسؤولية الدولة متوقفة على انعدام المسؤول عن الضرر يبين بوضوح أن هذه المسؤولية ليست مباشرة بل هي احتياطية أي أن المسؤول (الدولة) لا تربطه أي علاقة سببية بالضرر الحادث مما يعني انتفاء المسؤولية التقصيرية عن هذا الخطأ، رغم ورود النص ضمن القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، وهذا يثير سؤالاً جوهرياً حول الأساس لهذه المسؤولية، وأوضح مثال لتطبيق هذه المسؤولية في القانون الجزائري من يصاب بصاعقة برق تلحق به أضرارا بدنية.

كما أن صياغة النص تشير إلى التكافل الاجتماعي كأساس لهذه المسؤولية؛ بقوله ((...، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر)) مما يعني أن المكان المناسب لهذا النص هو تشريعات الضمان الاجتماعي وليس قواعد المسؤولية المدنية الموضوعية.

وهذا يثير بدوره مدى التعويض عن الضرر؛ فقواعد المسؤولية المدنية تقوم على التعويض الكامل للمضرور وذلك لأن المسؤول تربطه علاقة سببية ما بمصدر الضرر، في حين أن هذه الحالة لا تتفق مع قواعد المسؤولية المدنية فهل تتحمل الدولة التعويض الكامل عن الضرر؟

كما أن هذا النص يؤدي إلى حالة من عدم المساواة بين المضرورين قائمة على الحظ؛ فالمضرور الذي يعرف مرتكب الضرر لكن مرتكب الضرر يكون معسرا أو غير ملئ، تكون أمكانية حصوله على تعويض عادل أسواء من المضرور الذي لا يتمكن من معرفة الشخص الذي ألحق به الضرر، فهذا الأخير يطالب الدولة ذات الملاءة المالية، وهذا غير عادل بين أشخاص سواسية أمام القانون.

وبذلك يكون مسلك المشرع الكويتي أكثر ملاءمة للمنطق القانوني مما هو عليه في القانون الجزائري ـ رغم ما سبق بيانه من اعتراضات على القانون الكويتي والتي تنطبق على القانون الجزائري أيضا.

**ثانياً ـ مدى نجاح دعوى التعويض عن الجريمة ضد الدولة في ظل قواعد المسؤولية المدنية:**

يتطلب إقامة دعوى أمام القضـاء توافر الأسـاس القانوني السـليم، وعند خلو القواعد العامة للقانون من ذلك الأسـاس فإذا لم يوفره تشـريع خاص فإن الدعوى تضـحى مقامة على غير أسـاس من القانون. وهو ما افصـحت عنه المحكمة العليا الليبية حين قالت ((**أن** المسؤولية لا تقرر إلا بنص صريح في القانون ينشئها... وباللزوم لا سبيل للتعويض عن الأضرار التي تخلفها الثورات...إلا بصدور قانون ينص صراحة عليها ويفرضها فرضا على سبيل الاستثناء من مصادر الالتزام المذكورة على أساس التكافل أو التضامن الاجتماعي والقول بها من غير نصّ في القانون بمعناه الخاص هو ضرب من الخيال)) [1].

ونظرا لعدم وجود قانون يتكفل بجبر الضـرر للمضـرورين من الجرائم، فإن إقامة دعوى ضـد الدولة يكون الطريق القضائي المتاح. فما مدى أن تصادف دعوى التعويض عن الجرائم أساسا من القانون؟ (أ)

كما أن هناك قانون العدالة الانتقالية الذي جاء لجبر ضـــرر لحقوق انتهكت من خلال الاعتداء على أصـــحابها، وتلك الاعتداءات تنطوي على أفعال مجرمة لكنها تمت ممارســـتها باســـم الدولة، فهل في ذلك القانون ما يسند المسؤولية للدولة في التعويض عن الجريمة؟ (ب)

أ ـ دعوى المسؤولية المدنية ضد الدولة لتعويض عن الجريمة:

في حالة المهاجر غير القانوني لا سـبيل إلى إقامة الدعوى ضـد الدولة بشـأن فعل ضـار من أفعال ذلك المهاجر إلا إذا كان المهاجر تحت سيطرة الدولة الفعلية، كأن يعتدي على أحد رفاقه في مركز لإيواء المهاجرين تديره الدولة، أو يفر من تحت سـيطرة الدولة الفعلية بسـبب ضـعف أو اهمال شـديد في حراسـة مكان إيواء المهاجرين أو توقيفهم، ويرتكب المهاجر فعلاً ضاراً بعد فراره.

ومثل هذه الدعوى تؤسـس على المادة (166) مدني بشـأن المسـؤولية على الأعمال الشـخصـية، التي تتحقق فيها المسؤولية بإثبات المدعي كل عناصرها من خطأ وضرر وعلاقة سببية [2].

ولا سـبيل إلى إسـناد المسـؤولية إلى الدولة على أسـاس أنها تتولى الرقابة على الأشـخاص إلا في حالة كون المهاجر قاصراً لم يبلغ سن الخامسة عشرة، أو كانت حالته العقلية أو الجسمية تستدعي الرقابة وفقا لمتطلبات المادة (176) بشـــأن مســـؤولية متولي الرقابة في القانون المدني الليبي، وكان المهاجر تحت ســـلطة الدولة بعد

(1) حكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 64/254 ق بتاريخ 2020/1/14م . السابق ذكره .

(**2**) د. محمد علي البدوي ـ النظرية العامة للالتزام ـ الجزء الأول مصادر الالتزام ... مرجع سبق ذكره ـ ص 291.

ضبطه من قبل السلطة المختصة. وهذه المسؤولية وإن كانت تقوم ((على أساس افتراض وجود خطأ من جانبه [المكلف بالرقابة] في القيام بواجب الرقابة. إلا أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس... بإحدى طرقتين: ـــــ إما أنه قام بواجب الرقابة على خير ما ينبغي.... ـــــ وإما أن الضرر كان واقعا ولو قام بواجب الرقابة على أحسن ما يرام)) ([1]). وهذا الفقه يوافق رأى المحكمة العليا الليبية حيث تقرر ((**أن** المادة 176 مدني تقضي بأن القاصر يكون في حاجة الى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة،... فان المكلف برقابته يكون مسئولا عن الضرر الذي يحدثه للغير بعمله غير المشروع, إلا إذا استطاع المكلف بالرقابة أن يثبت أنه قام بواجب الرقابة , أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية)) ([2]).

وما يكمن استخلاصه بشأن نفي مسؤولية الدولة عندما تكون في مركز متولى الرقابة للمهاجر غير القانوني وفقا لمقتضيات المادة 176مدني، فإن حدود قدرات المرفق العام الذي تتولى من خلاله الدولة رقابة من هو بحاجة إلى الرقابة ــ تكون كفيلة بنفي المسؤولية؛ لأنها قامت بكل ما يمكنه القيام به، وأن هذه حدود قدرات المرفق العام وإمكانياته.

أما عن مسؤولية الدولة من خلال قانون القصاص والدية فإن النظرة الفاحصة للدية من حيث التزام الدولة بها ومن قبلها العاقلة، يتبين أنها قاصرة على جريمة القتل الخطأ فقط، ولا مجال لإعمالها في جرائم القتل العمدية أو التعدي على البدن فيما دون القتل بالنسبة للدولة.

وفيما يخص المهاجر غير القانوني والأجنبي عموما ـــــ إذا وقعت منه جريمة خطائية تستوجب الدية وفقا للقانون الليبي، فهل تتولى الدولة الليبية الدية حتى في هذه الحالة؟

فإذا كانت الدية هي شكل من أشكال المسؤولية الخاصة التي مصدرها القانون عن الفاعل باعتباره من أفراد المجتمع، فيكون المهاجر ليس من مواطنيها ومن ثم لا سبيل لطلب الدية من الدولة، ولأن مسألة وجود عاقلة من عدمها يرجع فيها لتشريعات بلد الشخص الأجنبي وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص ـــــ أم يمكن

(**1**) المرجع السابق ص 307 و308

(**2**) المحكمة العليا ـ طعن مدني رقم 34/61ق بتاريخ 1989/3/20م مجلة المحكمة العليا السنة 26 العددان 1و2 ـ ص 119.

النظر من زاوية أخرى على أن الدولة تتحمل الدية حتى إذا كان الفاعل أجنبيا مســـلما[1] من دولة اخرى ؛ لأن هذا النظام لجبر ضـرر المضـرورين مصـدره الشـريعة الاسـلامية التي تسـرى قواعدها دون النظر إلى إقليم الدولة، مثلما تسري قواعد الميراث التي لا يوجد مانع من تطبيقها بين الورثة ولو كانوا من دول مختلفة[2].

وتقتضي دعوى الدية عناصر إثبات نشوء الالتزام في ذمة المدين وإثبات بقاء الالتزام قائما، وإذا كانت الدعوى مرفوعة على العاقلة يلزم إثبات أن الفعل كان خطأ من الفاعل، وأن العاقلة ملزمة بجبر ذلك الضرر. وتثير العاقلة مشكلة قانونية تتمثل في إثبات وجودها من عدمه أولا، ثم هناك مشكلة إجرائية وهي الشخصية القانونية التي ترفع عليها دعوى الدية؛ فإذا كانت بعض كتب الفقه الاسلامي تتحدث على أن الفرد من العاقلة يدفع في الدية الواحدة من ثلاثة إلى أربعة دراهم[3]،يتضح العدد الهائل للمدعى عليهم في دعوى العاقلة الذين يجب إعلانهم بإجراءات الدعوى، وتنفيذ الحكم ضدهم. وهذا الوضع القانوني يجعل دعوى الدية على العاقلة في غاية الصعوبة، وبالغة التكاليف وذات

إجراءات مطولة.

وإذا كان من حل يُقترح بهذا الشأن فيبدو من خلال جعل صناديق يتضامن فيها الأفراد الذين يجوز تحميلهم بالدية شرعاً، تنظم بقانون وتؤسس على مستوى إقليمي في الدولة على مستوى المحافظات أو البلديات (حسب الكثافة السكانية)، وبذلك تكون هذه الصناديق صالحة لتمثيل العاقلة سواء من جهة النسب أو من جهة أهل الديوان، وتكون لها الشخصية المعنوية بحيث توجه إليها إجراءات المطالبة بالدية من خلال طريقة إدارية ودون اللجوء إلى القضاء إلا في أضيق نطاق. وهذا بدوره سوف يخفف العبء على خزينة الدولة، ويفعّل نظام أقره الدين الاسلامي الحنيف بما يناسب واقع هذا الزمان.

---

(**1**) انظر تفاصيل الخلاف حول دية غير المسلم على سبيل المثال: ـ أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى سنة 595هـ) ـ بداية المجتهد و نهاية المقتصد ـ الجزء الثاني ـ كتاب الديات في النفوس ـ الناشر مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده القاهرة / مصر ـ الطبعة الرابعة ـ 1975م ـ ص 416.

(**2**) ومع ذلك تثير قواعد الميراث مشكلة في حالة أن يرث مسلم من دولة أخرى عقارا وتكون التشريعات العقارية في البلد الذي فيه العقار الموروث لا تسمح للأجانب بتملك العقارات فيها.

(3) انظر مثلا :ـ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي المتوفى سنة 463هـ ـ الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار ـ الجزء الثامن ـ باب جامع في العقل ـ تحقيق سالم محمد عطا ومحمد علي معوض ـ الناشر دار الكتب العلمية ـ بيروت/ لبنان ـ سنة النشر 2000م ـ ص 149.

ومن التشريعات التي تتناول التعويض عن الأضرار التي تلحق الشخص في المال أو الجسد، قانون العدالة الانتقالية، فما مدى ملاءمة هذا القانون ليكون أساسا لحصول المضرور من الجريمة على تعويض تتحمله الدولة؟

ب ـ التزام الدولة بالتعويض بموجب قانون العدالة الانتقالية

موضوع العدالة الانتقالية يجد مكانه بين فروع متنوعة من القانون ليصوغ منها قواعده وتشكل أساساً موضوعياً له، حيث يتشكل ((أساس العدالة الانتقالية في كل من قواعد القانون الدولي الإنساني وقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الجنائي))[1]، و قواعد حقوق الإنسان تأخذ حيزا بارزا في العدالة الانتقالية، كما أن غاية العدالة الانتقالية هي حماية تلك الحقوق.

وفي ليبيا صدر قانون العدالة الانتقالية في نسخته الأولى سنة 2012م[2]، ثم استبدل بالقانون 2013/29م[3] وقد حدد القانون هدفه الأساسي، والمقصود بالعدالة الانتقالية في مادته الأولى بأنه (( يقصد بالعدالة الانتقالية في مقام تطبيق أحكام هذا القانون معالجة ما تعرض له الليبيون خلال النظام السابق من انتهاكات جسيمة وممنهجة لحقوقهم وحرياتهم الأساسية من قبل الاجهزة التابعة للدولة، عن طريق إجراءات تشريعية قضائية واجتماعية وإدارية، وذلك من أجل إظهار الحقيقة ومحاسبة الجناة وإصلاح المؤسسات وحفظ الذاكرة الوطنية وجبر الضرر والتعويض عن الأخطاء التي تكون الدولة مسؤولة بالتعويض عنها )) والقانون نصّ في ذات المادة إلى امتداد صلاحيته لتشمل (( بعض آثار ثورة السابع عشر من فبراير وهي تحديدا –1:مواقف وأعمال أدت الى شرخ في النسيج الاجتماعي –2.أعمال كانت ضرورية لتحصين الثورة شابتها بعض السلوكيات غير الملتزمة بمبادئها. ))

والعدالة الانتقالية هي وسيلة إصلاح في مجتمع تعرض لنقلة سياسية وفكرية ـ في كثيرا من الأحيان ما تكون متسمة بالعنف، وخاصة في مجال حقوق الإنسان وكرامته، وقد وصف المركز الدولي للعدالة الانتقالية؛ بأن العدالة الانتقالية هي ((استجابة للانتهاكات المنهجية أو الواسعة النطاق لحقوق الإنسان، تهدف إلى تحقيق

(1) اياد يونس محمد الصقلي وعامر حادي عبد الله الجبوري ـ ( العدالة الانتقالية ((دراسة قانونية)) ) ـ مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية / جامعة كركوك / العراق ـ السنة 2016 ـ المجلد 5 ـ الاصدار 1/18 ـ ص 282 . المجلة متاحة على محرك البحث بموقع المجلات الأكاديمية العلمية العراقية على شبكة الانترنت http://www.iasj.net .

(3) قانون رقم (17) لسنة 2012 م بشأن إرساء قواعد المصالحة الوطنية والعدالة الانتقالية نشر بالجريدة الرسمية العدد الثالث السنة الأولى بتاريخ 2012/4/16 م .

(3) نشر بالجريدة الرسمية:ـ السنة 2 العدد 15 ـ بتاريخ 2013/12/15م .

الاعتراف الواجب بما كابده الضحايا من انتهاكات، وتعزيز إمكانيات تحقيق السلام والمصالحة والديمقراطية))[1].

فالدولة رغم أنها تصرفت باعتبارها سلطة قائمة لكنها سلطة تفتقر إلى الخضوع للقانون، واحترام حقوق الأفراد الذين يخالفونها الرأي، فواجهتهم بقوة لا تتناسب مع ضعفهم وعزلتهم وبأسلوب لا يتفق مع أي شرعية، فجاء هذا القانون لإصلاح تلك الأخطاء بأن تتحمل الدولة مسؤولية تلك الانتهاكات من خلال اعتراف المجتمع للضحايا بأنهم كانوا يدافعون عنه قبل دفاعهم عن أنفسهم، وتتجسد لديه الرغبة في أنصافهم، وهو ما عنته المحكمة العليا الليبية في حكمها حين قالت (( أن المسؤولية لا تقرر إلا بنص صريح في القانون ينشئها... وباللزوم لا سبيل للتعويض عن الأضرار التي تخلفها الثورات... إلا بصدور قانون ينص صراحة عليها ويفرضها فرضا على سبيل الاستثناء من مصادر الالتزام المذكورة على أساس التكافل أو التضامن الاجتماعي )) [2].

وقد بينت المادة الثانية من القانون الفعل المادي الذي يقتضي التعويض وقوامه الانتهاك الجسيم والممنهج؛ بأنه ((هو انتهاك حقوق الانسان من خلال القتل أو الاختطاف أو التعذيب الجسدي أو مصادرة الأموال أو إتلافها إذا ارتكب نتيجة توجيه أمر من شخص يتصرف بدافع سياسي، وكذلك التعدي على الحقوق الاساسية بشكل يرتب آثار مادية أو معنوية جسيمة.))

أما النطاق الزمني للأفعال التي ينطبق عليها هذا القانون فهي تمتد من الأول من سبتمبر 1969م وإلى حين انتخاب مجلس تشريعي بناء على دستور دائم[3]. ولا يغيب هنا أن سريان قانون العدالة الانتقالية يكون بأثر رجعي لأفعال مضى على وقوع أولها ثلاثة وأربعون عاما عند نفاذه، وهذا القانون جاء صريحا في تحمل الدولة المسؤولية عن أفعال محددة، لذا يقتضي البحث بيان نطاقه، ثم بيان الضرر محل التعويض بموجبه.

1ـ نطاق قانون العدالة الانتقالية:

قانون العدالة الانتقالية قانون مؤقت بطبيعته؛ حيث جاء النص فيه على انتهاء نطاقه الزمني في مادته الثالثة، فمسؤولية الدولة بموجبه عن أفعال محددة، وفي نطاق زمني محدد.

(1) (ما هي العدالة الانتقالية) ورقة منشورة على موقع المركز الدولي للعدالة الانتقالية https://www.ictj.org/ar/about/transitional-justice الصفحة الأولى تاريخ التصفح 2020/4/8 م .

(**2**) حكم المحكمة العليا ـ طعن مدني رقم64/254 ق الصادر بتاريخ 2020/1/14م. السابق ذكره.

(**3**) المادة (3) من قانون العدالة الانتقالية رقم 2013/29م السابق ذكره.

كما أنه نصّ بصراحة على الأشخاص الذين جاء لإنصافهم، والحق محل الإنصاف، والجهة التي اعتدت على تلك الحقوق؛ فغايته ((معالجة ما تعرض له الليبيون خلال النظام السابق من انتهاكات جسيمة وممنهجة لحقوقهم وحرياتهم الأساسية من قبل الاجهزة التابعة للدولة...)) [1].

وهذا مفاده أن الأجانب الذين انتهكت حقوقهم وحرياتهم الأساسية لا يستفيدون من ذلك القانون، ومنهم المهاجر غير القانوني إذا ما تعرض لتلك الاعتداءات أثناء وجوده على اقليم الدولة الليبية، ولقد بينت العديد من تقارير المنظمات الدولية منها على سبيل المثال منظمة (هيومن رايت ووتش) ما يتعرض له المهاجر غير القانوني من اعتداءات تمس كرامته وإنسانيته [2].

والعدالة الانتقالية كثيرا ما تكون بعد حالة احتراب داخلي في الدولة، وقد تتدخل قوى خارجية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في تلك الحرب، وهذا النزاع لا شك أنه يخلف أضرارا بشرية ومادية جسيمة وعميقة الأثر.

يصنف الفكر القانوني حالات اختلال الأمن داخل الدولة إلى ثلاثة مستويات؛ تبدأ عند ((**رفع** الأهالي للسلاح في وجه الحكومة أو أحد فروعها خروجا على قوانينها يعد عصيانا، وإذا كان العصيان واسع النطاق بشكل يجعله حربا بين الحكومة الشرعية في...[الدولة] وبين بعض مقاطعاتها التي ترغب في التخلص من واجب الولاء والطاعة لها لتقيم حكومة منفصلة عنها فإنه يسمى ثورة، أما الحرب الأهلية فهي التي تقع بين أقسام الدولة حين يدعي كل قسم منها أنه هو صاحب الحكومة الشرعية، ويطلب بسط سيادته على جميع أنحاء...[الدولة]))[3].

---

(**1**) المادة الأولى من القانون.

(**2**) انظر التفاصيل في تقرير منظمة (هيومن رايتس ووتش) بعنوان (إبعاد ومعاملة سيئة) الصادر في 2009/9م ... مصدر سبق ذكره ـ ص 49 وما بعدها. حيث يبين التقرير قيام أفراد السلطة العامة في ليبيا (الجيش والشرطة) باعتداءات غير مبررة على المهاجرين العزل بعد دخولهم إقليم الدولة الليبية.

(**3**) د. بن عيسى زايد ـ التمييز بين النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية ـ رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية ـ قسم الحقوق بجامعة محمد خضير ـ بسكرة / الجزائر. العام الجامعي2017/2016م ـ ص 1. منشورة على شبكة الانترنت ومتاحةعلى محرك بحث النواة ( core)لأوراق البحث المفتوح **https://core.ac.uk** بصيغة BDF تاريخ التصفح 2020/2/19م .

وتظل حالة النزاع الداخلي شأنا داخليا في الدولة ما لم تصل إلى مرحلة الحرب بين طرفين، حيث ((عالج القانون الدولي الحرب الداخلية باعتبارها حربًا بنفس طريقة معالجته أساسًا للحرب بين الدول ذات السيادة. وعند الاعتراف بالأطراف من غير الدول في نزاع مسلح غير دولي باعتبارها أطرافًا محاربة)) [1].

ومتى افتقد الطرف الذي يحارب ضد الحكومة القائمة إلى الاعتراف من الدول فيظل مجرد طرف خارج عن القانون، حيث ((**تعتبر** نظرية الاعتراف بالمحاربين من أهم النظريات التي عملت على نقل الحروب الأهلية إلى الاهتمام الدولي وجعلها محكومة بقانون الحرب وأعرافها، فان لم يكن هناك اعتراف بالمحاربين بقيت هذه الحروب خارج نطاق تطبيق القانون الدولي، فتخضع بالتالي لحكم القانون الداخلي للدولة القائم على إقليمها النزاع.)) [2] وتطبيق هذا على الحالة الليبية سنة 2011م عندما أخذت الدول تعترف بالجسم السياسي المنبثق عن ثورة 17 فبراير، وبدأت المواجهات المسلحة التي أخذت طابع حرب أهلية تخضع لقوانين الحرب المعتمدة في المجتمع الدولي.

ومن ضمن متطلبات الاعتراف الدولي بالطرف الخارج على الحكومة القائمة مدى احترامه للقانون الدولي الإنساني، ففي الحرب الأهلية الإسبانية التي شنها القوميون على الحكومة القائمة آنذاك، ((أصدرت عصبة الأمم قرارًا يدين قصف البلدات المفتوحة، مع اعتبار هذا التصرف مخالفًا للقانون الدولي، كما شجبت العصبة الغارات الجوية التي يشنها القوميون على السكان المدنيين باعتبارها تتناقض و"ضمير البشرية ومبادئ القانون الدولي".)) [3] حيث لم يحظى أولئك المتمردين بأي اعتراف.

ومثل هذا الواقع يجعل المركز القانوني للخارجين على الحكومة القائمة ((لا تعدو أن تكون مجرد حرب بين المتمردين والحكومة، أي أن أطرافها لا يتمتعون بالشخصية القانونية الدولية وهو ما يعطي للحكومة أو السلطات في الدولة في حالة مواجهتها لحرب أهلية على إقليمها الحق في القضاء على كل من تمرد ضدها وتقديمه للمحاكم الجنائية كمجرمين)) [4].

وتبقى مسؤولية الدولة عن أفعال التمرد الضارة، فعندما ((تتمكن الحكومة من القضاء على المتمردين وفي هذه الحالة لا يمكن تحميل الحكومة هذه المسؤولية عن أفعال المتمردين، إذا ثبت عدم تقصيرها في اتخاذ التدابير

---

(**1**) المرجع السابق ـ ص 42.

(**2**) د. بن عيسى زايد ـ التمييز بين النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية ـ .... مرجع سابق ذكره ـ ص 69.

(**3**) المرجع السابق ـ ص 49.

(**4**) المرجع السابق ـ ص 70 و71.

والاحتياطات اللازمة لمنع التمرد وقمعه ويكون انتفاء المسؤولية عن الحكومة الشرعية في هذه الحالة على أساس القوة القاهرة.)) [1] فالدولة وهي تواجه الخارجين عليها تمارس حق الدفاع الشرعي على كيانها، ومن ثمة لا تطالها أي مسؤولية من ذلك الدفاع، ولا يمنعها أن تطالب أولئك المتمردين ومن يقف وراءهم تعويض الأضرار التي خلفتها تلك المواجهات؛ فالدولة شخص قانوني يحميه القانون مثل باقي الأشخاص.

ويتضح الفارق الشاسع بين مفترضات العدالة الانتقالية وهي تعالج حالات تعدى الدولة على الأشخاص الذي يدافعون على الحقوق العادلة بطريقة سلمية، وما يلحقهم جراء ذلك من أضرار جسيمة، وبين حالة مواجهة الدولة للمجموعات خارجة على القانون تهدد كيان الدولة. ويصبح استبعاد تطبيق قانون العدالة الانتقالية على الأضرار التي تخلفها حالة الاحتراب الداخلي نتيجة حتمية تتفق والمنطق القانوني السليم. إذا ما هي الأفعال التي تجعل الدولة تحت طائلة المسؤولية القانونية بموجب قانون العدالة الانتقالية وتتحمل التعويض؟

2 ـ الضرر محل التعويض في قانون العدالة الانتقالية:

نظراً لأن التعويض بموجب قانون العدالة الانتقالية ليس أساسه المسؤولية المدنية التقليدية التي تشمل كل ضرر سببه الخطأ ـ فإن المسؤولية القانونية بموجبه هي مسؤولية يمكن وصفها بأنها انتقائية؛ حيث يكفل قانون العدالة انتقالية التعويض عن أفعال محددة على سبيل الحصر، وبما أن هذا القانون استثناء على قواعد المسؤولية فإنه لا سبيل لقياس الأضرار التي لم ينص على تعويضها على ما جاء فيه من تعويض للأضرار التي نصّ عليها.

كما أن قانون العدالة الانتقالية هو قانون إجرائي في معظمه، لذا فهو يرسم آلية محددة لحصول على التعويض، فهو لإنصاف الضحايا خارج ساحات القضاء، ومن ثم فإن فرصة التمسك به أمام القضاء كقانون موضوعي جد محدودة. هذه الملامح العامة يمكن تناولها بالبحث من خلال الوقوف على حدود المسؤولية في قانون العدالة الانتقالية (1)، ثم بيان آلية التعويض في قانون العدالة الانتقالية (2).

(1) حدود المسؤولية في قانون العدالة الانتقالية:

يهدف قانون العدالة الانتقالية إلى انصاف المواطنين من فعل محدد في القانون وهو الانتهاك الجسيم والممنهج، حيث عرفه بأنه ((هو انتهاك حقوق الإنسان من خلال القتل أو الاختطاف أو التعذيب الجسدي

(1) المرجع السابق ـ ص 79.

أو مصادرة الأموال أو إتلافها إذا ارتكب نتيجة توجيه أمر من شخص يتصرف بدافع سياسي، وكذلك التعدي على الحقوق الاساسية بشكل يرتب آثار مادية أو معنوية جسيمة)) [1]

فموضوع الاعتداءات الذي يهدف القانون إلى انصاف ضحاياه (انتهاك حقوق الإنسان)، والقانون لم يحدد مرجعية لحقوق الإنسان التي يعنيها؛ هل هي الواردة في المواثيق الدولية، أو الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أو غيرهما؟ فالتصنيف الموضوعي لحقوق الإنسان يقسمها إلى ثلاثة أجيال، وهناك تصنيفات أخرى زمانية ومكانية [2]. كما أن استعمال مصطلح (الانتهاك) لا يخلو من غموض، حيث يقترب جدا من مصطلح (المساس)، فهل هو مجرد الاعتداء بغض النظر على جسامته؟ وإضافة عبارة (التعدي على الحقوق الاساسية بشكل يرتب آثارا مادية أو معنوية جسيمة) تؤكد أن المعنى المقصود للحقوق في صدر التعريف له مدلول أكبر.

لكن الوسيلة التي تستعمل للتعدي على تلك الحقوق قد تقلص هذا الغموض، حيث بيّن القانون وسائل الانتهاك على سبيل الحصر وهي القتل أو الاختطاف أو التعذيب الجسدي أو مصادرة الأموال أو إتلافها. وكل هذه الأفعال ـ عدا مصادرة الأموال ـ تشكل الركن المادي لجرائم جنائية في قانون العقوبات الليبي [3]. ولا يغيب على الذهن أن جميع هذه الأفعال لا يمكن أن تنسب للشخص المعنوي وهو الدولة، لأنها ليست وظيفة عامة، ولا هي من متطلبات سير المرافق العامة، لذا لا مجال لأن تنسب للدولة وتتحمل نتائجها من خلال قواعد المسؤولية التقصيرية التقليدية.

وقد وضع القانون شرطاً جوهرياً لاكتمال الركن المادي للأفعال المعني بإنصاف الضحايا منها؛ وهو أن ترتكب هذه الأفعال نتيجة توجيه أمر من شخص يتصرف بدافع سياسي. السؤال الأولي هو: على من يقع عبء إثبات تحقق هذا الشرط؟ ثم ما هو المقصود بالدافع السياسي؟ الذي يمكن نفيه بأن أجهزة الأمن في النظام السابق تتصرف بدافع حماية الدولة، حيث هناك من تعرضوا لتلك الأفعال بسبب معتقدات دينية لا تؤمن بالعمل السياسي أصلا.

---

(**1**) المادة الثانية من القانون.

(**2**) انظر تفاصيل ذلك لدى: ـ د / ساسي سالم الحاج ـ المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان ـ منشورات الجامعة المفتوحة طرابلس / ليبيا ـ طبعة المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية / مصر ـ 1995م بدون رقم طبعة ـ ص 270.

(**3**) القتل المواد:296: 368: 372، الخطف المادة: 428 ، التعذيب الجسدي المواد من 378: 383 ، إتلاف الأموال المادة 457 .

لقد كان الأولى بقانون العدالة الانتقالية النصُّ على اشتراط أن تكون نشاطات الضحايا أو المرتبطين بهم كانت لمقاومة الاستبداد السياسي المتمثل في حكم الفرد الشمولي، والدفاع عن حقوق الأنسان.

بقت الإشارة إلى مصطلح (ممنهج) وهذا الوصف لم يرد في التعريف بيان له، وهو تزيّد لا طائل من وراءه؛ لأن سياسة النظام السابق في قمع الحرية وترسيخ الاستبداد السياسي كانت كلها تسير بمنهج واحد وهو منهج القمع والترهيب واستعمال أقنعة إعلامية وفكرية لتغطية انتهاكاته.

(2) آلية التعويض في قانون العدالة الانتقالية:

قانون العدالة الانتقالية يقوم على فكرة معالجة الجزء الأهم من آثار الانتهاكات التي تعرض لها الضحايا خارج المنظومة القضائية من حيث المبدأ إن أمكن، وذلك من خلال قيام الهيئة المنشأة بموجبه بأعمال ذات طابع قضائي وضبطي، يناظر أعمال السلطة القضائية؛ حيث أعطى (( للهيئة سلطة أمر الأشخاص وتفتيش الأماكن وضبط المستندات والأدلة وتحريزها وزيادة الأماكن ذات الصلة بالموضوعات التي تحقق فيها، ويكون للأشخاص الذين يصدر بتحديدهم قرار من رئيس مجلس إدارة هيئة الحقائق والمصالحة سلطة الضبطية القضائية في هذا الشأن)) [1].

فالقانون جاء في معظمه إجرائيا، واكتفي في الجانب الموضوعي ببيان محل الحماية التي يتغياها لحقوق الإنسان لدى الضحايا، وبيان التعويض عنها. وهذا الاختصاص الموضوعي الذي أناطه القانون بالهيئة يمثل قيدا على السلطة القضائية بحيث يسلبها ولاية نظر أي دعوى يكون محلها الحقوق التي يحميها القانون المذكور أو الجرائم التي كانت وراءها، ما لم تكن محالة إلى السلطة القضائية بموجب المادة 20 منه [2]، ولن يكون أمام القضاء إلا عدم قبول

الدعوى إذا رفعت إليه ابتداءً؛ نظرا لوجود جهة مختصة بالموضوع خارج السلطة القضائية.

والدليل على هذا أن قانون العدالة الانتقالية الأول (رقم2012/17 م) نصّ على أنه ((ليس في أحكام هذا القانون ما يخل بحق المتضرر أو وكيله في سلوك سبل الإنصاف القضائي لجبر الأضرار عن الانتهاكات

(**1**) المادة 16 من القانون.

(**2**) تنص المادة 20 في فقرتها الثانية على ((كما يجوز للهيئة الإحالة للمحاكم المدنية أو الجنائية أو الإحالة إلى لجان التحكيم والمصالحة والعفو. )) وهذا السلطة المطلقة في الإحالة تجعل رقابة القضاء الإداري على قرارات الهيئة شبه متعذرة.

المرتكبة في حقه أو في حق وكيله في غل يد النيابة العامة عن رفع ومباشرة الدعوى الجنائية تجاه المتهمين بارتكاب تلك

الانتهاكات.)) [1]وما يعنى البحث هو كيفية حصول المضرور على تعويض من الدولة استنادا إلى هذا القانون؟ قانون العدالة الانتقالية رغم أنه إجرائي في أغلب مواده إلا أنه خلا من تنظيم وسيلة طلب الحماية أو الإنصاف التي يتقدم بها الضحايا، ولم ينظم أي سجلات لتفادي تكرار الطلبات، وهذا معناه أن الطلب يقدم بأي طريقة مكتوبة أو شفوية للهيئة.

وطريقة اتصال الهيئة بالحالات بيّن القانون قنواته؛ حيث يتم النظر فيما يحال إليها من المؤتمر الوطني العام (السلطة التشريعية )، والحكومة، ومؤسسات المجتمع المدني المعنية بحقوق الانسان وضحايا الانتهاكات، وأطراف المنازعة أو أحدهم، ويجوز أن يكون العرض من وكلائهم أو محامين عنهم بموجب وكالات خاصة، ووزير العدل، وأخيرا خول القانون الهيئة أن تبادر من تلقاء نفسها بالنظر في أي قضية إن رأت وجها لذلك.[2] والجهات المعنوية المذكورة غير ملزمة بإحالة الموضوعات التي من اختصاص الهيئة، في حين أن الضحايا ليس أمامهم جهة مختصة غير الهيئة!!

ومن حيث محل الطلب فالقانون يقتصر على التعويضات، ولا تقدم للهيئة طلبات لرد الأملاك العقارية؛ لأنه نصّ على أن ((تنشأ هيئة مستقلة لرد المظالم العقارية بناء على قانون يصدر بالخصوص.))[3]

والحصول على التعويض يقتضي المرور بمرحلة أولى قوامها جمع المعلومات من الضحية، وإجراء التحقيقات؛ فالمادة (16) خولت الهيئة أن تستعين في سبيل إجراء تحقيقاتها بجهاز الشرطة، وموظفي الإدارة المحلية، وأعطت الفقرة الثالثة من ذات المادة ((للهيئة واللجان التابعة لها أن تطلب من أي شخص أن يكشف عن أي معلومة أو وثيقة أو مادة لديه يكون لها علاقة بموضوع البحث الذي تقوم به الهيئة وأن تستجوب أي شاهد وأن تحلفه اليمين القانونية المقررة.))

وتنتهي مرحلة جمع المعلومات عن الحالة المعروضة بتقريرين تقدمهما الهيئة الأول إجمالي يتضمن توصيات إجمالية، والثاني تفصيلي يشمل على بيان واف بالوقائع مدعما بالأدلة، والنتائج التي تم التوصل إليها من خلال

(**1**) المادة (12) من القانون (رقم 2012/17 م) السابق الإشارة إليه.

(**2**) المادة 18 من القانون.

(**3**) المادة 28 من القانون.

الدراسة والتحقيق متضمنه تحديدا دقيقا لحجم الأضرار وللمسؤولية وللأشخاص ذوي العلاقة بها، كما يتضمن التقرير ما قامت به الهيئة في سبيل محاولات الصلح بين الأطراف.

وأخيرا يبين التقرير توصيات بشأن طرق معالجة الانتهاكات أو حل النزاعات بما في ذلك اتخاذ إجراءات أو تدابير أو إحالة أشخاص أو وقائع إلى الجهة المختصة. [1].

وإذا قررت الهيئة التعويض تبدأ المرحلة الثانية وهي تقدير التعويض، بعد قرار تصدره الهيئة باستحقاق التعويض وتحيل الهيئة قرار التعويض بعد اعتماده إلى لجان تشكل لتقدير التعويض وتحديد نوعه وألية صرفه. ما لم ترَ الهيئة الإحالة للمحاكم المدنية أو الجنائية أو الإحالة إلى لجان التحكيم والمصالحة والعفو [2]. مع التساؤل هنا هل التحكيم أو المصالحة هي إجبارية ؟!!

تتولى لجنة تقدير التعويضات وهي من يحدد القيمة النقدية للتعويض بموجب قرار من لجنة يعينها مجلس إدارة الهيئة برئاسة قاض تقوم بتقدير التعويض مكونة من خمسة أعضاء على أن يتم اعتماد القرار من الهيئة [3]. ويخلو القانون من أي آلية للاعتراض على قرارات الهيئة سواء برفض التعويض، أو عدم الرضا بقيمته.

وهذا يفتح الباب أمام أصحاب الشأن لولوج ساحة القضاء الإداري للطعن على القرار، فهل محكمة القضاء الإداري تعيد بحث الموضوع الذي يتطلب إلغاء القرار الصادر من الهيئة، ثم تصدر حكماً بالتعويض عن القرار المعيب الذي أصدرته الهيئة، وتتحمل التعويض في هذه الحالة ـ على الأرجح ـ الخزينة العامة بدل صندوق تعويضات الهيئة. أم أن القضاء الإداري ينظر إلى القرار على أنه قرار سليم مبني على السلطة التقديرية للهيئة المستمدة من القانون، ومن ثم لا مجال للتعويض على القرار السليم؛ لأن ((مسؤولية الإدارة لا تقوم إلا مستندة على خطأ، فإن النتيجة المنطقية لذلك ألا تسأل الإدارة في حالة عجز الأفراد عن إثبات عدم مشروعية القرار...))[4]، يبدو أن التوجيه الثاني أكثر اتفاقاً مع المنطق القانوني السليم، وإن كان يجافي فلسفة العدالة الانتقالية.

وتتحمل الدولة التعويضات المقررة ويتم دفعها من خلال صندوق تعويضات الضحايا الذي ينشأ بقرار من السلطة التشريعية، يتولى دفع التعويضات المستحقة بموجب القانون بعد انتهاء هيئة تقصي الحقائق من أعمالها.

---

(**1**) المادة 17 من القانون.

(**2**) المادة 20 من القانون.

(**3**) المادة 24 من القانون.

(**4**) د. سليمان محمد الطماوي ـ الوجيز في القضاء الإداري... مرجع سبق ذكره ـ ص 408.

ويصدر بتنظيم الصندوق لائحة من مجلس الوزراء على أن تتضمن قواعد تقدير التعويض وطرق دفعه ومواعيده وكيفيته والأشخاص المستفيدين منه، ويحل الصندوق محل صاحب الحق في مطالبة الملزم بالتعويض. وسمح القانون بأن يبدأ الصندوق في صرف تعويضات مستعجلة للحالات التي تقرر هيئة تقصي الحقائق استعجالها، وتنظيم اللائحة ضوابط الاستعجال [1].

وهكذا تكون رحلة هذا البحث القصير ـ الذي لا شك أنه ينقصه الكثير ـ قد أذنت بالوصول إلى الخاتمة، التي ينبغي أن تستخلص ما جاء في البحث من متفرقات.

(1) المادة 25 من القانون.

## الخاتمة

تبين من خلال هذا البحث أن الدولة ما هي إلا شخصية قانونية مثل أي شخصية قانونية أخرى، ولم يكلفها القانون في قواعد المسؤولية المدنية ما يجعل مسؤوليتها تمتد بصورة استثنائية إلى الأضرار التي يخلفها العمل الإجرامي. وأن الدولة تمارس وظيفتها في تسيير المرافق العامة بما يتيسر لها من الإمكانيات، وأن مرفق الأمن وحفظ الحدود في الدولة تواجهه تحديدات وصعوبات تقصر عنها حتى الدول التي لها من القدرات التقنية والبشرية ما لا تملك الدولة الليبية مثلها.

وتبين أن المهاجر غير القانوني ـ في الغالب ـ ما هو إلا إنسان أحاطت به ظروف تهدد حياته فحاول الهروب من الموت جوعاً، إلى احتمال النجاة بركوب مخاطر لا قبل له بها. والمهاجر غير القانوني ليس مجرما بالفطرة وأن القانون هو الذي أعطاه هذا الوصف، بل إن النظرة الإنسانية تجعل من الأولى الرفق به والإحسان إليه وعدم هدر كرامته واستغلاله، وهذا من صميم خلق المسلم سيما وأن جل المهاجرين الذين يدخلون إقليم الدولة الليبية هم مسلمون.

وظاهرة الهجرة غير القانونية قلّ من الدول التي لا تكون مصدراً أو مقصداً لها أو معبرا، ولذا فإن مكافحتها لا يكون بمجهود دولة أو أكثر بل تحتاج إلى تظافر جهود المجتمع الدولي من خلال جهود عدة أولها تنمية المجتمعات المصدرة للمهاجرين، والتعامل بحزم مع عصابات تهريب المهاجرين؛ فهي طرف فعال في تفاقم هذه الظاهرة.

وغير خاف الآثار التي تخلفها الجريمة على مستوى الأمن المجتمعي، أو على حياة الضحية خاصة إذا أدت إلى فقد الضحية لحياته وخلف من بعد أسرة مكلومة، أو جعلته في حالة عجز كلي أو جزئي عن ممارسته حياته المعتادة ليجد نفسه بحاجة إلى الرعاية بعد أن كان يرعى غيره.

ولن يجد المجتمع بداً من أن يتكافل للحد من آثار الجريمة، وتصبح المسؤولية جماعية بين كل أفراد المجتمع لرعاية ضحية الإجرام. ومثل هذه المسؤولية تحفز حس المسؤولية لدى أفراد المجتمع وتدفعهم إلى التعاون على حفظ الأمن ومكافحة الجريمة. وهذا التكافل في هذا العصر لن يكون فعالا إلا بتنظيم تشريعي يحقق مثل هذه التطلعات، ولعل في هذه التوصيات ما يرشد إلى ذلك: ـ

1 ـ تنظيم صناديق على مستوى إداري مناسب في الدولة لتتولى تحمل الدية، متى كانت العاقلة هي من يتحملها، تكون لهذه الصناديق شخصية قانونية توجه لها طلبات الحصول على الدية بطرق إدارية ميسرة. ويكون موردها المالي من الأشخاص الذين يتحملون الدية شرعا.

2 ـ عندما تكون الدية يتحملها الجاني ويكون غير مقتدر، من الممكن أن يتم تقديم جزء منها من الدولة في شكل قرض حسن يقدم للجاني بعد صدور حكم نهائي بالدية، ويكون بضمان عدد مناسب من الأشخاص المقتدرين في صورة كفيل شخصي ممنوع من الدفع بتجريد المدين، يتحملون أي تقصير في الوفاء من المدين بطريق الحجز الإداري. مع إبعاد هذا الطريق عن صناديق الدية التي تتحملها العاقلة، دفعا للفساد وسوء الإدارة.

3 ـ التشجيع على إنشاء جمعيات خيرية لمساعدة المهاجرين غير القانونيين لتقديم متطلبات الحياة الضرورية لهم، للحد من معاناتهم ريثما يتقرر مصيرهم بالترحيل، أو بالسماح لهم بمواصلة رحلتهم.

4ـ وفي مجال مكافحة الهجرة غير القانونية يمكن للدولة الليبية بما يتيحه لها موقعها بين دول انطلاق المهاجرين ودول مقصدهم ـ أن تقود جهودا دولية للتنمية والاستثمار في الدول الفقيرة، وجهود محاربة جريمة نقل المهاجرين تقوم على استعمال التقنيات الحديثة في المراقبة، وتتبع عصابات التهريب وتفكيكها.

## قائمة بأهم المصادر والمراجع

**أولا المصادر: ـ**

**(أ) التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وتقارير المنظمات**

(1) قانون رقم (19) لسنة 2010 م بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة مدونة التشريعات الليبية السنة (10) العدد (10) بتاريخ 15\6\2010م

(2) قانون تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها رقم 6\1987م ـ الجريدة الرسمية الليبية ـ العدد 15 السنة 25 بتاريخ 8\10\1987م.

(3) القانون عدد 7 لسنة 1968 مؤرخ في 8 مارس 1968 يتعلق بحالة الأجانب بالبلاد التونسية ـ عدد الرائد الرسمي 11 تاريخ الرائد الرسمي 8\3\ 1968م.

(4) القانون رقم 03\02 يتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.03.196 بتاريخ 11 \11\2003 – (الجريدة الرسمية المغربية عدد 5160)

(5) القانون الجزائري رقم 08 – 11 بتاريخ 25\6\2008 م يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها ـ الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة /العدد 36 تاريخ العدد 2\7\2008م

(6) بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، المكمِّل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية. اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25 الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في 15 تشرين الثاني/نوفمبر2000م.

(7) تقرير منظمة (هيومن رايتس ووتش) بعنوان (إبعاد ومعاملة سيئة) الصادر في سبتمبر2009م متاح على موقع المنظمة http://www.hrw.org على ملف بصيغة BDF.

(8) القانون رقم (17) لسنة 2012 م بشأن إرساء قواعد المصالحة الوطنية والعدالة الانتقالية نشر بالجريدة الرسمية العدد الثالث السنة الأولى بتاريخ 2012/4/16 م.

(9) القانون رقم (29) لسنة 2013م في شأن العدالة الانتقالية نشر بالجريدة الرسمية: ـ السنة 2 العدد 15 ـ بتاريخ 2013/12/15 م.

**(ب) الأحكام القضائية**

(1) حكم المحكمة العليا الليبية طعن جنائي رقم 143\19ق بتاريخ 17\4\1973م ـ مجلة المحكمة العليا ـ السنة التاسعة ـ العدد الرابع (1973م).

(2) حكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 64/254 ق الصادر بتاريخ 2020/1/14م ـ لم ينشر بعد.

(3) حكم المحكمة العليا الليبية ط مدني رقم 6/26 ق بتاريخ 1961/12/16م، مجلة المحكمة العليا ج/2 مكرر ص 324، متاح على برنامج الباحث في مبادئ المحكمة العليا الإصدار الأول.

(4) حكم المحكمة العليا الليبية طعن مدني رقم 42/288 ق بتاريخ1996/4/14م متاح على برنامج (الباحث في مبادئ المحكمة العليا) الإصدار الأول ـ إعداد برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ـ مشروع تحديث قطاع العدل في ليبيا.

(5) حكم المحكمة العليا الليبية ـ طعن مدني رقم 34/61ق بتاريخ 1989/3/20م مجلة المحكمة العليا السنة 26 العددان 1و2 ـ ص 119.

(6) حكم محكمة جنوب طرابلس في الدعوى 2014/817م وحكم محكمة استئناف طرابلس بتاريخ 2016/11/28م في دعوى الاستئناف رقم 2016/210م

(7) حكم محكمة ترهونة الابتدائية (الدائرة الكلية) بتاريخ 30\5\ 1425= 1996 م في الدعوى رقم (25\12=1996م) غير منشور

(8) حكم محكمة العقيب التونسية ـ قرار تعقيبي مدني عدد 34424 مؤرخ في 1992/08/27م متاح على محرك بحث المحكمة http://jurisprudence.e-justice.tn تاريخ التصفح 2020/2/25م .

(9) حكم محكمة التعقيب التونسية ـ قرار تعقيبي مدني عدد (رقم) 41729 بتاريخ 10/8/ 1996م . منشور بموقع (بوابة العدل في تونس) التابع لوزارة العدل في تونس. www.justicetn. تاريخ التصفح 2019/9/4م.

(10) حكم محكمة النقض المغربية القرار رقم 382 ـ الدائرة الإدارية ملف إداري 79308 ـ بتاريخ 1984/5/18م ـ متاح على محرك بحث المحكمة http://www.juris.courdecassation.ma تاريخ التصفح 25 /2/ 2020م .

(11) حكم محكمة النقض المصرية ـ طعن مدني رقم 445/ 26 جلسة 26 /4/1962م، السنة 13 العدد الأول، ص 543 قاعدة 81، متاح على موقع المحكمة على شبكة الانترنت https://www.cc.gov.eg/ في ملف بصيغة pdf.

**ثانيا المراجع :ـ**

الكتب والبحوث العلمية والمقالات.

(1) د. أحلام بيضون ـ في مفهوم السيادة البعدان الداخلي والخارجي ـ بحث منشور على موقع الجامعة اللبنانية كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية الفرع الثاني https:// droit ul.edu.lb.2droit بصيغة BDF.

(2) د. أحمد عبد الظاهر ـ إبعاد الأجانب في التشريعات الجنائية العربية ـ مركز الدراسات والبحوث الفقهية والقضائية والتشريعية ـ الناشر دائرة القضاء أبو ظبي / الإمارات ـ الطبعة الأولى 2014م.

(3) اياد يونس محمد الصقلي وعامر حادي عبد الله الجبوري ـ (العدالة الانتقالية ((دراسة قانونية))) ـ مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية / جامعة كركوك / العراق ـ السنة 2016 ـ المجلد 5 ـ الاصدار 1/18.

(4) د. بن عيسى زايد ـ التمييز بين النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية ـ رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية ـ قسم الحقوق بجامعة محمد خضير ـ بسكرة / الجزائر ـ العام الجامعي2017/2016م ـ منشورة على شبكة الانترنت ومتاحةعلى محرك بحث النواة (core) لأوراق البحث المفتوح https://core.ac.uk بصيغة BDF .

(5) د. باسم صبحي بشناق ـ الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري ـ الجامعة الإسلامية ـ غزة فلسطين الطبعة الخامسة ـ متاح على شبكة الانترنت بصيغة BDF على موقع **http://site.iugaza.edu.ps**

(6) بوجانة محمد ـ معاملة الأجانب في ظل أحكام القانون الدولي المعاصر ـ رسالة دكتوراه في القانون العام ـ مقدمة لكلية الحقوق ـ جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر1 / الجزائر ـ العام الجامعي2016/2015م ـ منشورة على موقع جامعة بجاية الجزائرية على شبكة المعلومات الدولية http://biblio.univ-alger.dz .

(7) بوعافية ليندة و برباش شهيدة ـ الهجرة غير الشرعية ومكافحتها – رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية ـ قسم القانون العام بجامعة عبدالرحمن ميرة ـ بجاية / الجزائر ـ العام الجامعي2013/2012م. منشورة على موقع جامعة بجاية الجزائرية على شبكة المعلومات الدولية http://univ-bejaia.dz.

(8) جنقييف قيني ـ المطول في القانون المدني مدخل إلى المسؤولية المدنية ـ بإشراف جاك غستان ـ ترجمة د. عبد الأمير إبراهيم شمس الدين ـ المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ـ بدون رقم طبعة أو تاريخ أو مكان نشر.

(9) د. حسن عبد الرحمن قدوس ـ الحق في التعويض مقتضياته الغائية ومظاهر التطور المعاصر في النظم الوضعية ـ الناشر دار النهضة العربية ـ القاهرة / مصر ـ النسر الذهبي للطباعة ـ بدون تاريخ أو رقم طبعه.

(10) حمد عمر حمد ـ السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها ـ الطبعة الأولى ـ الرياض / السعودية 2003 ـ الناشر أكاديمية نايف ـ متاحة على موقع مؤسسة إبداع المكتبة الإلكترونية الخاصة بمؤسسة إبداع **http://www.creativity.ps**.

(11) ربيع ناجح راجح أبو حسن ـ مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير مقدمة لجامعة النجاح (الفلسطينية) كلية الدراسات العليا ـ سنة 2008م ـ نابلس/ فلسطين ـ متاحة بصيغة pdf على موقع جامعة النجاح الوطنية الفلسطينية **www.najah.edu**

(12) د.رمزي طه الشاعر ـ قضاء التعويض (مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية)ـ الناشر دار النهضة العربية ـ القاهرة/مصر ـ طبعة دار التيسير ـ بدون رقم طبعه ـ 2008.

(13) د. ساسي سالم الحاج ـ المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان ـ منشورات الجامعة المفتوحة طرابلس / ليبيا ـ طبعة المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية / مصر ـ 1995م بدون رقم طبعة.

(14) د. سليمان مرقس ـ الوافي في شرح القانون المدني ـ الجزء الثاني في الالتزامات الفعل الضار والمسؤولية المدنية ـ المجلد 2 ـ مطبعة السلام ـ الطبعة الخامسة ـ 1989م.

(51) د. سليمان محمد الطماوي ـ الوجيز في القضاء الإداري دراسة مقارنة ـ الناشر دار الفكر العربي ـ دار الإشعاع للطباعة ـ بدون بقم طبعة ـ 1985م.

(61) د.سيد عبدالوهاب مصطفي– النظرية العامة لالتزام الدولة بتعويض المضرور من الجريمة ـ الناشر دار الفكر العربي القاهرة/مصر ـ الطبعة الأولى ـ 2005م.

(71) الرائد:ـ عادل محمد بيان (الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية دون خطأ" دارسة مقارنة") مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون المجلد43، العدد1 سنة 2016. ـ تصدر عن عمادة البحث العلمي وضمان الجودة عمان/الأردن .. متاحة على شبكة الانترنت بموقع http://journals.ju.edu.jo/ على ملف بصيغة pdf.

(81) د. عبد الرزاق السنهوري ـ علم أصول القانون خلاصة المحاضرات التي ألقاها على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق ـ مطبعة فتح الله إلياس نوري وأولاده ـ مصر بدون رقم طبعه ـ 1936م ـ متاح على شبكة الانترنت بصيغة BDF على موقع **https://loiarabe.blogspot.com/**.

(91) د. عمرو محمد المارية: مسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا العمليات الإرهابية ـ ص 12 من ملف pdf ـ المنشور على موقع كلية الحقوق جامعة طنطا **http://law.tanta.edu.eg.lmagazine.aspx**.

(20) د. الكوني عبودة ـ أساسيات القانون الوضعي الليبي المدخل لعلم القانون ـ الجزء الأول ـ منشورات كلية القانون ـ جامعة ناصر ـ طبعة الشركة العامة للورق والطباعة ـ بدون رقم طبعة ـ 1993م.

(21) د. ماجد راغب الحلو ـ القانون الإداري ـ دار المطبوعات الجامعية ـ الإسكندرية \مصر ـ بدون مكان طبع ورقم طبعة ـ 1987م.

(22) مازن ليليو راضي ـ القانون الإداري الليبي ـ دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية/ مصر ـ بدون رقم طبعة ـ 2005م.

(23) مجد محمد سليمان عناب ـ الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية ـ رسالة ماجستير مقدمة لكلية الدراسات العليا ـ جامعة النجاح فلسطين ـ نابلس \ فلسطين ـ2012م ـ متاحة على موقع جامعة النجاح الوطنية الفلسطينية www.najah.edu على ملف بصيغة pdf.

(24) د.محمد رمضان بارة ـ شرح القانون الجنائي الليبي الأحكام العامة الجريمة والجزاء ـ المركز القومي للبحوث والدراسات ـ بدون مكان نشر ـ الطبعة الأولى ـ 1997م.

(25) د.محمد عبد الله الحراري أصول القانون الإداري الليبي ـ الجزء الأول ـ منشورات جامعة ناصر ـ مطابع الوحدة العربية الزاوية ـ بدون رقم طبعة.

(26) د. محمد علي البدوي ـ النظرية العامة للالتزام ـ الجزء الأول مصادر الالتزام ـ الناشر جامعة الفاتح ـ الشركة العامة للورق والطباعة مطبعة الوثيقة الخضراء ـ الطبعة الثانية ـ 1997م

(27) د. محمد كامل ليلة ـ النظم السياسية ـ الناشر دار الفكر العربي ـ بدون مكان نشر ـ طبعة دار الجيل ـ بدون رقم طبعه ـ 1963م.

(28) د. محمد نجيب حسنى ـ شرح قانون العقوبات القسم العام ـ الناشر دار النهضة العربية ـ مطبعة جامعة القاهرة ـ الطبعة السادسة ـ 1989م.

(29) د. محمد نصر رفاعي ـ الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر ـ رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة/ مصر ـ سنة 1978م.

(30) د. نعمان أحمد الخطيب، الوجيز في النظم السياسية ـ الناشر دار الثقافة للنشر والتوزيع ـ عمان / الأردن ـ الطبعة الثانية 2011م ـ متاح على شبكة الانترنت بصيغة BDF على موقع https://www.researchgate.net/.

(31) النسخة الإلكترونية لصحيفة (بوابة الوسط صوت ليبيا الدولي) عنوان الخبر (استفتاء في سويسرا حول طرد الأجانب) بتاريخ الأحد 28 فبراير 2016م.

(32) مقالة بعنوان (التأشيرات الإنسانية :البناء على التجربة البرازيلية) مجلة نشرة الهجرة القسرية ـ العدد 53 ـ أكتوبر 2016م ـ تصدر عن مركز دراسات اللاجئين (مقره جامعة أكسفورد) ـ متاحة بصيغة ملف BDF على الموقع: ـ www.fmreview.org/ar/community-protection.

(33) موسوعة ويكيبيديا https://ar.wikipedia.org/ :ـ

ـ مادة (تفجيرات لندن 7 يوليو 2005 )

ـ مادة (الحدود الأمريكية المكسيكية)

ـ مادة (قائمة الدول حسب طول السواحل)

# الوسيلة البشرية في المنظمة الدولية ودورها في حل النزاعات

أ. علي محمد علي الزليتني

مـاجستير قانــون عـــــام

**مقدمة:**

غني عن البيان أن للمنظمات الدولية وسائل بشرية ومالية وقانونية، شأنها في ذلك شأن الدولة في الوزارات والمؤسسات العامة الموجودة فيها، سواء بسواء، ولعل الوسيلة البشرية – أي الموظف الدولي – هي عصب هذه المنظمة مجازية الشخصية لأنه من وجهة نظرنا الشيء الوحيد الحقيقي في مثل هذه المنظمات ذات الشخصية الاعتبارية.

والمتتبع للواقع الذي نعيشه الآن أن لهذه الوسيلة البشرية دور يكاد يكون الدور الأبرز والاهم للمنظمة الدولية بأسرها، ألا وهو **حل النزاعات بين الدول بالطرق السلمية** " ذلك أن الموظف الدولي قد يلعب دورا مهما في إنجاح أو إفشال ــ لا سمح الله ــ مفاوضات السلام بين الدول، وقطع الطريق أمامها للجوء إلي الحروب كخطط بديلة بعد الفشل في المفاوضات السلمية.

وللتوضيح أكثر، نطرح السؤال المركب الآتي: هل للموظف الدولي دور في فض النزاعات بين الدول؟ وما هي فاعلية هذا الدور في ظل عالمنا الحالي؟ وان كان للموظف الدولي دور في استتباب وتحقيق السلم والأمن الدوليين، من خلال المفاوضات واللقاءات وغيرها من الوسائل لجعل أطراف النزاع يجلسون على طاولة المفاوضات هو دور سامي وهدف نبيل، يحقق غايات وأهداف الميثاق، فيا ترى ما مدى فاعليته في الواقع، **وهو ما شدنا إلي هذا الموضوع** بل كان **السبب الرئيسي في اختيار البحث.** وللإجابة عن هذا التساؤل يلزم أولا أن نتعرف عن قرب من هو الموظف الدولي بتعريفة من قبل الفقه والقضاء الدوليين ثم تمييزه عن غيره من وسائل بشرية أخرى قد تستعين بهم المنضمة الدولية لأداء مهمات مؤقتة كما نتعرف على الشروط الواجب توافرها في الموظف الدولي وسنتعرف عن حقوقه وواجباته وكيفية تعيينه ومدى استقلاله عن الدول حتى نستطيع معرفة دوره في حل النزاعات الدولية.

وترجع الصعوبة الخوض في هذا المضمار ما يحدث في بلادنا فنتائجه تشكل في حد ذلتها تنبؤ بالمستقبل لكون النزاع – للأسف- لم ينتهي بعد.

وسيعتمد الباحث على مصدرين أساسيين هما: المصدر الأول: أراء الفقه الدولي، والثاني: هو أحكام القضاء الدولي وفي التعامل مع هذين المصدرين، اعتمدنا على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص وأراء الفقه وأحكام المحاكم، وصلنا إلي ما نرمي إليه، مستعينين بواقع معاش لتكوين رأي واضح وحاسم في الموضوع.

والجدير بالذكر فقد وضعنا خطة قسمت إلى خمس مطالب، حيث يخصص المطلب الأول لمفهوم الموظف الدولي، والمطلب الثاني: التكييف القانوني للوظيفة الدولية من وجهة نظر الفقه أو القضاء، والمطلب الثالث: للإثار المترتبة على الوظيفة الدولية، والمطلب الرابع: لأثر الدول العظمى على الموظف الدولي، والخامس: لدور الموظف في حل النزاعات.

**أولا –المطلب الأول/ مفهوم الموظف الدولي:**

نحاول في هذا المطلب التمييز بين الموظف الدولي عن من يعمل لدي المنظمة الدولية، ولا ينطبق عليه ذلك الوصف، بل انه يختلف عن الموظف المحلي باعتبار أن الأول يؤدي عمله في بيئة معقدة ويناط به مهام ترقي إلي مستوى دول كحل النزاعات بين الدول أو قيادة مؤسسة كبيرة كالأمم المتحدة كمنصب أمين عام الأمم المتحدة وقضاة محكمة العدل الدولية مثلاً، لذا كان لزاما علينا إسدال الستار عنه عن طريق تعريفه وتميزه عن غيره من عمال ومستخدمي المنظمات، وهو ما سيتناوله الباحث في المطلب الأول في فرعين، الأول سيخصصه لتعريف الموظف الدولي، والثاني للشروط اللازمة لإسباغ ذلك الوصف.

**الفرع الأول – تعريف الموظف الدولي:**

تصدت محكمة العدل الدولية لتعريف الموظف الدولي في رأيها الاستشاري الصادر بتاريخ 4/11/ 1949م أن الموظف الدولي هو: "كل شخص يعمل باجر أو بدونه بصفة دائمة أو مؤقتة يعين بواسطة أحد فروع المنظمة لممارسة إحدى وظائف المنظمة أو المساعدة في مباشراتها وباختصار هو كل شخص تعمل المنظمة بواسطته " [1].

(1) ذكر هذا التعريف د. عبد السلام عرفة، المنظمات الدولية والإقليمية، ط 3، (دار النشر والتوزيع والإعلان، سنة 1999م ) ، ص 89 .

والحق أن لهذا التعريف ايجابيات عدة منها: مرونته التي تمكنه من ملاحقة التطور الذي يطرأ على المنظمات الدولية، لكونه صادر من جهة منوط بها تعريف المصطلحات القانونية وهو القضاء الدولي. ومع ذلك لم يسلم – من وجهة نظرنا – من توجيه النقد لكونه تعريف موسع أدخل الموظف المؤقت في عداد الموظفين الدوليين، وهو ما يتناقض مع ديمومة واستمرارية الوظيفة الدولية، كما أن الموظفين المؤقتين كالمستخدمين مثلا ليسوا موظفين دوليين لأنهم يخضعون لدولة المقر، التي تعينهم وتخضعهم لقوانينها الداخلية.

كما أن هذا التعريف رغم توسعه إلا أنه تعريف قاصر، لأنه ليس كل موظفي المنظمة الدولية يعينون من فروع المنظمة، بل بعضهم يتم تعينه من الدول وليس المنظمة، بل إن البعض الأخر يتم اختياره عن طريق الانتخاب وليس التعيين كقضاة المحكمة العدل الدولية، ولا نجد لهذا التعريف تبريرا منطقيا إلا أننا نرجعه لتبني محكمة العدل الدولية المعيار الموسع في تعريفاتها واستشاراتها القانونية. ومن زاوية اخرى تناول شراح القانون الدولي تعريف الموظف الدولي كل حسب الوجه التي يرها تدل بوضوح عنه، إلا أنها جميعا تدور في فلك واحد تقريبا، حيث عرفه البعض "كل شخص يشغل وظيفة دائمة في خدمة منظمة دولية " [2].

وينتقد الباحث هذا التعريف ويراه قاصر من زاويتن: الأولى – أنه خلط بين الموظف الدولي وبين مندوب الدول الأعضاء والذي هو ليس بعضو في المنظمة. والثانية: أنه أهمل أن يكون موظف دولي ويعمل في فرع من فروع المنظمة.

كما عرفه آخر بأنه: " الشخص الذي يتولى تنفيذ اتفاق دولي بصفة مستمرة لمصلحة الجماعة الدولية تحت إشراف المنظمة الدولية وطبقا للقواعد المنصوص عليها في ميثاق نشأتها ولوائحها الداخلية وبنود العقد المبرم فيما بين الموظف والمنظمة " [3] .

والحق أن لهذا التعريف مميزات منها: أكد أن الوظيفة الدولية هي دائمة ومستمرة وليست مؤقتة، وأن تكون الوظيفة الدولية لمصلحة المنظمة وليس لمصلحة شخصية له، وأن الموظف الدولي يخضع مباشرة للمنظمة ولقوانينها ولوائحها. إلا أنه في الوقت نفسه أخذ بالمعيار المختلط في تكييف الطبيعة القانونية للموظف الدولي بالرغم من أن التعريف يوحي بتبني المعيار اللائحي، كما أنه أغفل في تعريفه للموظف الدولي إمكانية انتخاب الموظف من الدول الأعضاء بالمنظمة الدولية مثل قضاة المحكمة العدل الدولية.

---

[2] د. عبد السلام عرفة، مرجع سابق ، ص 90 .

[3] نفس المكان.

وجميل هنا أن نورد تعريفا ت أخرى والغرض منها الوصول الى تعريف مثالي للوظف الدولي، حيث عرفه شراح آخرون بأنه: "كل من يعمل في خدمة منظمة دولية تحت إشراف أجهزتها وطبقا لقواعد ميثاقها ولوائحها من اجل القيام بوظائف لصالحها بصفة مستمرة وعن طريق التفرغ " [4]، والموظف الدولي: "هو كل شخص يعمل في خدمة منظمة دولية بصفة مستمرة ودائمة ويتحدد مركزه القانوني طبقا لما تقرره الوثيقة المنشئة لكل منظمة دولية ولوائحها الداخلية " [5]1 .

بيدا أن الباحث يجد أن كلاهما قصر الوظيفة على من يعمل في المنظمة الرئيسية فقط وليس فرع من فروعها، ومن خلال استعراض التعاريف السابقة وتحليلها، يحاول الباحث تعريف الموظف الدولي بأنـــه:

"كل من أنيط به بمهمة دولية في المنظمة دولية أو فرع من فروعها على سبيل التفرغ والدوام وباستقلالية ويخضع لإشرافها أو من يسعى لتحقيق مصالحها وأهدافها الواردة في ميثاق إنشائها ". فالموظف الدولي –كما يراه الباحث – هو الذي يقوم بوظيفة دولية عامة على سبيل الاستمرار والتفرغ، أو من يستهدف من وراء عمله صالح المنظمة ويعمل تحت إشرافها ويخضع في هذا الشأن لنظام قانوني تضعه المنظمة.

وجريا على الدرب الذي سلكناه نذكر ميزات هذا التعريف:

1. اشترط على الموظف الدولي أن يمارس وظيفة دولية.
2. لم يقتصر على موظفي المنظمة الرئيسية دون فروعها.
3. أن تكون المهمة دائمة وعلى سبيل التفرغ.
4. أن يخضع الموظف لإشراف المنظمة ونظامها اللائحي .

كما أدخل التعريف كل من يسعي لتحقيق أهداف ومصالح المنظمة، كالمبعوثين الدوليين والخبراء، ويستدل بذلك بحكم محكمة العدل الدولية الذي أخذت بمعيار تحقيق المصلحة في **قضية السيد/ مازيلو** حيث أقرت بتمتع الخبراء بالحصانات الدولية الممنوحة للموظف الدولي وينطبق عليه الفصل (22) من اتفاقية الحصانات ما دام يقوم بمهمة دولية لصالح المنظمة الدولية.

---

(4) د. **مفيد** شهاب، **المنظمات الدولية**، (دار النهضة العربية القاهرة، ط9، 1989م) ، ص 148 .

(5) ذكر التعريف د. مصطفى عبد الله أبو القاسم خشيم، **مبادئ القانون الدولي – الأشخاص**، (المكتب الوطني للبحث والتطوير، الطبعة الأولى، سنة 2004م )، ص 75 .

**الفرع الثاني – الشروط الواجب توافرها لشغل الوظيفة الدولية:**

من خلال استقراء التعريف السابق للموظف الدولي كل من أنيط به بمهمة دولية في المنظمة دولية أو فرع من فروعها على سبيل التفرغ والدوام وباستقلالية ويخضع لإشرافها أو من يسعى لتحقيق مصالحها وأهدافها الواردة في ميثاق إنشائها، تظهر لنا بوضوح العناصر والشروط في من ينسحب عليه وصف الموظف الدولي، ويرى بعض الشراح أنه لاكتساب صفة الموظف الدولي شروطا وعناصر من أهمها[6]:

**العنصر العضوي:** بمعنى أن تكون هناك رابطة فعلية بين الموظف والمنظمة، وبالتالي يخرج من دائرة الموظف الدولي من لا تتوافر فيه هذه الرابطة بين الموظف والمنظمة، وبكلمات مختصرة، كل من يمارس عملا بالمنظمة الدولية ويسعى لتحقيق أهدافها هو موظف دولي.

**العنصر الزمني:** أي عدم التأقيت، وممارسة مهام الوظيفة الدولية خلال فترة غير محددة، كما يقع على عاتقته التزام عدم ممارسة أي عمل آخر في نفس الوقت، وبكلمات أخرى، أن يتفرغ للعمل بالمنظمة الدولية دون غيرها أو الحصول على إذن مسبق للعمل منها[7].

وتجدر الإشارة هنا، أن نوضح الفرق بين العمل لدى المنظمة بعقد محدد المدة و العمل بعقد غير محدد المدة، إذ يرى الباحث – والله اعلم – أن العقد الأول يحمل في طياته التأقيت، وبالتالي يخرج صاحبه من دائرة الوظيفة الدولية ويدخله في دائرة العمال والمستخدمين، وأما العقد الثاني فعنوانه الديمومة والاستمرارية، وبالتالي ينسحب عليه وصف الموظف الدولي، وهذا لا يعني بالضرورة أن علاقته بالمنظمة الدولية ذات طبيعة عقدية، بل إن العلاقة اللائحية، ولا يضير في أن قوامها العقد إذ أنه تسري عليه نصوص العقد والمواثيق المنشئة للمنظمة ولوائحها الداخلية ويستدل الباحث على وجهة نظره، على ما يجرى عليه العمل في المنظمات الدولية حاليا هو إبرام عقود غير محددة المدة ولا ينكر أحد على هؤلاء الموظفين صفة الموظف الدولي،

ومن هنا لا يخفي الباحث نقده للحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري الصادر بتاريخ 1949 /4/11م –سابق الذكر– بأن أدخلت من يعمل بصفة مؤقتة في عداد الموظف الدولي، ولا نرى تبريرا لذلك إلا نهج محكمة العدل الدولية أسلوب التوسع في التفسير والتي لم تكن المحكمة موفقة بالأخذ به .

---

(6) هبة جمال ناصر عبد الله علي، **المركز القانوني للموظف الدولي**، رسالة ماجستير في القانون العام، (جامعة الشرق الأوسط –كلية الحقوق، سنة 2011م )، ص43 .

(7) تشترط المادة 101 فقرة 6 من ميثاق الأمم المتحدة عدم مزاولة الموظف بالمنظمة الدولية أي عمل أو وظيفة خارجية إلا بعد الحصول على موافقة السكرتير العام.

**العنصر المركب:** بمعني ازدواجية النظام القانوني وخضوعه لنظام مختلط كما يراه بعض الشراح [8]، كما يجب أن نشير في بحثنا هذا أن البعض يختلف في الشرط أو العنصر الثالث، حيث يري فريق منهم انه يخضع لنظام عقدي أساسه عقد العمل المبرم بين الموظف والمنظمة، ويري فريق ثاني أنه يخضع لنظام اللائحي طبقا للقوانين واللوائح، وفريق ثالث يرى خضوعه لنظام مركب أو مختلط يجمع بين العقد واللائحة.

وينظم الباحث إلى الرأي الثاني والذي ينادي بخضوع الموظف لنظام اللائحي لكونه يتماشى مع شرط الدوام والاستمرارية الذي تتطلبها الوظيفة الدولية ولا يهم في ذلك إن كان تعيينا أو عقدا غير محدد المدة، وان غير ذلك فهو مؤقت ويخرج من طائفة الموظفين ليدخل في طائفة العمال والمستخدمين، وهو ما سيتناوله الباحث في الفرع وهو تمييز الموظف الدولي عن غيره من العمال والمستخدمين والذي لا تنطبق عليهم صفة الموظف الدولي.

**ثانيا: المطلب الثاني– التكييف القانوني للوظيفة الدولية:**

تمت حقيقة يجب التأكيد عليها هو أن الموظف الدولي يستمد النظام القانوني من عدة مصادر كالمعاهدة واللوائح الداخلية وبنود العقد الموقع بينه وبين والمنظمة، وأحيانا يختلف النظام القانوني من منظمة لأخرى، إلا أن هناك خطوط عريضة تتفق عليها جميع المواثيق المنضمات الدولية تنظم العلاقة بينهما.

وقبل التطرق لتكييف القانوني للوظيفة الدولية، كان لزاما علينا توضيح من هو الشخص الطبيعي الذي سنكيف طبيعة علاقته بالمنظمة، وحفاظا على عدم التكرار وحشو البحث بكلمات متفق عليها، ووصلت إلى حد المسلمات، كالتفرقة ما بين الموظف الداخلي والدولي، فهناك اختلاف بينهما في التبعية والجهة التي يتبعها وآثار التصرفات والحصانات والحماية القانونية، وسنهتم بالتفرقة المهمة من وجهة نظرنا وهي التفرقة ما بين الموظف الدولي وممثلي الدول في المنظمات ومن يعمل بها.

وحول تكييف هذه العلاقة ثار خلاف فقهي، حيث رد فريق منهم إلى كونها علاقة تعاقدية، بينما ذهب فريق آخر على اعتبارها علاقة تنظيمية لائحية، ووقف فريق آخر موقفا وسطا باعتبارها علاقة مختلطة، وفق ما سيبينه الباحث في الفرع الثاني بعد تمييز الموظف الدولي عن باقي العمال والمستخدمين وسفراء الدول في المنظمة.

[8] منهم د. إبراهيم محمد العناني، **التنظيم الدولي**، (القاهرة: دار الفكر العربي، 1975 م)، ص 84.

**الفرع الأول– تمييز الموظف الدولي عـن غيره[9]:**

استقر عند الباحث من خلال الاطلاع على الشروط الواجب توافرها في الموظف الدولي أنها قد لا تتوافر في غيره من العمال والمستخدمين، وبكلمات أخرى، أنه قد يكون هناك وسائل بشريه يمكن أن تستعين بهم المنظمة الدولية في أداء مهامها، ولكن لا ينسحب عليهم جميعا وصف (الموظف الدولي) فيوجد سفراء الدول لدى المنظمة (المندوب) كما يوجد العمال والسعاة والمستخدمين وغيرهم.

ورب قائل يقول هل يخضع هؤلاء لنظام قانوني واحد أم يوجد نظام أخر ينطبق عليهم؟ وللرد عليه يلزم النظر في كل منهما على حدا، إذ يجب عدم الخلط بينهما، حيث انه ليس كل شخص طبيعي يعمل في المنظمة الدولية يعتبر موظفا دوليا، والعكس صحيح، وهو أنه ليس كل من تستعين به المنظمة الدولية ينسحب عليه وصف العامل الدولي، ولذا يعرف الباحث العامل الدولي بأنه:" هو كل من أنيط به بمهمة في منظمة دولية أو فرع من فروعها دائمة أو مؤقتة ويخضع لإشراف دولة المقر".

ويروق للباحث أن يزيل ما قد يتطرق من خطأ إلى ذهن القارئ الذي يطلع على بعض التعريفات للعامل الدولي ومنها: "كل شخص طبيعي يؤدي مهمة دولية بصفة مؤقتة باسم ولحساب منظمة دولية ووفق تعليمات أجهزتها المتخصصة سواء أكان عمله مأجورا أم تبرعا"[10]، فالتأقيت ليس هو الفارق الوحيد بين الموظف الدولي والعامل بل قد يكون مكلف بمهمة دائمة ولا ينسحب عليه وصف الموظف الدولي، حيث يري الباحث أن الفارق هو مدى خضوعه لسلطة المنظمة الدولية، ومدى ابتغائه تحقيق أهدافها وغاياتها، فان خضع لها، وابتغى تحقيق أهدافها فهو موظف دولي شرط توافر باقي الشروط الوظيفة الإدارية وإلا كان عاملا يخضع لقوانين دولة المقر.

ويتميز الموظفون الدوليون عن غيرهم ممن يعملون بصورة أو أخرى في إطار المنتظم الدولي والذين لا يبغون تحقيق أهدافها، حيث أنهم يتميزون عن ممثلي الدول الأعضاء في المنظمة الدولية، بحيث يعملون باسم الدولة التابعين لها ولحسابها ويتلقون التعليمات منها ويتقيدون بها، وهم لا يغادرون هذا الوصف حتى إذا مارسوا اختصاصاتهم داخل قاعات المنظمة وتحت قبتها، لأنهم يضعون نصب أعينهم مصالح وأهداف الدول التابعين لها حتى وان تلاقت مع أهداف المنظمة.

---

[9] يقصد بكلمة غيره هم سفراء الدول لدى المنظمة وكذلك العمال والمستخدمين.

[10] هبة جمال ناصر علي، **المركز القانوني للموظف الدولي**، مرجع سابق، ص 40.

كما أن الصفة الغالبة على ممثل الـدولة، هي تبعيته لها وهذا يؤدي إلى اختلاف مركزه القانوني عن مركز الموظف الدولي من حيث التعيين الذي يتم بواسطة دولته بينما يتم تعيين الموظف الدولي بواسطة المنظمة الدولية، أو من حيث المسؤولية الناجمة عن الخطأ في ممارسته لوظيفته، فممثل الدولة مسئولا عن ذلك أمام دولته بينما تكون مسؤولية الموظف الدولي أمام المنظمة، كما أن ممثل الدولة لا يحتج بالحصانات والامتيازات التي يتمتع بها في مواجهة الدولة التي يمثلها، بينما يستطيع الموظف الدولي أن يحتج بها في مواجهة الكل.

وأغلب الظن أن الموظفين الدوليين يتميزون عن طائفة الأشخاص الذين يعملون في ذات الوقت لحساب دولتهم من ناحية، وفي أداء مهمة لمصلحة المنظمة أو تدخل في إطار اختصاصه من ناحية أخرى، ومثال ذلك القوات العسكرية التي تعيرها دولة ما إلى المنظمة الذي تتمتع بعضويته، مثل قوات حلف الأطلسي، فهؤلاء العسكريين لا يعتبرون من قبيل الموظفين الدوليين لأن تبعيتهم لدولهم لا تنقطع طوال قيامهم بعملهم تحت علم حلف الأطلسي، حيث أن بقائهم في خدمة هذه القوات منوط بإرادة دولهم لا بإرادة المنظمة أو فرع من فروعها.

وإذ سلمنا بذلك فلا يعتبر من الموظفين الدوليين، من يقوم بأداء مهام مؤقتة أو على غير سبيل التفرغ، لأن صفة المؤقتة التي تتسم بها المهام الدولية تحول دون اعتبار الموظفين بها من قبل الموظفين الدوليين، ومثال ذلك أعضاء لجان تقصي الحقائق التي ترسلها بعض المنتظمات الدولية للتحقيق في وقائع معينة، حيث أن صفة الدوام في مهمة الموظف الدولي تستوجب تمتعه بمركز قانوني معين تجعل من أدائه لها خاضعا لمجموعة من القواعد التي تحكم ممارسته لوظيفته وتبين حقوقه والتزاماته.

وهنا يتضح لنا أهمية تعريف — الباحث – للموظف الدولي ذلك أن الأول علاقته بالمنظمة لائحية، لان وظيفته علي سبيل الدوام ويخضع لقوانين المنظمة ويتمتع بالحصانات ويكون عمله بمقابل دائما، أما العامل فعلاقته تعاقدية، والصفة الغالبة مؤقتة ويخضع لقوانين دولة المقر، ولا يتمتع بالحصانات ويكون عمله بمقابل أو بدون مقابل.

وهو ما جعل الكثير من الفقه يرى انه لا وجه للقياس بين الأحكام المتعلقة بالتعيين وشروط الاستخدام الوظيفي ولا مكان لاستعارة أحكام الوظيفة العامة الداخلية وتطبيقها على شروط استخدام الموظف الدولي

لان الفارق بينهما جد مختلف، ولا محل للقياس في هذا الشأن[11]، بل يذهب بعض شراح [12] إلي إرجاع الفارق الوحيد بينهما هو الولاء حيث انه متوافر في الداخلي وغير موجود عند الموظف الدولي، ويفرق آخرون بين الولاء الوطني والولاء الإداري على أساس الأخير لا يعني ولائه للمنظمة[13]، ونحن لا نتفق مع هذا الرأي فنرى أن هناك تناغم ما بين الوظيفتين، ولا غضاضة في تطبيق معايير وشروط الوظيفة المدنية وتطبيقها على الوظيفة الدولية، بل والاستفادة منها في حالات عدم النص والغموض للأسباب الآتية:

- أن كلاهما يخضع لإشراف شخص وهمي (المنظمة أو الدولة) ويخضعون للوائح ولتسلسل وظيفي وإداري، كما أن الأحكام المطبقة هي نفسها على الاثنين كشروط التعيين والتأديب وغيرها مما لا يمنع من الاستفادة منها.
- أن التعيين في الوظيفة الدولية يكون بترشيح من الدولة جنسية الموظف، بل إن بعض المنظمات الدولية (كمنظمة الاتحاد الأفريقي) تفوض الدول الأعضاء في اختيار الوظائف العليا، والدولة نفسها هي من تفوض المؤسسات في اختيار الموظف الذي سيكون موظفا دوليا بالمنظمة الأفريقية، وبكلمات مبسطة، أن الموظف الدولي كان في أصله موظفا عاما ونضرب مثلا لذلك الأمين الحالي للأمم المتحدة [14].

والأخيرة هو إمكانية إعارة موظف عام إلى منظمة دولية ويتحول إلى موظف دولي مما يعني أن الموظف الدولي ما هو إلا موظف عام، أما عن الولاء للمنظمة فهو أمر مفترض حتى في الموظف الداخلي، ويمكن استشعاره بمظاهر خارجية من أهمها التزامه بأنظمتها ومدي ابتغاء تحقيق أهدافها. وتوصلنا هذه النتائج كلها لمعرفة ما هي طبيعة العلاقة بين الموظف الدولي والمنظمة الدولية لتكيفها للوصول لمعرفة حقوقه وواجباته من خلال تكيف العلاقة بينهما، وهذا ما سيعرضه الباحث في الفرع الثاني.

---

(11) صاحب الرأي د. عز الدين فودة، ذكرت ذلك، مرجع السابق، ص 99.

(12) مرجع سابق، ص 101.

(13) د. محمد طلعت الغنيمي، مرجع سابق، ص 345.

(14) السيد / بان كي مون حيث كان يعمل وزيرا لخارجية كوريا الجنوبية قبل تقلده لمنصب الأمين العام للأمم المتحدة.

**الفرع الثاني – الطبيعة القانونية للوظيفة الدولية:**

يقصد بالنظام القانوني للموظفين الدوليين هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الموظفين الدوليين منذ أن يتولوا مهام مناصبهم إلى أن يتركوها، لأي سبب من الأسباب، ويقتضي ذلك بيان القواعد القانونية التي تحكم ممارستهم لأعمال وظيفتهم، خاصة تلك المبينة لحقوق الموظفين والتزاماتهم تجاه المنتظمة.

وكمبدأ عام تنظم كل معاهدة منشئة للمنتظم الأسس والشروط والمعايير للنظام القانوني للوظيفة الدولية، وبكلمات أخرى تتباين وتختلف من منظمة إلى أخري، إلا أن هناك أسس مشتركة للوظيفة الدولية تسير عليها أغلب المنظمات الدولية[15].

ويختلف الفقه في تكييف العلاقة ما بين الموظف الدولي والمنظمة الدولية، فيرى فريق منهم أن العلاقة هي علاقة تعاقدية تقوم أساسا على التساوي بين المراكز القانونية للطرفين، وبالتالي يري أنصار هذا الفريق إن العلاقة قوم على أساس تعاقدي قوامه عقد العمل المبرم بينهم الموظف وتكون أساسها المساواة من الناحية القانونية بين طرفي العقد[16]، وبالتالي يكون القانون الساري بينهم هو العقد باعتباره (شريعة المتعاقدين)، كما أن هده العلاقة العقدية شبيهة إلى حد كبير بالعلاقة العقدية في القانون الداخلي، ويقول أنصار هذا الاتجاه أن هذا النظر لا يتعارض مع الطبيعة الوظيفية، لان القوانين لا تحكم الوظيفة الدولية بذاتها وإنما يحكم الحقوق والالتزامات ومن ثم فان وصف الموظف الدولي لا يتعارض مع قيام العلاقة التعاقدية بينهما على أساس التعاقد ويستندون في هذا الرأي ببعض أحكام المحاكم الأمريكية .

بينما يرى فريق أخر إن العلاقة ما بين الموظف الدولي والمنظمة هي علاقة لائحية تقوم على أساس وجود مركز للمنظمة الدولية أعلى من مراكز الموظفين مما يعني خضوعهم للمعاهدات واللوائح الداخلية وعقد العمل، وبكلمات أخرى يشبهونه بالموظف العام في الدولة.

وتخفيفا للخلاف بين الفريقين اضطر فريق ثالث للقول أن العلاقة بين الموظف الدولي والمنظمة هي علاقة مختلطة تجمع ما بين العقد واللائحية إذ يخضع لبنود العقد واللوائح مع احترام الحقوق المكتسبة للموظف

---

[15] د. عبد السلام عرفة، مرجع سابق، ص 90 .

[16] للمزيد عن الموضوع راجع هبة جمال ناصر علي ، مرجع سابق ، ص 99 .

الدولي[17]، وبالتالي من وجهة نظرهم علاقة تعاقدية من نوع خاص[18]، وينظم الباحث إلى الرأي الثاني والذي ينادي بخضوع الموظف لنظام لائحي لأنه الذي يتماشى مع ( شرط الدوام والاستمرارية ) الذي تتطلبها الوظيفة الدولية، ولا يهم في ذلك إن كان تعيينا أو عقدا غير محدد المدة، وأما غير ذلك فهو مؤقت ويخرج من طائفة الموظفين ليدخل في طائفة العمال والمستخدمين .

**المطلب الثالث – الآثار المترتبة على الوظيفة الدولية:**

من البديهي أن يترتب عن إسباغ صفة الموظف الدولي على أي شخص طبيعي يعمل لدى المنظمة الدولية آثار عن ذلك، قصد بهار علية مصلحة المنظمة الدولية والموظف الدولي على حد سواء، وتختلف هذه الآثار في نوعيتها بل قد يكون بها نوع من التوازن، بمعنى أن ترتب حقوقا يتمتع بها الموظف الدولي حتى يتمكن من أداء مهامه على الوجه المطلوب وفي الوقت نفسه واجبات تقع على عاتقه تكون نتيجة منطقية للحق التي تمتع بها أولا وثانيا لأنها تحفظ للمنظمة استمرار عملها وديمومتها بل وقد تحفظ هيبتها أمام الدول أعضاء وغير أعضاء، وبكلمات مختصرة لكل حق واجب يقع على عاتقه وكلما كثرت الحقوق زادت بشكل طردي الواجبات والعكس صحيح فمثلا رئيس المنظمة يقع عليه واجبات أكثر من موظف أخر وبالتالي فالأول يتمتع بحقوق أكثر من الأخير .

وبالتالي سنحاول طرح هذه الآثار بشي من التفصيل في فرعين الأول نخصصه للحقوق والثاني للواجبات على النحو الآتي :

**الفرع الأول – حقوق الموظـف الدولي:**

بادي ذي بدء نود الإشارة إلى إن الحقوق التي يتمتع بها الموظف الدولي تستمد أساسا من المواثيق المنشئة للمنظمة الدولية، وهذه الحقوق قد تستمد أيضا بالإضافة لميثاق إنشاء المنظمة، للوائح الداخلية والعقد المبرم بينهما، وطبيعي أن يكون أول حق يتمتع به الموظف هو الصفة الدولية التي نصطبغ بها الموظف الدولي ويتميز عن غيره من الموظفين.

---

[17] د. عبد الكريم عوض خليفة، **قانون المنظمات الدولية**، ( دار الجامعة الجديدة ، 2009م )، ص 47 ، وكذلك د. عبد السلام عرفة ، مرجع سابق ، ص 91- 92 .

[18] د. إبراهيم محمد العناني، (**التنظيم الدولي**)، مرجع سابق ، ص 84 .

ولعل الباحث – وبحق – ينظم إلى هذا القول لان الصفة الدولية هي البوابة الرئيسية لولوج عالم المنظمات الدولية والتمتع بالمزايا والحصانات، كما لهم الحق في علاوات دورية وسنوية وفق شروط معينة، كما يمنح راتب للموظف الدولي لقاء العمل الذي يقوم به في خدمة المنتظم علاوة إلى المزايا المالية الملحقة به، كما يصرف لهم معاشات للذين يقضون مدة معينة في خدمة المنتظم، بحيث تصرف لهم بعد انتهاء خدمتهم. والحصول على الترقيات في السلم الإداري في المنظمة بع استيفاء الموظف للشروط المؤهلة للترقيات كالأقدمية والخبرة وبقائهم بالعمل بالمنظمة لمدد زمنية تنص عليها اللوائح المنظمة لذلك والحصول على الإجازات المختلفة، كالإجازات السنوية مدفوعة الأجر وفق الشروط المنصوص عليها في اللوائح الداخلية بالمنظمة الدولية [19].

كما له الحق في التمتع بالحصانات والامتيازات التي تقتضيها الوظيفة الدولية وحسب المهام الموكلة له، فالحصانة الممنوحة للأمين أو رئيس المنظمة تختلف عن باقي الموظفين الدوليين. كما له أيضا الحق في تكوين نقابات تدافع عن مصالحهم في مواجهة المنظمة[20]، كما له الحق في التمتع بالحقوق الاجتماعية وغيرها، وهذه هي الحقوق التي تمنح للموظف الدولي وبالتالي فإن من تمنح له يقع عليه واجبات والتزامات تقتضيها الوظيفة الدولية وهي ما سيتطرق لها الباحث في الفرع الثاني من هذا المطلب.

**الفرع الثاني – واجبات الموظـف الدولي:**

نظير ما أعطي للموظف الدولي من حقوق أثقلت كاهله في الوقت نفسه بجمله من الواجبات، ولعل من أهم هذه الواجبات التفرغ التام للعمل بالمنظمة، بمعني أن يكرس وقته وجهده للقيام بالوظيفة الدولية ويحضر علية مزاولة أي عمل إلى جانب الوظيفة الدولية إلا بإذن منها وبموافقتها طبقا للوائحها الداخلية، وهو أكدت على هذا الواجب أو الالتزام المادة الأولى فقرة (4) من لائحة موظفي الأمم المتحدة حيث أكدت على عدم ممارسة الموظف الدولي لأي عملا آخر بجانب عمله الأصلي بصفة مستمرة او متقطعة بدون الموافقة المسبقة من الأمين العام للأمم المتحدة . وسنحت الفرصة المحكمة الإدارية للأمم المتحدة في أحد إحكامها للتأكيد على أن على الموظف الدولي تكريس وقته وجهده للعمل بالمنظمة الدولية ولا يجوز له ممارسة عمل آخر بجانب

[19] تثار صعوبة في الواقع العملي فيما يتعلق بالإجازات خصوصا الدينية والوطنية بسبب اختلاف جنسيات الموظفين وعاداتهم وتقاليدهم مما يستلزم تنظيما دقيقا لهم ليستوعب جميع الموظفين.

[20] هناك بعض المنظمات تحضر على موظفيها الالتحاق بالنقابات المهنية مثل الحظر الذي اقره الاتحاد المواصلات السلكية واللاسلكية على موظفيه ومنعهم من الالتحاق بالنقابات المهنية.

الوظيفة الإدارية إلا بعد الموافقة المسبقة بذلك. كما يقع عليه احترام السلطة الرئاسية في المنظمة بالعمل على احترام وطاعة رؤسائه واحترام اللوائح والنظم الإدارية بها.

ومن الواجبات المهمة هي الحفاظ على أسرار المنظمة وعدم إفشائها حتى بعد انتهاء علاقته بها، بل ذهبت بعض المواثيق على معاقبة الموظف الذي يقوم بإفشاء أسرار المنظمة كالمادة 194فقرة 2 محاكمة الموظف أمام المحاكم المحلية عن تهمة إفشاء اسرار منظمة الطاقة الذرية.

كما حرمت عليه عدم الاشتغال بالإعمال السياسية إلا بعد موافقة الجهات المختصة بالمنظمة.

كما يقع على الموظف الدولي واجب أخر وهو الحياد والأمانة في عمله وعدم التحيز لدولته أو لدولة أخرى وأصرت المنظمات وضع الالتزام في مواثيقها كالمادة 1فقرة 4 من لائحة موظفي الأمم المتحدة تشير إلي هذا الموضوع حتى لا تسيطر علية تلك الدول ويكون أداة لتنفيذ مصالحها والتي قد تتعارض مع مصالح المنظمة مما دعا إلي إعطاء الموظف الدولي شيء من الاستقلال عن دولة جنسيته والدول الأخرى وهو ما سيتناوله الباحث في المطلب الرابع في مطلبين.

**المطلب الرابع – اثر الدول العظمى على الموظف الدولي**[21] :

تلعب الدول العظمي دورا محوريا في التأثير على المنظمات الدولية، ومن أهم تلك الدول دائمة العضوية بمجلس الأمن الدولي، والتي يفضل البعض تسميتها بجماعات الضغط، حيث تلعب أمريكا وبريطانيا وشقيقتها فرنسا من جهة، ودول المعسكر الشرقي كروسيا والصين من جهة أخري للضغط على المنظمات الدولية، بما فيها من موظفين لخدمة مصالحها والتي قد تكون على حساب المنظمة نفسها[22]. ومن ثم فان المنظمة الدولية ليست بمنأى عن جبروت هذه الدول، مما استلزمها ووضع مبادئ في مواثيق إنشائها تضمن استقلال الموظف، وهو ما سيتطرق له الباحث في الفرع الأول.

**الفرع الأول –استقلال الموظف الدولي:**

استقلال الموظف الدولي في أداء عمله عنوان براق ومبدأ يغري من يسمعه وهو صعب التحقق وان كان من المستحيل تحققه وذلك بسب تدخلات الدول أو بسب هواه الشخصي، ويعني الاستقلال أن الموظف الدولي

---

(21) نقصد بالدول العظمى في هذا المكان بالدول دائمة العضوية في مجلس الأمن الواردة في نص ميثاق الأمم المتحدة 23 وهي " الولايات المتحدة الأمريكية ، وفرنسا ، بريطانيا ، الاتحاد السوفيتي (روسيا حاليا ) ، والصين " .

(22) د. فاضل زكي محمد، **السياسة الخارجية وأبعادها في السياسة الدولية** ، الطبعة الأولى ،( مطبعة شفيق ، 1975م ) ، ص 25.

ينبغي ألا يخضع في ممارسته لعمله في المنظمة لأي نوع من أنواع المؤثرات والضغوط التي قد تحيد به عن ذلك الطريق، وقد جاءت مواثيق المنتظمات الدولية منها المادة ( 100) من ميثاق الامم المتحدة، و ما استقر عليه الفقه والقضاء الدوليين، من ضرورة تمتع الموظفين الدوليين بالاستقلال والحياد في أدائهم لأعمالهم.

واستقلال الموظف الدولي يتخذ من وجهة نظرنا عدة مظاهر منها ما هي تكون خارج إرادة الموظف، ومنها ما يتعلق بالموظف وجميعها تأثر على أداء الموظف في المنظمة وهي:

– **مظهر سياسي**: ويكون ذلك في وجهين، يكون الأول بأن تلتزم الحكومات المختلفة باحترام الصفة الدولية للوظيفة الدولية والقائم بها، كما أن عليها أن تمتنع عن التأثير عليه بأي طريق أو أن تحاول ذلك في وجه ثان، وهذا يعني أن الموظف الدولي يجب أن يمارس عمله بنزاهة كاملة، وأن لا يمارس عمله تحت تأثير فكرة مذهبية أو موقف سياسي ولو كان أي منهما خاصا بدولته التي يتبعها بجنسيته، كما ينبغي ألا يكون ولائه في هذا الشأن إلا لصالح المنظمة وحدها.

– **مظهر مالي واقتصادي**: ويعني ذلك أن يمتنع عن ممارسة أي نشاط ذو طابع اقتصادي أو مالي دون إذن من المنظمة، وفي بعض الحالات يجب الالتزام بذلك حتى بعد انتهاء علاقته بالوظيفة الدولية وذلك بداعي احترام الوظيفة. وأخيرا فإن مفهوم الاستقلال الذي يتمتع به الموظف الدولي، يكون حتى في مواجهة المنظمة ذاتها التي يعمل فيه ولحسابها متى كانت المهمة التي يضطلع بها تقتضي ذلك التزاما بالأمانة والحياد التي ألزمته هي بها، كما يقع عليها واجب الامتناع عن القيام بما يؤثر على استقلال الموظف في تلك المهمة.

ولتحقيق الاستقلال يشترط الآتي : أن يتم تعيينه من قبل المنظمة دون غيرها، ويتحدد في الغالب النظام القانوني للتعيين في الوثيقة المنشئة للمنظمة مثلا كتعيين الأمين العام للأمم المتحدة[23]، وهذا يعني آن تكون للمنظمة الحرية التامة في اختيار موظفيها ودون ضغط من أي دولة إلا أن الأمر ليس على الدوام إذ قد تتنازل بعض المنظمات الدولية في صلب دساتيرها وبشكل رسمي وتأخذ رأي حكومات الدول المكونة للمنظمة قبل أن تقوم بالتعيين في الوظائف المهمة في المنظمة[24]، أن يخضع الموظف للمنظمة الدولية : وهذا الأمر يتطلب

[23] راجع د. مفيد شهاب: مرجع سابق، ص 160.

[24] راجع د. عبد السلام عرفة، مرجع سابق، ص 92.

اعترافا بالشخصية الاعتبارية للمنظمة الدولية[25]. وتمتع المنظمة الدولية بالحصانات الدولية في دولة المقر وكذلك حصانة موظفيها عند القيام بأعمالهم لصالح المنظمة الدولية.

بيد أنه يلاحظ إذا حدث تعارض بين ضرورة التزام الموظف الدولي بما سبق ذكره من المبادئ في أدائه لمهام وظيفته، وبين مشاعره الوطنية التي تربطه بدولته أو بين صعوبات واقعية يثيرها قيامه بعمله على إقليم دولة المقر، فهنا وعلى جميع الأحوال يجب على الموظف الدولي أن يرجح صالح المنظمة حتى ولو اقتضى ذلك بذل تضحيات من قبله.

**الفرع الثاني – أثر الدول العظمى على الموظف الدولي:**

وأول الضغوط التي يتعرض لها الموظف الدولي هي في تعيينه في المنظمة إذ وان كانت المنظمة الدولية تتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الدول إلا أن الدول الدائمة العضوية قد شرعنت تدخلها وفرض ما تري بنصوص الميثاق نفسه فمثلا تعيين أمين عام منظمة الأمم المتحدة وقضاة محكمة العدل الدولية نص الميثاق على موافقة الدول دائمة العضوية [26].

وتكون الضغوط الدولية علي الموظفين على صورتين:

**الأولى:** هي ضغوط شخصية تمارس على رؤساء المنظمات الدولية سواء من خلال الرغبة في تعيينهم أو عدم الرغبة في ذلك.

---

[25] يرى بعض الفقه عدم الاعتراف بالشخصية القانونية للمنظمة وإنها تمنح للدول دون غيرها بينما يري اغلب الفقه هو وجوب الاعتراف للمنظمة بالشخصية الاعتبارية مؤيدين رأيهم بقضاء المحكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري سنة 1949م حيث اعترفت للمنظمات بالشخصية القانونية ولعل الباحث في ذلك يميل ويحق مع الرأي الثاني يقر بوجود الشخصية القانونية لكن بشي من التفصيل ومن ثم فمرد تلك الشخصية القانونية للمنظمة هي الإرادة الذاتية أي مدى قدرتها على اتخاذ القرار رغم اعتراض الدول المكونة لها وبالتالي فالمنظمة التي تأخذ قرارها بالأغلبية أيا كانت فهي في نظر الباحث منظمة تتمتع بالشخصية القانونية أما المنضمة التي تأخذ قرارها بالإجماع فهي لا تتمتع بالشخصية القانونية لأنها تأخذ قرارها بناء على إرادة الدول وليس إرادتها الذاتية ويضرب الباحث مثلا لذلك فمنظمة الأمم المتحدة تأخذ قراراتها بالأغلبية لذا نص ميثاقها على تمتعها بالشخصية الاعتبارية في المادة (104) من الميثاق بعكس منضمة الجامعة العربية التي تأخذ قرارها بالإجماع ولم تنص ميثاق إنشائها على تمتعها بالشخصية القانونية لذا فإنها لا تمتع بالشخصية الاعتبارية .

[26] قد يسال سائل ويقول إن قضاة المحكمة العدل الدولية يتم انتخابهم من الشعب الدول الأعضاء وهي وسيلة ديمقراطية إلى حد كبير فإننا نقول إن من تم انتخابهم من الشعب لا يعني بالضرورة قبولهم كقضاة في المحكمة إذ كل ما يتم وهو وضعهم في قائمة تختار منهم الدول دائمة العضوية والذي يكون نتيجة مماحكات ومفاوضات على هؤلاء القضاة أي بعد تقديمهم ما يطمئن الدول الدائمة وان سيكون تحت عباءة مجلس الأمن.

**والصورة الثانية** : إن تقوم الدول الأعضاء بتقييد حرية رعاياها للانتماء للمنظمات الدولية ودرجت الدول في الحصول على الموافقة المسبقة قبل طلب الرغبة في العمل في المنظمة الدولية وهو ما حصل في ليبيا إذ تشترط القوانين الليبية الحصول على الموافقة من الجهات المختصة قبل العمل في المنظمات الدولية كالقانون رقم 12 لسنة 2010م بشأن علاقات العمل ولوائحه التنفيذية، كما تندرج من ضمن الضغوط ما قمت به الدول الخمس دائمة العضوية في مجلس الأمن، حيث استأثرت بالمناصب الدائمة في مجلس الأمن واستعمال حق الاعتراض يمينا وشمالا وحسب أهوائها .

وخير دليل على ذلك ما قامت به الولايات المتحدة الأمريكية بالضغط على أمين الأمم المتحدة عام 1957م لاستبعاد الموظفين الأمريكيين الذين لديهم اتجاهات شيوعية إذ ثم فصل أحد عشر موظفا أمريكيا من المنظمة، ومع ذلك فان الدول وخاصة الكبرى إما بشكل مباشر كان تتدخل في تعيين الموظفين في الوظائف العليا او تتدخل بشكل غير مباشر بالضغط على أجهزة المنظمة لتعيين رعاياها أو منع أخريين على غير هواها من الدخول في المنظمات الدولية.

**المطلب الرابع – دور الموظف الدولي في المنظمة الدولية:**

يقوم الموظف الدولي بأداء الأدوار المناط به في سند إنشاء المنظمة الدولية باعتباره الوسيلة الأهم فيها، وتختلف هذه الأدوار من موظف للآخر كما تضيق وتتسع حسب أهمية الموظف فيها كما يلعب دورا داخليا في المنظمة الدولية ابتداء بالأعمال الإدارية والتي تساهم في نجاح المنظمة في العالم يلعب أدوارا أكثر أهمية تتمثل في حل النزاعات بالطرق السلمية بين الدول، وهو ما سيتناوله الباحث في فرعين يخصص الفرع الأول لدور الموظف في المنظمة الدولية والثاني لدوره في حل النزاعات بالطرق السلمية.

**الفرع الأول– دور الموظف الدولي في المنظمة الدولية:**

يمارس الموظف الدولي أعماله بالمنظمة الدولية شأنه في ذلك شأن الموظف الداخلي بالدولة، بعد أن يمكن في المنظمة الدولية ويستفيد من الحقوق التي تطلبنها الوظيفة الدولية يثقل كاهله بالعديد من الواجبات والالتزامات نظير تلك الحقوق.

ولعل من أهم تلك الواجبات قيامه بأعباء وظيفته، بكل تفان وإخلاص، ولكن قيام الموظف الدولي في خدمة المنتظم لا يعني بأي حال انفصاله عن جنسية بلاده، كما لا تعفيه من التزاماته كمواطن نحوها، ذلك أن ولائه الوظيفي ينبغي أن ينحصر في ما يتعلق بالمنظمة، وهذا يصدق أيضا في علاقة الموظف الدولي بالدول

الأخرى (الأعضاء وغير الأعضاء) في المنظمة الدولية .كما أنه لا يخل بهذا التصور عند إعارة موظف ما لدولة معينة للعمل في خلال فترة معينة لدى منظمة دولية معينة ،حيث أنه يعود بعدها لعمله الأصلي في خدمة الدولة التي يحمل جنسيتها، ولكن خلال عمله لدى المنظمة تنقطع صلته بعمله الأصلي ويوجه كل نشاطه لخدمة المنظمة، لذا فانه يتطلب توافر شروطا للقيام بالوظيفة الدولية .

ويتم تعيين الموظفين الدوليين أما بالتدخل المباشر للدول الأعضاء في المنظمة، أو عن طريق الموظف الإداري الأكبر في المنظمة الدولية، فعندما يتعلق الأمر بتعيين الموظف الإداري الأكبر في المنظمة الدولية أو كبار الموظفين في الجهاز الإداري والتنفيذي، فإن ذلك يأتي عن طريق تدخل الدول في عملية التعيين بصورة أو بأخرى.

أما في حالة الموظفين الآخرين ممن ليسوا على درجة عالية من الأهمية، فإنهم يعينون عادة عن طريق الموظف الإداري الأكبر في المنتظم الذي يخضع في هذا الشأن لمجموعة من المبادئ والقواعد التي تستلهم معايير معينة تدور في مجموعها حول ضرورة أن يتمتع الموظفون بأعلى قدر من الكفاءة والنزاهة في مجال العمل الذي يقومون به، كما يجب أن يتبع في تعيينهم تمثيلا جغرافيا عادلا للدول الأعضاء في المنتظم وأن تراعى فيها مساهمات الدول الأعضاء في ميزانية المنتظم.

ويؤدي الموظف الدولي اليمين القانونية وأن يضع في اعتباره ونصب عينيه على ولائه الكامل للمنظمة ولتحقيق ذلك منح هؤلاء الامتيازات والحصانات التي ضد الحبس أو الاعتقال من دولة المقر أو باقي الدول، كما منح الموظفين حماية قانونية من تغول المنظمة نفسها بإنشاء محكمة إدارية يستطيع الموظف الدولي اللجوء إليها في حالات تنظمها المواثيق.

ويلعب الموظفون الدوليون أدوارا مهمة في المنظمة التابعين لها وسنأخذ أمين العام للأمم المتحدة كمثل لدور الموظف في المنظمة الدولية باعتباره الرئيس الأعلى لأكبر جهاز دولي في العالم.

كما يقوم بتعين الموظفين وترقيتهم وتوقيع الجزاءات التأديبية عليهم، ويتسلم أوراق اعتماد مندوبي الدول الأعضاء وتلقي طلبات انضمام الدول للأمم المتحدة وإحالتها لمجلس الأمن كما له تسجيل ونشر المعاهدات التي تبرمها الدول الأعضاء، وله أيضا مهمة إعداد مشروع ميزانية الأمم المتحدة وتمثيل المنظمة أمام القضاء في الدعاوي المرفوعة منها أو عليها أمام المحاكم بأنواعها.

ومن أهم الأعمال التي يقوم بها حضوره اجتماعات الجمعية العامة ومجلس الأمن الدولي، كما يقدم تقارير سنوية للجمعية العامة في جميع المجالات، كما له مهمة في حفظ السلم الأمن الدوليين اذ يحق له تنبيه مجلس

الأمن بأي بخطر يهدد السلم والأمن الدوليين، كما له أيضا مهمة بالغة الأهمية إلا وهي لعب دور الوسيط أو المفاوض بين الدول المتنازعة عن طريق الاتصال المباشر وغير المباشر بين أطراف النزاع وهي محاولة منه لإبعاد خطر تهديد السلم والأمن الدوليين، وهو ما سيتعرض له الباحث بشيء من التفصيل في الفرع الثاني.

**الفرع الثاني – دور الموظف الدولي في حل النزاعات ما بين الدول أو في الدولة:**

الحقيقة التي يجب التأكيد عليها أن الموظف الدولي يعلب دورا مهما وبارزا في حل المنازعات بالطرق السلمية بين الدول، وهذا الدور كان ولازال حاسما في بعض المنازعات التي شهدها العالم اليوم، وكانت غايته في ذلك تتمثل في تهدئة التوتر عند حدوث الأزمات أو استباقها قبل انطلاق شرارتها معتمدا على مهارته وحنكته الدبلوماسية في مثل هذه الأمور، ومعتمدا أيضا على جميع الوسائل سواء أكانت سياسية أو قانونية وغيرها.

ولعل من أهم الذين تركوا انجازات وبصمات بارزة في حل النزاعات بين الدول هم الأمناء العامون للمنظمات الدولية ومساعديهم، ومندوبي البعثات للدول محل النزاعات الذين قد يقدموا حياتهم رخيصة من أجل القيام بإعمالهم علي الوجه المطلوب، والكونت فولت برنادوت مثال حي على ذلك، حيث طالته يد الغدر بعد تقديم تقريره للأمم المتحدة عام 1948م قدم تقريرا للأمم المتحدة أوصي فيه بضم منطقة القطب للدولة الفلسطينية.

ومن الأدوار المهمة التي لعبها الموظفين الدوليين المبعوث الشخصي للأمم المتحدة في نزاع الصحراء كريستوفو روس قد بدأ في المفاوضات ولعب دور في حل نزاع الصحراء بين الجزائر والمغرب بعد انحراف دور الوسيط الإفريقي في النزاع لطرف دون آخر[27]، كما لا ننسى جهود المبعوث الاممي لليمن لحل الأزمة اليمينية وهي ليست سهلة لان البحث عن الحلول الوسطى أمر ليس متيسر دائما[28].

وبالتالي فان البعثات الدبلوماسية هي وسيلة اتصال مباشر عن أطراف النظام الدولي ولها أهمية في العلاقات المعاصرة الأمر الذي استلزم منحهم حصانات حتى يتمكنوا من انجاز ما يناط بهم من أعمال على أكمل وجه. والأعمال الغير المشروعة الصادرة عنهم يكونون مسئولين عنها ولا تقف هذه الحصانات أمام مسؤوليتهم ومن تم تحملهم دفع تعويضات وتقديم اعتذارات رسمية أو كلاهما في نفس الوقت[29].

---

[27] بحث منشور علي الانترنت بتاريخ 12/20147/ (http://www. Alquds.co.uk/?p=250131 ).

[28] بحث منشور علي الانترنت بتاريخ7/12/2014 ( http://www. Alaou>CO24.COM/?p=230291).

[29] د. عبد الله أبو القاسم خشيم، مرجع سابق، ص 357.

وختاما فان دور الموظف الدولي ومساعديهم والبعثات الأممية لحل النزاعات قد تنجح في مهامها بحل النزاع الدولي، ولكن المتتبع للواقع العملي يجد أن الدول الدائمة العضوية بمجلس الأمن هي من تعرقل مساعي حلول النزاعات سلميا، ويرى الباحث ذلك هو نتيجة طبيعية لعقد تلك الدولية الدائمة والتي تظهر بشكل واضح لتطويع حل النزاع لمصالحها أو عن طريق الوكالة بتحريك الدول الإقليمية لتعتيم سماء الموقف بغيوم افتعال الأزمات في الدولة وصولا لتسوية ترضي الدول الكبرى أولا، ثم الدول الإقليمية ثانيا، والمتصارعين على السلطة في الدولة محل النزاع ثالثا، وفي ذيل القائمة مصير شعب تلك الدولة .

ولعل الباحث يصف دور الموظف الدولي وفي وإيكال مهمة حل النزاعات في عالمنا اليوم له، هي "**كلمة حق أريد بها باطل** " وان هذه المهمة كثيرا ما تفشل للأسباب الآتية:

1) الدول الكبرى ورغبتها في حل النزاع من عدمه ويرجع ذلك لأسباب عدة منها أهمية الدولة سياسيا واقتصاديا.
2) تحيز الموظف الدولي لطرف في النزاع دون الآخر، مما يترتب عليه عدم قبوله من إحدى أطراف النزاع وهو بدوره يفشل مساعي حل النزاع.
3) تعنت المنظمة الدولية وإصرارها على شخصية معينة وفرضه على الدولة أو على أحد أطراف النزاع مما يترتب عليه في النهاية فشل حله سلميا.
4) سيطرت الدول الكبرى على الموظف القائم بهمة حل النزاع وبالتالي يخضع لتوجهاتها والتي قد يكون من صالحا ترك النزال مشتعلا إلى مالا نهاية.
5) دور الدول الإقليمية في الدولة محل النزاع ومصالحها في استمرار النزاع من خلال دعمها لطرف دون آخر للحصول على مكاسب اقتصادية أو سياسية أو تصدير لمشاكلها الداخلية أو لأطماع تاريخية في ثروات تلك الدولة محل النزاع.

ولا يقف الباحث إلى حد سرد المعوقات والسلبيات بل يذهب لإيجاد بعض المقترحات لتفعيل دور الموظف الدولي في حل النزاعات الدولية وهي: ضرورة تعديل ميثاق الأمم المتحدة وخصوصا ما يتعلق بعضوية مجلس الأمن الدائمة المادة (23) أو ما يتعلق باستعمال حق الاعتراض المادة (27) من الميثاق ومحاولة إعادة صياغة الوضع من جديد بإضافة بعض الدول لإعادة التوازن من جديد وإنهاء سيطرة القطب الواحد على العالم.

**المراجع:**

**أولا / الكتب:**

1) د. إبراهيم محمد العناني، **التنظيم الدولي**، ( دار الفكر العربي، القاهرة، 1975 م).

2) د. فاضل زكي محمد، **السياسة الخارجية وأبعادها في السياسة الدولية**، الطبعة الأولى، (مطبعة شفيق، 1975م).

3) د. عبد الله أبو القاسم خشيم، **مبادئ القانون الدولي – الأشخاص**، (المكتب الوطني للبحث والتطوير، الطبعة الأولى، 2004م).

4) د. عبد السلام عرفة، **المنظمات الدولية والإقليمية**، (دار النشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الثالثة، سنة 1999م).

5) د. عبد الكريم عوض خليفة، **قانون المنظمات الدولية**، (دار الجامعة الجديدة، 2009م).

6) د. مفيد شهاب، **المنظمات الدولية** (دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة التاسعة، 1989م).

**ثانيا /الرسائل العلمية:**

7) هبة جمال ناصر عبد الله علي، **المركز القانوني للموظف الدولي**، رسالة ماجستير في القانون العام، (جامعة الشرق الأوسط / كلية الحقوق، سنة 2011م).

8) – بحث منشور على الانترنت بتاريخ 7/12/2014 http://www. ( Alquds.co.uk/?p=250131)

9) بحث منشور على الانترنت بتاريخ7/12/2014 ( http://www. Alaou>CO24.COM/?p=230291

# الحماية الدولية للآثار والمباني التاريخية أثناء النزاعات المسلحة

أ. أسماء أحمد عبد القادر ملوده
عضو هيئة التدريس بكلية القانون
جامعـــــــة مصراتـــــة

**المقدمة:**

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

**وبعد ...**

تُعد الآثار، والمباني التاريخية جزءا من التراث الثقافي الذي يشكل ركيزة مهمة في حياة الشعوب؛ لما له من دور مهم في ربط الحاضر بالماضي، كما أنه يُعد إرثا مشتركا للأجيال القادمة؛ لذا لم يغفل القانون الدولي بوجه عام، والقانون الإنساني الدولي بوجه خاص في جانبه الموضوعي هذه الأهمية؛ حيث قرر مجموعة من القواعد العامة، والخاصة لحماية هذه الأعيان، حيث نصت الكثير من الاتفاقيات الدولية على ضرورة حماية الأعيان الثقافية أثناء النزاعات المسلحة لعل من أهمها اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح في 14 مايو 1954م، وبروتوكولها الثاني 1999م، واتفاقيات جنيف لسنة 1949م، وبروتوكوليها الملحقين سنة 1977م؛ هذا على سبيل المثال لا الحصر[1].

وقد لعبت المؤتمرات الدولية دورا مهما في سبيل دعم وتأكيد الحماية الدولية لهذه الممتلكات، مثل مؤتمر القاهرة 1937م الذي انتهى إلى عدة توصيات تمت الموافقة عليها من قبل عصبة الأمم المتحدة في 30

([1]) حيث كانت الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة محل اهتمام اتفاقية لاهاي 1907م الخاصة بالحرب البحرية، اتفاقية جنيف 1899م، الميثاق الأمريكي (زوريخ) 1935م الذي انبثقت عنه لجنة للخبراء تختص بمتابعة تنفيذ أحكامه التي انتهت إلى وضع مشروع الدفاع عن التراث الثقافي 1938م، واتفاقية لندن بشأن حماية التراث الحضاري 1969م التي دخلت حيز التنفيذ في 20نوفمبر 1970م، الاتفاقية الدولية لإعادة الممتلكات الثقافية المسروقة أو المصدرة بطرق غير مشروعة 1995م، اتفاقية حماية التراث المغمور بالمياه2011م.

سبتمبر 1937م، ومؤتمرا نابولي، وبومباي 1953م، ومؤتمر نيو دلهي 1956م، والإعلان العالمي لمبادئ التعاون الثقافي الدولي الصادر عن المؤتمر العام للمنظمة الدولية للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو) في دور انعقاده الرابع عشر في باريس بتاريخ 4 نوفمبر 1966م.

ونظرا لأهمية اتفاقية لاهاي 1954م لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح التي هي نتاج لفترة ما بعد الحرب العالمية الثانية؛ ولما امتازت به هذه الاتفاقية من حيث إنها أول اتفاقية دولية بينت المقصود بالممتلكات الثقافية، ووضعت القواعد الخاصة بحمايتها، والتي من شأنها أن تنطبق على الآثار، والمباني التاريخية باعتبارها جزءا من هذه الممتلكات؛ ولما يُرتبه انتهاك هذه القواعد من مسؤولية أقرتها الاتفاقيات الدولية، ونظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية سنة 1998م؛ رأينا أن نسلط الضوء في هذه الورقة المتواضعة على قواعد الحماية الدولية للآثار والمباني التاريخية، باعتبارها مكونا من مكونات الممتلكات الثقافية التي استهدفتها بالحماية اتفاقية لاهاي 1954م، والبروتوكولان الملحقان بها، والآثار المترتبة على انتهاك قواعد الحماية هذه؛ باتباع المنهج التحليلي للنصوص المتعلقة في هذا الشأن وفق الخطة البحثية التالية:

**المطلب التمهيدي: التعريف بالآثار والمباني التاريخية محل الحماية الدولية.**

**المطلب الأول: قواعد الحماية الدولية للآثار والمباني التاريخية أثناء النزاع المسلح.**

**المطلب الثاني: الآثار المترتبة على انتهاك قواعد الحماية الدولية للآثار والمباني التاريخية أثناء النزاع المسلح.**

**خاتمة: تحتوي على أهم النتائج والتوصيات.**

## المطلب التمهيدي

## التعريف بالآثار والمباني التاريخية محل الحماية الدولية

تُعد اتفاقية لاهاي 1954م لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح أول اتفاقية دولية حددت المقصود بالممتلكات الثقافية بشكل عام؛ حيث عرفت المادة الأولى من هذه الاتفاقية الممتلكات الثقافية بأنها:

1- الممتلكات المنقولة، أو الثابتة التي تتمتع في حد ذاتها بقيم فنية، أو تاريخية، أو بطابع أثري.

2- المباني، والممتلكات التي لا تتمتع في حد ذاتها بالخصائص المنصوص عليها في الفقرة السابقة، وإنما مخصصة بصفة رئيسية، وفعلية لحماية، وعرض الممتلكات الثقافية المشار إليها في الفقرة السابقة.

3- المراكز التي تحتوي على مجموعة كبرى من الممتلكات الثقافية المبينة في الفقرتين السابقتين، والتي يطلق عليها اسم (مراكز الأبنية التذكارية)، وأحيانا ما تشغل هذه المراكز أحياء بالمدن، أو مدن بأكملها.

وهذا التعريف هو ما تبنته منظمة التربية والعلوم والثقافة (اليونسكو) في البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي 1954م سنة 1999م [1].

ويلاحظ على هذا التعريف الذي أوردته المادة الأولى من اتفاقية لاهاي1954م، والمادة 1/ب من البروتوكول الثاني 1999م أنه جاء شاملا لكافة الممتلكات الثقافية بحسب أهميتها التاريخية، أو الفنية لا قيمتها المالية[2]، وأن الممتلكات الثقافية التي تدخل في نطاق الحماية القانونية بموجب هذه الاتفاقية تشمل الأماكن الأثرية، والمباني ذات القيمة التاريخية، والوثائق، والمخطوطات ذات القيمة الأثرية، والتاريخية، والمباني المخصصة لحماية الممتلكات الثقافية بما في ذلك أماكن تخزينها أثناء النزاعات المسلحة، ومراكز الأبنية التذكارية فهذه الممتلكات الثقافية مشمولة بالحماية المقررة بموجب نصوص اتفاقية لاهاي1954م.

فكل موروث ذو قيمة ثقافية، أو فنية، أو تاريخية، أو أثرية يكون مشمولا بالحماية وفقا لاتفاقية لاهاي1954م، وهذا ما يثير سؤالا في الذهن مؤداه من الذي يُقيّم أن هذا الموروث له قيمة ثقافية، أو فنية، أو تاريخية؟ وهذا ما يجعل سؤالا آخر يطرح نفسه هو كيف يتم الوصول إلى هذا التقييم؟ أو بعبارة أخرى ماهي

(1) ينظر نص المادة (1/ب) من البروتوكول الثاني 1999م الملحق باتفاقية لاهاي 1954م.

(2) د. جاسم زور: حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي الإنساني، ورقة بحثية مقدمة للملتقى الدولي الخامس (حرب التحرير الجزائرية والقانون الدولي الإنساني) الذي نظمته جامعة حسيبة بن بو علي ـ الشلف ـ الجزائر بتاريخ 9. 10 نوفمبر 2010م.

الأسس والمعايير التي يتم بها التقييم؟ هذا مالم يُظهِرُه هذا التعريف، ولم تُفْصِحْ عنه نصوص هذه الاتفاقية رغم أهميته مما يجعل الأمر موكول للاجتهاد الفقهي.

لكن هل كل الممتلكات الثقافية وفقا لنص المادة الأولى من اتفاقية لاهاي 1954م مشمولة بالحماية؛ أم أنه يجب أن تكون مما اتخذ بشأنها التدابير الوقائية المنصوص عليها في نص المادة (3) من الاتفاقية، والتي حددتها المادة (5) من البروتوكول الثاني للاتفاقية الصادر 1999م[1]؟

يمكن القول بأن تحديد أهمية التراث الثقافي، أو الممتلكات الثقافية يجب أن يترك لإرادة الشعب الذي يمتلك هذا الممتلك الثقافي، أو يقع هذا الممتلك الثقافي على أرضه؛ فتحديد ما يعتبر من الممتلكات الثقافية لذلك الشعب يجب تحديده في تشريعاته الداخلية؛ لأنه وحده الذي يقرر أهمية ذلك بالنسبة له، ولحضارته، وكرامته، ولا يمنع ذلك من تبني معايير دولية يتم الاستئناس بها في تحديد القيمة التاريخية، أو الأدبية لهذه الممتلكات.

ويلاحظ أنه بالرغم من أهمية التدابير التي نص عليها البروتوكول الثاني للاتفاقية الصادر سنة1999م إلا أن اشتراط توافر هذه التدابير لإسباغ الحماية الدولية على هذه الممتلكات الثقافية قد يؤدي إلى اتخاذها أهدافا أثناء النزاعات المسلحة، وقد لا يُسأل من كان سببا في تدميرها، وإهلاكها، وإتلافها نتيجة تقصير أو عدم مبالاة القائم على هذا الشأن، ومن ثمَّ تذهب جهود الحماية لهذا الموروث أدراج الرياح.

هذا عن مفهوم الآثار، والمباني التاريخية المشمولة بالحماية الدولية فماهي قواعد هذه الحماية، وآثارها أثناء النزاع المسلح، وهو ما نتناوله في المطلبين التاليين:

(1) نصت المادة (3) من اتفاقية لاهاي 1954م على أن تتعهد الأطراف المتعاقدة بوضع التدابير الوقائية لصيانة الممتلكات من الأخطار وقت السلم، كما نصت المادة (5) من البروتوكول المشار إليه أعلاه على أنه يجب اتخاذ بعض التدابير لتفادي الآثار غير المتوقعة لنزاع مسلح، والتي تتمثل في:

1- إعداد قوائم حصرية.

2- التخطيط لتدابير الطوارئ لحماية الممتلكات الثقافية من مخاطر الحرائق، أو انهيار المباني.

3- الاستعداد لنقل الممتلكات الثقافية المنقولة، أو توفير الحماية المناسبة لتلك الممتلكات في موقعها.

4- تعيين السلطات المختصة المسؤولة عن صون الممتلكات الثقافية.

## المطلب الأول

## قواعد الحماية الدولية للآثار والمباني التاريخية أثناء النزاع المسلح

تتنوع قواعد الحماية الدولية للآثار، والمباني التاريخية أثناء النزاع المســـلح إلى حماية عامة، وأخرى خاصــة، وثالثة معززة مما يقتضــي معه بيان مضــمون أنواع هذه الحماية، ونطاقها، وهذا ما نتناوله في الفروع الثلاثة التالية:

### الفرع الأول: الحماية العامة للآثار والمباني التاريخية

تظهر مظاهر هذه الحماية الدولية العامة للآثار في مظهر وقائي قبل نشــوب النزاع المســلح، ويتمثل ذلك فيما نصــت عليه اتفاقية لاهاي 1954م من ضــرورة أن تتخذ الدولة التي تقع عليها الآثار، و المباني التاريخية – باعتبارها جزءا من الممتلكات الثقافية التي نصـــت عليها المادة الأولى – التدابير اللازمة الوقائية لصـــيانة الممتلكات من الأخطار[1]، ولم تحدد هذه الاتفاقية أنواع هذه التدابير مما حدى بالقائمين على البرتوكول الثاني لها الصـــادر ســـنة 1999م إلى ســـد هذا الفراغ؛ حيث نص في مادته الخامســـة على هذه التدابير[2]، وتأكيدا منه على هذا الالتزام نص في المادة الثامنة منه على أن تقوم الدول في حالة نشوب النزاع باتخاذ كل الإجراءات الممكنة لنقل هذه الآثار، وإبعادها عن أي هدف عسكري، وعليها أن تبتعد عن إقامة أي أهداف عسكرية على مقربة من هذه الآثار، والمباني التاريخية.

ونصت المادة (1/4) من اتفاقية لاهاي 1954م على أن تلتزم الدولة القائمة على أرضها آثار، أو مدن تاريخية في حالة النزاع المسـلح بالامتناع عن اسـتخدامها، أو وسـائل حمايتها، أو ما جاورها مباشـرة من أماكن لأغراض قد تعرضـــها للتدمير، أو التلف، والامتناع عن أي عمل عدائي نحو هذه الآثار، أو المباني التاريخية، وهذا ما يقتضي عدم استخدام هذه الآثار، والمباني التاريخية لعمليات، وأغراض عسكرية.

هذا عن التزامات الدولة التي تحتضـــن الآثار، والمباني التاريخية. أما عن التزامات الدولة المعادية – الطرف الآخر في النزاع المسـلح – فيجب عليها أن تمتنع عـــن نهب، وسـلب، أو إتلاف الآثار، أو المباني

(1) ينظر نص المادة (2) من اتفاقية لاهاي 1954م.

(2) راجع ما تم الإشارة إليه سابقا . بخصوص هذه التدابير الوقائية . في هذا البحث ص5.

التاريخية، والامتناع عن فعل كل ما من شأنه تخريب هذه الآثار، والمباني التاريخية، كما حظرت الاستيلاء على الآثار المنقولة الكائنة في أراضي الدول الأخرى أطراف النزاع، والامتناع عن ما من شأنه المساس به[1].

أما البروتوكول الثاني 1999م فقد تبنى العديد من الاحتياطات التي يجب مراعاتها من قبل أطراف النزاع المســـلح، ومن بين هذه الاحتياطات ما نصـــت عليه المادة الثانية منه على أنه يجب التحوط من آثار النزاعات المسلحة على الآثار المنقولة، وتطلبت نقل هذه الآثار بعيدا عن الأهداف العسكرية، أو توفير حماية لها في موقعها، وتجنب إقامة أهداف عسكرية بالقرب منها. أما البروتوكول الإضافي الأول 1977م فقط نص في المادة (2/53) منه على حظر الأعمال العدائية الموجهة ضـــد الآثار التاريخية، أو الأعمال الفنية، وأماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي، أو الروحي للشعوب.

هذا عن الحماية العامة إلا أن اتفاقية لاهاي 1954م لم تكتف بهذه القواعد؛ بل أرســـت قواعد خاصة لحماية الآثار، والمباني التاريخية، وهذا ما نتناوله في الفرع التالي.

**الفرع الثاني: الحماية الخاصة للآثار والمباني التاريخية**

لقد أقرّت اتفاقية لاهاي 1954م بالإضـــافة إلى الحماية العامة حماية خاصـــة لبعض الممتلكات الثقافية الثابتة والمنقولة متى تمتعت هذه الممتلكات بأهمية كبرى، أو بخاصية تميزها عن غيرها، واشترطت لذلك شرطين يتمثلان في:

1- أن يكون الممتلك الثقافي واقعاً على مســـافة كافية من أي مركز صـــناعي كبير، أو أي هدف حربي مهم يعتبر نقطة حيوية؛ حيث اعتبرت المادة الثانية من الاتفاقية أن المطارات، ومحطات الإذاعات المختلفة، والمصانع العاملة للدفاع الوطني، أو الموانئ، أو محطات السكك الحديدية، وطرق المواصلات المهمة من عداد الأهداف العسكرية التي تعتبر نقاط حيوية.

2- أن لا يتم استعمال هذا الممتلك الثقافي لأغراض عسكرية [2].

وقد أجازت المادة (2/8) من الاتفاقية وضـــع مخابئ الممتلكات الثقافية تحت نظام الحماية الخاصـــة إذا كان بناؤها بشـــكل لا يجعل من المحتمل المســـاس به بالقنابل أيا كان موقعها، كما أجازت الاتفاقية وضـــع

(1) ينظر نص المادة (40) من البروتوكول الثاني 1999م الملحق باتفاقية لاهاي 1954م.

(2) ينظر نص المادة (8) من اتفاقية لاهاي 1954م.

الممتلكات الثقافية تحت نظام الحماية الخاصة إذا كانت هذ الممتلكات واقعة بجوار هدف عسكري يشترط أن تتعهد الدولة الطرف في الاتفاقية بعدم استعمال هذا الهدف في حالة نشوب نزاع مسلح [1].

ولم تقف الحماية على هذه الممتلكات؛ بل إن الاتفاقية – وحسنا فعلت – قامت بتوسيع نطاق الحماية الخاصة ليشمل وسائل النقل التي تقوم بنقل الآثار سواء كان النقل داخليا، أو إلى خارج إقليم الدولة بشرط أن يتعلق النقل بهذه الآثار [2]، وأن تطلب الدولة الطرف صاحبة الشأن نقل هذه الآثار وفقا للشروط المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية المرفقة بالاتفاقية [3].

ولقد أجازت المادة (13) من الاتفاقية وضع شعار مميز على هذه الآثار، والمباني التاريخية المشمولة بالحماية الخاصة إذا ما وجدت إحدى الدول الأطراف بالاتفاقية ضرورة ملحة لنقل هذه الآثار بشكل مستعجل لنشوب نزاع مسلح فجأة مثلا إذا كان اتباع تسجيل الآثار مستحيلا وفقا لما تطلَّبته اللائحة التنفيذية للاتفاقية؛ إلا أن ذلك ليس مطلقا بل مقيد بثلاثة شروط هي:

1- أن يكون النقل داخل الإقليم.

2- ألا يكون طلب الدولة بالتسجيل مرفوضا.

3- إخطار الطرف المعادي بهذا النقل كلما أمكن ذلك.

وهذا ما يتفق وأحكام المادة (6/8) من الاتفاقية التي تطلَّبت قيد الآثار، والمباني التاريخية التي ترغب الدولة الطرف في الاتفاقية توفير الحماية لها في السجل الدولي للممتلكات الثقافية الموضوعة تحت الحماية الخاصة الذي تشرف عليه المنظمة العالمية للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو)؛ وذلك باتباع الإجراءات الخاصة التي تطلَّبتها اللائحة التنفيذية للاتفاقية [4]؛ باعتبار أن وضع الشعار في مثل هذه الحالات استثناء من التسجيل المنصوص في الاتفاقية.

(1) ينظر نص المادة (5/8) من اتفاقية لاهاي 1954م.

(2) ينظر نص المادة (12) من اتفاقية لاهاي 1954م.

(3) ينظر نصوص المواد (16 . 17) من اللائحة التنفيذية لاتفاقية لاهاي 1954م.

(4) ينظر نصوص المواد من (11) إلى (16) من اللائحة التنفيذية لاتفاقية لاهاي 1954م.

بالإضـــافة إلى ذلك ما نصـــت عليه المادة (14) من اتفاقية لاهاي على تمتع الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية الخاصة ـ بما فيها الآثار، والمباني التاريخية ـ ووسائل نقلها بالحصانة ضد الحجز، والاستيلاء، وهذا ما يتفق وطبيعة الآثار، والمباني التاريخية باعتبارها أموالا عامة في أغلب التشريعات الوطنية [1].

يتضح مما سبق أن الهدف من وضع هذه الضوابط، والقيود لتقرير نظام الحماية الخاصة للآثار في فترات النزاع المســـلح هو توفير أكبر قدر من الحماية لهذا النوع من الممتلكات الثقافية، والحد من فرص نهبها وتدميرها؛ إلا أنه وبالرغم من ذلك فإن مثل هذه الحماية لم تحقق الهدف المرجو منها؛ لذا تم التفكير في صياغة بروتوكول ثان لاتفاقية لاهاي 1954م يتضمن أحكاما أكثر وضوحا لعلها تحقق الحماية المنشودة في فترات النزاع المسلح، وقد تدعَّم ذلك فعلا في بروتوكول 1999م الذي أوجد نظاما حديثا للحماية؛ ألا وهو الحماية المعززة، وهو النوع الثالث من الحماية الدولية للآثار، والمباني التاريخية الذي نتناوله في الفرع التالي.

**الفرع الثالث: الحماية المعززة للآثار والمباني التاريخية**

استحدث بروتوكول 1999م نظاما حديثا للحماية أطلق عليه الحماية المعززة، واشترط عدة شروط لوضع أي ممتلك ثقافي مشمولا بهذا النوع من الحماية، والتي يمكن بيانها في التالي:

أ- أن تكون هذه الممتلكات تراثا ثقافيا على أكبر درجة من الأهمية بالنسبة للبشرية.

ب- أن تكون هذه الممتلكات محمية بتدابير قانونية، وإدارية مناسبة على الصعيد الوطني على نحو يعترف لها بقيمتها الثقافية، والتاريخية الاستثنائية، وتكفل لها أعلى مستوى من الحماية.

جـــ- ألا تُستخدم هذه الممتلكات لأغراض عسكرية، أو كدرع لوقاية مواقع عسكرية، وأن يُصدر الطرف الذي يتولى أمر مراقبتها إعلانا يؤكد على أنها لن تستخدم على هذا النحو [2].

وفي سـبيل تحقيق حماية فاعلة لهذا النوع من الممتلكات أورد البروتوكول 1999م اسـتثناء على هذه الشروط؛ بحيث يمكن لأي دولة طلب إدراج أي ممتلك ثقافي على قائمة الحماية المعززة رغم عدم اتخاذ التدابير الوقائية المنصـوص عليها فيه، ومن ثم يمكن إدراج أي ممتلك ثقافي على قائمة الحماية المعززة ولم تتخذ التدابير القانونية، والإدارية المناسـبة على الصـعيد الوطني بشـأنه؛ حيث أجازت للدول الأطراف أن تطلب من لجنة

(1) كالقانون الليبي رقم (3)لسنة 1995م بشأن حماية الآثار، والقانون المصري رقم (17)لسنة 1983م.

(2) ينظر نص المادة (10) من البروتوكول الثاني 1999م الملحق باتفاقية لاهاي 1954م.

حماية الممتلكات الثقافية في فترات النزاع المسلح[1] المساعدات الدولية من أجل الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة فيما يتعلق بإعداد القوانين والأحكام الإدارية والتدابير المنصوص عليها في المادة (10) المشار إليها أعلاه[2]، وأجاز لها أن تطلب إخضاع الممتلكات الثقافية التي تخضع لولايته لنظام الحماية المعززة[3].

هذا بخصوص الشروط الموضوعية لإخضاع الآثار، والمباني التاريخية لنظام الحماية المعززة فماذا عن الشروط الإجرائية، أو الشكلية اللازمة للقيام بذلك؟ وبمعنى آخر هل تطلَّب بروتوكول 1999م شروطاً إجرائية يتم بناء عليها إخضاع الآثار والمباني التاريخية لنظام الحماية المعززة؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تكمن في نص المادة (11) من البروتوكول 1999م؛ حيث إنه باستقراء هذا النص يتبين أن هناك العديد من الإجراءات التي يجب القيام بها من أجل إخضاع الآثار، والمباني التاريخية لنظام الحماية المعززة تكمن في التالي:

1- أن تتقدم الدولة الطرف الراغبة في وضع أي آثار، أو مباني تاريخية تحت نظام الحماية المعززة بطلب كتابي إلى لجنة حماية الممتلكات الثقافية في فترة النزاع المسلح متضمنا جميع المعلومات الضرورية المتعلقة بالشروط الموضوعية التي تناولتها المادة (10) من البروتوكول 1999م.

2- أن تتقدم الدول الأطراف في النزاع المسلح التي لها اختصاص، أو حق مراقبة الممتلكات الثقافية بطلب لإدراج هذه الآثار، أو المباني التاريخية على قائمة الحماية المعززة [4].

3- يكون إدراج أي نوع من الآثار، أو المباني التاريخية بقرار يصدر عن لجنة حماية الممتلكات الثقافية في فترة النزاع المسلح، ويتم إخطار الأمين العام للأمم المتحدة، وجميع الدول الأطراف من قبل مدير عام المنظمة العالمية للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو) بأي قرار يصدر عن اللجنة بإدراج أي أثر، أو مبنى تاريخي على قائمة الحماية المعززة.

---

([1]) يتم تأسيس هذه اللجنة وفقا لنص المادة (24) من البروتوكول نفسه. د.سهيل الفتلاوي. د. عماد محمد ربيع: موسوعة القانون الدولي، القانون الدولي الإنساني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 2007م، ص 198.

([2]) ينظر نص المادة (1/32) من البروتوكول الثاني 1999م الملحق باتفاقية لاهاي 1954م.

([3]) ينظر نص المادة (9/11) من البروتوكول الثاني 1999م الملحق باتفاقية لاهاي 1954م.

([4]) وفقا لنص المادة (4/11)من البروتوكول الثاني 1999م فإن مثل هذا الطلب لا يخل بسيادة الدولة أو ولايتها (يقصد الدولة التي يقع على أراضيها الآثار، أو المباني التاريخية).

ويتمتع ذاك الأثر، أو المبنى التاريخي بالحماية المعززة فور صـــدور قرار إدراجه في قائمة الحماية المعززة بواسطة لجنة حماية الممتلكات الثقافية في فترات النزاع المسلح.

لكن ما هي النتائج المترتبة على قرار إدراج أي أثر، أو مبنى تاريخي على قائمة الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية المعززة؟

يترتب على صـــدور هذا القرار أن تلتزم الدول الأطراف حال دخولها في نزاع مســـلح بالامتناع عن اســـتهداف هذه الآثار، أو المباني التاريخية المشـــمولة بالحماية المعززة ســـواء من حيث الهجوم عليها، أو استخدامها، أو استعمال المناطق المجاورة لها مباشرة في دعم العمل العسكري [1]؛ إلا إن وجود نظام الحماية المعززة بالإضـافة إلى نظام الحماية الخاصـة قد يؤدي إلى إدراج آثار، أو مباني تاريخية ما في كلا النظامين فهل هناك ما يمنع قانونا من ذلك؟ وماذا إذا اجتمع النظامان فأيهما يُغلَّبُ على الثاني؟

باســتقراء نصــوص البروتوكول الثاني 1999م يتضــح أنه لا يوجد ما يمنع قانونا من التمتع بنوعي الحماية الخاصـــة، والمعززة؛ فتمتع أثر، أو مبنى تاريخي ما بالحماية الخاصـــة طبقا لأحكام اتفاقية لاهاي 1954م، وتمتعه بالحماية المعززة بإدراجه على قائمة الحماية المعززة فإن ذلك يؤدي إلى تغليب أحكام الحماية المعززة على أحكام الحماية الخاصة [2]، وفي ذلك إجابة للسؤال الذي طرحناه أعلاه.

هـذه أنواع الحمـايـة الـدوليـة للآثار، والمبـاني التـاريخيـة وفقـا لنصـــوص اتفـاقيـة لاهـاي 1954م، والبروتوكول الثاني للاتفاقية 1999م. لكن هل هذه الأحكام المتعلقة بالحماية تســـري في شـــأن النزاعات المسلحة الدولية فقط أم أنها تسري في النزاعات المسلحة ذات الطابع غير الدولي أيضاً؟

بداية يمكن القول بأن جميع الآثار، والمباني التاريخية تتمتع بالحماية المقررة لها وفقا لنصـــوص اتفاقية لاهاي 1954م وبروتوكولاتها الأول 1954م، والثاني 1999م فور نشـــوب النزاع المســـلح بين أطرافه من الدول وفقا لنص المادة (18) من الاتفاقية فإن النظم الخاصـــة بحماية الآثار، والمباني التاريخية باعتبارها من الممتلكات الثقافية المشـــمولة بحماية هذه الاتفاقية تنطبق في حالة إعلان حرب، أو نشـــوب نزاع مســـلح بين طرفين، أو أكثر من الـدول الأطراف في الاتفـاقيـة، ولو لم تعترف أي دولـة من أطراف النزاع بوجود حـالـة حرب، كما تنطبق إذا وقع نزاع مسـلح بين دولتين لم تعترف إحداهما بالأخرى، وكذا تنطبق في حالة قيام نزاع

---

([1]) وذلك وفقا لنص المادة (13) من البروتوكول الثاني 1999م الملحق باتفاقية لاهاي 1954م..

([2]) ينظر نص المادة (4) من البروتوكول الثاني 1999م الملحق باتفاقية لاهاي 1954م.

مســـلح بين دولة طرف في الاتفاقية، وأخرى غير طرف فيها متى أعلنت قبول أحكامها، واســـتمرت في تطبيقها[1].

أما بالنسـبة للنزاعات المسـلحة غير الدولية فإن الاتفاقية رغم أنها لم تقدم تعريفا لها مما يجعل الرجوع في ذلك للقواعد العامة في القانون الدولي [2]؛ إلا أنها تطلبت من كل طرف في نزاع مســـلح غير ذي طابع دولي أن يلتزم بتطبيق الأحكام الخاصـة بحماية الممتلكات الثقافية على النحو الوارد بالاتفاقية متى نشـب نزاع على أراضـــي إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية، وشـــجعت الأطراف المتنازعة على إبرام اتفاقات خاصـــة تضمن تطبيق أحكام الاتفاقية [3] .

وقد أكدت المادة (16) من البروتوكول الإضـافي الثاني 1977م على حماية الآثار في حالة نشـوب نزاع ذي طابع غير دولي فمنعت ارتكاب أي أعمال عدائية موجهة ضد الآثار التاريخية، واستخدامها في دعم العمليات العسكرية.

وأمام قصـــور هذه النصـــوص عن توفير الحماية المرجوة للآثار، ومن أجل ذلك تم النص في المادة (1/22) من البروتوكول الثاني 1999م على انطباق قواعد الحماية على أي نزاع مســـلح لا يتســـم بالنزاع الدولي يقع داخل أراضـــي أحد أطراف هذا البروتوكول، ويلتزم أطراف هذا النزاع بما جاء في البروتوكول من أحكام ســواء كانوا دولا، أو مجموعات تابعة لدول أطراف فيه، ولو كان غير معترف بهم وفقا لقواعد القانون الدولي. أما في الفقرة الثانية من هذه المادة فقد عمل البروتوكول على استبعاد أحداث الاضطرابات، والتوترات الداخلية من تطبيق أحكامه، ولا شـك ما يعد اضـطرابا داخليا، أو توترا داخليا شـأن داخلي تقدره الدولة المعنية.

ولذا يمكن القول بأن قواعد الحماية الدولية للآثار والمباني التاريخية تسـري بشـأن النزاعات المسـلحة الدولية وغير الدولية ولا يستثنى من تطبيقها إلا ما يتعلق بالاضطرابات والتوترات الداخلية.

---

([1]) ينظر نص المادة (3/18) من اتفاقية لاهاي 1954م.

([2]) اعتاد الفقه الدولي منذ أمد بعيد أن يصف الصراعات المسلحة الداخلية بأنها حرب أهلية، وهذا بخلاف اصطلاح النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، والذي بدأ استخدامه منذ اتفاقيات جنيف 1949م، وهي: تلك النزاعات التي تثور بين طرفين داخل الدولة، ويحتكمان فيها إلى القوة المسلحة، وتتميز هذه الصراعات بالعمومية والاستمرار، ويترتب عليها آثار إنسانية وسياسية، وتعجز سلطة الدولة عن السيطرة عليها، مع إمكانية امتداد آثارها إلى الدول المجاورة.، د. مسعد عبدالرحمن قاسم: تدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2003 م، ص57. 59.

([3]) ينظر نص المادة (19) من اتفاقية لاهاي 1954م.

**المطلب الثاني: الآثار المترتبة على انتهاك قواعد الحماية الدولية للآثار والمباني التاريخية أثناء النزاع المسلح**

لم تتبنَّ اتفاقية لاهاي 1954م مسألة قمع انتهاكات حرمة الممتلكات الثقافية التي من بينها الآثار، والمباني التاريخية، ولم تولها اهتماما كافيا، ومع ذلك فقد نصت على المسؤولية الجنائية الفردية عن انتهاك حرم الممتلكات الثقافية، ومعاقبة المتسـبب في ذلك، وهذا ما يتطلب أن تقوم الدول بتدابير وقائية، وإصـدار تشريعات لكفالة ذلك من جهة، ولتحقيق ولايتها القضائية من جهة أخرى [1].

إن بيان المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد حماية الممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة يقتضي تحديد أساس هذ المسؤولية، ووصف الأفعال الموجبة لها، وأخيرا صورها، وهذا ما نتناوله باختصار غير مخل في فروع ثلاثة على النحو التالي:

**الفرع الأول: أساس المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد حماية الآثار والمباني التاريخية أثناء النزاع المسلح**

من القواعد المستقرة في القانون الدولي أن المسؤولية الدولية تقوم على أحد أسس ثلاثة هي:

أولا: الخطأ: والذي يقصد به في هذا المقام صدور فعل خاطئ من أحد أشخاص القانون الدولي يترتب عليه ضـرر بغيره من الأشـخاص سـواء كان الفعل متعمدا، أو نتيجة إهمال [2]، أو هو عدم تنفيذ واجب كان بالإمكان، أو في الوسع احترامه [3].

ونظرا لتنوع أساليب القتال وخطورتها من جهة، وللضرورات العسكرية التي تُبرر بها الأطراف شرعية أعمالها من جهة أخرى؛ يرى جانب من الفقه أنه لا يمكن الاعتداد بالخطأ أساسا لقيام المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد حماية الآثار، والمباني التاريخية باعتبارها جزءا من الممتلكات الثقافية [4].

---

([1]) أ.حسان خالد ـ أ. قواسمية سهام: حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي والتشريعات الوطنية، بحث منشور، مجلة التراث تصدر عن مخبر المخطوطات، جامعة زيان عاشور، الجزائر، ع 10، ديسمبر 2013م، ص 65.وللمزيد حول هذا الموضوع ينظر قرار الجمعية العامة رقم (69/196) المبادئ التوجيهية الدولية بشأن تدابير منع الجريمة، والعدالة الجنائية فيما يتعلق بالإتجار بالممتلكات الثقافية ، وما يتصل به من جرائم أخرى 2015م .

([2]) عمر صدوق: محاضرات في القانون الدولي العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1995م، ص14.

([3]) عبد الرحيم خياري: حماية الممتلكات الثقافية في المنازعات المسلحة على ضوء أحكام القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1997م، ص137.

([4]) أ. حفيظة مستاوي: المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد حماية الممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع 13، يونيو2016م، ص128.

ثانيا: نظرية تحمل التبعة، أو نظرية المخاطر: وتعني قيام المسؤولية الدولية لشخص من أشخاص القانون الدولي حال وقوع ضرر، ولو كان العمل الذي قام به مشروعا [1].

ثالثا: الفعل الدولي غير المشروع: ويعني الإخلال بقاعدة قانونية دولية مهما كان مصدرها اتفاقا، أو عرفا [2].

وفي هذا المقام يشـترط لقيام المسـؤولية الدولية أن تنسـب الانتهاكات المتعلقة بحماية الآثار، والمباني التاريخية لشـخص من أشـخاص القانون الدولي، ومن ثمَّ فإن أي اعتداء على الآثار، أو المباني التاريخية عمدا في نزاع مسـلح بأي صـورة، أو شـكل يعد فعلا غير مشـروع دوليا تُبنى عليه المسـؤولية الدولية على الطرف المخالف، ولا يشـترط لذلك أن يكون هناك ضـرر قد تحقق نتيجة هذا الفعل؛ فانتهاك أي قاعدة من قواعد القانون الإنساني الدولي كافيا لإثبات هذا الضرر وفقا لنص المادة (15) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي 1999م[3]؛ فإذا توفر أسـاس المسـؤولية الدولية فإنه لا يعتد بالعديد من الظروف والملابسـات كأسـباب لإباحة هذه الانتهاكات منها [4]:

1- الرضا: حيث لا يجوز عقد أي اتفاق من شأنه الحد من الحماية التي كفلتها لاهاي سنة1954م.

2- الدفاع الشرعي، فلا يقبل الاحتجاج بحالة الدفاع الشرعي للتنصل من المسؤولية الدولية.

3- الضـرورة: حيث لا يقبل الدفع بالضـرورة العسـكرية [5] للتخلص من أحكام المسـؤولية الدولية وفقا لنص المادة 5/82 من البروتوكول الإضافي الأول 1977م.

---

([1]) عمر صدوق: مرجع سابق، ص18.

([2]) أ. حفيظة مستاوي: مرجع سابق، ص128.

([3]) رضا بن سالم: حماية البيئة البحرية أثناء النزاعات المسلحة في البحار، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2004م، ص 150.

([4]) تّعرف الظروف التي تُعدم المسؤولية الدولية بأنها: الظروف التي تطرأ بعد وقوع الفعل غير المشروع، ولكنها تحول دون إسناده إلى دولة ما طرف في العلاقة القانونية التي من خلالها وقع الفعل غير المشروع دوليا، وهذه الظروف إما أن تكون خارجة عن إرادة أطراف العلاقة القانونية، وإما أن تكون بفعلها. د. زهير عبد الكريم حسني: ملاحظات حول القراءة الثانية لمشروع لجنة القانون الدولي حول مسؤولية الدول عن أعمالها غير المشروعة، مُشار إليه لدى إيمان بن يونس: حالة الضرورة في القانون الدولي المعاصر، مجلس الثقافة العام، سرت، د.ط، 2006م، ص83.

([5]) يقصد بالضرورة العسكرية القهرية في فقه القانون الدولي الأحوال التي تعرض أثناء سير العمليات العسكرية ويحتم وجودها ارتكاب أحد أفراد القوات المسلحة أفعالا بالمخالفة لقوانين وأعراف الحرب. ينظر في ذلك د. عبدالواحد محمد الفار: الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، د.ب، د.ط، 1996م، ص 282، وينظر إيمان بن يونس: مرجع سابق، ص57.ويلاحظ في هذا الصدد وجود تناقض بين نص المادة (2/4)من الاتفاقية الذي أجاز الانتفاع بحالة الضرورة، وزوال الحماية بموجبها في حين حظر البروتوكول الإضافي الأول 1977م الانتفاع بهذا الاستثناء. يراجع نصوص المواد المشار إليها أعلاه.

**الفرع الثاني: الوصف القانوني لفعل الانتهاك الموجب للمسؤولية**

إن الاعتداء على الآثار والمباني التاريخية في حالة النزاع المســـلح يعتبر جريمة حرب في منظور أحكام القـانون الإنســـاني الـدولي وفقـا لنص المـادة (5/85) من البروتوكول الإضـــافي الأول لاتفـاقيـة جنيف ســـنة1977م؛ حيث ورد فيه ((تعد الانتهاكات الجســـيمة للاتفاقيات ولهذا البروتوكول بمثابة جرائم حرب وذلك مع عدم الإخلال بتطبيق هذه المواثيق)). وتُصـــنف على أنها من جرائم الحرب الثقافية متى توافرت أركانها وفقا لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في يوليو 1998م[1]، والمتمثلة في:

**أولا: أن يكون هناك انتهاكا جسيما:**

وقد ذكر البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي 1999م صورا، وأمثلة لما يعتبر انتهاكات جسيمة تتمثل في[2]:

1- استهداف ممتلكات ثقافية مشمولة بحماية معززة بالهجوم.

2- استخدام ممتلكات ثقافية مشمولة بحماية معززة، أو استعمال جوارها المباشر في دعم العمل العسكري.

3- إلحاق دمار واســـع النطاق بممتلكات ثقافية محمية بموجب الاتفاقية، أو هذا البروتوكول، أو الاســـتيلاء عليها.

4- استهداف ممتلكات ثقافية محمية بموجب الاتفاقية، وهذا البروتوكول بالهجوم.

5- ارتكاب سرقة، أو نهب، أو اختلاس، أو تخريب لممتلكات ثقافية محمية بموجب الاتفاقية.

ويلاحظ جانب من الفقه على هذا النص أنه لا يعطي مفهوما وافيا للانتهاكات الجســـيمة؛ بل يكتفي بسرد أمثلة لهذا النوع من الجرائم الذي يعتبرها جسيمة[3].

**ثانيا: أن تكون المصلحة المحمية دولية:**

إن حماية الآثار، والمباني التاريخية تعد مصـلحة أسـاسـية للجماعة الدولية؛ حيث تعلو على مصـالح الأطراف المتنازعة، ولذا فإن الهجوم عليها – رغم أنها لا تشكل أهدافا عسكرية أثناء النزاع المسلح – يشكل

---

([1]) د. زياد عيتاني: المحكمة الجنائية الدولية وتطور القانون الدولي الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2009 م، ص231، ووائل أنور بندق: موسوعة القانون الدولي للحرب، دار الفكر الجامعي، مصر، د.ط، 2000م، ص499.

([2]) الانتهاكات الجسيمة المصنَّفة كجرائم حرب هي كل الانتهاكات الخطيرة للقوانين، والأعراف السارية على النزاعات المسلحة كتعمد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية، أو التعليمية، أو الفنية، أو العلمية، أو الخيرية، والآثار التاريخية بشرط ألا تكون أهدافا عسكرية. ينظر وائل أنور بندق: المرجع سابق، ص291.

([3]) أ. حفيظة مستاوي: مرجع سابق، ص133، للمزيد حول هذا الموضوع ينظر فرنيس كالسهوفن . ليزابيت تسغلفد: ضوابط تحكم خوض الحرب، مدخل للقانون الدولي الإنساني، ترجمة أحمد عبد العليم، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، ط3، يونيو 2004م، ص94.

اعتداء على مصلحة أساسية للجماعة الدولية، ويكون الاعتداء عليها أثناء النزاعات المسلحة اعتداء على حق ثقافي تكفله المواثيق الدولية [1].

**ثالثا: أن يكون الفاعل قاصدا الاعتداء:**

وهذا ما يعرف بالركن المعنوي؛ حيث تتطلب جريمة الحرب الثقافية باعتبارها جريمة دولية أن يصدر الفعل عن إرادة معتبرة لشخص من أشخاص القانون الدولي فيتعمد جعل الآثار، أو المباني التاريخية – رغم أنها لا تشكل أهدافا عسكرية – هدفا عسكريا، وأن يكون هذا الفعل قد تم في نزاع مسلح.

**الفرع الثالث: صور المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد الحماية**

تتعد صور المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد حماية الآثار، والمباني التاريخية من قبل أشخاص القانون الدولي إلى صورتين تتمثلان في المسؤولية الجنائية الدولية الفردية، والمسؤولية الدولية للدول، وهذا ما نتناوله في الفقرتين التاليتين بإيجاز غير مخل.

**أولا: المسؤولية الجنائية الدولية الفردية:**

لقد أرست محاكمات الحرب العالمية الثانية في طوكيو ونورمبرج أول إعمال لمبدأ المسؤولية الجنائية الدولية الفردية [2]؛ حيث لم تعتد بالحصانات، ولا بأسباب الإعفاء من المسؤولية، أو التخفيف منها، ولم تفرق في هذا الشأن بين من ارتكب الجريمة الدولية الماسة بالممتلكات الثقافية مباشرة بأن قام بها فعلا، أو كان ذلك بطريق غير مباشر عن طريق الدفع، أو التحريض، وهذا ما حظي باهتمام الجمعية العامة للأمم المتحدة، وتأييدها [3].

وقد شكلت الأحكام الصادرة عن محكمة الجنايات الدولية نورمبرج بشأن حماية الممتلكات الثقافية المادية أثناء النزاعات المسلحة سابقة قضائية؛ حيث اعتبرت الاعتداء على أماكن العبادة جريمة دولية، وأدانت لذلك بعض قادة الجيش الألماني لقيامهم بتدمير أماكن العبادة في بعض المدن الروسية التي

---

([1]) عمر سعد الله: حقوق الإنسان وحقوق الشعوب، العلاقة والمستجدات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1994م، ص164.

([2]) للمزيد حول القيمة القانونية لمبادئ نورمبرج ينظر د. عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق، ص136. 137.

([3]) كالأحكام المنبثقة عن لجنة المسؤوليات التي شكلها مؤتمر السلام في 25 يناير 1919م، وقرار الجمعية العامة رقم (177) الصادر في 21 نوفمبر1947م بشأن تبنيها المبادئ التي أقرتها محاكمات نورمبرج، وأعمال لجنة القانون الدولي في دورتها رقم (32) يوليو1980م في شأن المسؤولية الدولية.

احتلوها[1]، وهذا ما تبنته المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة؛ حيث اعتبرت أن أي مصادرة، أو نهب، أو تدمير، أو إضرار متعمد لدور العبادة، والتعليم والآثار، والأعمال العلمية، والفنية جريمة حرب.

وقد تبنى نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998م هذا المبدأ؛ حيث أقام المسؤولية الجنائية للأفراد بناء على أنهم اقترفوا جرائم حرب ثقافية، وقصر اختصاص المحكمة على الأشخاص الطبيعيين بحيث يكون الشخص مسؤولا عن الجرائم بصفته الشخصية سواء ارتكبها بصفته الشخصية، أو بالاشتراك مع غيره، أوعن طريق شخص آخر بأمره، أو إغرائه بارتكابها؛ حيث اعتبر تعمد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية، أو التعليمية، أو الفنية، أو العلمية، أو الخيرية، والآثار التاريخية جريمة حرب بشرط ألا تشكّل هذه الممتلكات أهدافا عسكرية سواء كان ذلك في نزاعات مسلحة دولية، أو غير دولية[2].

**ثانيا: المسؤولية الدولية للدول:**

أكد البروتوكول الثاني 1999م على مسؤولية الدولة التي تنتهك قواعد حماية الممتلكات الثقافية؛ حيث نص على أنه ((لا يؤثر أي حكم في هذا البروتوكول يتعلق بالمسؤولية الجنائية الفردية، أو مسؤولية الدول بموجب القانون الدولي بما في ذلك واجب تقديم التعويضات)) [3]، وهذا عين ما تبناه إعلان (اليونسكو) بشأن التدمير المتعمد للتراث الثقافي 2003م؛ حيث أكد على مبدأ مسؤولية الدول بشأن الأضرار التي تلحق بالممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة [4].

لكن ماهي الجزاءات التي يمكن تطبيقها في حالة ترتيب هذه المسؤوليات، وانتهاك قواعد الحماية الدولية المقررة؟

لقد نصت المادة (28) من اتفاقية لاهاي 1954م على أن ((تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة أن تتخذ – في نطاق تشريعاتها الجنائية – كافة الإجراءات التي تكفل محاكمة الأشخاص الذين يخالفون أحكام هذه الاتفاقية، أو الذين يأمرون بما يخالفها، وتوقيع جزاءات جنائية أو تأديبية عليهم مهما كانت جنسياتهم))، وهذا ما أكد عليه وتبناه البروتوكول الثاني 1999م في مادته الخامسة عشر.

---

([1]) أ.حفيظة مستاوي: مرجع سابق، ص129.

([2]) ينظر نص المادة (9/8. ب) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998م.

([3]) ينظر نص المادة (38) من البروتوكول الثاني 1999م الملحق باتفاقية لاهاي 1954م.

([4]) أ. حفيظة مستاوي: مرجع سابق، ص131.

عليه؛ يمكن القول بأن مسـؤولية الفرد تكون مسـؤولية جنائية، ومن ثمَّ تطبق عليه العقوبات الجنائية سـالبة للحرية والعقوبات المالية وفقا لما تنص عليه التشـريعات الوطنية التي أحالت إليها المادة (28) من اتفاقية لاهاي 1954م؛ أما بالنسبة للدول فإن المسؤولية المترتبة على انتهاكها لقواعد الحماية الدولية للآثار، والمباني التاريخية فهي المسـؤولية المدنية المتمثلة في جبر الضـرر باعتباره أثرا قانونيا لانتهاك قواعد الحماية الممتلكات الثقافية[1]، وهذا ما يسـتشـف من نص المادة (38) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي 1999م، ونظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في مادته الخامسة، والسبعون.

ولجبر الضـرر الناتج عن انتهاك الدول لقواعد الحماية الدولية للآثار، والمباني التاريخية، وسـائر الممتلكات الثقافية صـور عديدة تكمن في عقوبات وتدابير عديدة لا يتسـع المقام لشـرحها يمكن إجمالها في التالي [2]:

**أولاً: عقوبات مصدرها القانون الإنساني الدولي:**

أ- إعادة الحالة إلى ما كانت عليه: وذلك برد الآثار إلى أماكنها الأصلية إذا كان ذلك ممكنا وغير مستحيلا [3].

ب- التعويض المالي: ويعني دفع مبلغ مالي غالبا ما يتم تحديده باتفاق بين أطراف النزاع، أو التحكيم، أوعن طريق القضاء الدولي [4].

جـ- الترضية: وتتخذ إحدى الصور التالية: إقرار ممثلي الدولة بأفعال ممثليها الرسميين، الأسف، والاعتذار الرسمي عن التصرف، معاقبة مرتكبي الانتهاكات، تقديم ضمانات عدم معاودة، وتكرار الفعل.

**ثانياً: عقوبات وفقا للقواعد العامة في القانون الدولي:**

أ- قطع العلاقات الدبلوماسية أو خفض مستوى التمثيل الدبلوماسي [5].

---

(1) تُعد الالتزامات التي تنص عليها قواعد الحماية للممتلكات الثقافية من نوع الالتزامات التي تسري في مواجهة الكافة، والتي تلتزم بها الدول، والمنظمات الدولية، والمجتمع الدولي الأمر الذي يمكن أن يطلق عليها بأنها تتمتع بطبيعة دستورية في ظل نظام الأمن الجماعي. د. نجاة أحمد إبراهيم: المسؤولية الدولية عن انتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ط، 2009م، ص177.

(2) أ. حفيظة مستاوي: مرجع سابق، ص137. 138، علي خليل إسماعيل الحديثي: حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 1999م، ص106. 107.

(3) ينظر نص المادة (2/35) من البروتوكول الأول الملحق باتفاقية لاهاي 1954 م.

(4) ينظر نص المادة (91) من البروتوكول الإضافي الأول 1977م الملحق باتفاقية جنيف 1949م.

(5) ينظر نص المادة (41) من ميثاق الأمم المتحدة.

ب- وقف العضـوية في الأمم المتحدة ويترتب عليه حرمان الدولة العضـو من بعض الحقوق والمزايا التي يتمتع بها في المنظمة الدولية [1].

جـ- تطبيق العقوبات الاقتصادية استنادا للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة [2].

د- اللجوء إلى العقوبات العسكرية من خلال مجلس الأمن [3].

(1) ينظر نصوص المادة (5 ـ 2/18) من ميثاق الأمم المتحدة.

(2) ينظر نص المادة (41) من ميثاق الأمم المتحدة.

(3) ينظر نص المادة (42 ـ 50) من ميثاق الأمم المتحدة.

## الخاتمة

من خلال بحث موضـوع الحماية الدولية للآثار، والمباني التاريخية أثناء النزاعات المسـلحة تبين لنا أن المجتمع الدولي قد عني بحماية الآثار والمباني التاريخية من خلال اهتمامه المتزايد بحماية الممتلكات الثقافية في فترات النزاع المسلح، ويظهر ذلك من التالي:

1- تبني اتفاقية لاهاي 1954م بشـــأن حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المســـلح تعريف مصـــطلح الممتلكات الثقافية على نحو يشمل جميع الممتلكات الثقافية بما فيها الآثار والمباني التاريخية.

2- أكدت قواعد الحماية الدولية للممتلكات الثقافية أن تدمير أي ممتلك ثقافي يعد تدميراً للتراث العالمي للبشرية.

3- توســـعت قواعد الحماية الدولية الواردة في الاتفاقية وبروتوكولاها الملحقين في حالات انطباق الحماية الواردة بهم بحيث جعلت انطباق أحكامها على جميع حالات النزاع المسلح وعدم اقتصارها على حالات إعلان الحرب.

إلا أن حماية الممتلكات الثقافية ومن بينها الآثار والمباني التاريخية لا تزال تحتاج إلى المزيد من بذل الجهد الدولي وتكثيفه من أجل زيادة تفعيلها ومعالجة أوجه قصورها التي بانت لنا من خلال هذه الدراسة المتواضعة المتمثلة في:

1- عدم وجود نصـــوص رقابية محددة في حالة مخالفة هذه القواعد، فالرجوع إلى القواعد العامة غير مُجزّ في ردع انتهاكات هذه القواعد.

2- الحاجة إلى ضبط تعريفات أفعال الانتهاكات ضد الممتلكات الثقافية وقواعد حمايتها المقررة.

3- عدم وجود معايير لتحديد قيمة الأثر أو المبنى التاريخي، حيث إن ذلك موكول لإرادة الدولة الموجود بها هذا الأثر أو المبنى التاريخي؛ حيث جاءت اتفاقية لاهاي 1954م وبروتوكولاها الملحقان من أي ضوابط يمكن بواسطتها تحديد قيمة الأثر أو المبنى التاريخي ومن الذي يقوم بهذا التحديد.

هذا ما عجزت نصـــوص اتفاقية لاهاي 1954م وبروتوكولاها الملحقان عن بيانه رغم أهميته، ونلاحظ أنه مع تزايد العصـابات العالمية التي تتخذ من الإتجار والتنقيب غير المشـروعين عن الآثار وما ينتج عن ذلك من غسيل للأموال قد تنشط أعمالها وقت النزاع المسلح مستغلة ظروف هذا النزاع مما يستوجب إيجاد آلية فاعلة لمواجهة ذلك النشـــاط الإجرامي وتعقب تلك الآثار محل تلك الأفعال وتولي إجراءات اســـترادها بما يحقق الحماية الدولية للآثار والمباني التاريخية وهذا ما لم تتبناه اتفاقية 1954م وبروتوكولاها الملحقان، وهذا ما نتمنى من المجتمع الدولي أن يتبناه.

## قائمة المراجع

**أولا: الكتب:**

1- إيمان بن يونس: حالة الضرورة في القانون الدولي المعاصر، مجلس الثقافة العام، سرت، د.ط، 2006م.

2- د. زياد عيتاني: المحكمة الجنائية الدولية وتطور القانون الدولي الجنائي، منشـورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2009م.

3- د. سـهيل الفتلاوي – د. عماد محمد ربيع: موسـوعة القانون الدولي، القانون الدولي الإنسـاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 2007م.

4- د. عبد الواحد محمد الفار: الجرائم الدولية وسـلطة العقاب عليها، دار النهضـة العربية، د.ب، د.ط، 1996م.

5- علي خليل إسماعيل الحديثي: حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي، مكتبة دار الثقافة للنشـر والتوزيع، الأردن، ط1، 1999م.

6- عمر سـعد الله: حقوق الإنسـان وحقوق الشـعوب، العلاقة والمسـتجدات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1994م.

7- عمر صدوق: محاضرات في القانون الدولي العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1995م.

8- د. مسـعد عبد الرحمن قاسـم: تدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسـلحة غير ذات الطابع الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2003م.

9- د. نجاة أحمد إبراهيم: المسـؤولية الدولية عن انتهاكات قواعد القانون الدولي الإنسـاني، منشـأة المعارف، الإسكندرية، د.ط، 2009م.

10- وائل أنور بندق: موسوعة القانون الدولي للحرب، دار الفكر الجامعي، مصر، د.ط، 2000م.

**ثانيا: الرسائل العلمية:**

1- رضـا بن سـالم: حماية البيئة البحرية أثناء النزاعات المسـلحة في البحار، رسـالة ماجسـتير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2004م

2- عبد الرحيم خياري: حماية الممتلكات الثقافية في المنازعات المسـلحة على ضـوء أحكام القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1997م.

**ثالثا: المقالات والبحوث العلمية:**

1- أ. حسـان خالد – أ. قواسمية سـهام: حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي، والتشـريعات الوطنية، بحث منشـور، مجلة التراث تصـدر عن مخبر المخطوطات جامعة زيان عاشـور بالجلفة، ع 10، ديسـمبر 2013م.

2- أ. حفيظة مستاوي: المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد حماية الممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع 13، يوليو2016م.

3- د. جاسـم زور: حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي الإنسـاني، ورقة بحثية مقدمة للملتقى الدولي الخامس (حرب التحرير الجزائرية والقانون الدولي الإنساني) الذي نظمته جامعة حسيبة بن بو علي ـ الشلف ـ الجزائر بتاريخ 9 ـ 10 نوفمبر 2010م.

4- فرنيس كالسهوفن ـــــ ليزابيت تسغلفد: ضوابط تحكم خوض الحرب، مدخل للقانون الدولي الإنساني، ترجمة أحمد عبد العليم، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، ط3، يونيو 2004م.

**رابعا: الوثائق والمنشورات الرسمية:**

1- ميثاق الأمم المتحدة.

2- اتفاقية لاهاي ولائحتها التنفيذية بشأن حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح 1954م.

3- البروتوكول الأول الملحق باتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح 1954م.

4- البروتوكول الإضافي الأول والثاني الملحقين باتفاقية جنيف 1977م.

5- نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998م.

6- البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح 1999م.