



# مجلة دراسات قانونية

مارس 2019

العدد: الثالث والعشرون

## مجلة دورية محكمة متخصصة تعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية

في هذا العدد:

- مسؤولية المحامي الجنائية عن إفشاء الأسرار المهنية.
- تعويض ضحايا الإرهاب.
- الرقابة على التعديلات الدستورية.
- التنظيم الدستوري لنظرية الضرورة في ليبيا.
- ماهية التنظيم الدولي.
- قواعد حوكمة الشركات الواردة في قانون النشاط التجاري.

# مجلة دراسات قانونية

مجلة دورية مُحكمة متخصصة

تعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية

تصدر ثلاث مرات في السنة

عن كلية القانون – جامعة بنغازي



د.سلوى فوزي الدغيلي - عميد كلية القانون

المشرف العام للمجلة.

## هيئة التحرير :

• د.سعد خليفة العبار - رئيس هيئة التحرير

المجلة

• د.رافع محمود الفاخري - مدير تحرير المجلة

• د. جازية جبريل شعيتير.

• أ. نهلة زيدان الورفلي.

• أ.عبد القادر صالح عون.



## (قواعد النشر بالمجلة)

- ❖ أصالة العمل المقدم من حيث فكرته ومنهجية إعدادة، وأن يكون قد أعد وفقاً للمعايير والضوابط المنهجية الشكلية والموضوعية المتعارف عليها في الدراسات الأكاديمية الحديثة.
- ❖ ألا يكون العمل المقدم قد سبق نشره أو قدم للنشر في أي مطبوعة أخرى أو مستلاً من دراسة أو بحث أو رسالة أو أطروحة سابقة.
- ❖ تخضع الأعمال المقدمة للنشر للتقويم السري من قبل خبراء من المتخصصين في مجال العمل المقدم للنشر، ويعاد العمل لمعدده في حال طلب تعديله أو تنقيحه.
- ❖ تحتفظ المجلة بحقوقها في تحديد أولوية النشر بحسب خطة النشر المتبعة في المجلة وأهمية العمل المقدم والظروف والمناسبات ذات العلاقة بتخصص المجلة.
- ❖ يجب أن يحمل العمل اسم معدده، ويفرق به ملخص موجز عن سيرته الذاتية وجهة عمله وما سبق له نشره من دراسات وبحوث.
- ❖ تخضع الأعمال المقدمة للنشر للقواعد القانونية الخاصة بالمسئولية الأدبية والملكية الفكرية وما تضمنته هذه الأعمال يعبر فقط عن آراء وأفكار كاتبها، ولا يعكس البتة موقف أو توجه للمجلة.
- ❖ يقدم العمل من نسختين، مصحوبة بقرص مدمج (CD)، ولا تلتزم المجلة بإعادة أي عمل قدم لها، سواء نشر أو لم ينشر، وفي حالة نشره بالمجلة لا يجوز لمقدمه إعادة نشره في أي مطبوعة أخرى.
- ❖ يفضل ألا يزيد حجم العمل على (30) صفحة، بما في ذلك الهوامش وقائمة المصادر والصور ووسائل الإيضاح المرفقة.
- ❖ ترتيب المصادر ألفبائياً في نهاية البحث بحسب اسم الشهرة للمؤلف: كما يلي مثلاً: سراج (محمد أحمد): ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ط1، 1990م دار الثقافة، القاهرة. ويشار للمصدر باختصار في هوامش البحث، هكذا، سراج: ص105، فإن كان للمؤلف أكثر من مصدر استعمله الباحث فيقرن باسم شهرته اسم الكتاب.

**تنبيه: البحوث والدراسات التي تنشر بهذه المجلة تعبر عن رأي كاتبها فحسب، وليس بالضرورة أن تكون معبرة عن رأي المجلة.**



**المراسلات تُقدّم باسم رئيس التحرير على العنوان الآتي:**

**كلية القانون / جامعة بنغازي**

**Email: [legal\\_studies@outlook.sa](mailto:legal_studies@outlook.sa)**

**Email: [sa741932@gmail.com](mailto:sa741932@gmail.com)**

**هاتف وفاكس : +218 (61) 22 29029**



### (ثبت المحتويات)

#### - توطئة العدد:

- افتتاحية العدد.....11

د. سعد خليفة العبار.

#### أولاً. البحوث والدراسات:

- مسؤولية المحامي الجنائية عن إفشاء الأسرار المهنية.....15

أ.د. سعد حماد القبائلي.

- تعويض ضحايا الإرهاب.....43

د.سالمة فرج الجازوي

- الرقابة على التعديلات الدستورية.....73

د.سأوى فوزي الدغيلي

- التنظيم الدستوري لنظرية الضرورة في ليبيا.....151

د. عمر عبد الله عمر أمبارك

- مآهية التنظيم الدولي.....179

د.عبد الله علي العبيدي

- قواعد حوكمة الشركات الواردة في قانون النشاط التجاري .....219

أ.عبد السلام أحمد حسين أمحمد

## ثانياً. المرفقات ::

- نموذج مشاركة بالمجلة.....257
- نموذج خاص بتقديم المقترحات والملاحظات.....259



## افتتاحية العدد

نحمد الله رب العالمين، ونصلي ونسلم على سيدنا محمد المبعوث رحمة للناس أجمعين، وعلى صحبه الكرام الأبرار وعلى من تبعهم وسار على نهجهم إلى يوم الدين، وبعد فما هي مجلة دراسات قانونية- رغم كل ما تعانيه من صعاب- تواصل مسيرتها في العطاء، وتتحف في هذا العدد قارئها الكريم بباقة متنوعة من الدراسات القانونية، وأكبت في غالبيتها ما تمر به البلاد من أحداث " دستورية"، فكان من بينها بحث عن الرقابة على التعديلات الدستورية وما تثيره من جدل وآثار على الواقع القانوني والسياسي في البلاد، وبحث أخرى عن التنظيم الدستوري لنظرية الضرورة في مشروع الدستور، وأطلت دراسات أخرى على جوانب قانونية دولية وجنائية ومدنية، فتناول أحدها طرفاً من مسألة شغلت العالم كله، وهي مشكلة الإرهاب، من خلال دراسة عرضت للجوانب القانونية لتعويض ضحاياه، وأطلت دراسة أخرى على ماهية التنظيم الدولي من خلال تحديد مفهومه وخصائصه ومصادره والصعاب التي تواجهه، وخص بحث آخر اهتمامه بمسؤولية المحامي الجنائية عن إفشاء الأسرار المهنية، في إطلال على الفقه القانوني الليبي والمقارن، وتناول البحث الأخير قواعد حوكمة الشركات كما وردت في قانون النشاط التجاري الليبي من خلال مقارنتها بما ورد من مبادئ نادت بها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية.

ونحن إذ نقدم للقارئ الكريم هذا العدد لا يفوتنا أن نعبر عن خالص الشكر وعظيم الامتنان لكل من أسهم في انجازه، ونخص بالذكر منهم السادة الأفاضل أعضاء هيئة التدريس الذين شرفوا المجلة

بنشر دراساتهم فيها، ونأمل أن يكون هذا دافعا لهم ولغيرهم من أهل الاختصاص في الفكر القانوني والعلوم الشرعية لمزيد من البحث والنشر، وفي الوقت نفسه نلتمس ممن يطالع على هذا العدد المعذرة عن أي هنة أو عيب أو تقصير أو خلال اعتوره، راجين المولى جل في علاه أن يفر لنا أجمعين كل زلة وخطأ، إنه بكل شيء عليم.

د. سعد العبار...  
رئيس تحرير المجلة



أولاً: البحوث والدراسات  
أولاً: البحوث والدراسات



## مسؤولية المحامي الجنائية عن إفشاء الأسرار المهنية

أ.د. سعد حماد القبائلي\*

### المقدمة

يعد حق الدفاع أحد لوازم الوجود الإنساني على الأرض، فلا يمكن تصور هذا الوجود دون أن يلازمه هذا الحق، لأن حق الدفاع عنصر من عناصر الوجود<sup>(1)</sup>، وفي هذا يقول الحق تبارك وتعالى: «وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ»<sup>(2)</sup>، ويقول سبحانه: «وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَهْذَمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ»<sup>(3)</sup>، ولهذا يمكن لنا القول إن حق الدفاع يعد أحد الحقوق الطبيعية الملازمة للإنسان، والتي لا تستمد وجودها من أية نصوص وضعية<sup>(4)</sup>. وعليه فإن حق الدفاع أمام القضاء الجنائي قد أصبح من حقوق الإنسان الثابتة التي لا ينازع فيها أحد على الإطلاق، إلا إذا تغلبت روح السلطة على روح العدالة، وإلا ساد أسلوب الطغيان الأعمى على أسلوب الحق البصير<sup>(5)</sup>. وحق الدفاع أمام المحاكم الجنائية من الحقوق المكفولة دستورياً، باعتبارها مظهراً للحد الأدنى من حقوق الإنسان في محاكمة قانونية عادلة<sup>(6)</sup>.

\* عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

(1) د. أحمد ماهر زغلول: ج1، ص3.

(2) سورة البقرة: الآية 251.

(3) سورة الحج: الآية 40.

(4) د. رعوف عبيد: المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ج1، ص503 وما بعدها، محمود صالح العادلي: حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، ص24 وما بعدها، د. حاتم حسن بكار: أصول الإجراءات الجنائية، ص724 وما بعدها.

(5) محمد كامل إبراهيم: الجوانب العملية لحق الدفاع أمام القضاء الجنائي، ص5 وما بعدها.

(6) د. عوض محمد عوض: حق المتهم في الاستعانة بمحام، مجلة المسلم المعاصر، ص67. المحكمة العليا 2005/7/4م، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الجنائي، ج1، رقم (52/154ق) عام 2005م، ص399. مصطفى العوجي: حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، ص523 - 524. د. أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، ص192 وما بعدها.

وإذا كان حق الإنسان في الدفاع عن نفسه في الشريعة الإسلامية هو الأصل الذي كفلته الشريعة الإسلامية للمتهم، فإنه يشترط لمباشرته أن يكون قادراً عليه، فإن كان عاجزاً عن ذلك فلا تصح إدانته، مما يجدر بالمتهم أن يوكل غيره من القادرين على الدفاع عنه<sup>(7)</sup>.

وحق الاستعانة بمحام أمر يقتضيه مبدأ المساواة المكفول دستورياً<sup>(8)</sup>، ووضعهم في ظروف متكافئة أمام القضاء، لا سيما بالنسبة للقضاء الجنائي لكون المتهم غير الخبير بالقانون يقف من النيابة العامة كخبيرة به موقف القصور، وعدم المساواة لو أنه ترك دون محام يوفر له ما ينقصه من الخبرة القانونية، فالمحامي إذا هو الأذن القانونية واللسان القانوني للمتهم<sup>(9)</sup>.

وإذا كان من حق المتهم الاستعانة بمحام للدفاع عنه أمام القضاء الجنائي، فإن هذا الحق يتفرع عنه حق المتهم في أن يبقى في طي الكتمان وإلى الأبد كل ما يدلي به لمحاميه بكافة الرسائل نحو غاية الدفاع المشروع، وحكمة هذا الحق هي طمأنينة المتهم لبيوح بكل شيء إلى محاميه دون أي تحفظ<sup>(10)</sup>، لأنه يعلم مسبقاً أن هذا الأخير لن يتجرأ أبداً على إفشاء أسرارهِ للغير<sup>(11)</sup>.

كذلك فإن طبيعة عمل المحامي تجعله من الأمناء على الأسرار<sup>(12)</sup>، ولذا يجب عليه أن يحافظ على سرية المعلومات التي تصل إلى علمه، بسبب تأديته لعمله، أو ممارسته

(7) د. حسني الجندي: أصول الإجراءات الجزائية في الإسلام، ص169. د. عبد المجيد مطلوب: حق الدفاع في الشريعة الإسلامية، ص8 - 9.

(8) د. محمود محمود مصطفى: تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية، ص136. د. عزمي عبد الفتاح: واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، ص94.

(9) د. رمسيس بهنام: الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، ج1، ص191. أشرف رمضان عبد الحميد: حياد القاضي، ص170 وما بعدها. د. عوض محمد عوض: قانون الإجراءات الجنائية الليبي، ج1، ص394.

(10) حسن محمد غلوب: استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن، ص74.

(11) خالد خالص، السر المهني للمحامي، ص16.

( http : // www . ahewar . org . / debat / show . art . asp ? aid = 23347 )

(12) معاوية الطباع: حصانة المحامي والسر المهني في القانون السوري، ص2.

( http : // www . barasy . com / pages - 62 . htm 1 ) .

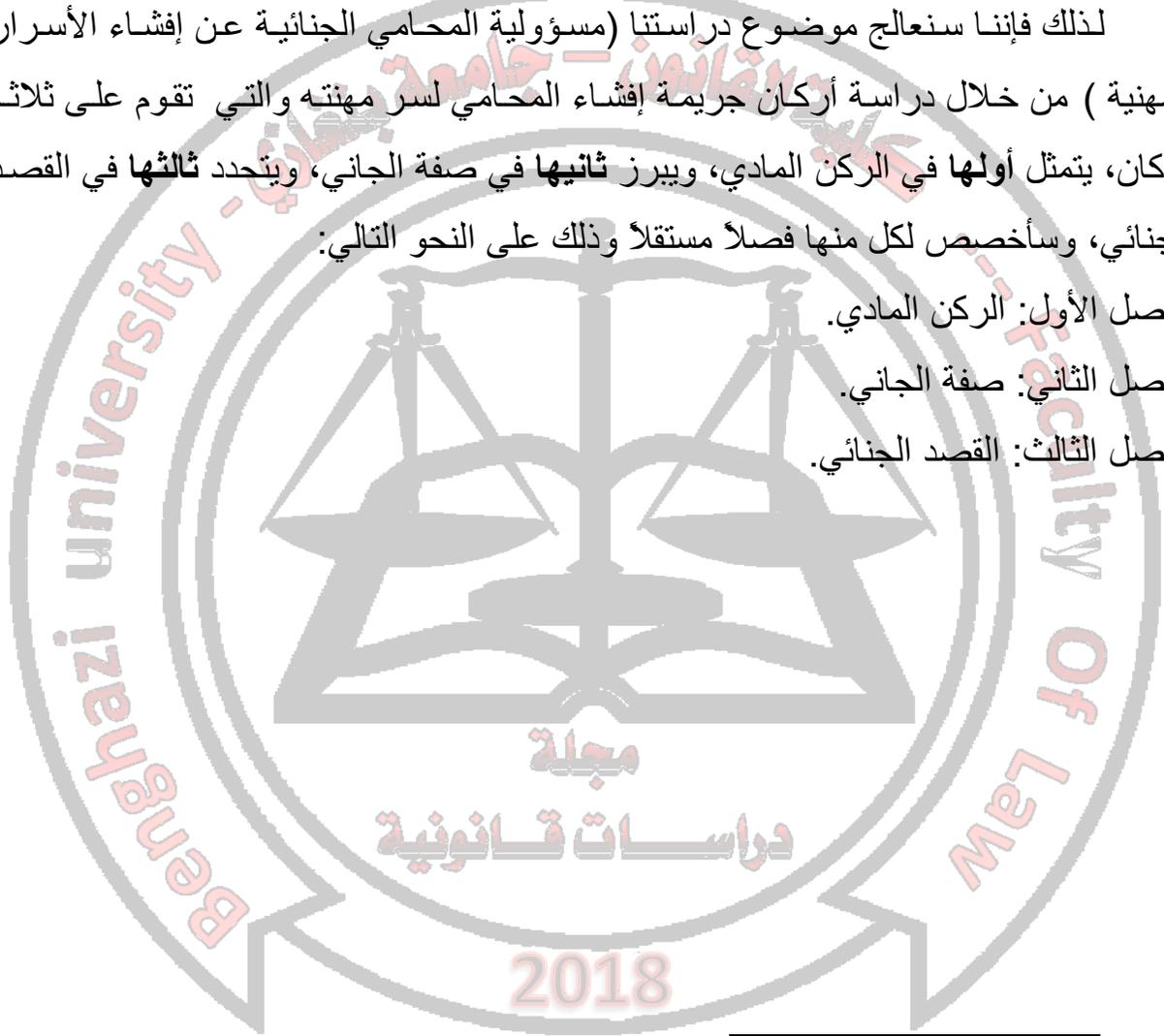
لمهنته<sup>(13)</sup>، فإذا ما أفشى المحامي سراً من أسرار موكله، أو أفشى سراً من الأسرار التي اطلع عليها بسبب تأدية عمله أو ممارسة مهنته، لا سيما التحقيقات السرية<sup>(14)</sup>، كان مسؤولاً جنائياً عن جريمة إفشاء سر المهنة الملتزم بكتمان أسرارها<sup>(15)</sup>.

لذلك فإننا سنعالج موضوع دراستنا (مسؤولية المحامي الجنائية عن إفشاء الأسرار المهنية) من خلال دراسة أركان جريمة إفشاء المحامي لسر مهنته والتي تقوم على ثلاثة أركان، يتمثل أولها في الركن المادي، ويبرز ثانيها في صفة الجاني، ويتحدد ثالثها في القصد الجنائي، وسأخصص لكل منها فصلاً مستقلاً وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول: الركن المادي.

الفصل الثاني: صفة الجاني.

الفصل الثالث: القصد الجنائي.



(13) د. أحمد كامل سلامة: الحماية الجنائية لأسرار المهنة، ص 178 وما بعدها.

(14) د. حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، ص 569 – 570 .

(15) د. عبد الله الأحمد، مسؤولية المحامي، ص 5 .

( <http://www.chawkitabib.info/spip.php?article65> )

محمد عثمان: حصانة المحامي في التشريع السوري، ص 3 .

( <http://www.barasy.com/index.php?name=news&op=article&sid=4947> )

## الفصل الأول

### الركن المادي

جريمة إفشاء السر المهني لها ركن مادي يتكون من عنصرين أساسيين، وهما محل الإفشاء، وهو السر اللازم كتمانته، ثم فعل الإفشاء نفسه، ونخصص لكل منهما مبحثاً مستقلاً.

### المبحث الأول

#### السر

المشرع لم يضع تعريفاً محدداً للسر المهني، مما جعل الآراء تتعدد حول معنى السر المهني، فذهب رأي إلى الأخذ بمعيار الضرر كأساس لتحديد السر، فيعتبر سراً، وفقاً لهذا الرأي، كل أمر يضر بالمجني عليه، ولقد أخذ على هذا الرأي أن الواقعة قد تكون سراً على الرغم من أن إفشاءها قد لا يضر بالمجني عليه<sup>(16)</sup>.

بينما ذهب رأي آخر إلى الأخذ بفكرة الإرادة، حيث لا يعد الأمر سراً إلا إذا كان من أودعه قد أراد كتمانته، وينبغي أن يعبر مودع السر على إرادته بشكل صريح، حتى تكون الواقعة سراً، فالأمر يكون سراً إذا ما عهد به صاحبه إلى الملتزم بالكتمان على أنه سر. ولقد عيب على هذا الرأي أن صاحب السر قد يكون غير عالم به، إذا كان الأمين على السر تبينه بذكائه وخبرته، في الوقت الذي لا يعلم صاحب السر مدى أهمية كتمان هذا السر، وما يترتب على البوح به من أضرار<sup>(17)</sup>.

في حين يذهب رأي أخير إلى الاستناد على ضابط المصلحة، فالواقعة تعد سراً طالما وجدت مصلحة اجتماعية تعود على الثقة التي يضعها العميل في المحامي ويفضي إليه بأسراره استناداً إليها، الأمر الذي لا يتحقق إلا بوجود هذه الحماية، فالسر المهني بالنسبة

(16) د. فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ص 627.

(17) نفس المرجع السابق: ص 628.

للمحامي، وفقاً لهذا الرأي التزام مطلق من النظام العام، ولا يتوقف على أي وعد صريح أو ضمني، فالقانون هو الذي يحمي السر، ويعاقب على إفشائه، طبقاً لما يهدد المصلحة الاجتماعية من خطر، ونظرية المصلحة الاجتماعية هذه هي السائدة حالياً في فرنسا، ويجب بمقتضاها مراعاة السر المهني، حتى إذا رأى صاحب المصلحة أن يحزر المحامي من الالتزام بكتمان السر، فالسر المهني مطلق ومن النظام العام، ولقد قضت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية في 22 / 12 / 1966م بأن التزام السر المهني الذي تقيمه وتعاقب عليه المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي، لكي يكفل الثقة الضرورية لممارسة مهنة، يقع كواجب عام ومطلق، ولا يحق لأي أحد أن يخالف ما ينطوي عنه، واحترام السر المهني حق للمحامي، وواجب عليه، فبإمكانه أن يتمسك بهذا الحق، ويرفض الإجابة أمام الجهات القضائية عن أي أسئلة تتعلق بالوقائع التي وصلت إلى علمه كمحام<sup>(18)</sup>.

ونحن نرى أنه لا يمكن الأخذ برأي من الآراء دون غيره في تعريف السر المهني، فالضرر وحده لا يكفي لتحديد المقصود بالسر، ولا يعتمد على الإرادة وحدها لمعرفة مدى سرية الأمر من عدمه، ولا يعتد بالمصلحة لاعتبار الأمر سراً مهنياً أم لم يكن كذلك، والحال لا يخلو أبداً من وجود أمر من هذه الأمور الثلاثة: الضرر أو الإرادة أو المصلحة، وقد تتوافر هذه الأمور كلها، لذا لا يمكن الاعتماد على أمر منها في تعريف السر المهني، وإنما هذا السر باعتباره من خصوصيات العميل<sup>(19)</sup>، أو هو سر بطبيعته<sup>(20)</sup>، وحفظ المحامي لهذا السر يعد من الأمانة والعهد الواجب حفظها، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾<sup>(21)</sup> مما يوجب على المحامي عدم إفشاء هذا السر بأي حال من الأحوال، طالما أن هذا الأمر يعد

(18) حسن محمد علوب: استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن، ص 97 .

(19) د. طارق سرور: جرائم النشر والإعلام، الكتاب الأول، الأحكام الموضوعية، ص 581 – 582 .

(20) المحكمة العليا: 27 / 6 / 2004 م ، مجلة المحكمة العليا ، س 40 ، ع (2) ، ص 177 – 178 .

(21) سورة المؤمنون: الآية (8) .

سراً وفقاً للسائد عرفاً، وطبقاً لكل حالة على حدة، ما لم يوجد ما يبيح التصريح بهذا السر قانوناً<sup>(22)</sup>.

فكل المعلومات التي تصل إلى المحامي بصفته وكيلًا أو مستشاراً، شفوية أم خطية أو مرسلة باستخدام الهاتف أو الفاكس أو الإنترنت، أو خلال الاطلاع على ملف ما عائد للموكل، أو عن طريق المفاوضات الجارية مع الخصوم، أو عن طريق حضور التحقيقات السرية، أو بأية طريقة أخرى، والتي تتصف بالطابع السري يجب المحافظة على سريتها وعدم إفشائها<sup>(23)</sup>، وذلك وفاء لما تعهد به عندما أقسم اليمين الذي أداه عند توليه لمهنة المحاماة، وفقاً لنص المادة 20 من القانون رقم (3) لسنة 2014م، بشأن المحاماة (الذي ألغى بموجبه القانون رقم (10) لسنة 1990م، بشأن إعادة تنظيم مهنة المحاماة واللوائح الصادرة بمقتضاه)، حيث جاء في نص هذا القسم تعهد المحامي بمراعاة تقاليد المهنة، والمحافظة على أسرارها<sup>(6)</sup>.

### المبحث الثاني

#### الإفشاء

يقصد بإفشاء السر المهني كشفه جعله معروفاً للغير، باطلاعه عليه بأي وسيلة كانت<sup>(24)</sup>، سواء أكانت هذه الوسيلة قولاً أو كتابة أو إشارة، طالما أن السر الذي تم إفشاؤه لازم كتمانته<sup>(25)</sup>، ولم يحدد المشرع وسيلة معينة من شأنها أن تحقق فعل الإفشاء فيتحقق

(22) طارق سرور: قانون العقوبات، القسم الخاص، ص 509 .

(23) عثمان محمود: حصانة المحامي في التشريع السوري، ص 3 .

(6) الجريدة الرسمية: السنة الثالثة، العدد (2) الصادر بتاريخ 2014/3/6م، ص 144 .

(24) د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام، ص 67 وما بعدها. د. محمود أحمد طه: حق الاستعانة بمحام أثناء تحقيقات الشرطة، ص 145 .

(25) د. محمد حسن الجازوي: التزام المحامي بسرية التحقيق الابتدائي في القانون الليبي والقانون الفرنسي، ص 24 . د. شريف سيد كامل: سرية

التحقيق الابتدائي في القانون الإجراءات الجنائية المصري والفرنسي، ص 95 .

الإفشاء، وهو الانتشار إذا أعلن السر بأي طريقة كانت، سواءً كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر، شفاهة أو كتابة، فقد يتم ذلك بنشره أو إذاعته أو طبعه أو توزيعه، أو إبلاغه للغير أو اطلاعه عليه، أو إيصاله إلى علمه بأي وسيلة كرسالة أو برقية، أو مكالمة هاتفية، أو كتابية بنشره في الصحف والمجلات، أو تحرير شهادة أو تقرير به، ومن باب أولى إذا كانت وسيلة النشر من الوسائل الحديثة الأكثر اتساعاً، كنشره عن طريق شبكة القناة الدولية (الإنترنت)<sup>(26)</sup>.

والإفشاء عادةً ما يكون في صورة فعل إيجابي من جانب المحامي، غير أنه لا يوجد ما يمنع من أن يكون الإفشاء في صورة فعل سلبي<sup>(27)</sup>، كما لو شاهد المحامي شخصاً يحاول الاطلاع على الملفات المثبتة للسر، فلا يحول بينه وبين ذلك، بقصد تمكينه من معرفته، لأنه يعتبر قد خالف واجباً قانونياً مفروضاً عليه، وذلك وفقاً لنص المادة 32 / 1 من القانون رقم (3) لسنة 2014م بشأن المحاماة، حيث جاء فيها: "لا يجوز للمحامي تمثيل مصالح متعارضة، ولا يجوز له إفشاء الأسرار التي علم بها عن طريق مهنته، ولو بعد انتهاء الوكالة، ويستثنى من ذلك حالة ذكر تلك الأسرار للحيلولة دون ارتكاب جريمة"<sup>(28)</sup>.

(26) د. مأمون محمد سلامة: ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي في ضوء النظام الإجرائي الليبي، ص 355. د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي: تاصيل الإجراءات الجنائية، ص 314. مجلة دراسات قانونية.

(27) د. محمود نجيب حسني: جرائم الامتناع والمسؤولية عن الامتناع، ص 55. مزهر جعفر عيد، جريمة الامتناع، ص 288 - 289.

(28) الجريدة الرسمية: السنة الثالثة، العدد (2)، ص 147، ولهذه المادة ما يناظرها في التشريعات العربية فقد نصت المادة 79 من قانون المحاماة المصري رقم (17) لسنة 1983م، على أنه "على المحامي أن يحتفظ بما يفرض به إليه موكله من معلومات ما لم يطلب منه إبداءها عن مصالحه في الدعوى"، كما أن الفصل 36 من ظهير 10 / 9 / 1993م المنظم لمهنة المحاماة بالمغرب، ينص بدوره على أنه "لا يجوز للمحامي أن يفشي أي شيء يمس بالسر المهني في أي قضية".

( <http://www.ahewar.org./debat/show.art.asp?aid=23347> )

(3) د. حسنين إبراهيم سالم عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، ص 255. د. محمد أبو العلا عقيدة: شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص 416.

كما أن فعل الإفشاء غالباً ما يكون صريحاً، كإظهار المحامي وقائع سرية، غير أن الإفشاء قد يكون ضمنياً، كما لو تعمد المحامي ترك ملفات القضايا والسجلات التي دُون بها السر، كي يطلع عليها غيره.

ولا يشترط أن يكون الإفشاء كلياً، أي بمعنى أن يكون قد كشف كل الوقائع التي يتكون منها السر، بل أن جريمة الإفشاء تقوم حتى في حالة الإفشاء الجزئي الذي يتناول فيه الكشف عن بعض الوقائع دون أخرى، ولو تعهد بإخفاء هذا الجزء منها، سواءً من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب صاحب السر<sup>(3)</sup>.

ويغلب واجب كتمان السر على واجب التبليغ عنه، أو الشهادة به بقصد كشف الحقيقة أو إثبات الجريمة، وذلك فيما عدا الحالات التي ينص المشرع على استثنائها صراحة من الخضوع لالتزام الكتمان، الذي يفرضه سر المهنة، كما جاء في نص المادة 83 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، حيث نصت على أنه "لقاضي التحقيق أن يأمر الحائز لشيء يرى ضبطه، والاطلاع عليه بتقديمه. ويسري حكم المادة 257 على من يخالف الأمر، إلا إذا كان في حالة من الأحوال التي يخوله القانون فيها الامتناع عن أداء الشهادة"<sup>(29)</sup>. والمادة 257 من قانون الإجراءات الجنائية عندما نصت على أنه "إذا امتنع الشاهد عن أداء اليمين أو عن الإجابة في غير الأحوال التي يجيز له القانون فيها ذلك، حكم عليه بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 260 من قانون العقوبات ..."<sup>(30)</sup>.

وقد أحال قانون الإجراءات الجنائية الليبي أحوال منع الشاهد من أداء الشهادة أو إعفائه من أدائها إلى قواعد قانون المرافعات، حيث نص في المادة 260 منه على أنه "تسري أمام

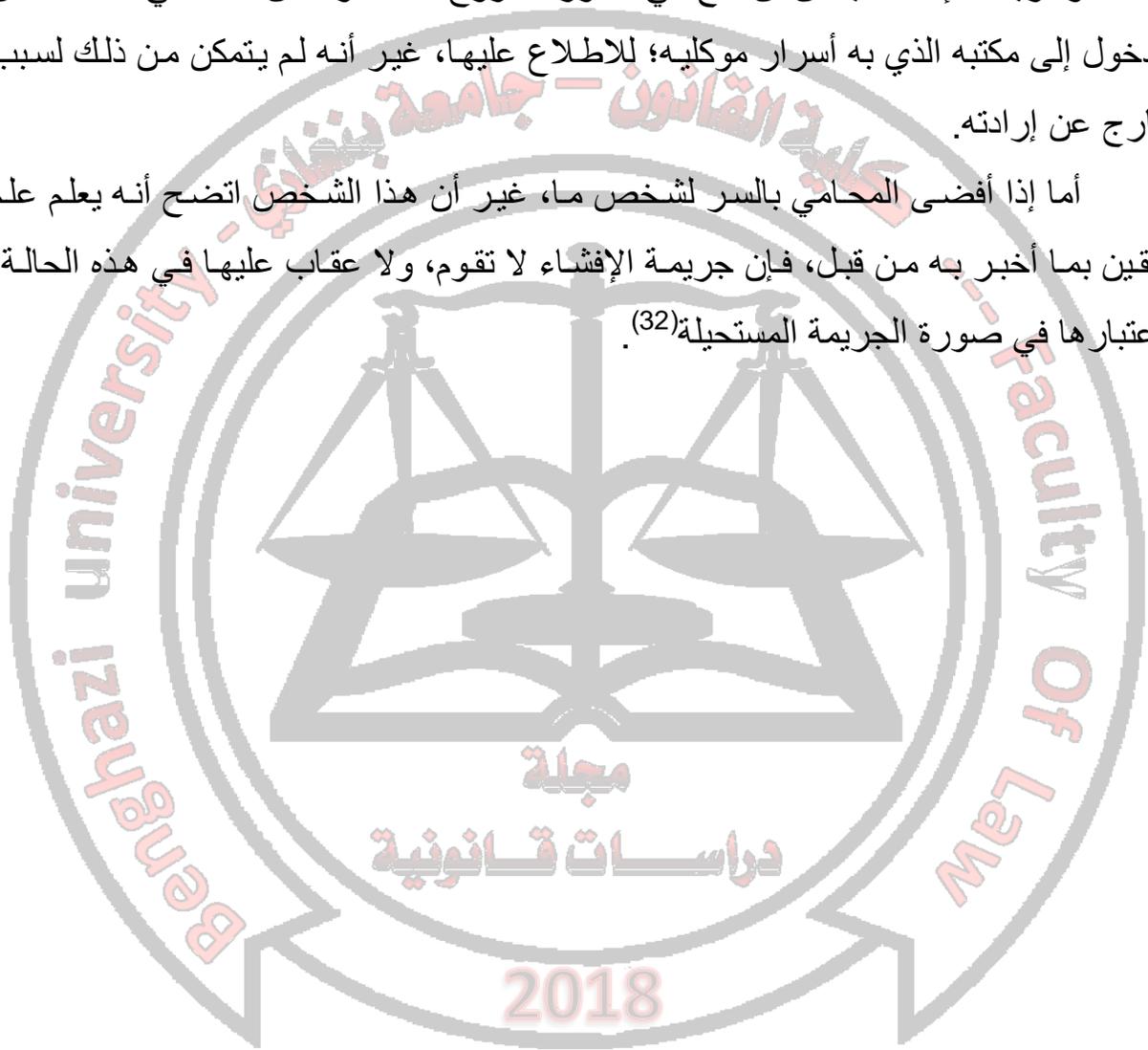
<sup>(29)</sup> تقابل هذه المادة المادة 99 من قانون الإجراءات الجنائية المصري. مجموعة التشريعات الجنائية الليبية: ج2، الإجراءات الجنائية، ص 21 . قانون الإجراءات الجنائية المصري وفقاً لأحدث التعديلات: ص 45 . كذلك فإن هذه المادة تقابل المادة 80 من مشروع قانون الإجراءات الجنائية الليبي 2009 م .

<sup>(30)</sup> تقابل هذه المادة المادة 284 من قانون الإجراءات الجنائية المصري. مجموعة التشريعات الجنائية الليبية: ج2، ص 54 . قانون الإجراءات الجنائية المصري وفقاً لأحدث التعديلات: ص 123.

لمحاكم الجنائية القواعد المقررة في قانون المرافعات لمنع الشاهد من أداء الشهادة ، أو لإعفائه من أدائها"<sup>(31)</sup>.

وجريمة الإفشاء يمكن أن تقع في صورة شروع، كما لو مكن المحامي شخصاً من الدخول إلى مكتبه الذي به أسرار موكله؛ للاطلاع عليها، غير أنه لم يتمكن من ذلك لسبب خارج عن إرادته.

أما إذا أفضى المحامي بالسر لشخص ما، غير أن هذا الشخص اتضح أنه يعلم علم اليقين بما أخبر به من قبل، فإن جريمة الإفشاء لا تقوم، ولا عقاب عليها في هذه الحالة، باعتبارها في صورة الجريمة المستحيلة<sup>(32)</sup>.



(31) تقابل هذه المادة ، المادة 287 من قانون الإجراءات الجنائية المصري . مجموعة التشريعات الجنائية الليبية: ج2، ص 54 .  
قانون الإجراءات الجنائية المصري وفقاً لأحدث التعديلات: ص 124 . راجع في هذا الشأن المادتين 185، 186 من قانون المرافعات الليبي .  
موسوعة التشريع الليبي: مجموعة قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ( 49 ) .  
(32) د. محمود نجيب حسني: قانون العقوبات الخاص، ص 736 .

## الفصل الثاني

### صفة الجاني

لا تقع جريمة إفشاء الأسرار بشكل عام إلا من شخص توافرت فيه صفة الأمين على السر<sup>(33)</sup>، ولهذا يشترط أن يكون المفشي للسر مدافعاً أو محامياً، ونخصص لكل منهما مبحثاً مستقلاً .

### المبحث الأول

#### صفة المدافع في جريمة إفشاء السر المهني

المقصود بالمدافع هو من يقوم بالدفاع عن المتهم من غير المحامين المتخصصين في القانون، كأن يقوم بهذه المهمة أحد أقارب المتهم حتى الدرجة الثالثة<sup>(34)</sup>. وقد نص المشرع الليبي في المادة 1/162 من قانون الإجراءات الجنائية على أن "تعين غرفة الاتهام من تلقاء نفسها مدافعاً لكل منهم بجناية صدر أمر بإحالتهم إلى محكمة الجنايات، إذا لم يكن قد انتخب من يقوم بالدفاع عنه"<sup>(35)</sup>. ويبدو أن المشرع الليبي قد اقتبس نص هذه المادة من نص المادة 188 من قانون الإجراءات الجنائية المصري، الملغاة بالقانون رقم (170) لسنة 1981م، والتي

(33) ذهب كثير من الفقهاء، وعلى رأسهم ( M . Muteau ) إلى تسمية الأشخاص الخاضعين لنص المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي بأمناء السر الضروريين، فيجب لكي يكون الشخص ملزماً بكتمان السر أن يتلقاه من صاحب السر بحكم الضرورة، بسبب صناعته أو وظيفته أو مهنته، وقد عرّف ( Garraud ) الأمناء الضروريين بقوله: "هم أولئك الذين يضطر الناس إلى التوجه إليهم لعدم قدرتهم على الاستغناء عنهم، وهم مطمئنون إلى التزامهم بحفظ السر". لذلك فإن المشرع لا يحمي السر المهني إلا إذا كان إجبارياً، أي اضطر الأفراد إلى إيداع أسرارهم لدى أرباب مهنة معينة بقصد الحصول على خدماتهم، كالطبيب الذي يلجأ إليه المريض لإيداع سره إليه، أو المحامي الذي يلجأ إليه المتهم ليودع سره إليه. وقد استوحى القضاء الفرنسي من هذه الفكرة قائمة بالمهنة التي تخضع للسر المهني، وأدخل فيها العديد من الأشخاص الممارسين لمهنة العلاج، والمحامين، وكلاء دعاوى والموثقين، والكتاب، ورجال الدين، والمحضرين، والقضاة، وموظفي البريد، ورجال الشرطة، وذلك استناداً إلى نظرية الأمين الضروري . وعليه يخرج من عداد الأشخاص الملتمزين بالسر المهني أولئك الذين لا يؤتمنون على الأسرار بحكم صفتهم أو وظيفتهم، وإن كان عملهم يسمح لهم بالاطلاع على بعض الأسرار كالخدم والسكرتيرين الخصوصيين والصحفيين، وكذلك الأسرار الزوجية. أحمد كامل سلامة: الحماية الجنائية لأسرار المهنة، ص 141 وما بعدها.

(34) سامح عاشور: حول حق استعانة المتهم بمحام في التشريعات العربية المقارنة، ص 208 .

(35) مجموعة التشريعات الجنائية: ج2، الإجراءات، ص 34 .

جاء فيها "يندب مستشار الإحالة من تلقاء نفسه محامياً لكل متهم بجناية صدر أمر منه بإحالاته إلى محكمة الجنايات، إذا لم يكن قد وكل من يقوم بالدفاع عنه"<sup>(36)</sup>.

ويلاحظ أن المشرع الليبي على الرغم من أنه لم يختلف عن المشرع المصري في صياغة المادة السابقة، إلا أنه قد استخدم - خلافاً للمشرع المصري - لفظ "مدافع" بدلاً من لفظ "محام" وهي صيغة لا نحبذها، ونرى ضرورة استبدال كلمة "مدافع" بكلمة "محام"، وذلك لسببين هامين، وهما:

**الأول:** إن أحد الأهداف من الاستعانة بمحام هو عدم إمام المتهم بالنواحي الإجرائية المعقدة في الدعوى الجنائية، مما يجعله في حاجة إلى من هو متخصص في القانون، لا إلى قريب يسأله دون أية دراية في هذا المجال<sup>(37)</sup>.

**الثاني:** من أهداف الاستعانة بمحام تجنب ما يحدثه الاتهام من اضطراب في نفس المتهم، فيعجزه عن الدفاع عن نفسه بسبب أثر هذا الاضطراب، وقد لا يختلف الأمر بالنسبة للأقارب، وخاصة إذا ما كان المدافع عن المتهم أحد والديه مثلاً، فهو لا شك أنه سيكون أشد شفقة منه على نفسه<sup>(38)</sup>.

و على الرغم من عدم قناعتنا بأن يقوم بمهمة الدفاع مدافع عن المتهم غير المحامي المتخصص - كما سبق القول - إلا أننا نرى ضرورة التزام المدافع بسرية المعلومات التي تصل إلى علمه بسبب ممارسته لمهمة الدفاع، إذا ما قام بالدفاع عن المتهم، بدلاً من المحامي، حيث أصبح له الحق بالاطلاع على الأسرار الأمر الذي يتطلب إلزامه بكتمان الأسرار التي اطلع عليها بحكم طبيعة أدائه لمهنته.

(36) مجموعة القوانين المصرية: قانون الإجراءات الجنائية، ص 55 .

(37) د. محمد معروف عبد الله: حق المتهم في المعونة القانونية، ص 150 .

(38) سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، ص 430 - 431 .

## المبحث الثاني

## صفة المحامي في جريمة إفشاء السر المهني

يشترط أن يكون الجاني محامياً، ويستوي أن يكون المحامي ليبياً أو عربياً أو أجنبياً، (المادة 25 من القانون رقم (3) لسنة 2014م بشأن المحاماة)<sup>(39)</sup>. والمحامي هو الشخص الذي اتخذ مهنة تمثيل المتقاضين وموازرتهم في الأعمال القضائية، أمام سائر المحاكم، بالإضافة إلى تقديم النصيحة والمشورة القانونية، فالمحامي يكرس كل موهبته وعلمه ومعارفه وقدراته لحماية الملهوف ونصرة المظلوم، والدفاع عنه، لذلك لا بد له أن يكون معداً إعداداً عقلياً ومهنيّاً وعلمياً وروحياً وخلقياً، ليؤدي رسالته المقدسة على أكمل وجه، وليكون في ساحة العدالة صاحب الكلمة الصادقة في إحقاق الحق وإبطال الباطل، وحيث الحكمة، والشجاعة، والعدالة، والأمانة، والاستقامة، والإخلاص، والنصيحة، فمن أوتي هذه الفضائل فقد أصبح مؤهلاً لممارسة مهنة المحاماة التي تعد أهم المهن وأشرفها، كما قال عنها فولتير: "كنت أتمنى أن أكون محامياً، لأن المحاماة أجل مهنة في العالم"، وقال عنها لويس الثاني عشر: "لو لم أكن ملكاً لفرنسا لوددت أن أكون محامياً"، كما قال عنها غارسون: "المحامي هو القاضي الواقف"<sup>(40)</sup>.

وقد عرفت المادة الأولى من القانون رقم (3) لسنة 2014م بشأن المحاماة بأنها: "المحاماة مهنة حرة مستقلة، وهي ركن من أركان العدالة، تعمل علي تحقيقها، وعلي حماية الحقوق والحريات"<sup>(41)</sup>. كما عرفها القانون رقم (39) لعام 1981م، الخاص بتنظيم مهنة

<sup>(39)</sup> الجريدة الرسمية: السنة الثالثة، العدد (2)، ص 145 .

<sup>(40)</sup> عثمان محمود: حصانة المحامي في التشريع السوري، ص 1. معاوية الطباع: حصانة المحامي و السر المهني في القانون السوري، ص 1.

<sup>(41)</sup> الجريدة الرسمية: السنة الثالثة، العدد (2)، ص 137.

المحاماة في سوريا بأنها "مهنة علمية فكرية حرة، مهمتها التعاون مع القضاة على تحقيق العدالة والدفاع عن حقوق الموكلين"<sup>(42)</sup>.

وإذا كانت المحاماة بهذه الأهمية، ومادام المحامي عنده هذه المكانة فإنه لا شك سيكون على رأس الأمانة على الأسرار<sup>(43)</sup>، ويتضح هذا من القسم الذي يقسمه المحامي قبل مباشرته لعمله، فقد جاء نص المادة 20 من القانون رقم (3) لسنة 2014م بشأن المحاماة كما يلي: "يؤدي المحامي بعد قيده في إحدى الجداول أمام إحدى دوائر محاكم الاستئناف أو المحكمة العليا بحسب الأحوال اليمين القانونية التالية: "أقسم بالله العظيم أن أؤدي أعمالاً بأمانة وشرف ساعياً إلى تطبيق القانون، وإقامة العدل وحماية الحريات والحقوق، ومراعاة تقاليد المهنة والمحافظة على أسرارها"<sup>(44)</sup>. كما نصت المادة 22 من قانون المهنة السوري رقم (39) لعام 1981م على اليمين الواجب أن يحلفها المنتسب إلى نقابة المحامين وقبل مباشرته أي عمل يتعلق بها، حيث جاء فيها: "على المحامي الذي يسجل لأول مرة في الجدول أن يحلف أمام محكمة الاستئناف بحضور رئيس مجلس الفرع أو من ينوب عنه اليمين التالية: "أقسم بالله العظيم أن أمارس مهنتي بأمانة وشرف، وأن أحافظ على سر المحاماة واحترام القوانين"<sup>(45)</sup>. ويؤكد التزام المحامي بالسر المهني إعطاء المحامي الحق في الصمت حتى أمام السلطات القضائية<sup>(46)</sup>، ولا يجوز تكليفه بأداء الشهادة في نزاع وُكِّل فيه أو استشير فيه، وذلك وفقاً لنص المادة 2/32 من القانون رقم (3) لسنة 2014م بشأن المحاماة التي جاء فيها: "لا

<sup>(42)</sup> <http://www.barasy.com/index.php?name=News&OP=article&sid=4947>

<sup>(43)</sup> د. أحمد كامل سلامة: الحماية الجنائية لأسرار المهنة، ص 141 وما بعدها. د. محمود أحمد طه: حق الاستعانة بمحام أثناء تحقيقات الشرطة، ص 145. د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ج1، ص 584 – 585. د. حاتم حسن بكار: أصول الإجراءات الجنائية، ص 732. د. عبد الرحمن محمد أبو توتة: شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، ج2، ص 310.

<sup>(44)</sup> الجريدة الرسمية: السنة الثالثة، العدد (2)، ص 144.

(2) (<http://www.barasy.com/pages-62.html>)

<sup>(46)</sup> د. عبد الله الأحمدى: مسؤولية المحامي، ص 5.

يجوز للمحامي أداء الشهادة في نزاع موكل فيه أو أعطى فيه استشارة إلا بإذن كتابي من الموكل، أو بموافقة في الجلسة أمام المحكمة المختصة<sup>(47)</sup>.

ويلاحظ أن نص هذه المادة قد أعطى الموكل حق الإذن للمحامي بالإدلاء بالشهادة في النزاع الذي وكل أو استشير فيه، ونحن لا نميل إلى تأييد هذا الاتجاه، ونرى عدم جواز تكليف المحامي بالإدلاء بالشهادة في أي نزاع وكل أو استشير فيه بشكل مطلق، حتى ولو أذن له الموكل بذلك، لأن إفشاء السر المهني لا يصيب فقط الشخص الذي أباح بسر المحامي ولكنه يصيب المجتمع ككل، لأنه ينزع الثقة عن مهن يرتكز عليها المجتمع والتي يفترض المحافظة عليها.

وتتأكد ضرورة عدم الإفشاء إذا ما تعلق أسرار الأفراد بنتائج التحقيقات السرية، فالسر ليس ملكاً للفرد في هذه الحالة، وإن تعلق به، ولذا فإن رضاه الفرد بإفشائه لا يرفع المسؤولية الجنائية المترتبة على البوح به<sup>(48)</sup>، وذلك كما نصت المادة 65 من قانون المحاماة المصري رقم (17) لسنة 1983م، على أنه: "على المحامي أن يمتنع عن أداء الشهادة عن الوقائع أو المعلومات التي علم بها عن طريق مهنته، إلا إذا كان ذكره لها بقصد منع ارتكاب جناية أو جنحة"<sup>(49)</sup>. وكذلك ما نصت عليه المادة 31 من قانون المحاماة التونسي لعام 1989م، حيث جاء فيها "لا يجوز للمحامي الإدلاء بشهادة في نزاع أنيب فيه أو استشير فيه"<sup>(50)</sup>. لذلك نجد جميع القوانين التي تنظم مهنة المحاماة في كل البلدان تنص على إلزامية المحافظة على السر المهني ضمن قسم المحامي<sup>(51)</sup>، وهذا ما يؤكد أهمية السر المهني،

(47) الجريدة الرسمية: السنة الثالثة، العدد (2)، ص 147 .

(48) د. محمد إبراهيم زيد: تنظيم الإجراءات الجزائية في التشريعات العربية، ج2، ص 225 . طارق سرور: قانون العقوبات، القسم الخاص، ص 508 . د. عبد الله الأحمدى: مسؤولية المحامي، ص 5 .

(2) (<http://www.ahewar.org./dabat/show/.art.asp?aid=23347>)

(3) (<http://www.chawkitabib.info/spip.php?article65>)

(51) خالد خالص: السر المهني للمحامي، ص 2 .

ومسؤولية المحامي في كتمانها، وفي نفس الوقت يؤكد أهمية حصانة المحامي أثناء ممارسته لهذه المهنة السامية المميزة بكل أبعادها<sup>(52)</sup>.

والمحامي ليس هو الملتزم الوحيد بالسر المهني، وإنما يمتد هذا الالتزام إلى كاتبه أسوة به، والقول بخلاف ذلك لا يتفق وقصد الشارع في المحافظة على السر المهني، إذ لا فائدة من تجريم إفشاء السر من قبل المحامي، إذا كان ما يحظر عليه يباح لمساعديه، ومن ثم فإن هؤلاء ملزمون بكتمان السر الذي يعلمون به خلال ممارستهم لوظائفهم<sup>(53)</sup>.

### الفصل الثالث

#### القصد الجنائي

جريمة إفشاء السر المهني جريمة من الجرائم العمدية، ومن ثم فإن ركنها المعنوي يتخذ صورة القصد الجنائي<sup>(54)</sup>، وإذا ما توافر القصد الجنائي إلى جانب الركن المادي وصفة الجاني اكتملت أركان هذه الجريمة، وحُق العقاب على الجاني<sup>(55)</sup>، لذلك فإننا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين اثنين:

#### المبحث الأول

##### القصد الجنائي في جريمة إفشاء المحامي للسر المهني

جريمة إفشاء المحامي للسر المهني جريمة عمدية، يلزم لقيامها توافر القصد الجنائي، ولقد عرّف الشرع الليبي القصد الجنائي في المادة 1/63 من قانون العقوبات، حيث نصت هذه المادة على أنه: "ترتكب الجناية أو الجنحة عن قصد عمدي إذا كان مقترفاً يتوقع ويريد أن

<sup>(52)</sup> معاوية الطباع: حصانة المحامي والسر المهني في القانون السوري، ص 4 .

<sup>(53)</sup> د. أحمد كامل سلامة: الحماية الجنائية لأسرار المهنة، ص 180 - 181 .

<sup>(54)</sup> عبد الرحيم صدقي: الأسرار المهنية في القانون، ص 9 . خالد خالص، السر المهني للمحامي، ص 5 .

<sup>(55)</sup> د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام، ص 67 وما بعدها. د. عبد الله الأحمدى: مسؤولية المحامي، ص 6 .

يترتب على فعله أو امتناعه حدوث الضرر أو وقوع الخطر الذي حدث، والذي يعلق عليه القانون وجود الجريمة<sup>(56)</sup>.

وإذا كانت جريمة إفشاء المحامي للسر المهني جريمة عمدية، فهي لا تقع إلا عمداً، فلا يعاقب قانوناً من يفشي سراً نتيجة إهمال، أو عدم احتياط في المحافظة عليه، كأن ينسى المحامي مذكراته الخاصة عن قضاياها في مكان ما، فيتمكن شخص ما مصادفة من الاطلاع على هذه المذكرات وما بها من أسرار<sup>(57)</sup>.

وجريمة إفشاء المحامي للسر المهني تقوم على القصد العام دون تطلب لقصد خاص<sup>(58)</sup>، يتمثل في نية الإضرار، إذ أن الفعل في ذاته يعتبر من الأفعال المشينة التي لا يلزم لتأييدها قصد خاص<sup>(59)</sup>.

والقصد الجنائي في جريمة إفشاء المحامي للسر المهني يقوم على عنصري العلم والإرادة، فيجب أن يكون المحامي عالماً بأن الواقعة سر، فإذا كان الجاني لا يعلم أن للواقعة صفة السرية، فإن جريمة الإفشاء لا تقع؛ لانتفاء الركن المعنوي.

كذلك فإن الإرادة عنصر ضروري لتوافر القصد الجنائي، لذلك يجب أن تتجه إرادة المحامي إلى فعل الإفشاء، وإلى النتيجة التي تترتب عليه والمتمثلة في اطلاع الغير على السر، فإذا لم تتجه الإرادة إلى الفعل، فإن جريمة إفشاء السر المهني لا تقع<sup>(60)</sup>.

وغنى عن البيان أن الباعث لا يعتبر عنصراً من عناصر القصد الجنائي، فإذا توافر للقصد عنصراه، تحقق الركن المعنوي للجريمة، أي كان الباعث على الإفشاء، فالباعث مهما

(56) مجموعة التشريعات الجنائية الليبية: ج1، العقوبات، ص21 .

(57) خالد خالص: السر المهني للمحامي، ص5 .

(58) د. عمر الشريف: درجات القصد الجنائي، ص211 وما بعدها .

(59) د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ص425 .

(60) د. محمد حسن الجازوي: التزام المحامي بسرية التحقيق الابتدائي في القانون الليبي والفرنسي، ص24 .

كان نبيلاً لا يحول دون قيام الجريمة؛ ولهذا فإن المحامي يعد مرتكباً لجريمة إفشاء السر المهني، إذا توافر لديه القصد الجنائي، ولو كان باعته من الإفشاء شريفاً<sup>(61)</sup>.

### المبحث الثاني

#### العقوبة المقررة لجريمة إفشاء المحامي للسر المهني

تجرم كثير من التشريعات في معظم الدول الأجنبية إفشاء الأسرار المهنية، وتفرض عقوبة جنائية على مرتكب هذه الجريمة<sup>(62)</sup>. كما أن جل قوانين الدول العربية تجرم إفشاء المحامي للسر المهني، وتقرر لهذا الإفشاء عقوبة تختلف من دولة لأخرى<sup>(63)</sup>. أما المشرع الليبي فلم ينص على تجريم إفشاء المحامي للسر المهني بشكل خاص، وإنما نص على إفشاء أسرار الوظيفة، حيث نصت المادة 236 من قانون العقوبات على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر كل موظف عمومي يخل بواجبات وظيفته، أو يسيء استعمالها بأن يفشي معلومات رسمية يلزم بقاؤها سرية، أو يسهل بأي طريقة كانت الوصول إلى الإفشاء بها"<sup>(64)</sup>.

واكتفى المشرع الليبي بالنص على معاقبة المحامي تأديبياً إذا أخل بواجباته أو بشرف مهنته أو حط من قدرها بسبب سلوكه، وفقاً لنص المادة 42 من القانون رقم (3) لسنة

(61) د. فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ص 632.

(62) من هذه التشريعات القانون الفرنسي (م 378 ع)، والإيطالي (م 622 ع)، والبلجيكي (م 458 ع)، والهولندي (م 272 ع)، والسويسري (م 321 ع)، والبولوني (م 254 ع)، والألماني (م 300 ع).

ولقد حرصت البلاد الأنجلوسكسونية على ذلك، فلم تفرض عقوبات جنائية على إفشاء الأسرار، واكتفت بحق المضروب في الحصول على تعويض مالي. د. أحمد كامل سلامة: الحماية الجنائية لأسرار المهنة، ص 424.

(2) من هذه القوانين القانون المصري (م 310 ع)، وقانون تونس (م 254 ع)، وقانون لبنان (م 579 ع)، وقانون سوريا (م 565 ع)، وقانون الأردن (م 355 ع)، وقانون المغرب (م 446 ع)، وقانون الجزائر (م 301 ع) وقانون اليمن (م 156 ع). خالد خالص: السر المهني للمحامي، ص 2. د. عبد الله الأحمد: مسؤولية المحامي، ص 5. عثمان محمود: حصانة المحامي في التشريع التونسي، ص 3.

(64) مجموعة التشريعات الجنائية الليبية: ج1، العقوبات، ص 58.

2014م بشأن المحاماة، والتي نصت على: "العقوبات التأديبية التي يمكن توقيعها على

المحامي:

1. الإنذار.
2. اللوم.
3. الإيقاف عن ممارسة المهنة مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر، ولا تزيد عن ثلاث سنوات، مع غرامة مالية لا تقل عن ألف دينار، ولا تزيد عن خمسة آلاف تدفع لخزانة النقابة.
4. الشطب من الجدول<sup>(65)</sup>.

ويلاحظ أن هذا النص لم يذكر إفشاء سر المهنة، ورتب المسؤولية التأديبية على إخلال المحامي بواجبات المهنة أو بشرفها، أو حط من قدرها، ولا شك أن إفشاء سر المهنة يعد إخلالاً بواجبات المهنة وخطأ من قدرها، مما يستوجب مساءلة المحامي تأديبياً ومدنياً إذا سبب الإفشاء إضراراً بالغير.

ونحن نرى أن على المشرع الليبي أن ينص صراحة على معاقبة المحامي الذي يفشي أسرار مهنته جنائياً بنص خاص<sup>(66)</sup>، ولا يكتفي بمعاقبته بنص المادة 236 من قانون العقوبات السابق ذكرها كما يرى البعض<sup>(67)</sup>، ولا يقصر عقابه على الجزاءات التأديبية المنصوص

<sup>(65)</sup> الجريدة الرسمية: السنة الثالثة، العدد (2)، ص 150.

<sup>(66)</sup> نص قانون العقوبات الأردني في القانون رقم (16) لسنة 1960 م، والمعدل بالقانون رقم (54) لسنة 2001 م، بشكل شمولي على معاقبة من يفشي سراً حصل عليه بحكم وظيفته بعقوبة الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات، وذلك وفقاً لنص المادة 355 منه حيث نصت هذه المادة على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل من:

- 1- حصل بحكم وظيفته أو مركزه المهني على أسرار رسمية، وأباح هذه الأسرار لمن ليس له صلاحية الاطلاع عليها، أو إلى من لا تتطلب طبيعته وظيفته ذلك الاطلاع وفقاً للمصلحة العامة.
- 2- كان يقوم بوظيفة رسمية أو خدمة حكومية واستبقى بحيازته وثائق سرية أو رسوماً أو مخططات، أو نماذج أو نسخاً منها دون أن يكون له حق الاحتفاظ بها، أو دون أن تقتضي ذلك طبيعته وظيفته .
- 3- كان بحكم مهنته على علم بسر وأفشاءه دون سبب مشروع". موسوعة التشريعات والاجتهاد القضائية: قانون العقوبات، إعداد المحامي محمد أبو بكر، ص 150 .

<sup>(67)</sup> د. محمد حسن الجازوي: التزام المحامي بسرية التحقيق الابتدائي في القانون الليبي والفرنسي، ص 23 .

عليها في المادة 42 من القانون رقم (3) لسنة 2014م بشأن المحاماة المذكور آنفاً<sup>(68)</sup>، وذلك لأن إفشاء المحامي لأسرار مهنته يعد من أخطر الأمور التي تزعزع النظام العام مباشرة، كما تصيب المصالح الخاصة بشكل غير مباشر، ومن ثم كان لزاماً على مشرعنا حماية هذا السر جنائياً بشكل حاسم وصريح، لا لئس فيه ولا غموض<sup>(69)</sup>.



<sup>(68)</sup> الجريدة الرسمية: السنة الثالثة، العدد (2)، ص 150.

<sup>(69)</sup> د. عبد الله الأحمدى: مسؤولية المحامي، ص 5. خالد خالص: السر المهني للمحامي، ص 3.

### الخاتمة

والآن، وبعد الانتهاء من هذه الدراسة المتواضعة لموضوع "مسؤولية المحامي الجنائية عن إفشاء الأسرار المهنية" نود أن نقف على بعض النتائج التي اتضحت لنا من خلال البحث، ونورد بعض المقترحات التي نرى اقتراحها.

#### أولاً- النتائج:

أ ( يعد حق الدفاع أحد لوازم الوجود الإنساني، فلا يمكن تصور هذا الوجود دون أن يلازمه حق الدفاع، فهو أحد الحقوق الطبيعية اللازمة للإنسان التي لا تستمد وجودها من أي نصوص وضعية.

ب ( أصبح حق الدفاع أمام القضاء الجنائي من الحقوق الإنسانية الثابتة التي لا ينازع فيه أحد على الإطلاق، فهو من الحقوق المكفولة دستورياً، باعتباره مظهراً للحد الأدنى من حقوق الإنسان في محاكمة قانونية عادلة.

ج ( حق المتهم في الاستعانة بمحام أمام المحاكم الجنائية أمر يقتضيه مبدأ المساواة بين الخصوم المكفول دستورياً، ووضعهم في ظروف متكافئة أمام القضاء، لكون المتهم غير الخبير بالقانون يقف من النيابة العامة الخبيرة في هذا المجال موقف القصور، لو ترك في ساحة القضاء دون محام، يعرض له ما ينقصه من الخبرة القانونية.

د ( حق المتهم في الاستعانة بمحام يتفرع عنه حقه في كتمان سره لدى محاميه، حتى يطمئن المتهم لمحاميه، ويوح له بكل شيء؛ لثقتهم بأمانته، وتأكدته بأنه لن يتجرأ أبداً على إفشاء أسرارهم للغير مهما كانت الأسباب.

هـ ( كون المحامي أميناً على الأسرار بطبيعة عمله يوجب عليه المحافظة على سرية المعلومات التي تصل إلى علمه بسبب تأديته لعمله، أو ممارسته لمهنته، سواءً كانت من

موكله، أو كانت سراً بطبيعتها، فإذا ما أفشى المحامي هذه الأسرار كان مسؤولاً جنائياً عن جريمة إفشاء سر المهنة الملتزم بكتمان أسرارها.

### ثانياً- المقترحات:

أ ( تناصح المحامين بالمحافظة على أسرار مهنتهم، التي هي أمانة في أعناقهم، ليكونوا ممن وصفهم الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم بالفلاح "والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون" (8/23).

ب ( نناشد المشرع العربي الذي لم ينص في تشريعاته على تجريم إفشاء المحامي لسرية المعلومات التي تصل إلى علمه بسبب ممارسته لمهام مهنته أن يسارع إلى النص على تجريم إفشاء هذه الأسرار بنصوص خاصة، صريحة واضحة، بدلاً من إخضاع هذه الجريمة للقواعد العامة.

ج ( نأمل من المشرع الليبي أن ينص بنص خاص على تجريم إفشاء المحامي لأسرار مهنته، مهما كانت الأسباب، ونقترح عليه النص الآتي: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة، وبغرامة لا تقل عن ألف دينار، ولا تزيد عن خمسة آلاف دينار، كل محام أفشى سراً من الأسرار التي يطلع عليها بسبب ممارسته لمهنته.

وتضاعف العقوبة في حالة العود، كما يشطب اسم المحامي من جدول المحامين، ويمنع من مزاوله مهنة المحاماة، ولا يجوز قيده من جديد إلا بعد رد اعتباره".

وأخيراً نود أن نكون بهذه الدراسة السريعة قد عالجتنا الموضوع معالجة وافية بما يكفي لفت نظر مشرنا للنص صراحة على مساءلة كل محام يفشي الأسرار التي يطلع عليها بسبب ممارسته لمهامه المهنية.

والله المستعان

## المصادر

## أولاً- الكتب:

- 1-د. أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م .
- 2-د. أحمد ماهر زغلول: الدفاع المعاون (دراسة حول مهنة المحاماة )، ج1، دار الكتب والوثائق، القاهرة، 1991م .
- 3-د. أحمد كامل سلامة: الحماية الجنائية لأسرار المهنة، ( أسرار المهن الحرة – أسرار الوظيفة العامة – أسرار الدولة ) دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م .
- 4-د. حاتم حسن بكار: أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2007م .
- 5-د. حسني الجندي: أصول الإجراءات الجزائية في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990م .
- 6-د. حسنين إبراهيم سالم عبيد: جرائم الاعتداء على الأشخاص، القاهرة، 1973م .
- 7-د. رمسيس بهنام: الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً (أوليات القانون الجنائي الإجرائي) دراسة مقارنة، ج1، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1977م .
- 8-د. رعوف عبيد: المشكلات العلمية الهامة في الإجراءات الجنائية، ط3، ج1، القاهرة، 1980م .
- 9-د. طارق سرور: جرائم النشر والإعلام، الكتاب الأول، الأحكام الموضوعية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م .
- 10- —، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م .

- 11-د. شريف سيد كامل: سرية التحقيق الابتدائي في القانون الإجراءات الجنائية المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م .
- 12-د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي: تأصيل الإجراءات الجنائية، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، 2002م.
- 13-د. عمر الشريف: درجات القصد الجنائي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م .
- 14-د. عبد الرحمن محمد أبو توتة: شرح قانون الاجراءات الجنائية الليبي، ط1، ج2، دار الرواد، طرابلس، 2017م .
- 15-د. عوض محمد عوض: قانون الاجراءات الجنائية الليبي، تنقيح د. سالم الاوجلي) ط1، ج1، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2017م.
- 16-د. غنام محمد غنام: الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م.
- 17-د. فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م .
- 18-د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط7، القاهرة 1975م.
- 19- ———، تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية، ط2، مطبعة جامعة القاهرة، 1985م.
- 20-د. محمود أحمد طه: حق الاستعانة بمحام أثناء تحقيقات الشرطة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م .
- 21-د. محمود نجيب حسني: قانون العقوبات الخاص، القاهرة، 1978م .
- 22- ———، جرائم الامتناع والمسؤولية عن الامتناع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986م.

- 23- محمد كامل إبراهيم: الجوانب العملية لحق الدفاع أمام القضاء الجنائي، ط1، المكتبة القانونية، القاهرة، 1989م.
- 24- د. محمد أبو العلا عقيدة: شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.
- 25- د. محمد إبراهيم زيد: تنظيم الإجراءات الجزائية في التشريعات العربية، ج2، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، 1990م.
- 26- د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ج1، منشورات جامعة بنغازي (قاريونس حالياً)، ( بدون تاريخ نشر ) .
- 27- مزهر جعفر عيد: جريمة الامتناع، دراسة مقارنة، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999م .
- 28- مصطفى العوجي: حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، ط1، مؤسسة نوفل، بيروت، 1989م.

#### ثانياً- الرسائل العلمية:

- 1- حسن محمد علوب: استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن، رسالة للحصول على درجة دكتور في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1970م.
- 2- حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، (دراسة تحليلية تأصيلية انتقادية مقارنة في ضوء التشريعات الجنائية: المصرية – الليبية – الفرنسية – الإنجليزية – الأمريكية والشريعة الإسلامية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1996م .
- 3- سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998م.

4- محمود صالح العادلي: حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة في القانون الوصفي والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1991م.

### ثالثاً- البحوث والمقالات:

- 1- خالد خالص: السر المهني للمحامي.  
( [http : // www . ahewar . org . / debat / show . art . asp ? aid = 23347](http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=23347) )
- 2- سامح عاشور: حول حق استعانة المتهم بمحام في التشريعات العربية المقارنة، مجلة الحق، السنة الحادية عشر، العدد الأول، 1980م .
- 3- د. عوض محمد عوض: حق المتهم في الاستعانة بمحام، مجلة السلم المعاصر، السنة الثالثة عشرة، العدد ( 43 )، 1987م .
- 4- د . عبد المجيد مطلوب: حق الدفاع في الشريعة الإسلامية، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر حق الدفاع الذي نظّمته كلية الحقوق، جامعة عين شمس، في الفترة 20 - 22 / 4 / 1996م.
- 5- د . عزمي عبد الفتاح: واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر حق الدفاع الذي نظّمته كلية الحقوق، جامعة عين شمس في الفترة 20 - 22 / 4 / 1996م.
- 6- د. عبد الله الأحمدى: مسؤولية المحامي، منشور بتاريخ 5 / 1 / 2005 م.  
( [http : // www . chawkitabib . info / spip . php ? article 65](http://www.chawkitabib.info/spip.php?article65) )
- 7- عبد الرحيم صدقي: الأسرار المهنية في القانون، مجلة المحاكم المغربية، العدد (43) لعام 1986م.

- 8- د. مأمون محمد سلامة: ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي في ضوء النظام الإجرائي الليبي، بحث مقدم إلى الحلقة العربية الثالثة للدفاع الاجتماعي، المنظمة الدولية العربية للدفاع الاجتماعي، 1973م.
- 9- محمود عثمان: حصانة المحامي في التشريع السوري، منشور بتاريخ 20 / 8 / 2009 م .  
( [http : // www . barasy . com / index . php ? name = news & op = article & sid = 4947](http://www.barasy.com/index.php?name=news&op=article&sid=4947) )
- 10- د . محمد حسن الجازوي: التزام المحامي بسرية التحقيق الابتدائي في القانون الليبي والقانون الفرنسي، المحامي، مجلة فصلية تصدر عن المؤتمر المهني العام للمحامين بليبيا، السنة الثامنة، العددان 31 – 32، 1990م.
- 11- د. محمد معروف عبد الله: حق المتهم في المعونة القانونية، مجلة القانون المقارن، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، السنة الثامنة، العدد (11)، 1980 م .
- 12- معاوية الطباع: حصانة المحامي والسر المهني في القانون السوري، منشور بتاريخ 18 / 6 / 2007 م .  
( [http : // www . barasy . com / pages – 62 . htm](http://www.barasy.com/pages-62.htm) )

#### رابعاً- المدونات والموسوعات التشريعية:

1. قانون الإجراءات الجنائية المصري وفقاً لأحدث التعديلات، دار الطباعة الجامعية، الإسكندرية، 1984م .

2. موسوعة التشريعات الجنائية الليبية: ج2، العقوبات، الإدارة العامة للقانون، 1986م.

3. مجموعة التشريعات الجنائية الليبية: ج2، الإجراءات، الإدارة العامة للقانون، 1987م.

4. مجموعة القوانين المصرية: قانون الإجراءات الجنائية، ط2، دار الفكر العربي، 1976م.

5. موسوعة التشريع الليبي: مجموعة المرافعات المرتبة والتجارية، وزارة العدل، 1953م .

6. موسوعة التشريعات والاجتهاد القضائية: قانون العقوبات، إعداد المحامي محمد أبو بكر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003م.

#### خامساً- الأحكام القضائية:

• أحكام المحكمة العليا الليبية (مجلة المحكمة العليا).

• مجموعة أحكام المحكمة العليا.

#### سادساً- الدوريات:

• الجريدة الرسمية الليبية.

سابعاً- مواقع شبكة القناة الدولية (الإنترنت)

1-( [http : // www . ahewar . org . / debat / show .art . asp ? aid = 23347](http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=23347) )

2- ( [http : // www . chawkitabib . info / spip . php ? article 65](http://www.chawkitabib.info/spip.php?article65) )

3-( [http : // www . barasy . com / index . php ? name = news & op = article & sid = 4947](http://www.barasy.com/index.php?name=news&op=article&sid=4947))

4- ([http : // www . barasy . com / pages – 62 . html](http://www.barasy.com/pages-62.html))



## تعويض ضحايا الإرهاب

د. سالمة فرج الجازوي<sup>(1)</sup>

### مقدمة:

تعرضت بلادنا الحبيبة في السنوات الأخيرة، ولا تزال تتعرض لظاهرة من أخطر الظواهر الإجرامية التي عرفها عالمنا المعاصر، وهي ظاهرة الإرهاب. والإقرار بحق التعويض ضحايا الإرهاب يندرج في إطار القانون المدني الذي يقرّ بهذا الحق، وهو جزء من الاعتراف بالانتهاكات وبالمسؤولية إزاءها الفردية والجماعية، خصوصاً التعويض عن الأضرار والالتزام العلني بالاستجابة لآثارها وعلاجها.

وهذه الدراسة تتركز على تعويض ضحايا العمليات الإرهابية، خاصة وأن الدول قد انصب اهتمامها على سن قوانين لملاحقة الجناة، دون أن تولي اهتماماً لموضوع تعويض المتضررين من الإرهاب، وهذا ما حدث بالفعل بالنسبة للمشرع الليبي، فقد تصدى لموضوع الإرهاب في القانون رقم 3 لسنة 2014م بشأن مكافحة الإرهاب- بعد ما شهدته ليبيا من أعمال إرهابية لم تعرفها من قبل، هدفها تهديد أمن المجتمع وزعزعة استقراره، تاركاً المضرور من جراء هذه العمليات للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، وما تمنحه الدولة للضحايا على سبيل الشفقة والمساعدة، إذ لا يوجد في هذا القانون أي نص يتحدث عن المسؤولية المدنية وتعويض ضحايا الإرهاب.

وما يستحق البحث والنقاش الجاد اليوم هو مدى إمكانية لجوء الضحايا وأسر ضحايا الإرهاب المدعوم من بعض الأشخاص والدول بكافة صورته وأشكاله، إلى ملاحقتهم قضائياً، والمطالبة بالتعويضات عن الأضرار المباشرة وغير المباشرة التي لحقت بهم جراء الأعمال الإرهابية. كما أن الإشكالية التي يتمحور حولها البحث هي هل القواعد العامة للمسؤولية

<sup>1</sup> - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

المدنية بوضعها الحالي تسمح بتعويض المضرورين عن الجرائم الإرهابية تعويضاً كاملاً وفي كافة صور الضرر التي تلحقهم؟ وهل يمكن أن نخرج من عباءة تحميل الدولة مسؤولية تعويض الأضرار، لندخل في دائرة أخرى عن طريق وضع تنظيم قانوني لتلك المسؤولية، وذلك من أجل تقرير ضمان تعويض سريع وكامل لهؤلاء الضحايا؟

لقد أثار مبدأ تعويض ضحايا الإرهاب جدلاً واسعاً في الأوساط الفقهية حول الأساس الذي يستند إليه، وما الطريق القانوني لتعويض ضحايا الإرهاب؟ كما إن السؤال الذي يثور هنا يكمن في ماهية القواعد والضوابط التي رسمها القانون بخصوص تعويض ضحايا الإرهاب؟ ونشير هنا إلى أن المسؤولية المدنية في قواعدها التقليدية لا تكفل تعويض الأضرار التي تخلفها جرائم الإرهاب، فالجريمة الإرهابية يرتكبها شخص أو أشخاص غير معروفين عادة، لذا يمكن القول بأن دعوى المسؤولية المدنية التي تمثل صورة الحماية الفردية للمضرور في جرائم الإرهاب محفوفة بالمخاطر، لصعوبة التعرف على المسؤول الميسور أو الضامن، وصعوبات التقاضي وإجراءات الدعوى وموقف المضرور الضعيف في مواجهة الإرهاب<sup>(2)</sup>.

وستتبع خلال هذا البحث المنهج التحليلي والمقارن، ونقسمه إلى ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: الفعل الضار والمضرور من الأعمال الإرهابية.

المطلب الثاني: المسؤول عن الأعمال الإرهابية.

المطلب الثالث: التعويض عن الأعمال الإرهابية.

<sup>2</sup> عمرو محمد المارية: ص 3.

## المطلب الأول

### الفعل الضار والمضرور من الأعمال الإرهابية

حتى تقوم المسؤولية المدنية يجب حدوث الضرر، فالضرر هو ركن أساسي في المسؤولية المدنية، والضرر سيقع على شخص يطلق عليه في فقه القانون المدني المضرور، وسنقوم في هذا المطلب بدراسة الفعل الضار في الفرع الأول والمضرور من الأعمال الإرهابية في الفرع الثاني، وذلك على النحو الآتي:

#### الفرع الأول

#### الفعل الضار

في هذا الفرع سنقوم بتعريف العمل الإرهابي باعتباره الفعل الضار الموجب للمسؤولية المدنية عن الأعمال الإرهابية، ومن ثم نقوم بتعريف الضرر، ونتحدث عن أنواعه، وذلك على النحو التالي:

#### أولاً- العمل الإرهابي:

يعد موضوع تعريف الإرهاب من أكثر المواضيع إثارة للخلاف بين فقهاء القانون<sup>(3)</sup>، حيث لم يتفق الفقه والقضاء على وضع تعريف للإرهاب، فهناك من يعرفه بأنه مجموعة من الأعمال التي تهدف إلى تحقيق هدف معين، ويرتكب هذا الفعل سواء تحرك من خلال إيديولوجية أو هدف ديني أو خليط منهما، وبذلك يتم التركيز على السلوك العنيف لتمييز العمل الإرهابي عن غيره، وهذا العنف يتسم بالترار والتسلسل، لينتج التخويف والرعب المطلوب<sup>(4)</sup>.

<sup>3</sup>- لمعرفة المزيد حول ذلك راجع طارق محمد الجملي: ص 245 وما بعدها.

<sup>4</sup>- عباسة دربال صورية: ص 181.

وهناك من يعرف العمل الإرهابي بأنه الفعل الإجرامي الذي يقوم به فرد أو جماعة منظمة، استهدفت فرداً أو جماعات ومؤسسات رسمية أو غير رسمية، أو وقع الإضرار بالممتلكات العامة أو الخاصة، وذلك بغية الإخلال بالوضع الأمني أو الاستقرار أو الوحدة الوطنية، أو إدخال الرعب والخوف والفرع بين الناس، أو إثارة الفوضى تحقيقاً لأهداف إرهابية<sup>(5)</sup>.

ومما يلاحظ على التعريفات السابقة أنّ الإرهاب له أسباب متعددة: عقائدية وفكرية ودينية وعنصرية وسياسية، ومن ثمّ يمكن القول أنه ليس هناك سبب وحيد للعمل الإرهابي، ولكن كل سبب من الأسباب السابقة يمكن أن يكون أحد جوانبه.

أما في القانون الليبي فقد عرفت المادة الثانية من القانون رقم 3 لسنة 2014م بشأن مكافحة الإرهاب، العمل الإرهابي بقولها "كل استخدام للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع بهدف الإخلال الجسيم بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع أو مصالحه أو أمنه للخطر، متى كان من شأن هذا الاستخدام إيذاء الأشخاص، أو إلقاء الرعب بينهم، أو تعريض حياتهم أو حرياتهم أو حقوقهم العامة أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة، أو الاستيلاء عليها، أو منع أو عرقلة السلطات العامة أو مصالح الحكومية أو الوحدات المحلية أو البعثات الدبلوماسية والقنصلية أو المنظمات والهيئات الإقليمية والدولية في ليبيا من ممارسة كل أو بعض أوجه نشاطها، أو منع أو عرقلة قيام مؤسسات أو دور العبادة أو مؤسسات ومعاهد العلم لأعمالها، أو تعطيل تطبيق أي من أحكام الدستور أو القوانين واللوائح، وكذلك كل سلوك من شأنه الإضرار بالاتصالات أو بالنظم المعلوماتية أو بالنظم المالية أو المصرفية أو بالاقتصاد الوطني أو بمخزون الطاقة أو بالمخزون الأمني من السلع والمواد الغذائية والمياه أو بسلامتها إذا ارتكب أحد الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون".

<sup>5</sup> - محمد حسن مرعي: ص 5.

ويلاحظ على هذه المادة أنها وضعت تعريفاً طويلاً للعمل الإرهابي، وكان الأفضل تجنب وضع التعريفات في القوانين، وترك ذلك للفقه والقضاء، خاصة وأن الإرهاب يوجد اختلاف عالمي حول تعريفه، لاحتمال تداخله مع الكفاح المشروع، وكان من الأفضل أن يحدد المشرع الصور المجرمة بدلاً من وضع تعريف؛ سيما وأن النصوص اللاحقة قد وضعت صوراً محددة للإرهاب.

### ثانياً- تعريف الضرر:

يقصد بالضرر الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة للمساس بحق أو مصلحة مشروعة، سواء كانت متعلقة بسلامة جسمه أو ماله أو شرفه واعتباره أو عاطفته. فالضرر هو الإخلال بمصلحة مشروعة للشخص المضرور<sup>(6)</sup>، ولا يشترط القانون درجة معينة من الجسامة، فوفقاً للقانون المدني بمجرد حدوث الضرر يتم قبول الدعوى، بغض النظر عن درجة جسامة هذا الضرر.

### ثالثاً- أنواع الضرر:

للضرر أنواع عدة، فقد يكون الضرر مادياً أو أدبياً، وقد يكون مباشراً أو غير مباشر، ويوجد نوع آخر للضرر، وهو الضرر المحتمل الوقوع والضرر المستقبل، وجميع هذه الأنواع سندرسها في هذا الفرع، وذلك على النحو التالي:

#### 1- الأضرار المادية والأضرار الأدبية:

##### أ-الضرر المادي:

يقصد بالضرر المادي الاعتداء محقق الوقوع على حق أو مصلحة مالية

للمضرور<sup>(7)</sup>، ويشترط في الضرر المادي شرطان هما:

<sup>6</sup> مصطفى عبد الحميد عياد: 78.

<sup>7</sup> - خالد موسى أحمد: ص40 .

- 1- أن يكون هناك مساس أو اعتداء على حق أو مصلحة مالية، فيجب لكي يكون الضرر الذي وقع ضرراً مادياً أن يؤدي هذا الضرر إلى المساس بمصلحة مالية للمضرور.
- 2- أن يكون الضرر محقق الوقوع، ويعنى ذلك أن هناك ضرراً قد وقع فعلاً أو أنه محقق الوقوع في المستقبل.

### ب- الضرر الأدبي:

إذا كان الضرر المادي هو المساس بمصلحة مالية، فإن المقصود بالضرر الأدبي الضرر الذي يصيب الشخص في حق أو مصلحة غير مالية، بمعنى أن الضرر الأدبي لا يؤدي إلى الاعتداء على مصلحة مالية للمضرور، بل هو اعتداء أو مساس بكرامة الشخص أو شرفه أو اعتباره أو مشاعره<sup>(8)</sup>. وبالرغم من أن الفاعل قد لا يعتدي على مصلحة مالية للمضرور إلا أنه قد أصابه بضرر أدبي.

وتجدر الإشارة إلى أنه قد يقترن الضرر الأدبي بالضرر المادي، وقد يكون الضرر الذي أصاب المضرور ضرراً أدبياً خالصاً.

وأسباب الضرر الأدبي كثيرة، فقد يكون الضرر الأدبي ناتجاً عن اعتداء على جسم الإنسان، فالجروح التي تصيب جسم الإنسان قد تؤدي إلى أضرار مادية، بسبب إنفاق المال في العلاج، أو فقدان القدرة على الكسب المادي، وهذه الجروح قد ينتج عنها تشويه يؤدي إلى أضرار أدبية ناتجة عن الحزن والكآبة.

وقد نص القانون المدني الليبي على الضرر الأدبي في المادة 225 حيث قال "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء".

<sup>8</sup> - محمد إبراهيم الدسوقي: ص 72.

## 2 - الضرر المباشر والضرر غير المباشر:

يقصد بالضرر المباشر الضرر الذي ينتج مباشرة على الفعل المحدث للضرر، أما الضرر غير المباشر فهو الضرر الذي لا يترتب مباشرة على الفعل المحدث للضرر، فالضرر غير المباشر يقصد به "الضرر التابع لضرر آخر رئيسي، وهو الذي يتلو الضرر المباشر غالباً في ظهوره"<sup>(9)</sup>.

فالأضرار المباشرة هي التي تكون نتيجة طبيعية لفعل المسؤول، وهي التي لا يستطيع المضرور دفعها ببذله جهداً معقولاً، بمعنى أنه توجد علاقة سببية مباشرة بين الفعل والضرر، أما الأضرار غير المباشرة فهي التي لا تكون نتيجة طبيعية للفعل الذي أحدث الضرر، لذلك لا توجد علاقة سببية مباشرة بين الفعل والضرر.

وتجدر الإشارة إلى أن التعويض يتم عن الأضرار المباشرة، أما الأضرار غير المباشرة فلا تعويض عنها، ولقد قضت المحكمة العليا الليبية بأنه يجب أن يكون الضرر ناتجاً مباشراً عن الفعل حتى يقضي بالتعويض حيث قالت "إن القضاء بالتعويض... يجب أن تتوفر له الخطأ والضرر والعلاقة بينهما، ويجب أن يكون الضرر ناتجاً عن الخطأ مباشرة"<sup>(10)</sup>. ومسألة تقدير ما إذا كان الضرر مباشراً أو غير مباشر من المسائل الواقعية التي يفصل فيها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من المحكمة العليا.

<sup>9</sup>- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: ص154.

<sup>10</sup>- المحكمة العليا: طعن مدني رقم 45 / 27 ق، جلسة 11 جمادى الأولى 1393 هـ الموافق 13 فبراير 1984م مجلة المحكمة العليا، السنة الحادية والعشرين، العدد الثالث، ص49.

### 3- الضرر المستقبلي والضرر المحتمل:

#### أ-الضرر المستقبلي:

هو الضرر الذي يتحقق سببه، ولكن تترأخي آثاره إلى المستقبل، فهو يقع في المستقبل على نحو مؤكد<sup>(11)</sup>، فالضرر المستقبلي إذاً هو ضرر تحقق سببه وتراخت آثاره سواء كلها أو بعضها إلى المستقبل، والمثال على ذلك أن يقوم شخص بإصابة شخص آخر بعاهة مستديمة مما ترتب على ذلك عجزه عن الكسب، فهنا يشمل الضرر الذي أصاب الشخص من جراء هذا الفعل كل ما كان سيتحصل عليه الشخص في المستقبل، وتعتبر أغلب هذه الأضرار أضرار مستقبلية، فالضرر المستقبلي يعتبر في حكم الضرر المحقق الوقوع، ويترتب عليه المسؤولية واستحقاق التعويض.

#### ب-الضرر المحتمل:

هو الضرر الذي يحتمل وقوعه من عدمه، فالضرر المحتمل قد يقع وقد لا يقع، لذلك يسمى بالضرر المحتمل، ففي الضرر المحتمل يكون الضرر محتمل الوقوع، ويتوقف حدوثه على ظرف معين، وقد يقع هذا الظرف وقد لا يقع<sup>(12)</sup>.

ويجب التنويه إلى أن الضرر المحتمل لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية، حيث إن المسؤولية المدنية لا تقع إلا بعد أن يقع الضرر فعلاً، وليس مجرد احتمال وقوع الضرر، لذلك لا يجوز المطالبة بالتعويض، حيث إن مجرد احتمال وقوع الضرر لا يصلح أساساً للحكم بالتعويض.

<sup>11</sup>- خليل أحمد الأرباح: ص162.

<sup>12</sup>- سليمان مرقس: ص137.

## الفرع الثاني

### المضروور من الأعمال الإرهابية

سنحاول تعريف المضروور في هذا الفرع، ومن ثمّ التمييز بين مصطلح المضروور والمصطلحات القانونية المشابهة له، حيث سنقوم بتعريف المضروور والضحية والمجني عليه، وذلك على النحو الآتي:

#### أولاً- تعريف المضروور:

من المقرر قانوناً وفقاً لنص المادة الرابعة من قانون المرافعات الليبي أنه لا تقبل الدعوى إلا إذ رفعت من ذي مصلحة، ومن ثم لا ترفع دعوى المسؤولية إلا من أصابه ضرر بسبب خطأ من الغير، حيث إن المادة 166 من القانون المدني الليبي تنص على أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، وهذا النص يعطي دلالة واضحة بما يخوله للمضروور من اقتضاء حق التعويض.

ويعرف المضروور في نطاق القانون المدني بأنه الطرف الدائن بالتعويض الذي وقع الإخلال بمصلحته المشروعة، ويستوي أن يباشر الدعوى بنفسه أو يباشرها عنه وكيل<sup>(13)</sup>، وهناك من عرف المضروور بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي أصيب بضرر من جراء فعل خاطئ، سواء كان هذا الفعل يشكل جريمة أم لا"<sup>(14)</sup>، وذهب البعض إلى أن المضروور هو المدعي في دعوى المسؤولية الذي وقع عليه الفعل الضار، وقد يكون المضروور شخصاً آخر غير المضروور الأصلي، وهو ما يعرف بالمضروور ارتداداً<sup>(15)</sup>.

<sup>13</sup> - رضا محمد جعفر: ص 43.

<sup>14</sup> - المرجع السابق: ص 44.

<sup>15</sup> - مصطفى عبد الحميد عدوى: ص 576.

ومن هذه التعريفات نستنتج الآتي:

- 1- المضرور قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، سواءً أكان خاصاً أو عاماً.
  - 2- لا يمكن أن تضى على الشخص صفة مضرور إلا إذا كان قد لحقه ضرر مادي أو معنوي أو كلاهما، ولا يكفي مجرد تعرض المصلحة للخطر.
  - 3- لا يشترط أن يكون الفعل الخاطئ يقع تحت طائلة قانون العقوبات، بما يشكل جريمة، بل يكفي أن يقع تحت طائلة الخطأ المدني.
  - 4- الفعل الخاطئ غير المشروع قد يصيب بالضرر الشخص الذي وقع عليه الاعتداء، وقد يصيب آخر تربطه علاقة بالمضرور الأصلي، فيصاب بضرر بطريق الانعكاس أو الارتداد لما أصاب المضرور الأصلي من ضرر، فهو يشمل المضرور أصلياً والمضرور ارتداداً. ومتى ثبتت للشخص صفة المضرور كان دائماً بالتعويض، وله أن يباشر دعوى التعويض بنفسه، أو أن يباشرها عنه وكيله أو نائبه القانوني.
- ثانياً: المجني عليه<sup>(16)</sup>:**

عرف البعض المجني عليه بأنه كل من أضرت به الجريمة، أو هو كل شخص يلزم الجاني قبله بتعويض الضرر الناشئ عن الجريمة، ويؤخذ على هذا التعريف أنه لا يلزم دائماً أن يترتب على الجريمة ضرر، فقد يتوقف السلوك الإجرامي عند حد تعريض الحقوق أو المصالح المشمولة بالحماية الجنائية للخطر، كما في حالة الشروع مثلاً، ففي هذه الحالة نجد أنفسنا أمام مجني عليه غير متضرر من الجريمة، كما أن الجاني قد يلزم بتعويض أشخاص آخرين غير المجني عليه، كما هو الحال في جريمة القتل، فالجاني يعرض أفراد عائلة المقتول

<sup>16</sup> - وقد تصدرت توصيات المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي، والذي عقد في الفترة بين 12-14 مارس 1989م، بشأن حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية، والتي وحدت مصطلحي المجني عليه والضحية، ولم تفرق بينهما، الديباجة الآتية: "إيماناً منا بمصلحة المجني عليه في الجريمة، الذي يعتبر الضحية المباشرة لها، في أن يرضى، سهر القانون الجنائي على حمايته ضد أي انتهاك لأي حق من حقوقه، أو تهديد له بفعل يعد جريمة، وفي أن يعرض عما لحق به من ضرر خص مباشر، وفي أن يستعيد مركزه في المجتمع الذي اهتز بالاعتداء عليه.."

الذين أضرت بهم الجريمة، وذلك بوصفهم مضرورين من الجريمة، وليسوا بوصفهم مجنيا عليهم<sup>(17)</sup>.

### ثالثاً- تعريف الضحية<sup>(18)</sup>:

يقصد بالضحية الشخص الذي يقع عليه الفعل أو يتناوله الترك المؤثم قانوناً، بحيث يصبح هذا الشخص نفسه محلاً للحماية القانونية التي يهدف إليها المشرع<sup>(19)</sup>، وهناك من عرف الضحية بأنه كل من وقع عليه الاعتداء بفعل يوصف في القانون بأنه جريمة، فضلاً عن الذين يصابون بالضرر في عوائلهم وأقاربهم الذين أضيروا في إحساسهم وعواطفهم، من ثم فإن الضحية كل إنسان أو جماعة وقع عليه اعتداء من أي نوع في ذاته أو على حقوقه، مسبباً له أو لأسرته أو من يعولهم أضراراً مادية أو أدبية<sup>(20)</sup>.

أما إعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر عام 1985م بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة، والذي يعد أول وثيقة دولية تساعد على تحديد مفهوم الضحية، فقد عرف الضحايا بأنهم "الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فردياً كان أو جماعياً، بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية

<sup>17</sup> - رضا محمد جعفر: ص 48.

<sup>18</sup> - وقد أخذت معظم المؤتمرات الدولية بمصطلح الضحية للدلالة على مفهوم المجني عليه والمضرور من الجريمة معاً، ومن هذه المؤتمرات المؤتمر الذي عقد خصيصاً لتوفير العدالة لضحايا الجريمة، والذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم 40/24 الصادر في 9-11-1985م، حيث جاء فيه أن مفهوم ضحايا الإجرام يشمل الحالات التالية:

1- الأشخاص الذين أصيبوا بضرر، سواء كانوا أفراداً أم جماعات، من جراء فعل جنائي أضر بأبدانهم أو عقولهم أو أنفسهم، أو ألحق بهم خسائر مادية، أو حرّمهم من التمتع بحقوقهم الأساسية، بما في ذلك حالات الإهمال.

2- يعتبر الضرر واقعاً على الضحية سواء تمت معرفة الجهة المتسببة فيه "الجاني" أو تم القبض عليه أو أنه جرت مفاوضات أو إدانته، وبصرف النظر عن العلاقة الأسرية التي تربط فيما بينه وبين الضحية.

3- يشمل مصطلح الضحية العائلة المباشرة للضحية، وكذلك الأشخاص الذين لحق بهم الضرر من جراء التدخل لمساعدة الضحية أو لمنع الإيذاء.

4- يؤكد الإعلان سريان مفعول التعريف على جميع الأشخاص دون تمييز، ودونما اعتبار للجنس أو العرق أو الانتماء الاجتماعي أو السياسي أو خلافه. عمرو محمد المارية: ص 10.

<sup>19</sup> - المرجع السابق: ص 10.

<sup>20</sup> - يوسف جمعة الياقوت: 251

أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية عن طريق أفعال أو حالات إهمال تشكل انتهاكا للقوانين الجنائية النافذة في الدول الأعضاء بما فيها القوانين التي تجرم الإساءة الجنائية لاستعمال السلطة، ويشمل مصطلح الضحية أيضاً حسب الاقتضاء العائلة المباشرة للضحية الأصلية أو معيبيها المباشرين والأشخاص الذين أصيبوا بضرر من جراء التدخل لمساعدة الضحايا في محنتهم أو لمنع الإيذاء".

ومن هذه التعريفات نستنتج الآتي:

1- يشمل مصطلح الضحية العائلة المباشرة للضحية الأصلي أو الأفراد الذين يعولهم مباشرة والأشخاص الذين أصيبوا بضرر من جراء التدخل لمساعدة الضحايا في محنتهم أو لمنع الإيذاء.

2- التعريف بالضحية في الاصطلاح القانوني يحتاج الى كثير من التركيز والدقة، كون أن الانسان يعد الضحية أصلاً، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يتسع مفهوم الضحية لكي يشمل غير الانسان، بحيث يشمل البيئة التي تحيط بالإنسان والمؤسسات العامة التي يتألف منها المجتمع كالدولة وأجهزتها ودستورها وأمنها واقتصادها والمؤسسات الخاصة كالمؤسسات التجارية والأموال الخاصة للمواطنين، فكلها يمكن أن تكون ضحية لاعتداء يقع عليها، فتلحق بها أضرار.

3- أي شخص يمكن اعتباره ضحية، بصرف النظر عما إذا كان مرتكب الفعل قد عرف أو قبض عليه أو قدم إلى المحاكمة أو أدين أم لا.

ونستخلص مما تقدم أن مصطلح الضحية يراد به غالباً المجني عليه والمضروب من الجريمة معاً، الأمر الذي يطرح من جديد فكرة التسوية بين المجني عليه والمضروب من الجريمة، بمعنى أن يكون كل مضروب من الجريمة الإرهابية مجنياً عليه، وكل مجني عليه مضروباً من الجريمة، فكلاهما ضحية للفعل المجرم قانوناً، ونحن نرى بعد العرض السابق للمضروب والضحية والمجني عليه أنه توجد أوجه تشابه بينهما إلا أن ذلك لا يعني عدم وجود

اختلاف بينهم، وهنا تجدر الإشارة إلى أن مصطلح الضحية هو الأشمل والأعم، إذ يشمل مصطلح الضحية المضرور والمجني عليه.

### المطلب الثاني

#### المسؤول عن الأعمال الإرهابية

على الرغم من أننا لم نعثر في القانون على تعريف لمصطلح المسؤول إلا أن هناك من يعرفه بأنه ذلك الشخص الملزم قانوناً بتعويض الضرر الناشئ عن عمله الشخصي غير المشروع، أو عن فعل الغير ممن هم تحت سلطته أو رقابته<sup>(21)</sup>، فيجوز أن ترفع الدعوى المدنية التبعية في هذه الحالة عليه بشرط وجوب وجود روابط معينة تربطهم مثلاً كشركة التأمين، أو ممن كان تحت وصايته أو رقابته فتقام الدعوى بسبب حالتهم العقلية أو الجسمانية. ولكن المضرور من الأعمال الإرهابية الذي لحق به الضرر قد لا يجد أمامه الفرد المسؤول الذي حددته قواعد المسؤولية المدنية، فإن لم يجد المضرور مسؤولاً يتحمل التعويض كان هذا هو قدره، فيتحمل وحده الأضرار التي لحقت به، وكذلك الحال فيما لو فشل المضرور في إثبات الخطأ أو نسبته إلى شخص محدد، أو كان المسؤول معسراً، فالمجتمع لا علاقة له بتعويض هذه الأضرار التي يظل أمر تعويضها محصوراً في العلاقة ما بين المضرور المسؤول<sup>(22)</sup>.

ونحن نرى أنه فيما يتعلق بتعويض ضحايا الإرهاب هناك خصوصية للأعمال الإرهابية التي تترتب عليها الأضرار، وهذه الخصوصية هي التي جعلت الدولة مسؤولة عن تعويض الأضرار المترتبة عن الأعمال الإرهابية؛ لذا سنقوم في هذا المطلب بالحديث عن

<sup>21</sup>- هشام محمد علي سليمان: ص 82.

<sup>22</sup>- المرجع السابق: ص 85.

مسؤولية الأشخاص عن الأعمال الإرهابية في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فنتطرق فيه لمسؤولية الدولة عن الأعمال الإرهابية، وذلك وفقاً لما يلي.

### الفرع الأول

#### مسؤولية الأشخاص عن الأعمال الإرهابية

في هذا الفرع سنقوم بدراسة نظريتين قبلتا في المسؤولية المدنية للأشخاص، هما نظرية المسؤولية الشخصية، ونظرية المسؤولية الموضوعية.  
أولاً- نظرية المسؤولية الشخصية:

المسؤولية المدنية وفقاً لنظرية المسؤولية الشخصية مناطها الخطأ، وعلى كل شخص يطالب بالتعويض إثبات وقوع الخطأ، سواء كان عمدياً أو غير عمدي، وسواء كان إيجابياً أو سلبياً، وبغض النظر عن درجة الخطأ، فالخطأ سواء كان يسيراً أو جسيماً تتحقق به المسؤولية المدنية<sup>(23)</sup>، وهذا ما أكدته المحكمة العليا الليبية، حيث قضت بأنه "ليس بلازم على المحكمة في حالة الخطأ المشترك أن تقدر نسبة الخطأ الصادر من كل طرف فيه، إلا أن تقديرها له ليس مخالفة للقانون، ولا يؤثر في سلامة قضائها، إذ العبرة في هذا الشأن هي بتدليل الحكم على توافر الخطأ في جانب محدث الضرر، وأن خطأه هذا كان العامل الرئيسي في وقوع النتيجة المستوجبة للمسؤولية، ولا عبرة بعد ذلك بمدى جسامته، لأن الخطأ مهما كان يسيراً تتحقق به المسؤولية، سواء كانت جنائية أم مدنية"<sup>(24)</sup>.

<sup>23</sup>- سليمان مرقس: ص 192.

<sup>24</sup>- المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 18/87، جلسة 28 رمضان 1391 هـ الموافق 16 نوفمبر 1971 م، مجلة المحكمة العليا، السنة الثامنة، العدد الثاني، ص 136.

ووفقاً لهذه النظرية يعتبر الخطأ ركن ضرورياً من أركان المسؤولية المدنية، فحتى يُلزم الشخص بتعويض الضرر يجب أن ينتج الضرر عن فعله الخاطيء، فلا يكفي أن ينتج الضرر عن فعل الشخص، بل يجب أن ينطوي الفعل على خطأ.

وأهم ما تتميز به هذه النظرية هو أنها تقوم على الخطأ، لذلك فهي تجعل الشخص دائماً الحذر، فهو يعرف أنه في حالة ارتكابه لأي خطأ ينتج عنه ضرر سوف يلتزم بالتعويض، وفي حالة الأخذ بالمسؤولية بدون خطأ سيؤدي إلى إهمال وتقاعس وعدم أخذ الحيطة والحذر من جانب الشخص، لأن الشخص يكون على علم مسبق بأنه سوف يكون مسؤولاً، سواء كان سلوكه منطوياً على خطأ أو غير منطوي على خطأ<sup>25</sup>.

وعلى الرغم مما قيل في هذه النظرية فإن المسؤولية الشخصية هي سلاح ذو حدين، فمن جهة يكون الشخص ملزماً بتعويض الأضرار الناتجة عن أخطائه، فكل من يرتكب خطأ يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه خطأه، ومن جهة أخرى أصبح التعويض مقترناً بوجود الخطأ، فلن يكون الشخص ملزماً بالتعويض يجب أن يكون فعله منطوياً على خطأ، وهذا يعني أن هناك أفعالاً قد تحدث أضراراً بالغير ومع ذلك لا يلتزم محدثها بالتعويض، لعدم اقترافه خطأ<sup>(26)</sup>. فاشتراط توافر الخطأ للحصول على التعويض سوف يؤدي إلى عدم حصول العديد من المضرورين على تعويض ما لحقهم من أضرار، وذلك لعدم استطاعتهم إثبات وجود الفعل الخاطيء.

<sup>25</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل : ص20.

<sup>26</sup> -المرجع السابق: ص22.

### ثانياً- نظرية المسؤولية الموضوعية:

تقوم المسؤولية الموضوعية على الضرر، حيث إن المسؤول فيها لا يستطيع دفع مسؤوليته حتى في حالة نفي الخطأ، فمادام الضرر قد وقع من جراء نشاطه، ولو بدون خطأ، فهو المسؤول عنه، وهذه الحقيقة أوجبتها مصلحة المضرور، خاصة بعد أن ثبت في أحيان كثيرة تعذر إثبات الخطأ، لذلك يجب تطبيق المسؤولية الموضوعية والاكتفاء فقط بمجرد إثبات الضرر.

وقد نشأت هذه النظرية أول الأمر بمناسبة إصابات العمل، وكان ذلك لغرض حصول العمال على تعويض مناسب عن الأضرار التي تصيبهم أثناء تأدية عملهم، إذ يجب على رب العمل أن يعرض العمال عن الأضرار التي أصابتهم، سواء كانت الإصابات ناتجة عن خطأ أم لا، وبعد ذلك ظهرت الحاجة إلى هذه النظرية في ميادين أخرى، مما جعل الفقهاء ينادون بتوسيع نطاق نظرية المسؤولية الموضوعية، والعمل بها في ميادين أخرى<sup>(27)</sup>.

وما يؤخذ على المسؤولية الموضوعية أنها تجعل الأفراد يحجمون عن القيام بأي نشاط نافع من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق مصالح عديدة للفرد والجماعة، ذلك أن المسؤولية الموضوعية تتحقق بمجرد وجود علاقة سببية بين الفعل الذي أحدث الضرر والضرر، بصرف النظر عن تحقق عنصر الخطأ أو عدم تحققه، سوف يؤدي هذا إلى الابتعاد عن القيام بالأعمال التي يوجد فيها مخاطر، لأن الشخص سيكون مسؤولاً عن أي ضرر ينتج عنه، حتى ولو لم يوجد خطأ من جانبه، كما أن الأخذ بهذه النظرية سيؤدي إلى الإهمال وعدم أخذ الحيطة والحذر من قبل الأشخاص، لأنهم يعلمون أنهم سيكونون مسؤولين عن أي ضرر يقع، سواء كان ناتجاً عن خطأ أو لم ينتج عن خطأ.

<sup>27</sup>- سليمان مرقس: ص 93.

ورغم ما قيل عن هذه النظرية إلا أنها تتميز بالعديد من المزايا، فهي لا تشترط إثبات وجود الخطأ لكي يتم التعويض، فاشتراط ذلك سوف يسبب عجز عدد كبير من المضرورين عن إثبات وجود خطأ، الأمر الذي يؤدي إلى حرمانهم من التعويض، فالمسؤولية الموضوعية تقوم على الاكتفاء بركني الضرر وعلاقة السببية بينه وبين النشاط الذي أحدثته<sup>28</sup>. وأهم ما تتميز به المسؤولية الموضوعية أنها تقوم على الضرر، حيث إن المسؤول عنها لا يستطيع دفع مسؤوليته، حتى في حالة نفي الخطأ، فمادام الضرر قد وقع من جراء نشاطه، ولو بدون خطأ، فهو المسؤول عنه، وهذه الحقيقة أوجبها مصلحة المضرور، بعد أن ثبت في أحيان كثيرة تعذر إثبات الخطأ، لذلك نجد أن العديد من الفقهاء ينادون بتطبيق المسؤولية الموضوعية والاكتفاء بإثبات الضرر.

### الفرع الثاني

#### مسؤولية الدولة عن الأعمال الإرهابية<sup>(29)</sup>

تعتبر السيدة ماجري فراي أول من دعت إلى أن الدولة تكون مسؤولة قانوناً تجاه ضحايا الجرائم، ومن ثم تلزم بتعويضهم عما يلحق بهم من ضرر، استناداً إلى تقصيرها في أداء واجبها بالحفاظ على أمن وحماية المواطنين والمقيمين على أرضها، وذلك في كتابها "أسلحة القانون"، حيث قررت فيه أن دور التعويض لا يمكن بحال من الأحوال أن يجبر الضرر الناتج عن الجريمة، ويقتصر فقط على تخفيف آثارها وجسامتها، كما أننا بحاجة إلى صندوق للتعويض أضرار الناتجة عن جرائم الإرهاب<sup>(30)</sup>.

فالسبب الذي من أجله وضعت صناديق التعويض عن جرائم الإرهاب يعود بالأساس إلى نقطتين رئيسيتين، الأولى: تتعلق بعدم معرفة الجناة عادة في مثل هذا النوع من الجرائم أو

<sup>28</sup>- محمد إبراهيم الدسوقي: 153.

<sup>29</sup>- لمعرفة المزيد حول مسؤولية الدولة عن الأعمال الإرهابية راجع ديبش موسى: ص 360.

<sup>30</sup>- هشام محمد علي سليمان: 226.

عدم إلقاء القبض عليهم، وهذه هي الصورة الغالبة في جرائم الإرهاب بالذات، حيث إن معظم الجناة يلوذون بالفرار بعد ارتكاب جريمتهم، وهذا بدوره يعود إلى ظاهرة تدويل الإرهاب، فغالبا ما يكون مرتكبو الجرائم الإرهابية عناصر دولية، تنتمي إلى أكثر من دولة، ومن هنا يتبين لنا أن البعد الدولي لجريمة الإرهاب أحد الأسباب الرئيسية وراء عدم معرفة الجناة، وبالتالي صعوبة الرجوع عليهم من أجل التعويض، كما أنه وفي كثير من الحالات - وأثناء المواجهات مع الإرهابيين- يلقى الإرهابيون حتفهم من قبل الشرطة، توقيفاً للاعتداء وبالتالي يكون الشخص المراد التعويض منه قد توفي، وهنا تضيع حقوق المجني عليهم.

أما النقطة الثانية فتتعلق بإعسار الجناة، إذ أنه حتى لو تم اعتقالهم، فإنه قد يقف عامل الإعسار دون إمكانية تعويض الضحايا المتضررين جراء العمل الإرهابي، ومن المعلوم أن ممارسي الأعمال الإرهابية عادة ما يكونون قد امتنوا هذه الأعمال، نتيجة لأسباب معينة، يأتي في مقدمتها الفقر والبطالة، حيث إن المتصفين بهذه الصفات في الغالب يكونون في حالة فراغ ذهني، تجعل استقطابهم من جانب جماعات التطرف والعنف أو انضمامهم إليها مسألة سهلة، ولا شك أن مثل هؤلاء ليس بإمكانهم القيام بتعويض كل الأضرار التي يمكن أن تنتج عن عملهم<sup>31</sup>.

هناك إذا صعوبات تواجه ضحايا الأعمال الإرهابية في سبيل حصولهم على التعويض، لا سيما صعوبة التعرف على المسؤول أو انعدامه، وإذا عُرف المسؤول في حالات نادرة فهو غالبا غير ميسور، وإذا كان ميسورا فإن المضرور يتردد في رفع دعوى التعويض في مواجهة الإرهابي، فضلا عن طول إجراءات التقاضي، وما يزيد من صعوبة المسألة أن الإرهاب جريمة عمدية، لا يمكن التأمين عليها، ويترتب عن ذلك نتيجة مفادها أن الضحية في جرائم الإرهاب الأكثر خطورة بالنظر إلى القصد الإجرامي لا يتمكن من الحصول على حقه في التعويض، بينما يحصل الضحية في الجرائم غير العمدية والأقل خطراً على حقه في

<sup>31</sup> - هشام محمد علي سليمان: 227

التعويض، وأمام هذه العقبات التي تواجه ضحايا الأعمال الإرهابية كان لزاماً على الدولة أن تتدخل لتعويض الأضرار التي لحقت مختلف الضحايا وذوي الحقوق، هادفة من وراء ذلك تحقيق الأمن والسلم والمصالحة الوطنية<sup>(32)</sup>.

ومن أجل تعويض الأضرار الناجمة عن الأعمال الإرهابية تقوم الدول بوضع العديد من التشريعات الخاصة في سبيل تعويض الضحايا، لأن الدولة تلتزم بصفة رئيسة ببذل أقصى ما في وسعها للحيلولة دون وقوع الجرائم الإرهابية، وذهاب بعض الأفراد ضحايا لهذه الجرائم، فإذا وقعت الجريمة كان على الدولة واجب العمل على معرفة الجاني ومحاكمته وإلزامه بتعويض الضحية، فإذا عجزت عن معرفة الجاني أو ثبت بعد معرفته أنه معسر، فيجب على الدولة تعويض ضحايا الأعمال الإرهابية، من منطلق وظيفتها الاجتماعية في السهر على حماية أمن الأشخاص والممتلكات من آفة الإرهاب<sup>(33)</sup>.

وقد نادى بعض الفقهاء بوجوب تدخل الدولة، فهي بالإضافة إلى واجباتها في توفير الأمن والحماية للمواطنين، هي مسؤولة عن تعويض ضحايا الجرائم الذين حالت الظروف دون حصولهم على تعويض، ذلك أن التعويض في مفهومه الحديث أصبح يستند إلى مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، أو إلى مبدأ التضامن الوطني وما يترتب على ذلك من إحساس المتضرر بالعدل<sup>(34)</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن موضوع مسؤولية الدولة عن الأعمال الإرهابية عرف انقساماً فقهياً بين مؤيد ومعارض، مما ألقى بضلاله على مختلف التشريعات، إلا أنّ الرأي الغالب هو التزام الدولة بتعويض ضحايا الجرائم الإرهابية، وهو الرأي الأرجح الذي يتناسب مع إسعاف الأطراف الضعيفة وتمتع الدين مستهم الأضرار الناجمة عن الأعمال الإرهابية

<sup>32</sup> - ديبش موسى: ص 362.

<sup>33</sup> - المرجع السابق: ص 227 وما بعدها.

<sup>34</sup> - المرجع السابق: ص 4.

دون غيرهم عن طريق تقديم يد العون لهم بسبب ما تتمتع به الدولة من سلطات، وما تملكه من إمكانيات مادية وبشرية، تسمح لها بتعويض مختلف الأضرار والتكفل بالضحايا<sup>(35)</sup>.

ونحن نؤيد هذا الرأي الذي يوقع على عاتق الدولة التزاما أدبيا والتزاما قانونيا تجاه هؤلاء الضحايا، لأنها مكلفة بالحفاظ على الأشخاص في أرواحهم وممتلكاتهم، وأي إخلال بهذا التكليف والالتزام يضع الدولة في موقع المسؤول، ويجعلها ملزمة بتعويضهم عن الأضرار التي أصابتهم.

وننوه هنا إلى أن هناك عدة نظريات قيلت في أساس مسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا الإرهاب، إلا أن أهمها نظرية الدولة المؤمّنة، وفحواها أن هناك تأميناً متبادلاً بين المواطنين والدولة، وأساسها أن حق المواطن في الأمن مقرر في الدساتير، وهو يفرض على الدولة التزاماً بضمان حمايته من الأضرار التي تنتج عن المساس بهذا الأمن<sup>(36)</sup>.

كما جاءت فكرة التضامن الاجتماعي كمحاولة للتأسيس لمبدأ تعويض ضحية الأعمال الإرهابية، وتستند هذه النظرية إلى مبدأ الشعور الإنساني، الذي يرتكز عليه كل إجراء يهدف إلى مساعدة الأشخاص الذين يوجدون في وضعية صعبة، وهذا الشعور مبدؤه تضامن أفراد المجتمع فيما بينهم، حتى في غياب المؤسسة الرسمية، فهو نابع من الشعور بالانتماء إلى الجماعة أو الأمة والإنسانية قبل الدولة<sup>(37)</sup>.

<sup>35</sup> - المرجع السابق: ص 5.

<sup>36</sup> - المرجع السابق: ص 6.

<sup>37</sup> - مصطفى مصباح إدبارة: ص 779 وما بعدها.

### المطلب الثالث

#### التعويض عن الأعمال الإرهابية

يقوم المضرور برفع دعوى المسؤولية المدنية عن الأعمال الإرهابية من أجل الحصول على التعويض، والمدعى عندما يرفع الدعوى فإنه يسعى للحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة للفعل الإرهابي. وسنتناول في هذا المطلب موضوع التعويض عن الأعمال الإرهابية، فندرس فيه تعريف التعويض وأنواعه ووقت تحديد التعويض وكيفية تحديده، وذلك في عدة فروع، نتناول في الفرع الأول التعريف بالتعويض عن الأعمال الإرهابية، أما الفرع الثاني فنخصصه لدراسة أنواع التعويض عن الأعمال الإرهابية، ثم نتناول تقدير قيمة التعويض عن العمل الإرهابي في الفرع الثالث، وذلك على النحو التالي.

#### الفرع الأول

##### التعريف بالتعويض عن الأعمال الإرهابية

سنقوم في هذا الفرع بتعريف التعويض، ثم نتناول وقت تحديده ووقت الحق في التعويض، وفقاً لما يلي:  
**أولاً- تعريف التعويض:**

التعويض هو الجزاء المترتب على المسؤولية المدنية، ويقصد بالتعويض جبر الضرر الذي أصاب المضرور، وقد يكون التعويض عينياً أو مادياً، ويجب أن يكون التعويض كاملاً، أي يغطي ما أصاب المضرور من ضرر، أي ما فاتته من كسب وما لحق من خسارة.

ويختلف التعويض عن العقوبة، فالتعويض وسيلة لجبر الضرر، والعقوبة مجازاة الجاني وردعه، ويقدر التعويض بقدر الضرر، بينما تقدر العقوبة بقدر درجة فعل الجاني وخطورته، فالتعويض يتم تحديده وفقاً لمدى الضرر، ولا علاقة له بمدى جسامة الخطأ، ولأن الهدف الأساسي للتعويض هو جبر الضرر، فإن التعويض يجب أن يكون كاملاً، أي كانت

درجة جسامة الخطأ، حيث يجبر كل الخسارة التي لحقت بالمضرور، فالتعويض يشمل الضرر المادي والأدبي، وما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة، ولا يتأثر بثروة المضرور أو المسؤول، ولذلك فإن تقدير التعويض يكون ذاتياً بالنسبة للمضرور، ليرفع عنه آثار الفعل الضار بالغته ما بلغت (38).

### ثانياً- وقت الحق في التعويض عن الأعمال الإرهابية:

نود الإشارة إلى أن خلافاً قد ثار بين الفقهاء حول وقت الحق في التعويض، حيث انقسم الفقهاء حول هذا الموضوع إلى من يرى أن الحق فيه ينشأ منذ وقوع الضرر، في حين اتجه بعض الفقهاء إلى القول بأن الحق في التعويض ينشأ من وقت المطالبة القضائية به، ولم يرض بعض الفقهاء بالرأيين السابقين، الأمر الذي أدى بهم إلى القول بأن الحق في التعويض ينشأ من وقت الحكم بالتعويض، واتجه بعض من الفقهاء اتجاهاً يخالف الآراء السابقة، وقام بالتفرقة بين الالتزام بالتعويض، والذي ينشأ من وقت حدوث الضرر، والالتزام بدفع التعويض، والذي ينشأ منذ وقت صدور الحكم بالتعويض (39).

ونحن نؤيد الرأي القائل بأن التعويض ما نشأ إلا لجبر الضرر، ولذلك فالحق في التعويض ينشأ منذ وقوع الضرر، والحكم بالتعويض مقرر أو كاشف للحق في التعويض، وليس منشئاً له (40).

### ثالثاً- وقت تحديد مقدار التعويض عن الأعمال الإرهابية:

يقصد بوقت تحديد مقدار التعويض "الوقت الذي يعتد به القاضي لتحديد الضرر وتقديره في صورته النهائية، ومن ثم الحكم بالتعويض لصالح المضرور، وهو عادة وقت صدور الحكم القضائي... فالقاعدة العامة هي أن وقت صدور الحكم القضائي هو الوقت

38- محمد إبراهيم الدسوقي: ص3.

39- عبد المنعم فرج الصدة: ص561.

40- المرجع السابق: ص562.

المناسب لتحديد الضرر وبيان نطاقه وعناصره، لأنه في هذا الوقت يكون قد تحدد الضرر في صورته النهائية عادة<sup>(41)</sup>، ولكن قد لا يستطيع القاضي تحديد التعويض وقت الحكم، لذا يكون للمضروب في هذه الحالة أن يحتفظ لنفسه بالحق في المطالبة بإعادة النظر في تقدير قيمة التعويض مستقبلاً، وقد نصت على ذلك المادة 173 من القانون المدني الليبي بقولها "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضروب طبقاً لأحكام المادتين 224-225، مراعيًا في ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير".

### الفرع الثاني

#### أنواع التعويض عن الأعمال الإرهابية

نصت المادة 174 من القانون المدني الليبي على أنواع التعويض، وذلك بقولها "1- يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً.

2- وقد يكون التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعاً للظروف، وبناءً على طلب المضروب، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض".

ونستنتج من نص المادة السابقة أن للتعويض نوعين، إما أن يكون تعويضاً عينياً، وإما أن يكون مالياً، لهذا سندرس هذين النوعين من التعويض فيما يلي.

41- مصطفى عبد الحميد عياد: ص115-116.

### أولاً- التعويض العيني:

يعتبر التعويض العيني أفضل طرق التعويض، فهو يؤدي إلى إصلاح الضرر الذي وقع، وذلك بإعادة الحال إلى ما كان عليه، فالتعويض العيني غالباً ما يكون ممكناً في الالتزامات العقدية، ولكن من الصعب الحكم بالتعويض العيني في المسؤولية التقصيرية، وإن كان يتصور الحكم بالتعويض العيني في المسؤولية التقصيرية في بعض الحالات، كما في حالة بناء حائط يحجب الضوء عن عقار الجار، حيث يكون التعويض العيني بهدم هذا الحائط.

والتعويض العيني يتمثل في إلزام المسؤول بإعادة الحالة إلى ما كان عليه، أي أن المسؤول ملزم بالتعويض العيني "التمثل في إزالة المضار، فإذا لم يكن التعويض العيني ممكناً، أو كان غير كاف، جاز للقاضي طبقاً للقواعد العامة في التعويض أن يحكم بالتعويض النقدي، ولا يجوز للقاضي أن يعدل عن التعويض العيني، وهو إزالة الضرر غير المألوف إلى التعويض النقدي، إلا إذا كانت إزالة الضرر مستحيلة، أو كان بها إرهاب كبير للمسؤول، أو تضرر به ضرراً فادحاً، فله في هذه الحالة الأخيرة أن يحكم بالتعويض النقدي، وهذا ما يدفع القاضي إلى عملية الموازنة بين المصالح المتعارضة للأفراد"<sup>(42)</sup>.

فالأولوية في التعويض إذاً تكون للتعويض العيني، أي إعادة الحال إلى ما كان عليه، غير أنه قد يستحيل إعادة الحال إلى ما كان عليه، مما يتعذر إصلاحه وإعادته إلى أصله، مما يجعل القاضي يلجأ إلى التعويض المالي، والذي سندرسه فيما يلي

### ثانياً- التعويض المالي:

قد يكون التعويض عن الأعمال الإرهابية تعويضاً مالياً، أي مقدراً بمبلغ من النقود، وهذا هو التعويض الغالب في دعاوى المسؤولية التقصيرية بصفة عامة، والتعويض المالي هو مبلغ من النقود، يدفعه المسؤول عن الضرر لمن أصابه الضرر من فعل الإرهاب، ففي حالة

<sup>42</sup> - عبد المنعم فرج الصدة: ص 565 .

استحالة إعادة الحالة إلى ما كان عليه يكون من الأنسب الحكم بالتعويض النقدي على المسؤول، أي الحكم بمبلغ من المال لجبر الضرر الذي أصاب المضرور، فالقاضي يلجأ إلى التعويض النقدي عندما يكون الضرر الذي نتج عن الأعمال الإرهابية قد وقع فعلاً، وأصبح من المستحيل إصلاحه، بإعادته إلى الحال الذي كان عليه.

فالتعويض المالي هو أكثر شيوعاً في الحياة العملية، لما ينطوي عليه من سهولة في إصلاح الضرر الناشئ عن العمل الإرهابي، وهو يعتبر من أهم مظاهر إصلاح الضرر عن طريق دفع مبلغ من المال إلى المدعي كتعويض عما لحقه به الجريمة الإرهابية من ضرر، ويشمل هذا المقابل ما فات من كسب وما لحقه من خسارة.

### الفرع الثالث

#### تقدير قيمة التعويض عن الأعمال الإرهابية

سبق الإشارة إلى ضرورة أن يشمل التعويض عن الأعمال الإرهابية كل ما أصاب المضرور من خسارة وما فاتته من كسب.

ويجب على القاضي عند تقديره للتعويض أن يراعي الظروف الملايئة، وقد نصت على ذلك المادة 174 من القانون المدني الليبي، ويرى البعض أن الظروف الملايئة هي الظروف الملايئة للمضرور وليس المسؤول، حيث إن الظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور وما أصابه من ضرر تدخل في الاعتبار، فكما سبقت الإشارة إلى أن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور، فإن التعويض بالتالي يقدر على أساس شخصي لا موضوعي، ويؤخذ في الاعتبار حالة المضرور الجسمية والصحية والاجتماعية، أما الظروف التي تحيط بالمسؤول فلا تدخل في الحساب عند تقدير قيمة التعويض، ونحن نؤيد هذا الرأي، لأن التعويض ما وجد إلا لجبر الضرر الذي وقع على المضرور، بغض النظر عن ظروف المسؤول، ومع ذلك يوجد رأي مخالف للرأي السابق، ويسير عليه القضاء، يرى ضرورة مراعاة ظروف المسؤول أيضاً، حيث إن النص جاء عاماً (مع مراعاة الظروف)

دون تحديد لظروف المضرور أو المسؤول<sup>(43)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن تقدير قيمة التعويض من الأمور الواقعية التي تستقل بها محكمة الموضوع، وهذا ما أكدته المحكمة العليا الليبية بقولها: "إن إثبات حصول الضرر وتقدير التعويض عنه من الأمور الواقعية التي تستقل بها محكمة الموضوع متى كانت اعتمدت في ذلك على أدلة سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق"<sup>(44)</sup>.

ولا شك أن الدور الذي يلعبه المضرور في الجريمة الإرهابية يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند تقدير أبعاده في التعويض من عدمه، وفي حالة أحقيته للتعويض يجب أن يقدر هذا الأخير على قدر مدى مساهمة المضرور في وقوع الجريمة الإرهابية.

وأخيراً نشير إلى أن تعويض ضحايا الإرهاب يكون بتحقيق الاعتراف بالأذى الذي لحق بالمضرور ومعالجته، فيكون على شكل تعويض عن الخسائر التي تم تكبدها، مما يساعد على تخطي بعض تبعات هذه الأعمال، ويمكن أيضاً أن تكون موجّهة نحو المستقبل، بالعمل على إعادة تأهيل المضرور، وتأمين حياة أفضل له، وبعبارة أخرى ينطوي مفهوم التعويض على عدة معانٍ، من بينها التعويض المباشر عن الضرر أو ضياع الفرص، ورد الاعتبار لمساندة الضحايا معنوياً وفي حياتهم اليومية، واسترجاع ما فقد قدر المستطاع، ويمكن أن يتم تعويض ضحايا الإرهاب مادياً، وذلك عن طريق منح أموال أو حوافز مادية، كما يمكن أن يشمل تقديم خدمات مجانية أو تفضيلية كالصحة والتعليم والإسكان، وقد يكون تعويض ضحايا الإرهاب معنوياً، فيكون مثلاً عبر إصدار اعتذار رسمي، أو تكريس مكان عام مثل متحف أو حديقة أو نصب تذكاري.

<sup>43</sup> - عبد المنعم فرج الصدة: ص 565-566.

<sup>44</sup> - المحكمة العليا، طعن مدني رقم 21/97 ق، جلسة 11 أبريل 1976م، وقد سبق للمحكمة العليا الليبية أن قررت ذلك حيث قالت: "إن التعويض عن الضرر يقدر بقدره، وإن تقديره من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع بسلطته التقديرية المطلقة طالما حدد مصدره وبين عناصره" طعن جنائي رقم 20/225 ق، جلسة 18 صفر 1394 هـ الموافق 12 مارس 1974م، مجلة المحكمة العليا، السنة العاشرة، العدد الثالث، ص 280.

## الخاتمة

## أولاً- الخلاصة

إن الإقرار بحق التعويض ضحايا الإرهاب يندرج في إطار القانون المدني، الذي يقرّ بهذا الحق، وهو جزء من الاعتراف بالانتهاكات الماضية وبالمسؤولية إزاءها الفردية والجماعية، خصوصاً تعويض الأضرار والالتزام العلني بالاستجابة لآثارها وعلاجها، وقد أثار مبدأ تعويض ضحايا الإرهاب، جدلاً واسعاً في الأوساط الفقهية حول الأساس الذي يستند إليه، وقد لا يجد المضرور أمامه الفرد المسؤول الذي حددته قواعد المسؤولية المدنية، فإن لم يجد المضرور مسؤولاً يتحمل التعويض كان هذا هو قدره، فيتحمل وحده الأضرار التي لحقت، وكذلك الحال فيما لو فشل المضرور في إثبات الخطأ أو نسبته إلى شخص محدد، أو كان المسؤول معسراً، فالمجتمع لا علاقة له بتعويض هذه الأضرار التي تظل أمر تعويضها محصوراً في العلاقة ما بين المضرور المسؤول، ونظراً لخصوصية الأعمال الإرهابية التي تترتب عليها الأضرار، فإن هذه الخصوصية هي التي جعلت الدولة مسؤولة عن تعويض الأضرار المترتبة عن الأعمال الإرهابية.

## ثانياً- النتائج:

- 1- عدم حسم قضايا التعويض سريعاً والاستغراق في الروتين والبيروقراطية يؤدي أحياناً إلى إلحاق أضرار جديدة بالأشخاص الذين يطالبون بالتعويض.
- 2- التعويض حق للمضرور من الجريمة، وليس منحة من الدولة، فتلتزم الدولة بتعويضه بصرف النظر عن حاجته أو مستوى دخله الاجتماعي، ودون الحاجة إلى إثبات تقصير الدولة في منع وقوع الضرر.

3- التعويض لا ينبغي أن ينصب على إسكات الضحايا أو إسدال الستار على الماضي، بقدر كونه وسيلة من وسائل البناء، لاسيما لفترات ما بعد النزاع، من أجل إعادة بناء السلام والإعمار، سواء كان التعويض مادياً أو معنوياً.

4- الالتزام الواقع على عاتق الدولة لا يميز بين أنواع الضرر، لأنه التزام عام بالتعويض عن جبر جميع أنواع الأضرار التي تحدثها الأعمال الإرهابية.

5- هذا النوع من التعويض ذو طبيعة احتياطية، وبدون مبالغة يمكن القول أن الجريمة الإرهابية من أخطر الجرائم التي تستوجب مساعدة المتضررين منها، لما تخلفه من أضرار جسدية في غالب الأحيان، كالقتل، وكذا جرائم الأموال، ونظراً لجسامة الأضرار ومحدودية إمكانية الدولة لجأت الدول إلى إنشاء مؤسسات بتمويل خاص تتكفل بتعويض ضحايا الجريمة الإرهابية، وهو ما عرف بصناديق الضمان.

### ثالثاً- التوصيات:

- 1- نوصي المشرع الليبي بضرورة إصدار قانون خاص بتعويض ضحايا الإرهاب.
- 2- ضرورة إدراج ضحايا العمليات الإرهابية وأسرهم في قوائم رسمية لتلقي المساعدات، ووضع خطة لمساعدة أسرهم، وتعيين عدد كبير من ذويهم في وظائف حكومية.
- 3- ضرورة وجود مرجعية معلوماتية موحدة يتم الرجوع إليها لمعرفة، حجم الخسائر التي لحقت بالمواطن والاقتصاد الليبي، وذلك لمنع التضارب في الإحصائيات والإضعاف من قيمة المعلومات.
- 4- تشكيل لجنة أو هيئة وطنية تتمتع بدرجة عالية من المصداقية والمهنية والموضوعية تقوم بدراسة أولويات التعويض، وتكون عنواناً للذين تضرروا مادياً جراء الأعمال الإرهابية.
- 5- نوصي بإنشاء صندوق خاص بتعويض ضحايا الأعمال الإرهابية.

## المصادر

## أولاً- الكتب:

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988م
- خالد موسى أحمد: الشامل في قضايا التعويضات، المكتب الفني للإصدارات القانونية، ط1، 2002م.
- رضا محمد جعفر: رضاء المضرور بالضرر وأثره في المسؤولية المدنية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ط1، 2005م.
- عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992م.
- عمرو محمد المارية: مسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا العمليات الإرهابية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2017م.
- محمد إبراهيم الدسوقي: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية.
- مصطفى عبدالحميد عدوى: النظرية العامة للالتزام، ط1، 1996م.
- مصطفى عبد الحميد عياد: المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي، بنغازي، منشورات جامعة قاريونس، 1990م.
- يوسف ملا جمعة الياقوت: الإرهاب، 2010م،

## ثانياً- الرسائل العلمية:

- خليل احمد الأرباح: المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية، رسالة ماجستير، جامعة قاريونس، كلية القانون، 1986م.
- دبيش موسى: النظام القانوني لتعويض ضحايا الجرائم الإرهابية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، 2016م.
- مصطفى مصباح إدبارة: وضع ضحايا الإجرام في النظام الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1996م.
- هشام محمد علي سليمان: مدى التزام الدولة بتعويض ضحايا الجرائم الإرهابية بين الشريعة والقانون الوطني، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2005م.
- ثالثاً- البحوث:**
- عباسة دربال سورية: الإرهاب والمقاومة في ظل النظام الدولي الجديد، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، العدد الثاني، 2011م.
- طارق محمد الجملي: مفهوم جريمة الإرهاب، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الرابعة والثلاثون، 2010م.
- محمد حسن مرعي: تعويض ضحايا الإرهاب، مركز نون للدراسات الاستراتيجية، 2017م.

## الرقابة على التعديلات الدستورية

"دراسة تحليلية مقارنة علي ضوء حكم الدائرة الدستورية في المحكمة العليا الليبية في

الطعن الدستوري رقم 17/611ق وما ترتب عليه من انقسام سياسي في البلاد"

د. سلوى فوزي الدغلي<sup>(1)</sup>

## مقدمة

يُعرف الدستور بالإجمال بأنه: «مجموعة القواعد التي تنظم تأسيس السلطة وانتقالها وممارستها، أي تلك التي تتعلق بالتنظيم السياسي». أو أنه «وثيقة أساسية أقرتها سلطة خاصة وفق إجراءات خاصة لتحديد وتنظيم شؤون الحكم وعلاقته مع المواطنين، وبهذه الخصوصية الموضوعية والشكلية تتميز النصوص والقواعد الدستورية بأنها أعلى القواعد وأسمائها، وتترجع على قمة هرم القانونية في البلاد.

إلا إن سمو الدستور وعلوية قواعده لا تعني خلوده وللأبد، وعدم تعديله أو تغييره فالوثيقة الدستورية أياً كانت الطريقة التي وُضعت بها تظل عملاً بشرياً لا يمكن أن يتصف بالكمال، كما أن ارتباط قواعده بالحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في البلاد والمتغيرة والمتطورة بشكل مستمر يقتضي تدخل المشرع الدستوري من وقت لآخر لتعديله من أجل تكييفه وملائمته مع المستجدات والظروف المتغيرة بتغير الظروف المحيطة بالمجتمع وتطورها.

وبالتالي وحتى تكون الدساتير فعالة فلا بد من اقترانها بالآليات اللازمة التي تمكنها من مسايرة هذا التطور والتغير في الظروف المجتمعية بأنواعها المختلفة. ولا يتأتى هذا إلا

<sup>1</sup> - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي،

بتضمينها نصوصاً تسمح بتعديلها من حين لآخر لأن الجمود المطلق قد يؤدي إلى محاولة تغييرها بالعنف.

وعادة ما يطلق الفقه الدستوري على تعديل الدساتير وصف المراجعة الدستورية أو التعديل الجزئي لأحكام الدستور سواء بإلغاء البعض منها أو بإضافة أحكام جديدة أو بتغيير مضمون البعض الآخر، وعليه فإن التعديل يقتضى في هذه الفرضية الإبقاء على ذات الوثيقة الدستورية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن تعديل الوثائق الدستورية يجب أن يكون وفقاً لقواعد إجرائية وموضوعية ينظمها الدستور والقانون المنظم للقضاء داخل الدولة ولا يجوز أن يُترك دون قيد تسييره أهواء السلطات الحاكمة في البلاد وفقاً لرغباتها وطموحاتها السياسية السلطوية، ومن هنا ارتبط هذا المفهوم بنتيجة لاحقة له وهي آلية الرقابة على التعديلات الدستورية وهو من بين المواضيع الشائكة في الفقه الدستوري بين مؤيد ورافض له بالنظر لخطورته لعلاقته بالسياسة من ناحية ومن ناحية أخرى لارتباطه بأمن البلاد وسلامتها والحرص على استقرارها.

ولعل هذا ما حدا بنا إلى طرق باب البحث في هذا الموضوع لدراسة واقعة مرت بها الحياة الدستورية والسياسية في ليبيا عقب صدور حكم الدائرة الدستورية للمحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 17/611 ق الذي لم يكتف بإثارة الجدل في الأوساط الفقهية في ليبيا فحسب بل أدخل البلاد في فوضى من الانقسام السياسي والاضطرابات التي قاربت الحرب الأهلية في بعض مدن ليبيا الشيء الذي دفعنا لمراجعة الحالة الدستورية في ليبيا ودور المحكمة العليا في الحياة الدستورية الليبية وحدود اختصاصاتها والتي نحاول دراستها بالتفصيل في هذا البحث معتمدين منهاجاً تحليلياً مقارناً شيشمل نماذج مختلفة للقضاء الدستوري، وفقاً للدساتير النافذة في الأنظمة الدستورية المقارنة لننتهي إلى دراسة الوضع في

ليبيا دستورياً وتشريعياً للتعليق على الطعن الدستوري المشار إليه آنفاً مقسمين دراستنا كالتالي:

المبحث التمهيدي: تعريف القاعدة الدستورية، نشأتها وتعديلها

المطلب الأول: السلطة المختصة بتعديل الوثيقة الدستورية

المطلب الثاني: شروط المراجعة الدستورية

المبحث الأول: العدالة الدستورية

المطلب الأول: تعريف القضاء الدستوري

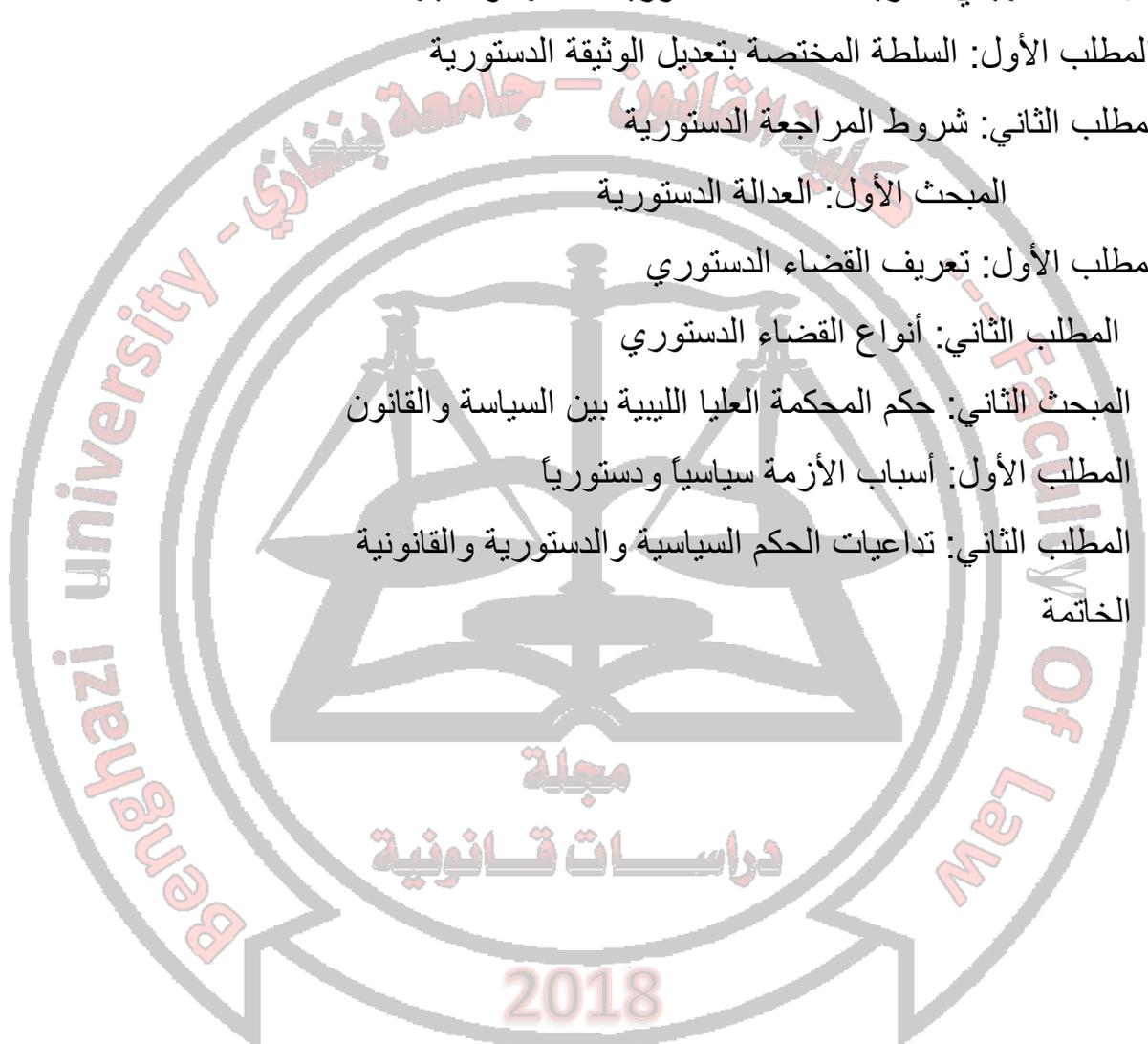
المطلب الثاني: أنواع القضاء الدستوري

المبحث الثاني: حكم المحكمة العليا الليبية بين السياسة والقانون

المطلب الأول: أسباب الأزمة سياسياً ودستورياً

المطلب الثاني: تداعيات الحكم السياسية والدستورية والقانونية

الخاتمة



## مبحث تمهيدي

## تعريف القاعدة الدستورية نشأتها وتعديلها

تُعرف الدولة بأنها عبارة عن مجموعة من البشر يعيشون فوق إقليم معين وتحكمه سلطة محددة تمتاز بكافة الامتيازات الداخلية والخارجية دون منازع ويحدد اختصاصاتها القانون الدستوري الذي يحدد طبيعة الحكم والنظام المتبع في هذه الدولة أو الحكومة ويوجد نفسه من خلال جملة من المصادر المكتوبة أو غير المكتوبة، ومن بينها الدستور الذي يعد أسمى قوانين الدولة مهما كانت طبيعته.

ويُعد الدستور قانوناً أعلى يقوم على تحديد القواعد الأساسية لشكل الدولة، ونظام حكمها، وشكل حكومتها، وتنظيم سلطاتها العامة، ويتفق الفقه على أن كلمة دستور ليست لفظاً عربياً، إنما هي لفظ فارسي يتكون من مقطعين: مقطع (دست) ومعناه قاعدة، ومقطع (ور) ومعناه صاحب، ودخلت كلمة دستور إلى اللغة العربية عن طريق اللغة التركية. ويعرف القانون في المبادئ العامة للقانون الدستوري بأنه عبارة عن مجموعة من المبادئ الأساسية المنظمة لسلطات الدولة، والتي تضمن حقوق الحكام والمحكومين في الدولة، دون أي تدخل من المعتقدات الفكرية أو الدينية.

وقد انقسم الفقه في تعريفه للدستور إلى معيارين أساسيين وهما: المعيار الشكلي، والمعيار الموضوعي، ويعتمد المعيار الشكلي على وجود وثيقة دستورية تحتوي على مجموعة من القواعد والأحكام دون النظر إلى طبيعتها، أما المعيار الموضوعي فهو يعتمد على مضمون القواعد الدستورية سواء كانت مكتوبة في الوثيقة أو غير مكتوبة، ويُفرّق المعيار الموضوعي بين القاعدة الدستورية والقاعدة القانونية، فهو يأخذ بعين الاعتبار محتوى النص وليس شكله.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Evariste Boshab, (*Entre la révision de la constitution et l'inanité on de la nation*), l'arcier, 2013, page 18-20. Val Constantinesco, Stéphanie Pierré-Caps, (*Droit Constitutionnel*), puf, 7 édition 2016, page 187.

ويميز الفقه في هذا الصدد بين الدساتير الدائمة والدساتير المؤقتة، والدستور الدائم هو الذي يتم وضع أحكامه لتنظيم أوضاع الدولة لأجل غير مُحدّد، وقد ظهر هذا المصطلح ليتم تمييز الدساتير المؤدّنة عن غير المؤدّنة؛ وذلك لأنّ الدساتير غير المؤدّنة لا يُمكن أن تكون إلّا دائمة؛ كونها تصدر من الأعراف والأحكام القضائية السابقة، أمّا الدستور المؤقت فهو الذي يصدر بهدف تنظيم الدولة خلال فترة انتقالية، أو لفترة مؤقتة إلى حين سنّ دستور دائم للدولة، ولا يُصرّح بفترة ديمومته وإلّا يُشار في أحكامه إلى أنّه مؤقت، وتُسنّ مثل هذه الدساتير في فترات الانقلاب أو الثورة بحيث تكون الأوضاع غير مُستقرّة فتلجأ الهيئة التشريعية لذلك<sup>3</sup>.

وتكاد تتفق الدساتير الحديثة كثيرًا حول الموضوعات التي تحتويها وتنظمها أية وثيقة دستورية كالقضايا المتعلقة بالحرية والمساواة والعدالة والحقوق والحريات العامة؛ بيد أنها تتباين في تنظيمها للعلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية بالأساس، على اعتبار ألا خلاف على استقلال السلطة القضائية. ومنذ أن تحدث مونتسكيو في كتابه الشهير "روح الشرائع أو روح القوانين" عما أطلق عليه الكثيرون مبدأ الفصل بين السلطات والدساتير تتباين حول الأسلوب الذي تتبناه لتحقيق التوازن بين هاتين السلطتين. ويترتب على ذلك تباين أنماط الحكم بين الأنماط البرلمانية والرئاسية وشبه الرئاسية. فإذا تبنى الدستور تحقيق التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من خلال الدمج بينهما سمي هذا نمطًا برلمانيًا، وإذا سعى الدستور لتحقيق التوازن بين السلطتين من خلال الفصل شبه التام بينهما، أطلق على هذا النمط من الحكم النمط الرئاسي؛ وإذا جمع الدستور بين بعض سمات كل من النمط البرلمانية والرئاسية أطلق عليه النمط شبه الرئاسي.

Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux, Guy Scoffoni, (*Droit Constitutionnel*), Dalloz, 19 édition 2017, page 85.

<sup>3</sup> لمزيد من التفصيل انظر إبراهيم أبوخزام، الوسيط في القانون الدستوري، ك1، ط2، بيروت، دار الكتاب الجديد المتحدة، 2002



ويعد النظام البريطاني (المتفرد بعدم وجود دستور مكتوب) وباقي النظم الملكية في وسط وغرب أوروبا (مثل هولندا وبلجيكا وإسبانيا والسويد) إلى جانب بعض النظم الجمهورية مثل ألمانيا وإيطاليا واليونان والهند، أمثلة بارزة للنظم البرلمانية. ويعتبر النظام السياسي الأمريكي منذ تأسيسه النموذج المثالي للنظم الرئاسية؛ بينما يعتبر الدستور الفرنسي الراهن الصادر عام 1958 (دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة) المثال الأكثر وضوحاً للنظم شبه الرئاسية<sup>4</sup>.

وقد مرت عملية نشأة الدساتير بعدة مراحل: المرحلة الأولى كان الملوك ينفردون بالسلطة التأسيسية من الناحية القانونية وهو ما أطلق الفقه الدستوري عليه أسلوب المنحة، المرحلة الثانية وهي المرحلة التي تبرز فيها جهود الشعب عن طريق هيئات تعمل باسمه لحمل الملوك على الاعتراف بحق الشعب في المشاركة في السلطة التأسيسية، وهو ما يعرف بأسلوب التعاقد، المرحلة الثالثة وهي مرحلة انفراد الشعب بالسلطة التأسيسية وهو أسلوب الجمعية التأسيسية، والذي قد أدى إلى ظهور أسلوب الاستفتاء الدستوري، في الحالات التي لا يباشر فيها الشعب بنفسه السلطة التأسيسية ويوكلها إلى هيئة أو لجنة مختصة، تضع مشروع الدستور الذي لا يتحول إلى دستور إلا بعد موافقة الشعب عليه في الاستفتاء العام، هذا مع الإشارة إلى أن انتخاب الهيئة أو اللجنة المكلفة بوضع مشروع الدستور –التجربة الليبية- لا يشكل مانعاً البته من اشتراط ما تقدمه من عمل على الاستفتاء الشعبي بل ذهب جانب من الفقه المصري على اعتبار ذلك أعلى درجات الديمقراطية<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Philippe Ardant, Bertrand Mathieu, (*Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*), LGDJ, 28 édition 2016-2017, page 75

<sup>5</sup> Jean Gicquel, Jean-Eric Gicquel, (*Droit Constitutionnel et Institutions politiques*), LGDJ, 3 édition, 2016-2017, page 235-237. Anne-Marie le Pourhiet, (*Droit Constitutionnel*), Economica, 7 édition, 2016, page 51.

ويتفق الفقه الدستوري دون جدل يُذكر على أن الميزة الأساسية للنصوص الدستورية هو سمو قواعدها مقارنة مع باقي النصوص القانونية، الأمر الذي يفرض ضرورة مسايرة النصوص الأدنى لها من حيث المضمون كما أن النتيجة الثانية هي تميز النصوص الدستورية بنوع من الثبات إلا إن ذلك لا يعني جمودها المطلق وعدم قابليتها للتعديل لأن القول بعكس ذلك مرفوض لاعتبارين، الأول سياسي ومفاده أن قواعد الدستور هي مرآة عاكسة لمجموع الظروف السياسية والاقتصادية التي تعرفها الدولة، لذلك لا بد أن يتم تعديل الدستور حتى يساير التطور الذي يصيب تلك الظروف والقول بعدم تعديلها يؤدي إلى نشوب صدمات لا قدر الله.

أما الاعتبار الثاني فهو قانوني حيث إن فكرة الجمود المطلق للدساتير بصفة عامة لا تتماشى وفكرة السيادة التي تكون ملكاً للشعب فعندما يقرر صاحب السيادة الجمود المطلق لدستوره فمعنى ذلك أنه تنازل عن حقه في ممارسة التعديل. أما الإقرار النهائي فيتم عن طريق عرض التعديل على الاستفتاء الشعبي إذا ما تطلب الدستور ذلك.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مناط جمود دستور ما ومرونته إنما تكمن في طريقة تعديله، فكلما اشترط المشرع الدستوري قيوداً مشددة على تعديل الوثيقة الدستورية أصبح الدستور جامداً، وكلما وكلما ابتعد عن التعقيد والتشديد في التعديل كان دستوراً مرناً، إذ لا علاقة لأسلوب وضع الدستور بجموده أو مرونته كما سنرى ذلك بالتفصيل في موضع متقدم من هذه الدراسة.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Evariste Boshab, *OP*, l'arcier, 2013, page 42-47. Francis Hamon, Michel Troper, (*Droit Constitutionnel*), LGDJ, 37 édition 2016-2017, page 53

وبعد أن عرفنا وبشكل موجز القاعدة الدستورية وكيفية نشأتها، لعل ما يهمنا وبالدرجة الأولى في هذا البحث هو تعديل الوثيقة الدستورية والقيود الواردة على هذا التعديل، ونبين ذلك بالدراسة فيما يلي مقسمين بحثنا في مطلبين:

المطلب الأول: السلطة المختصة بتعديل الوثيقة الدستورية.

المطلب الثاني: شروط المراجعة الدستورية والقيود الواردة عليها.

### المطلب الأول

#### السلطة المختصة بتعديل الوثيقة الدستورية

كما سبق وأن مهدنا في مقدمة هذا البحث أن الدستور يقوم بوضع القواعد الأساسية للدولة وفقا لأوضاعها السياسية والاجتماعية والاقتصادية وقت صدوره وبالتالي لابد من إيجاد تنظيم لوسائل سلمية شرعية لتعديل القواعد الدستورية حتى لا تؤدي الحاجة والضرورة إلى تعديلها بطريق مصحوب بالعنف أو حصول تباعد وتنافر بين النصوص الدستورية والواقع السياسي في الدولة، ويُعرف ذلك في الفقه الدستوري بالمراجعة الدستورية وأن كانت هناك مجموعة من المصطلحات المرادفة للتعديل منها التنقيح والمراجعة والإضافة التي وردت في الدساتير العربية.<sup>7</sup>

والمراجعة الدستورية أو التعديل الدستوري إجراء يفرض نفسه في بعض الأحيان لأن الدستور وإن كان قانونا ساميا فهذا لا يعني أنه خالد ثابت لا يتغير بل إن المستجدات وتغير الظروف المحيطة بالمجتمع وتطورها يقتضي تعديل الدستور من أجل تكيفه وملائمته مع

<sup>7</sup> حنان محمد القيسي، النظرية العامة في القانون الدستوري، ط الأولى 2015، المركز القومي للإصدارات القانونية، ص 207

المستجدات حتى يكون فعالاً ولا يتأتى ذلك إلا بتضمينها نصوصاً تسمح بمراجعتها من حين لآخر لأن الجمود المطلق قد يؤدي إلى محاولة تغييرها بالعنف.<sup>8</sup>

ويميز الفقهاء في هذا الصدد بين سلطتين هما: السلطة التأسيسية الأصلية المنشأة، والسلطة التأسيسية المنشأة (المشتقة).

السلطة الأولى تناط بها مهمة وضع دستور لدولة جديدة أو وضع دستور جديد للدولة بدلاً من دستورها القديم. وهذه السلطة هي التي تضع القواعد التي يتم بموجبها تكوين وتثبيت عمل المنشأة أو المؤسسة، كالسلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية. والسلطة التأسيسية الأصلية، وهي في سبيل تحقيق هذه المهمة لا تتلقى اختصاصاتها من أي دستور قائم، فهي حرة في اختيار الأيدولوجية أو الفلسفة السياسية التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة. وغني عن البيان أن السلطة التأسيسية الأصلية هذه قد تكون فرداً واحداً وقد يكون جمعية منتخبة من قبل الشعب أو قد تكون الشعب نفسه يمارسها بشكل مباشر كما سبق وأن أشرنا في موضع متقدم من هذا المبحث..

أما السلطة التأسيسية المنشأة (المشتقة) فهي سلطة معينة من قبل الدستور نفسه، وهي التي تتكفل بإجراء التعديلات على دستور ساري المفعول. ولهذه تعتبر السلطة التأسيسية المنشأة هيئة في الدولة (أي سلطة مؤسسة)، وعلى هذا الأساس تكون سلطة مقيدة بنصوص الدستور من حيث تكوينها ومن حيث عملها.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Evariste Boshab, *OP*, page 71, دار الوراق، 2006، ص 28 . أيضاً أحمد العزي النقشبدي، *تعديل الدستور*، دار الوراق، 2006، ص 28 . وما يليها

<sup>9</sup> Evariste Boshab, *OP*, l'arcier, 2013, page, 28. Dominique Chagollaud de Sabouret, (*Droit Constitutionnel Contemporain*), 8 édition 2015, dalloz , page 43. Val Constantinesco, Stéphanie Pierré-Caps, *OP*, puf, 7 édition 2016, page 196-197

ولقد ثار نقاش طويل بين الفقهاء بصدد الإجابة عن تساؤل مهم حول مدى أحقية السلطة التأسيسية الأصلية في التعديل مفاده: هل تستطيع السلطة التأسيسية الأصلية (واضعة الدستور) التدخل في أي وقت تشاء، من أجل تعديل الدستور، مهمة بذلك السلطة المختصة بالتعديل والمنصوص عليها في صلب الدستور؟.

وقد نادى جانب من الفقه الدستوري وعلى رأسهم الفقيه (فاتيل) بحق السلطة التأسيسية الأصلية في تعديل الدستور، ويمكن تصنيف هذا الاتجاه بمدرسة القانون الطبيعي وقد ذهبوا إلى ضرورة الموافقة الجماعية للأمة على التعديل ذلك لأن الدستور هو التعبير عن فكرة العقد الاجتماعي التي قام عليها المجتمع السياسي. وبما أن هذا العقد لم يتم إبرامه إلا بإجماع الأفراد فإن أي تعديل يطرأ عليه لا يتم إلا بذات الطريقة أي الموافقة بالإجماع. غير أن هذا الرأي انتقد من جانب كبير من فقهاء القانون الدستوري تأسيساً على أنه يؤدي إلى استحالة الإجماع في هذا الخصوص، الأمر الذي جعل الفقيه (فاتيل) وفي مرحلة تالية يتراجع عن رأيه، ويذهب إلى الاكتفاء برأي أغلبية أفراد الجماعة على التعديل، أما الفقيه الفرنسي (سيان) اعتبر أن تعديل الوثيقة الدستورية هو حق مناط بالأمة ذاتها باعتبارها صاحبة السيادة، وهي تستطيع إن شاءت أن تُنَيِّب عنها ممثلين لها في إجراء التعديل أو أن تقوم هي نفسها بهذه المهمة والاكتفاء هنا بوافر الأغلبية.

غير أن هذه الآراء الفقهية لم يكتب لها النجاح، فساد الاعتقاد في فقه القانون الدستوري بإسناد مهمة تعديل الدستور للسلطة التي أناط بها الدستور هذه المهمة وبالطريقة التي يحددها بشرط أن تراعي إجراءات التعديل المنصوص عليها في صلب الدستور وباتفاق الفقهاء على أن السلطة التأسيسية الأصلية إنما يتم انتخابها لعمل محدد وهو وضع الدستور وتنتهي حياتها بانتهاء عملها وبالتالي لتعديل الدستور يجب الرجوع للسلطة المشتقة أو المنشأة..

وسلطة التعديل هذه، كهيئة من هيئات الدولة، تكون من الناحية الدستورية في نفس المركز الذي تتمتع به بقية هيئات الدولة ولكن نظراً لأهمية سلطة التعديل من الناحية الدستورية والسياسية فالسلطة التأسيسية الأصلية، تحاول عند وضعها للدستور تمنح سلطة التعديل هذه إلى الهيئة التي تحرص على تفضيلها سياسياً فتارة تناط سلطة التعديل بالهيئة التنفيذية أو بهيئة تخضع لإشرافها (كما كان عليه الحال في ظل الإمبراطورية في فرنسا)، وأحيانا تناط سلطة التعديل بالبرلمان أو بهيئة متفرعة عنه كما كان عليه الحال في ظل دستور 1875 الفرنسي وكما هو الحال في ظل المادة 174 الدستور السوفيتي لعام 1977 وأخيراً قد تعطي سلطة التعديل للشعب ذاته، الذي قد يمارسها بواسطة هيئة منتخبة من قبله كما هو الحال في أغلبية دساتير الولايات المتحدة الأمريكية. أو يمارسها الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء الدستوري. كما هو الحال في المادة 2/89 من الدستور الفرنسي لسنة 1958.<sup>10</sup>

### المطلب الثاني

#### شروط المراجعة الدستورية والقيود الواردة عليها

جرت العادة فيما يتعلق بمراجعة الدساتير المكتوبة أن يتم التعديل وفق إجراءات خاصة و محددة مسبقاً في الدستور نفسه، و هذا من أجل المحافظة على سموه وعلو منزلته و على جموده، وحتى لا يتفرد الحكام بتعديل الوثيقة الدستورية حسب مشيئتهم و رغباتهم و بإرادتهم المنفردة.

وقد اختلفت الدساتير من حيث إجراءات التعديل . والاختلاف يعود إلى أسباب سياسية (طبيعة نظام الحكم في الدولة) واعتبارات فنية ( أساليب الصياغة وطرق إصدار الدستور).

<sup>10</sup> لمزيد من التفصيل انظر حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري، منشأة المعارف القاهرة، 2009، ص 206. أيضاً د. حنان محمد القيسي، المرجع السابق، ص 213.

إلا أنها اتفقت فيما بينها على ضرورة مرور عملية المراجعة الدستورية بأربعة مراحل كما يلي:

### أ - مرحلة الاقتراح أو المبادرة:

وهذه أولى المراحل التي تبدأ بها عملية المراجعة الدستورية، وحق اقتراح التعديل قد يتقرر للسلطة التنفيذية وحدها، أو للسلطة التشريعية وحدها، أو للسلطتين معاً.<sup>11</sup> وقد يتقرر للشعب ( أو الناخبين ) . وتقرير هذا الحق لهذه السلطة أو تلك أمر يتوقف على مكانتها وثقلها . فإذا كان الدستور يميل إلى ترجيح كفة السلطة التنفيذية كان اقتراح التعديل من صلاحية السلطة التنفيذية و بالأحرى لرئيس الدولة بقصد تكريس هيمنتها على غيرها من الهيئات، ويظهر هذا جلياً في الدستور الجزائري لسنة 1976م المادة 191، و في المادة 192 من دستور 1989 أيضاً اعتمدت الجزائر ذات المبدأ، كما ذهب في ذات الاتجاه الدستور المغربي لعام 1970 . أو يعطي للسلطة التشريعية و حدها لنفس السبب مثلما هو الشأن في المادة 5 من دستور الولايات المتحدة الأمريكية، او دستور الاتحاد السوفياتي لعام 1977-سابقاً-. وإذا كان الرجحان لصالح السلطة التشريعية كان الاقتراح من اختصاصها . إلا أن هناك دساتير تذهب إلى تحقيق التوازن والتعاون بين السلطات فتجعل حق الاقتراح مشتركاً لكل منهما مثل دستور الجزائر لسنة 1963 المادة:71، ودستور الجزائر لسنة 1996 المادة 174، 177، و دستور فرنسا لسنة 1958،، كما يذهب بعضها الآخر إلى منح هذا الحق للشعب ويكون ذلك بتحديد نسبة عددية معينة من المواطنين إذا ما تحققت تمكنوا من تقديم اقتراح التعديل، ودستور إيطاليا لسنة 1946 المادة:61، ودستور سويسرا المادة 7/121، ودستور المغرب لعام 1991.<sup>12</sup>

. Carolina Cerda-Guzman, 47<sup>11</sup> Dominique Chagollaud de Sabouret, *OP*, 8 édition 2015, dalloz , page (Cours de droit constitutionnel et des institutions de la v République), 2 édition 2016-2017, page97.

<sup>12</sup> مطبع المختار، القانون العام مفاهيم ومؤسسات ، ط 2012، ص 81-82)

### ب - مرحلة قبول مبدأ التعديل وإعداده:

وهي مرحلة ما قبل وضع مبادرة التعديل موضع التنفيذ ولازمة لها، وعادة ما توكل صلاحية الفصل في مدى ضرورة التعديل إلى البرلمان (السلطة التشريعية في البلاد)، الذي يجب أن يصوت على قبول مبدأ التعديل دون التطرق إلى موضوع التعديل. وهذا ما نص عليه دستور 1985 في فرنسا، إذ أنه بعد اقتراح التعديل يبقى للبرلمان أن يقرر إذا ما كان هذا الاقتراح يجب أن يقبل أم لا، وهناك دساتير تعهد بهذه المهمة إلى هيئة منتخبة. غير أن معظم الدساتير يخول البرلمان القيام بهذه المهمة وبشروط خاصة، مثل وجوب اجتماع المجلسين في هيئة مؤتمر، أو اشتراط نسبة خاصة في حضور الجلسات أو اتخاذ القرارات، أو حل البرلمان وانتخاب برلمان جديد يتولى إعداد التعديل، وقد يقوم به الشعب مثلما هو في سويسرا.

### ج - مرحلة الإقرار النهائي

وقد اختلفت دساتير الدول فيما بينها في تحديد الهيئة التي يحق لها إقرار التعديل والطريقة التي يتم بها التعديل. وإن كان معظمها يشترط أغلبية معينة في البرلمان. إلا أن هناك دساتير تشترط إجراء استفتاء شعبي أو اجتماع مجلسي البرلمان في هيئة مؤتمر فمثلا دستور الولايات المتحدة الأمريكية يشترط موافقة السلطات التشريعية في ثلاث أرباع الولايات على التعديل.

إلا أنه يمكن القول هنا إن الوضع الغالب في الدساتير المقارنة جرت على منح هذا الاختصاص للبرلمان وإن اختلفت فيما بينها حول الكيفية والإجراءات المتبعة في ذلك، مثلما هو الحال في الجزائر وفقا لدستور 1976 الذي يشترط أن يتم الإقرار بأغلبية 3/2 المادة:192 أو بأغلبية 3/4 إذا تعلق مشروع التعديل بالأحكام الخاصة بالتعديل المادة:193 و

كذلك قد يتم الإقرار عن طريق الاستفتاء الدستوري بالنسبة للمسائل ذات الأهمية الوطنية كما حدث بالنسبة لإقرار تعديل 3 نوفمبر 1988.

أما في ظل دستور 1963 فإن الإقرار النهائي يتم عن طريق الاستفتاء الدستوري المادة: 63، وفي فرنسا وفقاً لدستور 1985 يجب أن يعرض مشروع التعديل على الاستفتاء بعد الموافقة عليه من قبل مجلسي البرلمان، ويمكن الاستغناء عنه إذا قرر رئيس الجمهورية عرض المشروع على المجلسين المنعقدتين في صورة مؤتمر شريطة الموافقة عليه بأغلبية 5/3 الأعضاء المصوتين، هذا إذا كان اقتراح التعديل مصدره الحكومة، أما إذا كان مصدره البرلمان فلا غنى عن الاستفتاء الدستوري. بل اشترط الدستور الفرنسي في المادة 89 أن تتم مناقشة مقترح التعديل أمام كلتا الغرفتين بشكل مستقل، ولتمرير التعديل يجب أن تتفق الغرفتان على ذات النص المعدل للدستور وإن كان الدستور لم يتطلب أغلبية مشددة في هذه الفرضية.<sup>13</sup> ويعتبر جانب من الفقه أن عدم اتفاق الغرفتين على اعتماد ذات التعديل هو بمثابة فيتو على التعديل ورفض له ويُجهض مشروع التعديل.<sup>14</sup>، أما في سويسرا فإذا رفض البرلمان اقتراح التعديل فلا يجهض المشروع بل يقوم البرلمان بوضع مشروع تعديل مضاد ثم يحل الاثنان على الاستفتاء.

أما بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية فإن التعديل الدستور لا يتم إقراره إلا إذا وافقت عليه المجالس التشريعية لـ 3/4 الولايات المختلفة، أو عندما توافق عليه مؤتمرات عقدت في 3/4 الولايات المختلفة.

2018

<sup>13</sup> لمزيد من التفصيل أنظر ادريس بوكرا، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، دار الكتاب الحديث، 2003، القاهرة، ص 86. أيضاً حسني بديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر، 2003، ص 92. أيضاً Carolina Cerda-Guzman, OP, page 98

<sup>14</sup> حدث ذلك عندما فشل البرلمان الفرنسي بغرفتيه في الاتفاق على تمرير تعديل دستوري يقضي بزيادة الضمانات الأساسية للحريات العامة وذلك سنة 1984، ثم في عهد الرئيس الفرنسي فرنسوا ميتران فشل البرلمان الفرنسي مرة أخرى في الاتفاق على تعديل الدستور واعتماد الرقابة على دستورية القوانين بطريق الدفع الفرعي في 1990. أنظر Carolina Cerda-Guzman, OP, page 98

**د - مرحلة الإصدار:**

و هي آخر مرحلة بحيث يقوم بها رئيس الجمهورية سواء في حالة التعديل الذي صادق عليه الشعب، أو في حالة الموافقة على التعديل المقترح من قبل البرلمان. والإصدار بشكل عام لا يعد مرحلة تشريعية، لأن الإصدار هو إجراء يقرر بموجبه رئيس السلطة التنفيذية و جود قانون تمت الموافقة عليه من قبل الشعب بنقله إلى المرحلة التنفيذية. تلك هي مراحل التعديل وإجراءاته وهي تختلف من دولة لأخرى حسب نظام الحكم من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه تجدر الإشارة إلى أن التكاليف المالية والأعباء اللوجستية لإجراء التعديل أحياناً تجعل بعض الدول تقلل من الإجراءات أو تركزها في تشديد الأغلبية المطلوبة لتمرير التعديل.

إلا أنه تجدر الإشارة هنا إلى أن صعوبة أو تعقيد إجراءات الدستور الجامد واختلافها عن الإجراءات تعديل القانون العادي شيء والقيود التي يفرضها المشرع الدستوري على سلطة التعديل شيء آخر. ففي الحالة الأولى نكون أمام جمود نسبي للدستور، أما في الحالة الثانية فنكون أمام منع نسبي لتعديل الدستور ويأخذ المنع صورتين هما، الحظر الموضوعي والحظر الزمني<sup>15</sup>.

**أ- الحظر الموضوعي:**

وهو المنع الذي يرد على نصوص معينة في الدستور تعالج موضوعات معينة محددة بذاتها وتجسد أحكاماً ومبادئ معينة، يعتقد المشرع بضرورة حمايتها وذلك عن طريق حظر تعديلها، أما بصورة دائمة أو مؤقتة. وعلى هذا الأساس فالحظر الموضوعي يأخذ شكلين، فهو إما أن يكون حظراً دائماً أو حظراً مؤقتاً.

<sup>15</sup> Carolina Cerda- Guzman, OP, page 92



ومن أمثلة الدساتير التي تحظر تعديل بعض الأحكام الواردة فيها بشكل دائم دساتير فرنسا للأعوام 1875 المادة الثانية من القانون الدستوري المضاف للدستور والصادر في 1884/8/14 و 1946/م/950 و 1958/ف/5 من المادة 89، والتي نصت جميعها على عدم جواز اقتراح تعديل شكل الحكم الجمهوري.<sup>16</sup> وقد جاء بحظر مماثل كل من الدستور الإيطالي لعام 1947/م/139، كما منع الدستور الألماني 1949 أي تعديل دستوري يمكن أن يمس بالحقوق الأساسية، بينما نص الدستور الأيرلندي على أن ( حماية الأدمية الانسانية والأسرة ) لا يمكن أن تكون موضوعاً أو محلاً لأية تعديل دستوري.<sup>17</sup> والدستور التونسي لعام 1959/م/72. أما الدستور الجزائري لعام 1976 فقد نصت المادة 195 منه على إن أي مشروع لتعديل الدستور لا يمكن أن يمس الصفة الجمهورية للحكم ودين الدولة والاختيار الاشتراكي والحريات الأساسية للإنسان والمواطن ومبدأ التصويت عن طريق الاقتراع العام المباشر والسري ولا ان يمس مشروع التعديل كذلك بسلامة التراب الوطني. ونصت الفقرة /ج من المادة 104 من دستور البحرين لعام 1973 على عدم جواز اقتراح تعديل مبدأ الحكم الوراثي وكذلك الحرية والمساواة كما لا يجوز اقتراح تعديل المادة الثانية من الدستور التي تنص على أن دين الدولة الإسلام والشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع، ولغتها الرسمية هي اللغة العربية. ومن هذا القبيل نصت المادة 175 من الدستور الكويتي لعام 1962 على عدم جواز اقتراح تعديل الأحكام الخاصة بالنظام الأميري للكويت وبمبادئ الحرية والمساواة المنصوص عليها في الدستور

أما الحظر الموضوعي المؤقت فيعني عدم جواز المساس ببعض نصوص الدستور خلال فترة زمنية بسبب وجود ظروف معينة، فإذا زالت تلك الظروف ارتفع الحظر. ومن أمثلة النص على عدم جواز تعديل النصوص الدستورية، المتعلقة بحقوق الملك ووراثة العرش

<sup>16</sup> Carolin Cerda-Gumzman, OP, page 107

<sup>17</sup> Dominique Chanollaud fe Sabouret, OP, page 44

أثناء الوصايا في النظم الملكية، كما كان عليها الحال في ظل الدستور. المصري لعام 1923/م158 وفي ظل القانون الأساسي العراقي لعام 1925 في المادة/22/1 وقد جاء الدستور الأردني النافذ والصادر في عام 1925 بحكم مماثل في المادة/126/2، كما نصت المادة 176 من الدستور الكويتي على عدم جواز اقتراح تعديل صلاحيات الأمير المبينة في الدستور خلال فترة النيابة عنه<sup>18</sup>.

### ب- الحظر الزمني:

يهدف هذا الحظر إلى حماية أحكام الدستور من التعديل خلال فترة من الزمن، وهذه الفترة قد تكون محددة زمنياً أو غير محددة ولكنها مرتبطة بظرف معين تمر به الدولة في فترة ما ولكنها مؤقتة في جميع الأحوال.<sup>19</sup> من أمثلة هذا الحظر ما جاء به الدستور الفرنسي لعام 1791 الذي منع إجراء أي تعديل على نصوصه لمدة أربع سنوات تبدأ من تاريخ نفاذه، وكذلك الحظر الزمني الذي فرضته المادة 119 من القانون الأساسي العراقي لعام 1925 لمدة خمس سنوات تبدأ من تاريخ نفاذه (عدا الأمور الفرعية من الدستور والتي أجازت الماد/118 تعديلها خلال سنة واحدة فقط من تاريخ نفاذ الدستور).

كما تضمن الدستور الكويتي لعام 1962 حظراً زمنياً لمدة خمس سنوات تبدأ من تاريخ العمل به المادة 174. ونصت المادة 151 من الدستور السوري لعام 1973 على عدم جواز تعديله قبل انقضاء ثمانية عشرة شهراً على تاريخ نفاذه. وقد يفرض الحظر الزمني بسبب ظروف استثنائية يمر بها البلد كالاحتلال الأجنبي، ومثال ذلك ما نص عليه الدستور الفرنسي لعام 1946 من عدم جواز تعديله في حالة احتلال قوات أجنبية لأرض الوطن أو جزء منه<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> لمزيد من التفصيل أنظر محمد علي آل ياسين، القانون الدستوري، بيروت، المكتبة الحديثة للطباعة والنشر، 1973، ص 92-93.

. Philippe Ardant, Bertrand Mathieu 197 Val Constantinesco, Stéphanie Pierré-Caps, OP,page ,OP,page 90

<sup>20</sup> لمزيد من التفصيل أنظر خالد سمارة الزعبي، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، عمان، المركز العربي للخدمات الطلابية، 1996، ص

ولقد اختلف الفقه الدستوري حول القيمة القانونية للحظر الموضوعي والحظر الزمني، فمن الفقهاء من ذهب إلى تجريد تلك النصوص من كل قيمة قانونية، ذلك لأن السلطة التأسيسية الحالية لا تمنع بأية صفة في إمكانية تحديد (تقييد) السلطة التأسيسية المستقبلية ولا يمكن والحالة هذه تبرير الجمود الدستوري (الحظر الموضوعي والحظر الزمني) من الناحية القانونية، لأنه يتنافى مع القانون ويتنافى كذلك مع طبيعة الأشياء، وجميع التبريرات التي قيل بصدد الجمود، وخصوصاً فيما يتعلق بالخظر الموضوعي، وهي تبريرات سياسية الغرض منها الحفاظ على نظام سياسي معين أو حماية فكرة أو مكسب سياسي.

إلا أن الواقع السياسي للمجتمعات لسياسية يؤكد بأن الجمود لا يتعارض دائماً مع القانون وطبيعة الأشياء. نعم أنه يمكن أن يكون كذلك في ظل ظروف معينة ولغايات محددة. ولكنه يمكن أن يكون أحياناً وسيلة مهمة وفعالة للحفاظ على كل هو متقدم وسليم من المبادئ والقيم والأفكار التي إذا ما تم المساس بها بالتعديل أو غيره نجم ارتداد إلى كل ما سيئ ومتخلف، ويكفي أن نذكر كيف أن تعديلاً لإزالة القيود الدستورية المفروضة إلى ممارسة الحكام للسلطة يمكن أن يكون حقاً متعارضاً وفكرة القانونية والدستورية والحرية وحقوق الإنسان. ولهذا نجد أن الفقيه الفرنسي (جورج بوردو) يقول أن الحظر الزمني بسبب الظروف الاستثنائية كالاحتلال الأجنبي لا شائبة فيه وذلك تفادياً من تكرار ما حدث بفرنسا في 1940/7/10 إبان حكم المارشال (بيتان) بعد الاحتلال الألماني لها، ذلك أن الاحتلال الأجنبي يشل في الواقع ممارسة السيادة الوطنية ويجعل من ممارسته السلطة التأسيسية أمراً مستحيلًا وبالتالي فإن أي تعديل على الدستور في مثل هذه الظروف، يكون معيباً بل ويهدد حياة الدولة وأمنها.

وهذا السبب هو الذي حدا بالمشروع الدستوري الفرنسي بعد الحرب العالمية الثانية، أن يفرض حظراً زمنياً مفاده عدم جواز تعديل الدستور في حالة احتلال قوات أجنبية لأرض الوطن أو جزء منه وذلك في المادة/94 من دستور عام 1946.

## المبحث الأول

### العدالة الدستورية

كما سبق وأن أسلفنا وأكدنا على أن الدستور يضع قواعد عامة وقيوداً ينبغي أن تراعيها السلطة التشريعية وهي بصدد ممارسة وظيفتها العادية، وهذه القيود قد تكون قيوداً شكلية تتعلق بالشروط والإجراءات الشكلية التي يجب مراعاتها عند تشريع القوانين وإصدارها، أو هي مبادئ وقواعد وقيود موضوعية تتعلق بموضوع القانون وفحواه . وفي الغالب ما تُعبر القواعد والمبادئ الموضوعية عن القيم السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة وقت وضع الدستور فضلاً عن طبيعة نظام الحكم وطريقة تداول السلطة.

ولضمان احترام هذه المبادئ والتي عادة ما يُعبر عنها بقاعدة سمو القواعد الدستورية وعدم انتهاكها جاءت فكرة القضاء الدستوري كآلية أساسية وهامة في هذا المجال، فزيادة على الدول التي تملك قضاء دستورياً ناجزاً، أخذت فكرة إقامة قضاء دستوري متخصص تتوسع وتحاول فرض نفسها في الدول التي لم يبق بعد لديها مثل هذا القضاء. ومن الطبيعي أنه حين توجد قاعدة قانونية لا بد من وجود قاض يستطيع إنزال العقوبة على كل من يخرق هذه القاعدة، وقد أطلق جانب من الفقه الفرنسي على هذا الاختصاص اسم (العدالة الدستورية) ويحدد موضوعها وهدفها أستاذ القانون الدستوري غيوم دراغو بأنها ( لضمان وحماية علوية وسمو القواعد الدستورية في البلاد وضمان الاستمرارية الوظيفية لمؤسسات الدولة وبإجراءات قضائية).<sup>21</sup>

إذ ولفترة من الزمن كانت فكرة إنشاء قضاء دستوري تبدو غير قابلة للتطبيق، اعتقاداً باستحالة إخضاع أصحاب السلطات العليا في الدولة للالتزام باحترام القانون، إما لأنهم يملكون هم أنفسهم احتكار سلطة الإكراه، كأصحاب السلطة التنفيذية، أو لأنهم يملكون -كوظيفة النطق

30-29<sup>21</sup> Guillaume Drago, (Contentieux Constitutionnel Français), puf, 4 édition 2016, page

بالقانون- كالسلطة القضائية. أو لأن مهمتهم خلق القانون كالسلطة التشريعية. ولكن القول بعدم قابلية هذه الفكرة للتطبيق ثبت عدم صحته، فقد تحولت إلى إمكانية فعلية وحقيقة في جزء كبير من العالم، لان الدستور تستمد وجودها ومشروعيتها من إرادة إنشاء وتنظيم و تعديل وتلطف ممارسة سلطة الدولة، في الوقت الذي تعمل فيه هذه الأخيرة إلى أن تصبح قوة جامحة ومنفلتة من كل قيود عليها ومن كل رقابة. ولذلك عملت الدساتير على تحديد قواعد عمل السلطات العامة، وكذلك على تحديد القواعد التي تدير العلاقات بين هذه السلطات والمواطنين وبحيث أن الهيئات المكلفة بالعمل على احترام القانون -والتي هي المحاكم- تملك السلطة على فرض احترام القواعد الدستورية. وعليه فليس من المستغرب انه في الدول التي سقطت فيها الأنظمة الشمولية والدكتاتورية نشأت أو تعززت هيئات القضاء الدستوري.

ونحاول في هذا المبحث إلقاء الضوء على تعريف القضاء الدستوري وأهميته وأنواعه والمنازعات الدستورية، مقسمين دراستنا في مطلبين:

المطلب الأول: تعريف القضاء الدستوري وأهميته

المطلب الثاني: أنواع القضاء الدستوري.

### المطلب الأول تعريف القضاء الدستوري

#### ف/1 تعريف القاضي الدستوري

يعتبر جانب من الفقه أن القضاء الدستوري يعني ممارسة وظيفة قضائية من قبل هيئة مستقلة لها صفة محكمة. ولا يمكن للقاضي الدستوري، سواء أكان متخصصا في هذه المهمة أم غير متخصص، ممارسة قضاء آخر غير القضاء الدستوري. إلا أننا لا نتفق مع هذا الاتجاه تأسيساً على أن النموذج الأمريكي يجعل من المحكمة العليا قاض للمنازعات الدستورية

وناصره في ذلك النموذج الليبي والذي جعل من المحكمة العليا الليبية والتي أنشئت على غرار المحكمة الاتحادية الأمريكية، بالإضافة لاختصاصاتها التي نظمها وحددها لها القانون جعلها قاض يختص بالنظر في كل المنازعات المتعلقة بالدستور وتفسيره.

وحسب الأستاذ فرومون يمكن الإشارة لمفهومين للقضاء الدستوري: الأول يجعل من القاضي الدستوري قاضي السلطات العامة الدستورية، فالقاضي في هذه الفرضية يُعتبر قاضياً دستورياً عندما ينظر في نزاعات السلطات التشريعية والتنفيذية بشكل خاص وبهذا المفهوم يقوم القاضي الدستوري بالعدالة بين السلطات العامة الدستورية وبشكل خاص في موضوع تطبيق القواعد المتعلقة بالتعيين وبمهام أصحاب الوظائف التشريعية والحكومية، ولا يعتد كثيراً إذا ما كانت القواعد المطبقة من الصنف الدستوري أو أنها من طبيعة تشريعية عادية.

والثاني يجعل من القاضي الدستوري القاضي الذي يطبق القاعدة الدستورية. فكل قاضي يطبق قاعدة دستورية على نزاع خاضع له يمارس القضاء الدستوري. ويورد مثالا على ذلك أن محكمة النقض بفرنسا حينما تستدعي المادة 66 من الدستور لتحديد اختصاص الهيئة القضائية في مواد الحرمان من الحريات تكون قد مارست القضاء الدستوري.

ولذلك انتهى الفقه الدستوري على أنه على القاضي الدستوري السهر على وجوب احترام القانون للقواعد الدستورية الأعلى درجة في البلاد، مما بات يُنظر غالبا إلى هذا القضاء وكأن دوره ينحصر فقط في الرقابة على القوانين. والواقع يفرض علينا الاعتراف بأن هذه هي المهمة الأساسية للقاضي الدستوري إلا أنها يجب ألا تحجب دوره في مواجهة السلطة المكلفة بتطبيق القانون، إذ يقع عليه واجب آخر وهو إدخال القيم التي يعلنها الدستور في الحياة اليومية للدولة وفي تصرفات الإدارة، وفي مجال حقوق الإنسان أيضاً عن طريق حماية هذه الحقوق مما قد تلحقه بها الهيئات الإدارية والسياسية والقضائية من أذى.



ومع ذلك ولتجنب كل تدخل في اختصاص المشرع فقد حُددت سلطات القاضي الدستوري سواء أكان قاض عاد أم متخصص في الرقابة على القانون، من حيث ما إذا كانت صياغته قد شابها عيب عدم اختصاص أو عيب إجرائي، ورقابة على مضمون القانون للتأكد من عدم مخالفة المبادئ العليا التي يضعها دستور البلاد.

ويؤكد جانب من الفقه الدستوري على أن العدالة الدستورية إنما تُثير تساؤلا عن حقيقة معناها، وهو ما دعا إلى القول بأنه، وفق الزاوية التي ينظر إليه من خلالها، يفترق هذا الاصطلاح إلى معنيين :

**الأول : عضوي:** ومفاده تعريف العدالة الدستورية كهيئة أو ككيان مادي، ويقصد بذلك المحكمة أو المحاكم التي خصها الدستور – داخل التنظيم القضائي في الدولة – من دون غيرها برقابة دستورية التشريع (أي القضاء الدستوري المتخصص).<sup>22</sup>

ويعرف أيضا على أنه هيئة أو سلطة دستورية أوجدتها الإرادة الشعبية في الدستور، كغيرها من بقية السلطات الأخرى في الوثيقة، وحددت صلاحياتها بشكل حصري، وذلك لكي تحافظ بالدرجة الأولى على احترام قواعد توزيع صلاحيات السلطات، وعدم انتهاك أي منها لصلاحيات الأخرى التي خصها بها الدستور.<sup>23</sup>

ويرى العميد ليون دوجي بأن القضاء الدستوري مؤداه إنشاء محكمة عليا تتوفر فيها كل ضمانات المعرفة والنزاهة والاستقلال الممكنة، ويرفع أمامها من قبل الأطراف المعنية موضوع عدم الدستورية، وبكلمة واحدة يكون لهذه المحكمة العليا، تقرير دستورية أو عدم

Guillaume Drago, *OP*, page 22 د . محمد شفيق ، القضاء الدستوري ، منشورات 30 ، المفوضية السامية لحقوق الانسان ، تونس 2012 ، ص 7 . د . عصمت عبد الله الشيخ ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2003 ، ص 7 . د . ادمون رباط ، الوسيط في القانون الدستوري العام ، ج2، بيروت ، دار العلم للملايين ، 1965 ، ص 490 . د . أمين عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون ، لبنان ، طرابلس ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، 2002 ، ص 114 .

Christian Behrendt, *(Le Juge Constitutionnel un Législateur-Cadre Positif)*, LGDJ, 2006, page 23<sup>25</sup>

دستورية القوانين والمراسيم.<sup>24</sup> والاصطلاح على هذا النحو يعكس أمرين، يتحدد وفقا لهما معناه، أولهما: أن العدالة الدستورية لا تتصرف إلا إلى ما يصدق عليه وصف المحكمة دون غيره، وهو ما يكون مفاده أن كل ما لا يعد محكمة أو جهة قضائية، لا يعد قضاء دستوريا، حتى ولو انعقد له الاختصاص برقابة دستورية القوانين، وترتبا على ذلك كانت المحكمة الدستورية في مصر، أو نظيرتها الإيطالية أو الألمانية، تعد قضاء دستوريا، بوصفها محاكم، بدقيق هذا المعنى، فإن المجلس الدستوري الفرنسي لا يعد قضاء دستوريا، لأنه ليس محكمة، ولا يشكل تشكيلا قضائيا خالصا ولعل هذا ما أفضى إلى نعت رقابته على دستورية القوانين، بأنها رقابة سياسية لا قضائية.

**وثانيهما:** لا تعد أية محكمة قضاءً دستورياً، وإنما يلزم أن تكون مختصة برقابة دستورية القوانين فحسب، فإن خالط هذا الاختصاص، اختصاص آخر بالفصل في منازعات غير دستورية، كالمنازعات المدنية أو الجنائية أو الإدارية... الخ، فإنه ينحسر عنها وصف القضاء الدستوري. وعلى ذلك لا تعد المحكمة الاتحادية العليا بالولايات المتحدة الأمريكية قضاءً دستورياً محضاً وفق هذا المفهوم، نظراً لأنها ليست قضاءً متخصصاً برقابة دستورية القوانين فحسب، وإنما لانعقاد اختصاصها أيضاً بالفصل في غيرها من المنازعات غير الدستورية.<sup>25</sup>

وهذا التحديد لمفهوم القضاء الدستوري على هذا النحو، هو اتجاه ضيق وتقليدي في ذات الوقت حيث إنه يتطلب استبعاد كل وظائف القضاء الأخرى، عدا الرقابة على دستورية القوانين سواء أكان هذا القضاء بشكل محكمة متخصصة، أو أعلى محكمة في الجهاز القضائي، وعلى ذلك فإنه لا يصدق وصف القضاء الدستوري على المحكمة العليا الأمريكية ولا على الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الليبية من ناحية أخرى، وكما وضحنا سابقاً ذلك

<sup>24</sup>ليون دوجي، دروس في القانون العام، ترجمة د. رشدي خالد، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد 1981، ص 152

<sup>25</sup>د. محمد باهي أبو يونس، أصول القضاء الدستوري، مصر، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2013، ص 6-8

لأنهما تملكان اختصاصا استثنائيا، ضد قرارات المحاكم الأدنى درجة، بوصفهما محاكم آخر درجة، ولا يصدق - من ناحية أخرى - على المحاكم الأوربية الدستورية المتخصصة، رغم تخصصها بالقضاء الدستوري، وذلك لأنها تمارس اختصاصات أخرى، عدا الرقابة على دستورية القوانين، حيث إنها تختص بالقضاء في المنازعات بين الحكومة المركزية والحكومات الإقليمية، كما إنها تختص بمحاكمة بعض أعضاء الحكومة، إضافة إلى اختصاصات أخرى تدخل في مجالات سياسية. كما أنه يستبعد من مجال انطباقه المحاكم الدستورية التي تمارس اختصاص الرقابة على مشروعية التشريعات الحكومية إضافة إلى اختصاص الرقابة على دستورية تشريعات السلطة التشريعية، ( رقابة المشروعية ورقابة الدستورية).

**الثاني : موضوعي** مؤداه النظر إلى العدالة الدستورية كعمل أو ك نشاط، ويعني بذلك القضاء المختص بالفصل في المسائل الدستورية، وهي المسائل التي تثير فكرة تطابق التشريع مع الدستور، وبهذا المعنى ينصرف الاصطلاح إلى القضاء في هذه المسائل سواء أصدر من محكمة دستورية متخصصة ام من محكمة اخرى من المحاكم العادية أو الإدارية أو غيرها، وذلك طالما تعلق هذا القضاء بالفصل في مسألة دستورية.<sup>26</sup>

حيث يركز هذا الاتجاه على وظيفة القضاء الدستوري، فيعرفه الفقيه آيزنمان بأنه نوع من الولاية القضائية التي تنصب على القوانين الدستورية، وبالتالي يضمن توزيع الاختصاص بين التشريع العادي والتشريع الدستوري وكفالة احترام الاختصاص من قبل الهيئات العليا داخل الدولة.<sup>27</sup> أو أن القضاء الدستوري هو مجموعة القواعد القانونية المستنبطة من أحكام

<sup>26</sup> عصمت عبد الله الشيخ ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات المرجع السابق ، ص 7. د. محمد باهي أبو يونس ، أصول القضاء الدستوري، مصر ، الاسكندرية ، دار الجامعة الجديدة، 2013 ، ص 30-31 .

<sup>27</sup> أشار إليه : محمد فرج محمد الفقي ، الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1998 ، ص



المحاكم في المجال الدستوري<sup>28</sup> أو هو بعبارة أخرى مجموع المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وهي بصدد البحث في مسألة الدستورية عندما تكون الرقابة لامركزية ( قضاء دستوري غير متخصص).

إذن من الناحية الموضوعية فإن القضاء الدستوري يعني بشكل أساسي، الفصل في المنازعات الدستورية، وهو اصطلاح ينصرف إلى الاختصاص لا إلى القائم به، بمعنى أنه مفهوم مقصور على الفصل في النزاعات الدستورية، بغض النظر عن طبيعة الجهة القائمة عليه، أي يستوي أن تكون محكمة بحقيق معناها أم جهة غير قضائية تماماً، ولذلك فكما يصدق وصف القضاء الدستوري على المحاكم الدستورية، كالمحكمة الدستورية العليا المصرية، يسلم بالنسبة للمجالس الدستورية، كالمجلس الدستوري الفرنسي، إذ كلاهما في مقام هذا المفهوم سواء، قضاء دستوري لا لطبيعتهما، وإنما لاختصاصهما بالفصل في المسائل الدستورية، وكما يصح أن يوصف القضاء الدستوري المتخصص انفراداً بالفصل في هذه المسائل، يصدق على المحاكم التي ينعقد لها هذا الاختصاص، بجانب مالها من اختصاص بالفصل في المنازعات غير الدستورية، وبذلك هو يصدق على المحكمة الاتحادية العليا بالولايات المتحدة الأمريكية<sup>29</sup>.

وبهذا فإن المعنى الموضوعي لمصطلح (القضاء الدستوري) أوسع نطاقاً من معناه العضوي أو الشكلي، إذ أنه وفقاً لهذا المعنى الأخير فإن القضاء الدستوري لا يوجد إلا مع وجود المحاكم الدستورية المتخصصة، في حين أن القضاء الدستوري وفقاً للمعنى الموضوعي لا يرتبط في وجوده بمثل هذه المحاكم الدستورية، إنما هو قائم مع الفصل القضائي في المسائل الدستورية، بصرف النظر عن الجهة القضائية التي يصدر عنها هذا القضاء .

إن رقابة القضاء الدستوري هي رقابة قانونية تقوم على أساس تدخل جهاز قضائي لإصدار حكم بمدى توافق أو عدم توافق تشريع ما مع أحكام الدستور . وبهذا المنطق فإن

<sup>28</sup> د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، مصر ، الاسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، 1997، ص 11

<sup>29</sup> د. محمد باهي أبو يونس ، مصدر سابق ، ص 8-9

عملية الرقابة على الدستورية تدخل بصورة طبيعية في اختصاص القضاء، فما وظيفة القاضي إلا تطبيق القوانين على ما يعرض أمامه من منازعات، وما الحكم في دستورية القانون من عدمه إلا منازعة يختص القضاء ببحثها وهو يفصل فيها وفقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية بمعنى انه إذا وجد أن النص التشريعي الذي يحتج به يتعارض مع قاعدة أعلى منه في الدستور، فانه ملزم بإنزال حكم الدستور واستبعاد تطبيق القاعدة المخالفة، فهذا هو ما يمليه منطق العدالة والمشروعية.<sup>30</sup>

وبناءً على ذلك يمكننا تصنيف هذه التعاريف إلى جانبين أو اتجاهين، فالأول يركز على الجانب العضوي فيعرفه على أنه محكمة أو هيئة، والثاني ينظر إلى القضاء الدستوري على أنه اختصاص أو ولاية.

## ف/2 دور القاضي الدستوري

ارتفع الجدل في الأوساط القانونية والسياسية، حول طبيعة دور القضاء الدستوري، بالنظر لما يؤديه مهام، تدخل جزءاً في العملية السياسية، بما تنتج من آثار، إذ يتميز عمل القاضي الدستوري بأنه عمل ذو أبعاد سياسية، وإن جاز لنا التعبير، هو عمل قانوني بآثار سياسية، فالرقابة و التفسير الدستوري اختصاصات ذات طابع قانوني، وبجانب ذلك فإنها تتميز بأنها ذات أثر سياسي، يظهر في مجال الحياة السياسية، ويرجع ذلك إلى طبيعة النصوص القانونية موضوع الرقابة والتفسير ومكانتها في السلم القانوني.

إلا أنه ومع ذلك لا يمكن التقليل من شأن القضاء الدستوري ودوره في البلاد، إذ وكما أسلفنا فإن الدور الأهم والأول للرقابة على دستورية القوانين إنما يكمن في منع صدور نصوص قانونية مخالفة للدستور، فهي وسيلة لحماية القواعد الدستورية من أي خرق أو اعتداء، بل يعتبرها جانب من الفقه الدستوري هي لوضع مبدأ سمو الدستور على غيره من

<sup>30</sup> انظر د. جابر جاد نصار، الاداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999،



النصوص الأخرى موضع التطبيق، بل أن المجلس الدستوري في فرنسا وفي حكم له بتاريخ 16 يوليو 1971 اعتبر نفسه (حامي الحقوق والحريات في البلاد).<sup>31</sup>

وقد أسهب جانب من الفقه الدستوري الفرنسي في تحديد أهمية وجود الرقابة على دستورية القوانين، إذ يرى الفقيه (جورج بيردو) في أهمية هذا النوع من الرقابة بقوله، مادام الدستور هو القانون الأعلى في الدولة فلا مناص من احترامه بما يستتبعه هذا الاحترام من بطلان القوانين المخالفة له، ولما كان من غير المتصور إسناد عملية الرقابة على دستورية القوانين إلى واضعيه، فإنه يتعين وجود هيئة أخرى تختص بإقرار عدم الدستورية وبالتالي الحيلولة دون ترتيب القانون غير الدستوري لأية آثار، كما يؤكد البعض أن أهمية الرقابة هذه تعود إلى مبدئين أساسيين، الأول تحقيقها لمبدأ المشروعية و الرقابة على تصرفات الحكام هي من أهم القواعد الرئيسية في أية حكومة قانونية إذ لا بد في كل حكومة عادلة من خضوع الحكام جميعاً رئيس الدولة والوزراء والبرلمان، لمبدأ المشروعية في تصرفاتهم سواء كانت قوانين أو لوائح أو قرارات أو إجراءات فردية، ومن ثم لا يستقيم القول بأن القواعد التي عينها الدستور للسلطة التشريعية لا رقيب عليها سوى ضمير أعضاء هذه السلطة ومسؤولياتهم الأدبية أمام الأمة إذ لا يمكن الأخذ بها في حكومة شرعية ويجب أن تعمل في حدود الدستور وتخضع في تصرفاتها لقيوده وأحكامه.

أما المبدأ الثاني فمؤداه، أن هذه الرقابة من طبيعة عمل القاضي التي تتمثل بتطبيق القانون وإيجاد الحل القانوني للنزاع المطروح عليه وهو ملزم بتطبيق القوانين كما هو ملزم أيضاً باحترام الدستور الذي هو القانون الأساسي في الدولة ومن المسلمات إنه إذا تعارضت لائحة مع قانون، وجب تطبيق أو ترجيح الأخير لأنه أعلى، وكذلك إذا تعارض قانون عادي مع الدستور وجب إعلاء كلمة الأخير باعتباره القانون الأعلى في الدولة، كما ويرى البعض

<sup>31</sup> Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun, Julien Bonnet, (*Droit du Contentieux Constitutionnel*),

أيضاً، إن الرقابة القضائية خاصة التي تمارس بطريق الدعوى المباشرة، تؤدي إلى وحدة الحلول القضائية بشأن دستورية القوانين طالما إن هناك جهة قضائية عليا واحدة متخصصة في ممارسة تلك الرقابة حيث تصدر أحكامها بشأن قانون معين سلباً أو إيجاباً وفي كلتا الحالتين لا يمكن إثارة مسألة دستورية ذلك القانون ثانية لأن قرارها يتمتع بحجية مطلقة لكونه يسري تجاه الكافة.

بالتالي فإن جوهر هذه الرقابة يتمثل في أنها تعد من أهم مستلزمات قيام دولة القانون إذ لا يكفي مجرد الإعلان عن حقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية والإقرار بقيمتها القانونية مالم تعترف الدساتير والوثائق بوجود هيئات قضائية تتولي تصحيح الانحراف ورد الاعتداء الذي قد يقع علي هذه الحقوق والحرريات.<sup>32</sup>

وهكذا يظهر لنا جليا أهمية وجود الرقابة القضائية على دستورية القوانين باعتبارها من الوسائل الرئيسية التي يمكن بواسطتها ضمان احترام و نفاذ القواعد الدستورية وتضمن أيضا صدور القوانين من السلطة التشريعية في الإطار الدستوري دون أي إخلال أو تعد، وهذا بلا شك يحقق في النهاية احترام الحقوق والحرريات العامة التي عملت التشريعات الدستورية على كفالتها ومن ثم يجب أن تأتي القوانين محكومة بما تحدده الدساتير من أحكام وضوابط في هذا الصدد.

<sup>32</sup> محسن خليل، *النظم السياسية*، دار النهضة العربية القاهرة، 1975.

## المطلب الثاني

### أنواع القضاء الدستوري

يُعتبر القضاء الجزائي والمدني الحارس الأمين لحقوق وحرّيات الفرد باعتباره عضواً في مجتمع له حقوق وعليه واجبات. أما القضاء الدستوري فيعد الحارس الأمين للدستور ولمبادئه العليا، وهو أيضاً الحارس الأمين للنظام القانوني في الدولة برمته ولمبدأ سيادة القانون والحقوق والحرّيات العامة.

والقضاء الدستوري بهذا المعنى، سواء كان ممثلاً بالمحاكم أو المجالس الدستورية حسب تسميات الدول يمكن اعتباره من أهم مفاصل الجهاز القضائي، نظراً إلى أهمية الاختصاصات المنوطة به، وفي مقدمتها الرقابة القضائية على دستورية القوانين والأنظمة وحماية مبدأ الفصل بين السلطات وتحديد صلاحياتها، الأمر الذي يجعله الحارس الأمين على مبدأ سمو الدستور الذي يعد بمثابة أهم المبادئ في القانون الدستوري، بحيث لا يجوز أن يخالف أي تشريع أدنى لتشريع أعلى سواء كان التشريع صادراً عن السلطة التشريعية، أو السلطة التنفيذية، إذ لا ينبغي ذلك وفق مبدأ التدرج التشريعي، فإذا خالف التشريع الأدنى التشريع الأعلى، يقضى بعدم دستوريته أو يمتنع عن تطبيقه.

ونتناول أنواع القضاء الدستوري في هذا المطلب في فقرتين:

ف/1 أنواع القضاء الدستوري في النظم المقارنة.

ف/2 القضاء الدستوري في ليبيا.

2018

## ف/ 1 أنواع القضاء الدستوري في النظم المقارنة

من يحاكم القانون؟

لعل في الإجابة على هذا السؤال تعريفاً وتحديداً لأنواع القضاء الدستوري في النظم المقارنة.

إذ تتعدد وتختلف أشكال الرقابة من نظام إلى آخر تبعاً لاختلاف التنظيم الدستوري لشكل هذه الرقابة وآلياتها، فمنها من اعتمد أسلوب الرقابة القضائية، ومنها من اعتمد أسلوب الرقابة السياسية، كما يمكن أن تكون الرقابة شعبية والتي تتمثل في الرأي العام والصحافة ووسائل الإعلام الأخرى وقد أضاف لها جانباً من الفقه-مؤخراً- رقابة المجتمع المدني، ونحاول فيما يلي تقديم موجز تعريفي بهذه الأنواع المختلفة.

### أولاً: الرقابة على دستورية القوانين بواسطة القضاء

بناءً على ما تقدم اتضح لنا أنه غالباً ما توكل مهمة الرقابة على دستورية القوانين، إما إلى جهة قضائية مختصة بالنظر في الدعاوى الدستورية.<sup>33</sup> على شاكلة المحاكم الدستورية.<sup>34</sup> أو إلى أعلى جهة قضائية في التنظيم القضائي في الدولة، أو قد يعهد بها لجميع الهيئات القضائية في الدولة.<sup>35</sup>

إلا أنه تجدر الإشارة هنا إلى أنه حتى وإن لم ينص عليه صراحة في الدستور، فإن للقضاء حقاً أصيلاً في الرقابة على دستورية القوانين إذ يُعتبر ذلك من صميم مهام القضاء،

<sup>33</sup> حول الدعوى الدستورية أنظر منير عبد المجيد، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف، الإكندرية، 2001. ص 59-8.

<sup>34</sup> كما هو الحال في ألمانيا وإيطاليا والنمسا، ومن الدول العربية التي أوكلت مهمة الرقابة على دستورية القوانين للقضاء مصر والتي جاء في المادة 175 من دستورها على أنه "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون"؛ أنظر يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، 2008، ص ص 109-

261

<sup>35</sup> حول الرقابة القضائية على دستورية القوانين، أنظر، أحمد سرحال، القانون الدستوري والنظم السياسية، الإطار-المصادر، المؤسسة الجامعية

للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت، 2002، ص 119-122



ومن هذا المنطلق يمكننا أن نميز بين نموذجين للرقابة القضائية على دستورية القوانين، النموذج الأمريكي والنموذج الأوربي ففي الأول تمارس المحكمة العليا في البلاد هذا الدور انطلاقاً واستناداً على أن ذلك دورها الطبيعي، بينما في الثاني يعهد بمهمة القضاء الدستوري إلى محكمة متخصصة غالباً ما تسمى بالمحكمة الدستورية ومثال ذلك المحكمة الدستورية في إيطاليا وألمانيا وإسبانيا وكذلك المحكمة الدستورية العليا المصرية. ويرى جانب من الفقه أن إسناد مهمة القضاء الدستوري إلى محكمة دستورية متخصصة، له مزاياه، حيث يتوفر في هذه المحكمة أو الهيئة عنصر الكفاية والتخصص المطلوب لفحص دستورية القوانين والتثبت من عدم مخالفتها للدستور.<sup>36</sup>

ويمكننا التمييز بين النموذج الأمريكي والنموذج الأوربي فيما يتعلق بالرقابة على دستورية القوانين من عدة نواح:

أولاً: أن مسألة دستورية النص يمكن إثارتها أمام أية درجة من درجات التقاضي أمام القضاء العادي، وإن كان بعض الدول تتجه إلى جعل الاختصاص فيها منعقداً للمحكمة العليا فقط التي تتربع على قمة الهرم القضائي في البلاد.<sup>37</sup>

ثانياً: عادة ما يُنظر في الدفع بعدم الدستورية عن طريق الاستثناء أو ما يُسمى بالدفع الفرعي.

<sup>36</sup> د. نعمان احمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الاردن، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004، ص 564، أيضاً أنظر في هذا الصدد، نصر الدين بن طيفور، القاضي الإداري الجزائري، والرقابة على دستورية القوانين، مجلة النشاط العلمي لمخبر القانون العام، جامعة سيدي بلعباس، عدد 1، 1995. أيضاً إبراهيم عبد العزيز شبحا، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 315-324، بوشعيب أوعبي، القانون الدستوري، دار القلم، الطبعة الأولى، 2010، ص 83. ويسمى أيضاً بالنموذج النمساوي أو الكلسيني، نسبة إلى الفقيه النمساوي كلسن وإلى كون أن أول محكمة دستورية متخصصة تأسست في أوروبا وهي المحكمة الدستورية النمساوية التي أقيمت في ظل دستور النمسا لعام 1920. ينظر في ذلك: د. احمد فتحي سرور، حدود ولاية القضاء العادي في المسألة الدستورية، بحث منشور في مجلة الدستورية، العدد السادس، السنة الثانية، 2004، ص 3.

Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, OP, page 251

33 <sup>37</sup> Guillaume Drago, OP, page

ثالثاً: الحكم الصادر من في الدعوى لا يحوز الحجية المطلقة، إنما هي حجية نسبية تقتصر على الدعوى المنظورة أمام القضاء وأطرافها وبالتالي الحكم فيها لا يترتب عليه حسم مسألة الدستورية وبشكل نهائي مطلق.

بينما في النموذج الأوربي والذي يعتمد بالدرجة الأولى على إنشاء محكمة متخصصة خارج نظام التقاضي العادي يمتاز بما يلي:

أولاً: استقلالية المحكمة عن النظام القضائي العادي في البلاد، أي إنشاء محاكم متخصصة فقط للنظر في المنازعات الدستورية.

ثانياً: احتكار المحكمة الدستورية مسألة النظر في دستورية القوانين، أو ما يتم التعبير عنه بوصف مركزية الاختصاص.

ثالثاً: نظر المحكمة الدستورية لمسألة دستورية إنما يكون برفع دعوى مجردة مستقلة أمامها وليس بالتبعية لدعوى أخرى.

رابعاً: المحكمة تنظر في دستورية قانون ما بناءً على دعوى مقدمة أمامها من إحدى السلطات العامة في البلاد قبل أو بعد صدور القانون.

خامساً: القرار الصادر من المحكمة الدستورية عادة ما يحوز حجية الشيء المقضي به، وبذلك يكون له أثر حاسم ومُنهي لأي نزاع حول دستورية النص ولا يُتصور إمكانية إثارتها مرة أخرى.<sup>38</sup>

وقد ثار جدل فقهي كبير بين فقهاء القانون الدستوري حول موضوع الرقابة على دستورية القوانين بين معارض ومؤيد لها، فقد انصبت وجهة النظر المعارضة لهذه الرقابة على أنها تعطل عمل الديمقراطية، وبأنها تعد عديمة الجدوى في حماية الحريات، كما أنها وفي مجملها تشكل مخالفة لمبدأ سيادة الأمة، وفيها تعارض بين مبدأ الفصل بين السلطات، وقد

<sup>38</sup> Dominique Chagollaud de Sabouret, (Droit Constitutionnel Contemporain), 8 édition 2015, Dalloz ,



تحفظ جانب من الفقه على إقحام القضاء في الرقابة على دستورية القوانين، لما فيه من مساس لمبدأ الفصل بين السلطات، مما قد يدخل القضاء في "نزاعات حادة مع غيره من السلطات" وقد يفضي إلى ظهور ما يعرف بحكومة القضاة.<sup>39</sup>

إلا أنه وأياً كان شأن هذه الانتقادات التي وُجّهت للرقابة القضائية على دستورية القوانين فإن الدول المعاصرة وعلي مختلف مناهجها السياسية أقرت هذه الرقابة من منطلق أنها أصبحت أمراً لازماً، حيث لم يعد للمذهب السياسي السائد في أية دولة ما يحد إن مبدأ تدخلها في شتى مناحي الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وبمعنى آخر لم يعد مفهوم الدولة المعاصرة (الخدمة) كما كان مفهوم الدولة التقليدية (الحارس) الذي استتبع بالضرورة وعبر الفلسفات الحديثة إن وُجد طوفان من القوانين، وسيل من التشريعات المتلاحقة بحيث أصبح لا مناص من إقرار هذه الرقابة القضائية لدي مختلف النظم المعاصرة بوصفها الضمانة الفعالة لنفاذ الدستور، ولأنها في الوقت ذاته تمثل ضمانة كبرى، وهي الجزاء الملائم علي مخالفة التشريع العادي لأحكام الدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، وبشكل أعم وأهم تعد هذه الرقابة الضمانة الأساسية الأكثر فعالية وأهمية للحريات العامة التي قررت في صلب الوثيقة الدستورية أو في ديباجتها.<sup>40</sup>

ويمكن القول هنا حالياً قد أصبح هناك شبه إجماع حول إيكال هذه للقضاء، وذلك بالنظر للمزايا التي يوفرها، فالتكوين القانوني للقضاة واستقلاليتهم تؤهلهم لمباشرة عملية الرقابة على أكمل وجه؛ كما أن القضاء يضمن حرية التقاضي والاستعانة بالدفاع، يضاف إلى ذلك ما توفره علانية الجلسات ودرجات التقاضي والاستعانة بوسائل الإثبات وتسبب الأحكام،

<sup>39</sup> حول انقسام الفقه بين مؤيد ومعارض لحق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين، انظر إبراهيم عبد العزيز شيجا، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 315-324

<sup>40</sup> محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977. د. عبدالمنعم محفوظ، القضاء الدستوري في مصر، 1991

من ضمانات للمتقاضي؛ الأمر الذي يحقق فعالية الرقابة ويجسد مبدأ سمو الدستور، وهو ما تفتقده الرقابة بواسطة هيئة سياسية.<sup>41</sup>

وعادة ما يمارس القضاء الدستوري دوره الرقابي عن طريق الدعوى المباشرة أو الأصلية والرقابة عن طريق الدفع الفرعي، تختلفان من حيث الآثار المترتبة عنهما، بين إلغاء القانون غير الدستوري في الأولى، واستبعاد تطبيقه في القضية المنظورة في الثانية.<sup>42</sup>

### ثانياً : الرقابة على دستورية القوانين بواسطة هيئة سياسية

توكل مهمة الرقابة الدستورية في هذه الحالة، إلى هيئة يحددها الدستور في صورة لجنة أو مجلس دستوري، تتلخص مهمته في القيام بالتحقق من مدى احترام التشريعات للدستور، فإذا ما خالفت القواعد الدستورية أقر بعدم دستورتها.

والرقابة من هذا النوع هي فرنسية النشأة، إذ يرى الفقهاء الفرنسيون وكما عبر عن ذلك أستاذ القانون الدستوري غيوم دراغو بأنه لا يمكن أن نعتبر اعتراض القضاة على الإرادة العامة التي يعبر عنها النواب المنتخبون في البرلمان أمراً طبيعياً.<sup>43</sup> وعادة ما يتشكل المجلس الدستوري من أعضاء منتخبين أو معينين يمثلون السلطات الثلاثة في الدولة، وتأخذ الرقابة على دستورية القوانين بواسطة هيئة سياسية صورتين، فقد تكون رقابة وقائية سابقة لصدور القانون كما هو الحال في فرنسا قبل التعديل الدستوري لسنة 2008 حيث تم اعتماد الرقابة اللاحقة، من خلال إجازة حق الدفع بعد دستورية الأحكام

<sup>41</sup> أنظر منير عبد المجيد، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001

<sup>42</sup> حيث يكون الدفع الفرعي في هذه الحالة يستهدف دعوة القاضي للامتناع عن تطبيق القانون في القضية المعروضة، دون أن يتعدى ذلك إلى إلغاء القانون المطعون فيه، كما هو الحال في الدعوى الدستورية الأصلية، زيادة على الحجية المطلقة للأحكام الصادرة بشأنه

<sup>43</sup> . Philippe Blachèr, (*Travaux dirigés droit constitutionnel*), LexisNexis, 2016, page.51 Marie-Anne Cohendet, *OP*, pag33e أنظر فرنسا أنظر François Luchaire, (*Le Conseil Constitutionnel*), Tom 1, Organisation et Attributions, Economica, 2 édition, 1997, page .20-5

لمين شريط المرجع السابق، ص 150. أيضاً نزيه رعد، المرجع السابق ص 123.

الماسة بالحقوق والحريات، على أن يكون ذلك بإحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض، انظر المادة 61 فقرة 1، وقد تكون إلى جانبها رقابة لاحقة لنفاذ القانون.<sup>44</sup>

وهو ذات الموقف الذي تبنته الجزائر بمقتضى دستوري 1989 و 1996 إذ نصت المادة 165 من دستور 1996، على أنه (يفصل المجلس الدستوري، ... في دستورية المعاهدات والقوانين، والتنظيمات، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية).

وفي هذا النوع من الرقابة على الدستورية لا يمكن أن نتصور أن تتحرك جهة الرقابة من تلقاء نفسها، إذ يجب أن يكون بناءً على إخطار من قبل الجهات المخولة ذلك دستورياً، التي حددها الدستور الفرنسي وعلى سبيل الحصر في كل من رئيس الجمهورية، الوزير الأول، رئيس الجمعية الوطنية، رئيس مجلس الشيوخ، أو ستين عضواً في إحدى غرفتي البرلمان، المادة 61 فقرة 2 من الدستور الفرنسي لسنة 1958، وفتح المجال مؤخرًا أمام المواطنين للدفع بعدم دستورية حكم يمس بالحقوق والحريات، من خلال مجلس الدولة ومحكمة النقض.<sup>45</sup>

ولم تسلم الرقابة على دستورية القوانين بواسطة الهيئة السياسية هي أيضاً من النقد، فقد وُجّهت لها العديد من الانتقادات لعل أهمها:

عدم توفر الحياد والاستقلال الكافي الذي ينتج عن انحياز الهيئة ذات التشكيل السياسي إلى السلطة التي ساهمت في تكوينها هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أنها وسيلة سابقة أي

<sup>44</sup> Carolina Cerda-Guzman, (*Cours de droit constitutionnel et des institutions de la v République*), 2 Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun, Julien Bonnet, (*Droit du .111 édition 2016-2017*, page 73-77 *Contentieux Constitutionnel*), LGDJ, 11 édition 2016, page

<sup>45</sup> . تنص المادة 61 فقرة 1 من دستور 1958 على أنه "إذا ثبت أثناء دعوى قيد النظر أمام جهة قضائية، أن حكماً تشريعياً يمس بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، يمكن إخطار المجلس الدستوري بهذه الدعوى التي يفصل فيها في أجل محدد، بإحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض."

-cf, Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, complétée par le décret n° 2010-148 du 16 février 2010 ;Règlement intérieur du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité



تُحرك قبل إصدار القوانين ومن قبل جهات محددة على سبيل الحصر وبالتالي لن يتم ذلك إلا لمن كانت لهم مصلحة في ذلك. أما على مستوى إجراءات سير هذه الهيئة الرقابية، مواجعتها لمجموعة من العراقيل التي تقيد عملها؛ فعدم قدرتها على التحرك من تلقاء نفسها يقلل من فاعليته.<sup>46</sup>

وأخيراً نقص الكفاءة القانونية لأعضاء الهيئة في أداء مهمة الرقابة و التي يستحسن أن تكون ذات طابع قانوني وإعطاء تفسيرات سياسية – فالقوانين لا تحدد وفق مطابقتها للدستور لكن تحدد وفق الاختيارات السياسية لأعضاء الهيئة السياسية.

هذا ولا نتفق مع أنصار هذا الاتجاه إذ نرى أن الرقابة على دستورية القوانين بواسطة هيئة سياسية كما في التجربة الفرنسية لا سيما بعد التعديل الدستوري في 2008 لا تكاد تختلف عن أية رقابة قضائية تمارسها أياً من المحاكم الدستورية، بل علينا الإشارة هنا إلى أن الفقه الفرنسي إنما يعتبر المجلس الدستوري جهازاً قضائياً بالنظر إلى نوعية القرارات التي يصدرها إذ تأخذ شكل الحكم القضائي بأسبابه وحيثياته ومنطوقه والأثر المترتب عليه، أما فيما يتعلق بالحجج التي تطال من عدم كفاءة أعضائه بالنظر إلى عدم الاختصاص القضائي والقانوني فيمكن الرد على ذلك بأن من يضع القانون هو البرلمان المتكون من شرائح مختلفة من المجتمع التي تعكس هذا الاختلاف في التشريع الذي ينظم كافة أمور المواطن الحياتية الاجتماعية والمدنية والصحية وغيرها وبالتالي الحكم على القانون يجب أن يكون من هيئة لها تشكيلة مقاربة لهذه التشكيلة، فالتنوع والاختلاف بين أعضاء المجلس الدستوري أمر مطلوب وإيجابياته تفوق سلبياته ولم يشكك أحد في قدرة مجلس الدولة الفرنسي في إرساء مبادئ الحقوق والحريات وحماية الدستور في البلاد . وعليه نؤكد أن العبرة هي في المنظومة الديمقراطية القائمة في البلاد وعملها بشكل متكامل لإرساء مبادئ الدستور واحترام قواعده

<sup>46</sup> كان الرئيس الفرنسي السابق جيسكارديستان، يرغب في تمكين المجلس من التحرك التلقائي للرقابة القوانين الماسة بالحقوق والحريات العامة، إلا

أنه فشل في ذلك

ويؤكد ذلك نجاح المجلس الدستوري في فرنسا في القيام بدوره بينما فشل ذات النموذج في بلد آخر لم يتوافر له ذات ظروف ومناخ عمل المجلس الدستوري الفرنسي.

### ثالثاً : الرقابة الشعبية

لا يمكن إنكار الدور الهام الذي تلعبه جهات شعبية مختلفة مثل الرأي العام والصحافة ووسائل الإعلام الأخرى في الدول الديمقراطية، حيث يطلق على الإعلام عادة (السلطة الرابعة)، لذلك يمكن أن تقوم هذه الجهات بمهمة الرقابة على دستورية القوانين، إذ يمنح الدستور لهذه الجهات في بعض الدول الحق في الاحتجاج على خرق قانون ما لقواعد الدستور و الطلب إلى الأجهزة المختصة (المحاكم الدستورية) لمعالجة هذا الخرق، ويتم ذلك وفق آليات ينظمها القانون، وتبنت هذا الأسلوب دساتير كل من (ألمانيا و غانا و سلوفاكيا).

### رابعاً : رقابة منظمات المجتمع المدني

في ظل المجتمع المدني لا بد من خضوع الحاكم والمحكوم للدستور والالتزام بالقواعد القانونية، وتعد منظمات المجتمع المدني أو المنظمات غير الحكومية هي العين الساهرة على المجتمع وعلى الدستور، وتسمى هذه المنظمات بـ (السلطة الخامسة) حيث يقوم أفراد المجتمع من خلال هذه المنظمات المستقلة عن سيطرة ونفوذ السلطة بممارسة دورهم و حقوقهم في اختيار ومراقبة السلطات العامة في الدولة وما تصدره هذه السلطات من قوانين و لوائح وتشريعات و مدى مطابقة هذه القوانين لمبادئ الدستور، إذ تقوم منظمات حقوق الإنسان و منظمات المجتمع المدني المختلفة بمهمة الرقابة على دستورية القوانين، و يجب أن لا ننسى دور منظمات المجتمع المدني في تحقيق التنمية الديمقراطية والدفاع عن حقوق الإنسان و حرياته الأساسية، حيث تعتبر هذه الممارسات جزءاً من العملية الديمقراطية ذاتها والتي يقف دورها عند هذا الحد. ولا شك في أننا هنا إنما نقصد المجتمع المدني المسئول الواعي بدوره جيداً وبحدود هذا الدور.



والسؤال الذي يطرح نفسه دائماً هل يحق لهذه المنظمات وللشعب الثورة والخروج ضد قانون غير عادل؟

أو ما يُطلق عليه بحق مقاومة الطغيان في قرار له بتاريخ 16 يناير 1982 قرر المجلس الدستوري الفرنسي أن (القيمة الدستورية لحق الملكية المؤكدة بنص إعلان حقوق الإنسان المواطن الصادر في 1789 لها ذات القيمة الدستورية للحق في الأمن والحرية وحق مقاومة الطغيان)، لا شك أن هذا الحكم وما يؤدي إليه والذي وصفه جانب كبير من الفقه الفرنسي بالساذج والغريب على النظرية القضائية ذاتها سيؤدي الى شرعنة دستورية لحالات الانقلابات والإطاحة بالنظم الديموقراطية المستقرة سواء بطريق العنف أو سلمياً.<sup>47</sup>

### ف/ 2 القاضي الدستوري في ليبيا

مرت رقابة دستورية القوانين في ليبيا بعدة مراحل فبداية بالدستور الاتحادي الصادر سنة 1951 والذي أوكل اختصاص رقابة دستورية القوانين إلى المحكمة العليا الاتحادية وفقاً لما جاء في الفصل الثامن منه وتحديد المواد المتعلقة بالمحكمة العليا الاتحادية وهي المواد 143 وما بعدها حتى المادة 158 ويتبين من المادتين 152 و153 أن رقابة المحكمة العليا لدستورية القوانين رقابة سابقة لسن القوانين ورقابة لاحقة، و بناءً على هذا الأساس حدد وعلى سبيل الحصر قانون المحكمة الاتحادية العليا الذي صدر في 10 نوفمبر 1953 تفصيل هذه الرقابة في المواد 14 و 2/15، 3 و 16 و حدد طرق اتصال المحكمة العليا بالطعون المتعلقة بالمسائل الدستورية بإحدى وسيلتين: إما بالدعوى الأصلية أمام المحكمة العليا أو بالدفع الفرعي بعدم الدستورية أمام المحاكم الأدنى درجة، كما صدر المرسوم بشأن اللائحة الداخلية للمحكمة العليا الاتحادية في 10 يناير 1954 وبين الإجراءات الخاصة برفع الطعون الدستورية ونظرها بموجب المادتين 13 و 14 منه.

<sup>47</sup> Dominique Chagollaud de Sabouret, *OP*, page 69-68



وقد مارست محكمتنا العليا هذه الرقابة عملاً بنص المادة 16 من قانون تأسيسها الصادر عام 1953م والتي تقرر: "يجوز لكل ذي مصلحة شخصية مباشرة الطعن أمام المحكمة العليا في أي تشريع أو إجراء أو عمل يكون مخالفاً للدستور" والذي بموجبه كانت الرقابة بدعوي أصلية يرفعها صاحب الشأن، أي أنها دعوى مبتدأه من صاحب المصلحة يهاجم بها القانون المخالف للدستور دون وساطة من المحاكم العادية، وهذا الحق يملكه أي فرد أو هيئة أي أنه لم يكن مقصوراً علي جهة أو جهات معينة بذاتها، وقد توسعت المحكمة العليا من خلال ما أصدرته من أحكام في مفهوم المصلحة، حيث لم تشترط لقبول الدعوى الدستورية أمامها أن تكون المصلحة حالة بل قررت بأنه يكفي أن تكون محتملة ولو تحققت هذه المصلحة الحالة أو المحتملة يوم رفع الدعوى. ووفقاً للرأي الراجح أن طبيعة رقابة المحكمة العليا في ليبيا في ظل ذلك الدستور كانت رقابة إلغاء، استناداً علي الظروف التاريخية وقت صدور القانون وشكل النظام الاتحادي في ليبيا، والأخذ بأسلوب الالتجاء إلي المحكمة بدعوي أصلية يقطع بأن إرادة المشرع انصرفت إلي منح المحكمة سلطة الإلغاء، علي أن محكمتنا العليا آنذاك قد انتصرت لهذا الاتجاه الأخير وحسمت المسألة بقولها: "... وما تقررره المحكمة من عدم دستورية النص المثار لا تتأثر به القوانين التي أقرها المجلس النيابي الذي جري انتخابه في ظل ذلك القانون عملاً بقاعدة الوجود الفعلي للقوانين، اللهم القوانين التي تتعارض مع نصوص بيانات مجلس قيادة الثورة..." حيث قضت المحكمة ببطلان نص المادة 40 من المرسوم بقانون رقم 16 لسنة 1964م لعدم دستوريته واعتبرت النص لاغياً. كما أكدت على ذات الاتجاه في حكم لها بتاريخ 14 يونيو في الطعن الدستوري رقم 14/1ق والذي حكمت فيه بعدم دستورية المادة الرابعة من المرسوم بقانون الخاص بتعديل بعض أحكام قانون القضاء الصادر في 27 يوليو 1967.



والمنشور بالجريدة الرسمية بالتاريخ نفسه وإلغاء ما ترتب عليها من آثار وألزمت المطعون ضدهما بالمصروفات.<sup>48</sup>

وقد استمر اختصاصها هذا قائماً حتي عقب إلغاء الدستور بموجب أحكام الإعلان الدستوري الصادر في 1969.12.11 وذلك في المادة 17، وإن كانت هذه الرقابة مارسها المحكمة بشكل منقوص بحكم ما ورد من تحصين للأعمال والإجراءات والتصرفات الصادرة عن مجلس قيادة الثورة واللازمة فقط لحماية أمن الثورة عملاً بنص المادة 18 من الإعلان الدستوري، بما يعني ووفقاً لهذا النص الدستوري استمرت الرقابة على الدستورية من قبل المحكمة العليا خارج نطاق التحصين .

وفي 25 مايو 1982 صدر القانون رقم 6 لسنة 1982 بإعادة تنظيم المحكمة العليا الذي جرد المحكمة العليا من سلطة رقابة دستورية القوانين من خلال إعادة تنظيم اختصاصات هذه المحكمة في المادة 23 منه وحددها على سبيل الحصر ولم يجعل من بين هذه الاختصاصات الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين، ثم نص صراحة في المادة 56 على إلغاء قانون المحكمة العليا لسنة 1953 واللائحة الداخلية للمحكمة وكل حكم يخالف أحكام هذا القانون. وبسبب هذا القانون غابت الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ليبيا مع ما يعنيه ذلك من إهدار لآلية الرقابة على دستورية القوانين وما تمثله من ضمانة كبرى للشرعية القانونية ولما كان هذا القانون قد بين اختصاصات المحكمة العليا في الباب الرابع منه وحددها على سبيل الحصر وليس من بينها سلطة الفصل في الطعون والمسائل الدستورية فلم يعد هناك نص تعتمد عليه لاختصاصاتها بالفصل في هذه المسائل. وقد أكدت على ذلك المحكمة بقولها (.. أن المشرع الليبي قد حدد اختصاص المحكمة العليا على نحو ما سبق بيانه ولم يحل هذا الاختصاص الى محكمة أخرى ولم ينشئ محكمة جديدة تختص بالفصل في

<sup>48</sup> منشور في مجلة المحكمة العليا السنة 7، العدد الأول، أكتوبر 1970، ص 26



دستورية أو شرعية القوانين... وحيث أنه وبناءً على جميع ما تقدم بالفصل في الدفع بعدم دستورية المادة 40 من قانون الجرائم الاقتصادية وإعادة القضية الى المحكمة المُحالَة منها لاستئناف السير فيها).<sup>49</sup>

ولا شك في أن هذا الحكم قد شكل سقطة تشريعية كان لها الأثر السيئ على العملية التشريعية ككل، إلا أن المحكمة العليا وإن عجزت عن ممارسة رقابة الإلغاء بحكم التعديل التشريعي إلا أنها وفي مرحلة تالية اعترفت لنفسها بولاية ممارسة رقابة الامتناع عن تطبيق النص المعيب وقد قررت في حكمها الصادر في الطعن المدني رقم 3 / 36 ق الصادر بجلسة 1990.12.2 م (.. إن المشرع وإن نزع من المحكمة العليا اختصاصها في الرقابة علي دستورية القوانين بالقانون رقم 6 لسنة 1982 م إلا أنه لم يمنع القاضي من النظر في الدفع بعدم صحة تشريع معين في الدعوى الماثلة أمامه إذا تعارض مع تشريع آخر انطلاقاً من وظيفته الأصلية في تفسير القانون وليس له في هذه الحالة أن يوقف النظر في الدعوى انتظارا لتشريع ثالث يزيل التعارض بينهما، لأن وقف الدعوى في مثل هذه الحالة يُعد امتناعاً عن الفصل فيها، وهو ما يحرمه المشرع علي القاضي).<sup>50</sup>

واستمر الوضع على هذا الحال حتى المشرع الليبي تدارك هذا الخلل في مرحلة لاحقة وذلك بمقتضى القانون رقم 17 لسنة 1423 الموافق لسنة 1994 والذي عدلت بموجبه المادة 23 من القانون رقم 6 لسنة 1982 بحيث أصبحت تنص بعد التعديل على أن تختص المحكمة العليا دون غيرها منعقدة بدوائرها المجتمعة برئاسة رئيسها أو من يقوم مقامه بالفصل في المسائل الآتية::

أولاً- الطعون التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية مباشرة في أي تشريع يكون مخالفاً للدستور. وقد ثار التساؤل عما إذا كانت المصلحة المحتملة تكفي لصفة الطاعن طالما أن

<sup>49</sup> طعن دستوري منشور في مجلة المحكمة العليا السنة 19 ، العدد الثاني، يناير 1983، ص 14

<sup>50</sup> منشور في مجلة المحكمة العليا، السنة 25، العددان الأول والثاني، أكتوبر 1988-1989 ص 146

النص لم يشترط أن تكون المصلحة حالة، وطبقاً لمبادئ المحكمة العليا التي توسعت في تقدير المصلحة بالقول (والمصلحة... لا يلزم أن تكون حالة بل يكفي أن تكون محتملة... ويكفي أن تتحقق هذه المصلحة حالة أو محتملة في يوم رفع الدعوى)..

ثانياً – أية مسألة قانونية جوهرية تتعلق بالدستور أو بتفسيره تثار في قضية منظورة أمام أية محكمة... إلا أن المحكمة العليا لم تتمكن من ممارسة هذا الاختصاص بمجرد صدور هذا القانون تأسيساً على أن المادة 51 المعدلة بموجبه أيضاً نصت في فقرتها الثالثة على أن تتولى الجمعية العمومية للمحكمة وضع لائحة داخلية للمحكمة تتضمن بوجه خاص بيان القواعد والإجراءات الخاصة برفع الطعون الدستورية ونظرها وتحديد المصروفات والرسوم القضائية على الطعون والطلبات التي تقدم إليها. وقد قيد القانون ممارسة المحكمة لاختصاصاتها بصدور هذه اللائحة، إلا أنه ولأسباب إجرائية تراخى إصدار اللائحة المذكورة لمدة تزيد على عشر سنوات إلى أن صدر قرار الجمعية العمومية للمحكمة العليا رقم 1372/283 بإقرار اللائحة الداخلية للمحكمة العليا بتاريخ 2004/6/28 وبصدور هذا اللائحة عادت المحكمة العليا لمباشرة اختصاص الرقابة على دستورية القوانين، وقد بينت في أسباب حكمها في قضية الطعن الدستوري رقم 46/1 ق طريقتي اتصالها بالدعوى الدستورية، الطريقة الأولى المتمثلة في الدعوى المباشرة التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية مباشرة في أي تشريع مخالف للدستور، والثانية المتمثلة في الدفع الجدي في مسألة جوهرية تتعلق بالدستور أو بتفسيره في قضية أمام إحدى جهات القضاء. وانتهت إلى القول بأنها (بغير هاتين الوسيلتين لا تقبل الدعوى الدستورية ولا يجوز تحريك اختصاصها بنظرها)

وفي مرحلة تالية وطبقاً لقرار الجمعية العمومية للمحكمة العليا لجلستها المنعقدة بتاريخ 1373/6/23 و.ر 2005 ف رقم 285 قررت تعديل الفقرة الأولى من المادة (19) من لائحته، بحيث لم يعد من صلاحيات المحكمة التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية إحالة

ملف القضية إلى المحكمة العليا بعد قرارها بوقف السير في الدعوى، خلافاً للمنهج السابق، وبذلك لم يعد النظر في المسائل الدستورية جائزاً عن طريق الدفع أو أصبح محصوراً عن طريق الدعوى فقط، غير أن المحكمة التي أثير أمامها الدفع يتوجب عليها تأجيل نظر الدعوى لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وعلى صاحب المصلحة أن يرفع الدعوى الدستورية، فإذا لم ترفع خلال هذه المدة تعد المسألة كأن لم تكن.

وبذلك تكون لائحة المحكمة العليا قد عدلت ضمناً المادة 23 من القانون رقم 1982/6 وهو أمر غير جائز طبقاً للمبادئ التي تحكم التشريع اللائحي، الأمر الذي لا نجد له تفسيراً في وجهة نظرنا إلا محاولة من الجمعية العمومية للمحكمة العليا الحد من نطاق اختصاصها، ولعل ما يفسر هذا الرأي ويسنده هو تباطؤ الجمعية العمومية للمحكمة في إصدارها لائحته أكثر من عشر سنوات.<sup>51</sup>



<sup>51</sup> ذهب إلى ذلك الأستاذ محمد سالم دراه ونويده في هذا الرأي، الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا، بحث منشور على شبكة الإنترنت

## المبحث الثاني

## حكم المحكمة بين واقع السياسة والقانون

في الوقت الذي نقر فيه مع كل الفقه الدستوري على سمو القواعد الدستورية في البلاد وعلوية نصوصها على غيرها من القواعد الأخرى داخل الدولة بل وتقييدها للمشرع العادي في ممارسة وظيفته التقليدية إلا أنه يجب أن لا يغفل علينا مدى تعلق الولاية الدستورية للمحكمة واختصاصها بنظر دستورية القوانين بالمشهد السياسي في البلاد، إذ يرتبط تطبيق النص الدستوري ارتباطاً وثيقاً بما يدور في البلاد من أحداث سياسية وما تتعرض له البلاد من أزمات تؤثر على أمنها أو سلامة أراضيها، وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم لها بتاريخ 12 فبراير 1994 بقولها (... يرجع تقدير اثر عدم مراعاة الشكل على دستورية التشريع أو التصرف إلى تقدير القضاء بمعيار المصلحة العليا ( مصلحة الدول ) ولا يرد على مبدأ سمو الدستور إلا مبدأ الضرورة واصله قاعدة رومانية قديمة تقول إن ( سلامة الدولة فوق القانون ) ومفادها أن المبادئ الدستورية شرعت للظروف الاعتيادية الطبيعية فإذا تعرضت الدولة لخطر جسيم أو ظروف استثنائية كحرب داخلية أو خارجية فيمكن وفق شروط وقيود قانونية اتخاذ تدابير استثنائية ولو خرج ذلك على بعض القواعد الدستورية، حرصاً على سلامة الدولة ويخضع كل ذلك لرقابة السلطة التشريعية والقضاء لبيان مدى ضرورة الإجراء المتخذ.

ولما كان ما تقدم ..... يتضح أن الدستور مهما علا وسما فإن قواعده منها جوهرية ومنها غير جوهرية، لا يمكن تجاوز الأولى ويمكن تجاوز الثانية بمعيار المصلحة العامة وفي الظروف الاعتيادية الطبيعية ويرجع ذلك إلى تقدير القضاء أما إذا كان التصرف يتعلق بسلامة الدولة، فإن قواعده يجوز تعطيلها جزئياً أو كلياً على الرغم من كونها امرة).

لعل كل هذه المعطيات كانت الأسباب الحقيقية وراء اختيارنا للبحث في هذا الموضوع للرد على عدد من التساؤلات التي أثارها حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الليبية في حكمها في الطعن رقم 17/611 ق بتاريخ 2014، الذي أثار كثير من اللغط والجدل حول ولاية المحكمة بالنظر في هكذا طعن من ناحية ومن ناحية أخرى ما ترتب على هذا الحكم من نتائج وخيمة أدخلت البلد في نفق لا ثمة نور في نهايته.

وفي ظل كل هذه المعطيات نحاول فيما يلي أن نتناول حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا وتداعياته السياسية والدستورية بالتحليل والتعليق، مقسمين دراستنا في مطلبين:

المطلب الأول: أسباب الأزمة سياسياً ودستورياً

المطلب الثاني: تداعيات الحكم السياسية والدستورية والقانونية

### المطلب الأول

#### أسباب الأزمة سياسياً وقانونياً

إذا أردنا تتبع الوضع الدستوري في ليبيا يمكننا القول إنه وبعد دستور الاستقلال الصادر في 7 أكتوبر 1951 لم تعرف ليبيا وثيقة دستورية متكاملة تحت اسم دستور حتى يومنا هذا، إذ المتتبع للشأن الدستوري في ليبيا لا يجد إلا مجموعة من الوثائق الدستورية والتي يمكن إعطاؤها القيمة الدستورية بالنظر إلى طبيعة الموضوعات التي تناولتها أكثر من طبيعة السلطة التي أصدرتها. فبعد انقلاب سبتمبر في 1969 أصدر ما يُعرف بمجلس قيادة الثورة في ذلك الوقت إعلاناً دستورياً لتنظيم السلطة السياسية في مرحلة ما بعد سقوط الحكم الملكي والذي تعهد مجلس قيادة الثورة وفي المادة 37 منه على أن ( يبقى هذا الاعلان الدستوري نافذا حتى يتم إصدار الدستور الدائم. ولا يعدل إلا بإعلان دستوري آخر من مجلس قيادة الثورة اذا رأى ذلك ضرورياً وفق مصلحة الثورة. ينشر هذا الإعلان في الجريدة الرسمية، مجلس قيادة



الثورة صدر بتاريخ 2 شوال 1389 الموافق 11 ديسمبر 1969). وقد استمر هذا الإعلان بالفعل كمصدر للمشروعية الدستورية في البلاد، ولم يصدر الدستور الدائم حتى هذه اللحظة، هذا مع الإشارة إلى الإعلان عن قيام سلطة الشعب في 1977 وبعض الوثائق ذات الطبيعة الدستورية كالوثيقة الخضراء لحقوق الانسان في 1988 والقانون رقم 20 بشأن تعزيز الحرية في 1991، إذ أن القذافي كان حريصاً على أن لا تُدار البلاد بواسطة قواعد دستورية واضحة المعالم تحدد سلطات البلاد وصلاحياتها وكيفية عملها، مستبدلاً ذلك بمجموعة من الوثائق أو القوانين الأساسية كل ما دعت الحاجة لذلك ولمدة جاوزت الأربعة عقود ولحين سقوط نظام حكمه بثورة فبراير 2011 والتي صدر عن المجلس الوطني الانتقالي والذي تشكل منذ الأيام الأولى إعلاناً دستورياً لتنظيم المرحلة الانتقالية وكيفية التداول السلمي للسلطة خلال هذه المرحلة تمهيداً لصدور الدستور الدائم للبلاد.

ولن نخوض في المراحل الدستورية السابقة على ثورة فبراير إلا بالقدر اللازم لعدم لاتصالها بشكل مباشر بموضوع بحثنا هذا مركزين دراستنا على الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي في 2011 باعتبار أن الإشكالية الدستورية التي يتناولها بحثنا هذا تتعلق به بشكل مباشر.

صدر الإعلان الدستوري في 8 أغسطس 2011، مكوناً من ديباجية و 37 مادة عن المجلس الانتقالي، وهو أعلى سلطة في الدولة الليبية، وفقاً للقرار رقم 12 لسنة 2011 بشأن إلغاء ما يُسمى سلطة الشعب ومؤسساته، الذي ألغى ما يُسمى بسلطة الشعب وحل جميع المؤتمرات واللجان والهيكل والمُسميات والمناصب المبنية عليه، وأيلولة صلاحيات واختصاصات هذه المسميات إلى المجلس الوطني الانتقالي ومكتبه التنفيذي في ذلك الوقت.

وبإلقاء نظرة تحليلية على هذا الإعلان يمكننا القول إنه ابتداءً بديباجة حدد فيها أهداف ثورة 17 فبراير في تحقيق الديمقراطية وإرساء مبادئ التعددية السياسية ودولة المؤسسات،

من أجل الوصول إلى مجتمع العدالة والطمأنينة والاستقرار، وكفالة العلم والثقافة، وتحقيق الرفاهية الصحية، بما في ذلك تنشئة الأجيال الصاعدة على الروح الإسلامية وحب الخير والوطن، للوصول إلى مجتمع المواطنة والعدالة والمساواة والازدهار والتقدم والرخاء وعدم العودة إلى الظلم والاستبداد والطغيان وحكم الفرد.

ثم وفي بابه الأول حرص الإعلان الدستوري على إرساء عموميات لازمة لتحديد ملامح ليبيا الجديدة بعد سقوط القذافي، فحددت المادة الأولى عاصمة البلاد، وجعلت من الشريعة الإسلامية مصدراً رئيساً للتشريع، كما حددت اللغة الرسمية للبلاد، مع تأكيد ضمان الحقوق اللغوية والثقافية لكل الأقليات الأخرى في الدولة الليبية.

وقد أحالت المادة الثالثة إلى القانون تحديد شعار الدولة ونشيدها الوطني. وقد اعتمدت المادة الرابعة علم الاستقلال، وهو أيضاً أول علم للمملكة الليبية المتحدة، كما أكدت المادة نفسها أن الدولة ستعمل على إقامة نظام سياسي مبني على التعددية السياسية والحزبية، وهي الأدوات اللازمة للديمقراطية، والتي كان الوصول إليها من أهم أهداف ثورة 17 فبراير، بعد أن عانى الشعب الليبي من حكم الفرد طوال 42 سنة.

بينما اهتمت المادتان الخامسة والسادسة بالأسرة كركن أساسي للمجتمع، ونصت على واجب الدولة في حمايتها وكفالة الأمومة والطفولة والشيخوخة، كما أكدت على المساواة بين الليبيين أمام القانون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وتكافؤ الفرص وفي ما عليهم من واجبات ومسؤوليات.

أما الباب الثاني من الإعلان والذي يشمل المواد من 7-16 بعنوان (الحقوق والحريات العامة)، فقد ركز على تنظيم الحقوق والحريات المكفولة للمواطن الليبي بمقتضى هذه الوثيقة، والتي يقع على الدولة بالتالي واجب ضمان توفرها وحمايتها. من ناحية أخرى نصت المادة التاسعة على واجب المواطن الليبي في الدفاع عن الوطن والحفاظ على الوحدة الوطنية وعدم

المساس بالنظام المدني الدستوري الديمقراطي، والتمسك بالقيم المدنية ومكافحة النعرات الجهوية والعشائرية والعصبية القبلية.

بينما ركز الباب الثالث من الإعلان الدستوري الذي بعنوان (نظام الحكم خلال المرحلة الانتقالية) على تنظيم كيفية تنظيم السلطة السياسية في المرحلة الانتقالية والتداول السلمي للسلطة وذلك في المواد من 17-30 ولن نتناول هنا كل المواد بالتفصيل، بل سنركز فقط على تلك التي تهمنا وذات العلاقة بموضوع البحث.

ما يهمننا في هذا الصدد بالدرجة الأولى المادة 17، التي جعلت من المجلس الانتقالي (وهي السلطة التي وضعت الإعلان الدستوري) أعلى سلطة في البلاد، وأنطقت به مباشرة أعمال السيادة العليا وأعمال التشريع ووضع السياسة العامة للبلاد، كما أكدت أنه الممثل الشرعي الوحيد للشعب الليبي، وأنه استمد شرعيته من ثورة 17 فبراير، كما ألقت على عاتقه واجب ضمان الوحدة الوطنية وسلامة التراب الوطني وسلامة المواطنين، إضافة إلى كونه المختص بالمصادقة على المعاهدات الدولية.

بهذه المهام يمكن القول إن المجلس الوطني الانتقالي يعد بمثابة سلطة تشريعية، يمارس المهام ذاتها التي تمارسها أي سلطة تشريعية بالمعنى التقليدي.

ولقد أعطت المادة 24 المجلس الوطني الانتقالي صلاحية تعيين مكتب تنفيذي هو بمثابة حكومة أزمة مؤقتة، يتكون من رئيس وعدد كاف من الأعضاء، وذلك لتسيير القطاعات المختلفة في البلاد. ويختص، وفقاً للمادة 26 من الإعلان، بتنفيذ السياسة العامة التي يرسمها المجلس الوطني الانتقالي، وله صلاحية إصدار اللوائح التنفيذية للقوانين التي يصدرها المجلس الانتقالي، وكذلك تقديم مشروعات القوانين التي تُعرض على المجلس الانتقالي للنظر فيها واتخاذ ما يراه مناسباً بشأنها.

وهنا يمكن القول إن المجلس الانتقالي، بحكم طريقة تشكيله؛ إذ إنه لم يأت بالانتخاب، وإنما بالتوافق، ووعياً منه بطبيعة وظروف المرحلة الانتقالية، لم يمارس الوظيفة التشريعية إلا بحذر، فلم يُسرف في إصدار التشريعات أو في تعديل التشريعات القائمة، واقتصرت ممارسته الوظيفة التشريعية على إصدار التشريعات التي تتطلبها المرحلة الانتقالية، ومقتضيات التداول السلمي على السلطة.

وقد تم تخصيص المادة 30 من الإعلان الدستوري لتوصيف المرحلة الانتقالية، ووضع خارطة طريق محددة المدة والاستحقاقات الدستورية. تبدأ المرحلة الأولى بعد إعلان التحرير وانتقال المجلس الانتقالي إلى طرابلس وتشكيل حكومة انتقالية، خلال مدة أقصاها 30 يوماً. ونصت المادة على أن على المجلس، خلال 90 يوماً، أن ينجز المهام التالية:

1. إصدار قانون انتخاب المؤتمر الوطني.
  2. تشكيل المفوضية الوطنية العليا للانتخابات.
  3. الدعوة إلى انتخاب المؤتمر الوطني.
- كما قررت المادة 30 أن يُحل المجلس الانتقالي في أول جلسة انعقاد للمؤتمر الوطني (الجسم المنتخب) الذي بدوره عليه وفي مدة لا تتجاوز 30 يوم من أول اجتماع له أن يقوم بما يلي:

1. تعيين رئيس وزراء يقترح أسماء أعضاء حكومته، على أن يحضوا بثقة المؤتمر الوطني.
2. اختيار هيئة تأسيسية لصياغة مشروع الدستور، على أن تنتهي من تقديم الدستور في مدة لا تتجاوز 60 يوماً من انعقاد اجتماعها الأول، كما نصت هذه المادة على عرض مشروع الدستور للاستفتاء عليه بنعم أو لا، خلال 30 يوماً من تاريخ اعتماده، وأن تصادق عليه الهيئة التأسيسية على اعتباره دستوراً للبلاد، وتعيده للمؤتمر الوطني لاعتماده.

نشير أيضاً إلى المادة 32 التي أرست مبدأ استقلال السلطة القضائية وحظر إنشاء المحاكم الاستثنائية.

وأخيراً أكدت المادة 34 إلغاء كل الوثائق والقوانين ذات الطبيعة الدستورية المعمول بها قبل العمل بهذا الإعلان، واستمرار العمل بكل التشريعات العادية السابقة، في ما لا يتعارض مع أحكام هذا الإعلان، إلى أن تلغىها أو تعدلها السلطة التشريعية المنتخبة. من هذا التحليل يمكن أن نستنتج أن المجلس الوطني الانتقالي هو سلطة واقعية تأسيسية مؤقتة، فرضتها ثورة 17 فبراير، واستمد شرعيته منها، وقد أناط به ظرف الواقع أولاً والإعلان الدستوري ثانياً مهمة تأسيس المرحلة الانتقالية التي تلت سقوط القذافي ولحين صدور الدستور الدائم للبلاد، وذلك نتيجة لغياب أية مرجعية دستورية يمكن أن تعالج الظروف الطارئة. وفي هذه الجزئية يمكن القول أن التجربة الليبية قد اختلفت عن التجربة المصرية والتونسية، إذ غياب وثيقة دستورية واضحة المعالم كما هو الحال في تونس ومصر قد زاد من إرباك المشهد القانوني والدستوري في ليبيا، فقد وجد المجلس الانتقالي نفسه في فراغاً دستورياً عليه أن يملأه، بينما اكتفتا الجارتان مصر وتونس بتعديل دساتيرهما القائمة والتي كانت كفيلة وإلى حد كبير بضبط الحياة سياسياً ومؤسساتياً لحين إصدار دساتيرها الجديدة. وللرد على الاتجاه الذي عاب على المجلس الوطني الانتقالي عدم الرجوع لدستور الاستقلال الصادر في 1951 وعدم اعتماده لإدارة البلاد، يمكن القول هنا بأن المجلس الانتقالي وعند مناقشته لهذا الموضوع وجد نفسه غير مخولاً بذلك لسببين:

الأول: القصور الذي شاب شرعيته القانونية والدستورية والناجئة لطريقة تشكله، فهو سلطة أمر واقع لم تأت بالانتخاب وبالتالي لم يكن مُعبراً عن الإرادة العامة للشعب الليبي كي يحدد له نظام الحكم لمرحلة بعد سقوط القذافي ورأى ترك ذلك للمؤتمر الوطني كجسم منتخب من الشعب ويمثل الإرادة العامة لكل الليبيين الذين قاموا باختيار أعضائه بطريق حر ومباشر.

ثانياً: استحالة إجراء استفتاء عام حول الرجوع لدستور الاستقلال واعتماده دستوراً لإدارة المرحلة في تلك الفترة- 2011 تاريخ صدور الإعلان الدستوري- إذ لن يتمكن مواطنو المدن المسيطر عليها النظام السابق من المشاركة في هذا الاستفتاء هذا من ناحية ومن ناحية أخرى التخوف من أن يستغل القذافي ذلك سياسياً ويعتبره بمثابة تقسيم للبلاد بإقصاء تلك الرقعة الواسعة عن المشاركة في تقرير مصيرها ومستقبلها السياسي.

وبالإعلان الدستوري مارس المجلس الانتقالي الوظيفة التشريعية والتأسيسية، فأصدر التشريعات اللازمة لإدارة المرحلة الانتقالية، ووضع خارطة طريق الانتقال الديمقراطي للسلطة كما هو واضح من المادة 30.

وأياً ما كانت الطريقة التي تصدر بها القاعدة الدستورية فإن الفقه الدستوري يطلق عليها اسم السلطة التأسيسية، ويصفها بأنها تلك السلطة التي (لا تنظمها نصوص خاصة، ولا تتلقى اختصاصاً من نصوص موجودة؛ إذ هي تتدخل في وقت لا يكون بالدولة نصوص دستورية قائمة، وتقوم في هذه الحالة بوضع القواعد الدستورية داخل الدولة.

وكما سبق وأن أسلفنا فإن السلطة التأسيسية تتدخل في حالتين: الأولى حالة ميلاد دولة جديدة، أو عند حصولها على استقلالها، وفي مثل هذه الحالة يصبح تدخل السلطة التأسيسية الأصلية أمراً واجباً. والثانية عند انهيار النظام السياسي القائم، إثر ثورة أو انقلاب، وفي هذه الحالة تظهر السلطة التأسيسية لوضع القواعد الدستورية للبلاد، سواء بشكل مؤقت، كما هو الحال في الإعلانات الدستورية المؤقتة، التي تنظم المراحل الانتقالية، أو بشكل دائم بعد انتهاء المرحلة الانتقالية ووضع الدستور الدائم للبلاد.

ولا شك في أن هذه الخصائص قد توفرت في المجلس الانتقالي، فهو سلطة أمر واقع جمعت بين الصفة التأسيسية والتشريعية التي اكتسبتها بحكم ظرف الواقع، وهو ثورة 17 فبراير، نشأ دون نصوص تنظمه وتحدد اختصاصاته وصلاحياته التي أستمده شرعيته من

الدعم الشعبي له والذي تم تتويجه بالاعتراف الدولي في مرحلة لاحقة، ثم بعد ذلك جاء الإعلان الدستوري ليكشف عن هذه الخاصية لا لينشئها.

ويتضح لنا هذا جلياً من المادة 17 التي جعلت المجلس الوطني الانتقالي أعلى سلطة في البلاد، ونصت على أنه المختص بمباشرة أعمال السيادة العليا والتشريع. ويقصد بأعمال السيادة العليا في هذا الصدد إصدار الوثائق الدستورية، إلى جانب ممارسة الوظيفة التشريعية المتمثلة في إصدار القوانين العادية.

وبالرجوع إلى الإعلان الدستوري نجد أن المادة 36 منه قد نصت على أنه (لا يجوز إلغاء أو تعديل أي حكم وارد بهذه الوثيقة إلا بحكم آخر صادر عن المجلس الوطني الانتقالي المؤقت، وبأغلبية ثلثي أعضاء المجلس). ويتضح لنا جلياً من هذا النص توفر أهم الفروق بين القاعدة الدستورية والقاعدة التشريعية العادية، المتمثلة في تشديد إجراءات التعديل؛ تلك الخاصية التي لا تتمتع بها إلا القواعد ذات الطبيعة الدستورية. ولعل هذا التشديد هو من الأمور التي يحرص واضعو الدساتير عليها، وذلك لتحقيق فكرة سمو القاعدة الدستورية على القاعدة التشريعية العادية.

ونستنتج من هذا العرض أن الإعلان الدستوري، وإن لم يرق إلى مرتبة الدستور بالمعنى الفني أو الاصطلاحي، لاختلاف أسلوب والهدف من وضعه إلا إنه لا يمكن بأي حال من الأحوال مساواة قواعده بالقواعد التشريعية العادية وبالتالي تتمتع قواعده بذات الطبيعة الدستورية وما يترتب على ذلك من نتائج شأنه في ذلك شأن الإعلانات الدستورية في النظم المقارنة والتي تصدر في فترات انتقالية لتنظيم الشؤون السياسية والتداول السلمي للسلطة في المراحل الانتقالية.

ولا يمكننا بأي شكل من الأشكال الاتفاق مع الرأي الذي يعتبر الإعلان الدستوري بمثابة تعهد فقط- من أعضاء المجلس الوطني الانتقالي بإتباع إجراءات قانونية في فترات

زمنية محددة أثناء المرحلة الانتقالية تأسيساً على أن الاعلان الدستوري صادر من المجلس الوطني الانتقالي وهو السلطة السيادية والقانونية غير المقيدة لكونه شكل بموجب الضرورة بفعل الثورة، تعهد فيه بإتباع إجراءات قانونية في فترات زمنية محددة أثناء المرحلة الانتقالية، والتزم بتنفيذ بما ورد فيه بإرادته المنفردة، وبمجموع الفترات الزمنية المحدد المبينة بنصوص الإعلان الدستوري نجد ان الاعلان الدستوري ينتهي من تلقاء نفسه وبنصوصه بتاريخ 2014/2/7م ولا يجوز تمديده لأنه تعهد ومقيد بمدد زمنية محددة منذ صدوره من المجلس الانتقالي.<sup>52</sup>

وبإمعان النظر في نصوص الإعلان الدستوري يمكن القول إن المؤتمر الوطني هو سلطة انتقالية مؤقتة استثنائية منتخبة وجدت لتحل محل السلطة الانتقالية السابقة غير المنتخبة أي لتحل محل المجلس الوطني وتحليل هذه النصوص نجد أنها قد قامت بتحديد استحقاقات دستورية مرتبطة بمدد معينة على المؤتمر الوطني الذي حل محل المجلس الانتقالي القيام بها، وباحتساب هذه المدد نجد أن عمر المؤتمر الوطني ما يُقارب 18 شهراً أي أن شرعيته تنتهي في 7 فبراير 2014.

وبالفعل أدار المجلس الوطني الانتقالي المرحلة الانتقالية الأولى والتي تلت سقوط منظومة القذافي وأشرف على إنجاز أول انتخابات شهدتها البلاد في تاريخها السياسي والدستوري وسلم السلطة سلمياً لخلفه المؤتمر الوطني الذي حل محله في قيادة الدولة الليبية وممارسة كل الصلاحيات المنصوص عليها في الإعلان الدستوري لتبدأ المرحلة الانتقالية الثانية في عمر الثورة الليبية بقيادة المؤتمر الوطني.

<sup>52</sup> جمعة مصباح الشكري، دراسة تحليلية بين الواقع والقانون للتعديل الدستوري السادس والسابع و ولادة لجنة فبراير سياسياً، ودستورية تعديلاتها والتعليق على الحكم الأخير في قضية الطعن رقم 611 / 17ق، منشور على النت.

وبظهور نتيجة الانتخابات قام المجلس الوطني الانتقالي بتسليم السلطة وبشكل سلمي

للمؤتمر الوطني

والذي سرعان ما انقسم على نفسه سياسياً وظهر ذلك واضحاً ومنذ أيامه الأولى وأصبح ساحة للنزاعات السياسية والأيدولوجية بالدرجة التي جعلت من الأمم المتحدة تصف في تقرير فريق الخبراء التابع لمجلس الأمن ما يحدث فيه (صراع يتجاوز التنافس السياسي)، الأمر الذي جعله عاجزاً تماماً عن إنجاز الاستحقاقات الدستورية التي أنتخب من أجلها وإنهاء المهام المنوطة به والتي حددها الإعلان الدستوري في المدد المحددة والمربوطة بكل استحقاق وبعد أن قاربت مدته على الانتهاء ظهرت نيته واضحة جلية في خرق الإعلان الدستوري والتمديد لنفسه خارج النص الدستوري والذي يمنعه من ذلك بحجة أن عمر المؤتمر لا ينتهي بانتهاء المدد الزمنية المذكور وإنما بانتهاء الاستحقاقات المكلف بها والمشار إليها سالفاً على الرغم من أن نصوص الاعلان واضحة وجليّة وقاطعة الدلالة ولا تحتاج إلى تأويل أو تفسير، إنما هو خرق واضح وصريح لنصوص الإعلان الدستوري.

الأمر الذي ترتب عليه مواجهات بين مكونات المؤتمر ( الكتل والأحزاب) بالإضافة إلى أن مجموع كبير من الشعب الليبي رفض التمديد وقامت المظاهرات السلمية في كل المدن الليبية ( حراك لا للتمديد ) مما دفع المؤتمر الى تشكيل لجنة خارطة طريق لاستكمال المرحلة الانتقالية، وبشرت اللجنة عملها، واستلمت عدة مبادرات مقدمة من مختلف التيارات السياسية والأحزاب والشخصيات السياسية والمجتمع المدني للبحث عن حل للنزاع بشأن انتهاء عمر المؤتمر بتاريخ 7 / 2 / 2014م من عدمه، تفادياً للفراغ المؤسسي.

انتهت مهمة لجنة خارطة الطريق، و قدمت خارطة توافقت عليها كل الكتل والأحزاب السياسية، داخل المؤتمر الوطني، تتضمن الآتي:- تشكيل لجنة ( لجنة فبراير ) من 15 عضو من المؤتمر الوطني وخارجه لإعداد وثيقة دستورية مؤقتة وقانون انتخابات لمرحلة



انتقالية ثالثة على أن يتم إقرار هذه الخارطة وإدراجها في الإعلان الدستوري في شهر فبراير ويتم في يوم 20 فبراير انتخاب الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور ، على أن تعقد أول جلساتها في شهر مارس القادم وبعد 4 أشهر في شهر مايو القادم ستقدم الهيئة التأسيسية تقريراً يتضمن سير عملها ومدى إمكانية تقديمها لمسودة الدستور في شهر أغسطس القادم ، فإذا كانت الإجابة بنعم يتم أعداد قانون الاستفتاء على الدستور في شهر أغسطس القادم وانتخاب السلطة الدائمة في شهر ديسمبر القادم ويتم التسليم من المؤتمر ، أما في حالة تعذر ذلك فيتم اعتماد وثيقة دستورية (مخرجات لجنة فبراير) في شهر مايو القادم والدخول في انتخابات مبكرة رئاسية وبرلمانية في شهر سبتمبر القادم وتبدأ المرحلة الانتقالية الثالثة ولمدة 18 شهر من شهر مارس 2014 على أن يسلم المؤتمر في شهر أكتوبر القادم، على ألا يتم تمديد المرحلة الانتقالية الثالثة إلا باستفتاء العام.

وقد تم إجراء التعديل الدستوري السادس لنص المادة 30 الفقرة 11 البند ج والفقرة 12 البند ب مفرغ به الاتفاق السياسي.

وبناءً على هذا التعديل يقوم المؤتمر الوطني العام بتشكيل لجنة خلال شهر فبراير 2014م، لإجراء تعديل دستوري يتضمن انتخابات رئاسية وبرلمانية، على أن تنتهي من عملها ويعتمد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تشكيلها، ويعد قانون الانتخابات بناء على هذا التعديل، ولا يكون نافذاً إلا بعد إجابة الهيئة التأسيسية في منتصف مدة عملها وفقاً لما سيرد لاحقاً في البند ب من الفقرة 12

وإن أجابت الهيئة التأسيسية بتعذر إعداد مشروع الدستور في المدة المحددة أعلاه يقوم المؤتمر الوطني العام بوضع التعديل الدستوري وقانون الانتخابات المشار إليهما في الفقرة 11 موضع التنفيذ في شهر مايو 2014م



وتنفيذاً للتعديل الدستوري السادس المذكور، وبتاريخ 12 / 2 / 2014. أصدر المؤتمر الوطني القرار رقم 12 لسنة 2014 القاضي بتشكيل لجنة فبراير بعدد (15 عضو) منهم عدد 6 من أعضاء المؤتمر، و9 من خارجه برئاسة الاستاذ الكوني عبودة، وباشرت عملها وقدمت تعديلات دستورية بعدد 57 مادة متعلقة بعمل السلطة التشريعية والتنفيذية في المرحلة الانتقالية، سلم إلى رئيس المؤتمر الوطني العام، والذي بدوره أحاله إلى اللجنة التشريعية للمؤتمر والتي وافقت عليها ماعدا المواد المتعلقة بانتخاب الرئيس الدولة المقرر انتخابه بإشراف المؤتمر الوطني وفقاً لثابت بمخرجات (ما سمي بمقترح) لجنة فبراير.

ولما كان الإعلان الدستوري لم يتنبأ بمرحلة انتقالية ثالثة<sup>53</sup>، ولضمان تنفيذ خارطة المتفق عليها، تم إدراجها بالتعديل الدستوري السادس على النحو الوارد بنص المادة 30 الفقرة 11 البند ج والفقرة 12 البند ب المذكور اعلاه بتاريخ 2014/2/3م والذي يعد تاريخ ولادة لجنة فبراير دستورياً، وقد تم التصويت عليه بعدد (146 صوت) من اصل (149 صوت) من أعضاء المؤتمر الحاضرين وتجدر الإشارة هنا إلى أن المؤتمر الوطني لم يضع أية قيود أو خطوط للجنة فبراير عليها مراعاتها أو عدم تخطيها في عملها اللهم إلا ما يتعلق بطريقة انتخاب رئيس وبرلمان بشكل مباشر لقيادة المرحلة الانتقالية الثالثة التي حدد التعديل عمرها بثمانية عشر شهراً.

ونستخلص من كل هذا أن خارطة الطريق المتفق عليها والمتضمنة للجنة فبراير، المعتمدة بالتعديل الدستوري السادس، اضحت جزءاً لا يتجزأ من الإعلان الدستوري ولا يجوز إلغاء تعديلاتها أو جزء منها إلا بموجب تعديل دستوري آخر وفقاً للشروط التي وضعها الإعلان الدستوري ذاته لتعديله.

<sup>53</sup> إذ لم يكن من المتصور عند وضع الإعلان الدستوري أن السلطة المنتخبة والتي استلمت السلطة سلمياً (المؤتمر الوطني) أن تستبد بالسلطة وترفض تسليمها سلمياً كما استلمتها من سلفها المجلس الوطني الانتقالي إذا ما أقصتها صناديق الاقتراع وأخرجتها من المشهد السياسي.



وفي الوقت الذي يعتبر جانباً من الفقه أن التعديل السادس هو في واقع الأمر ليس تعديل عادي لنصوص الإعلان الدستوري وإنما هو إعلان عن ولادة مرحلة انتقالية ثالثة غير منصوص عليها بالإعلان الدستوري، تم استحداثها بموجب اتفاق سياسي جديد تفادياً للفراغ المؤسسي بانتهاء شرعية المؤتمر الوطني بتاريخ 2014/2/7م وانتهاء الاعلان الدستوري ذاته والمحدد عمره بموجب المدد الزمنية المتعاقبة المبينة به، وحل محله الاتفاق السياسي (خارطة الطريق المتفق عليها) والمتفق على تسميتها بالتعديل الدستوري السادس (وبالتالي يذهب هذا الاتجاه إلى أن التعديل السادس ليس تعديلاً عادياً للإعلان الدستوري وإنما هو بمثابة إعلان دستوري جديد أنهى وحل محل الإعلان الدستوري المؤقت الصادر عن المجلس الانتقالي في أغسطس 2011، ويلزم الأطراف بتنفيذه في فترات زمنية محددة ولا علاقة له بالإعلان الدستوري السابق الصادر عن المجلس الانتقالي لانتهاء المدد الزمنية المحددة به بتاريخ 2014/2/7م، وبالتالي أي نزاع يحدث بين الأطراف ويحال إلى القضاء فإن المرجع للحكم في النزاع هو ما ورد بنصوص التعديل الدستوري السادس وخارطة الطريق المتفق عليها ولا علاقة للقضاء بتطبيق نصوص الاعلان الدستوري السابق المنتهي بتاريخ 2014/2/7م المنفصل عن التعديل السادس الذي بموجبه تم التمديد للمؤتمر وتكليفه بمهام جديدة بمدد محددة وبصفه جديدة.

أي أنه لولا الاتفاق السياسي المفرغ بالتعديل السادس لما كان للمؤتمر الوطني وجود بعد تاريخ 2014/2/7م لانتهاء شرعيته ولكن تفادياً للفراغ المؤسسي تم تكليف أعضاء المؤتمر بصفتهم قادة التيارات السياسية المتنازعة بتنفيذ ما ورد بالخارطة المفرغة بالتعديل الدستوري السادس ولا يحق له إجراء أي تعديل دستوري آخر استناداً إلى الاعلان الدستوري الصادر من المجلس الانتقالي لانتهائه بقوة نصوصه لكونه مقيد بمدد زمنية منذ صدوره.<sup>54</sup>

<sup>54</sup> لمزيد من التفصيل انظر جمعة مصباح الشكري ، المرجع السابق ، ص 20



إلا أننا لا نتفق مع هذا الاتجاه في قوله هذا تأسيساً على أن الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي في 2011 لم تقتصر نصوصه ودوره على تنظيم المرحلة الانتقالية من الناحية السياسية وكيفية تداول السلطة سلمياً فيها فقط وإنما ذهب إلى أبعد من ذلك بوضع ملامح للدولة الليبية بعد 17 فبراير اجتماعياً ومدنياً وحقوقياً وبالشكل الذي يجعلنا نقارنه بالإعلانات الدستورية في النظم المقارنة التي تصدر عادة بعد الثورات والانقلابات ولتنظيم الحياة لفترة مؤقتة ولحين صدور دستور دائم للبلاد يحمل وينظم رؤى وآمال الشعب، في الوقت الذي اكتفت فيه لجنة فبراير في مقترحها لتعديل الإعلان الدستوري والمقدم للمؤتمر الوطني بوضع تصور جديد لمرحلة انتقالية ثالثة تنتهي بانتخابات وتداول سلمي للسلطة هذه المرحلة الثالثة التي لم يتنبأ بها الإعلان الدستوري الصادر في 2011، الأمر الذي يجعل من مقترح فبراير تعديلاً للإعلان الدستوري وليس حلاً محلّه.

وقد تم إجراء التعديل السابع الفقرة 11 بتاريخ 11/3/2014م بالصيغة الآتية (يعمل بمقترح لجنة فبراير على أن يقوم مجلس النواب المنتخب بحسم مسألة انتخاب الرئيس المؤقت بنظام انتخاب مباشر أو غير مباشر خلال مدة لا تزيد عن 45 يوماً من عقد أول جلسة له)

هذا ويرى اتجاه في الفقه إلى أن كلمة (مقترح) غير واردة بالتعديل الدستوري السادس وأنه بقصد أو بغير قصد تم إدراج العبارة (يعمل بمقترح لجنة فبراير) على الرغم من أن لجنة فبراير لم تكلف بتقديم مقترح تعديل دستوري بل كلفت بإجراء تعديل دستوري يتضمن انتخابات رئاسية وبرلمانية الفقرة 11 البند (ج) وبذلك يتبين أن الصيغة قد أعدت بالطريقة مشبوهة لغرض في نفس يعقوب لأن وضع عبارة (يعمل بمقترح فبراير) بدلاً من (يعمل بتعديلات فبراير) يجعل عمل اللجنة فبراير غير ملزم ويحتاج إلى تعديل دستوري في حين أن مخرجات اللجنة فبراير ملزمة بقوة التعديل الدستوري السادس غير العادي وعلى الأطراف تنفيذها خلال شهر مايو 2014م - الفقرة 12 البند ب - لكونها ولدت لغرض حل النزاع

السياسي بموجب خارطة طريق تم الاتفاق عليه، وتنفيذ مخرجاتها لا يحتاج إلى إجراء تعديل دستوري سابع، للأسباب التالية :-

1/ الإعلان الدستوري انتهى من تلقاء نفسه بتاريخ 2014/2/7م لكونه مقيد بزمن منذ صدوره وفقا للفترات الزمنية المحددة به وبالتالي انتهت شرعية المؤتمر الوطني لانتهاء مصدر شرعيتهم وأعضائه نزعت عنهم صفتهم كأعضاء بالمؤتمر وأصبحوا اشخاص عاديين يمثلون تيارات سياسية متنازعة.

2/ التعديل الدستوري السادس ليس تعديل عادي وإنما هو اتفاق سياسي تم وفق خارطة طريق حددت بنودها ومقيدة بفترات زمنية محددة، تم افراغها بالتعديل السادس الذي بإجرائه تم اعتماد مرحلة انتقاله جديدة، وتم تكليف رئاسة المؤتمر الوطني بتنفيذ بنود الخارطة التي من بينها (موعد التسليم للبرلمان) المحدد بمدة أسبوعان بعد الإعلان عن نتائج انتخابات البرلمانية، وبالتالي يتبين أن التعديل السابع في غير محلة وباطل بطلان مطلق لإجرائه بعد تاريخ 2014/2/7م لانتهاء الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الانتقالي مصدر شرعية المؤتمر، المقيد منذ صدوره بمدد زمنية مبينة به، ولعدم اشتماله على مرحلة انتقالية ثالثة.<sup>55</sup>

إلا أننا لا نتفق معه في رأيه هذا تأسيساً على أن لجنة فبراير هي لجنة قام بتشكيلها المؤتمر الوطني لوضع مقترح أو مشروع لتعديل الإعلان الدستوري يتم عرضها فيما بعد على المؤتمر الوطني الجسم المنتخب الأصيل ليناقشها ويعتمدها كلها أو بعضها ولا يمكن بأي حال من الأحوال التسليم بالقول إن لجنة فبراير وبالنظر لكيفية ولادتها قد أخذت شرعية من نوع خاص بالشكل الذي يجعلها قادرة على فرض تصور معين بعينه وسحب حق المؤتمر الوطني من مناقشة أو تعديل المقترح الذي قدمته، بالتالي لجنة فبراير وبالنظر لقرار تشكيلها هي فقط لتقديم مقترح للمؤتمر الوطني يتضمن تصوراً لخارطة طريق لحل إشكالية إدارة

<sup>55</sup> جمعة الشكري، المرجع السابق، ص 16



مرحلة انتقالية ثالثة تنتهي بتداول سلمي للسلطة من المؤتمر الوطني للجسم الشرعي الجديد المنتخب، إلا أن الكلمة الأخيرة ستكون للمؤتمر الوطني الذي عليه مناقشة هذا التصور وهو صاحب الحق الأصيل في اعتماد هذه الخارطة كما هي أو تعديلها أو حتى إنشاء لجنة أخرى لتضع تصوراً آخرًا مغايرًا لتصور فبراير، فالمؤتمر الوطني هو من شكل اللجنة وتظل تابعة له وليس لها الحق في تجاوزه، الأمر الذي يجعلنا نُضفي صفة (المقترح) على كل ما تقدمه للمؤتمر الوطني وإلى أن يتم اعتماده منه ليُصبح بعد ذلك تعديلاً للإعلان الدستوري.

وتنفيذاً لما ورد بالخارطة والتعديل الدستوري السادس بتاريخ 31.3.2014 انتهت لجنة فبراير قانون الانتخاب وتم تسليمه إلى رئيس المؤتمر الذي بدوره أصدر قانون انتخاب مجلس النواب رقم 10 لسنة 2014 المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 2014م وخلال شهر مارس 2014م عقدت أول جلسة للهيئة التأسيسية وبعد أربعة أشهر في شهر مايو 2014م قدمت اعتذار بعدم القدرة على إعداد مشروع الدستور، الأمر الذي ترتب عليه البدء في تنفيذ الفقرة 12/ب المتعلقة بإجراء انتخاب مجلس النواب، وبالفعل وتنفيذاً لتعديلات فبراير تم دعوة الشعب لانتخاب جسم جديد بديل للمؤتمر الوطني وتمت العملية الانتخابية بسلام وبتاريخ 2014/7/21م تم إعلان النتائج الانتخابية التي كان لها نتائج كبيرة على المشهد السياسي إذ تم إقصاء تيار الإسلام السياسي للمرة من المشهد وبصندوق الانتخابات، ووفقاً للخارطة المنفق عليه أصدر رئيس المؤتمر القرار رقم 56 لسنة 2014 بشأن تحديد موعد التسليم للمجلس النواب ودعوته للانعقاد بتاريخ 2014/8/4. ووفقاً للمادة 2 من تعديلات فبراير التي تنص على أن (يُعقد مجلس النواب اجتماعه الأول برئاسة أكبر الأعضاء سناً، ويكون أصغر الأعضاء مُقررًا له وذلك خلال أسبوعين من إعلان نتيجة الانتخابات بناءً على دعوة من رئيس المؤتمر الوطني العام)، إلا أن مجلس النواب المُنتخب والذي قد تشكل بمجرد الإعلان على نتيجة الانتخابات كان قد دعا أعضاءه للاجتماع في مدينة طبرق وذلك وفقاً للمادة 16 من

تعديلات فبراير التي تنص على أن ( يكون مقر مجلس النواب مدينة بنغازي ويجوز له عقد اجتماعاته خارج مقره الرسمي)، وذلك بعد أن بدأت بنغازي تدخل في معمعة الإرهاب وفوضى الاغتيالات.

إلا أن المؤتمر الوطني تمسكاً منه بالسلطة ورغبة منه في عدم التسليم لخلفه مجلس النواب المنتخب من الشعب اختلق نزاعاً حول شرعية انعقاد الجلسة الأولى للبرلمان وبحجة أنه لم يتم التسليم والاستلام رسمياً بين البرلمان والمؤتمر الوطني بعد دعوة رئيس المؤتمر آنذاك البرلمان للاستلام منه في جلسة رسمية في طرابلس، والتي حدد فيها رئيس المؤتمر الوطني مدينة طرابلس للتسليم وبشكل مخالف لتعديل فبراير الذي لم تنص المادة الثانية منه ولم تشترط أن يكون التسليم والاستلام في مدينة طرابلس، بل حدد تعديل فبراير بنغازي مقراً لمجلس النواب وكان الأولى أن تكون بنغازي هي مكان تسليم المؤتمر للبرلمان وليس العكس، ولا يحق لرئيس المؤتمر أن يعدل الإعلان الدستوري بقرار منفرد منه بجعل طرابلس بدلاً من بنغازي مكاناً للتسليم والاستلام بين المؤتمر الوطني والبرلمان الجسم المنتخب الجديد. هذا وتجدر الإشارة هنا إلى المادة 16 من تعديل فبراير التي حددت مقر الانعقاد الرسمي للبرلمان وهو مدينة بنغازي، وأجازت عقد جلساته خارج مقره الرسمي، هذا وبناءً على توصية من مسؤول في وزارة الداخلية آنذاك بعدم جاهزية بنغازي أمنياً لاستقبال البرلمان تم عقد الجلسة الأولى في مدينة طبرق، هذا وتجدر الإشارة هنا إلى أن التسليم والاستلام قد تم بحضور النائب الأول للمؤتمر الوطني بعد تغيب رئيس البرلمان وبحضور أطراف دولية وإقليمية بالإضافة إلى عدد من أعضاء المؤتمر الوطني (كتلة 94) الذين استجابوا لإرادة الشعب التي جسدت من خلال اعتماد المؤتمر الوطني لنتائج الانتخابات وإقراره بشرعيتها وبالتالي بالمنتخبين من النواب، وبالتالي إنهاء دور المؤتمر الوطني كمثل للشعب بعد اختياره للجسم الشرعي الجديد والممثل للسلطة التشريعية الوحيدة في البلد.

الأمر الذي تبعه تقديم طعن من بعض أعضاء المؤتمر الوطني أمام للدائرة الدستورية لتفصل في شرعية انعقاد الجلسة الأولى للبرلمان .

### المطلب الثاني

التداعيات السياسية والدستورية لحكم الدائرة الدستورية في الطعن الدستوري رقم

17/611ق

بتاريخ 20144/11/6 اصدرت المحكمة العليا بدوائرها مجتمعة، بقبول الطعن شكلا (وبعدم دستورية الفقرة (11) من المادة (30) من الاعلان الدستوري المعدلة بموجب التعديل الدستوري السابع الصادر بتاريخ 11 مارس 2014 وكافة الاثار المترتبة عليه، وإلزام المطعون ضدهم بصفاتهم المصروفات، وبنشر الحكم في الجريدة الرسمية. وقد تركز الطعن بالدرجة الأولى على (أن تصويت المؤتمر الوطني العام عليها، أي على الفقرة 11 من المادة 30 من الإعلان الدستوري المعدلة، تم بـ (عضو 124)، وهذا لا يمثل ثلثي أعضاء المؤتمر الذين هم بنص الإعلان الدستوري (200 عضو).

وقد أسست المحكمة حكمها على ما اعتبرته خرقاً للمادة 36 من الإعلان الدستوري التي تتطلب لإلغاء أو تعديل أي حكم فيه أغلبية ثلثي أعضاء المؤتمر والمادة 73 من النظام الداخلي للمؤتمر التي تنص (يعتبر في حكم الممتنع عن التصويت كل من يتخلف عن حضور الجلسة عند الشروع في التصويت). بناءً على ذلك وجدت المحكمة أنّ الأغلبية اللازمة للتعديل لم تتوافر: (وحيث إنه بالرجوع إلى مدونات محضر الاجتماع السادس والسبعين بعد المئة للمؤتمر الوطني العام المنعقد يوم الثلاثاء 11 مارس 2014، يبيّن أنّ التصويت على البند المتعلق بالعمل بمقترح لجنة فبراير، نال عند الشروع في التصويت (121) صوتاً برفع الأيدي وأضاف (ثم انتقل أعضاء المؤتمر إلى بند آخر، وبعدها ذكر رئيس المؤتمر أنّ هناك



ثلاثة أعضاء التحقوا بنا الآن يريدون التصويت، إضافة إلى 121، وأعلن أنّ نتيجة التصويت (124) صوتاً، وطلب من اللجنة التشريعية إصدار قرار بإجراء التعديل الدستوري). ويتمن ذلك يمكن القول إن المؤتمر الوطني قد صوت على التعديل مرتين وقد اكتمل النصاب المطلوب لإجراء التعديل بالتصويت ثاني مرة هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن إحالة رئيس المؤتمر الوطني التعديل للجنة التشريعية لإجراء اللازم وإتمام إجراءات التعديل كما تنص اللائحة الداخلية بعد التصويت على كل موضوع يُثار في الجلسة ويتم التصويت عليه يؤكد بما لا يدع مجالاً للشك أن نية أعضاء المؤتمر المجتمعين كانت تتجه لإجراء التعديل المطلوب وبأنه قد تم التصويت عليه، إلا أن المحكمة وكما أشار الدكتور الكوني عبودة في أول تعليق له على الحكم (اعتمدت على التفسير الميكانيكي الحرفي في تبرير النتيجة وهو عدم توافق الأغلبية للتعديل). الأمر الذي كان سبباً في خلق نوعاً من الفوضى السياسية التي لا تحمد عُقباها عانت ومازالت تعاني منه البلاد حتى هذا اليوم، فقد تلقف أعضاء المؤتمر الوطني حكم الدائرة الدستورية اعتبروه انتصاراً لهم وبأنه كفيل بعودتهم للمشهد السياسي وإلغاء لشرعية الجسم المنتخب وفقاً لتعديلات فبراير وكل ما اتخذه من قرارات بما فيها تشكيله للحكومة المؤقتة برئاسة السيد عبدالله الثاني، ولا يفوتنا تأثير الاختلاف الفكري والإيديولوجي على المشهد السياسي في ذلك الوقت، كان من نتيجة الحكم أن دخلت البلاد في نفق مظلم من الاضطراب والفراغ السياسي والدستوري أدخلت البلاد في مرحلة من الانقسام السياسي والفوضى وأتون الحرب الأهلية إذ سيطر المؤتمر الوطني على العاصمة واستمر في عقد جلساته واتخاذ القرارات وإصدار القوانين بالشكل الذي يُنازع البرلمان المنتخب والذي بدأ في عقد جلساته في مدينة طبرق وممارسة عمله كأى سلطة تشريعية وجديدة.<sup>56</sup>

وفي تعليقها حول شرعية البرلمان قالت عزة المقهور وهي إحدى أعضاء لجنة فبراير قالت

<sup>56</sup> منشور في بوابة الوسط، السبت 8 نوفمبر 2014

إن "المحكمة العليا في حكمها الصادر لم تلغ التعديل السابع للإعلان الدستوري وإنما ألغت بندا وحيدا منه فقط وهو البند 11، مطالبة الجميع بـ"العودة للإعلان الدستوري بأكمله وتعديلاته. مُشيرة الى أن "عمل لجنة فبراير ينقسم إلى قسمين: الأول القيام بالتعديلات الدستورية والثاني تقديم مقترح بقانون الانتخاب، وهو ما كان، فقدمت مقترح تعديلاتها الدستورية أولا الذي سلم من رئيس اللجنة إلى رئيس المؤتمر الوطني العام وهو المقترح الذي صدر بناء عليه التعديل الدستوري السابع وتحديدا البند 11 منه"

واستطردت قائلة "بناء على المقترح (مقترح الانتخابات) قام المؤتمر الوطني بإصدار قانون انتخاب مجلس النواب رقم 10 لسنة 2014 بتاريخ 31 مارس 2014 وتعديله بالقانون رقم 14 لسنة 2014 أي بعد صدور التعديل الدستور السابع في 11 مارس 2014، بمعنى أن مشروعية انتخاب المجلس مستمدة من قانون انتخابه استنادا للقانون رقم 10 لسنة 2014 الذي ما يزال قائما وصحيحا."

وأشارت إلى أن "المقصود بمقترح فبراير المشار إليه في البند 11 من التعديل السابع للإعلان الدستوري هو المقترح بالتعديلات الدستورية فقط الذي تقدمت به لجنة فبراير، ولا يسري على قانون انتخاب مجلس النواب رقم 10 لسنة 2014" مؤكدة في نفس الوقت أن "الحكم بعدم دستورية البند 11 من الإعلان الدستوري لا يمس مشروعية مجلس النواب الذي صدره قانون انتخابه الصادر عن المؤتمر الوطني العام الليبي.

بالتالي فإن "مشروعية مجلس النواب تعتمد على حزمة من التشريعات أهمها القانون رقم 10 لسنة 2014 بشأن انتخاب مجلس النواب في المرحلة الانتقالية الذي صدر من المؤتمر الوطني العام البرلمان السابق."

وعلت المحامية رأيها القانوني قائلة إن "البند 11 الذي حكمت المحكمة بعدم دستوريته يقضي بأنه يعمل بمقترح لجنة فبراير على أن يقوم مجلس النواب المنتخب بحسم مسألة رئيس

الدولة بنظام انتخاب مباشر أو غير مباشر خلال مدة لا تزيد عن خمسة وأربعين يوماً من عقد أول جلسة له، بالتالي فإن ذلك البند لا يتعلق بانتخابات مجلس النواب الجديد مطلقاً.<sup>57</sup>

وإذا كان لنا أن نُدلي بدلونا حول هذا الحكم وبعد هذا السرد للتفاصيل السياسية والدستورية التي صاحبت تقديم الطعن للدائرة الدستورية فأنا نؤكد على أن:

أولاً: عدم اختصاص الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا بالنظر في الطعن المقدم أمامها تأسيساً على أنه قد تم تنظيم اختصاصات الدائرة الدستورية في المحكمة العليا الليبية -وعلى سبيل الحصر- في الباب الرابع من القانون في المواد 24/23 وقد نصت المادة 23 على ما يلي:

(تختص المحكمة العليا دون غيرها منعقدة بدوائرها المجتمعة برئاسة رئيسها أو من يقوم مقامه بالفصل في المسائل الآتية:-

- 1/ الطعون التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية مباشرة في أي تشريع يكون مخالفاً للدستور.
- 2/ أية مسألة قانونية جوهرية تتعلق بالدستور أو بتفسيره تثار في قضية منظورة أمام أية محكمة).

وبالتالي فأنا نؤكد على عدم اختصاص الدائرة الدستورية بالنظر في موضوع الطعن وذلك وفقاً لصريح النص القانوني والذي من الواضح بما كان بحيث لا يدع مجالاً حتى للشك في أن القاضي الدستوري في ليبيا ولايته تقف عند حد مراقبة التشريعات الدنيا ومدى اتفاقها مع النصوص الدستورية ولا يملك مراقبة النص الدستوري ذاته.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن دساتير الدول قد اختلفت في تنظيم الرقابة على دستورية القوانين والرقابة على دستورية التعديلات الدستورية وبالرغم من اتفاقها حول فكرة الرقابة على دستورية القوانين وإن اختلفت حول الآليات المتبعة في ذلك إلا أن الرقابة على دستورية

<sup>57</sup> منشور في وكالة ليبيا للأخبار بتاريخ 8 نوفمبر 2014



التعديلات الدستورية قد أثارت جدلاً كبيراً في الفقه الدستوري، فبينما ذهبت الهند ومنذ 1975 إلى منح المحكمة العليا هذا الاختصاص، كما استقر القضاء الإيطالي على حق المحكمة الدستورية العليا في مراقبة التعديلات الدستورية منذ حكمها الشهير في القضية رقم 1146 الصادر بتاريخ 1988 الذي أكدت فيه (أن سلطة تعديل الدستور يتعين عليها أن تتقيد بالمبادئ الدستورية العليا التي تعلق وهي بصدد مباشرة اختصاصها وأن الدستور الإيطالي يتضمن مجموعة من المبادئ العليا لا يمكن تعديلها أو إلغاؤها بمثابة قيود مطلقة على سلطة تعديل الدستور... ثم أعلنت أنها مختصة بالفصل في مدى مطابقة التعديلات الدستورية للمبادئ العليا في النظام الدستوري)، كما ذهبت في ذات الاتجاه ألمانيا في الاعتراف للمحكمة الدستورية بهذا الاختصاص.<sup>58</sup> إلا أننا نجد أن دولاً أخرى رفضت الاعتراف للقضاء فيها بممارسة هذا النوع من الرقابة خارج النص القانوني الذي يمنحها هذا الاختصاص ونذكر هنا على سبيل المثال لا الحصر مصر وفرنسا وليبيا .

إلا أنه وأياً كان الدور والولاية الممنوحة للقاضي الدستوري وحدود صلاحياته إلا أنه يجب التنويه على أن القاضي الدستوري لا يمكنه النظر في الطعون الدستورية التي أمامه بمعزل عن الأوضاع العامة للبلاد وما تمر به من أزمات ومحن، وبأن عليه أن يضع نصب عينيه مصلحة الوطن أولاً وقبل كل شيء، وليس أدل على هذا المعنى، مما ذكره الدكتور أحمد كمال أبو المجد بقوله "إن القاضي يمارس سلطة تقديرية واسعة حين يستخدم حقه المقرر في الرقابة على دستورية القوانين، ويرجع اتساع هذه السلطة التقديرية إلى أن نصوص الدساتير نصوص لها طبيعة خاصة تميزها عن سائر النصوص القانونية إذ يقع بعضها على الحدود الفاصلة بين عالم السياسة وعالم القانون، فالنصوص الدستورية التي تعالج أمر سلطات

<sup>58</sup> لمزيد من التفاصيل يراجع: د. عبد الحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، دار النهضة العربية، 2006، ص 165 وما بعدها، وكذلك يراجع د. أحمد فتحي سرور، منهج الإصلاح الدستوري، مرجع سابق، ص 87 وما بعدها، ويراجع أيضاً د. عبد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، مرجع سابق، ص 154 وما بعدها.



الحكم ورسم الحدود الفاصلة بينهما تحمل بسبب عمومها تفسيرات متعددة، ومثلها في ذلك النصوص التي ترسم الحدود بين سلطات الدولة المختلفة وحقوق الأفراد والجماعات، فإذا أضفنا إلى ذلك أن النصوص الدستورية العديدة التي تحدد للمشرع ولسائر سلطات الحكم في الدولة تشتمل على توجهات موضوعية عامة في العديد من الشؤون السياسية والاجتماعية والاقتصادية. وأن ذلك التحديد يتم عادة من خلال نصوص عامة يفتح معها الباب لدور إنشائي وإبداعي كبير في تفسيرها وإنزال حكمها الملزم لسلطة التشريع. إذا ذكرنا هذا كله لاتضح لنا على الفور ما تؤدي إليه هذه الطبيعة الخاصة للنصوص الدستورية من منح القاضي الذي يحاكم النصوص التشريعية إلى نصوص الدستور سلطة تقديرية واسعة يكون له في ظلها تأثير على السياسات العامة للمجتمع في الميادين الاجتماعية والسياسية والاقتصادية<sup>59</sup>

كما أكد الفقيه المصري سليمان الطماوي على أن القضاء الدستوري هو أسمى وأعلى مراتب قضاء القانون العام، وهو قضاء متميز عن أي قضاء آخر، لأنه يحكم وفقا لنصوص الدستور، التي تحتوي في الغالب على مبادئ وقيم عامة ونادرا ما تحتوي على قواعد تفصيلية، وهو قضاء حقوق الإنسان، ولهذا كان هو حارس الشرعية، وحامي الدستور، والحقوق والحريات الفردية ضد تعسف الدولة وسلطاتها المختلفة، ومع التسليم بطبيعته القانونية، ورغم إنه لا يمكن إنكار الجانب القانوني للرقابة الدستورية بما تحتاجه من خبرة فنية خاصة لا تتوافر إلا في القضاة بما لهم من ضمانات، وحصانات تكفل استقلالهم، وما لديهم من تخصص يمكنهم من دراسة وفهم النصوص الدستورية والقانونية، فإنه يصعب إنكار الطبيعة السياسية للرقابة الدستورية، بما يجعل القضاء الدستوري يتأثر بالعوامل السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، المحيطة به ويؤثر فيها.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> أحمد كمال أبو المجد، دور المحكمة العليا الدستورية في النظام السياسي والقانوني المصري، بحث منشور في مجلة الدستورية، العدد الأول، السنة

الأولى، يناير 2003، ص 6

<sup>60</sup> سليمان الطماوي، السلطات الثلاثة في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي، دار الفكر العربي، 1988، ص 300



بالتالي كان الأجدد والأجدى بالدائرة الدستورية في المحكمة العليا الليبية وبالنظر للأوضاع العامة التي تمر بها البلاد أن تحذو حذو القضاء الدستوري المصري والذي كان أكثر حرصاً على سلامة البلد والنظر لها كمصلحة عليا يجب تقديم مصلحتها على أية مصلحة أخرى وفي هذا الصدد تقول المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية في إحدى مدوناتها الشهيرة في أسباب حكمها بقولها: (.. متى كان ما تقدم وكان من المقرر أنه سواء كان الدستور قد بلغ غاية الآمال المعقودة عليه في مجال تنظيم العلاقة بين الدولة ومواطنيها، أم كان قد أغفل بعض جوانبها أو تجنبها، فإن الدستور يظل دائماً فوق كل هامة معتلياً القمة من مدارج التنظيم القانوني باعتبار أن حدوده قيد على كل قاعدة تدنوه بما يحول دون خروجها عليها، وهو ما عقد للدستور السيادة كحقيقة مستعصية على الجدل ..) لتختتم أسباب حكمها بقولها (إن الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا كلاهما إذ قصر ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال مراقبة الشرعية الدستورية على النصوص القانونية دون غيرها سواء في ذلك تلك التي أقرتها السلطة التشريعية أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها الدستورية، فإن حالة إخضاع الدستور لهذه الرقابة تكون مجاوزة حدود هذه الولاية مقوضة لتخومها)<sup>61</sup>

كما أكدت المحكمة الدستورية المصرية في قضية: الطعن رقم 29/76ق، في 2007/10/1 على أن (..وحيث إن طلب الحكم بعدم دستورية التعديلات الدستورية، أو التصدي لذلك، في غير محله، ذلك أنه بالإضافة إلى مجاوزته نطاق حكم الإحالة، فإن الدستور على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة، لا يندرج في مفهوم القوانين التي تباشر المحكمة الدستورية العليا الرقابة عليها).

<sup>61</sup> سعد محمد عقيلة، ولاية تفسير الدستور عن طريق هيئة الرقابة الدستورية بطريق مباشر أو غير مباشر، ورقة مقدمة للمشاركة في الملتقى

العلمي الثامن لاتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية المنعقد في مملكة البحرين الفترة من : 17 - 20 فبراير 2013



وقد أُتيح للمجلس الدستوري في فرنسا أن يُدلي بدلوه حول الرقابة على التعديلات الدستورية وذلك في حكم له بتاريخ 26 مارس 2003 والذي رفض فيه النظر في دستورية التعديلات الدستورية المتعلقة بـ (التنظيم اللامركزي للجمهورية)، وقد برر رفضه بممارسة هكذا رقابة لم يمنحها له الدستور.<sup>62</sup>

وهكذا تجارب للقضاء الدستوري المقارن في بلدين يمكن اعتبارهما من المراجع الهامة للتشريع والقضاء في ليبيا، كان من الممكن أن تستأنس بهما المحكمة العليا كما سبق وأن رجعت لهما واعتبرتهما مصدرًا لفتاوى كثيرة لا سيما القضاء المصري، هكذا تعليل كان يكفي لقبول الطعن شكلاً، والحكم بعدم اختصاص الدائرة الدستورية والحفاظ على سلامة تطبيق القانون ووحدة البلاد المهذدة أكثر من أي وقت مضى.

كما أننا نتفق مع أستاذنا الكوني في أن سلطة المحكمة في وضع المبادئ مقيدة باحترام نصوص القانون أيًا كانت مرتبته، ولا محل للقياس هنا على حكم السيد معيتيق، لأنّ المؤتمر حينها كجسم منتخب لم يكن محل طعن وذهاب حكومة مشكّلة لن يخلق فراغًا.<sup>63</sup>

ثانياً / إن شرعنة الدائرة الدستورية لنفسها الحق في نظر الطعن المقدم إليها في رد المحكمة للدفع الذي قدّمته إدارة القضايا والمبني على عدم اختصاص الدائرة الدستورية تأسيساً على أنّ (مناط الرقابة هو مدى التزام القانون محل الطعن أحكام الدستور، ولا تمتد إلى رقابة النصوص الدستورية ذاتها)، إذ قالت المحكمة (ولو قيل بغير ذلك، أي عدم الاختصاص، لكان للسلطة التشريعية أن تتحلل من القيود الواردة في الدستور بشأن إجراءات التعديل، وهو إطلاق لسلطتها وفتح لباب مخالفة النصوص الدستورية، وهو ما لا يستقيم قانوناً).

108<sup>62</sup> Carolina Cerda-Guzman, *OP*, page

<sup>63</sup> الكوني أعبودة تصريحه سابق الإشارة إليه



ونرى أنه قد جانبها الصواب في ردها هذا إذ أنه من جهة اختصاص الدائرة الدستورية ليس هو الأصل، لأن الولاية القضائية هي للمحاكم وفقاً لقانون نظام القضاء، وتكييف الدعوى محل الطعن على أنها دعوى بطلان تعديل دستوري يجعلها من اختصاص المحكمة الابتدائية، وهي كما هو معلوم المحكمة ذات الولاية العامة في نظامنا القضائي. ومن جهة ثانية، فإن توسيع نطاق رقابتها ليشمل القواعد الدستورية يخالف صحيح القانون هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه لا يمكن قبول هذه الحجة تأسيساً على أن الحكم الذي صدر عنها بعدم دستورية إجراء قانوني قد أبطل نص دستوري أدى حالة من الفراغ الدستوري والسياسي وأدخل البلاد في حالة ومرحلة من الفوضى لا نهاية لها وصلت حد الحرب الأهلية في بعض المدن المسيطر عليها الميليشيات المسلحة، الأمر الذي نراه معيماً ويصف حكمها بقصور النظرة العامة والبعيدة لمصلحة البلد والتي يعتبرها الفقه والقضاء الدستوري المقارن من قبيل السلطة التقديرية للقضاء الدستوري يقدر فيه بين المصلحة العامة للبلد وحفظها وصيانتها أو التطبيق الميكانيكي للنص.

ثالثاً / غياب تفسير المحكمة للحكم الصادر عنها وما ترتب عليه من نتائج جعلت منه حالة سياسية أكثر منها قانونية، إذ كان على المحكمة أن تجنب البلد من الدخول في الجدل القانوني السياسي وما يترتب عليه من نتائج وذلك بتفسير الحكم وعدم تركه لتفسير الأطراف السياسية المتنازعة والمتصارعة على السلطة التي استغلته – وما زالت حتى هذه اللحظة- وحاولت من خلاله ليس فقط إسقاط شرعية مجلس النواب بل الذهاب إلى أبعد من ذلك والمطالبة بإسقاط كل ما صدر عن البرلمان من قرارات أو قوانين – كما ورد في منطوق الحكم (إلغاء كافة الآثار المترتبة على اعتماد مقترح لجنة فبراير- الأمر الذي يتعارض صراحة مع مفهوم حجية الأحكام الدستورية إذ القاعدة والمبدأ أن الأحكام بعدم الدستورية لا تكون بأثر رجعي، إذ لا نص يسمح بالرجعية، وعليه من غير الممكن تجاهل الآثار التي ترتبت على أعمال الجهات



المشار إليها وفقاً لنظرية الأعمال الظاهرة. مع الإشارة إلى ما يمكن أن يترتب على هذا الفهم المغلوط من آثار تنعكس بدورها على البلاد وهي تمر بمرحلة تاريخية حاسمة يشوبها ما يشوبها من الضعف المؤسسي على جميع الأصعدة، إذ ومن حيث لا يدرون أسقط قضاة المحكمة العليا مفهوم الدولة نظراً لأن السلطة التي ادعوا انتفاء شرعيتها ألا وهو البرلمان كانت هي السلطة الوحيدة المنتخبة والممثلة لإرادة الشعب، وبمحاولة إسقاطها تصبح الدولة خالية من أية جهة شرعية تمثلها، ولا يمكننا هنا أن نقبل بتصوير المؤتمر الوطني من أن سقوط البرلمان يعني عودة الشرعية لهم إذ المؤتمر الوطني انتهت حياته ولم يعد موجوداً منذ لحظة اعتمادهم لنتائج انتخابات البرلمان وفقاً لتعديل فبراير والإعلان عن موعد لتسليم السلطة له من قبلهم، وبالتالي فالطبيعي والدستوري هنا- لو فرضاً سلمنا بولاية المحكمة بنظر الطعن وسلامة قضائها- أن البرلمان هو السلطة التشريعية الوحيدة والتي عليها إدارة المرحلة لحين تسليم السلطة إلى جهة شرعية أخرى، ولا يمكن بأي حال من الأحوال لنا أن نتصور أن حكم المحكمة بإسقاط شرعية البرلمان يترتب عليه وبشكل آلي عودة الشرعية للمؤتمر الوطني. وهنا لا يخفى علينا سيطرة الصراعات السياسية وإدارتها لحكم الحكمة حسب مصالح الأحزاب السياسية المسيطرة على المشهد السياسي الليبي لا سيما تلك التي أسست لها أذرعاً عسكرية وبدأت في السيطرة على العاصمة وحرقت مطارها بشكل بدا منه ظاهراً ملامح انقلاب على نتائج العملية الانتخابية من فئة تم إخراجها من المشهد السياسي بحكم الصندوق، وسيطرة الإسلام السياسي مجدداً على المشهد السياسي في العاصمة مستندين في ذلك على الحكم الصادر من الدائرة الدستورية للمحكمة العليا.



رابعاً / نُشير هنا إلى مقابلة السيد برناردينو ليون ممثل الأمين العام للأمم المتحدة في ليبيا من قناة الجزيرة والتي قال فيها ( لا شيء في حكم المحكمة يُنهي حياة البرلمان المُنتخب ولا يُعيد المؤتمر الوطني للحياة من جديد ) مُضيفاً ( أنا هنا للبحث وإيجاد حل سياسي).<sup>64</sup>

الأمر الذي يؤكد لنا جلياً أنه لا إشكالية قانونية أو دستورية حول شرعية البرلمان المنتخب وإنما هي إشكالية سياسية تكمن بالدرجة الأولى في تمسك طرف ما ينتمي لايدولوجية معينة بالسلطة واستبداده بها وانقلابه على مبدأ التداول السلمي للسلطة الذي أكد عليه الإعلان الدستوري الصادر في 2001 و أرساه المجلس الوطني الانتقالي عندما سلم السلطة سلمياً للمؤتمر الوطني بعد أو انتخابات في تاريخ البلاد.

خامساً / شبهة عدم استقلال المحكمة العليا في رأيها، فالمحكمة العليا مقرها وكما يعرف الجميع في طرابلس والتي كانت وما زالت مقراً للجماعات الأيدولوجية بأنواعها المختلفة التي يمكن تصنيف انتماؤها للإسلام السياسي وأذرعها العسكرية وسيطرة الميليشيات التابعة لرموز الإسلام السياسي هناك، وقد بثت بعض القنوات الإعلامية مشاهد لإحاطة بعض المركبات العسكرية بمقر المحكمة العليا في فترة نظر الدائرة الدستورية للطعن محل البحث.

سادساً / هذا إذا أضفنا حكم محكمة البيضاء الذي صدر بتاريخ 2 فبراير 2015 بوقف نفاذ الحكم الصادر عن المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم 61/17 ق بتاريخ 6 نوفمبر 2014، كما نص القرار على "انعدام الحكم الصادر عن المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم 61/17 ق بتاريخ 6 نوفمبر 2014 وإلزام الداعي عليه بالمصاريف، وبحسب نص الحكم أيضاً فإن "الحكم الصادر عن المحكمة العليا الليبية الخاص بالطعن الدستوري يعد منعدماً، والجدير بالذكر هنا أن حكم المحكمة ليس طعنًا على حكم صادر عن

<sup>64</sup>المقابلة بتاريخ 5 ديسمبر 2014 وموجودة صوت وصورة على موقع يوتيوب



المحكمة العليا وأنه من اختصاص المحاكم الابتدائية النظر في الدعاوى المرفوعة على انعدام أي حكم قضائي، وهو اختصاص أصيل للمحكمة الابتدائية.<sup>65</sup>



<sup>65</sup> الحكم غير منشور.



### الخاتمة

اتضح لنا في نهاية هذا البحث أن الصراع في ليبيا كان صراعاً سياسياً بامتياز بالنظر لعدم اختصاص الدائرة الدستورية في المحكمة العليا للنظر في موضوع الطعن دون سند قانوني تستند عليه في ذلك، وكان أن ترتب على الحكم أن تم توظيفه سياسياً من قبل الطرف المنقلب على نتيجة الانتخابات والتداول السلمي للسلطة والرافض لتسليم السلطة لسلفه بعد أن أخرجته صناديق الاقتراع من المشهد السياسي. الأمر الذي استغلته أطراف خارجية كانت تسعى لإضعاف الشرعية الجديدة المنتخبة بإدعاء شرعية موازية لها وإن كانت شرعية أمر واقع وذلك لرسم مشهد إقليمي أكبر من ليبيا نفسها وإنما يتعلق بدور ليبيا في شمال أفريقيا. ولعل أهم ما نتج عن هذه الدراسة بيان الحاجة الملحة لضرورة مراجعة صلاحيات الدائرة الدستورية في المحكمة العليا وتنظيم اختصاصاتها بشكل أكثر دقة وأكثر تفصيلاً الأمر الذي يدفعنا ونحن بطور وضع وثيقة دستورية جديدة للبلاد وضع تصور لمحكمة دستورية متخصصة على غرار الوضع في العديد من الدول العربية والأوربية، محكمة دستورية يُعهد لها بالمهام القانونية الدستورية، كي تؤدي دوراً في ضبط الحياة السياسية في الدولة، وتؤدي دوراً في مجال عمل السلطات السياسية في الدولة، وهذا يحتم عليها أن يكون على مسافة واحدة من جميع السلطات في الدولة، وأن تقف دائماً إلى جانب الدستور وما يقتضيه حفظ النظام الدستوري في الدولة وإرساء مفاهيم حقوق الإنسان المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية، ومن هذا المنطلق نقول إن بأهمية المحكمة الدستورية في البلاد وبأنها قد أصبحت ضرورة وليست ترفاً لما سيكون لها من دور حيوي في المساهمة في الإصلاحات السياسية والإدارية والدستورية والتشريعية.

فالقضاء الدستوري، مصطلح قانوني حديث، تطور في مفهومه، وأصبح بمثابة سلطة رابعة مستقلة عن باقي السلطات يتمثل اختصاصها الأساس في حماية الدستور وتأكيد سيادته

وعلوية قواعد، وضمن تطبيق نصوصه وإنزال حكمها على كل العلاقات والروابط القانونية في الدولة. أن القضاء الدستوري هو قضاء متخصص وهو قضاء طبيعي وليس استثنائي، إلا أنه قضاء متميز عن أي قضاء آخر، لأنه يختص بالنظر في كل ما يتعلق بالقواعد الدستورية في البلاد وهو قضاء حقوق الإنسان، وهو حارس الشرعية، وحامي الدستور، ومع التسليم بطبيعته القانونية، ورغم إنه لا يمكن إنكار الجانب القانوني للرقابة الدستورية بما تحتاجه من خبرة فنية خاصة لا تتوافر إلا في القضاة بما لهم من ضمانات، وحصانات تكفل استقلالهم، وما لديهم من تخصص يمكنهم من دراسة وفهم النصوص الدستورية والقانونية، فإنه يصعب إنكار الأثر السياسي لعمل القضاء الدستوري، بما يجعل القضاء الدستوري يتأثر بالعوامل السياسية، والاقتصادية والاجتماعية، المحيطة به ويؤثر فيها.

### مراجع البحث

#### أولاً الكتب:

- إبراهيم أبوخزام، الوسيط في القانون الدستوري، ك-1، ط 2، بيروت، دار الكتاب الجديد المتحدة، 2002
- د. منير عبد المجيد، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001
- د. حنان محمد القيسي، النظرية العامة في القانون الدستوري، ط الأولى 2015، المركز القومي للإصدارات القانونية
- د. أحمد العزي النفشبندي، تعديل الدستور، دار الوراق. للنشر والتوزيع، عمان، 2006

د. حسني بديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر،  
2003

د. حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري، منشأة المعارف القاهرة، 2009

مطيع المختار، القانون العام مفاهيم ومؤسسات، ط 2012

د. ادريس بوكرا، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، دار الكتاب  
الحديث، القاهرة، 2003

محمد علي آل ياسين، القانون الدستوري، بيروت، المكتبة الحديثة للطباعة والنشر، 1973

د. خالد سمارة الزعبي، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، عمان، المركز العربي  
للخدمات الطلابية، 1996

د. عصمت عبد الله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية  
التشريعات، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003

د. ادمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، ج2، بيروت، دار العلم للملايين،  
1965

د. أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، لبنان، طرابلس،  
المؤسسة الحديثة للكتاب، 2002

ليون دوجي، دروس في القانون العام، ترجمة د. رشدي خالد، منشورات مركز البحوث  
القانونية، بغداد 1981

د. محمد باهي أبو يونس، أصول القضاء الدستوري، مصر، الاسكندرية، دار الجامعة  
الجديدة، 2013

د. محمد فرج محمد الفقي، الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا، اطروحة دكتوراه، كلية  
الحقوق، جامعة عين شمس، 1998



د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، مصر، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية،  
1997

د. جابر جاد نصار، الاداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين في  
مصر، دار النهضة العربية، القاهرة

د. عبد الحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، دار النهضة العربية، 2006

د. محسن خليل، النظم السياسية، دار النهضة العربية القاهرة، 1975

المراجع باللغة الأجنبية:

Evariste Boshab, (Entre la révision de la constitution et l'inanité on de la  
nation), l'arcier, 2013

Val Constantinesco, Stéphanie Pierré-Caps, (Droit Constitutionnel), puf, 7  
édition 2016

Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Jean-Louis Mestre, Otto  
Pfersmann, André Roux, Guy Scoffoni, (Droit Constitutionnel), Dalloz, 19  
édition 2017

Philippe Ardant, Bertrand Mathieu, (Droit Constitutionnel et Institutions  
Politiques), LGDJ, 28 édition 2016-2017

Jean Gicquel, Jean-Eric Gicquel, (Droit Constitutionnel et Institutions  
politiques), LGDJ, 3 édition, 2016-2017

Anne-Marie le Pourhiet, (Droit Constitutionnel), Economica, 7 édition, 2016,

Evariste Boshab, OP, l'arcier, 2013, page 42-47. Francis Hamon ,Michel  
Troper, (Droit Constitutionnel), LGDJ, 37 édition 2016-2017

Dominique Chagollaud de Sabouret, (Droit Constitutionnel Contemporain),  
8 édition 2015, Dalloz



Carolina Cerda-Guzman, (Cours de droit constitutionnel et des institutions de la v République), 2 édition 2016-2017

Guillaume Drago, (Contentieux Constitutionnel Français), puf, 4 édition 2016

Christian Behrendt, (Le Juge Constitutionnel un Législateur-Cadre Positif), LGDJ, 2006

Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun, Julien Bonnet, (Droit du Contentieux Constitutionnel), LGDJ, 11 édition 2016,

### ثانياً البحوث:

أحمد كمال أبو المجد، دور المحكمة العليا الدستورية في النظام السياسي والقانوني المصري،

بحث منشور في مجلة الدستورية، العدد الأول، السنة الأولى، يناير 2003

سعد محمد عقيلة، ولاية تفسير الدستور عن طريق هيئة الرقابة الدستورية بطريق مباشر أو

غير مباشر، ورقة مقدمة للمشاركة في الملتقى العلمي الثامن لأتحاد المحاكم والمجالس

الدستورية العربية المنعقد في مملكة البحرين الفترة من : 17 - 20 فبراير 2013

أحمد سالم دراه، الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا، بحث منشور على شبكة الإنترنت

أجمعة مصباح الشكري، دراسة تحليلية بين الواقع والقانون للتعديل الدستوري السادس والسابع

و ولادة لجنة فبراير سياسيا، ودستورية تعديلاتها والتعليق على الحكم الأخير في قضية الطعن

رقم 611 / 17 ق، منشور على النت.

مجلة المحكمة العليا

2018

### التنظيم الدستوري لنظرية الضرورة في ليبيا

د. عمر عبد الله امبارك<sup>(1)</sup>

#### مقدمة:

حظيت نظرية الضرورة باهتمام أغلب فروع القانون، حيث تضمنت نصوصاً عامة تحدد شروطها وتبين آثارها، وبالتالي فإن شرعيتها مستمدة من تلك النصوص التي نظمتها وأوضحت أحكامها، ووجدت تطبيقات مختلفة لها في معظم فروع القانون، فقانون العقوبات مثلاً يأخذ بها في حالة الدفاع الشرعي، فلا يسأل جنائياً ولا يعاقب من ارتكب فعلاً دفعته لارتكابه ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس<sup>(2)</sup>، والقانون الخاص تبنى أيضاً نظرية الظروف الطارئة، ويأخذ القضاء الإداري بنظرية الضرورة في مجال القانون الإداري، حيث لم يعتبر مجلس الدولة الفرنسي الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي خطأ من جانب الإدارة، إذا كان سيترتب على تنفيذه إخلال جسيم بالأمن العام، وتقرر هذه النظرية للإدارة الحق في القيام بالإجراءات المستعجلة اللازمة لدفع كل خطر يهدد الأمن أو الصحة العامة دون تقيد بالقوانين واللوائح، بل تسمح هذه النظرية للإدارة بتعديل التزاماتها التعاقدية، كما تقرر هذه النظرية للمتعاقد مع الإدارة حقوقاً تسمح بإعادة التوازن المالي للعقد إذا طرأت ظروف استثنائية أثرت على هذا التوازن<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - عضو هيئة التدريس بجامعة سرت.

<sup>2</sup> - نصت المادة 72 من قانون العقوبات الليبي على أنه "لا عقاب على من ارتكب فعلاً أرغمته على ارتكابه ضرورة إنقاذ نفسه من خطر محقق يهدد بضرر جسيم للنفس على وشك الوقوع به أو بغيره، ولم تكن لإرادته دخل في حوله....".

<sup>3</sup> - د. يسري محمد العصار: ص 21.

ونصت المادة 147 من القانون المدني الليبي على أنه "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

وفي مجال القانون الدستوري حيث تتعرض الدول لأزماتٍ داخليةٍ أو مخاطر خارجيةٍ، تهدد كيانها واستقرارها، وتشل عمل مؤسساتها، وتتمثل هذه الأزمات والمخاطر في الفتن والاضطرابات والمظاهرات العنيفة غير السلمية، وفي الهجمات والعمليات الإرهابية والأزمات الاقتصادية والمالية والسياسية الخانقة، وقد تكون في شكل كوارث طبيعيةٍ أو حروبٍ وعملياتٍ عسكريةٍ، نتسبب في تهديد كيان الدولة والمجتمع، وتصبح النصوص الدستورية والقانونية غير كافيةٍ أو عاجزةٍ عن مواجهة الخطر الذي سببته الأزمة أو الحرب، وتتطلب المعالجة رفع القيود على إرادة السلطة العامة، ومنحها اختصاصات استثنائية على غير المألوف في الظروف العادية، بحيث تستطيع السلطات العامة من أجل مواجهة الأخطار والأزمات اتخاذ تدابير وإجراءات استثنائية، والخروج عن مقتضى أحكام الدستور، وتقيد الحريات العامة، وأحياناً تعليق التمتع بها بالقدر الذي يرفع الخطر، ويساهم في عودة الأمن والاستقرار للدولة، واستعادة السلام والنظام وفرضه من جديد، وهو الأمر الذي قد يسفر عن نتائج مفاجئة، ليس فقط للأشخاص المتضررين من القيود المفروضة على حرياتهم فحسب، بل كذلك لمبدأ المشروعية وسمو الدستور والعدالة أيضاً.

ولذلك ظهرت في الفقه والقضاء المعاصر نظرية الضرورة التي تجيز للسلطات العامة، بناء على توافر شروطٍ وضوابط معينةٍ، الخروج على مقتضى القواعد الدستورية والقانونية، وإعطائها قدراً من الحرية في التصرف دون خشية العقاب أو الوقوع في حوبة مخالفة مبدأ المشروعية الدستورية لإنقاذ الدولة من خطرٍ داهمٍ أو أزمةٍ اقتصاديةٍ أو ماليةٍ أو سياسيةٍ .... إلخ. انطلاقاً من أن سلامة الدولة فوق كل اعتبار.

فعندما تتعرض الدولة إلى خطرٍ جسيمٍ وحالٍ، يخشى معه أن يهدد كيان الدولة ومؤسساتها الدستورية، وتفشل القواعد القانونية التي وضعت للظروف العادية في مواجهته، فهنا تجد الدولة نفسها مضطرةً لمخالفة الدستور والقوانين العادية من أجل مواجهة هذا الخطر

الداهم الذي يهدد كيان الدولة، ويقوض الأمن والسلام والاستقرار، ووفق شروط وضوابط تكاد تتفق عليها أغلب الدساتير.

وستركز دراستنا في هذا البحث على نظرية الضرورة في القانون الدستوري، وهي الأساس الذي تستند إليه السلطة التنفيذية في اللجوء إلى الوسائل القانونية الاستثنائية لدفع الخطر الجسيم الحال. ومن هنا تبرز أهمية البحث في دراسة نظرية الضرورة كأحد أهم الاستثناءات التي ترد على مبدأ سمو الدستور ومبدأ المشروعية الدستورية، كما تكتسب أهمية خاصة في أوقات الأزمات التي تتعرض لها الدولة، ونظراً لهذه الأهمية الحساسة فإن هدف الدراسة هو تسليط الضوء على نظرية الضرورة ودراستها وبيان ماهيتها، ومدى وجودها في القانون الدستوري الليبي، وما هو موقف مشروع الدستور الليبي الجديد منها؟ وكيفية معالجته لها، من خلال خطة بحثية تتضمن مبحثين، نتناول في الأول مفهوم نظرية الضرورة وشروط تحققها، ونخصص الثاني للتنظيم القانوني لها مع بيان موقف المشرع الدستوري الليبي منها، وننتهي بخاتمة نعرض فيها أهم النتائج والتوصيات.

### المبحث الأول

#### مفهوم نظرية الضرورة وشروط تحققها

تعد نظرية الضرورة من النظم القانونية العامة التي لها الأثر الواضح في إضفاء المشروعية على بعض الأعمال المخالفة للقانون، وهي فكرة قديمة لازمت الفكر القانوني منذ نشأته، وأخذت بها الشرائع القديمة والحديثة على حد سواء<sup>(4)</sup>.

أما في مجال القانون الدستوري فإن نظرية الضرورة هي استثناء من مبدأ سمو الدستور، والفصل بين السلطات، وتكتسب هذه النظرية أهمية خاصة في الأوقات العصيبة التي تمر بها الدولة، وقد اهتم الفقه الدستوري منذ زمن بهذه النظرية وتطبيقاتها الدستورية، ثم امتد

<sup>4</sup>- د. إحسان حميد المفرجي: ص 164 وما بعدها.

هذا الاهتمام إلى القضاء الذي حاول وضع الضوابط والشروط اللازمة لتطبيق هذه النظرية، وعالجتها معظم الدساتير، ونصت على تطبيقاتها لاسيما الحديث منها. وتتناول من خلال هذا المبحث مفهوم نظرية الضرورة في المطلب الأول، ثم شروط تحققها في المطلب الثاني.

### المطلب الأول

#### مفهوم نظرية الضرورة

تبين النصوص الدستورية اختصاص السلطات الثلاث في الدولة (التشريعية والتنفيذية والقضائية)، ويتعين على كل سلطة الالتزام بصلاحياتها وعدم تجاوز حدودها، انطلاقاً من مبدأ المشروعية الدستورية، والذي يقصد به خضوع الحكام والمحكومين لسيطرة أحكام الدستور والقانون، ووجوب احترامهما والعمل بمقتضاهما<sup>(5)</sup>.

فالسطة التشريعية تختص بوضع القوانين، والسلطة التنفيذية تعمل على تنفيذها وتطبيقها، أما السلطة القضائية فمهمتها تكمن في تطبيقها على الأفراد والسلطات العامة، إلا أن الدولة أحياناً قد تواجه ظروفًا استثنائية، يتعين مواجهتها بطريقة تخرج فيها عن مبدأ المشروعية الدستورية، وتخالف مبدأ الفصل بين السلطات، وقد تبنت كثير من الدساتير حالة الضرورة، ونصت عليها صراحةً، كالدستور الفرنسي 1958م والدستور الأردني المعدل في 2011م والدستور المصري 2014م ودساتير دول المغرب العربي ومشروع الدستور الليبي 2017.

ويتمثل مفهوم نظرية الضرورة في أن المبادئ الدستورية التي شرعت للظروف الاعتيادية قد لا تسعف إذا ما تعرضت الدولة لخطر جسيم حال أو لظروف استثنائية كحرب خارجية أو فتن داخلية؛ مثل العصيان المسلح والعمليات الإرهابية المنظمة والمظاهرات العنيفة غير السلمية أو حدوث أزمة اقتصادية أو مالية أو سياسية أو كوارث طبيعية، يترتب عليها تهديد كيان الدولة والمجتمع، وفي مثل هذه الأخطار والأزمات تصبح القواعد الدستورية

<sup>5</sup> د. عبدالحميد متولي: ص 73.

الأساسية والقانونية العادية غير كافيةٍ أو ملائمةٍ لمواجهتها بما تتضمنه من قيود على إرادة السلطات العامة، وما تتيحه من حريات واسعة للمواطنين، مما تضطر معه السلطة العامة، ووفق شروط وقيود قانونية، اتخاذ تدابير استثنائية، ولو أدى ذلك إلى الخروج على مقتضى القواعد الدستورية بما في ذلك تقييد الحريات العامة بالقدر اللازم لمواجهة الخطر ودفع الضرر، وفي ضوء ذلك ظهرت في الفقه والقضاء المعاصر نظرية الضرورة التي استندت إلى مبدأ روماني قديم مفاده (أن سلامة الدولة فوق القانون)، والذي يجوز وفقاً له، وبناء على شروط وضوابط محددة، للسلطات العامة الخروج على مقتضى القواعد الدستورية والقانونية في حالة الضرورة، لإعطائها قدرًا من الحرية في التصرف، دون خشية العقاب أو الوقوع في مخالفة مبدأ المشروعية لإنقاذ الدولة من خطر داهم أو أزمة محققة، كما سبق وأن ذكرنا في المقدمة. وتعتبر نظرية الضرورة من نتاج الفقه الألماني، فقد كان الفقيه هيجل أول من أقر بحق الدولة في الخروج على القانون، عندما تقتضي حالة الضرورة ذلك<sup>(6)</sup>.

ومقتضى نظرية الضرورة أن تخرج الإدارة من نطاق الشرعية العادية إلى الشرعية الاستثنائية، ذلك أن الضرورة تؤدي بالإدارة إلى اتخاذ التصرف الذي يتلاءم مع الظروف، فلا تلتزم بالقوانين العادية طالما أنها لا تستجيب لدواعي الصالح العام في حالة الخطر، وغالبية الدساتير تخول السلطة التنفيذية -لمواجهة حالة الخطر- سلطات استثنائية، كإعلان الأحكام العرفية، وإعلان حالة الطوارئ، وتصبح مهمة السلطة التنفيذية في حالة الضرورة هي التشريع، فتحل السلطة التنفيذية محل البرلمان في ممارسة وظيفته الأصلية، وهي سن القوانين، ولا يوجد مبرر للخلط بين هذين الأمرين اللذين لكل منهما ظروفه وأحكامه وشروطه.

<sup>6</sup> - أكثر تفصيلاً يراجع د. السيد صبري: ص 475 وما بعدها.

فقد تستجد أحداث تنسم بالخطورة الاستثنائية، ويكون من شأنها أن تضعف وتهدد كيان الدولة والأمة ومصالحها العليا، وإزاء هذا الوضع الحرج تجد الدولة نفسها ممثلة، في سلطتها التنفيذية، مضطراً إلى تجاوز هذه المبادئ الدستورية الراسخة، أو الخروج عنها من أجل دفع هذه الظروف الخطرة، مبررةً تجاوزها بوجود حالة الضرورة، وفي سبيل مواجهة هذه الأحداث الخطرة، فإن سلطات الدولة تعتمد آليات وصلاحيات استثنائية تقرها حالة الضرورة<sup>(7)</sup>.

فنظرية الضرورة تقوم على فكرة أساسها وجود ظروف غير عادية، تستدعي تركيز السلطات في يد السلطة التنفيذية، متمثلة في رئيس الجمهورية، دفاعاً عن المصالح الجوهرية والحيوية في الدولة، فإذا كانت القاعدة العامة أن التشريع هو من اختصاص السلطة التشريعية، فإنه يسند للسلطة التنفيذية استثناءً، عند وقوع أزمات أو ظروف خطيرة، تهدد كيان الدولة، ولمواجهة هذه الظروف الاستعجالية، والتي لا تحتمل التأخير، خولت معظم الدساتير السلطة التنفيذية إصدار تشريعات لها قوة القانون استناداً لنظرية الضرورة، حيث تقوم السلطة التنفيذية بمهمة التشريع بسبب حالة الضرورة استثناءً<sup>(8)</sup>.

إن نظرية الضرورة وفقاً للقانون الدستوري تقوم على وجود خطر جسيم وحال يهدد كيان الدولة، بحيث لا يمكن مواجهة حالة الأزمة بالقواعد القانونية العادية، مما يستدعي التدخل السريع لمواجهة هذه الأوضاع من طرف السلطة التنفيذية، وقد يخالف هذا التصرف القواعد القانونية القائمة، إلا أنه يعد الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر، فتكون نظرية الضرورة هي الأساس القانوني لما تتخذه الإدارة من تصرفات في أوقات الضرورة<sup>(9)</sup>.

7- عادل أحمد بوعرقي: ص 17.

8- محمود صبحي علي السيد: ص 11.

9- عزيزة الشريف: الاختصاص التشريعي في حالات الضرورة، المؤتمر العلمي السنوي الثالث، (المواجهة التشريعية لظاهرة الإرهاب على المستويين الوطني والدولي)، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 1989، ص 77. مشار إليه لدى تونصير إبراهيم: ص 5.

ويتلخص مفهوم نظرية الضرورة في أن "الأحكام الدستورية أو القواعد التشريعية العادية يجب أن تجمد مؤقتاً، ويتوقف العمل بها لانتفاء ظروف تطبيقها، تقديماً لمصلحة الضرورة العليا لسلامة الدولة"<sup>(10)</sup>.

وفي الحقيقة يصعب وضع تعريف محدد وجامع لها، وهو ما يدفع بالعديد من الفقهاء إلى اللجوء إلى ذكر بعض الأمثلة مستمدة من أحكام القضاء لتوضيح المقصود بها، كحدوث الزلازل والبراكين والفيضانات والمجاعة والأوبئة والثورات والإضرابات والمظاهرات العنيفة والحروب والفتن والعمليات الإرهابية.

وقد أصبحت نظرية الضرورة في الوقت الحالي جزءاً لا يتجزأ من غالبية الأنظمة القانونية والدستورية، إذ يصعب على أي نظام ديمقراطي يواجه أعباء ومصادر السلطة ألا يستعين بها، وذلك باعتبارها آلية قانونية استثنائية تبيح للسلطة التنفيذية التصدي لما يطرأ على الساحة من حوادث وظروف غير عادية تعجز الوسائل التقليدية العادية في مواجهتها<sup>(11)</sup>.

وتشريعات الضرورة تكتسب أهمية بالغة في عصرنا الحالي، حيث تشعبت الأمور وازدادت التعقيدات، وغلب الطابع الفني على الكثير من مجالات الحياة، الأمر الذي يجعل الهيئة التشريعية عاجزة وغير قادرة على التدخل في وقت من الأوقات لتنظيم مثل تلك الأمور ذات الطابع الفني، لذا عمدت العديد من الدساتير في دول العالم إلى النص بين ثناياها على أحكام من شأنها أن تمنح السلطة التنفيذية استثناءً وحسراً سلطة إصدار تشريعات تستدعيها حالة الضرورة، وتسمى هذه التشريعات بلوائح الضرورة التي يعرفها الفقه بأنها "لوائح تصدر لمواجهة ظروف استثنائية مفاجئة، تقتضي معالجة سريعة من أجل الحفاظ على كيان الدولة وسلامتها"<sup>(12)</sup>، وكذلك بأنها "لوائح تصدر من السلطة التنفيذية نتيجة غياب البرلمان في وقت

<sup>10</sup>- د. محمد علي سويلم: الدستور الانتقالي في ضوء الفقه والقضاء الدستوري (دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة للإعلان الدستوري المكمل)، دار

المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 503. مشار إليه لدى تونصير إبراهيم: ص 5.

<sup>11</sup>- د. محمد أحمد عبد النعيم: ص 11.

<sup>12</sup>- د. ماجد راغب الطول: ص 137.

تحتاج فيه الدولة إلى تشريعات معينة لمواجهة ظروف استثنائية طارئة، ولذلك فإن السلطة التنفيذية تحل محل البرلمان في ممارسة وظيفته التشريعية عن طريق إصدار اللوائح التشريعية<sup>(13)</sup>.

ويلاحظ بأن الفقه لم يتفق على مصطلح واحد يطلقه على ما تصدره السلطة التنفيذية من تشريعات هي في الأصل من اختصاص السلطة التشريعية في أوقات الأزمات، فالبعض يطلق عليها لوائح الضرورة، والبعض الآخر يسميها تشريعات الضرورة. وبالرغم من أهمية نظرية الضرورة، وتبني كثير من الدساتير لها، إلا أن الفقه في بعض الدول الديمقراطية لم يسلم بها، فقد هاجمها الفقه الإنجليزي والأمريكي لتعارضها من وجهة نظره مع المبدأ الديمقراطي والمبادئ القانونية، كمبدأ المساواة بين المواطنين في مواجهة الأعباء العامة، ومبدأ مشاركة الشعب في الحكم والإدارة، حيث تفترض الضرورة انفراد سلطة بعينها بممارسة صلاحيات استثنائية واسعة، مما دعا الفقه الانجلوسكسوني إلى رفضها<sup>(14)</sup>.

ولم يتضمن الدستور الأمريكي الحالي الصادر سنة 1787م أي إشارة لنظرية الضرورة، في حين نجد أن المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية رفضت فكرة نظرية الضرورة رفضاً مطلقاً وصريحاً، واعتبرت أن أي إجراء يستند إلى نظرية الضرورة يعتبر مخالفاً للدستور والقانون<sup>(15)</sup>.

<sup>13</sup> - د. سامي جمال الدين: ص 63.

<sup>14</sup> - د. وجدي ثابت غيريال: السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف الإسكندرية، 1988م، ص 14.

<sup>15</sup> - وكان ذلك في مناسبتين، الأولى كانت بمناسبة قضية ميلجان Milligan في سنة 1866، والثانية في قضية عمال مصانع الصلب في سنة 1952. يراجع تونصير إبراهيم: ص 46 وما بعدها.

### المطلب الثاني

#### شروط تحقق نظرية الضرورة

لكي يمكن اللجوء إلى تطبيق نظرية الضرورة تتفق معظم الدساتير التي تتبناها على وضع مجموعة من الشروط أو الضوابط تجعل اللجوء إليها مقيداً، وحتى لا تصبح وسيلة بيد السلطة التنفيذية، تلجأ إليها متى تشاء من أجل تحقيق مصالح لها، فتوفر هذه الشروط هو ما يبرر خروج السلطات العامة على مقتضى مبدأ الشرعية الدستورية والفصل بين السلطات في أوقات الأزمات، لذلك يتفق الفقه والقضاء المقارن على مجموعة من الشروط تتمثل في الآتي:

**أولاً- وجود خطر جسيم يهدد الدولة:**

يعتبر هذا الشرط من الشروط الأساسية الواجب توافرها من أجل إعمال نظرية الضرورة، فتطبيقها يستلزم وجوده أولاً وقبل كل شيء، ومصدر الخطر قد يكون طبيعياً كالكوارث والزلازل والفيضانات والأوبئة والأمراض الفتاكة، وقد يكون اقتصادياً كالإضراب والاعتصام والأزمات المالية والاقتصادية، وأحياناً يكون داخلياً كالعصيان المسلح والتمرد والمظاهرات العنيفة والعمليات الإرهابية، وقد يكون خارجياً كالحروب، ويجب أن يخرج هذا الخطر عن المخاطر المتوقعة والعادية، وأن يكون غير مألوف، وأن يكون جسيماً وحالاً، فحياة الدول لا تخلو من المشاكل والأخطار العادية التي يمكن مواجهتها بالتشريعات العادية، ففي هذه الحالة لا يكون هناك مجال لتطبيق نظرية الضرورة.

وإن كان لا يوجد معيار محدد تقاس به جسامته الخطر، فلا بد أن يتجاوز درجة الخطر المعتاد المألوف الذي يحدث من وقت لآخر، فالخطر يجب أن يكون ذا طبيعة استثنائية حتى يمكن وصفه بأنه خطر جسيم، لأن الخطر المعتاد المألوف يكون متوقعاً، وبالتالي يمكن مواجهته بالطرق القانونية العادية<sup>(16)</sup>.

<sup>16</sup>- د. يحيى الجمل: ص 15.

كذلك يجب أن يكون الفعل قد وقع بالفعل أو على وشك الوقوع، لتخرج عن مجال تطبيق نظرية الضرورة الأخطار المستقبلية، فلا يعتبر الخطر حالاً إذا كان متوهماً لم يتحقق بعد، أو كان يمكن التنبؤ به قبل وقوعه، بحيث يمكن الاستعداد له ومواجهته، أو يكون قد وقع وانتهى، كما يشترط لتطبيق نظرية الضرورة أن يهدد الخطر المصلحة العامة.

ومن الدساتير التي نصت على شرط الخطر الجسيم الحال الدستور الفرنسي الحالي الصادر سنة 1958م، حيث نصت المادة 16 منه على أنه "إذا أصبحت مؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية، مهددة بخطر جسيم وعاجل، ترتب عليه انقطاع السير المنتظم للسلطات الدستورية، كان لرئيس الجمهورية أن يتخذ من الإجراءات ما تتطلبه هذه الظروف، بعد استشارة كل من رئيس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ والمجلس الدستوري. ويجب أن يكون الغرض من الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية التأمين للسلطات الدستورية، في أقل مدة ممكنة، الوسائل الفعالة لإنجاز مهام وظائفها، على أن يؤخذ رأي المجلس الدستوري حيال هذه الإجراءات. وفي هذه الظروف يجتمع البرلمان بقوة القانون، ولا يجوز لرئيس الجمهورية أن يحل الجمعية الوطنية خلال ممارسته لهذه السلطات الاستثنائية".

وسار في نفس الاتجاه الدستور التونسي 2014م والدستور المغربي 2011م والدستور الجزائري بعد تعديله في 2016م، أما الدستور المصري لسنة 2014م فلم يتضمن شرط الخطر الجسيم والحال عكس الدستور الفرنسي، وإنما اشترط توفر الاستعجال كحالة من حالات الضرورة التي تستدعي الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، حيث تخول السلطة التنفيذية الحق في الحل محل السلطة التشريعية مؤقتاً في هذا الاختصاص عن طريق سن قرارات تكون لها قوة القانون، أي قوة التشريع العادي، حيث نصت المادة 156 منه على أنه "إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه، وإذا كان مجلس

النواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين، ...". وعلى نفس الاتجاه سار مشروع الدستور الليبي لسنة 2017م في المادة 108، والذي سنتطرق له في المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذه الدراسة.

### ثانياً- تعذر إتباع القواعد العادية لمواجهة حالة الضرورة:

إن تطبيق نظرية الضرورة يستلزم أن تعجز السلطة العامة عن إتباع قواعد المشروعية العادية، فيجب أن تعجز الوسائل والإجراءات العادية عن مواجهة هذه الحالة الاستثنائية غير المتوقعة التي حلت بالدولة والمجتمع، بحيث تجد السلطة العامة نفسها مضطراً للجوء إلى الوسائل غير العادية لمواجهة حالة الخطر الداهم الذي يهدد كيان الدولة، باعتبار أنها الوسيلة الوحيدة الممكنة لمواجهته.

ويتجه بعض الفقه للقول بأنه يشترط لتطبيق نظرية الضرورة أن تجد السلطة العامة نفسها في حالة استحالة وعجز في الوسائل القانونية العادية وعن طريق المؤسسات الدستورية في مواجهة حالة الضرورة، فإن وجدت وسيلة قانونية أو دستورية ممكنة للتغلب على هذه الظروف الاستثنائية والحالة الشاذة فيجب إتباعها، ويرى جانب آخر من الفقه أنه يمكن تطبيق نظرية الضرورة متى تعذر على السلطة العامة مواجهة هذه الأخطار للمحافظة على النظام العام والمؤسسات الدستورية بقواعد المشروعية العادية دون أن تصل درجة الاستحالة إلى مرتبة الاستحالة المطلقة<sup>(17)</sup>.

### ثالثاً- أن يهدد الخطر المصلحة العامة:

فلا يكفي وقوع الخطر لإعمال نظرية الضرورة وإنما يجب أن يكون من شأن وقوع الخطر الإضرار بالمصلحة العامة، فيجب أن يكون الهدف من إجراءات الضرورة مواجهة الخطر لحماية المصلحة العامة المهددة، وتتمثل هذه المصلحة في حماية كيان الدولة أو سلامة أراضيها أو المحافظة على مؤسساتها الدستورية، وبالتالي حماية النظام العام وضمأن

<sup>17</sup>- يراجع د. محمد أحمد عبد النعيم: ص 24. وأيضاً د. هشام عبد المنعم عكاشة: ص 14.

استمرارية المؤسسات العامة، فلا تكون السلطة التنفيذية أمام حالة الضرورة إذا كانت تصرفاتها تستهدف تحقيق مصالح شخصية، فيشوب تصرفها عيب الانحراف في استعمال السلطة، كما أن الخطر الذي يهدد مصلحة خاصة لا يمثل حالة الضرورة. ويعد هذا الشرط من أهم شروط تطبيق نظرية الضرورة، لأنه هو المعيار الذي يحدد السلطات الاستثنائية التي يمكن لسلطة الضرورة ممارستها وحدود ذلك<sup>(18)</sup>.

ومن خلال استعراضنا لشروط تطبيق نظرية الضرورة نجد أنها مرتبطة ببعضها، ولا يكفي توفر أحدها لقيام حالة الضرورة، وإنما يجب توافرها جميعاً، ويبقى أن نشير إلى أن الضرورة تقدر بقدرها وفقاً للقاعدة العامة، وأن يكون هناك تناسب بين حجم الأزمة وما يتخذ من إجراءات لمواجهتها، ويتولى القضاء مهمة التحقق من توافر هذه الشروط.

### المبحث الثاني

#### التنظيم القانوني لنظرية الضرورة في ليبيا

نحاول في هذا المبحث تسليط الضوء على كيفية معالجة المشرع الليبي (الدستوري والعادي) لنظرية الضرورة عبر مسيرة التنظيم الدستوري في ليبيا في مراحلها المختلفة، مع بيان موقف مشروع الدستور الذي انتهت من صياغته وإعداده الهيئة التأسيسية المنتخبة، وذلك من خلال مطلبين، نخصص الأول لموقف المشرع الليبي من نظرية الضرورة، بينما نفرّد الثاني لنظرية الضرورة في ظل مشروع الدستور.

### المطلب الأول

#### موقف المشرع الليبي من نظرية الضرورة

عرفت ليبيا مبكراً نظرية الضرورة عبر تاريخها الدستوري والسياسي، وإن كان بشكل واضح في ظل دستور المملكة الصادر سنة 1951م، وأقل وضوحاً في ظل المراحل

18- د. هشام عبد المنعم عكاشة: ص 17.

التالية، وتتبع مسيرة نظرية الضرورة عبر المراحل الدستورية المختلفة يقتضي سلامة البحث استعراضها ودراستها بشكلٍ موجزٍ وفقاً للآتي:

### أولاً- نظرية الضرورة وفقاً لدستور 1951م والإعلان الدستوري لسنة 1969م:

رأينا فيما سبق أنه متى توافرت شروط استثنائية محددة تقوم السلطة العامة، متمثلة في السلطة التنفيذية، في حالة توافر متطلبات وشروط اللجوء إلى نظرية الضرورة، بمهمة التشريع بسبب غياب البرلمان، حتى تتمكن من مواجهة الظروف التي تهدد أمن الدولة وسلامتها، فتمتلك السلطة التنفيذية من خلالها أن تنظم أموراً ينظمها القانون أصلاً، ويجب أن تعرض هذه القرارات على السلطة التشريعية في أقرب فرصة لإقرارها.

فالغرض من نظرية الضرورة هو مواجهة الظروف الطارئة التي تعصف بأمن البلاد وسلامتها، وقد عرفت ليبيا في ظل دستور 1951م نظرية الضرورة وفقاً للمادة 64 منه، والتي نصت على أنه "إذا طرأت أحوال استثنائية، تتطلب تدابير مستعجلة، ولم يكن مجلس الأمة منعقدًا، فللملك الحق أن يصدر بشأنها مراسيم، يكون لها قوة القانون، على أن لا تكون مخالفة لأحكام الدستور، وتعرض هذه المراسيم على مجلس الأمة في أول اجتماع له، فإذا لم تعرض، أو لم يقرها أحد المجلسين، زال ما كان لها من قوة القانون".

بموجب هذا النص كان المشرع الدستوري الليبي قد منح السلطة التنفيذية، متمثلة في الملك، حق مواجهة حالات الضرورة، بإصدار مراسيم لها قوة القانون، استناداً لعدم انعقاد البرلمان أثناء حدوث هذه الحالات التي تتطلب السرعة في مواجهتها، على أن لا تكون مخالفة لأحكام الدستور، وأن تعرض هذه المراسيم على البرلمان في أول اجتماع، فإذا لم تعرض أو لم يقرها زال ما كان لها من قوة القانون.

وقد تبنت محكمتنا العليا منذ تأسيسها سنة 1953م نظرية الضرورة، ونصت عليها في بعض أحكامها، ومنها على سبيل المثال الحكم الصادر في الطعن الجنائي رقم 03/02 ق بتاريخ 1955/02/24م، والذي جاء فيه "لا يمكن إصدار مثل هذه المراسيم إلا عند

الضرورة، فالمسوغ للسلطة التنفيذية في استعمالها حق إصدار هذه المراسيم هو قيام حالة من الاستعجال توجب إصدارها كتدابير لا تحتل التأخير". كذلك حكمها الصادر في الطعن الدستوري رقم 05/02 ق بتاريخ 11/02/1961م حيث جاء فيه "إن تقدير قيام أحوال الاستثناء وموجبها من الإجراءات المستعجلة مرده إلى السلطة التنفيذية تحت رقابة البرلمان، فلها في حدود هذه الرقابة أن تقدر ملاءمة أو عدم ملاءمة استعمال رخصتها التشريعية الاستثنائية، لأنه قد يتعذر على غيرها تقدير هذه الملاءمة تقديراً كاملاً سليماً"<sup>(19)</sup>.

وبخصوص رقابة المحكمة العليا على دستورية المراسيم فإنها تجري مجرى التشريع، وتأخذ حكمه، فالمراسيم التي يصدرها الملك في غير أدوار انعقاد مجلس الأمة وفقاً للمادة 64 من الدستور المشار إليها تخضع للرقابة الدستورية، وقد جاء في صلب هذه المادة بشأن المراسيم التي يصدرها الملك في غير أدوار انعقاد مجلس الأمة أن هذه المراسيم يكون لها قوة القانون، على أن لا تكون مخالفة لأحكام الدستور. فهذه المراسيم يجب أن تكون متفقة مع أحكام الدستور، وفي حالة مخالفتها لأحكامه يجوز لكل فرد أن يطعن بعدم دستوريته، بشرط توافر المصلحة الشخصية في ذلك.

أما مرحلة الإعلان الدستوري الصادر في الحادي عشر من ديسمبر 1969م، الذي ألغى دستور سنة 1951م، وأعلن عن بداية مرحلة أخرى بإعلان النظام الجمهوري كنظام للحكم، يمارس فيه مجلس قيادة الثورة وفقاً لنص المادة الثامنة عشرة منه كافة الأعمال المتعلقة بالسيادة العليا والتشريع ووضع السياسة العامة للدولة، والتي نصت على أن "مجلس قيادة الثورة هو أعلى سلطة في الجمهورية العربية الليبية، ويباشر أعمال السيادة العليا والتشريع ووضع السياسة العامة للدولة نيابة عن الشعب، وله بهذه الصفة أن يتخذ كافة التدابير التي يراها ضرورية لحماية الثورة والنظام القائم عليها، وتكون هذه التدابير في صورة إعلانات

<sup>19</sup>- أشار لهذين الحكمين إبراهيم عبدالكريم عطية: ص 104.

دستورية أو قوانين أو أوامر أو قرارات، ولا يجوز الطعن فيما يتخذه مجلس قيادة الثورة من تدابير أمام أية جهة".

وباعتبار مجلس قيادة الثورة يمثل السلطة التنفيذية فإنه يجوز له بهذه الصفة في حالة الضرورة أن يصدر قرارات وأوامر لها قوة القانون، وبذلك يمكن القول بأنه استمر الاعتراف بنظرية الضرورة في ظل الإعلان الدستوري 1969م وفقاً للمادة 18 منه، وتجدر الإشارة إلى أن التدابير الضرورية التي يتخذها مجلس قيادة الثورة بهدف حماية الثورة والنظام القائم عليها تخرج من نطاق الرقابة على دستورية القوانين، بمعنى أن كل إجراء يتخذ من قبل مجلس قيادة الثورة، سواء في شكل قانون أو قرار أو أمر بهدف حماية الثورة والنظام القائم عليها، لا يجوز الطعن فيه أمام أية جهة، فهو بذلك متحصن ضد رقابة القضاء، أياً كان نوعها.

**ثانياً- نظرية الضرورة خلال الفترة من 1977م – 2011م:**

الفترة التي جاءت بعد سنة 1977م، وهي فترة صدور وثيقة إعلان قيام سلطة الشعب وما تلاها من وثائق وقوانين أساسية، هي فترة غامضة، لم تعالج فيها كثير من الموضوعات الدستورية، ومن بينها نظرية الضرورة، وقد كان هناك اختلاف في الفقه الدستوري الليبي حول ضرورة منح الأداة التنفيذية حق إصدار لوائح الضرورة في حالة الضرورة والاستعجال، فجانِب يرى منحها هذا الحق في إصدار اللوائح، ويرى جانب آخر عدم منحها هذا الحق، لأنه سوف يقود إلى المزيد من التوسع في السلطة اللائحية<sup>(20)</sup>.

وقد صدر القانون رقم 21 لسنة 1991م بشأن التعبئة<sup>(21)</sup> وحدد الحالات التي تعلن فيها حالة التعبئة، وهي حالة الخطر الخارجي والخطر الداخلي، وهي ظروف استثنائية عاجلة، تهدد أمن الدولة وسلامتها، فإنه يمكن القول بأن المشرع الليبي قد اعترف بنظرية الضرورة في تلك الفترة، وبالتالي فإن جميع الإجراءات والقرارات الصادرة في هذه الظروف تعد

<sup>20</sup>- د. إبراهيم أبو خزام: ص 524.

<sup>21</sup>- الجريدة الرسمية. عدد 22. سنة 29. صادر بتاريخ 9. 11. 1991.

مشروعة، بشرط أن تعلن حالة التعبئة بقرار من المؤتمرات الشعبية الأساسية، وأن يكون الغرض من الإجراءات والقرارات التي تتخذها الجهات المختصة خلال فترة إعلان حالة التعبئة هو مواجهة حالات الخطر الداخلي أو الخارجي المنصوص عليها في قانون التعبئة<sup>(22)</sup>. وإن كان اشتراط إعلان حالة التعبئة بقرار من المؤتمرات الشعبية الأساسية لا يتفق مع حالة الاستعجال والضرورة التي تتطلب إصدار تدابير على وجه السرعة لمواجهة الظروف الاستثنائية التي تهدد أمن الدولة وسلامتها المتمثلة في الخطر الداخلي والخارجي، وهي ظروف مستعجلة لا تطبق التأخير، فدعوة المؤتمرات الشعبية الأساسية للانعقاد لمناقشة إعلان حالة التعبئة، ثم بعد ذلك دعوة مؤتمر الشعب العام لمناقشة قرارات المؤتمرات المتعلقة بإعلان حالة التعبئة وصياغتها يحتاج إلى وقت طويل، يكون كفيلاً بأن تكون الظروف الاستثنائية قد عصفت بكيان الدولة، وتصبح معه إعلان حالة التعبئة أمر غير مجدٍ، وتكون صياغة المادة الثالثة من القانون رقم 21 لسنة 1991م بالكيفية السابقة لا يحقق الغرض من اللجوء إلى نظرية الضرورة، والمتمثلة في مواجهة حالات الضرورة الطارئة بإصدار مراسيم لها قوة القانون على وجه السرعة لمواجهة هذه الحالات، كما أن القانون المشار إليه لم ينص على تقرير حق الطعن في الإجراءات والأعمال الصادرة أثناء إعلان حالة التعبئة، وأعتقد بأن

22- نصت المادة الثالثة من القانون رقم 21 لسنة 1991م بشأن التعبئة على أن "تعلن بقرار من المؤتمرات الشعبية الأساسية حالة التعبئة ونوعها والغرض من إعلانها في إحدى الحالات الآتية:  
أولاً: حالات الخطر الخارجي وتشمل:  
- توتر العلاقات الدولية.  
- قيام خطر الحرب.  
- نشوب الحرب.  
- ظهور ما يهدد أمن الجماهيرية أو يمس بسيادتها أو باستقلالها.  
ثانياً: حالات الخطر الداخلي وتشمل:  
- ظهور ما يهدد سلطة الشعب.  
- حدوث كوارث أو أوبئة أو غيرها مما يهدد حياة الناس وأمنهم وسلامتهم".

الحالات التي عددها المادة الثالثة المشار إليها تندرج ضمن أعمال السيادة المحصنة في الأساس من رقابة القضاء.

وتجدر الإشارة إلى أنه لم يسبق للمؤتمرات الشعبية أن أعلنت حالة التعبئة خلال الفترة السابقة من صدور القانون وحتى انتهائها بقيام ثورة 17 فبراير 2011م، فقد صدر القانون رقم 21 لسنة 1991م إلا أنه لم يطبق واقعياً.

كما أن الإعلان الدستوري المؤقت الصادر في 03/08/2011م لم يتبن نظرية الضرورة، وإن كنت أرى بأنه وفقاً للمادة 17 منه بأنه يجوز للمجلس الوطني الانتقالي المؤقت، باعتباره أعلى سلطة في الدولة الليبية، يستطيع أن يصدر قرارات أو أوامر لها قوة القانون لمواجهة ظروف استثنائية، ليس استناداً لاختصاصه كسلطة تشريعية، ولكن باعتباره يمثل السلطة التنفيذية العليا في ليبيا، فتكون هذه القرارات أو الأوامر بمثابة لوائح الضرورة، انطلاقاً من مقتضيات سلامة التراب الوطني، وسلامة المواطنين والمقيمين، وهي من واجبات المجلس الوطني الانتقالي المؤقت التي نصت عليها المادة 17 من الإعلان الدستوري بقولها: "المجلس الوطني الانتقالي المؤقت هو أعلى سلطة في الدولة الليبية، ويباشر أعمال السيادة العليا، بما في ذلك التشريع ووضع السياسة العامة للدولة، وهو الممثل الشرعي الوحيد للشعب الليبي، يستمد شرعيته من ثورة السابع عشر من فبراير، وهو المؤتمن على ضمان الوحدة الوطنية، وسلامة التراب الوطني، وتجسيد القيم والأخلاق ونشرها، وسلامة المواطنين والمقيمين، والمصادقة على المعاهدات الدولية، وإقامة أسس الدولة المدنية الدستورية الديمقراطية".

وننتهي من كل ما تقدم إلى أنه لا يوجد تطبيق واضح لنظرية الضرورة في ليبيا، ولم يخصها المشرع الليبي بتنظيم قانوني ينص عليها، لاسيما في الفترة التي أعقبت صدور وثيقة إعلان قيام سلطة الشعب، بالرغم من محاولة المشرع تحديد حالات إعلان حالة التعبئة، وهي نفس حالات اللجوء إلى نظرية الضرورة، إلا أن اشتراطه بضرورة إعلان حالة التعبئة بقرار

من المؤتمرات الشعبية الأساسية، وما يستتبعه ذلك من وقت طويل في صدور القرار، يكون المشرع الليبي قد أهدر أهم شرط للجوء إلى نظرية الضرورة، وهو بأن تكون هناك ظروف استثنائية لا تحتمل التأخير يستوجب على الإدارة مواجهتها بإصدار هذه اللوائح للحفاظ على سلامة الدولة، كما أن دعوة المؤتمرات الشعبية الأساسية للانعقاد لإقرار حالة التعبئة قد يكون متعذراً بسبب الخطر الجسيم الحال، وقد يعوق هذا الخطر جميع مؤسسات الدولة عن أداء دورها ويشل حركتها، فالدساتير تنص على منح السلطة التنفيذية سلطة إصدار لوائح لمواجهة حالات الضرورة أثناء غياب السلطة التشريعية، على أن تعرض على السلطة التشريعية للبت فيها، وأن تكون الرقابة الدستورية على اللوائح هي الضمانة في عدم مخالفتها للقواعد الدستورية.

### المطلب الثاني

#### نظرية الضرورة في ظل مشروع الدستور

انطلاقاً من أن نظرية الضرورة أصبحت في الوقت الحاضر جزءاً لا يتجزأ من غالبية الأنظمة القانونية والدستورية، إذ يصعب على أي نظام ديمقراطي يواجه أعباء ومصادر السلطة دون أن يستعين بهذه النظرية، وذلك باعتبارها آلية قانونية استثنائية، تتيح للسلطة التنفيذية التصدي للحوادث والأخطار التي قد تواجهها الدولة، وتعجز الوسائل العادية في مواجهتها. فقد تبنت معظم الدساتير الحديثة هذه النظرية، ونصت عليها صراحة، ولم يخرج مشروع الدستور الليبي لسنة 2017م المعروض حالياً على مجلس النواب لإصدار قانون الاستفتاء عن هذا الإطار، حيث نصت المادة 108 منه على أنه "الرئيس الجمهورية في حالة عدم انعقاد المجلسين، أو حل مجلس النواب، إصدار قرارات بقوة القانون في حالة الضرورة والاستعجال، وفق ما ينظمه القانون، على أن يتم عرضها مسببة خلال سبعة أيام من

تاريخ انعقاد الدورة التالية لمجلس النواب لإقرارها أو إلغائها، ولا يجوز إصدار أي قرارات تتعلق بمسائل من اختصاص مجلس الشيوخ".

ويتشابه هذا النص مع المادة 156 من الدستور المصري لسنة 2014م، حيث أجازت هذه المادة لرئيس الجمهورية إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير أن يدعو مجلس النواب لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه، وإذا كان مجلس النواب غير قائم يجوز للرئيس إصدار قرارات بقوانين، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش، أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بآثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب عليها من آثار.

ويلاحظ من هذا النص التشابه الكبير بين نص المادة 108 من مشروع الدستور الليبي ونص المادة 156 من الدستور المصري، مما يدعونا إلى اعتباره المصدر التاريخي لنص المادة 108. ووفقاً لهذا النص يحق للسلطة التنفيذية المتمثلة في رئيس الجمهورية أن يصدر قرارات لها قوة القانون في حالة الضرورة، إلا أن هذا اللجوء مقيد بتوافر ثلاثة شروط، تتمثل في الآتي:

**أولاً- أن تتوفر حالة الضرورة والاستعجال:**

حيث يشترط لإعلان حالة الضرورة توافر أمر ضروري لا يحتمل التأخير أو الانتظار لحين انعقاد السلطة التشريعية، ويلاحظ أن مشروع الدستور لم يورد أمثلة لحالة الضرورة كما فعل المشرع الدستوري الفرنسي في المادة 16 من الدستور، حيث ذكر بعض الأمثلة على حالة الضرورة، وهو ما يعني في هذه الحالة أن تقدير قيام حالة الضرورة من عدمها هو أمر متروك لرئيس الجمهورية، فعند وقوع خطر مألوف أو حدوث أزمة غير متوقعة، وتتطلب سرعة التدخل، وتعجز القوانين التي وضعت للظروف العادية عن معالجتها،

وعدم انعقاد السلطة التشريعية يصبح هنا تدخل السلطة التنفيذية بصورة مستعجلة لا تحتل التأخير مبرراً للحلول محل السلطة التشريعية من خلال إصدار قرارات بمرتبة القانون لمعالجة حالة الضرورة. فالقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية في حالة الضرورة تكون على علاقة بالظروف الاستثنائية ومتصلة بها بشكل مباشر، فلا يجوز تجاوز هذه الظروف والاعتداء على اختصاص السلطة التشريعية، وهو الأمر الذي يؤكد على ربط حالة الضرورة بالاستعجال. وقد منحت المادة المشار إليها لرئيس الجمهورية صلاحية إصدار قرارات بقوة القانون وتقدير حالة الضرورة تحت رقابة مجلس النواب.

### ثانياً- عدم انعقاد المجلسين أو حل مجلس النواب:

حتى يستطيع رئيس الجمهورية اللجوء إلى تطبيق نظرية الضرورة وممارسة الصلاحية الممنوحة له بموجب المادة 108 يشترط عدم انعقاد السلطة التشريعية، باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصلي التي تملك سلطة إصدار القوانين في الظروف العادية دون مشاركة أية سلطة أخرى، فإذا كانت السلطة التشريعية منعقدة، وتمارس اختصاصها المتعلق بالتشريع، ففي هذه الحالة تسقط إحدى موجبات حالة الضرورة، ولا يجوز اللجوء إليها، وتجدر الإشارة إلى أن النص قد استخدم في حالة عدم انعقاد المجلسين أو حل مجلس النواب، ومصطلح عدم الانعقاد يشمل فترة ما بين أدوار الانعقاد، وفترة ما بين الفصلين التشريعيين، وفترة وقف جلسات المجلسين، وكذلك حل مجلس النواب.

### ثالثاً- عرض القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية على مجلس النواب:

أشارت المادة 108 صراحة إلى ضرورة قيام رئيس الجمهورية بعرض القرارات بقوة القانون التي قام بإصدارها على مجلس النواب على أن تكون مسببة خلال سبعة أيام من تاريخ انعقاد الدورة التالية لمجلس النواب، والذي له الحرية في إقرارها أو عدم قبولها وإلغائها، والقصد من ذلك هو تمكين السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصلي من مراجعة كافة القرارات والإجراءات التي تمت في غيابها وعدم وجودها، وحتى لا يتحول

الاختصاص التشريعي الاستثنائي إلى سلطة تشريعية أصيلة في يد السلطة التنفيذية دون وجود قيد عليها، ولم يتطرق النص الوارد في مشروع الدستور لآلية التصويت داخل مجلس النواب على هذه القرارات، وهذا الأمر في اعتقادي متروك للمشرع العادي، خصوصاً وأن نص المادة 108 قد أشار إلى أن هناك قانون سينظم كل ما يتعلق بحالة الضرورة.

وبالرجوع إلى نص المادة 108 نجد أن عبارة (الضرورة والاستعجال) عبارة فضفاضة، تتسم بالعمومية والغموض، وتعطي مساحة واسعة لرئيس الجمهورية في فرض حالة الضرورة لعدم وجود ضابط محدد، فهي تمنحه سلطات واسعة، تتحكم فيها الأهواء والادعاءات والمصلحة الشخصية، وقد تتحول إلى ذريعة يتم بموجبها مخالفة أحكام الدستور والخروج عليه، خصوصاً وأن النص لم يشترط عدم مخالفة القرارات بقوانين التي تصدر في حالة الضرورة لأحكام الدستور، كما فعلت بعض الدساتير، فكان على الهيئة التأسيسية إيراد بعض الحالات الموجبة للضرورة، كما فعل المشرع الدستوري الفرنسي في المادة 16 من الدستور الحالي، وسارت على نهجه كثير من الدساتير العربية والأجنبية، والهدف من تحديد حالات الضرورة، وذكرها في الدستور، هو منع السلطة التنفيذية، متمثلة في رئيس الجمهورية، من اللجوء إلى تطبيق نظرية الضرورة في حالات لا تبرر ذلك.

هناك من يرى أن التحديد لا يحول دون تجاوز السلطة التنفيذية إذا ما رغبت في تجاوز الحالات الواردة على سبيل الحصر في الدستور، فهي قد تعطي هذه الحالات تفسيراً واسعاً، يدخل فيها حالات لا يتوافر فيها شرط الضرورة، وبالتالي فإن الوضع يعود إلى دوامة عدم التحديد، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن السلطة التنفيذية إذا ما ألزمت بهذا التحديد فإن ذلك قد يؤدي إلى زعزعة كيان الدول، إذا ما حدث طارئ غير وارد ضمن الحالات الواردة في الدستور، ولا يمكن تأخير معالجته لحين انعقاد البرلمان، وعليه فإن لفظ الإطلاق والعمومية لحالة الضرورة أفضل من تقييده، بشرط عدم التوسع في تفسيره، على اعتبار أن تطبيق حالة الضرورة والاستعجال ما هو في الأصل إلا استثناء لا يجوز التوسع فيه أو

القياس عليه. ويتمثل ذلك بقيام حالات غير عادية وغير مألوفة، تخرج عن نطاق ما يمكن توقعه، كخطر جسيم من شأنه تهديد النظام العام، وهذا التهديد قد يكون طبيعياً كالكوارث، أو أجنبياً كالحروب، كل ذلك يعني الخروج عن كل ما هو متوقع أو مألوف في حياة الدولة، ويكون من شأن تطبيق القوانين الموضوعية للظروف العادية فيه تهديد لسير المرافق العامة، وذلك لعجزها عن مواجهة تلك الظروف، وتقدير حالة الضرورة والتدابير اللازمة ومدى مناسبتها لمواجهة تلك الحالة هو أمر تختص به السلطة التنفيذية، باعتبارها الأقرب إلى تلك الظروف، والأقدر على تلمس طرق مواجهتها، إلا أن السلطة التنفيذية -في تقديرها لكل ذلك- إنما تخضع لرقابة لاحقة من السلطة التشريعية التي تقدر سلامة تقرير السلطة التنفيذية، وذلك عند عرض القرارات بقوانين عليها<sup>(23)</sup>.

ونشير إلى أن القرارات بقوة القانون التي يصدرها رئيس الجمهورية في حالة الضرورة تكون خاضعة للمراجعة النهائية من قبل مجلس النواب لضمان عدم استغلال رئيس الجمهورية لصلاحياته الاستثنائية، أو تجاوز هذه الصلاحيات الممنوحة له، وهذا واضح من نص المادة 108 التي أوجبت هذا العرض كما أشرنا سابقاً، وهو ما يؤكد احترام السلطة التنفيذية لمبدأ المشروعية الدستورية، والتزامها بمبدأ الفصل بين السلطات، وإنها لم تكن تلجأ لإصدار هذه القرارات لولا الظروف الاستثنائية التي فرضت ذلك.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 108 اكتفت بالرقابة البرلمانية من مجلس النواب، ولم تمنح القضاء سلطة الرقابة على هذه القرارات، وكان ينبغي على الهيئة التأسيسية أن تمنح المحكمة الدستورية، التي نصت على استحداثها المادة 135 من مشروع الدستور، سلطة الرقابة للتحقق من توافر الشروط التي نص عليها الدستور في القرارات بقوانين، باعتبارها من السلطات الاستثنائية التي أوردتها مشروع الدستور ضمن ضوابط محددة لا يجوز تعديلها أو الخروج عليها، وحتى لا تتحول هذه السلطة الاستثنائية إلى سلطة مطلقة، تمارس فيها السلطة

<sup>23</sup>- د. عادل الحيارى: ص 667، وكذلك أحمد علي مدحت: ص 6. مشار إليهما لدى عادل أحمد بوعركي: ص 55.

التنفيذية اختصاص التشريع بدلاً عن السلطة التشريعية، وكذلك احترام المواعيد التي تطلبها الدستور في عرض هذه القرارات على مجلس النواب.

كما فات على الهيئة التأسيسية أن تضيف شرط عدم مخالفة هذه القرارات للأحكام الدستور، فشرط عدم مخالفة القرارات بقوانين أحكام الدستور من أهم الشروط التي يجب أن تراعيها السلطة التنفيذية عند ممارستها لهذا الحق وفق الضوابط التي حددتها المادة 108. وهذا الشرط كان موجوداً في نص المادة 64 من الدستور الليبي لسنة 1951م، فالظروف الاستثنائية أو العاجلة التي لا تحتمل التأخير، لا تبرر للسلطة التنفيذية مخالفة أحكام الدستور. وفي النهاية لا بد من الإشارة إلى أن نص المادة 108 كان صريحاً وواضحاً بأن المسائل التي تدخل في اختصاص مجلس الشيوخ لا يجوز لرئيس الجمهورية أن يصدر بشأنها قرارات لها قوة القانون، حتى ولو توافرت بشأنها شروط تطبيق حالة الضرورة.



### الخاتمة

ركزنا في هذا البحث على دراسة نظرية الضرورة، فأوضحنا المقصود بها، وبيننا شروط وضوابط تطبيقها واللجوء إليها، ثم تناولنا موقف المشرع الليبي (الدستوري والعادي) منها عبر مراحل تاريخ ليبيا الدستوري والسياسي، ابتداءً بدستور 1951م، وانتهاءً بمشروع الدستور لسنة 2017م، الذي تبناها بشكل صريح بنص المادة 108 منه، وفي نهاية الدراسة خلصنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نوردتها فيما يلي:

### أولاً- النتائج:

- 1- نظرية الضرورة تقتضي أن تخرج السلطة التنفيذية عن مبدأ الشرعية الدستورية إلى شرعية استثنائية، تتولى فيها مهمة التشريع مؤقتاً لمواجهة الأزمة الحاصلة، وحالة الخطر الداهم، لأن معالجتها لا تحتل التأخير.
- 2- ممارسة السلطة التنفيذية لاختصاص التشريع في حالة الضرورة تعد استثناءً من مبدأ الفصل بين السلطات، حيث تحل محل السلطة التشريعية، بإصدار قرارات لها قوة القانون في هذا المجال، حفاظاً على كيان الدولة وأمنها ونظامها واستقرارها.
- 3- معظم الدساتير الديمقراطية الحديثة تبنت مفهوم نظرية الضرورة، ونصت عليه صراحة، ووضعت لها من الضوابط والشروط ما يكفل عدم انحراف السلطة التنفيذية في استعمالها، والخروج عن الهدف والقصد من إقرارها.
- 4- تباينت الدساتير في معالجتها لنظرية الضرورة، فمنها من درج على ذكر أمثلة لحالة الضرورة، كالدستور الفرنسي الحالي، ومنها من سكت عن هذا الأمر، كمشروع الدستور الليبي.

- 5- عرفت ليبيا مبكراً عبر تاريخها الدستوري نظرية الضرورة، وأخذ بها أول دستور للبلاد، ونص على ذلك صراحة في المادة 64 منه، ثم اتسم موقف المشرع الليبي

حيالها بالغموض وعدم والوضوح، ولم يلجأ الإعلان الدستوري الليبي لسنة 2011م إلى تنظيمها، ثم عاد مشروع الدستور الليبي ونص عليها صراحة في المادة 108 منه.

6- بالرغم من أن مشروع الدستور قد اخضع القرارات بقوة القانون التي يصدرها رئيس الجمهورية في حالة الضرورة للرقابة البرلمانية لضمان عدم استغلال رئيس الجمهورية لصلاحياته الاستثنائية، أو تجاوز هذه الصلاحيات، إلا أنه لم يخضعها للرقابة القضائية المتمثلة في رقابة المحكمة الدستورية.

7- أوردت المادة 108 من مشروع الدستور عبارة "الضرورة والاستعجال" وهي عبارة فضفاضة، تتسم بالعمومية والغموض وتعطي مساحة واسعة لرئيس الجمهورية في فرض حالة الضرورة، لعدم تقييدها بضابط محدد.

### ثانياً- التوصيات:

1- ضرورة أن يتم تحديد المقصود بعبارة "الضرورة والاستعجال" الواردة في المادة 108 من مشروع الدستور، بإيراد بعض الحالات الموجبة للضرورة داخلياً وخارجياً، وتحديدها تحديداً دقيقاً، حتى لا يتم التوسع في فرضها، وبالتالي هدم مبدأ المشروعية الدستورية.

2- كان ينبغي على واضعي مشروع الدستور أن يمنحوا المحكمة الدستورية التي نص على استحداثها سلطة الرقابة الدستورية على القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية في حالة الضرورة، حتى لا تتحول هذه السلطة الاستثنائية إلى سلطة مطلقة، تمارس فيها السلطة التنفيذية اختصاص التشريع بدلاً عن السلطة التشريعية.

3- إضافة ضابط عدم مخالفة القرارات بقوانين الصادرة في حالة الضرورة لأحكام الدستور، فهذا الشرط يعتبر من أهم الشروط والضوابط التي يجب أن يراعيها رئيس الجمهورية عند ممارسته لهذا الاختصاص الاستثنائي المؤقت.

4- ضرورة تحديد آلية التصويت داخل مجلس النواب على القرارات بقوانين بعد عرضها عليه، حيث لم تبين المادة 108 من مشروع الدستور الأحكام الخاصة بالتصويت على هذه القرارات.

### المصادر

- 1- د. إبراهيم أبو خزام: الوسيط في القانون الدستوري - الكتاب الأول - الدساتير والدولة ونظم الحكم، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت، ط2، 2002.
- 2- إبراهيم عبدالكريم عطية: سلطة الإدارة في إصدار اللوائح الاستثنائية ومدى الرقابة عليها، (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة درنة، 1998/1997.
- 3- د. إحسان حميد المفرجي: النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، كلية القانون، جامعة بغداد، 1990.
- 4- أحمد علي مدحت: نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978.
- 5- د. السيد صبري: مبادئ القانون الدستوري، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة، ط4، 1949م.
- 6- تونصير إبراهيم: تشريعات الضرورة دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والمصري، رسالة ماجستير، جامعة بسكرة، 2014/2013.
- 7- د. سامي جمال الدين: لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، (دراسة تحليلية للقرارات بقوانين والأوامر العسكرية، ومدى سلطة القضاء في الرقابة عليها بالمقارنة مع النظم المماثلة في فرنسا)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 8- عادل أحمد بوعركي: النظام الدستوري لتشريعات الضرورة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2010.

- 9- د. عادل الحيارى: القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني، مطابع غانم عبده، عمان، 1972.
- 10- د. عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة مع المبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 11- د. عزيزة الشريف: الاختصاص التشريعي في حالات الضرورة، المؤتمر العلمي السنوي الثالث، (المواجهة التشريعية لظاهرة الإرهاب على المستويين الوطني والدولي)، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 1989.
- 12- د. ماجد راغب الحلو: القرارات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، 2009.
- 13- د. محمد أحمد عبد النعيم: شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 14- د. محمد علي سويلم: الدستور الانتقالي في ضوء الفقه والقضاء الدستوري (دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة للإعلان الدستوري المكمل)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2013.
- 15- محمود صبحي علي السيد: الرقابة على دستورية اللوائح (دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والكويت وفقاً لأحدث التعديلات الدستورية والتطبيقات القضائية حتى عام 2011)، دار النهضة العربية، ط1، 2011.
- 16- د. هشام عبد المنعم عكاشة: مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بني سويف، جامعة القاهرة، 2018.
- 17- د. وجدي ثابت: السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف الإسكندرية، 1988.
- 18- د. يحيى الجمل: نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.

- 19- د. يسري محمد العصار: نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية، دراسة مقارنة، مجلة المحامي، السنة العشرون، 1996
- 20- القانون رقم 21 لسنة 1991م بشأن التعبئة.
- 21- مشروع الدستور الليبي 29 يوليو 2017م.



### ماهية التنظيم الدولي

د. عبد الله علي العبيدي<sup>(1)</sup>

رسخ وارتبط في أذهان المجتمع الدولي الاعتقاد بأنه في الإمكان إنهاء صراعات وحروب الدول بمحاولات تأطير وتنظيم تلك العلاقات فيما بينها من خلال نماذج قانونية، وقد عبر عن ذلك كورديل هل (Cordell Hull) وزير الخارجية الأمريكي عن تلك الفكرة عام 1943م، عند عودته من مؤتمر موسكو، بقوله: "إن قيام المنظمة العالمية الجديدة المتمثلة في الأمم المتحدة سيعني نهاية سياسات القوى وبداية عصر جديد من التعاون الدولي"<sup>(2)</sup>.

لقد شهدت العلاقات الدولية تطورات مختلفة عبر الزمن، واستمر الأمر لوقت طويل لنصل إلى تهذيب هذه العلاقات والتقارب بين أشخاص المجتمع الدولي، والحقيقة أن العالم كان مسرحاً لحروب فتاكة، تركت صداها وآثارها، مما دعا إلى ارتفاع الأصوات، فانطلقت الأقلام والمفكرون والفقهاء للدفاع عن إيجاد الأساليب والمخرجات التي تجعل العلاقات بين أشخاص المجتمع الدولي قائمة على التعاون والتضافر وإنهاء حالة الاقتتال والتنافر.

ومع تزايد وتشابك العلاقات بين أشخاص المجتمع الدولي برز دور الكيانات الجديدة إلى جانب الدولة (الكيان والوحدة الأساسية) بسبب التقدم العلمي والتقني، وبروز المنظمات غير الحكومية، بدأت تتطور ماهية العلاقات الدولية بعد أن تغير المعنى التقليدي لها، كونها علاقة بين دولتين أو أكثر، إلى معنى أكثر اتساعاً، ليشمل الكيان الجديد، وهو المنظمة الدولية، وبداية عصر التنظيم الدولي، ومن ثم وجب أن ندرس في هذا البحث ماهية التنظيم الدولي خلال أربعة مباحث، هي:

<sup>1</sup> - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

<sup>2</sup> - مصطفى أحمد فؤاد: ص 11.

- المبحث الأول: مفهوم التنظيم الدولي وخصائصه  
المبحث الثاني: مصادر التنظيم الدولي ووظائفه  
المبحث الثالث: المصاعب المواجهة للتنظيم الدولي  
المبحث الرابع: التنظيم الدولي الإقليمي

### المبحث الأول

#### مفهوم التنظيم الدولي وخصائصه

من المسلم به أن وضع مفهوم محدد ينضوي على تعريف الملامح الخاصة بالمنظمة الدولية يعد من أشق الأمور وأصعبها، لذا لم يكن بمستغرب أن يختلف الفقه في شأن وضع تعريف جامع مانع للمنظمة الدولية بغض النظر عن ماهيتها، الأمر الذي أدى بعد ذلك إلى الخوض في موضوع الشخصية القانونية لها، لذلك سندرس بداية مفهوم التنظيم الدولي، ثم نتطرق إلى خصائصه.

### المطلب الأول

#### مفهوم التنظيم الدولي

الإنسان بطبعه مخلوق اجتماعي<sup>(3)</sup>، والمجتمع البشري وإن كان واحدا من حيث الأصل إلا أنه متعدد من حيث السكان والإقليم، فقد انقسم البشر إلى مجموعات، واستقرت كل مجموعة في رقعة جغرافية لأسباب متعددة، مكونة تنظيما سياسيا، وهو ما يعرف بمصطلح الدولة. وهذه الوحدة السياسية لا يمكنها العيش بمعزل عن الوحدات السياسية الأخرى، لهذا عملت كل دولة على تحسين الأحوال المعيشية لمواطنيها، من خلال تطوير الخدمات والمصالح التي تقدمها لهم، وأيقنت كل دولة أنها لن تستطيع أن تعيش في معزل عن غيرها من الدول دون أن تتعاون معها، غير أن الاختلافات التي نشأت بين الشعوب والأمم أدت إلى

<sup>3</sup>- Cf. Paul Claval: P 111.

نشوب الحروب والصراعات بينها، وهو ما أدى إلى عقد اجتماعات ومؤتمرات دولية، عقدت خلال القرن التاسع عشر، كان الهدف منها سياسياً وعسكرياً، من أجل حفظ توازن القوى بين دول أوروبا الكبرى لتحقيق الأمن والسلام الدولي<sup>(4)</sup>.

وقد تمثلت إحدى صور التعاون بين الدول في إنشاء العديد من المنظمات الدولية التي ترمي إلى تحقيق الأمن والرفاهية لصالح الشعوب، الأمر الذي أدى إلى تعدد أنشطتها ومجالاتها حتى شملت كل مختلف مجالات النشاط الإنساني. هذا التعدد والتنوع والتشابك في العلاقات الدولية نجم عنه خضوع العلاقات الدولية لقواعد تنظمها، وتلتزم بها المنظمات الدولية في علاقاتها مع أعضاء المجتمع الدولي<sup>(5)</sup>، وهذه القواعد هي التي كونت التنظيم الدولي، فالأخير لم يظهر في صورته الأولى إلا كأسلوب لحسم الخلافات وتسويتها بالطرق السلمية<sup>(6)</sup>.

وهناك حقيقة، وهي أن القوى العظمى في العالم كان لها الدور الأعظم في بناء التنظيم الدولي، وجاء الأخير موافقاً لرغباتها ومصالحها، فعصبة الأمم جاءت بعد الحرب العالمية الأولى، والأمم المتحدة جاءت بعد الحرب العالمية الثانية، ولعل ميثاق الأمم المتحدة خير دليل على هذه الحقيقة، فلقد منحت الدول الخمسة الكبرى دائمة العضوية في مجلس الأمن حق الاعتراض (الفيتو).

والى جانب المنظمات الدولية العالمية برزت المنظمات الدولية الإقليمية التي تسعى إلى إنماء العلاقات الودية بين أعضائها، وتسوية الخلافات بالطرق السلمية، وما يميزها عن غيرها

<sup>4</sup>- أهم هذه المؤتمرات صلح وستيفاليا عام 1648، كما ظهرت في القرن السادس عشر حركة الإصلاح الديني التي كانت السبب في وضع حد لحرب الثلاثين عاماً بين الدول الموالية للكنيسة الكاثوليكية التي تعمل على الوحدة الكاثوليكية في العالم والدول البروتستانتية التي تناضل في سبيل الاستقلال عن البابوية والتحرر من نفوذها، ولولا هذه المعاهدة لتحولت أوروبا وقتها إلى مسرح كبير للحروب الدينية الأهلية المستمرة، وتضمنت هذه المعاهدة عدة مبادئ، أهمها مبدأ فكرة التوازن والمشاركة في العلاقات الدولية، والذي يقر بتضامن مصالح الدول الأوروبية والحث على التشاور المستمر واللقاء الدائم لمعالجة قضاياهم الدولية. فهذه المعاهدة كانت البداية الحقيقية لتسجيل ما يسمى بقانون العلاقات الدولية.

<sup>5</sup>- جمال عبد الناصر مانع: التنظيم الدولي، ص 20.19.

<sup>6</sup>- Georges Vilalta: P 13.

أن عضويتها تضم دولا تجمع بينهم عوامل مشتركة، كالعامل الجغرافي أو الدين أو التاريخ المشترك أو اللغة، كالاتحاد الأوروبي والاتحاد الإفريقي ومنظمة الدول الأمريكية ومنظمة المؤتمر الإسلامي ومنظمة الكومنولث ومنظمة الفرنكوفونية ومجلس التعاون الخليجي وجامعة الدول العربية ومنظمة دول جنوب شرق آسيا.

والى جانب المنظمات الدولية العالمية والإقليمية، ظهرت الوكالات أو المنظمات الدولية المتخصصة، والتي تعنى بمسائل فنية معينة، وترتبط في نشاطها بمنظمة الأمم المتحدة، كالوكالة الدولية للطاقة الذرية، ومنظمة الصحة العالمية، ومنظمة العمل الدولي، ومنظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة، منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة.

كما نشأ عدد كبير من المنظمات الدولية غير الحكومية، بحيث أصبح مجموعها يتجاوز أضعاف عدد المنظمات الدولية الحكومية، مع بقاء منظمة الأمم المتحدة بمثابة السلطة العليا في تحقيق أهدافها في شتى الميادين<sup>(7)</sup>، وهو الأمر الذي دعا واضعي ميثاق الأمم المتحدة إلى الإشارة إلى الدور الهام للمنظمات غير الحكومية، خاصة في نشاط المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة<sup>(8)</sup>.

فعلى الرغم من أن الاتجاه الذي استقر في اتفاقيتي فينا لقانون المعاهدات عامي 1969-1986م، من أن تعبير المنظمة الدولية يطلق للتعبير على المنظمة الدولية الحكومية، قد أدى إلى استبعاد المنظمات الدولية غير الحكومية من حقل التنظيم الدولي، لكن لهذه المنظمات غير الحكومية دور في تفعيل العلاقات بين أعضاء المجتمع الدولي، فهي جزء من البنيان الاجتماعي العام للتنظيم الدولي<sup>(9)</sup>، فمثلا اللجنة الدولية للصليب الأحمر تقوم بدور واضح

<sup>7</sup>- وبالرجوع إلى المادة (71) من ميثاق الأمم المتحدة، نجدها تشير إلى أن للمجلس الاقتصادي والاجتماعي أن يجرى الترتيبات المناسبة للتشاور مع الهيئات غير الحكومية التي تعنى بالمسائل الداخلة في اختصاصه، وهذه الترتيبات قد يجريها المجلس مع هيئات دولية، كما أنه قد يجريها إذا رأى ذلك مناسبا مع هيئات أهلية، وبعد التشاور مع عضو الأمم المتحدة ذي الشأن. [www.un.org.fr](http://www.un.org.fr)

<sup>8</sup>- مصطفى سلامة حسين: تسييس المنظمات الدولية المتخصصة، ص 82.81. P. 563. Cahier (ph):

<sup>9</sup>- Recueil Des Cours: Tome 21، P 64.

وفعال في تطبيق اتفاقيات جنيف والقانون الدولي الإنساني بصفة عامة، إلا أن مركزها القانوني واضح، كونها هيئات وطنية من حيث خضوعها لقانون دولة بعينها، غير إنها تمارس على الصعيد الدولي نشاطا دوليا خالصا.

**الفرع الأول- تعريف التنظيم الدولي<sup>(10)</sup>:**

نتيجة للمراحل التاريخية التي مرت بها فكرة التنظيم الدولي، ونتيجة للدور المهم الذي يلعبه قانون التنظيم الدولي في تنظيم العلاقات الدولية بين الدول والمنظمات<sup>(11)</sup>، وجدت عدة تعريفات أهمها:

يقصد بالتنظيم الدولي وجود مجموعة من الدول كفيلة بأن تفصح بصورة دائمة عن إرادة ذاتية متميزة عن إرادات الدول الأعضاء<sup>(12)</sup>، كما يقصد بالتنظيم الدولي التركيب العضوي للجماعة الدولية، منظورا إليه من وجهة نظر ديناميكية، تشمل احتمالات تطوره إلى ما هو أفضل، كما تشمل وضعه الراهن بكل ما ينطوي عليه من ثغرات أو أوجه نقص<sup>(13)</sup>، كما يعرف بأنه الغاية التي تسعى إليها المنظمات الدولية في مجموعها<sup>(14)</sup>، ويعرف أيضا بأنه مجموعة القواعد الأساسية التي تتعلق ببنائه التنظيمي التي تضطلع بالقيام على تسيير مرافقه العامة، السياسية والاقتصادية على حد سواء<sup>(15)</sup>، كما عرف بأنه مجموعة القواعد التي تحكم نشأة وعمل المنظمات الدولية، وتتضمن هذه القواعد كيفية إنشاء المنظمات الدولية التي يمكن من خلالها تحقيق أهداف التنظيم الدولي وكيفية الانضمام إليها ونشاطها ومدى تمتعها بالشخصية القانونية الدولية<sup>(16)</sup>.

<sup>10</sup>- Cf. Jean Charpentier: P 49,50.

<sup>11</sup>- Philippe Moreau Defarge: P 4 à P 9. Benjamin MULAMBA MBUYI

<sup>12</sup> - محمد المجدوب: ص 19-28.

<sup>13</sup> - محمد سامي عبد الحميد: أصول القانون الدولي العام، ج1، ص 265.

<sup>14</sup> - عبد العزيز سرحان: الأصول العامة للمنظمات الدولية، ص 21.

<sup>15</sup> - صلاح الدين عامر: ص 18.

<sup>16</sup> - إبراهيم العناني: ص 7.

### الفرع الثاني- علاقة التنظيم الدولي بالقانون الدولي العام:

الحديث عن علاقة التنظيم الدولي بالقانون الدولي العام يستوجب الإلمام بالنظرة التقليدية والحديثة لهذه الصلة<sup>(17)</sup>، حيث يعرف أنصار الاتجاه التقليدي للقانون الدولي العام التنظيم الدولي بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدول، ومفاد هذا أن القانون يعنى بتنظيم الحقوق والواجبات للدول ذات السيادة فقط، وكذا المشاكل التي تثار بينها، سواء ما تعلق منها بالإقليم أو بالالتزامات الناشئة عن الاتفاقات التي تبرمها الدول، وبالحروب التي تقع بينها، لأن المجتمع الدولي آنذاك لم يكن يعرف سوى الدول كأعضاء للمجتمع الدولي<sup>(18)</sup>، فهي التي تضع قواعد هذا القانون بالاشتراك مع غيرها من الدول ذات السيادة، لكونه قانونا تؤسس قواعده على رضا الدول، نظرا لعدم وجود سلطة تشريعية دولية.

وعلى ذلك فقد انصبت قواعد القانون الدولي العام التقليدي على الدول ذات السيادة، دون الأقاليم غير المتمتعة بالحكم الذاتي، فضلا عن ذلك فإن قواعده لم تتناول الهيئات الدولية، لأن الأخيرة لم تكن قد عرفت طريقها إلى الوجود بعد، فلم يكن هناك اهتمام بالتعاون الدولي، لأن البدء في هذا القانون هو السيادة المطلقة للدول وحقها في تسوية نزاعاتها الخارجية بما فيها إعلان الحرب، لأن القانون الدولي التقليدي ينظم الحرب ولم يحرمها، ويترتب على ذلك أن السيادة المطلقة للدولة في علاقاتها الخارجية تعني عدم خضوعها لسلطة عليا<sup>(19)</sup>.

أما التنظيم الدولي في ضوء الاتجاه الحديث للقانون الدولي العام، فكان نتيجة للتطور الذي عرفه القانون الدولي العام، بحيث أصبحت أهدافه أكثر شمولية، فتولى تنظيم العلاقات بين أشخاص المجتمع الدولي، فأشتمل بجانب الدول المنظمات الدولية والإقليمية، وأصبح يعرف بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تطبق في المجال الدولي في العلاقات المتبادلة بين

<sup>17</sup>- Benjamin MULAMBA MBUYI: P 16.

<sup>18</sup>- جيرهارد فان غلان: ص 7، 8.

<sup>19</sup>- جمال عبد الناصر مانع: القانون الدولي العام (المدخل والمصادر)، ص 16-18.

الدول والمنظمات الدولية، وبعض من تلك القواعد شكل علاقة الأفراد بالمنظمات، وهذا ما أدى إلى اتساع دائرة الروابط القانونية التي يحكمها القانون الدولي، فكانت النتيجة لهذا التطور أن أصبح القانون الدولي يمتد إلى مجالات كانت في الماضي مقصورة على القانون الداخلي، ولذلك ظهرت فروع أساسية للقانون الدولي، يتناول كل فرع منها مجالاً من المجالات التي ينظمها القانون الدولي، وأصبح يطلق عليها فروع القانون الدولي<sup>(20)</sup>، من بين هذه الفروع قانون التنظيم الدولي الذي يضم القواعد التي تحكم إنشاء المنظمات الدولية ونشاطها وأجهزتها، وما يتعلق بشؤونها، وتعدد وسائلها في تحقيق الأهداف التي تنشأ من أجلها، والعلاقة القانونية بين المنظمات الدولية والدول.

### المطلب الثاني

#### خصائص التنظيم الدولي

يتميز التنظيم الدولي عن غيره من فروع القانون الدولي العام بجملة من الخصائص، ولعل ذلك راجع في المقام الأول إلى طبيعة الأهداف التي يسعى قانون التنظيم الدولي إلى تحقيقها، والمتمثلة في السلام والأمن وتحقيق التعاون الدولي.

#### الفرع الأول- قانون التنظيم الدولي قانون التنظيم الأساسي للمجتمع الدولي:

يتميز قانون التنظيم الدولي بأنه القانون الأساسي للمجتمع الدولي، فعلى الرغم من عدم وجود مجموعة من القواعد المكتوبة إلا أن هناك قواعد مقبولة بصفة عامة، والتي تعتبر القواعد الدستورية الأساسية للمجتمع الدولي، سواء في المعاهدات الدولية، أو في موثيق المنظمات الدولية، أو في القانون الدولي العرفي، وإن كان ميثاق الأمم المتحدة يعد وثيقة دستورية للمجتمع الدولي، وذلك لانطوائه على الكثير من المبادئ التي يمكن اعتبارها من البنين الدستوري للمجتمع الدولي.

<sup>20</sup>- محمد سعيد الدقاق، مصطفى سلامة حسين: ص 10.

وعلى الرغم من أن محكمة العدل الدولية قد تجنبت تعبير القانون الدستوري على هذا الفرع من فروع القانون الدولي العام، إلا أنه بدأ جليا في العديد من الآراء الانفرادية أو المخالفة لقضاة محكمة العدل الدولية<sup>(21)</sup>، ولا يمكن التسليم بأن كل قواعد قانون التنظيم الدولي قواعد أمره مثل مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها، ومبدأ تحريم استعمال القوة في العلاقات الدولية، فقواعده وإن تعلق بالبناء التنظيمي للمجتمع الدولي والهيئات العاملة فيه، فإنها لا تنتمي كلها إلى قواعد القانون الدولي الأمرة.

### الفرع الثاني- قانون التنظيم الدولي حديث النشأة:

يعد هذا القانون حديث النشأة مقارنة مع القانون الدولي العام، الذي تعود قواعده إلى القرن السادس عشر، ذلك إن أول ظهور لقواعد قانون التنظيم الدولي يرجع إلى أواخر القرن التاسع عشر، حيث بدأت تظهر في المجال الدولي الاتحادات الدولية، والتي تمثل في حقيقتها منظمات دولية تعمل في مجال التعاون الفني بين الدول<sup>(22)</sup>، ومن ثم ظهرت قواعد التنظيم الدولي، غير أنه لا يمكن الحديث بشكل كامل عنه إلا عندما ظهرت المنظمات الدولية ذات الاختصاصات السياسية، ألا وهي عصبة الأمم عقب الحرب العالمية الأولى، وذلك للحاجة الملحة لتنظيم التعاون الدولي في إطار مبادئ عامة لا يمكن الخروج عنها.

### الفرع الثالث- قانون التنظيم الدولي قانون مرن وسريع التطور:

تساعد الظروف المعاصرة للمجتمع الدولي في سرعة تطور قانون التنظيم الدولي، إذ أن التطور الهائل في مجال الاتصالات قد ساهم في سرعة التفاعلات الدولية، وما يترتب عنها من وجود أفكار جديدة تتجسد في بعض الأحيان في صورة اتفاقيات دولية<sup>(23)</sup>، فالملاحظ أن قواعد قانون التنظيم الدولي تطورت بشكل كبير من خلال القرارات والتوصيات التي صدرت

21- سليمان محمد عبد المجيد: ص 10 وما بعدها.

22- وائل أحمد علام: ص 32.

23- محمد سامي عبد الحميد: قانون المنظمات الدولية، ج 1، ص 23.

عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، وخاصة القرارات بمنح الشعوب الخاضعة للاستعمار حق الاستقلال وتقرير المصير، وهو الأمر الذي مكن العديد من الشعوب التي كانت في هذا الوضع في الحصول على استقلالها وانضمامها إلى المجتمع الدولي، ومن ثم العضوية في المنظمات الدولية، وهذا قد أسهم في تطوير الأساليب القانونية للعمل في إطارها.

كما كان للدور الذي لعبته دول العالم الثالث في هذا المجال أهمية تذكر، إذ أن هذه الدول حرمت من قبل من صياغة قواعد القانون الدولي التقليدية، ولذلك سعت إلى تطوير هذه القواعد، مستعملة حقها في المساواة القانونية مع الدول الأخرى في المنظمات الدولية المختلفة، وكان للمنظمات الدولية دورها البارز في هذا الصدد<sup>(24)</sup>.

ومن أهم عوامل سرعة تطور قانون التنظيم الدولي ذلك العدد الهائل من المنظمات الحكومية وغير الحكومية التي ظهرت حتى الآن، فتتابع صدور موثيق هذه المنظمات سمح بإدخال العديد من التعديلات عليها، واستحداث العديد من الأساليب القانونية لمعالجة القصور، وتفادي أوجه الضعف التي تنال من الموثيق.

### الفرع الرابع- قانون التنظيم الدولي قانون جماعي:

يتميز قانون التنظيم الدولي باعتماده على النزعة الجماعية للمجتمع الدولي في تسيير شؤونه، فليس لدولة ما إن تعتمد على فكرة السيادة المطلقة للإنقاص من الإرادة الجماعية للمجتمع الدولي، كما تستطيع دولة ما إن تستفيد من أحكام الاتفاقيات الدولية الجماعية التي تصدر عن المنظمات الدولية بالانضمام إليها في حدود شروط المعاهدة، دون الحاجة إلى إبرام اتفاقيات ثنائية مع الدول الأطراف في المعاهدة، فقانون التنظيم الدولي يقوم على فكرة التضامن الدولي، وهذا على حساب فكرة النزعة الفردية للدول، فهو يحرم الدولة من حقها

<sup>24</sup>- عز الدين فوده: ص 261 وما بعدها.

القديم في إعلان حالة الحرب احتراماً لحق المجتمع الدولي في صيانة الأمن والسلم  
الدوليين (25).

### المبحث الثاني

#### مصادر التنظيم الدولي ووظائفه

تشكل مصادر القانون أمراً لازماً ومدخلاً طبيعياً لمعرفة ماهية وطبيعة ونوع القواعد القانونية التي سيتم تطبيقها، والتنظيم الدولي لا يخرج عن هذا المسار، شأنه في ذلك شأن القانون الدولي العام، على اعتبار الأول فرع للثاني، وليس المقصود هنا في دراستنا بمصادر التنظيم الدولي المنبع الذي تتبع منه قواعدها، وتستمد منه جوهرها ومحتواها، والتي جرى الفقه على تسميتها بالمصادر المادية أو الموضوعية (*Les sources matérielles*)، إنما المقصود بها الطرق والوسائل التي يتم بواسطتها تكوين القاعدة القانونية الدولية، والتي جرى الفقه على تسميتها بالمصادر الشكلية (*Les sources formelles*) (26). كما أن للتنظيم الدولي وظائف قام من أجل الوفاء بها، ومن خلالها تتحقق الغاية والغرض من وجوده.

### المطلب الأول

#### مصادر التنظيم الدولي

ينصرف مفهوم المصدر في اللغة إلى المنبع أو ما يصدر عنه الشيء، أما المصدر في اصطلاح القانون فهو الوسيلة لخلق القاعدة القانونية أو الوسيلة لخلق الالتزام. ويمكن إجمال مصادر التنظيم الدولي في الآتي (27):

<sup>25</sup> - جمال عبد الناصر مانع: التنظيم الدولي، ص 36.

<sup>26</sup> - أشرف عرفات أبو حجازة: ص 109.

<sup>27</sup> - David Ruzié: P 95.96.

### الفرع الأول- المعاهدة المنشئة للمنظمات الدولية:

إن الاتفاق المنشئ للمنظمة ركن أساسي لقيامها، فهو الذي ينطوي على كافة القواعد المتعلقة ببنين المنظمة وتسيير نشاطها، وهو الذي يضع الأصول العامة، ويحدد السلطات التي يمكن من خلالها وضع قواعد قانونية تفصيلية، ومن ثم فإن هذه الوثيقة -المعاهدة- تكون قمة للهرم في تدرج القواعد القانونية الخاصة بالمنظمة الدولية، ولعل أبرز ما قدمته المعاهدات المنشئة للمنظمات الدولية من قواعد جديدة للتنظيم الدولي، تلك الخاصة بمحاربة استخدام القوة في العلاقات الدولية، ومحاربة أشكال التمييز العنصري، واحترام الحقوق الأساسية للإنسان بلا تمييز بسبب جنس أو لون، والتزام الدول بالتضامن لمواجهة الفقر والتخلف<sup>(28)</sup>.

### الفرع الثاني-العرف:

يعتبر العرف من أهم المصادر الأصلية للقانون الدولي العام، ومن أكثرها إنشَاءً لأحكامه، فقد ظل إلى عهد قريب المصدر الأول للقانون الدولي، إلى أن اتسعت وزادت حركة التقنين، وكثرت المعاهدات، ليفسح المجال لصدارة الأخيرة. وفيما يتعلق بالركن المادي للعرف الدولي، قد يكون السلوك صدر عن دولة أو دول أو منظمة دولية، وفي الحالة الأخيرة وجب التفريق في أعمال المنظمات بين الممارسات الداخلية للمنظمة وبين القرارات المتعلقة بالعلاقات بين الدول، ففي الحالة الأولى لا خلاف في أن ممارساتها الداخلية تصلح لأن تكون عرفاً<sup>(29)</sup>، وهذا ما تم تأكيده من خلال رأي محكمة العدل

<sup>28</sup>- وبالرجوع إلى المادة (1) من المعاهدة المنشئة للأمم المتحدة نجدتها عبرت عن هذا المعنى، فنصت أن مقاصد الأمم المتحدة هي: 1- حفظ السلم والأمن الدوليين، وتحقيقاً لهذه الغاية تتخذ الهيئة التدابير المشتركة الفعالة لمنع وإزالة الأسباب التي تهدد السلم، وتقمع أعمال العدوان وغيرها من وجوه الإخلال بالسلم، وتتنذر بالوسائل السلمية، وفقاً لمبادئ العدل والقانون الدولي، لحل وتسوية المنازعات الدولية التي قد تؤدي إلى الإخلال بالسلم.

2 - إنماء العلاقات الودية بين الأمم على أساس احترام المبدأ الذي يقضى بالتسوية في الحقوق بين الشعوب، وبأن يكون لكل منها حق تقرير مصيرها، وكذلك اتخاذ التدابير الملائمة لتقرير السلم العام.

3 - تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل الدولية ذات الصيغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية، وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً، والتشجيع على ذلك بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء.

4 - جعل هذه الهيئة مرجعاً لتنسيق أعمال الأمم وتوجيهها نحو إدراك هذه الغايات المشتركة. [www.un.org.fr](http://www.un.org.fr)

<sup>29</sup>- علي ضوي: ص 184.

الدولية في الأثر المترتب عن امتناع أحد الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن عن التصويت في قضية ناميبيا 1971م، حيث استندت المحكمة إلى ما سار عليه العمل في السابق داخل المنظمة، وذلك لاستخلاص قاعدة عرفية دأبت على المنظمة على تطبيقها<sup>(30)</sup>.

أما الحالة الثانية فهي قرارات المنظمات الدولية، والتي ستدرس في الفرع التالي.

### الفرع الثالث- القرارات التشريعية الصادرة عن أجهزة المنظمات الدولية:

تعتبر القرارات الصادرة عن المنظمات الدولية مصدرا للقاعدة القانونية، فالتشريع كمفهوم عام هو وجود السلطة المختصة بإصدار القواعد العامة المجردة المتجهة إلى إحداث آثار قانونية ملزمة. ويرى جانب من الفقه الدولي أنه طالما المجتمع الدولي يفتقر إلى وجود جهاز موكول إليه بالمهمة التشريعية، فإن وضع وتنفيذ القرارات الدولية ينبغي أن يسند إلى الدول نفسها<sup>(31)</sup>. ويستعيز هذا الاتجاه عن الأجهزة الدولية بوجود الاتفاقات الشارعة التي تتم بين إرادات ورغبات الدول، فينتج عنها حقوق والتزامات متبادلة.

وأجهزة المنظمات الدولية إذ تقوم بهذا الدور التشريعي تستخدم القرارات (اللوائح) التي تنص عليها المعاهدة المنشئة للمنظمة ذاتها. ومع ازدياد وتطور حركة الأجهزة التشريعية للمنظمات، نجد إن الجماعات الأوروبية (الاتحاد الأوروبي لاحقا) تعترف بسلطة إصدار

<sup>30</sup>- إن المحكمة، في ممارستها لوظيفتها القضائية، وبالنظر إلى أن هذه الاعتراضات (اعتراض جنوب إفريقيا وفرنسا) التي قدمت إليها، نظرت فيها في سياق تحليلها بالأسباب، وأخذها بنظر الاعتبار قبل تحديدها للآثار القانونية المترتبة على هذه القرارات. وفي مجرى الإجراءات القضائية الاعتيادية استخدمت المحكمة هذه الممارسة بالرقابة القضائية فيما إذا كان القرار الصادر عن مجلس الأمن رقم 1970/284 منسجما مع أحكام الميثاق، وذلك تأسيساً على مخالفته للعديد من القواعد الشكلية، مثل صدوره على الرغم من تغيب دولتين دائمتي العضوية، مما يُعد مخالفة للمادة 3/27 من الميثاق. إلا إن المحكمة رفضت هذا الادعاء مستندة في ذلك على أن الممارسة العملية لمجلس الأمن، والتي قد استقرت على إمكانية صدور قراراته على الرغم من تغيب الأعضاء الدائمين. فقد أبتت المحكمة على شرعية القرار 1970/284م، لعدم التسليم بما تم تقديمه من دفع شكلية، وخلصت المحكمة إلى القول بأن (القرارات التي اتخذت من قبل المجلس.. قد تم تبنيها انسجاماً مع مقاصد ومبادئ الميثاق).

CIJ. Avis Consultatif du 21 Juin 1971. Conséquences juridiques pour les états de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du conseil de sécurité. P 22.

<sup>31</sup>- LAUBADERE: P 225.

اللوائح التشريعية المجتمعية الأوروبية التي تطبق مباشرة داخل أقاليم الدول الأعضاء دونما حاجة إلى اتخاذ إجراءات تشريعية وطنية لإنفاذها<sup>(32)</sup>.

### الفرع الرابع- المبادئ العامة للقانون الدولي العام:

ومن مصادر التنظيم الدولي المبادئ العامة للقانون الدولي العام، فالدول والمنظمات الدولية تخضع للقواعد والمبادئ الأصولية لهذا القانون، وعلى ذلك فإن مباشرة تلك المنظمات أو الدول لاختصاصها يلزم أن يراعى فيه التوافق مع مبادئ القانون الدولي، حيث أقرت بالإجماع الدول أعضاء المجتمع الدولي إعلان مبادئ القانون الدولي الخاصة بالصدقة والتعاون الدولي، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 24 أكتوبر 1970، بمناسبة مرور ربع قرن على إنشاء منظمة الأمم المتحدة (قرار رقم 2625) وقد تمخض عن سبع مبادئ، وهي الامتناع عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها في العلاقات الدولية ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأي دولة أو على وجه آخر لا يتفق ومقاصد منظمة الأمم المتحدة (مادة 2 – فقرة 4 من ميثاق الأمم المتحدة)، والتسوية السلمية للمنازعات الدولية على النحو الذي لا يعرض السلم والأمن والعدل الدولي للخطر (مادة 2 - فقرة 3 من الميثاق)، والامتناع عن التدخل في المسائل التي تعد من صميم السلطان الداخلي للدول (مادة 2 – فقرة 7 من الميثاق)، والالتزام بإنماء علاقات التعاون الدولي بين الدول (مادة 1 – فقرة 3 من الميثاق)، وكفالة المساواة في الحقوق بين الشعوب وضمنان حقها في تقرير المصير (مادة 1 – فقرة 2 من الميثاق)، وكفالة المساواة في السيادة بين الدول (مادة 2 – فقرة 1 من الميثاق)، وحسن النية في الوفاء بالالتزامات الدولية (مادة 2 – فقرة 2 من الميثاق)<sup>(33)</sup>.

<sup>32</sup> - عبد العزيز سرحان: المنظمات الإقليمية، ص 50.

Cf. Jean-Luc SAURON: P 39. Cf. Rainer ARNOLD P 349.

<sup>33</sup> G.ARANGIO-RUIZ.: R.C.A.D.I .tome 137. Vol III. P 431ss.

### الفرع الخامس- أحكام القضاء وآراء الفقه:

تعتبر أحكام المحاكم الدولية مصدرا من مصادر القاعدة القانونية الدولية، وقد وردت الإشارة إلى هذا المصدر في المادة (38) الفقرة 1/د، من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، فأفادت بأن أحكام المحاكم من السوابق التي يمكن أن تفيد في إثبات وجود قاعدة قانونية معينة. وعلى الرغم من أن السوابق غير ملزمة، إلا أنه من الممكن الرجوع إليها للاستدلال على ما هو قائم ومطبق من قواعد القانون الدولي، ولتفسير ما هو غامض. وليس كل ما يصدر عن القضاء الدولي من أحكام يعد مصدرا أصليا للقانون الدولي، لأن القضاء الدولي لا ينشئ قواعد جديدة، إذ تنحصر مهمته في تطبيق القانون على نزاع معين، لا يكون ملزما إلا لأطرافه<sup>(34)</sup>.

وقد أسهمت محكمة العدل الدولية في تأكيد احترام القانون، وبذلت جهدا في سد الفراغ وإزالة الغموض والقصور في قواعد القانون الدولي، بل إن قراراتها تؤكد الوظيفة التي تقوم عليها قواعد القانون في مجال دعم العلاقات الدولية وتتميتها<sup>(35)</sup>. كما يقصد بالفقه الدولي نظريات وآراء وتحليلات كُتاب وأساتذة القانون الدولي، سواء وردت منفردة أو مجتمعة، وهو يسهم في تطوير وإرساء قواعد القانون الدولي.

34- عبد العزيز سرحان: دور محكمة العدل الدولية في تسوية المنازعات الدولية وإرساء مبادئ القانون الدولي، ص 3.

35- أحمد الرشيد: ص 7 وما بعدها.

### المطلب الثاني

### وظائف التنظيم الدولي

من خلال التطور التاريخي للتنظيم الدولي يمكن استخلاص جملة من الوظائف التي أصبح يضطلع بها نتيجة لتطور مفهومه، وهذه الوظائف هي:

#### الفرع الأول- تحقيق السلم والأمن الدوليين:

ظلت الحرب -كمفهوم- معترفاً بها كوسيلة مشروعة لتسوية المنازعات الدولية حتى عام 1919، ولقد أدى التطور في القانون الدولي إلى ظهور القواعد التي فرضت الالتزامات على الدول، نتيجة لجهود الدول والمفكرين ورجال القانون والسياسة، بهدف إنشاء تنظيم دولي للمحافظة على السلم والأمن في العالم. ومن أهداف التنظيم الدولي العمل على تحقيق الأمن والسلم الدولتين من خلال الآتي:

**1- منع استخدام القوة في العلاقات الدولية:** إذ يحرم التنظيم الدولي اللجوء إلى الحرب أو القوة كوسيلة لحل المنازعات الدولية، ويعتبرها عملاً غير مشروع، وذلك بأن يوكل إلى المنظمات الدولية مسؤولية حفظ السلم والأمن الدوليين، وحل المنازعات التي تنشأ بين الدول بالطرق السلمية<sup>(36)</sup>. ولذلك نجد أن مواثيق المنظمات الدولية تنص على منع استخدام القوة أو التهديد بها في إطار العلاقات الدولية، حيث نصت ديباجة عهد عصبة الأمم عام 1919م، على إن الهدف من وضعه هو تنمية التعاون الدولي لتحقيق السلم والأمن الدوليين، وعدم جواز اللجوء إلى الحرب إلا بعد عرض النزاع على مجلس العصبة، وبهذا يكون العهد قد قيد استخدام القوة كوسيلة لفض المنازعات، غير أنه لم يحرمها.

ونتيجة عدم كفاية هذه القيود لتحريم الحرب، تم في عام 1928 التوقيع على ميثاق (بريان - كيلوج) من قبل أكثر من ستين دولة قصد تحريم الحرب كوسيلة لحل المنازعات. وبعد قيام الحرب العالمية الثانية شعر المجتمع الدولي بأهمية المحافظة على السلم والأمن

الدوليين، وضرورة إيجاد تنظيم دولي توكل له مهمة تحقيق الأمن الجماعي، وهذا ما عبرت عنه ديباجة ميثاق الأمم المتحدة، حيث أكدت على حاجة المجتمع الدولي للأمن والسلام<sup>(37)</sup>.

**2- تسوية المنازعات بالطرق السلمية:** حيث يعمل التنظيم الدولي على دعوة الدول إلى تسوية خلافاتها بالطرق السلمية، دون اللجوء إلى الحرب، إذ أفادت (مادة 2 – فقرة 3) من ميثاق الأمم المتحدة على إن يفض جميع أعضاء الهيئة منازعاتهم الدولية بالوسائل السلمية، على وجه لا يجعل السلم والأمن والعدل الدولي عرضة للخطر.

ويعمل التنظيم الدولي على إيجاد حل سلمي للمنازعات الدولية عن طريق إحداث أجهزة توكل لها مهمة إيجاد حل سلمي للمنازعات الدولية على أساس قانوني، ومن هذه الأجهزة محكمة العدل الدولية، ومحكمة العدل الأوروبية، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ومحكمة العدل الإفريقية<sup>(38)</sup>، والمحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والمواطن.

**3- الدفاع عن أمن وسلام الدول:** فالتنظيم الدولي يسعى إلى تحقيق سياسة توازن القوى للحفاظ على أمن وسلام الدول<sup>(39)</sup>، عن طريق منع أي دولة من تزايد قوتها إلى حد يهدد أمن الدول الأخرى. فسياسة توازن القوى تقف في وجه تعدى أي دولة على سيادة أو استقلال الدول الأخرى، وهناك من يرى في سياسة توازن القوى إنها تكون من خلال إنشاء الأحلاف العسكرية، التي تعمل بدورها على تحقيق الأمن والسلام لكل دولة عضو في الحلف، ومثال ذلك حلف شمال الأطلسي، وحلف وارسو<sup>(40)</sup>. ويذهب آخرون إلى حصر فكرة توازن القوى في نشوب الحروب، حتى يتسنى تحقيق التعادل المطلوب، فالتوازن يفترض هنا أن تزيد إحدى الدول قوتها تجاه دولة أو دول أخرى، فتقوم الأخيرة بالاعتداء عليها<sup>(41)</sup>.

<sup>37</sup>- محمد عزيز شكري، ماجد الحمودي: ص 108.

<sup>38</sup>- فنز الناصري: ص 97.

<sup>39</sup>- Claude – ALBERT COLLIARD, Louis DUBOUIS. Institutions internationales P 59 à P 65.

<sup>40</sup>- Cf. George BERILA 1975. P 81.

<sup>41</sup>- مصطفى أحمد فؤاد: ص 25، 26.

ونرى إن اصطلاح توازن القوى يختلف معناه بحسب الزاوية التي ننظر إليه منها، فإذا كانت النظرة إجرائية، فهو يعني الوسيلة التي تستخدمها الدولة للاحتفاظ بميزان القوى بين أيديها، وذلك بإتباع سياسة مرنة تمكنها من نقل دعمها أو تأييدها من جانب دولة أو مجموعة دول إلى جانب دولة أخرى أو مجموعة دول أخرى منافسة، بالكيفية التي تضمن بها توازن القوى المتنافسة. أما إذا نظرنا إلى توازن القوى من منظار عام، فهو يعني علاقات القوى بين الدول المختلفة، ومدى قوة كل منها ونفوذها في حقبة تاريخية معينة. ونقصد بالقوة هنا السلطة، وهي مكنة الدولة عن طريق الضغط والتهديد -ماديا أو معنويا - في أن تفرض إرادتها على الغير، اعتمادا على جزاءات فعالة، تستطيع مباشرتها في حال رفض الطرف الآخر.

### الفرع الثاني- تحقيق الرخاء والرفاهية لصالح الشعوب:

اهتمت المنظمات الدولية السياسية العامة بضرورة التصدي لعلاج المشكلات الاقتصادية والاجتماعية الدولية، ففي عهد عصبة الأمم أشارت المادة 23 من العهد إلى الاهتمام بتوثيق التعاون الدولي في الشؤون الاقتصادية والمالية والصحية والاجتماعية والفكرية، وهو ذات الأمر في ميثاق الأمم المتحدة، حيث يؤكد في ديباجته على الرقى بالشؤون الاجتماعية والاقتصادية كأحد أهداف المنظمة، كما خصص الفصل التاسع من الميثاق للتعاون الاقتصادي والاجتماعي، فالتعايش السلمي هو هدف كل تنظيم قانوني داخلي أو دولي (42).

إضافة لذلك، وتدعيما للتعاون الاقتصادي، أنشأت العديد من المنظمات الدولية المتخصصة، كمنظمة العمل الدولية، ومنظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة، وكذلك أنشئت منظمات دولية اقتصادية، كصندوق النقد الدولي، والبنك الدولي للإنشاء والتعمير، بالإضافة لذلك يهتم التنظيم الدولي بوضع قوانين ونظم دولية، عن طريق دعوة المنظمات الدولية للمشاركة في وضع مشروع قانون يتناول أحد أوجه العلاقات الدولية، وبعد إقراره من الدول،

<sup>42</sup> Michel DEYRA:P 29 à P 33.

يصبح قانوننا نافذا يحكم العلاقات الدولية، مثل قانون العلاقات الدبلوماسية 1961م، قانون العلاقات القنصلية 1963م.

### الفرع الثالث- تحقيق الاستقلال للشعوب والأقاليم:

من أهم ما هدف إليه التنظيم الدولي هو إنهاء حالة الاستعمار، وإرساء حق تقرير المصير وإقامة الدولة المستقلة، وبالرغم من الاهتمام المتزايد بحق تقرير المصير، إلا أن عهد عصبة الأمم قد خلا من النص عليه مكتفياً بإقامة نظام الانتداب، أما ميثاق الأمم المتحدة فقد نص صراحة على حق تقرير المصير، في (المادة 1، الفقرة 2) فيما يتعلق بمقاصد الأمم المتحدة بإقامة العلاقات الودية بين الأمم على أساس احترام المبدأ الذي يقضى بالتسوية في الحقوق بين الشعوب، وبأن يكون لكل منها حق تقرير مصيرها<sup>(43)</sup>، والإشارة المماثلة نجدها في المادة 55، والتي تفيد بالرغبة في تهيئة دواعي الاستقرار والرفاهية الضروريين لقيام علاقات سلمية ودية بين الأمم، مؤسسة على احترام المبدأ الذي يقضى بالتسوية في الحقوق بين الشعوب، وبأن يكون لكل منها تقرير مصيرها.

هذا التطور الذي شهده حق تقرير المصير في ميثاق الأمم المتحدة، يعتبر أساساً للعلاقات الودية والاستقرار والتعاون الدولي، وباستقرار هذا المبدأ تم التوسع في مفهومه عن طريق جهود الأمم المتحدة، وهذا من خلال القرارات الصادرة عن جمعيتها العامة<sup>(44)</sup>.

<sup>43</sup> Répertoire de la Pratique Suivie par les Organes des Nations Unies, Supplément N 6. Volume 8. NATIONS UNIES. 1984. P 57. هكتور غروس أسبيل: ص 14.

<sup>44</sup> - أهم هذه القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة:

- القرار رقم 431 المؤرخ 1950/12/4م، اعترفت الجمعية العامة فيه بحق الشعوب والأمم في تقرير مصيرها، كحق أساسي من حقوق الإنسان.
- القرار رقم 545 المؤرخ في 1952/2/5م، والذي قررت فيه الجمعية العامة تضمين العهود الدولية الخاصة بحقوق الإنسان مادة خاصة بحق جميع الأمم في تقرير مصيرها.
- القرار رقم 637 المؤرخ في 1952/12/16م، والذي اعتبرت فيه الجمعية العامة حق الشعوب والأمم في تقرير مصيرها شرطاً ضرورياً للتمتع الكامل بجميع حقوق الإنسان الأساسية.
- القرار رقم 2131 المؤرخ في 1965/12/21م، اعتمدت فيه الجمعية العامة للأمم المتحدة مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية.

وفى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966م، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966م، نص كلاهما في المادة الأولى منه على حق تقرير المصير، وبذلك أصبح لحق تقرير المصير مفهوم واسع، حين اعترف للشعوب الواقعة تحت الاستعمار أن تحدد بحرية وضعها السياسي، وأن تتابع بحرية تميماتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية<sup>(45)</sup>.

### المبحث الثالث

#### المصاعب المواجهة للتنظيم الدولي

أهم الدوافع والأهداف التي بني عليها التنظيم الدولي هي الأمن والسلم الدوليين والتعاون الدولي، ولذلك سعت الدول، لاسيما التي لها التأثير والقدرة على المجتمع الدولي، إلى دعم هذه الأهداف والدوافع، وذلك بتمكين المنظمات الدولية من القيام بتحقيق هذه المقاصد، غير أن فكرة إقامة التنظيم الدولي واجهت العديد من الصعوبات.

#### المطلب الأول

##### السيادة الوطنية

بالرغم من الجهود المبذولة من أجل إقامة تنظيم دولي أساسه التعاون بين الدول، وتوطيد العلاقات بين الشعوب، وتحقيق المجتمع الدولي العديد من النجاحات في مجال التعاون الدولي، نتيجة لرغبة الدول وقناعاتها بإقامة تنظيم دولي، إلا أن هناك دولا لا تزال تتمسك بفكرة السيادة بمفهومها المطلق، وعدم التدخل في شؤونها الداخلية، مما أعاق التقدم نحو تنظيم دولي فاعل<sup>(46)</sup>.

- القرار رقم 1514 المؤرخ في 1960/12/14م، إعلان الجمعية العامة رسميا ضرورة القيام وبسرعة ودون أي شرط، بوضع حد للاستعمار بجميع

مظاهره وصوره. [www.un.org.fr](http://www.un.org.fr)

<sup>45</sup> جمال عبد الناصر مانع: بعض الجوانب القانونية الدولية للقضية الفلسطينية، ص 19-23.

<sup>46</sup> - بوكرا إدريس: ص 24.

وهذا ما أكدته المادة 2/ الفقرة 7 من ميثاق الأمم المتحدة، حيث أفادت أنه ليس في هذا الميثاق ما يسوغ للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، وليس فيه ما يلزم الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لأن تحل بحكم هذا الميثاق، على أن هذا المبدأ لا يخل بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع. وهنا أراد واضعو الميثاق تلافى احتمال اختلاط الاختصاص الذي تمارسه الأمم المتحدة بالاختصاصات التي تمارسها الدول، مما قد يؤدي إلى النزاع فيما بينها.

فهذا الاستثناء مفاده إمكانية تدخل الأمم المتحدة في حال توافر الشروط الواردة في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة. أما القاعدة العامة فهي المجال المحفوظ للدولة الذي لا يجوز التدخل فيه، أي ما يعرف (بقيود الاختصاص الداخلي للدولة)<sup>(47)</sup>.

وبالنظر إلى الظروف التي أحاطت بالنص على هذا الحكم في ميثاق الأمم المتحدة، يتضح أن واضعي الميثاق قد وجدوا أنفسهم أمام واقعين، الأول: يتمثل في نشأة منظمة الأمم المتحدة، ذات الأهداف الشمولية والعامة، مما يجعل من المتصور أن تغطي اختصاصاتها أمورا كثيرة، تصلح بدورها أن تكون محلا لاختصاص الدول الأعضاء. والثاني: يتمثل في تعايش النظام القانوني للمنظمة الدولية - الأمم المتحدة - مع النظم القانونية الوطنية للدول الأعضاء، إلا أن هذا التعايش يشوبه الكثير من المنافسة، نتيجة لأن اتساع أو انحسار النطاق الذي ينطبق فيه أحدهما، يؤثر بالضرورة وعكسيا على اتساع أو انحسار النطاق الذي ينطبق فيه الآخر، ومن هنا يتوقع نشأة الخلاف بين المنظمة والدول الأعضاء، نتيجة لما قد يثار من تنازع الاختصاص، لذلك أراد واضعو الميثاق أن يتجنبوا ذلك النزاع، فوضعوا نص المادة 2- الفقرة 7، والتي اكتفت بأن تكون المسألة في جوهرها متعلقة بالاختصاص الداخلي للدول<sup>(48)</sup>.

<sup>47</sup>- VERDROSS: P 314 à P 325.

<sup>48</sup>- محمد السعيد الدقاق: التنظيم الدولي، ص 266 - 274.

جدير بالذكر أن هذه المادة أغفلت تعريف هذا المجال المحفوظ للدولة، كما أن أهمية هذه المادة تكمن في كونها جاءت ضمن الفصل الثاني المتعلق بالمبادئ، مما يجعل الأحكام الواردة تعد ضمن المبادئ العامة والأسس الجوهرية التي يقوم عليها ميثاق الأمم المتحدة.

ونرى أن فكرة الاختصاص الداخلي فكرة ينقصها تحديد المعالم بشكل دقيق، فيتسع محيطها ويضيق وفقا لعناصر متغيرة، لا يمكن تحديدها بداية، فمن المتصور أن يكون كثير مما يمكن أن تمارسه الدول من اختصاص قابلا لأن يندرج بصورة أو بأخرى ضمن اختصاص المنظمة، وذلك إذا ما أخذنا في اعتبارنا عمومية وشمولية أعمال وأهداف المنظمة، وبالعكس من الجائز أن يتعلق أي اختصاص تمارسه المنظمة بصورة أو بأخرى بمسألة تدخل -بالنظر إلى جوهرها - في دائرة الاختصاص المحفوظ للدول، على اعتبار أن هذه الأخيرة هي الشخص الدولي الوحيد ذو الاختصاص الشامل. فإذا ما أضفنا إلى ذلك أن تحديد هذه الأمور متروك للقانون الدولي العام -حسب الراجح في الفقه والقضاء - وهو ليس بالقانون الجامد، بل إن قواعده دائمة التطور، أمكننا أن نصل إلى نتيجة منطقية، مؤداها أن ما قد يكون بالأمس من قبيل المسائل التي تدخل في إطار الاختصاص المحفوظ للدول، ومن ثم يمتنع على الأمم المتحدة التدخل فيها، قد يصبح اليوم مع تطور وتحرك قواعد القانون الدولي، من المسائل التي تخرج عن اختصاص الدول، ومن ثم يتصور دخولها ضمن اختصاص المنظمة.

وعليه يمكننا أن نتصور أن فكرة الحكم الوارد في المادة المذكورة لا تعد اختصاص الأمم المتحدة بشأن المسائل المتعلقة بالنطاق المحفوظ للدول، وإنما توقفه فقط، ويمكن للمنظمة في وقت يزول فيه هذا المانع أن تبسط دائرة اختصاصها لنتناول هذه المسائل، كل ذلك دون الحاجة إلى تعديل الميثاق، فهذا الحكم الوارد في نص المادة 2 - الفقرة 7 لا يمثل حدا طبيعيا لاختصاص المنظمة، وإنما يعتبر مانعا لهذا الاختصاص.

### المطلب الثاني

#### وضع الدول الكبرى في المنظمات الدولية

يقوم التنظيم الدولي على أساس المساواة القانونية بين الدول، إذ تفيد المادة 2 - الفقرة 1 من ميثاق الأمم المتحدة أن الهيئة (الأمم المتحدة) تقوم على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها، بحيث تتمتع الدول بالمساواة نتيجة سيادتها واستقلالها، والمقصود بالمساواة القانونية، فليس لدولة أن تدعي من الحقوق ما ليس لها، وقد أيدت الحق في المساواة القانونية العديد من التصريحات الرسمية الصادرة عن ساسة الدول الكبرى في مناسبات ومؤتمرات دولية مختلفة<sup>(49)</sup>.

ولكن بالرجوع إلى أحكام ميثاق الأمم المتحدة نجده يحمل تناقضا في داخله، حينما نص على أن للدول الخمس الكبرى وضعا خاصا في مجلس الأمن، وذلك بأن منحها، على خلاف بقية أعضاء المنظمة، العضوية الدائمة في مجلس الأمن وفقا للمادة 23 منه، كما منح هذه الدول الخمس الكبرى حق الاعتراض أو النقض (الفيتو)، مجتمعة أو منفردة، على ما يشرع مجلس الأمن في إصداره من قرارات أو توصيات في المسائل الموضوعية، بما يمنع صدورها، طبقا للمادة 27 الفقرة 3 من الميثاق.

ورغم أهمية اختصاصات مجلس الأمن في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين<sup>(50)</sup> فإن كل ما تضمنه الميثاق من قواعد ومبادئ وآليات أصبح مرهونا بإساءة أو عدم إساءة استخدام حق الاعتراض الذي منح للدول الخمسة دائمة العضوية.

49- اتفاقية مونتفيدو عام 1933م المبرمة بين الدول الأمريكية، وفي إعلان حقوق وواجبات الدول الذي أقره اتحاد القانون الدولي في 1919/11/11م.

50- وتطبيق ذلك برز أثناء قيام الثورات العربية عام 2011م، فروسيا امتنعت - ولم تعترض- على قرار مجلس الأمن رقم 1973 عام 2011م الخاص بليبيا، رغم فداحة الوضع الإنساني وتهديد سلامة المدنيين، وعند اندلاع الثورة في سوريا منذ شهر مارس 2011م، أراد المجتمع الدولي إصدار قرار للتدخل، إلا أن روسيا لوحت باستخدام حق الفيتو. وهذا مثال صارخ لسوء استعمال حق الفيتو، والمؤسف في ذلك، وبعد أن مات الكثير وجرح الأكثر، فتحت الحكومة الروسية الحوار مع المجلس الوطني، واعترفت به كمثل شرعي للشعب الليبي، رغم عدم تأييدها لقرار التدخل المباشر إليه.

وفي هذا السياق نجد أن المديرين التنفيذيين في الهيئات المالية الدولية، كصندوق النقد الدولي والبنك الدولي للإنشاء والتعمير، يعين خمسة منهم بواسطة الدول الخمس التي تملك النصاب المالي الأكبر فيها، ويختار الباقون بواسطة مجلس المحافظين، وبهذا يصبح حجم المساهمة المالية يتحكم في التعيين من جهة، وترتيب أوضاع لا تتفق مع فكرة المساواة – المساواة القانونية – بين الدول أعضاء هذه الهيئات<sup>(51)</sup>.

لذلك فإن مظاهر المساواة القانونية تبقى إلى حد ما نظرية وجزئية، إذا ما قيست بعدم المساواة العملية بين الدول، سواء على صعيد التعامل الدبلوماسي والسياسي، أو على الصعيد الاقتصادي. فالواقع يظهر الهوة بين الدول الكبرى والدول الصغرى، فالأخيرة لا تتمتع بميزة المساواة الكاملة مع غيرها، كونها غير قادرة على المساهمة في الشؤون الدولية بقسط يماثل مساهمة الدول الكبرى، ذات التأثير البالغ في تكييف العلاقات الدولية<sup>(52)</sup>، خاصة في ظل النظام الدولي الجديد، فقد تعقدت الأوضاع أكثر من ذي قبل، حيث تتركز القوى العالمية الاقتصادية والسياسية عند الولايات المتحدة، وما يدور في فلكها من الدول الغربية، فهذا واقع لا جدال فيه، لكنه لا يتطابق ومفهوم المساواة، كمفهوم لغوي أو كمفهوم قانوني صرف.

### المطلب الثالث

#### الصراعات الدولية

بالرغم من الجهود المبذولة من طرف الدول لإيجاد تنظيم دولي، يسعى إلى ضبط العلاقات الدولية في المجتمع الدولي، عن طريق التضامن بين الدول وتحقيق الرفاهية للشعوب، غير أن التوجهات الأيدولوجية لدى بعض الدول أخذت في التصارع، كالحرب

<sup>51</sup> - مصطفى السيد عبد الرحمن: ص 173 – 175.

<sup>52</sup> - لمزيد من المعلومات حول ظاهرة الهيمنة أو الامبريالية راجع

Claude – Albert COLLIARD, Louis DUBOUIS. Institutions internationales. P 39 à P 58.

الباردة سابقا، بين الدول الشيوعية والدول الرأسمالية، التي على إقامة علاقات دولية على أساس التعاون الدولي (53).

وقد نجم عن الحرب الباردة سيادة نظام توازن القوى القائم على أساس الردع النووي، وبذلك انقسم العالم -سابقا- إلى كتلتين، كتلة رأسمالية تقودها الولايات المتحدة، وكتلة اشتراكية يقودها الاتحاد السوفيتي، ومن ثم فقد كان من الطبيعي أن يؤدي هذا الانقسام إلى إخفاق منظمة الأمم المتحدة في توفير الأمن والسلام والقدرة على إلزام الجميع باحترام مبادئ الشرعية الدولية. ولعل هذا الإخفاق يرجع إلى عدم توفر القوات المسلحة الدائمة الموضوعة تحت إشراف المنظمة، بحيث تستخدمها لقمع العدوان وردعه والحفاظ على السلم والأمن الدوليين.

فلقد كانت للحرب الباردة آثار سلبية على آلية عمل منظمة الأمم المتحدة ومسيرة التنظيم الدولي (54)، إذ أدت إلى عدم إكمال الترتيبات اللازمة لتفعيل العمل بنظام الأمن الجماعي، الذي نص عليه ميثاق الأمم المتحدة، وكذلك تفريغ المنظمة من محتواها القانوني، فيما يتعلق بالمحافظة على السلم والأمن الدوليين، كمنظمة دولية عالمية، والتوجه نحو تكوين الأحلاف العسكرية، وذلك بإبرام معاهدات الدفاع المشترك والأمن الإقليمي، لتحل التكتلات الإقليمية شيئا فشيئا محل العالمية التي تأسست عليها الأمم المتحدة.

ويمكننا التساؤل حول مدى تغير الوضع الدولي بعد أن دخل المجتمع الدولي مرحلة جديدة ومختلفة، عرفت بالنظام العالمي الجديد؟

فالنظام العالمي الجديد ظهر عقب انتهاء الحرب الباردة، وبالضبط بعد انتصار قوات التحالف في حرب الخليج الأولى على القوات العراقية في مطلع التسعينيات، لكن هذا النظام

53- حسن نافعة: ص114 وما بعدها .

54- وقد تولد عن الصراعات الدولية القائمة بين المعسكرين أثناء الحرب الباردة، نشوء حركة عدم الانحياز، وذلك رغبة في تخفيف حدة التوتر الدولي، وخروج دول العالم الثالث من دائرة التأثير بالمشكلات التي تنجم عن صراعات الدول الكبرى.

قام على أحادية القطبية، أي انفراد جهة دون أخرى، وتحديد دولة واحدة، ونتيجة لامتلاكها القوة تكاد تكون قد انفردت في اتخاذ القرار السياسي الدولي، وتوجيه السياسة الدولية دونما اعتراض واضح من بقية الدول، وهذا ما أدى إلى ظهور فكرة الهيمنة التي مارسها الولايات المتحدة الأمريكية على العالم، مما أثر سلباً على النظام العالمي الجديد<sup>(55)</sup>، كما أن التكتلات الاقتصادية للدول الغنية أثرت سلباً في مواجهة الدول السائرة في طريق النمو، لافتقار هذه الدول، وتكوين تكتلات اقتصادية ذات منافسة فاعلة، مما أثر على علاقاتها المتبادلة.

كما المصالح التي تجمع بعض الدول أدت إلى عقد اتفاقات غير معلنة وقفت حاجزاً في اتخاذ قرارات منظمة الأمم المتحدة، وهو ما يتنافى مع الأسس التي يقوم عليها التنظيم الدولي<sup>(56)</sup>، بعض الدول التي لها إمكانيات مالية وعسكرية تلجأ إلى حل المشاكل الدولية، مستخدمة أساليب الضغط المادي والمعنوي، ومن أمثلة ذلك حل بعض مشاكل الشرق الأوسط خارج نطاق الأمم المتحدة رغم أهميتها للسلام والأمن الدوليين، عن طريق تدخل الولايات المتحدة الأمريكية، وفرض سيطرتها، مما يؤثر سلباً على العلاقات المتبادلة مع الدول الأخرى، وفي هذا إعاقة لإقامة تنظيم دولي أساسه التعاون بين أعضائه.

<sup>55</sup> - أحمد شرف: ص 51 - 55.

Mc Whinney Edward -<sup>56</sup>: P 199.

### المبحث الرابع

#### التنظيم الدولي الإقليمي

كان لتشعب وتعدد احتياجات الدول أعضاء المجتمع الدولي، وقصور الأجهزة الخاصة بكل منها عن الاستئثار وحدها بمواجهة كافة تحدياتها الداخلية، إضافة إلى التحديات الدولية التي تنعكس آثارها بالضرورة على ظروف الدول وأوضاعها الداخلية، الدور الأعظم وراء ظهور وتعدد المنظمات الدولية، سواء في ذلك المنظمات السياسية أو الفنية، أو العالمية أو الإقليمية<sup>(57)</sup>.

فالنصف الأخير من القرن الماضي اتسم بتطورات اقتصادية وسياسية هامة على المستوى الدولي والإقليمي، تمثل هذا التطور في ظهور التكتلات الاقتصادية العملاقة في العالم، فما كان للدول إلا أن تتدافع للتفكير في استراتيجيات التكامل والمزيد من التعاون والتنسيق فيما بينها، وإقامة كتل إقليمي، يستطيع مواجهة التحديات التي تواجه أعضائه، كما يعمل هذا التكتل على الاندماج في النظام العالمي ومواكبته من واقع أكثر ملاءمة وفاعلية. فانتشرت المنظمات الدولية الإقليمية في الفترة التي أعقبت الحرب العالمية الثانية، وصار لها دورها الملموس في توجيه القرار الدولي، وتسيير العلاقات الدولية، وتنمية التعاون الدولي على المستوى الإقليمي.

#### المطلب الأول

##### طبيعة التنظيم الدولي الإقليمي ومفهومه

التنظيم الدولي الإقليمي هو وجود منظمة إقليمية، تضم مجموعة من الدول على نحو دائم، ومن أجل تحقيق أهداف ومصالح وغايات مشتركة، وذات خصوصية لهذه الدول

<sup>57</sup> C. A. COLLIARD. Institutions des relations internationales. P 687.

الأعضاء، وتتمتع هذه المنظمة بالاستقلال في عملها، ولها أهلية التعبير عن إرادتها الذاتية في العلاقات الدولية<sup>(58)</sup>.

فوصف المنظمة الدولية بالإقليمية يرجع إلى أن نطاق العضوية فيها يكون مقصورا على دول معينة، وفق معايير أو شروط خاصة، ومن ثم ينصرف التمييز بين المنظمات العالمية والمنظمات الإقليمية إلى نطاق العضوية في كل منها، فالمنظمات العالمية هي التي يمكن أن تضم في عضويتها كافة الدول أعضاء المجتمع الدولي<sup>(59)</sup>، أما المنظمات الإقليمية فهي التي تضم عددا محددا من الدول ترتبط برابطة معينة.

والواقع أن اصطلاح الإقليمية قد أثار الخلاف، نظرا لغموضه وصعوبته<sup>(60)</sup>، ومن ثم فقد تباينت وجهات النظر في المقصود بالإقليمية، فجانبا يرى أن المقصود هو إقليمية الجوار الجغرافي<sup>(61)</sup>، وقد انتقد لكونه ليس المعيار الوحيد لتحديد المقصود بالإقليمية، وجانبا آخر يرى أن الروابط الثقافية والروحية والحضارية واللغوية والتاريخية، وجانبا آخر ذهب إلى أن المقصود بالإقليمية هي تلك المنظمات التي لا تتجه نحو العالمية، بل تقتضى طبيعة أهدافها قصر نطاق العضوية فيها على فئة معينة من الدول ترتبط فيما بينها برابط خاص، قد يكون اقتصاديا أو ثقافيا أو سياسيا<sup>(62)</sup>.

وعلى ذلك فإن مصطلح منظمة إقليمية ينبغي أن يفهم على أنه جزء من كل، أي يعني التنظيم الذي يضم عددا أو جزء من دول العالم، وليس كل دول العالم، لأسباب ومعايير معينة،

<sup>58</sup> Op.cit. P 231 à P 252.

<sup>59</sup> - تباينت الكتابات الفقهية في تعريفها لمفهوم المنظمة الدولية، إلا أن معظمها لجأ إلى تعريف يجمع خصائص أو عناصر المنظمة الدولية، وبذلك يمكننا تمييز المنظمات العالمية عن المنظمات الإقليمية. راجع في ذلك VIRALLY:P 62.

<sup>60</sup> Cf. Sir Peter Smiths. Governmental control. U N institute for training and research. New York. 1973.

<sup>61</sup> - من أنصار هذا الاتجاه بطرس غالي، الأمين العام السابق للأمم المتحدة، حيث يرى أن استلزام الجوار الجغرافي تفرضه أولا حجة البداية، إذ اصطلاح الاتفاق الإقليمي يحمل في طياته مدلول الجوار الجغرافي بين الدول الأطراف، ومن جانب آخر فإن الجوار الجغرافي يعززه العمل الدولي ذاته، فسائر المنظمات الإقليمية، سواء تلك القائمة في الوقت الراهن أو التي قامت في الفترة ما بين الحربين، كانت أطرافها دولا تستوفي شرط الجوار

الجغرافي. Boutros-Ghali: P 45 à P 47.

<sup>62</sup> - أحمد مصطفى فواد: ص 125. 124.

لأن مفهوم الإقليم، مهما اتسع مدلوله الجغرافي، يشير إلى جزء بالنسبة للكل – أي من الأرض – ومن ثم هذا الجزء له خصوصيته عن كامل الجماعة الدولية.

غير أن الاستجابة للدعوة إلى فكرة الإقليمية لم تكن سهلة، بل اكتنفها الكثير من النقاش، وانقسمت الآراء بشأنها إلى مؤيد ومعارض. فالمؤيدون يرون أن المنظمات العالمية لا تعتد بالمصالح الخاصة للمجموعات الإقليمية المختلفة، في سبيل تحقيق المصالح العامة للمجتمع الدولي، وهذا ما يجعل التزامات مثل هذه المنظمات عامة ومجتمعة، ولعل هذا ما أدى إلى فشل منظمة عصبة الأمم حسب هذا الرأي<sup>(63)</sup>. وقيل أيضا لتبرير مفهوم الإقليمية أن اللجوء إلى المنظمات الإقليمية بداية، يعد الترتيب المنطقي للوصول إلى المنظمات العالمية، فالإقليمية تعد مرحلة وسيطة بين الدولة القومية والمنظمة العالمية، وهي بذلك تعد مرحلة ضرورية ومرغوب فيها، لأنها جزء من عملية التطور البطيء لتكامل العالم<sup>(64)</sup>.

غير أن معارضي فكرة الإقليمية ذهبوا إلى القول بأن اللجوء إلى المنظمات الدولية من شأنها أن تمزق الجهود الرامية إلى تحقيق هدف أشمل وأعم من المصالح الخاصة للمجموعات الإقليمية المختلفة، كما أن نشاطها قد يؤدي في النهاية إلى تفتيت وحدة القانون الدولي، فمع وجود الكثير من المنظمات الدولية يمكن أن ينشأ قانون دولي إقليمي، على نحو يعيد إلى الأذهان المرحلة الأولى من مراحل تطور القانون الدولي، حينما كان قانونا مسيحيا، لا ينصرف إلا إلى طائفة معينة من الدول هي دول أوروبا المسيحية<sup>(65)</sup>.

والواقع أنه لا تعارض بين فكرتي العالمية والإقليمية، والأخذ بأحدهما أو بكلاهما، وذلك تبعا لطبيعة المشكلات والظروف المعروضة، فمن الأمور ما لا يمكن للجهود المحدودة

<sup>63</sup>- أ ل كلود: ص 163.164.

<sup>64</sup>- المرجع السابق: ص 168.

<sup>65</sup>- راجع في هذا الشأن:

للدول أعضاء المنظمة الإقليمية أن تواجه الصعوبات الكبرى، فمشاكل السلام ونزع السلاح وتحريم التجارب النووية مثلا، لا يمكن معالجتها إلا بتضافر الجهود العالمية، ومن ثم فإن طبيعة أي موضوع أو مشكلة لها أهميتها ليس فقط في تقرير أنسب الوسائل المساعدة على علاجها، ولكن أيضا في قياس مدى وطأتها وتأثيرها، فقد تكون المشكلة إقليمية في موقعها، ولكن تكون ذات مضامين بالغة الأهمية بالنسبة للعالم أجمع، بحيث تكون مسألة تناسب اهتمام منظمة عالمية، وهكذا نجد أن تفرعات المشكلة وتقسيماتها ومدى خطورتها تؤثر في اختيار أحد الاتجاهين الإقليمي أو العالمي.

### المطلب الثاني

#### التنظيم الدولي الإقليمي في ضوء ميثاق الأمم المتحدة<sup>(66)</sup>

المنظمات الإقليمية لا تخضع فحسب لوثائقها المؤسسة، ولأحكام ومبادئ القانون الدولي العام، بل إنها تخضع من جانب ثالث لميثاق الأمم المتحدة<sup>(67)</sup>، وذلك إعمالا لعلو الالتزامات الواردة في ميثاق الأمم المتحدة على سائر الالتزامات الدولية للدول، فيلزم أن تتوافق الوثائق المؤسسة للمنظمات الإقليمية مع الميثاق، وفي ذلك تنص المادة 103 من الميثاق<sup>(68)</sup>، على أنه إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة وفقا لأحكام هذا الميثاق، مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به، فالعبرة بالالتزامات المترتبة على هذا الميثاق. وخضوع تلك المنظمات لا يتصور فقط في ضرورة توافقها مع مبادئ الميثاق، إذ أن مشرعي ميثاق الأمم المتحدة قد أخذوا في اعتبارهم ضرورة استخدام التنظيمات الإقليمية لتحقيق منظمة الأمم المتحدة للأهداف التي تسعى لتحقيقها، وقد خصص الفصل الثامن من

<sup>66</sup>- Voir : J. CHARPENTIER: P 78.79.

<sup>67</sup>- Michel DEYRA: P 126.127.

<sup>68</sup>- www.un.org.fr

الميثاق للتنظيمات الإقليمية، وقد تضمن ثلاثة مواد، حددت إطار العلاقة بين المنظمات الإقليمية من ناحية ومنظمة الأمم المتحدة من ناحية أخرى:

**أولاً:** فقد أتاح الميثاق للدول التي ترتبط ببعض برابطة إقليمية من أي نوع، أن تنشئ فيما بينها تنظيماً إقليمياً ليعالج الأمور المتعلقة بحفظ السلم والأمن الدولي، ما يكون العمل الإقليمي صالحاً فيها ومناسباً ومتفقاً مع مقاصد ومبادئ الأمم المتحدة، وهذا ما نصت عليه المادة 52- الفقرة 1 من الميثاق.

وأول ما يلفت الانتباه عند قراءة هذا النص هو أنه يتيح للمنظمات الإقليمية التعرض لأمر داخلة في الاختصاص الأصيل للأمم المتحدة، كمسائل حفظ السلم والأمن الدولي، إلا أنه سمح لها بالتعرض بالقدر الذي يكون فيه العمل الإقليمي صالحاً ومناسباً، وهنا يطرح التساؤل حول من هو المختص بتقدير ملائمة اللجوء إلى المنظمات الإقليمية دون منظمة الأمم المتحدة، كلما كان الأمر متعلقاً بحفظ السلم والأمن الدولي؟ طالما أن ميثاق الأمم المتحدة لم ينط بجهاز معين تقدير هذه الملائمة، يصبح للدول المعنية رخصة عرض النزاع على الأمم المتحدة باعتبارها منظمة عالمية أو عرضه على المنظمة الإقليمية<sup>(69)</sup>.

**ثانياً:** ومن ناحية أخرى تحت المادة 52 - الفقرة 2 من الميثاق كل الدول الأعضاء في الأمم المتحدة اللجوء بداية إلى المنظمات الدولية، كخطوة أولى لحل المشاكل المتعلقة بالسلم والأمن الدولي، وبذل كل جهد لتدبير الحل السلمي للمنازعات الإقليمية، وذلك قبل عرضها على مجلس الأمن. أما الفقرة 3 من المادة المذكورة فتدعو مجلس الأمن إلى تشجيع الدول المعنية على الحل السلمي للمنازعات الإقليمية عن طريق اللجوء إلى المنظمات الإقليمية.

<sup>69</sup>- KELSEN H: P 321.

ونرى أن ذلك لا يعني أن الدول الأطراف في نزاع إقليمي تصبح ملزمة بعرضه على المنظمة الإقليمية التي تكون الدول أعضاء فيها، قبل عرضه على الأمم المتحدة، فالمادة 52 بفقرتها 2،3 يجب إن تفسر في ضوء المادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة، والأخيرة أوردت تعدادا للوسائل التي يجوز لمجلس الأمن أن يوصي بها الدول الأعضاء لحل المنازعات التي تقوم بينهم بالطرق السلمية، ومن بينها اللجوء إلى المنظمات الإقليمية، لذلك نرى أن التعداد ليس واردا على سبيل الحصر، كما أن الترتيب الذي أتى به ليس ملزما، ومن ثم فإن مجلس الأمن إذ يوصى الدول الأعضاء باتخاذ طريق أو آخر مما هو وارد في المادة 33، فإن الدول ليست ملزمة بالاستجابة لتوصية مجلس الأمن، وإنما تستطيع أن تلجأ إلى وسائل أخرى غير ما ذكر في التوصية، وهذا يعني أن الدول ليست ملزمة بالضرورة بأن تلجأ بداية إلى المنظمات الإقليمية، ومن ثم لا تثريب عليها إن لجأت إلى الأمم المتحدة لتعرض عليها النزاع.

**ثالثا:** تنص المادة 53 - الفقرة 1 على أن يستعين مجلس الأمن بالمنظمات الإقليمية في تنفيذ أعمال القمع كلما رأى ذلك مناسبا، ويكون عملها حينئذ تحت مراقبته وإشرافه، أما المنظمات الإقليمية فإنه لا يجوز بمقتضاها القيام بأي عمل من أعمال القمع بدون إذن مجلس الأمن. وإذا كانت المادة 53 - الفقرة 1 تحظر على المنظمة الإقليمية اتخاذ تدابير المنع والقمع إلا بناء على قرار من مجلس الأمن، إلا أنه يمكن إيجاد استثناءات على ذلك، يجوز فيها للمنظمة الإقليمية اتخاذ هذا النوع من التدابير دون إذن مسبق من مجلس الأمن، وهذه الحالات هي:

1- اتخاذ تدابير ضد دولة من الدول الأعداء في الحرب العالمية الثانية، والعمل بهذا الاستثناء انتهى بانتهاك الحرب العالمية الثانية، ومن ثم يعد من قبيل النصوص التاريخية.

2- يمكن للمنظمة الإقليمية أن تتخذ مثل هذه التدابير دون إذن مسبق من مجلس الأمن، إذا كانت هذه التدابير من قبيل الدفاع الشرعي، المنصوص عليه في المادة 51 من الميثاق، والتي تفيد بعدم الانتقاص أو الضعف من الحق الطبيعي للدول فرادى أو جماعات في الدفاع عن

أنفسهم، إذا اعتدت قوة مسلحة على إحدى الدول الأعضاء للأمم المتحدة، وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدولي، والتدابير التي اتخذتها الأعضاء تبلغ إلى المجلس فوراً. وتفسير هذه المادة بالإضافة لنصوص الميثاق يجعل هذه الحالة استثناء عن الحصول على إذن مسبق شريطة الإبلاغ عن التدابير، واردة على المادة 53، حتى وإن لم تنص الأخيرة على ذلك صراحة.

**رابعاً:** كما نصت المادة 54 من الميثاق على أنه يجب أن يكون مجلس الأمن على علم تام بما يجرى من أعمال لحفظ الأمن والسلم الدولي، بمقتضى المنظمات الإقليمية، أو ما يزعم إجراؤه منها، ولعل نطاق أعمال هذا النص قد يتداخل مع نطاق أعمال نص المادة 51 من الميثاق، التي تعطي الحق للدول الأعضاء في الأمم المتحدة التي تتخذ من التدابير -دون إذن مسبق- ما يعد استعمالاً لحقها في الدفاع الشرعي، على تبليغ مجلس الأمن بتلك التدابير، لكن الواقع أن نطاق كل من النصين مختلف عن الآخر، فنطاق نص المادة 54 أكثر اتساعاً من نطاق نص المادة 51، لأن الأول لا ينصرف إلى التدابير التي تتخذ استعمالاً لحق الدفاع الشرعي فحسب، إنما ينصرف إلى كافة التدابير المتعلقة بحفظ الأمن والسلم الدولي، كذلك فإن المادة 54 لا تفرض هذا الالتزام على الدول الأعضاء في الأمم المتحدة فقط، كما هو الحال في المادة 51، وإنما تفرضه على المنظمة الإقليمية، حتى ولو ضمت في عضويتها دولاً لا تتمتع بالعضوية في الأمم المتحدة<sup>(70)</sup>.

KELSEN H: P 328. <sup>70</sup> محمد السعيد الدقاق: التنظيم الدولي، ص 60.59.

### الخاتمة

بدأ التنظيم الدولي كفكرة تاريخية، تطلبت تضامن وتضافر الدول على الصعيد الدولي من أجل تحقيق أهداف معينة، كما هو الشأن في التنظيم الداخلي، وحتى يكون التنظيم فاعلا وجب أن يحتوي على عدد من الدول تخضع منازعاتها للقانون الدولي، ومن خلال التنظيم الدولي تم إرساء فكرة المنظمة الدولية، التي تنطوي على عدد من الدول المستقلة، والذي بدأت إرهاباته في مؤتمر فيينا عام 1815م، وكان يهدف إلى حفظ السلام الأوربي بعد هزيمة نابليون بونابرت، فأنشئت المنظمات النهرية لتقرير حرية الملاحة في الأنهار الدولية، ثم تلتها الاتحادات الإدارية للبريد والاتصال، ثم أقيم الاتحاد الجمركي، ثم عصبة الأمم، وهكذا توالى الهيئات الجماعية للتعبير عن إرادة الدول، والتي لا تتناقض مع مبدأ سيادة الدول، حتى وجدت منظمة الأمم المتحدة والمنظمات الدولية الإقليمية والمتخصصة.

فإذا كان التنظيم الدولي يقصد به التركيب المعنوي للجماعة الدولية منظورا إليه من وجهة نظر ديناميكية، تشمل احتمالات تطوره، فهذا المفهوم يتداخل اصطلاحا مع مفاهيم قانونية أخرى، كالنظم الدولية، والمنظمة الدولية، فالنظم الدولية ينصرف في مفهومه الضيق إلى مجموعة من القواعد القانونية المنظمة لموضوع رئيسي معين، أو المرتبطة بإطار موضوعي محدد مثل نظم الحياد، ويذهب أبعد من ذلك إلى المعاهدات الدولية والمؤتمرات والحروب، أما المنظمة الدولية فتعرف بأنها كل هيئة دائمة تتمتع بالإرادة الذاتية وبالشخصية القانونية الدولية بين مجموعة من الدول، تتفق على إنشائها كوسيلة للتعاون الدولي الاختياري فيما بينها في مجال أو مجالات معينة، يحددها الاتفاق المنشئ للمنظمة.

وبهذا نستخلص أن التنظيم الدولي هو نتاج حاجة المجتمع الدولي، والتي تتمثل في حفظ الأمن والسلم الدوليين، مع توفير الرخاء للدول الأعضاء، لكن ما هو موجود اليوم من تنظيم دولي تتمسك به دول، وتتنفذه أخرى حسب تحقيق المصلحة، وتظل الأخيرة هي معيار الالتزام بالأحكام، ولكن مع تغير المصلحة كونها مفهوما نسبيا، سيتبعه تغير في مفاهيم الأحكام

التي بدورها ستغير مما هو موجود من قواعد تحكم التنظيم الدولي، وبالتالي هنا تظهر الحاجة ملحة لكل منتقد للنظام الحالي العمل على تغييره بما يتفق مع مصالحه، ولكن هذا الأمر ليس بالشيء الهين.



## المصادر

المصادر العربية:

- إبراهيم العناني: التنظيم الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.
- أحمد الرشيدي: الوظيفة الإفتائية لمحكمة العدل الدولية ودورها في تفسير وتطوير سلطات واختصاصات الأجهزة السياسية للأمم المتحدة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1993.
- أحمد شرف: مسيرة النظام الدولي قبل وبعد حرب الخليج، دار الثقافة الجديدة، القاهرة، 1992.
- أشرف عرفات أبو حجازة: الوجيز في القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
- آل كلود: النظام الدولي والسلام العالمي، ترجمة: عبد الله العريان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
- بوكرا إدريس: مبدأ عدم التدخل في القانون الدولي المعاصر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- جمال عبد الناصر مانع: بعض الجوانب القانونية الدولية للقضية الفلسطينية، مجلة التواصل، جامعة باجي مختار، عنابة-الجزائر، العدد 12، مارس 2004.
- \_\_\_\_\_: القانون الدولي العام (المدخل والمصادر)، دار العلوم للطباعة والنشر، الجزائر، 2004.
- \_\_\_\_\_: التنظيم الدولي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- جيرهارد فان غلان: القانون بين الأمم، مدخل إلى القانون الدولي العام، ترجمة: عباس العمر، دار الجيل، بيروت، 1993.
- حسن نافعة: إصلاح الأمم المتحدة، مركز البحوث والدراسات السياسية، جامعة القاهرة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 1995.

- سليمان محمد عبد المجيد: النظرية العامة للقواعد الأمرة في النظام القانوني الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1979.
- صلاح الدين عامر: قانون التنظيم الدولي (النظرية العامة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- عبد العزيز سرحان: الأصول العامة للمنظمات الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
- \_\_\_\_\_: المنظمات الإقليمية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.
- \_\_\_\_\_: دور محكمة العدل الدولية في تسوية المنازعات الدولية وإرساء مبادئ القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- عز الدين فوده: الدول الجديدة والقانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 24، القاهرة، 1968.
- علي ضوي: القانون الدولي العام، الأشخاص والمصادر، ط5، 2013.
- فنز الناصري: دور القضاء الدولي في تسوية المنازعات الدولية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1989.
- محمد المجذوب: التنظيم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
- محمد سامي عبد الحميد: أصول القانون الدولي العام، الجزء الأول، الجماعة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- محمد سعيد الدقاق، مصطفى سلامة حسين: القانون الدولي المعاصر، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
- \_\_\_\_\_: التنظيم الدولي، الدار الجامعية، بيروت، 1982.
- محمد سامي عبد الحميد: قانون المنظمات الدولية، الجزء الأول، الدار الجامعية. الإسكندرية، 1987.

- محمد عزيز شكري، ماجد الحمودي: الوسيط في المنظمات الدولية، منشورات جامعة دمشق، ط1، 1997.
- مصطفى سلامة حسين: تسييس المنظمات الدولية المتخصصة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1991.
- مصطفى أحمد فؤاد: قانون المنظمات الدولية، دراسة تأصيلية تطبيقية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010.
- مصطفى السيد عبد الرحمن: تمثيل الدول في علاقاتها مع المنظمات الدولية ذات السمة العالمية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1974.
- هكتور غروس أسبيل: حق تقرير المصير، تطبيق قرارات الأمم المتحدة، نيويورك، 1980.
- وائل أحمد علام: المنظمات الدولية (النظرية العامة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994.
- المصادر الأجنبية :**
- Benjamin MULAMBA MBUYI. Droit des Organisations internationales. 2<sup>e</sup> éd. L'Harmattan. Paris. 2012.
- Boutros-Ghali. Contribution à l'étude des ententes régionales. Paris. Pedone. 1949.
- Cahier (ph). Le Droit Interne Des Organisations Internationale. R.G.D.P. 1963.
- C. A. COLLIARD. Institutions des relations internationaux. 8<sup>e</sup>éd. Dalloz. Paris. 1985.
- CIJ. Avis Consultatif du 21 Juin 1971. Conséquences juridiques pour les états de la présence continue de l'Afrique du sud en

Namibie (sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970)  
du conseil de sécurité.

-Claude ALBERT COLLIARD, Louis DUBOUIS. Institutions  
internationales. 10<sup>e</sup> éd. Dalloz. Paris.

-David Ruzié. Droit international public. Quatrième édition.  
Mémentos Dalloz. Paris. 1980.

-Emmanuel Decaux. Droit international public. 6<sup>e</sup> éd. Dalloz.  
Paris. 2008.

-Georges Vilalta. Les casques bleus: une nouvelle fonction pour  
les armées nationales?. Éd L.J, 1977.

-George BERILA. Problèmes sécurité international et de défense.  
Editions Montchrestien. Paris. 1975.

-G.ARANGIO-RUIZ. The normative role of the General Assembly  
of the United Nations and the Declaration of Principles of friendly  
relations. R.C.A.D.I .tome 137. Vol III.

-J. CHARPENTIER. Institutions internationales. 6<sup>e</sup> éd. Dalloz.  
Paris. 1978.

- Jean Charpentier. Institutions internationales. 17<sup>e</sup> éd. Dalloz.  
Paris. 2009.

- Jean-Luc SAURON. L'application du droit de l'Union européenne en France. Documentation française. Paris. 2000.
- KELSEN H. The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental problems. London. Stevens & Sons Ltd. 1950.
- LAUBADERE .Traité de droit administratif. 7<sup>e</sup> éd. L.G.D.J .Paris. 1967.
- Le Fur. Précis de droit international Public. 2<sup>e</sup> éd. Dalloz. Paris. 1933.
- Michel DEYRA. Droit international public. Gualino. Paris. 2007.
- Mc Whinney Edward. Les Nations Unies et la formation du droit. Pedone. Unesco. 1986.
- Paul Claval. Les mythes fondateurs des sciences sociales. Presses Universitaires de France. 1980.
- Philippe Moreau Defarge. Les organisations internationales contemporaines. MEMO Seuil. Paris. 1996.
- Rainer ARNOLD. Le Fédéralisme Dans Tous Ses États: Gouvernance, Identité Et Méthodologie. Chapter 11. 2005.
- Répertoire de la Pratique Suivie par les Organes des Nations Unies, Supplément n 6. Volume 8. NATIONS UNIES. 1984

- Recueil Des Cours, Collected Courses 1928. Tome 21 de la Collection. Librairie Hachette. Paris.
- Sir Peter Smith. Governmental control. UN institute for training and research. New York. 1973.
- VERDROSS . La Compétence Nationale dans le cadre de l'ONU et l'Indépendance des Etats. R.G.I.P. 1965.
- VIRALLY. Approches de l'étude des organisations internationales. Définition et classification. R. I. des Sciences sociaux. Unesco. 1977.
- www.un.org.fr



## قواعد حوكمة الشركات الواردة في قانون النشاط التجاري

دراسة في ضوء مبادئ حوكمة الشركات التي نادت بها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية

أ. عبد السلام أحمد حسين إمام<sup>(1)</sup>

### المقدمة:

منذ عقدين من الزمن تحتل حوكمة الشركات صدارة الموضوعات الأكثر أهمية ليس فقط على الأجندة السياسية والاقتصادية للدول، بل أيضاً على أجندة مؤسسات الأعمال والمنظمات الاقتصادية الدولية، وذلك نظراً للعديد من الأحداث التي مر بها العالم، والتي من أهمها الأزمات المالية العالمية المتعاقبة، والتي تسببت في العديد من الانهيارات التي شهدتها الأسواق المال الدولية، وافلاس العديد من البنوك العملاقة والشركات في الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة وبعض دول شرق آسيا، حيث تسبب ذلك في ظهور العديد من التساؤلات، والتي من أهمها: أين المشرعون القانونيين ومجالس الإدارات والمدققون الحسابيون؟

ونتيجة لذلك تفاعلت العديد من المؤسسات الدولية والمنظمات الاقتصادية بدراسة وتحليل مفهوم حوكمة الشركات، ومحاولة تأصيل هذا المفهوم، لأجل الخروج بمعايير ومبادئ ترسم الإطار القانوني للحوكمة، ولعل ما يبرز على المستوى الدولي الذي تقوم به منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD والتي أصدرت قواعد حوكمة الشركات في عام 1999م، ثم أدخلت عليها بعض التعديلات في عام 2004م.

أما على الصعيد العربي، خصوصاً في ليبيا فقد برز الاهتمام بحوكمة الشركات منذ أوائل الألفية الثانية، حيث إنها بدأت في ذلك الوقت بوضع المعالم الخاصة بتطبيق خطة الإصلاح الاقتصادي، وإعادة هيكلة المؤسسات الاقتصادية، وذلك من خلال التحول من النظام

<sup>1</sup> - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة سبها.

الإشترافي إلى تبني نظام حرية اقتصاد السوق القائم على تشجيع المنافسة والخصخصة في كل القطاعات. وعليه تم إنشاء سوق الأوراق المالية في عام 2006م لغرض تشجيع الاستثمارات الخارجية، وتوجيه مدخرات الأفراد للاستثمار فيه، ومن ثم تعاقب صدور العديد من القوانين، منها على سبيل المثال القانون رقم 23 لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري، والذي يتكون من عدة أجزاء؛ من أهمها قانون الشركات، وقانون الإفلاس، وقانون المنافسة، وقانون حماية المستهلك، والقانون رقم 11 لسنة 2010م بشأن سوق المال، والقانون رقم 1 لسنة 2005م بشأن المصارف، بالإضافة إلى قيام مجلس إدارة سوق المال بإصدار لائحة الإدارة الرشيدة (الحوكمة) في عام 2007م، والتي تُعني بتنظيم قواعد الممارسة السليمة للإدارة الرشيدة (الحوكمة) في ليبيا على الشركات المدرجة في سوق الأوراق المالية.

وعليه سنقوم بتناول مدى وجود مبادئ وقواعد حوكمة الشركات في قانون النشاط التجاري في ليبيا، ومدى كفايتها للمعايير الدولية في الحوكمة، وخصوصاً المبادئ التي نادى بها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية.

ومن هذا المنظور تبرز لنا إشكالية البحث الرئيسية، والتي تتمثل في معرفة مدى توافق التشريعات النافذة في ليبيا مع مبادئ حوكمة الشركات الصادرة عن منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي، ولأجل الوصول إلى هذه الغاية ستجيب الدراسة على التساؤلات الفرعية التالية:

ما مدى وجود مبادئ حوكمة الشركات في التشريعات النافذة في ليبيا (قانون النشاط التجاري)؟ وفي حالة وجودها، ما هي الطبيعة القانونية لقواعدها؟ وما مدى توافق النصوص الواردة في قانون النشاط التجاري مع مبادئ حوكمة الشركات التي تبنتها ونادت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية؟ وأخيراً الكيفية التي تعامل بها المشرع الليبي في وضع الأطر القانونية الخاصة بأحكام حوكمة الشركات؟

ومن خلال عرض إشكالية البحث الرئيسية تبرز لنا أهمية البحث في هذا الموضوع، وذلك من خلال تأصيل مفهوم الحوكمة في ليبيا، وبيان أوجه القصور الموجودة في القانون المعني، وإبراز الصعوبات والتحديات التي تواجه التطبيق السليم لقواعد الإدارة الرشيدة، لأجل الوصول إلى أقصى مستويات التطبيق السليم لآليات الحوكمة، مما يسهم ليس فقط في تحسين أداء الشركات وتنامي ربحياتها وتوقيعها التعثر والإفلاس، بل أيضا تحفيز وتحسين أداء القطاع الاقتصادي بأكمله.

ولعل ما يعكس جليا أهمية البحث في هذا الموضوع هو اعتماد عدد لا بأس به من مؤشرات الأداء الدولية معايير حوكمة الشركات كأداة لقياس مستوى أداء الشركات، ومدى قدرتها التنافسية في السوق وجذبها للمستثمرين.

وفي هذا الصدد يتبلور منهج الدراسة، والذي يتقاطع بين منهجين، فنبدأ بالمنهج الوصفي التحليلي القائم على تحليل النصوص والمقتضيات المختلفة التي تناولت مبادئ الحوكمة في ليبيا، للإحاطة بها من كافة الجوانب القانونية، مروراً بالمنهج المقارن، وذلك لأجل مقارنتها بمبادئ الحوكمة المتعارف عليها دولياً حسب منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي بغية الوصول لنتائج محددة.

وبهذا يكون نطاق هذا البحث قد تم رسم معالمه؛ والتي سوف تنحصر في دراسة قواعد حوكمة الشركات الواردة في القانون رقم 23 لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري، على اعتبار أن هذا القانون يحمل بين طياته قانون الشركات، وبذلك يخرج من نطاق هذه الدراسة الشركات المدرجة في سوق الأوراق المالية؛ ويرجع ذلك إلى محدودية عدد لشركات المدرجة، والذي لا يقارن مع عدد الشركات المساهمة غير المدرجة، فضلاً عن أن أغلب الشركات المساهمة العامة المملوكة للدولة غير مدرجة في سوق الأوراق المالية، وكذلك توقف سوق المال عن العمل منذ الأحداث التي مرت بها ليبيا في عام 2011م.

وعلى ضوء ذلك سيتم تناول هذه المسائل من خلال تقسيم هذا البحث إلى مبحثين  
المبحث الأول: الإطار النظري لحوكمة الشركات.  
المبحث الثاني: مبادئ حوكمة الشركات في القانون التجاري ومدى توافقها مع معايير  
الحوكمة وفقا لمنظمة التنمية والتعاون الاقتصادي.

### المبحث الأول

#### الإطار النظري لحوكمة الشركات

المستقضي لأدبيات كل من علم الاقتصاد والإدارة والعلوم القانونية يقر بحدثة مفهوم  
حوكمة الشركات، حيث إن مبادئه لم تتبلور إلا مؤخرا، ومنذ ذلك تنافس عدد من الباحثين  
والاقتصاديين في إثراء هذا المفهوم بالدراسة والتحليل، على اعتبار أنه يعبر عن النموذج  
الأمثل لتصحيح المسار فيما يتعلق بالمنشآت التجارية، ومن خلال هذا المبحث سنسلط الضوء  
على مفهوم حوكمة الشركات (المطلب الأول)، ومن ثم ننتقل للحديث عن أهمية حوكمة  
الشركات (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### ماهية حوكمة الشركات

سيتم تخصيص هذا المطلب لتناول مفهوم حوكمة الشركات (الفرع الأول)، ومن ثم  
الانتقال إلى نشأة حوكمة الشركات (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول- مفهوم حوكمة الشركات:

ترجع جذور مصطلح حوكمة الشركات أساساً إلى بدايات القرن التاسع عشر مع  
تبلور نظريات التنظيم و الإدارة، ومع ذلك يعتبر مفهوم حوكمة الشركات من المفاهيم التي

برزت مؤخراً، حيث لم يتبلور إلا في العقود الاخيرة<sup>(2)</sup>، فحدثا هذا المصطلح الذي يسمى باللغة الانجليزية Corporate Governance<sup>(3)</sup> سببت في عدم اتفاق الأكاديميين في ايجاد الترجمة موحدة لهذا المصطلح، فموقف كل من مجمع اللغة العربية في القاهرة والأردن يعكس بتجلي هذا الاختلاف، حيث إن الأول منح له (حوكمة الشركات)<sup>(4)</sup> وهو المصطلح الأكثر شيوعاً في الوقت الراهن، والأخير أعطى له مصطلح (الحاكمة المؤسسية) كأفضل مرادف<sup>(5)</sup>.

ومن نافلة القول الإشارة إلى أنه على المستوى الدولي لا يوجد تعريف موحد يتفق عليه جميع الاقتصاديين والقانونيين والماليين، ويمكن ارجاع ذلك لعدة أسباب، من أهمها تداخل هذا المفهوم مع الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية والمحاسبية للشركات، حيث إن كل بُعد حاول أن يعرف حوكمة الشركات وفقاً لمنظوره، ويعكس ذلك تعدد وتنوع التعاريف المطروحة، ولعل أبرزها أن منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية عرفت الحوكمة بأنها "القواعد التي تتحكم بأعمال المنشآت وطرق إدارتها، ويحدد هيكلها توزيع الحقوق

<sup>2</sup> - د. تركي مصلح حمدان: ص 49-55.

<sup>3</sup> - أما المصطلح الإنجليزي (Corporate Governance) فأصله يعود في اللغة اليونانية إلى كلمة (Kubernan) في القرن الثالث عشر، وهي تعني قيادة الباخرة الحربية، ثم انتقلت إلى اللغة اللاتينية (Guberare) في القرن الرابع عشر، وكانت تعني نفس المعنى في اللغة اليونانية، بعد ذلك ظهر هذا المصطلح في اللغة الفرنسية (Gouvernance)، و يعني "فن أو طريقة الحكم"، بعد ذلك تم استعمالها في اللغة الإنجليزية بداية من القرن السادس عشر، ولم يتبلور هذا المصطلح إلا في بدايات التسعينات من القرن الماضي، بعد ذلك بدأ ربط هذا المصطلح بعلم الاقتصاد، ليرتبط في لفظ واحد يتكون من كلمتين (Corporate Governance)، بعد ذلك بدأ تداول هذا المصطلح مقترناً بالشركات التجارية. أنظر محمد ياسر بطيخ: ص 10-08.

<sup>4</sup> - في أوائل الألفية تعددت التعاريف لإيجاد الترجمة الملائمة لـ (Corporate governance)، حيث اقترح بعض الباحثين والأكاديميين مصطلحات مثل حاكمية الشركات، حاكمية المؤسسات، إدارة الحكمة، حكم الشركات، حكمانية الشركات، و الإدارة الرشيدة وهو الاسم الذي تبنته لائحة الحوكمة في ليبيا. وهناك من اقترح التحكيم في المنشأة، وآخرون التحكيم المؤسسي، والبعض الآخر أسلوب الإدارة المثلى أو الإدارة النزيهة. بينما في هذه الدراسة سنعمد على مصطلح حوكمة الشركات، وذلك لشيوع استعماله، وتبينه من قبل مجمع اللغة العربية في القاهرة، في بيانه في 2005/05/20، الذي حسم به الجدل باعتماده مصطلح حوكمة الشركات.

<sup>5</sup> - مجمع اللغة العربية في الأردن، أنظر قرار مجمع رقم (6) لسنة 2004 [www.majma.org.jo](http://www.majma.org.jo)

والمسؤوليات بين الأطراف المختلفة فيها، وهم مجلس الإدارة والمديرون والمساهمون<sup>(6)</sup>، أما مؤسسة التمويل الدولية فعرفت بها بأنها "النظام الذي يتم من خلاله إدارة الشركات والتحكم في أعمالها"<sup>(7)</sup>، أما Cadbury Committee فعرفت بها بأنها النظام الذي يتم بواسطته توجيه ورقابة أداء الشركات<sup>(8)</sup>.

وبناء على ما تقدم، يمكن القول بأن حوكمة الشركات هي مفهوم مركب، يتألف من مجموعة من الفاعلين أو المؤثرين؛ وهم الفئات المعينية بتطبيق مبادئ الحوكمة، وبهذا تتبلور لنا أبعاد حوكمة الشركات، والتي تتمثل في أبعاد قانونية ومحاسبية واقتصادية واجتماعية، وهي كالتالي:

**البعد القانوني:** يولى القانونيين اهتماماً بالغاً بأطر وآليات الحوكمة، لأن التشريعات المنظمة لعمل الشركات وسوق المال والإفلاس والمنافسة ومنع الاحتكار وقانون حماية المستهلك وقانون البيئة تعد جميع هذه القوانين من أهم الضمانات القانونية التي تكفل تطبيق مبادئ حوكمة الشركات وبالإضافة إلى أنها تمثل العمود الفقري لضمان احترام حقوق وواجبات جميع الأطراف التي تتعلق بالشركة، مثل أصحاب المصالح والمساهمين وأعضاء مجلس الإدارة<sup>(9)</sup>.

**البعد الاقتصادي:** تعمل حوكمة الشركات على تعظيم قيمة أسهم الشركة وتعزيز قدرتها على المنافسة في السوق، مما يتيح لها الحصول على خيارات عدة للتمويل، سواء كان محلياً أو دولياً، بأقل تكلفة ممكنة، مما ينتج عنه اتساع نشاط الشركة وانفتاحها على أسواق

<sup>6</sup> - M, Alamgir, corporate governance a risk perspective, Cairo (May 2007).

<sup>7</sup> - <https://www.ifc.org/> see corporate governance side.

<sup>8</sup> - A, Keay, Vol 71, No 5 P,20.

<sup>1</sup> - خالد التناحمة: ص 18

جديدة، وذلك يساهم في خلق فرص عمل جديدة، وكل ذلك ينعكس إيجاباً على الاقتصاد المحلي<sup>(10)</sup>.

**البعد المحاسبي:** تعمل الحكومة على تبنى معايير الشفافية والافصاح، والتي تساعد أصحاب المصالح وخصوصاً الدائنين على مراقبة أداء الشركة ووضعها المالي، فتنطبق هذه الآلية ستسهم في إزالة العوائق التي يمكن أن تظهر بينهم وبين مجلس الإدارة<sup>(11)</sup>.

**البعد الاجتماعي:** تُولي حوكمة الشركات اهتماماً كبيراً للمسؤولية الاجتماعية للشركة، وذلك من خلال الاهتمام بقضايا العمال والبيئة وتنمية المجتمع.

وبناء على ما تم بيانه يتضح لنا الأطراف المعنية بتطبيق قواعد ومبادئ حوكمة الشركات، والذين لهم تأثير كبير في تطبيق قواعد حوكمة الشركات، وهم:

1. مجلس الإدارة board of directors وهم الأعضاء الذين يتم اختيارهم لإدارة الشركة والمسؤولين عن إدارتها، وهم أيضاً من يعينون الإدارة التنفيذية.
2. المساهمون Shareholders وهم مالكو الأسهم والتي تشمل مجموع رأس مال الشركة، ويتمتعون بسلطات واسعة، وتمارس هذه السلطات عن طريق أدوات؛ والتي من أهمها حق التصويت وحق اختيار وإقالة (عزل) مجلس إدارة الشركة، وحق الاطلاع وغيرها.
3. الإدارة Management وهم الذين يتم اختيارهم من قبل مجلس الإدارة، وهي المسؤولة عن الإدارة الفعلية للشركة وتعظيم أرباحها.
4. أصحاب المصالح Stakeholders وهم جميع الأطراف الذين لهم مصالح مرتبطة بالشركة، مثل الدائنين والعمال والموظفين والموردين والعملاء.

<sup>10</sup>- نفس المرجع: ص 17.

<sup>3</sup>- أشرف حنا ميخائيل: ص 14.

### الفرع الثاني- نشأة حوكمة الشركات:

ترجع جذور نشأة حوكمة الشركات إلى الثلاثينيات من القرن الماضي بظهور نظرية الوكالة agency theory، والتي قامت بتسليط الضوء على مشكلة تضارب المصالح conflict of interests فقد ظهرت هذه النظرية كاستجابة للتحويلات في هيكل الملكية بالنسبة للمنشآت التجارية، ونتيجة لذلك جاءت أحكام الحكومة لمعالجة حدة التضارب من خلال وضع أحكام وقواعد تضمن التقليل من حدته، والذي قد ينتج عنه بعض الممارسات السلبية التي تضر بمصلحة الشركة<sup>(12)</sup>.

بعد ذلك ظهرت مطالب عديدة بوضع أطر قانونية تنظم العلاقة بين الملاك (المساهمين) ومجلس الإدارة، وذلك من خلال تحديد حقوق وواجبات كل طرف تجاه الآخر، وذلك لضمان عدم إساءة استعمال السلطة من قبل مجلس الإدارة، وتفضيل مصالحهم الخاصة على مصلحة الشركة، وتبعاً لذلك قام كل من (Jonson & Meckling) بإبراز أهمية الحوكمة من خلال تسليط دائرة الضوء على أهمية فصل الملكية عن الإدارة، Separation between ownership and management فملكية رأس المال لا تعني بالضرورة

<sup>1</sup>- عمار عصام ونادية عبد الجبار: ص 07-08. لا يمكن تحليل مشكلة الوكالة دون التمييز بين أنظمة ملكية الشركات، إذ هناك فئتان عامتان من أنظمة ملكية الشركات التي تؤثر بشكل كبير على حوكمة الشركات. أولاً الملكية المتفرقة أو المبعثرة، وهي غالباً ما تبرز في الدول التي تتبع النظام الأنجلوسكسوني، مثل المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية، وهو ما يعني ببساطة أنه في الشركات المملوكة على نطاق واسع لا توجد أغلبية حقيقية بين المساهمين، ويرجع ذلك إلى أن معظم المساهمين يملكون عدداً محدوداً من الأسهم، مما يصعب على أي شخص تولي مركز السيطرة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تبرز نظرية الوكالة في معالجة تضارب المصالح بين المساهمين (الأصيل) والمدراء (الوكيل) على اعتبار أن المساهمين يملكون حصصاً (أسهم) تمثل نسبة صغيرة في رأس مال الشركة، فهؤلاء ليس لديهم الحوافز الكافية لمراقبة أداء مجلس الإدارة، والذي قد يستغل بعض الفرص لتفضيل مصالحهم الخاصة، والحصول على منافع شخصية بدلاً من تفضيل مصلحة الشركة، وعلاوة على استغلال الوكيل ميزة الحصول على المعلومات، وفي بعض الأحيان استغلالها بما يضر بمصلحة الشركة في النهاية. بينما الفئة الثانية هي الملكية المركزة، وهي شائعة جداً في باقي أنحاء العالم، من بينها ليبيا. وتتجلى معالم هذا النوع من الملكية في شركات القطاع العام الليبية، ويسمح هذا النوع من الملكية للمساهمين أو المساهم باتخاذ موقف السيطرة في الشركة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يبرز بوضوح التضارب في المصالح بين أغلبية المساهمين وأقلية المساهمين. فالتعارض هنا يتجلى في فكرة إساءة استعمال الأغلبية المسيطرة لسلطاتهم لأجل الإضرار بمصالح الأقلية؛ ويكمن حصول ذلك من خلال تعيين مجلس الإدارة غير مهني واستغلال الشركة لعقد صفقات تضر بمصلحة الشركة.

For more details see J. Armour, H. Hansmann, R. Kraakman, p7-10.

إدارة الشركة، حيث يمكن اعتبار أن الملكية والإدارة واجبان منفصلان، والغاية من هذا الفصل الحصول على إدارة مهنية تستطيع وضع استراتيجيات الشركة محل التنفيذ، والنهوض بمستوى أداء الشركة، وبهذا تكون الإدارة بعيدة عن تأثيرات الملكية<sup>(13)</sup>.

وفي المملكة المتحدة برزت لجنة Cadbury Committee حيث أصدرت تقريرها بالمشاركة مع سوق لندن للأوراق المالية، الذي ضم 19 بنداً، تناول فيها جانب اعداد القوائم المالية، بعدها تم تضمين توصياتها فيما يسمى Code of Best Practice<sup>(14)</sup>، وفي عام 1993م صدر تقرير Rotman Report الذي ركز على الشركات المدرجة في سوق الأوراق المالية وعلى أهمية شمول تقاريرها على آلية عمل الأنظمة الرقابة الداخلية المطبقة لديها، وذلك لأجل حماية أصول الشركة، وفي عام 1995م صدر تقرير Greenbury Committee الذي اهتم بموضوع مزايا ومكافآت أعضاء مجلس الإدارة، حيث أوصى التقرير بإنشاء لجنة مختصة من غير الأعضاء التنفيذيين، تتبع مجلس الإدارة، تسند لها مهام تحديد مكافاتهم والتعويضات المستحقة لهم في حالة إقالتهم من مهامهم، وفي عام 2003م تم اصدار Corporate Governance Code والذي تم فيه تضمين جميع التوصيات المقدمة من اللجان السابقة، حيث أصبح على الشركات التي ترغب بالقيود في سوق لندن للأوراق المالية مراعاة القواعد الموجودة به<sup>(15)</sup>.

وعلى المستوى الدولي برز خلال العقد الماضي الدور الذي قامت به منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية من خلال اصدارها لمبادئ الحوكمة في عام 1999م، وقد تم تطويرها في عام 2004م لتواكب جميع التحديات، فهذه القواعد تعد ارشادية، وكافة الدول لها الحق بتبني هذه المبادئ و تطبيقها بالطريقة التي تراها مناسبة.

<sup>13</sup> Kevin C.W. Chen, Zhihong Chen, K.C. John Wei, p 273

<sup>14</sup> Cadbury Committee, P 12.

<sup>15</sup> P, Taylor, P 60.

## المطلب الثاني

## أهمية حوكمة الشركات

في هذا المطلب سيتم التعرض لأهمية تطبيق مبادئ حوكمة الشركات (الفرع الأول)، ثم المرور إلى مبادئ وقواعد الحوكمة التي نادت بها منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي (الفرع الثاني).

## الفرع الأول- أهمية تطبيق مبادئ حوكمة الشركات:

سنتطرق في هذا الفرع إلى الأهمية المرجوة من تطبيق حوكمة الشركات (أولاً) بعد ذلك، الانتقال إلى أهمية تطبيق حوكمة الشركات للشركات نفسها (ثانياً).

أولاً- تكمن أهمية الالتزام بمبادئ حوكمة الشركات فيما يلي:

1. رعاية مصالح المساهمين باعتبارهم الطرف الأهم بالشركة، وذلك عن طريق توفير الأدوات اللازمة لهم للممارسة حقوقهم في حضور اجتماعات الجمعية العمومية العادية أو غير العادية والاطلاع على كافة المعلومات والبيانات المتعلقة بأداء الشركة، حيث يكفل لهم ذلك عدم انحراف مجلس الإدارة عن أداء مهامه المنوطة به إلا وهي العمل لتعظيم مصلحة المساهمين والشركة<sup>(16)</sup>.

2. توفر حوكمة الشركات ضمانات خاصة لحماية حقوق المساهمين، وهي فصل الملكية عن الإدارة، ويتحقق ذلك بالاعتماد على إدارة مهنية على قدر عالي من الكفاءة والخبرة، لا تربطها أي علاقة شخصية بالمساهمين؛ فعدم فصل الملكية عن الإدارة قد يجعل للملاك (المدراء) في مركز المطلعين على مركز الشركة المالي، مما يدفعهم للتصرف في بعض الأحيان ضد مصلحة الشركة<sup>(17)</sup>.

<sup>1</sup>- صالحين العث: حوكمة الشركات بين القانون واللائحة، (2016:4) International Review of Law

ص 4. <http://dx.doi.org/10.5339/ril.2016:4A>

<sup>17</sup>- نفس المرجع: ص 4-5.

3. تقليل المخاطر الناتجة عن تضارب المصالح بين أطراف علاقات الوكالة مجلس الإدارة والمساهمين من جهة، وبين الأكثرية والأقلية من المساهمين من جهة أخرى، وبين مجلس الإدارة وأصحاب المصالح<sup>(18)</sup>.

4. محاربة الفساد الإداري والمالي عن طريق تبني المعايير الدولية في الشفافية والافصاح في المعاملات المالية للشركة، مما يعزز ثقة المستثمرين في الاستثمار لدى هذه الشركات، ويؤدي إلى زيادة الطلب على أسهم الشركة، مما ينتج عنه تعظيم قيمة السهم لدى الشركة.

5. الحصول على فرص تمويل داخلية وخارجية وبتكلفة أقل، مما ينتج عنه اتساع رقعة نشاط الشركة وزيادة القدرة التنافسية لها، ويجعلها قادرة على الدخول لأسواق جديدة.

6. تحسين كفاءة أداء الشركة وفعاليتها من خلال تحديد صلاحيات وواجبات مجلس الإدارة، والعمل على فصل الإدارة التنفيذية عن مجلس الإدارة، وذلك لتجنب أي تدخل في صلاحياتهم.

ثانياً- أهمية حوكمة الشركات للشركات نفسها يمكن اجملها فيما يلي<sup>(19)</sup>:

1. تعظيم قيمة الأسهم السوقية للشركة.

2. توفير ضمانات للمستثمرين للاستثمار في الشركة.

<sup>1</sup>- تبرز أهمية حوكمة الشركات في تخفيف حدة التعارض المصالح الناتج عن أطراف علاقة الوكالة. أولاً التعارض بين المديرين والمساهمين، فبناء على نظرية الوكالة مجلس الإدارة يعتبر وكيلًا في أداء عمله لمصلحة الأصيل أو الموكل، وهم المساهمون، فيبرز هنا تعارض المصالح في أن مجلس الإدارة لا يقوم بمهامه على أكمل وجه، وربما يستغل المجلس سلطته في سبيل تحقيق مصالح شخصية خاصة دون تفضيل مصلحة الشركة. وتبرز أيضاً إشكالية الرقابة، وذلك أن بعض المساهمين لا يمارسون رقابة على أداء مجلس الإدارة، أو تكون لهم علاقات شخصية بمجلس الإدارة. ثانياً تعارض المصالح بين الأكثرية المساهمين والأقلية، ويتحقق ذلك الاختلاف والتباين في وجهات النظر بما يتعلق بالشركة، حيث ينتج عن ذلك تغليب رأي الأكثرية على الأقلية، حتى ولو كان رأي الأغلبية يضر بمصلحة الشركة، لأن الأغلبية هي المتحكمة، لأنها تملك الأغلبية المطلقة لتمرير القرارات، مما ينتج عن ذلك ضياع حقوق الأقلية المساهمة. ومبادئ الحوكمة تحاول التخفيف من حدة هذا التعارض عن طريق إيجاد آلية لحماية حقوق الأقلية المساهمة حتى يكون لهم صوت مسموع في الشركة. ثالثاً التعارض بين مجلس الإدارة وأصحاب المصالح، ويتحقق ذلك في أن مجلس الإدارة مرتبط بعلاقة تعاقدية مع أصحاب المصالح مثل الدائنين والموردين والموظفين والعمال، والتحدي هنا كيف يستطيع مجلس الإدارة الاحتفاظ بعلاقة جيدة مع كل أصحاب المصالح وحماية حقوقهم وتقديم تعويضات مناسبة لهم في حال تم انتهاكها، لأن عدم مراعاة ذلك قد ينعكس بصورة سلبية على سمعة الشركة وأدائها. For more details, see D. Kershaw, P. 171-185.

2- بتول نوري، وعلي سلمان: ص 13-15.

3. تخفيض تكاليف الحصول على رأس المال.

الفرع الثاني- مبادئ وقواعد الحوكمة والمعايير التي نادت بها منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي (20):

نظراً لتعاظم الاهتمام العالمي بمفهوم حوكمة الشركات، وكنتيجة لذلك تنادت العديد من المؤسسات الدولية والمنظمات الاقتصادية على تناول هذا المفهوم بالدراسة والبحث، وقد كانت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية رائدة في هذا المجال، من خلال إصدارها في عام 1999م مجموعة من المبادئ، لأجل تطوير أطر الحوكمة، ولتوفير قواعد ومبادئ تضمن الممارسة السليمة للإدارة الرشيدة، وأوصت بالدرجة الأولى بتطبيقها على الشركات المدرجة في سوق الأوراق المالية، وفي عام 2004م أصدرت نفس المنظمة تطويراً لهذه المبادئ، عالجت به جميع المآخذ السابقة، وهي كالتالي:

أولاً- توفير الأسس اللازمة لفاعلية إطار حوكمة الشركات:

يجب على المشرعين القانونيين توفير أطر قانونية، من خلال تحديد مسؤولية كل طرف من الأطراف العلاقة بالشركة، وذلك لتجنب حدوث التضارب في المصالح بين هذه الأطراف، بالإضافة إلى ضمان فاعلية تطبيق مبادئ الحوكمة في رفع مستوى الشفافية وكفاءة الاسواق (21).

ثانياً- حقوق المساهمين:

يجب على القواعد المنظمة لحوكمة الشركات أن تكفل جميع حقوق المساهمين والتي من أهمها الحق في التصويت بالحضور الشخصي أو غيابياً عن طريق أي وسيلة أخرى، والحق في الاطلاع، وحق المقاضاة، وحق الحصول على المعلومات بصفة منتظمة، والتبليغ

(OECD), Corporate governance principles<sup>20</sup>- Organisation for Economic Cooperation & Development, 2004, <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>

<sup>21</sup>- (OECD) principle corporate governance (2004), see G20/ OECD, principles of corporate governance <http://www.oecd.org/corporate/>

بوقت كافي قبل الاجتماعات المقرر انعقادها، والحق في المشاركة في الاجتماعات، والحق في الحصول على عائد من الأرباح، والحق في الحصول على باقي الأموال بعد تصفية الشركة، والحق في تحويل ونقل ملكية الاسهم، والحق في مراجعة القوائم المالية<sup>(22)</sup>.

### ثالثاً- المعاملة العادلة لحاملي الأسهم:

توفير معاملة عادلة لجميع المساهمين بما فيهم أقلية المساهمين، وخصوصاً في القرارات الجوهرية المتعلقة بعمليات الاندماج أو الاستحواذ أو تعديل النظام الأساسي للشركة، بالإضافة إلى توفير معاملة متساوية بين حملة الأسهم داخل كل فئة، فضلاً عن حماية الأقلية من المتاجرة بالمعلومات الداخلية.

### رابعاً- دور أصحاب المصالح والأطراف المتعلقة بالشركة:

يقصد بأصحاب المصالح كل من له مصلحة بالشركة مثل الدائنين والموظفين والعمال والموردين، فيجب احترام حقوقهم وعدم انتهاكها، وفي حالة تم انتهاكها يجب أن يتم توفير تعويض عادل، بالإضافة إلى تعزيز دورهم في آلية الرقابة على أعمال الشركة من خلال حقهم في الاطلاع على المعلومات التي تخص مصالحهم.

### خامساً- الإفصاح والشفافية:

ويقصد بهما الإفصاح عن المعلومات المالية للشركة، وذلك من خلال نشر التقارير عن وضعها المالي والقوائم المالية، والإفصاح عن نسب الملكية في الشركة، والإفصاح للمساهمين عن المكافآت والمزايا التي تمنح لأعضاء مجلس الإدارة، مع مراعاة أن آلية الإفصاح تشمل كافة المساهمين، بما فيهم الأقلية وأصحاب المصالح ذوي العلاقة.

### سادساً- مسؤولية مجلس الإدارة:

تشمل مسؤولية مجلس الإدارة في أداء مهامه المنوط بها (الواجبات القانونية)، وهيكله المجلس وآلية اختيار الإدارة التنفيذية، ودوره في الإشراف عليها، وتحديد واجبات أعضاء

<sup>22</sup> Ibid.

مجلس الإدارة، بالإضافة إلى مسؤولية المجلس ليس فقط قبل المساهمين بل أيضاً تجاه الشركة نفسها<sup>(23)</sup>.

### المبحث الثاني

#### مبادئ حوكمة الشركات في قانون النشاط التجاري ومدى توافقها مع معايير الحوكمة وفقاً لمنظمة التنمية والتعاون الاقتصادي

من المسلم به أن قواعد حوكمة الشركات تختلف من دولة لأخرى، فعلى سبيل المثال هناك دول تبنت دليلاً لقواعد حوكمة الشركات، كما في كل من مصر<sup>(24)</sup> والسعودية<sup>(25)</sup>، كتشريع مستقل يأخذ الشكل القانوني "لائحة" يسرى نطاقه حصراً على الشركات المساهمة المدرجة في سوق الأوراق المالية. وعليه تتكون قواعد الحوكمة في الدول السالفة الذكر من توصيات وتوجيهات، لا تحمل صفة الإلزام، حيث إنها عبارة عن قواعد مكملة أو مفسرة، تنظم إدارة الشركة وفقاً للمعايير الدولية لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية. أما في ليبيا، فالوضع لا يختلف كثيراً عن الدول السالفة الذكر، ومع ذلك يمكن تصنيف القواعد المنضمة لحوكمة الشركات في ليبيا إلى مجموعتين، الأولى: تمثل القواعد الملزمة، والثانية: تمثل القواعد غير الملزمة (التوجيهات)<sup>(26)</sup>، وسنتناول في هذا المبحث

<sup>23</sup> Ibid.

1- ففي جمهورية مصر العربية أصدر وزير الاستثمار القرار رقم (336) لسنة 2005 بشأن إصدار دليل قواعد ومعايير حوكمة الشركات، وفي السنة اللاحقة تم إصدار دليل مبادئ حوكمة الشركات لقطاع الأعمال في مصر، وفي نفس العام اعتمدت هيئة سوق المال المصرية قواعد تنفيذية لحوكمة الشركات، يسرى نطاقها على الشركات المدرجة بكل من سوق الأوراق المالية في الإسكندرية والقاهرة، وفي عام 2007 أصدرت الهيئة دليلاً يتعلق بتطبيق القواعد التنفيذية لحوكمة الشركات، يسرى نطاقه على الشركات العاملة بسوق المال، والتي لم يتم إدراجها في البورصة. International Review of Law (2016:4) أنظر، صالحين العشي: ص6.

2- أما في المملكة العربية السعودية فقد أصدرت هيئة سوق المال في عام 2006 لائحة حوكمة الشركات، والتي تناولت مبادئ الممارسة السليمة لحوكمة الشركات، حيث وضحت هذه اللائحة بأنها تسرى على الشركات المساهمة المدرجة في سوق المال السعودي. أنظر عيد بن حامد الشمري: ص10.

3- الطبيعة القانونية لحوكمة الشركات في ليبيا يمكن تصنيفها إلى مجموعتين. المجموعة الأولى: القواعد الملزمة وهي التي تهمننا بالدرجة الأولى، فهي تمثل في مضمونها نصوصاً قانونية تحمل صفة الإلزام (قواعد قانونية أمره) فهي بطبيعة الحال واجبه التطبيق، وتستند على بعض القوانين النافذة

مبادئ حوكمة الشركات في قانون النشاط التجاري ومدى توافقها مع معايير الحوكمة وفقا لمنظمة التنمية والتعاون الاقتصادي في مطلبين، تطبيقات مبادئ حوكمة الشركات في القانون النشاط التجاري في حماية حقوق المساهمين والمعاملة العادلة للمساهمين (المطلب الأول). وتطبيقات مبادئ الحوكمة فيما يتعلق بحماية حقوق أصحاب المصالح، ومسؤوليات مجلس الإدارة، والإفصاح والشفافية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

**تطبيقات مبادئ حوكمة الشركات في القانون النشاط التجاري في حماية حقوق المساهمين والمعاملة العادلة للمساهمين**

وستناول في هذا المطلب تطبيقات الحوكمة في حماية حقوق المساهمين (الفرع الأول) والمعاملة العادلة للمساهمين (الفرع الثاني).

**الفرع الأول- حماية حقوق المساهمين:**

يتمتع المساهم في القانون رقم 23 لسنة 2010م المتعلق بالنشاط التجاري<sup>(27)</sup> بحزمة من الحقوق، وهي:

في ليبيا، والتي من أهمها قانون النشاط التجاري، وعدم امتثال الشركات لهذه القواعد القانونية يجعلها معرضة للمسؤولية القانونية. أما المجموعة الثانية: القواعد غير الملزمة (التوجيهات و التعليمات) وهي التي تتكون من مجموعة قواعد لا تتمتع بصفة الالتزام، بل هي قواعد مكملة أو مفسرة، تتكون من مجموعة من التوصيات والتوجيهات تتعلق بتطبيق السليم لقواعد الإدارة الرشيدة (الحوكمة)، حيث أصدر مجلس إدارة سوق الأوراق المالية الليبية قراراً في عام 2007م تم بموجبه إصدار لائحة الإدارة الرشيدة (الحوكمة)، ويسرى نطاق تطبيق هذه اللائحة على الشركات والمؤسسات المالية التي تتخذ الهيكل القانوني للشركة المساهمة والمدرجة في سوق الأوراق المالية الليبي، ومن أهم تطبيقات هذه القواعد الاسترشادية المادة(2/ب) منها "تعد هذه اللائحة لائحة استرشادية لجميع الشركات المدرجة في السوق، ما لم ينص النظام أو اللائحة أو قرار من مجلس الإدارة (السوق) على الزامية بعض ما ورد فيها من أحكام".

الجريدة الرسمية، السنة العاشرة، العدد السادس، صدر في 2010/05/10م. 27-

### أولاً- الحصول على موجودات الشركة:

هذا الحق لا ينشأ إلا عند تصفية موجودات الشركة واستيفاء جميع الديون، ويكون حقه بما يوازي القيمة الدفترية للسهم، وللمساهمين الحق أيضاً في استرجاع الحصة العينية المقدمة مع مراعاة الفرق في قيمتها<sup>(28)</sup>.

ثانياً- الحصول على الأرباح بما يوازي عدد الأسهم التي يملكها<sup>(29)</sup>:

يعد حق المساهم في حصول على أرباح من الحقوق اللصيقة بملكية السهم، فلا يجوز التنازل عنها إلا أن هذا الحق لا يعتبر من الحقوق المطلقة، بل من الحقوق المقيدة، فبمجرد إعلان الشركة عن تحقيقها أرباحاً، ومصادقة الجمعية العامة على توزيعها ينشأ للمساهم الحق في الحصول على الأرباح بما يوازي عدد الأسهم التي يملكها.

ثالثاً- حضور اجتماعات الجمعية العمومية:

ويشمل حق الحضور والتصويت والمشاركة بشكل فعال في عملية اتخاذ القرارات المتعلقة بحسن ضمان سير عمل الشركة، وقد ألزم القانون إعلان المساهمين على الأقل قبل 15 يوم من التاريخ المحدد لعقد الاجتماع فضلاً عن مكان الاجتماع واليوم والساعة وجدول الأعمال<sup>(30)</sup>.

وما يؤخذ على المشرع في هذا الصدد إغفاله النص على التصويت العابر للحدود باتباع وسائل التكنولوجيا الحديثة، فعدم نصه على ذلك قد يحرم عدداً لا بأس به من المساهمين غير متواجدين في مكان انعقاد الجمعية العمومية أو الموجودين خارج البلاد في المشاركة في اتخاذ القرارات التي تتعلق بمصلحة الشركة.

<sup>28</sup> - قانون النشاط التجاري: المادة 48.

<sup>29</sup> - قانون النشاط التجاري: المواد 64 - 235.

<sup>1</sup> - أنظر المادة 145 من قانون النشاط التجاري، ويجوز الإنابة في حضور الاجتماع، ما لم ينص عقد التأسيس على خلاف ذلك (المادة 158).

### رابعاً- دعوة الجمعية العمومية للانعقاد:

فقد نص على حق المساهم أو المساهمين الذين بلغ نصيبهم في أسهم الشركة على الأقل عشر رأس المال، أي ما يوازي 10%، طلب انعقاد الجمعية العمومية مع الإشارة إلى المسائل المراد بحثها، ومجلس الإدارة في هذا الصدد ملزم بدعوة الجمعية العمومية للانعقاد<sup>(31)</sup>.

ومن خلال استنتاج هذا نص نلاحظ أنه لم يوفر الحماية الكافية للأقلية المساهمة، ويستدل على ذلك من خلال اختزال والاعتراف فقط بالأقلية المساهمين ممن يملكون 10% من رأس المال الشركة، والأول بالمشروع في هذا الصدد تخفيض هذه النسبة إلى 5% أو أقل من ذلك، حتي يتسنى للمساهم أو المساهمين الذين يملكون نسبة أقل من 10% ممارسة حقهم في دعوة الجمعية العمومية للانعقاد.

### خامساً- الطعن على قرارات الجمعية العمومية:

أجازت المادة 161 للمساهم الغائب أو المعارض الحق في إقامة دعوى الإبطال nullification action لأجل الطعن على صحة قرارات الجمعية العمومية، فيرفع هذا الطعن أمام المحكمة الابتدائية التي يقع في نطاقها الموطن الرئيسي للشركة، ويجب مراعاة المواعيد المحددة لتقديم الطعن، وذلك خلال 60 يوم من صدور القرار المطعون فيه أو من تاريخ قيده في السجل التجاري إذا كان يستوجب القيد. وللقاضي سلطة إيقاف تنفيذ الحكم المطعون فيه متى ظهرت أسباب جدية تستوجب اتخاذ مثل هذا القرار بسماع أقوال كل من لجنة المراقبة ومجلس الإدارة.

### سادساً- إقامة الدعوى القضائية:

منح القانون للمساهمين إقامة نوعين من الدعاوى، وهي دعوى المسؤولية والدعوى الشخصية.

<sup>31</sup> - المادة 155 من قانون النشاط التجاري.

## 1- دعوى المسؤولية. Liability action

منحت المادة 184 الحق للمساهمين في إقامة دعوى المسؤولية ضد عضو أو أعضاء مجلس الإدارة نتيجة لارتكابهم أفعالاً تضر بالشركة، غير أن تحريك هذه الدعوى لا يتم إلا عن طريق صدور قرار من الجمعية العمومية، والذي يشترط لتمريره الحصول على الأغلبية المطلقة، وعليه فلا مناص من تبني الجمعية العمومية قراراً بأغلبية مطلقة حتى يتم تحريك هذا النوع من الدعاوى، وما يميز هذه الدعوى أنها ترفع باسم الشركة، ولا ترفع باسم المساهم على عكس الدعوى الشخصية.

ويؤخذ على هذا النص أنه استلزم استصدار قرار من الجمعية العمومية حتى يستطيع المساهم أو المساهمين رفع دعوى المسؤولية على مجلس الإدارة في حالة ارتكابهم أخطاء جسيمة في إدارتهم للشركة، وهذا الشرط من الصعب تحقيقه من الناحية العملية، فضلاً عن أن قصر إقامة الدعوى فقط على مجلس الإدارة دون الأغلبية المسيطرة على الشركة يزيد من أوجه القصر الموجودة في النص.

## 2. دعوى الشخصية: Personal action

منحت المادة 186 الحق للمساهم في إقامة الدعوى الشخصية على عضو أو أعضاء مجلس الإدارة، وذلك عن الضرر الذي لحق به من قبلهم الناتج عن غش أو خطأ، وتعد هذه الدعوى وسيلة مهمة للمساهم في ممارسته الرقابة على عمل مجلس الإدارة، ولأجل إقامة هذه الدعوى يشترط القانون على المساهم إقامة الدليل على ما يدعى لكي يستطيع مباشرة حقه في رفع الدعوى، إلا أن ذلك غير مستساغ من منظور المساهمين؛ فقد أثبتت التجربة العملية وجود بعض الصعوبات التي يواجهها المساهم في إقامة الدليل على خطأ أو غش أعضاء مجلس الإدارة.

### سابعاً- فحص بيانات الشركة:

منحت المواد 223-224 الحق للمساهمين في الحصول على معلومات تتعلق بالشركة، بما فيها سجل المساهمين وسجل محاضر الجمعيات العمومية والقرارات الصادرة عنها، وعلى الرغم من نص المشرع على هذا الحق إلا أنه قصره على المعلومات التي تتعلق بسجل المساهمين وسجل محاضر الجمعية العمومية، وأغفل منح الحق في الاطلاع على سجل محاضر جلسات مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية وقراراتهما، وسجل محاضر جلسات هيئة المراقبة وقراراتها.

ولكن باستنطاق القواعد العامة الواردة في القانون المدني نلاحظ أن هناك نصاً عاماً يرسم ملامح حق الاطلاع أفضل ما تم النص عليه في قانون النشاط التجاري، فالمادة 512 من القانون المدني تمنح للشركاء غير المنتدبين الحق في الحصول على المعلومات التي تتعلق بسير الشركة، ليس هذا فقط بل أيضاً الاطلاع على البيانات الخاصة بالشركة وعلى البيان الحسابي لها، وقد حظرت نفس المادة أي اتفاق يقضى بخلاف ذلك<sup>(32)</sup>.

### الفرع الثاني- توفير المعاملة العادلة للمساهمين:

كفل المشرع الليبي في قانون النشاط التجاري مبدأ المساواة بين المساهمين، فأجاز للشركات المساهمة اصدار أسهم تتساوى في قيمتها الاسمية وتحمل حقوقاً متساوية لحاملها. وفي ذات الوقت لم يمنع اصدار فئات متعددة من الأسهم، تحمل حقوقاً متباينة، فعلى سبيل المثال أجاز اصدار أسهم التمتع<sup>(33)</sup>، والأسهم الممتازة<sup>(34)</sup>، وقيد ذات القانون تداول السهم إلا

<sup>32</sup>- القانون المدني الليبي، الجريدة الرسمية، عدد خاص، صادر في 1954/02/20م.

<sup>2</sup>- أجازت المادة 119 اصدار الأسهم الممتازة، والتي تخول حاملها حق الحصول على الأرباح والحصول على موجودات الشركة عند التصفية بما يوازي قيمتها الدفترية، بينما هذه الأسهم لا تخول حاملها حق الاختيار (التصويت) في بعض الحالات.

<sup>3</sup>- تخول الأسهم الممتازة حاملها حق الأفضلية في توزيع الأرباح عن غيرها من الفئات الأخرى، كما تخول حاملها أيضاً حق الأولوية في استيفاء جميع الأرباح عن أي سنوات لم توزع فيها الأرباح، بينما لا يتمتع حامل هذه الأسهم بحق الاختيار. أنظر المواد (126-127-128)

بعد نشر الميزانية السنوية المتضمنة حساب الأرباح والخسائر عن مدة لا تقل عن سنة، عدا عمليات نقل ملكية السهم بين المساهمين عن طريق الحوالة<sup>(35)</sup>.

ومن تطبيقات ذلك ألزم القانون الشركة المساهمة مسك عدد من الدفاتر، من أهمها سجل المساهمين، والذي يتضمن بيانا بأسماء المساهمين وألقابهم وجنسياتهم ومواطنهم وأرقام الأسهم وعددها وأي تصرفات قد تجرى على الأسهم. بالإضافة إلى اتباع وسيلة واحدة في تبليغ جميع المساهمين لأجل حضور اجتماعات الجمعية العمومية العادية أو غير عادية، ويجب أن يتم هذا التبليغ قبل 15 يوم كما حدد القانون ذلك<sup>(36)</sup>.

### المطلب الثاني

#### تطبيقات مبادئ الحوكمة في قانون النشاط التجاري فيما يتعلق بحماية حقوق أصحاب المصالح ومسؤوليات مجلس الإدارة والإفصاح والشفافية

سنتناول في هذا المطلب حماية حقوق أصحاب المصالح (الفرع الأول) مروراً بمسؤوليات مجلس الإدارة (الفرع الثاني) وأخيراً الإفصاح والشفافية (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول- حماية حقوق أصحاب المصالح:

يمكن تعريف أصحاب المصالح بأنهم مجموعة من الأشخاص الذين لهم مصلحة أو علاقة مع الشركة، مثل العاملين، الدائنين، العملاء، الموردين والمجتمع، ومما لا شك فيه أن أصحاب المصالح لهم تأثير مهم على نشاط الشركة، فهم مرتبطون بها، فالتناغم والتعاون الموجود بينهم يؤدي إلى توفير ضمانات استمرارية الشركة لتؤدي نشاطاتها بشكل فعال<sup>(37)</sup>، وسنتناول كل من الدائنين، وحملة سندات القرض، والعمال والمستخدمين، والمجتمع وقضايا البيئة.

<sup>35</sup> - قانون النشاط التجاري: المادة 132.

<sup>36</sup> - المادة 1/223.

<sup>2</sup> - محمود عباينة: ص 17-18.

### أولا- الدائون:

تناول قانون النشاط التجاري حماية مصالح الدائنين من خلال نصه على إلزام رئيس وأعضاء مجلس الإدارة بالقيام بواجباتهم فيما يتعلق بالمحافظة على موجودات الشركة مع الأخذ بعين الاعتبار حقوق الدائنين عند اتخاذ المجلس لقراراته وعدم الإضرار بحقوقهم<sup>(38)</sup>، فضلاً على عدم الإخلال بحقوقهم بإقامة دعوى على الشركة في حالة ما إذا كانت حقوقهم مهددة بالضياع متى كانت الشركة مهددة بالإفلاس.

### ثانياً- حملة سندات القرض:

خول القانون للشركة المساهمة إصدار مجموعة من الأوراق المالية، والتي من أهمها سندات القرض، بشرط ألا تزيد على مبلغ رأس المال المدفوع<sup>(39)</sup>، ويمكن تعريف سندات القرض بأنها عبارة عن أداة من أدوات الدين، وهي صكوك اسمية أو لحاملها، تصدرها الشركة المساهمة، قابلة للتداول بطرق التجارية، وتستحق في آجال محددة، وبموجبها تخول حامل هذا السند بحزمة من الحقوق، تتمثل في استرداد قيمة ما دفعه بالإضافة إلى الفائدة، وهي نسبة مئوية محددة تدفع نظير الحصول على مبلغ القرض<sup>(40)</sup>.

وما يميز السندات التي تصدرها الشركة المساهمة أنها تسحق الأداء في آجال محددة، بغض النظر عن ما إذا حققت الشركة أرباحاً أو لا، فضلاً عن ذلك أنها لا تمنح حاملها أي حقوق تتعلق بالتصويت، لأنها لا تتعلق بحقوق الملكية.

ولإصدار هذه السندات يشترط القانون موافقة الجمعية العمومية العادية، وأجاز أيضاً للشركة إصدار هذه السندات مع إضفاء عليها صفة قابليتها لتحويل إلى أسهم، وكل هذا مقرون بموافقة الجمعية العمومية غير العادية<sup>(41)</sup>.

<sup>38</sup>- قانون النشاط التجاري: المادة 185.

<sup>39</sup>- أنظر المواد 212، 216.

<sup>40</sup> E.Ferran, p514-516.

<sup>41</sup>- قانون النشاط التجاري: المادة 218.

ومن صور الاهتمام بحملة السندات استلزم القانون إنشاء جمعية خاصة بحملة السندات، تتولي شؤونهم، وترعى مصالحهم، ويتم تعيين ممثل لها، وتكون مهمته حماية مصالح وصيانة حقوق حاملي السندات<sup>(42)</sup>، ويحق لكل من مجلس الإدارة أو ممثل حملة سندات القرض أو بناء على طلب عدد لا يقل عن 20% من حملة السندات، دعوة الجمعية العمومية لحملة السندات للاجتماع، وفيما يتعلق بالاجتماعات تطبق عليها نفس الأحكام التي تتعلق باجتماعات الجمعية غير العادية<sup>(43)</sup>.

### ثالثاً- العمال والمستخدمون:

سكت قانون النشاط التجاري عن مدى أحقية العمال والمستخدمين في تملك الأسهم في الشركة، ومدى أحقيتهم في الحصول على مقعد في مجلس الإدارة، وهذا الصمت يمكن حملته على عدم معارضة الأمر. وفي هذا الصدد ننوه على أهمية منح العمال والمستخدمين حق الأولوية بعد المساهمين الموجدين في الشركة في الحصول على أسهم في الشركة التي يعملون فيها، ومنحهم أسهما بناء على أدائهم، فهذا يمنح الحافز للعمال والمستخدمين لبذل جهد أكبر في سبيل تعظيم مصلحة الشركة، فضلاً عن تعزيز ولاء وانتماء العمال للشركة، مما يعكس ذلك بالإيجاب على أداء الشركة<sup>(44)</sup>.

### رابعاً- المجتمع وقضايا البيئة:

مرة أخرى يحجم المشرع عن تناول أي نص يتعلق بالمسؤولية الاجتماعية للشركات ومسؤوليتها تجاه قضايا البيئة، إلا أن هذا الفراغ التشريعي لا يمنع الشركات من تخصيص جزء من أرباحها للاهتمام بقضايا البيئة والتنمية المجتمعية<sup>(45)</sup>.

<sup>42</sup> - قانون النشاط التجاري: المادة 219.

<sup>43</sup> - قانون النشاط التجاري: المادة 219.

<sup>44</sup> Imhimmed A, p30-32

<sup>45</sup> Ibid, p 12.

### الفرع الثاني- مسؤوليات مجلس الإدارة:

يمثل مجلس الإدارة في الشركات المساهمة أهمية كبيرة؛ باعتباره الوكيل الذي يمثل مصالح المساهمين (الملاك)، وبهذا يتمتع مجلس الإدارة بسلطات واسعة، تمكنه من إدارة الشركة، ورسم الاستراتيجيات، وتحقيق الأهداف المرسومة لأجل تعظيم مصلحة الشركة. ولأجل قيام مجلس الإدارة بذلك منح القانون بعض الصلاحيات، والتي من أهمها اختيار الإدارة التنفيذية المناط بها مهام الإدارة الفعلية للشركة، وفي نفس الوقت ليس هناك ما يمنع مجلس الإدارة من تشكيل لجان مساعدة تتبعه، يناط بها مهام مثل لجنة المراجعة الداخلية، ولجنة المكافآت والأجور وغيرها. وسنتناول في هذا الصدد تشكيل مجلس الإدارة، ومهامه، والمدير العام، ومسؤولية مجلس الإدارة.

### أولاً- تشكيل مجلس الإدارة:

نصت المادة 8/101 من قانون النشاط التجاري إلية تشكيل مجلس الإدارة، بقولها: يتألف مجلس إدارة من 3 أعضاء على الأقل، ويجب أن لا يزيد على 11 عضواً، يكون من ضمنهم رئيس المجلس. ويفهم من ذلك مرونة النص بوضعه الحد الأدنى بأن لا يقل عددهم عن ثلاثة أعضاء، مع عدم تحديده الحد الأقصى، وبموجب ذلك يفتح المجال أمام الشركات المساهمة لتعيينها أكثر من ثلاثة أعضاء كلما دعت الحاجة، فضلاً عن ذلك اشترطت المادة 175 في الحد الأقصى المسموح به لعضو مجلس الإدارة أن يكون عضو مجلس إدارة لثلاث شركات، فيجوز لهم كحد أقصى الجمع بين ثلاث عضويات.

### ثانياً- مهام مجلس الإدارة:

حدد قانون النشاط التجاري مهام أعضاء مجلس الإدارة، فأوجب على مجلس الإدارة القيام بواجباته المفروضة عليه بمقتضى القانون وعقد التأسيس بحسن نية لغرض تحقيق مصلحة الشركة وعلى الوجه الذي يطلبه القانون طبقاً لأحكام الوكالة، وللمجلس الحق في إبرام كافة التصرفات القانونية، والتي تكفل استمرار نشاط الشركة وتحقيق أهدافها. وفي ذات الصدد

يعتبر مجلس الإدارة مسؤولاً مسؤولية تضامنية عن ضمان حسن سير عمل الشركة ليس فقط تجاه المساهمين (الملاك) بل أيضاً تجاه الغير؛ ومن بينهم الدائنين<sup>(46)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن ذات القانون حظر على رئيس أعضاء مجلس الإدارة إبرام أي عقود من عقود المعاوضة، ما يشتهب فيها وجود تعارض مصالح، والتي يكون أحد أعضائه طرفاً فيها، وهذا الحظر مقيد بالحصول على إذن مسبق من الجمعية العمومية، وقد رتب المشرع البطلان كجزاء لأي عقد يبرم خلاف ذلك<sup>(47)</sup>. وفي حالة ما إذا كان هناك، سواء لرئيس المجلس أو أحد أعضائه، مصلحة ما في صفقة معينة (فرصة معينة) وجب عليه ليس فقط إبلاغ المجلس وهيئة المراقبة، بل أيضاً الامتناع عن المشاركة في مداولاتها، وفي حالة مخالفة ذلك يكون مسؤولاً عن الخسائر التي تلحق بالشركة نتيجة إتمام الصفقة. ومع ذلك أجازت نفس المادة الحق لأعضاء غير الحاضرين والمعارضين وهيئة المراقبة الطعن على قرار المجلس إذا كان يمس بمصلحة الشركة<sup>(48)</sup>.

### ثالثاً- الجمع بين صفتي رئيس مجلس الإدارة والمدير العام:

منحت المادة 189 لمجلس الإدارة الحق في تعيين المدير العام، وتركت المجال مفتوحاً بعدم اشتراطها أن يكون من بين أعضائه أو من خارج المجلس، وفي هذا الصدد يستشف أن القانون لم يستلزم الفصل بين وظيفة مجلس الإدارة والمدير العام، وفي نفس الوقت لا يمنع أن يكون المدير العام هو نفسه رئيس مجلس الإدارة، ويستدل على ذلك من عموم نصوص المواد 187، 180، 189، والتي أجازت في مجملها لرئيس أو عضو مجلس الإدارة أن يتم تفويضه من قبل المجلس بمباشرة بعض سلطاته، ويسمي في هذه الحالة العضو المنتدب، وللمجلس أيضاً الخيار في تفويض مجموعة من أعضائه لمباشرة مهام الإدارة

<sup>46</sup> - أنظر المادتين 183-185 من قانون النشاط التجاري.

<sup>47</sup> - أنظر المادة 181 من قانون النشاط التجاري.

<sup>48</sup> - أنظر المادة 181 من قانون النشاط التجاري.

التنفيذية. وحظرت المادة 193 على المدير العام أن يكون رئيس أو عضو مجلس إدارة شركة أخرى، ولكن هذا المنع مقيد بالحصول على إذن مسبق من مجلس الإدارة.

ويمكن القول في هذا الصدد أن تعيين أو تفويض سلطات المدير العام لرئيس أو لأحد أعضاء المجلس أو لمجموعة منهم قد لا يعد أمراً محموداً يخدم مصلحة الشركة؛ لأنه قد يؤثر سلباً على أداء الشركة، كونه يجمع بين صفتي الرئيس (رئيس مجلس الإدارة) والمرووس (المدير العام) مما قد يسبب في تعارض مصالح بينه وبين المجلس، الأمر الذي ربما يدفعه لتغليب مصلحة مجلس الإدارة على مصلحة الشركة.

وبالمقابل، إذا تم تعيين مدير عام (مستقل) من خارج مجلس الإدارة قد يمنع ذلك أي تأثير قد يمارس عليه من قبل المجلس، فضلاً عن أن تعيينه من خارج المجلس يكفل توافر فيه شروط الكفاءة والمهنية حتى يستطيع وضع سياسيات واستراتيجيات مجلس الإدارة وضع التنفيذ.

### رابعاً- مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة:

لم يكتف المشرع الليبي بما ورد من أحكام عامة تنظم المسؤولية المدنية، بل نظم أحكاماً خاصة في قانون النشاط التجاري فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية والجزائية لرئيس وأعضاء مجلس الإدارة. فمسؤولية رئيس وأعضاء مجلس الإدارة قد تكون مسؤولية مدنية، وقد تكون مسؤولية جزائية.

### 1. المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة:

مما لا شك فيه أن المسؤولية المدنية لمجلس الإدارة تحقق في حالة ارتكابهم أفعالاً تضر بمصلحة الشركة بوجه عام أو بالمساهمين أو بالغير على وجه الخصوص، وهذه المسؤولية قد تؤسس على المسؤولية العقدية، إذا هناك عقد مبرم بينهم، وقد تكون مسؤولية تقصيرية، إذا لم يوجد عقد، وتؤسس عندئذ على فكرة وجود الخطأ.

ونطاق مسؤولية رئيس وأعضاء مجلس الإدارة يشمل القرارات التي تتخذ بمخالفة النظام الأساسي أو القانون، أو إذا قصد بها الإضرار بمصلحة الغير. ففي حالة وقوع ذلك تنشأ مسؤولية رئيس وأعضاء مجلس الإدارة تجاه المساهمين أو الغير أو الشركة نفسها. فتقوم المسؤولية في هذا الصدد بمخالفة الأحكام التي نص عليها القانون في المواد 172-181-182، ولا تقوم المسؤولية إلا بقيام أركانها، وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وبالمقابل تنتفي بانتفاء أحد أركانها.

أما فيما يتعلق بمعيار تحقق المسؤولية، فيتبين من استنطاق نصوص المواد 182 من قانون النشاط التجاري و511 من القانون المدني أن أحكام الوكالة هي التي تنظم حقوق وواجبات مجلس الإدارة، والتي أوجبت على أعضاء مجلس الإدارة القيام بواجباتهم وفقاً لما تقتضيه أحكام الوكالة الواردة في القواعد العامة، ويشترط من ذلك أن التزام مجلس الإدارة هو عبارة عن التزام ببذل عناية، وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، فيجب على كل عضو من أعضاء مجلس الإدارة أن يبذل عناية الرجل المعتاد (عضو مجلس إدارة) المماثل له في الخبرة والكفاءة في الظروف المشابهة<sup>(49)</sup>.

## 2. المسؤولية الجزائية لأعضاء مجلس الإدارة:

فضلاً عن المسؤولية المدنية بينت المادة 399 العقوبات المفروضة على رئيس وأعضاء مجلس الإدارة والمديرين العامين في حالة عدم تقيدهم بواجباتهم المفروضة عليهم، فيعاقبوا بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن 5000 دينار ولا تزيد على 20000 دينار، وللقاضي الحرية المطلقة بالحكم بالعقوبتين معاً، أو بإحدهما وذلك إذا لم يراعوا أحكام القانون في قرارات تخفيض رأس مال أو عملية الاندماج مع شركة أخرى، أو إذا أساءوا استعمال أموال الشركة وانتمائها، أو في حالة حالوا دون قيام هيئة المراقبة أو المراجعين الخارجيين ومنعهم من القيام بواجباتهم.

<sup>1</sup> - أنظر محمود عبابنه: ص13.

### الفرع الثالث- الإفصاح والشفافية:

يجب أن تفصح الشركات على جميع المعلومات والبيانات المتعلقة بأموالها المالية، وكيفية الوصول إليها، والاطلاع عليها، فضلاً عن جعلها متاحة للجميع بما فيهم المساهمين وغير، ويشترط أن يكون هذا الإفصاح بصفة دورية ومستمرة. والغاية من الإفصاح توفير معلومات عن الوضع المالي للشركة وأدائها، حتي يتسنى للمستثمرين الراغبين بالاستثمار في أسهم الشركة الاطمئنان على وضعها المالي.

وتكمن أهمية الشفافية والإفصاح باعتبارها آلية من آليات الحوكمة، في أنها تسهل على المساهمين ممارسة الرقابة على مجلس الإدارة، وأيضاً أصحاب المصالح عموماً، والدائنين على وجه الخصوص، حيث يعتمدون على المعلومات التي يتم الإفصاح عنها في تقييم الوضع المالي للشركة وأدائها، الأمر الذي يسهل عليهم آلية اتخاذ القرار الاستثماري السليم المتمثل في التعامل مع الشركة أو عدم التعامل معها<sup>(50)</sup>.

ومن تطبيقات الإفصاح في قانون النشاط التجاري إلزام مجلس الإدارة أن يضع تحت تصرف المساهمين وقبل 15 يوم من اجتماع الجمعية العمومية ميزانية الشركة، وجميع القوائم المالية مع إرفاق إيضاحات تتعلق بالمركز المالي للشركة (حساب الأرباح والخسائر)، ويجب أن يتضمن التقرير كيفية سير عمل الشركة<sup>(51)</sup>.

وتجدر الإشارة كذلك إلى أن المادة 188 أوجبت على مجلس الإدارة أن يضع تحت تصرف المساهمين سنوياً قبل انعقاد الجمعية العمومية بـ (7) أيام الاطلاع على جميع المبالغ والمزايا العينية التي حصل عليها رئيس مجلس الإدارة والأعضاء خلال السنة المالية، وجميع المكافآت والأنصبة والأرباح التي يقترح المجلس توزيعها على أعضائه، وجميع المبالغ المخصصة لإنهاء الخدمة أو التقاعد، مع عدم نسيان التبرعات وتحديد مسوغ كل تبرع.

The World Bank Principles for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems, P5<sup>50</sup>-

- قانون النشاط التجاري: المادة 226. 51

ومن الملفت للانتباه في كلا النصين المشار إليهما أن المدة التي منحت للمساهمين للاطلاع على المعلومات والبيانات قليلة مقارنة مع حجم وأهمية المعلومات المفصح عنها، مما يصعب على المساهمين الإحاطة بكافة المعلومات المفصح عنها والالمام بها خلال المدد المنصوص عليها، وفي هذا الصدد نرى زيادة عدد الأيام الممنوحة للمساهمين للاطلاع، حتي يتسنى لهم الإحاطة بكافة المعلومات التي تتعلق بوضع الشركة وأدائها.

وما يؤخذ على المشرع في هذا الصدد إغفاله النص على إلزام أعضاء مجلس الإدارة بالإفصاح عما يملكونه هم وأزواجهم وأولادهم من أسهم في شركات أخرى، مع الإفصاح عن أسمائها ومقدار حصصهم وعدد الأسهم التي يملكونها<sup>(52)</sup>، فضلاً عن عدم اتباع المعايير الدولية المتبعة في الشفافية، وذلك يتجسد من خلال حرمان المساهمين من الاطلاع على سجلات كل من مجلس الإدارة وهيئة المراقبة من قبل الأقلية المساهمين، مما يؤدي إلى عدم إحاطة المساهمين بالتصرفات التي يقوم بها مجلس الإدارة، وينتج عنه ضعف آلية الرقابة على تصرفات المجلس التي قد تضر في بعض الأحيان بمصلحة الشركة<sup>(53)</sup>.

وعلى الرغم من ذلك، يمكن القول بأن نظام الإفصاح في ليبيا يعاني من بعض المعوقات والصعوبات التي تجعله غير فعال من الناحية العملية<sup>(54)</sup>، ويمكن ارجاع ذلك لعدة أسباب، من أهمها أن عددا لا بأس به من الشركات المساهمة العامة مملوكة للدولة الليبية بالكامل أو تستحوذ الحكومة على الأغلبية فيها، وفي هذا الصدد تكون الدولة تضطلع بمركز الأغلبية، والتي بموجبها تسيطر على إدارة الشركة، وبالتالي الفئة المسيطرة لا يكون لديها أي حافز للإفصاح عن أي المعلومات تتعلق بالشركة للأقلية، و حتي لو تم الإفصاح فإنه يكون أقل

<sup>52</sup> - أنظر المادتين 223-224 من قانون النشاط التجاري.

<sup>53</sup> - أنظر المادتين 223-224 من قانون النشاط التجاري.

<sup>3</sup> - د فرج سليمان حمودة: ص 1-3.

من المستوى المطلوب، وهذا بكل تأكيد يؤدي إلى انتهاك حقوق الأقلية المساهمة<sup>(55)</sup>، وبهذا يمكن القول أن قواعد الإفصاح المتبعة حالياً قد لا توفر أي ضمانات للأقلية المساهمة.

بناء على كل ما تقدم، يمكن القول بمقاربة معايير ومبادئ حوكمة الشركات التي نادى بها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية مع تطبيقات الحوكمة الواردة في قانون النشاط التجاري أنه على الرغم من حداثة القانون الحالي الذي يضع الإطار القانوني لمبادئ وقواعد الحوكمة في ليبيا، إلا أن هناك العديد من أوجه القصر في القانون الحالي، الأمر الذي أدى إلى اتساع الفجوة بين المبادئ الواردة في قانون النشاط التجاري والمبادئ التي نادى بها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، فضلاً عن عدم وجود آلية تضمن التطبيق السليم لقواعد الحوكمة الواردة في قانون النشاط التجاري أدى إلى خلق بيئة حاضنة للممارسات السلبية لمبادئ الحوكمة.

### الخاتمة

تناولت هذه الورقة مدى كفاية النصوص الواردة في قانون النشاط التجاري لقواعد حوكمة الشركات التي نادت بها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، وتوصلت إلى أن قواعد الحوكمة المنصوص عليها في قانون النشاط التجاري لا تتوافق بشكل تام مع مبادئ الحوكمة التي نادت بها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، ويمكن إجمال ما توصلت إليه هذه الورقة في الآتي

1. كشفت الدراسة أن المشرع الليبي لم يوفر الحماية المرجوة للأقلية وصغار المساهمين، فضلاً على أنه لم يكفل لهم ضمانات كافية لحماية حقوقهم، والتي تنتهك من قبل الأغلبية المسيطرة، وخصوصاً في عملية اتخاذ القرارات الجوهرية التي تتعلق بمصير الشركة، والمادة 155 تعكس هذا بوضوح.
2. عدم مراعاة والأخذ بعين الاعتبار صغار (الأقلية) المساهمين في حقهم في تحريك رفع دعوى المسؤولية، حيث اشترطت المادة 184 تمرير قرار من الجمعية العمومية، لأجل مباشرة الحق في تحريك الدعوى باسم الشركة على المجلس الإدارة، وبطبيعة الحال ليس بمقدور الأقلية المساهمة استصدار هذا القرار إلا بالأغلبية المطلقة، فضلاً على أن نطاق سريان هذه الدعوى لا يشمل تحريكها ضد الأغلبية المسيطرة.
3. قصر القانون حق فحص دفاتر الشركة على سجل المساهمين وسجل محاضر الجمعيات العمومية وقراراتها، وأغفل حق فحص سجلات كل من محاضر جلسات مجلس الإدارة وقراراته وهيئة المراقبة وقراراتها والإدارة التنفيذية وقراراتها.
4. إغفال التنصيص على التصويت العابر للحدود، باعتباره وسيلة فعالة تساعد المساهمين غير المتواجدين في البلاد من ممارسة حقهم بالتصويت.
5. هناك مجموعتين من القواعد التي تضع الإطار القانوني لمبادئ الإدارة الرشيدة (الحوكمة): قواعد الزامية، موجودة في القوانين النافذة، كقانون النشاط الاقتصادي وقانون

رأس المال، والمجموعة الثانية قواعد استرشادية غير ملزمة، وهي عبارة عن قواعد مكملة أو مفسرة، وهي موجودة في لائحة الإدارة الرشيدة (الحوكمة).

6. اختزل القانون التجاري أصحاب المصالح فقط بالدائنين، على الرغم من أن مفهوم أصحاب المصالح مفهوم واسع، يتسع ليشمل كافة الأطراف الذين لهم علاقة بالشركة مثل الموردين والعمال والموظفين والمجتمع، فضلاً عن عدم تناوله قضايا البيئة ودور العمال في مجلس الإدارة.

7. عدم تبني المعايير الدولية للمحاسبة والمراجعة المالية وغير المالية، وعدم مواكبة التطورات الحاصلة في هذا المجال، مما سبب في عدم الشفافية والافصاح بالشكل الصحيح، والذي يؤدي إلى تنامي حجم الفساد المالي والإداري.

### التوصيات:

1. إعادة النظر في صياغة النص المادة 184 التي تنظم حماية حقوق أقلية المساهمين، بما يكفل صون حقوقهم، حتى لا تنتهك من قبل الأغلبية المسيطرة.
2. إعادة النظر في النصوص التي تتعلق بالإفصاح والشفافية، بما يكفل توسيع نطاق دائرة الإفصاح والشفافية، مع الأخذ بعين الاعتبار حقوق الأقلية المساهمة في الاطلاع.
3. تعزيز فكرة الفصل بين الملكية والإدارة، مع مراعاة عدم الجمع بين وظيفة رئيس أو عضو مجلس الإدارة والمدير العام في الشركة، حيث نوصى بأن يكون المدير العام من خارج مجلس الإدارة.

2018

## المصادر

## أولاً- الكتب:

- د. تركي مصلح حمدان: الوسيط في النظام القانوني لمجلس إدارة الشركات المساهمة العامة، دراسة مقارنة، دار الخليج، 2017م.
- ثانياً- التشريعات والقوانين والتوجيهات:
- القانون المدني الليبي، الجريدة الرسمية، عدد خاص، صدر في 1954/02/20.
- قانون النشاط التجاري رقم 23 لسنة 2010م، الجريدة الرسمية، السنة العاشرة، العدد السادس، 2010/05/10م.
- سوق الأوراق المالية الليبي، الركن المتعلق بقرارات مجلس إدارة السوق، لائحة الإدارة الرشيدة (الحوكمة).
- ثالثاً- الأوراق البحثية والرسائل:
- محمد ياسر بطيخ: دراسة قانونية لحوكمة المرافق العامة الاقتصادية في سورية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة حلب، 2013م.
- أشرف حنا ميخائيل: تدقيق الحسابات وأطرافه في إطار منظومة حوكمة الشركات، المؤتمر الأول حول التدقيق الداخلي في إطار حوكمة الشركات، القاهرة، 24-26 سبتمبر 2005م.
- Alais E. -حوكمة الشركات بين القانون و اللائحة International Review of Law (2016:4)
- <http://dx.doi.org/10.5339/rii.2016:4>
- بتول نوري، وعلي سلمان: حوكمة الشركات ودورها في تخفيض مشاكل نظرية الوكالة، الملتقى الدولي حول للإيداع والتغير التنظيمي في المنظمات الحديثة، الجامعة المستنصرية كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، العراق، 2010م.

- د. خالد التناحمة: حوكمة الشركات المساهمة في فلسطين: النظرية والتطبيق، المجلة الأردنية للقانون والعلوم السياسية، المجلد (4)، العدد الثالث، يوليو 2012م.
- د فرج سليمان حمودة: الشفافية في قانون الشركات، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون- ترهونة، جامعة الزيتونة، العدد الثالث، 2014م.
- عمار عصام ونادية عبدالجبار: أهمية تطبيق لائحة حوكمة الشركات في تعزيز جودة نظام المعلومات المحاسبي، المؤتمر الدولي التاسع، الوضع الاقتصادي العربي وخيارات المستقبل، الجامعة الخليجية، مملكة البحرين، المنامة، 2011م.
- عيد بن حامد الشمري: حوكمة الشركات في المملكة العربية السعودية الواقع والطموح، ورقة مقدمة إلى المؤتمر العلمي الأول لكلية الاقتصاد جامعة دمشق "دور حوكمة الشركات في الإصلاح الاقتصادي"، 2008م.
- محمود عباينة: مدى كفاية نصوص قانون الشركات الأردني رقم 32 لسنة 1977م وتعديلاته في تحقيق حوكمة الشركات المساهمة العامة في الأردن في ضوء الحوكمة الدولية، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 39، العدد الأول، 2012م.
- رابعاً- المواقع الإلكترونية:
- مجمع اللغة العربية في الأردن، قرار المجمع رقم (6) لسنة 2004. [www.majma.org.jo](http://www.majma.org.jo)
- مجمع اللغة العربية في القاهرة، بيان رقم 2005/05/20 - <http://www.lsm.ly/Arabic/Pages/default.aspx> سوق الأوراق المالية

الليبي

See corporate Governance side. <https://www.ifc.org/>

(OECD) principle corporate governance (2004) , see G20/ OECD, principles of corporate governance <http://www.oecd.org/corporate/>

المراجع الاجنبية

-M, Alamgir, corporate governance a risk perspective, paper presented to corporate governance reforms the way to financial stability and development. Egyptian Banking Institute, Cairo May 2007.

-The World Bank: Principles for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems, revised, 2005.

-A, Keay, Ascertaining the Corporate Objective: An Entity Maximisation and Sustainability Model, Modern law review (September 2008) Vol 71.

-J. Armour, H. Hansmann, R. Kraakman, agency problems, legal strategies and enforcement Harvard John M Olin Centre for Law, Economics and Business, (2009) No. 644 ISSN 1936-5357 (online) [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/)

-E.Ferran, principle of corporate finance law (oxford press ,2008) 1st ed.

-Kevin C.W. Chen, Zhihong ChenK.C. John Wei, Legal protection of investors, corporate governance, and the cost of equity capital, Journal of Corporate Finance, January 2009.

[www.elsevier.com/locate/jcorpfin](http://www.elsevier.com/locate/jcorpfin)

-Cadbury Committee, Financial Reporting of the committee of the financial Aspects reporting Council, Stock Exchange, (London,1992).

-P, Taylor, Enlightened Shareholders Value and Companies Act 2006,Birkbeck college PHD thesis (2010) .

-D. Kershaw, company law in context (Oxford university press-2012) nd2 edition.

-Organisation for Economic Cooperation & Development, (OECD), Corporate governance principles 2004

<http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>.

-Adel Mashat, Corporate Social Responsibility Disclosure and Accountability (The Case of Libya)' (Ph.D Thesis, Manchester Metropolitan University 2005).

-A. Imhimmed, Is corporate social responsibility too important to be left to self-regulation an examination of the current situation in the UK, EU and global level. Master thesis 2015 (Glasgow university law school).



ثَانِيًا: المرفقات  
ثَانِيًا: المرفقات









### نموذج خاص بتقديم المقترحات والملاحظات

ترحب إدارة تحرير مجلة دراسات قانونية بأي ملاحظات أو مقترحات يقدمها الأساتذة والكتاب والقراء، من شأنها تدارك ما قد يعتور إصدارات المجلة من عيوب، أو يشوبها من مثالب، سواء أكانت نتيجة قصور أم تقصير من إدارة المجلة، أم تتعلق بما يكتنف الأعمال المنشورة فيها من أخطاء، وكل ما من شأنه النهوض بموضوعات هذه المجلة، وإصدارها في أبهى حلة، ونأمل أن تقدم الملاحظات والمقترحات على النحو الآتي:

• ملاحظات شكلية، تتعلق بإخراج المجلة وطباعتها.

• ملاحظات موضوعية، تتعلق بالمادة العلمية المنشورة بالمجلة.

• ملاحظات بشأن تنويب المجلة وكيفية تصنيف موضوعاتها.

اقترحات أخرى:



**Dr. Salwa Fawzi Al-Dugaili**  
**Dean of the Faculty of Law**  
**General Supervisor of the Journal**

## **Editorial Board:**

- **Dr. Saad Al-Abbar. - Chairman of the editorial board magazine**
- **Dr. Rafa Mahmoud Al-Fakhri - Editor of the Journal**
- **Dr. Jazayat Jibril Shu'aitir.**
- **Mr. Nahla Zidan Al-Warfali.**
- **Mr. Abdul Qader Saleh Aoun.**



# Journal of Legal Studies

Published by the Faculty of  
Law

Issued three times a year  
About the Faculty of Law  
Benghazi University





# JOURNAL OF LEGAL STUDIES

**No: 23**

**March: 2019**

**Published by the Faculty of  
Law**

**Issued three times a year a  
bout the Faculty of Law  
Benghazi University**

- Criminal lawyer's liability for disclosure of professional secrets.
- Compensation for victims of terrorism.
- Control of constitutional amendments.
- The Constitutional Organization of the Theory of Necessity in Libya.
- What is the international organization?
- The rules of corporate governance contained in the Commercial Activity Law