



مجلة دراسات قانونية - العدد (30)



- 1- مواجهة تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا - أ.د. ضو بوغرة .
- 2- أثر الظروف الاستثنائية على المواعيد الإجرائية - د. عبير سالم.
- 3- الطبيعة القانونية لعمل اللجان ذات الاختصاص القضائي - د. نصر الدين مصطفى.
- 4- المبدأ القانوني والضابط والقاعدة القانونية - د. مصطفى الدراجي .
- 5- حصانة الدولة أمام القضاء الجنائي الأجنبي عند ارتكاب جرائم دولية - د. عبدالناصر السيد.



أسرة هيئة تحرير مجلة الدراسات القانونية

بكلية القانون – جامعة بنغازي

.....

د. سلوى الدغيلي – مشرف عام المجلة

د. سالمة فرج الجازوي – رئيس التحرير

د. طارق محمد الجملي – مدير التحرير

د. رافع محمود الفاخري – عضواً

د. خالد محمد الزناتي – عضواً

د. نورية الساعدي المقرئ – عضواً

هيئة التحكيم الدائمة بالمجلة

أ.د موسى ارحومة – كلية القانون جامعة بنغازي * أ.د سليمان الغويل – كلية القانون جامعة بنغازي

أ.د عبدالغني شيبه – كلية القانون جامعة سبها * د. سعد الحامدي – كلية القانون جامعة بنغازي

د. ابتسام أحمد بحيم – كلية القانون جامعة بنغازي * د. عطية محمد – كلية القانون جامعة إجدابيا

د. هالة الأطرش – كلية القانون جامعة بنغازي * د. عبدالله العبيدي – كلية القانون جامعة بنغازي

أ.د مفتاح خليفة – كلية القانون جامعة بنغازي * د. جازية شعيتير – كلية القانون جامعة بنغازي

د. مصطفى إبراهيم العربي – كلية القانون بالخمس جامعة المرقب

رقم الصفحة

اسم البحث والباحث

- 5 مواجهة تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا – أ.د. ضو بوغرارة .
- 63 أثر الظروف الاستثنائية على المواعيد الإجرائية – د. عبير سالم .
- 115 الطبعية القانونية لعمل اللجان ذات الاختصاص القضائي – د. نصر الدين مصطفى .
- 145 المبدأ القانوني والضابط والقاعدة القانونية – د. مصطفى الدراجي .
- 187 حصانة رئيس الدولة أمام القضاء الأجنبي عند ارتكاب جرائم دولية – د. عبدالناصر السيد .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إن الكلام في الفؤاد وإنما : جعل اللسان على الفؤاد دليلاً

أيها القراء الأعزاء ، ،

بعد زمن من الانقطاع عنكم غير يسير، وسير بخطى حثيثة على النهج القويم، وبذل جهد مضني، واستقراغ لوسع كبير ... بعد هذا كله، ها قد حان الوقت لكي نلقي بعصا التسيار، ونقدم لحضراتكم عدداً مميزاً من مجلتكم دراسات قانونية.

ونحن وإن كنا قد وسمنا هذا العدد بالمميز فإننا لا نمدح أنفسنا، بقدر ما نود إظهار مقدار المسؤولية الملقاة على عواتقنا؛ وذلك لأن ثقتكم في هذه المجلة، هي الدافع الحامل لنا للقيام بكل تمحيص وتدقيق وفصل بين غث وسمين وصحيح وسقيم.

وقد حرصنا على ذلك، من خلال تقويم الأبحاث المتنوعة، والتي نخال أنها في جُل فروع العلوم القانونية والشرعية.

بل لم نقصر معيارنا في الاختيار على تنوع البحوث فحسب، إذ عديناه إلى ما وراء ذلك ليكون معتمدنا جودة البحث وجدته.

إذ اقتطفنا لكم من كل بستان أينع ثماره، وريحانة أزهاره، لتستمتع الأذواق بأحلى رحيق.

وقد انتهجنا للوصول للغاية المبتغاة منهجاً ليس بالسهل، غير أننا مع ذلك لا ندعي أننا وقد وفينا بالغاية. ولا يفوتنا أن نتقدم بالشكر الجزيل لإدارة كلية القانون عميداً ووكيلاً على ما قدموا لنا من مساعدات جمة كان لها كبير الأثر في إظهاره هذا العدد.

وفي الختام نذكر بأن هذا الجهد وإن تعاضم فلن يرقى إلى حد الكمال طالما هو صادر عن بشر ديدنهم السهو والنسيان، فقد يعثر القارئ الكريم ولا بد على هنات وهنات، فإننا نرجو التلّوم ونلتمس النصح.

والله الموفق، وعليه التكلان ..

مواجهة تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا "العقبات والحلول بين الفراغ التشريعي والتنوع الفقهي" د.ضو مفتاح أبوغرة

تمر ليبيا بموجة إخفاء تعددت صورها؛ وهذا من مصاحبات القتال الذي طال أمده وتعددت أطرافه وأسبابه، ولم يكن القتال بين أطراف النزاع في ليبيا السبب الوحيد للإخفاء؛ بل ضاعف من حجم ظاهرة المفقودين الخطف الذي تعددت أسبابه؛ وذلك لضعف المؤسسات الأمنية في الدولة، وعدم احتكار الدولة القوة، وتعدّد المشهد في ليبيا.

إن تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا تبدأ من أثر مرحلة تجميد الوضع بالنسبة لمال المفقود وزوجته، ويحكم استمرار هذه المرحلة وانتهائها تشريعات الميراث والزواج " قانون الأحوال الشخصية"، وتمثل الشريعة الإسلامية مصدرا للتشريعات المتعلقة بالميراث والزواج؛ إلا أن دخول أحكام الفقه الإسلامي في المنظومة التشريعية وتعامل القضاء في الجانب العملي عقبة لمواجهة تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا.

ولقد تعددت أبعاد أحكام المفقود المتعلقة بأمواله وزوجته وأبنائه في الفقه الإسلامي، وتظهر هذه الأبعاد لأحكام المفقود من خلال تنوع أحكام مال المفقود، حيث تعددت أسس أحكام أمواله، فمنها ما يؤسس على حفظ المال وإدارته، ومنها ما يؤسس على حماية المراكز القانونية القائمة والمؤثرة في بنية المجتمع الاقتصادية، كعقود توظيف الأموال، وما تؤديه من المساهمة في معالجة البطالة في المجتمع، ومنها ما يؤسس على ضرورات المحافظة على البنيان الأسري ودوره في تماسك المجتمع، كما هو الحال في الأحكام المتعلقة بالزوجة والتي اعتبر الحفاظ عليها وعلى الأبناء من باب الحفاظ من حيث المعنى لأموال المفقود.

إن إشكاليات أحوال المفقود والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي موضوع واسع وجوانبه متعددة، ولا يتسع البحث لها، كما أن موضوع البحث معالجة لواقعة محددة، وهي معالجة تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا؛ من جانب التشريع القضاء، ولا يدخل في موضوع البحث الجانب التعبدية، أو الجوانب المتعلقة

بالتزام المكلف ديانة، فكانت أسس أحكام المفقود في الفقه الإسلامي قاعدة الانطلاق في البحث، وثمرته مدى الاستفادة منها في مجال التشريع الليبي لمعالجة تداعيات الظاهرة في الواقع العملي، ومن هنا تشكلت خطة البحث، فقسم البحث إلى فترتين، الفقرة الأولى أسس أحكام المفقود في الفقه الإسلامي، والفقرة الثانية تطبيقها على الواقع العملي لتحديد العقبات والحلول، وأنهيت البحث بالتوصيات.

الفقرة الأولى: أسس أحكام المفقود في الفقه الإسلامي.

إن المنهجية السائدة في الفقه الإسلامي عرض التفاصيل، والأسس والنظريات العامة تستتبط من التفاصيل، وإسقاط تفاصيل الوقائع زمن الفقهاء على الوقائع الحالية له محاذيره، لعدم التطابق التام، خاصة إذا كانت الواقعة متنوعة ومتشعبة، وعلاجها يقتضي وضع قواعد تتسم بمرونة واسعة تستوعب التنوع الذي يقترب في كثير من صورته للتباين؛ ولهذا كان الرجوع للأسس عند تطبيق أحكام الفقه الإسلامي على المستجدات أنجح في الاستفادة من عمق الفقه الإسلامي، وتحقيق المقاصد، خاصة ما تعلق بالجوانب التشريعية، أي المسائل التي تدخل ضمن سلطة ولي الأمر؛ فالأسس تتسم بالمرونة بما يسمح بمراعاة التطور البشري، واختلاف الوقائع، وتحقيق المقاصد دون خروج عن الأصل الشرعي؛ وهذا ما دفعنا للتركيز على الأسس، ودون تجاهل للتفاصيل، وتطبيقات الفقهاء فيما حدث زمنهم؛ فهي بمثابة المصدر التفسيري للأسس.

إن تطبيق أحكام الفقه الإسلامي في مسائل الأحوال الشخصية "النكاح والميراث" يسري عليه الجدل مصدرية الشريعة من القول بأن الشريعة الإسلامية لا تصلح أن تكون نظاما تشريعا أصلا وفق طبيعة التشريع ومستلزماته في الدولة الحديثة، ومن الأسباب التي ساقوها للتدليل على عدم صلاحية الشريعة الإسلامية كنظام تشريعي الخلاف في تحديد المراد بالشريعة، وكثرة التأويلات، والهولامية.

وجميع محاولات التوجيه لنصوص تحديد مكانة الشريعة في الدساتير العربية لم تقدم طرحا مقنعا من الجانب العلمي بعيدا عن الاعتقاد الذي يخص المسلم؛ فالتفرقة بين الشريعة والفقه، وأن الالتزام بالنصوص لا بالفقه لم تقنع، وكذلك التفرقة بين التفاصيل والمبادئ وأن تقييد المشرع بالمبادئ لا بالتفاصيل؛ وهذا ما دفع بعض رجالات القانون للقول بأن الشريعة الإسلامية لم تطبق إلا زمن الراشدين؛ وهذا دليل على أن تطبيق الشريعة الإسلامية زمننا لا يتجاوز التنظير، إضافة للهلامية في تبني الشريعة الإسلامية، والتي لا تتناسب وطبيعة التشريعات الوضعية في الدولة الحديثة، ومما ضاعف أزمة مصدرية الشريعة

دعاة التقيد بنصوص القرآن والسنة ومحاربة التمثهه، حيث انتهوا إلى أن الفقه قول بشر، والقول بالزاميته تقديم لقول البشر على القرآن والسنة¹.

ولدفع القول بعدم صلاحية الشريعة والفقه الإسلامي لأن تكونا نظاما تشريعا أصلا وفق طبيعة التشريع ومستلزماته في الدولة الحديثة؛ نبدأ بأساس انتقال أحكام الفقه الإسلامية لنص تشريعي حقيقة أو حكما، يحافظ على وحدة التشريع؛ وذلك دون إخلال بمصدرية الأصل، وهو نصوص القرآن والسنة، وما أشارت له نصوصهما من مصادر للتشريع كالتقاييس والمصلحة؛ وذلك ردا على القول بأن الفقه الإسلامي قول بشر والزاميته مناهضة للقرآن والسنة، ثم نبين أثر انتقال أحكام الفقه الإسلامي إلى نظام تشريعي.

الأساس الأول: انتقال أحكام الفقه الإسلامي لنصوص تشريعية حقيقة أو حكما.

لم يتناول علماء الأصول والفقهاء مسألة انتقال أحكام الفقه الإسلامي إلى نصوص تشريعية حقيقة أو حكما بشكل صريح؛ لعدم معرفة النظام التشريعي بصورته الحديثة منهم؛ إلا أن هذا لا يعني خلو قواعد الفقه الإسلامي من دلالات ومعالجات إشكالية انتقال أحكام الفقه الإسلامي وتنوعها إلى نصوص تشريعية صورة أو معنى، وبشكل يعالج عقبات تبني الفقه الإسلامي مصدرا للتشريعات الوضعية تحقيقا للهوية الإسلامية، ودون إخلال بمتطلبات النظام القانوني في الدولة الحديثة، وفي مقدمتها ضمان وحدة التشريع، ولمنع التشطي، دون اعتداء على الخصوصية الفردية، وحرية العقيدة بالمعنى الواسع.

ومن خلال دراسة قواعد وتطبيقات الفقه الإسلامي تبين إثارة هذه الإشكالية عند الأصوليين رغم عدم وجود التشريع بالمفهوم العصري منهم، وكان توجيه هذه الإشكالية من خلال حكم الحاكم يرفع

¹ بشير موسى نافع وغيره، الظاهرة السلفية "التعددية التنظيمية والسياسات، الكتاب كاملا وهو مجموعة بحوث عن السلفية وأصولها في أغلب الدول العربية. مركز الجزيرة للدراسات. الدوحة قطر ط الأولى 2014م. الحركات الإسلامية في الوطن العربي، مجموعة بحوث تناولت الحركات الإسلامية في الوطن العربي منها ليبيا، إشراف د. عبدالغني عماد، مركز دراسات الوحدة العربية بيروت لبنان، ط الأولى 2013م. - محمد- عوض محمد - دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي - دار المطبوعات الجامعية-مصر- الإسكندرية- ب-ط- سنة 1999م ص 3 وما بعدها. المكني-الناصر المكني- الإسلام والدستور- منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص- تونس ط الأولى - سنة 2014م ص 71، 85، 92، 89. المرصفاوي- د. حسن صادق المرصفاوي - المرصفاوي في القانون الجنائي، قانون العقوبات - منشأة المعارف - الإسكندرية - ب-ط - ب ت 1 / 17/1. الحلو - ماجد راغب الحلو الدولة في ميزان الشريعة ! النظم السياسية - الإسكندرية - دار المطبوعات الجامعية ب ط 1996م 18-20. البشري- المستشار طارق البشري- الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - القاهرة - دار الشروق - ط الأولى 1996م ص 35-63. الفيوبي- الدكتور محمد إبراهيم - في مناهج تحديد الفكر الإسلامي - القاهرة - دار الفكر - ط الأولى 2000م ص 16-20. -وقد تبين هذا من خلال الحوارات مع بعض رموز القانون في ليبيا منهم مثلا الأستاذ الدكتور محمد معمر الرازقي، والأستاذ الدكتور محمد باره، والأستاذ الدكتور علي ضوي من جامعة طرابلس كلية القانون، كما تأكد هذا من خلال لقاءات مجموعات التركيز واللقاءات المعمقة

الخلاف؛ لذا نقدم معالجة تقاطعات التنوع الفقهي وتعدد الاتجاهات ومستلزمات وحدة التشريع من خلال قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف؛ للاستفادة منها في كيفية انتقال الأحكام الفقهية إلى تشريع يتصدر مصادر الأحكام أمام القضاء.

وإن كانت قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف قاعدة أصولية؛ لتعلقها بمصدرية الحكم الشرعي؛ إلا أنها لا تخلو من المعنى التطبيقي؛ ولهذا نركز على المصادر الأصولية والفقهية لبيان مسائل القاعدة المتعلقة بموضوع البحث.

لقد اتفق جمهور الأصوليين والفقهاء على أنّ حكم الحاكم يرفع الخلاف، وأنّ مجال ذلك هو المسائل التشريعية، أي ما يعبر عنه بالمسائل الاجتهادية، أو بحكم الحاكم، وأنّ المسائل الفردية في طابعها الفردي لا تدخل في مجال هذه القاعدة، وأنّ الرأي الذي يختاره الحاكم يعين الدلالة من أقوال المجتهدين، ومن ثم ينقلب اختيار الحاكم من قول مجتهد إلى نص؛ فيصبح مالكيًا عند المالكية وشافعيًا عند الشافعية وحنفيًا عند الأحناف وحنبليًا عند الحنابلة، وهكذا، وبصرف النظر عن المذهب القائل به ورجاحته أو شهرته، لأن الحاكم نائب عن الشارع فيصبح شارعًا حكمًا، وعندما يكون شارعًا يصبح قوله نصًا من الشارع، أي من الله حكمًا؛ وبالتالي يصبح مصدرًا للحكم، وأن اعتبار حكم الحاكم بمثابة النص أوجبته المصلحة العامة التي استلزمت ضرورة وجود حاكم، ونورد نماذج من عبارات الأصوليين والفقهاء تبرز أهم ضوابط وفلسفة وموجبات قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف¹؛ يقول الأمدي: (اتفقوا على أنّ حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم، فإنه لو جاز نقض حكمه بتغير الأحكام وعدم الوثوق بحكم الحاكم، وهو خلاف المصلحة التي نُصّب الحاكم لها.)²، وورد في الغيث للعراقي: (المسائل الاجتهادية لا يجوز نقض الحكم فيها لا من الحاكم نفسه إذا تغير اجتهاده، ولا من غيره بالاتفاق.)³، وورد

¹ - الأمدي، الإحكام 232/3، العراقي، الغيث الهامع ص 708، القرافي-شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول من الأصول، بيروت لبنان، دار الفكر، ب ط، 2004م.. ص 346-الكاساني، علاء الدين أبوبكر بن محمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1، مصر، مطبعة الجمالية. 14/7. - الحطاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ومعه التاج والإكليل للمواق، بيروت، دار الفكر، ط الثالثة 1992 م. 138/3. ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، ويليهِ الشرح الكبير لأبي فرج بن قدامة، القاهرة، دار الحديث، ب، ط سنة 2004م 142/10. - الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تح عماد زكي البارودي وغيره، القاهرة - المكتبة التوقيفية، ب ط، ب ت 528، 529/4. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 486/4.

² - الأمدي، الإحكام 232/3.

³ - العراقي، الغيث الهامع ص 708.

في شرح تنقيح الفصول للقرافي: (حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يعين ذلك الحكم الذي حكم به الحاكم، فإن الحاكم نائب عن الله تعالى في مسائل الخلاف، فإذا أنشأ حكماً في مسائل الاجتهاد كان ذلك كالنص الوارد في خصوص تلك الواقعة من تلك القاعدة).¹ وقد جمع القرافي في كتابه الذخيرة أسس ومستلزمات حكم الحاكم يرفع الخلاف؛ حيث ورد في الذخيرة: (الحكم إخبار عن إلزام الله تعالى، وإلزام الحاكم فيما يمكن أن يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا... فالحاكم مع الله يستتيب، والمفكر والمفتي كحاكم له ترجمان... ويظهر بهذا أن العبادات كلها لا تقبل الحكم، وهلال رمضان وذو الحجة إنما حظ الحاكم فيه إثبات السبب الذي هو رؤية الهلال... وظهر بهذا أن حكم الحاكم في مواضع الخلاف لا ينقض؛ لأن الحكم نص من الله تعالى على لسان الحاكم، ونص الله مقدم... وإذا كان هذا نصاً صريحاً من الله تعالى، وأن هذا الحكم هو حكم هذه الحادثة، وحرّم على المخالف له من المجتهدين نقض هذا الحكم في هذه الحادثة بناء على قاعدة مجمع عليها... فهذا من قول الفقهاء: أن حكم الحاكم في مواطن الخلاف يرفعه).²

إن وظيفة الحاكم، وما تحقّقه من مصالح ضرورية لإقامة الدين والدولة اقتضت اعتبار الحاكم نائباً عن الله سبحانه وتعالى، ولا يمكن للحاكم أن يقوم بوظيفته إلا بالزامية حكمه لكل من له عليه ولاية، ويصبح تعيين الحاكم لدلالة النص من باب قيامه مقام الشارع الحقيقي، وهو الله سبحانه وتعالى، وهذا ردّ لأيّ دلالة للنص غير ما اختاره الحاكم، وتعيين الدلالة يجعل الحكم كالنص، فهو يعدّ مصدراً لكل من اعتمد قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف؛ فحمل المالكي على قول الشافعي إذا اختاره الحاكم هو أثر قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف عند المالكي، فهو في معنى الإحالة؛ فالإحالة قلبت رأي الشافعي إلى نص تقتضي أصول الفقه المالكي اعتباره مصدراً للحكم الشرعي بخصوص واقعة الحال، ونضرب ومن الأمثلة لهذه القاعدة ما ذكره الحطاب عند نقله للخلاف في تكيف طبيعة ثبوت الهلال: (إذا حكم الإمام بالصوم بشهادة واحد كالشافعي فهل يلزم ذلك جميع الناس ولا يجوز لأحد مخالفته لأنه حكم وافق محل الاجتهاد وقاله ابن راشد القفصي، أو لا يلزم المالكي الصوم في هذا لأن ذلك فتوى وليس بحكم).³

¹ القرافي، شرح تنقيح الفصول ص 346.

² - القرافي الذخيرة 122/10.

³ -، الحطاب، مواهب الجليل 391/2.

إن الخلاف في ثبوت الشهر ليس في إلزامية حكم الحاكم من عدمها؛ بل هو في طبيعة حكم ثبوت الشهر، هل يتعلق بمصلحة جماعة المسلمين ومن ثم يدخل في مجال حكم الحاكم، أم يغلب فيه الخصوصية الفردية فيخرج من نطاق قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف، وفي عبارة الحطاب سألقة الذكر دلالة على أن حكم الحاكم يجعل رأي الشافعية جزءا من الفقه المالكي في هذه، ويسري هذا على كل ما في معناها، ويتحقق هذا المعنى من خلال دور حكم الحاكم في تعيين الدلالة.

يظهر من خلال ظاهر العبارات السابقة التناقض في تحديد طبيعة حكم الحاكم؛ وذلك من وجوه متعددة، ما يهتما منها ما تعلق بالترقية بينه وبين قول المجتهد، وعلاقته بقول المجتهد، ونلخصها في الآتي:

1- صرحت العبارات السابقة بأن حكم الحاكم نص حكما، فالحاكم نائب عن الشارع، وبالتالي ما يصدر عنه نصا، وعادت العبارات ونقضت نفسها بالنص على أن دور الحاكم تعيين دلالة النص، أو تعيين الحكم؛ وهذا يعني أنه حكم، وأنه تفسير للنص الحقيقي، وهو القرآن والسنة.

2- دلالة النص أو الحكم الذي عينه حكم الحاكم هو قول مجتهد حقيقة أو حكما؛ وهذا يدل على أن قول المجتهد مصدر حكم الحاكم، والقول بأن الحاكم نائب عن الشارع، عن الله سبحانه وتعالى، والمجتهد مفسر لقول الشارع، أي الله سبحانه وتعالى يقتضي أن يكون قول الحاكم مصدرا لقول المجتهد، وهذا نقض للقول بأن حكم الحاكم نص.

ولرفع هذا التناقض الظاهري في العبارات السابقة نعود للأصل في مصدرية الأحكام الشرعية، وموجبات الخروج عن الأصل.

يمثل المصدر من عناصر الحكم الشرعي، وقد اتفق جمهور الأصوليين من المصادر العقلية على نصوص القرآن والسنة والإجماع، واختلفوا في بقية المصادر العقلية كقول الصحابي والعرف وعمل أهل المدينة، وفي المصادر العقلية اتفقوا على القياس خلافا للظاهرية، واختلفوا فيما عداه من المصادر

العقلية، كالمصلحة المرسلّة والاستحسان وسد الذرائع، فلا قول المجتهد ولا حكم الحاكم مصدرا للحكم الشرعي، فهما من باب الأحكام¹.

وإن سلمنا أن نصوص القرآن والسنة والإجماع.... الخ هي مصادر الحكم الشرعي، وهذه من ثوابت الفقه الإسلامي، وحمل هذا الأصل على إطلاقه ينتهي إلى أن قول المجتهد وحكم الحاكم ليسا من مصادر الحكم الشرعي؛ إلا أن تطبيقات علماء الأصول وقواعد الاستنباط تدل على أن هذا الأصل ليس على إطلاقه.

ففي حق غير المجتهدين اتفق عبارات جمهور الأصوليين في دلالتها على أن العلم بالحكم الشرعي واجب على كل مكلف من حيث المبدأ، وأن مصدر الحكم الشرعي هو القرآن والسنة والإجماع... الخ، وخروجاً على هذا الأصل يقوم قول المجتهدين مقام النص في حق غير المجتهد لمصلحة هي أولى بالاعتبار؛ وذلك لأن العلم بالحكم الشرعي يقتضي تحصيل علوم واكتساب ملكة توظيف النصوص، وأن تكليف كل مكلف بالعلم بالحكم الشرعي من النصوص فساداً للعالم، وإيقاع للناس في حرج نهى عنه الشارع، وأن العالم وكيل عن العامي في تحصيل العلم بالحكم الشرعي من النصوص؛ فقول المجتهد دليل للعامي، وأنه لا علاقة للعامي بالنص، وأن التكليف للعامي من خلال قول العالم، وأن اتباع العامي لقول المجتهد واجب، والمجتهد من العلماء، واستخدامنا للفظ المجتهدين تمشياً مع الاصطلاح الأصولي، وينصرف للعلماء باعتبار المعنى، وبصرف النظر عن الإطلاق؛ وبهذا فمصدرية قول المجتهد من حيث المعنى محل اتفاق بين علماء الأصول وإن اختلفوا في الإطلاق².

¹ -- إن موضوع مصادر الحكم الشرعي تناولتها كل من تناول موضوع الحكم الشرعي، وإن اختلفوا في منهجية العرض، انظر مثلاً في عرض المصادر الباجي، القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف؛ إحكام الفصول في أحكام الأصول، تح. د. عمران علي أحمد العربي، بيروت، دار ابن حزم، ط الأولى، 2009م/311/1 وما بعدها. - الغزالي، الإمام أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، صححه محمد عبدالسلام عبدالشافى، بيروت- دار الكتب العلمية- ب ط 2000م. ص 8 وما بعدها. الزحيلي، الدكتور وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، سوريا، دمشق، دار الفكر، ط 3 2005م. 434/2- أبو زهرة، الدكتور محمد أبو زهرة، أصول الفقه، القاهرة، دار الفكر العربي، ب ط 2006م، ص 360. - زهير الدكتور محمد أبو النور زهير، أصول الفقه، دار المدار الإسلامي، بيروت، ط 1 2001م/75/4 وما بعدها

² - الغزالي، المستصفى 372. - الشاطبي - الإمام أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، علق عليه الأستاذ محمد حسنين مخلوف، بيروت، دار الفكر، ب ط، ب ت. 141/4. - الأمدي، سيف الدين أبو الحسن علي بن محمد بن علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، ضبط الشيخ إبراهيم العجوز، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ط 5 2005م/136/4. 452/4. - ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، تح. محمد حامد عثمان، القاهرة، دار الحديث، ب ط، 2005 م 729/5. - السبكي، شيخ الإسلام تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، تح. الدكتور شعبان محمد إسماعيل، السعودية، مكة المكرمة، بيروت، لبنان، دار ابن حزم، ط 1 2004 م. 1903/3. الأمدي، الإحكام 450/4.

وعلى هذا النحو استقر الأصوليون على أنّ قول المجتهد دليل عامي من حيث المضمون، وأنّ رفع التكليف بالاجتهاد على الجميع فرضته ضرورة قيام الحياة، وأنّ دور المجتهدين هو توظيف النصوص للوصول للحكم الشرعي، ومن ثمّ فقول المجتهد هو فهم للنص وليس مناهضا له.

وإذا كان قول المجتهد فهم للنص ودلالته، فإنّ فرضية الأحكام تقتضي فرضية اتباع قول المجتهد، لأنه حكم، وهذا في حق المجتهدين لا جدال فيه، ولما كان تحصيل علوم الاجتهاد غير ممكن لكل مكلف، لأنّ في هذا فساد الدنيا، لفوات مصالح المجتمع الضرورية، وطاعة الله تستلزم اتباع الأحكام، فيكون أمام العامي إما تطبيقها بجهل، أو الاستعانة بغيره، كما هو الحال في جميع أساسيات المجتمع، كالطب، والهندسة، والقضاء، وغيرها، وامتنع الأول وهو تطبيقها بجهل، لأنّ الله لا يعبد بجهل، ومعان تناولها علماء الأصول في مظانها، فثبت الثاني، وهو إنابة غيره ممن نال درجة الاجتهاد، ويتحصل عن طريقه العلم، ولهذا فرض على طائفة القيام بهذه المهمة، وهي طائفة المجتهدين، وهذا يستلزم فرض اتباع رأيهم في توظيف النص، فاتباع رأي المجتهدين لأنه يحقق معرفة حكم الله، ومعرفة حكم الله يستلزمها تطبيق أحكامه، وتطبيق أحكامه يستلزمها طاعته، فاتباع قول المجتهدين من غيرهم لازم من لوازم طاعة الله، ورجوع للقرآن والسنة؛ لأنهما أداة المجتهدين في الوصول للحكم الشرعي؛ فقول المجتهد مصدر الحكم للعامة والقرآن والسنة مصدر الحكم للمجتهد، والحاكم من العامة فوجب رجوعه لقول المجتهد للمعاني السابقة، أي القرآن والسنة مصدر قول المجتهد الذي هو مصدر الحكم للعامة؛ ولا ينقض ذلك احتمال قول المجتهد للخطأ، لأنه لا بديل عنه، حيث أن رجوع غير المجتهد للنص الخطأ فيه متحقق وأشد، أما قول المجتهد فهو أقرب للصواب، وإن احتمل الخطأ، كما أنه حجة عند الله في الخطأ، والصواب، لأنّ التكليف هنا ببذل عناية معتبرة، وقد تحققت، ولهذا فقول المجتهد أقل المخاطر، وأفضل ما يمكن تحقيقه من المعرفة، كما أن وجوب سؤال العلماء وما يستلزمه وجوب السؤال من وجوب الاتباع ينتهي إلى قول المجتهد دليل عامي؛ ولذا فإن من أوجب سؤال العلماء وما يترتب عليه من وجوب طاعتهم رجع إلى مضمون قاعدة

– البدخشي، محمد بن الحسن، مناهج العقول، ومعه شرح الأسنوي، نهاية السؤل، مكتبة علي محمد صبيح وأولاده، مصر، ب ط، ب ت 210/3. - الشوكاني، الإمام الحافظ محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تح، محمد حسن محمد إسماعيل الشافعي لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ط 1، ب ت 328/2. - الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي 2005 م. 434/2. أبو زهرة، الدكتور محمد أبو زهرة، أصول الفقه، القاهرة، دار الفكر العربي، ب ط 2006 م، ص 360. - أبو النور زهير، أصول الفقه 2001 م 75/4 وما بعدها.

قول المجتهد دليل عامي، وإن خالفها من حيث الإطلاق؛ ولهذا كانت أدلة وجوب سؤال العلماء من القرآن والسنة، ومستلزماتها من أهم أدلة قاعدة قول المجتهد دليل عامي.

وينبني على ذلك أنّ قول المجتهد دليل عامي لازم من لوازم طاعة الله لغير المجتهد؛ وهذا فرضته طبيعة البشر، وضرورات الحياة وصلاحها، والقول بغير هذا فيه فساد الحياة بفوات المصالح الضرورية للمجتمع، أو عبادة الله عن جهل، وكلا الأمرين ممتنع، واعتبار قول المجتهد دليل عامي لا يعني المناهضة لنصوص القرآن والسنة، بل هما مصدره، وسند حجته، وما اكتسب قول المجتهد هذه الحجية إلا لأنه حكم الله حسب فهمه للنص، وهو حجة عند الله، فهذا أفضل ما يمكن، وما عداه تكليف بما لا يطاق، وهذا مرتفع، والحاكم بهذا الاعتبار عامي؛ ولهذا فدليله قول المجتهد وفقا للعرض السابق وموجباته.

قد يرد اعتراضا مفاده، كيف اكتسب قول البشر صفة قول الله تعالى وقول الرسول صلى الله عليه وسلم؛ بحيث صار مصدرا للحكم الشرعي في حق المكلف غير المجتهد كالنص من القرآن؛ أي كيف دخل في معنى خطاب الله تعالى، وأصبح مصدرا للحكم الشرعي في حق العامي؟

يجاب عن هذا الاعتراض بأن إعطاء قول المجتهد صفة النص من القرآن حكما، واكتسابه لصفة النص حكما بناء على نص الإحالة من القرآن، وأثر الإحالة أن يصير الشيء المحال جزءا من المحال إليه، ويكتسب طبيعته حكما، فالسنة والقياس وغيرهما من المصادر اكتسبت صفة المصدرية من الإحالة من نصوص القرآن، وأصبحت مصدرا للحكم الشرعي، والحكم الشرعي في الأصل حكم الله وحده، فهو الشارع، ومن المفترض أن يكون القرآن هو المصدر الوحيد، إلا أن علماء الأصول اتفقوا على أن السنة والإجماع والقياس من مصادر الحكم الشرعي، وأن خطاب الله تعالى يشملها حكما، واختلفوا في شمول الخطاب لعدد من المصادر الأخرى كقول الصحابي والمصلحة والاستحسان وسد الذرائع؛ فشمول خطاب الله سبحانه وتعالى لهذه المصادر جاء بمقتضى الإحالة، وقد أشار لهذا علماء الأصول عند شرحهم لقيد (خطاب الله تعالى)، والذي يمثل قيد مصدر الحكم الشرعي في التعريف، فمن أمثلة العبارات الأصولية التي أشارت للإحالة استشكل البدخشي على قيد تعريف الحكم الشرعي "بخطاب الله تعالى"؛ إذ استشكل على هذا القيد بأنه يخرج السنة والإجماع والقياس، وأجاب على هذا الاستشكل بقوله : (لكن ترد عليه

أحكام كثيرة بقول الرسول صلى الله عليه وسلم وبفعله وبالإجماع وبالقياس ، وقد أخرجها بقوله " خطاب الله تعالى " ، فالجواب : أن الحكم هو خطاب الله تعالى مطلقا وهذه الأربعة معارف له، لا مثبتات.1 .

وتعد الآيات التي استدلت بها الأصوليون على وجوب اتباع العامي للمجتهد، ووجوب سؤال العلماء بمثابة نص إحالة لقول المجتهد؛ وبموجب الإحالة أصبح قول المجتهد جزءا من نص الإحالة؛ ومن النصوص التي تتضمن الإحالة لقول المجتهد ووجوب سؤال العلماء في استدلالات الأصوليين، قول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾2، وقول الله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رَجَالًا نُوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾3 ، وقول الله تعالى: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلَّمَ الَّذِينَ يَتَنَبَّطُونَ مِنْهُمْ وَلَوْ لَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَتَبَعْتُمْ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا﴾4.

وبتطبيق أثر الإحالة على قول المجتهد يصبح قول المجتهد جزءا من هذه نصوص القرآن والسنة؛ وبهذا اكتسب قول المجتهد بضوابطه الشرعية صفة خطاب الله تعالى حكما، كما اكتسبت مصادر الحكم الشرعي من سنة وإجماع وقياس وغيرها من مصادر الحكم الشرعي صفة خطاب الله تعالى حكما، وفقا لنصوص الإحالة من القرآن الكريم؛ وبهذا فعودة الحاكم لقول المجتهد هو رجوع لنص الإحالة، ونص الإحالة نص حقيقي، أي نص من الأصل، وهو الله سبحانه وتعالى؛ وهذا يعد من باب ضوابط النيابة للحاكم، أي أن الحاكم نائب عن الله سبحانه وتعالى، ومن ضوابط النيابة مصدرية قول المجتهد بدل النص الأصلي مراعاة لموجبات تكليف العامي بقول المجتهد.

ويترتب على قول المجتهد دليل العامي اختلاف مصدر الحكم باختلاف المكلف؛ فإذا كان المكلف مجتهدا كان مصدر الحكم القرآن والسنة، أما إذا كان المكلف غير مجتهد كان المصدر قول المجتهد

1 - البدخشي، شرح البدخشي 31/1. تكررت هذه العبارة في عدد من مصادر الأصول في مناقشة إشكالية خطاب الله تعالى ودخول غير القرآن في معنى الخطاب حكما، انظر مثلا: ابن الحاجب، مختصر المنتهى 221/1 ، ونفس العبارة وردت عن الرملي انظر شرح الورقات للرملي 39/1.

- الرهوني، تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السؤل، لأبي يحيى بن موسى الرهوني ، تح الهادي بن حسين شبيلي-دبي، دار البج للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط الأولى 2002م 6/2.

2 - الآية 122 من سورة التوبة.

3 - الآية 43 من سورة الأنبياء.

4 - الآية 82 من سورة النساء.

المستند على القرآن والسنة؛ وهذا تقييد للأصل العام في مصدرية الحكم الشرعي في جانبها الإجرائي؛ حيث أن قول المجتهد ليس بديلاً للنص من القرآن والسنة في مصدريتهما؛ إلا أن رجوع المجتهد للنص مباشرة، أما رجوع العامي للنص فهو بواسطة، وهي المجتهد؛ فالمجتهد بمثابة الوكيل عن العامي في فهم النص والاستدلال به على الحكم.

نخلص من خلال ما سبق إلى أن مصدرية قول المجتهد للحاكم، ومصدرية حكم الحاكم للمجتهد بخلاف الأصل، وأن مصدرية حكم الحاكم وقول المجتهد لا يعني المناهضة للقرآن والسنة؛ فقول المجتهد يرتبط بالقرآن والسنة لأنهما مصدر قول المجتهد، وحكم الحاكم يعود للقرآن والسنة لأن مصدره قول المجتهد، وقول المجتهد مصدره القرآن والسنة؛ وبالتالي يعود حكم الحاكم للقرآن والسنة، وعدم رجوع الحاكم للقرآن والسنة مباشرة فرضه ضرورات الحياة وطبيعة البشر، وهي ذات المصلحة التي فرضت تعيين الحاكم للدلالة، وبها انتقل قول المجتهد من حكم إلى نص.

ويختلف حكم الحاكم عن قول المجتهد في مجال كل منهما؛ فحكم الحاكم مجاله الأحكام التي يقع فيها النزاع لمصالح الناس في الدنيا كما عبر القرافي، أما قول المجتهد فمجاله الحكم الشرعي بكل صوره، وهذا مرجعه موجب القاعدتين وتقييدهما للأصل العام، وهو مصدرية القرآن والسنة للأحكام، وموجب كل قاعدة يحدد مجاله؛ فقاعدة حكم الحاكم وقول المجتهد بمثابة حالة الضرورة لقيام البشر مقام الشارع في إنشاء الأحكام؛ وهذا يقتضي الرجوع للأصل عند ارتفاع حالة الضرورة؛ ولهذا تقيّد مجال حكم الحاكم بدوره في أداء وظيفته؛ ولهذا حصر علماء الأصول والفقهاء حكم الحاكم في الجانب التشريعي للحكم الشرعي، ويخرج من مجال قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف الأحكام التعبدية المحضّة، والتي العلاقة فيها بين العبد وربّه؛ إذ لا موجب لإعمال قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف.

إن معالم اكتساب أحكام الفقه لصفة التشريع في عبارات الفقهاء متنوعة منها:

1- صفة النيابة للحاكم تستلزم أن ما يصدر عنه يكون تشريعاً، فباكتساب الحاكم لصفة الشارع ولو حكماً يكتسب ما يصدر عنه صفة التشريع.

2- أن موجّهات حكم الحاكم ومحدداتها مصلحة الدنيا، وضابط المصلحة الدنيوية لحكم الحاكم يجمعها كل ما يصلح حياة الناس.

3- أن حكم الحاكم لا يمس الخصوصية الفردية؛ إذ يقتصر على ما تعارضت فيه المصالح، وتعددت، وهذا يمثل الجانب التشريعي في الفقه الإسلامي.

4- يترتب على حكم الحاكم يرفع الخلاف اختلاف مصدر الحكم باختلاف الفعل محل الحكم؛ فإذا كان الفعل محل الحكم من المسائل التي تعود لمصالح الدنيا، وتعلق بإصلاح حياة الناس، فمصدر الحكم حكم الحاكم، ولا يعد حكم الحاكم مصدرا للحكم إذا كان الفعل محل الحكم من المسائل التي لا تتعلق بها مصالح الغير، أو من الأمور التعبدية المحضة؛ وبالتالي ينحصر مجال قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف فيما يقع فيه الخصومة، وتتعارض فيه المصالح، وهو ما يمثل الجانب التشريعي في الفقه الإسلامي.

وتحدد مجال قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف ضوابطها وموجباتها، وقد تضمن مصطلح القاعدة أهم القيود المتعلقة بانتقال أحكام الفقه إلى تشريع حقيقة أو حكما، ونخص منها:

1- حكم الحاكم يرفع الخلاف يعني أن دور الحاكم بخصوص الحكم الشرعي تعيين الدلالة، وليس إنشاء الدلالة، والإنشاء الذي ذكرته عبارات الأصوليين حكما، وهذا يتناسب مع مصدرية حكم الحاكم، فهي حكمية، وبالتالي فحكم الحاكم في حقيقته الفصل في الخلاف بين المجتهدين في تحديد دلالة النص، وهذا يتناسب مع الدور العام للحاكم، وهو منع المنازعة، والخلاف في الدلالة في حقيقته منازعة في توظيف النص، ولهذا قيدت القاعدة بما هو من باب المنازعة؛ فالخلاف يعني المنازعة في باب الدلالة.

2- إن قول المجتهد للحاكم بمثابة النص من القرآن والسنة للمجتهد، وتعدد أقوال المجتهدين للحاكم كتعدد النصوص من القرآن والسنة للمجتهد.

3- يترتب على اعتبار قول المجتهد دليل الحاكم تعامل الحاكم مع قول المجتهد كتعامل المجتهد مع النصوص؛ فكما يجوز للمجتهد بناء الحكم على ظاهر النص وعلى معناه يجوز للحاكم بناء الحكم على ظاهر قول المجتهد وعلى معناه.

4- إن حكم الحاكم لرفع الخصومة في دلالة النص من خلال تعيين الدلالة، والخصومة لا تتصور إلا إذا كان موضوع الحكم من المسائل التي يتصور فيها الخصومة، ويختص الحاكم بالفصل بها؛

وبهذا تخرج العبادات المحضة كالصلاة والصيام، وأقصد بالصلاة ذاتها لا الجماعة والجمعة، لأن الجماعة والجمعة لا تخلو من تعلق مصلحة الغير، ومنها مثلاً عدم إيذاء الغير، كما في منع أكل الثوم والبصل، وكل ما يؤدي لإيذاء المصلين، أو فرض دلالة فيما لا يتحقق العمل إلا بمشاركة الغير، كما في فرض شروط فقه بعينه في صلاة الجمعة وصلاة الجماعة على جميع المصلين، كالدعاء بعد الصلاة، أو شرط العدد والمسجد في صلاة الجمعة، أو عدد الشهود في ثبوت هلال رمضان، كما تخرج ما كان من الحقوق الشخصية التي يقتصر دور الحاكم على حمايتها وضمان تمتع الشخص بها، كحرية العقيدة؛ ومن هنا جاء اشتراط أن يكون محل الحكم لتطبيق القاعدة من المسائل الاجتهادية.

قد يلتبس على البعض استخدام مصطلح المسائل الاجتهادية في محل حكم الحاكم يرفع الخلاف؛ وذلك من خلال حمله على ما يقابل المسائل النصية؛ إلا أن تطبيقات الأصوليين والفقهاء للقاعدة تدل على أن قيد الاجتهادية لا تحديد مصدر الحكم، هل مصدر الحكم الاجتهاد أم النص؛ ويمنع من إرادة هذا المعنى أمور أهمها:

1- أن الاجتهاد المقابل للنص يستخدم في مجال المصادر، والمصدر هنا حكم الحاكم، لا الاجتهاد ولا النص، ومصدرية حكم الحاكم للحكم الشرعي أثر لتطبيق القاعدة، وإن كانت مصدرية حكم الحاكم حكومية.

2- استخدم الأصوليون في بعض الأحيان مصطلح حكم الحاكم المقابل للحكم الشرعي، وحمل اللفظ على ظاهره يعني أن حكم الحاكم أثراً وليس مصدراً، وأن حكم الحاكم لا يعد حكماً شرعياً؛ وهذا لا يمكن قبوله؛ ولم يقل به أحد؛ بل كل عبارات الأصوليين والتي اطلعنا عليها أكدت أن الحاكم شارع حكماً، ونائب عن الله تعالى.

3- تطبيقات الفقهاء أكدت أن معنى الاجتهاد لا يراد به المعنى المقابل للنص، فمثلاً في باب الصيام ثبوت الهلال ثبت بالنص، ولا تخلو أحكام الصلاة والصيام غير الهلال من تفاصيل مصدرها الاجتهاد، ومع ذلك عدت أحكام الصلاة والصيام غير ثبوت الهلال من المسائل غير الاجتهادية؛

ولهذا لا تعد محلا لقاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف، وبحمل قيد الاجتهاد على المصدر المقابل للنص يفترض أن تكون محلا لحكم الحاكم لأنها من المسائل الاجتهادية.

نخلص من خلال ما سبق إلى أن حكم الحاكم نقل قول المجتهد إلى نص حكما، فيقدم على غيره من أقوال المجتهدين؛ وأحكام الفقه الإسلامي ما هي إلا أقوال المجتهدين؛ وبالتالي حكم الحاكم نقل ما عينه من الأحكام من أحكام فقهية إلى نصوص تشريعية، تكتسب كل خصائص النص من القرآن والسنة، فهي ملزمة، وتحافظ على وحدة التشريع، وانتقال أحكام الفقه إلى نص بخلاف الأصل، والخروج عن الأصل جاء للمصلحة التي من أجلها فرض الشارع ضرورة وجود ولي أمر؛ ولهذا تحدد الأحكام التي تنتقل بحكم الحاكم إلى نص وفقا للمصلحة التي أوجبت الخروج عن الأصل من مرجعية قول المجتهد للعامي، ومرجعية القرآن والسنة للمجتهد؛ وبهذا يكون مصدر حكم الحاكم هو قول المجتهد. ويترتب على قول المجتهد للحاكم كالنص للمجتهد اعتماد أسس أحكام المفقود في الفقه الإسلامي، ومقاصد هذه الأسس؛ ويؤيد التركيز على الأسس ومقاصدها اعتماد المجتهدين على المصلحة والمقاصد والمعاني في أحكام المفقود؛ ولذا ينظر للتطبيقات وأحكامها بمثابة وسائل البيان؛ فهي بمثابة سبب النزول في نصوص القرآن الكريم التي نزلت بسبب خاص وكان لفظها عاما، ولم ترد قرينة على اختصاص النص بالسبب.

الأساس الثاني: اتساع سلطة المشرع" القاضي" في أحكام المفقود.

يمثل الحاكم والقاضي زمن الفقهاء سلطات الدولة، وبالتالي فإن ما ورد بخصوص الحاكم والقاضي في الفقه الإسلامي يسري على المشرع، ومن التشريع يستمد القاضي والسلطة التنفيذية سلطتهما كل في مجال اختصاصها، ويحدد وفقا للموضوع والدور، وبصرف النظر عن الإطلاق. ونظرا لأن الأمر ينطلق من التشريع، وموضع البحث هو الإشكالات المتعلقة بالتشريع؛ نقصر في العرض على لفظ المشرع، ومنه تحدد سلطة القاضي وتكتسب أحكامه الشرعية. تبرز أهم جوانب سلطة المشرع في أحكام المفقود في مدة مرحلة تجميد الحال على ما هو عليه، إلى أن يظهر المفقود حيا، أو يحكم بموته أولا، وسلطة القاضي في إدارة مال المفقود ثانيا.

أولاً: سلطة المشرع في تحديد مدة تجميد الحال.

يراد بهذه المرحلة الفترة التي يُحكم بعد انتهائها بوفاة المفقود إذا لم يظهر حياً، وقد اختلف الفقهاء في تحديده؛ وكان لسبب الفقد وحاله والزمن أثر في تحديد هذه المدة.

والسؤال الذي يطرح ما هو دور المشرع في تحديد المدة، فهل يقتصر دوره على تعيين مدة من المدد، تطبيقاً لقاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف؛ وذلك بتعيين الدلالة، أن سلطة الحاكم تتعدى إلى إعطائه دوراً في تحديد مدة الفقد والحكم بموته؛ وذلك وفقاً للظروف المحيطة بكل واقعة، أو ظروف المرحلة.

وللإجابة على هذا السؤال وللوقوف على رؤية الفقه الإسلامي في سلطة المشرع في تحديد مدة الفقد نعرض نماذج من عبارات الفقهاء؛ ونحدد الأساس الذي اعتمدته، وبصرف النظر عن ظاهر اللفظ؛ وذلك لأن عبارات الفقهاء مصدر التشريع، وليست حكماً على واقعة؛ تطبيقاً لقاعدة قول المجتهد دليل العامي، والحاكم باعتباره حاكماً عامياً في استنباط النص، ويراعي في عرض عبارات الفقهاء تنوع الفقه الإسلامي.

ففي الفقه الشافعي ورد في مغني المحتاج: (ومن أسر أو فقد وانقطع خبره، وله مال وأريد الإرث منه لا يقسم حتى تقوم بينة بموته، أو ما يقوم مقام البينة، بأن تمضي مدة يعلم أو يغلب على الظن أنه أي المفقود لا يعيش فوقها، فلا يشترط القطع، فيجتهد القاضي، ويحكم بموته)¹، وورد قيد في نهاية المحتاج للرملي، وحاشية الجمل إضافة لما ورد في مغني المحتاج قيد بعد قوله يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها: (ولا تتقدر بشيء، فيجتهد القاضي، ويحكم بموته)².

وفي الفقه الحنفي جمعت عبارة ابن عابدين أفكار الفقه الحنفي حيث ورد بعد ذكر اختلاف الأحناف في مدة التعمير: (والحاصل أن الاختلاف ما جاء إلا من اختلاف الرأي في أن الغالب هذا في الطول أو مطلقاً، واختار الزيلعي تفويضه للإمام. قال في الفتح: فأى وقت رأي المصلحة حكم بموته، قال في النهر وفي الينابيع قيل يفوض إلى القاضي ولا تقدير في ظاهر الرواية، وفي القنية جعل هذا رواية عن الإمام... وإذا فقد في المهلة فموته غالب، كما إذا فقد وقت ملاقة العدو أو مع قطاع الطريق أو سافر على المرض الغالب هلاكه أو كان سفره في البحر؛ لأن الغالب في هذه الحالات الاحتمال كاحتمال

¹ - الشربيني، مغني المحتاج.

² - الرملي، نهاية المحتاج 29/6. الجمل، حاشية الجمل 29/4.

ما إذا بلغ المفقود مقدار مالا يعيش، لكنه لا يخفي أنه لابد من مضي مدة طويلة يغلب على الظن موته، لا بمجرد فقدته...إلا إذا كان ملكا عظيما ؛ فإنه إذا فقد حيا تشتهر حياته).1.

لقد تكررت العبارات السابقة في أكثر من مصدر في الفقه الحنفي، واخترنا عبارة ابن عابدين؛ لأنها جامعة لكل الجزئيات المتعلقة بسلطة القاضي في الحكم بموت المفقود المنهي لحالة تجميد الحال المتعلق بالتصرف في ماله، وانطلقت عبارات الأحناف بشكل عام من قاعدة مفادها أن المسألة لم يرد بشأنها نص من القرآن والسنة، وأنها متعلقة بتغيرات الحياة، وباعتبارات مختلفة، وأن النصوص الواردة بهذا الخصوص لا ترقى دلالتها لبناء الأحكام؛ بل يقتصر دورها على الترجيح، فهي أقرب لكونها معالجة لواقعة زمنها وبظرفها؛ إلا أن بعض العبارات صرحت بأن النصوص الواردة في مدة المفقود لا يتجاوز دورها ترجيح الدلالة، وبعض العبارات ظهر هذا المعنى في تطبيقاتها2.

وفي الفقه الحنبلي ورد في المغني: (فصل في ميراث المفقود وهو نوعان، أحدهما من حاله الغالب الهلاك، وهو من يفقد في مهلكة، كالذي يفقد بين الصفين أو في مركب انكسر فغرق بعض أهله، أو يخرج لصلاة العشاء أو لغيرها من الصلوات، أو لحاجة قريبة فلا يرجع، ولا يعلم خبره؛ فهذا ينتظر به أربع سنين، فإن لم يظهر خبره قسم ماله...النوع الثاني من ليس الغالب هلاكه، كالمسافر لتجارة...ففيه روايتان، أحدهما، لا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يتيقن موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها، وذلك مردود لاجتهاد الإمام).3.

أما المالكية فظاهر عبارات الفقه المالكي أنها أكثر المذاهب ضيقت من دور المشرع في تحديد مدة تجميد الحال، حيث دار الخلاف بين فقهاء المذهب في دور الحاكم في اختيار أي من الأقوال في مدة التعمير، أي هل يقع اختياره على أعلى مدة للتعمير كما ذهب البعض، وهي مائة وعشرين عاما، أم اقلها وهي سبعون عاما، إلا أن عباراتهم نصت على أن الحكم بموت المفقود بني على الغالب لا النادر4، ورد

1 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين/487-488.

2 - الكاساني، بدائع الصنائع 6/197. العيني، البناية 6/817-818. ابن الهمام، شرح فتح القدير 6/146-149.

3 - ابن قدامة المغني 8/546-548.

4 - الحطاب مواهب الجليل 8/609 وما بعدها. علبش، منح الجليل 4/324. التسولي، البهجة في شرح التحفة 1/639-640. القرافي، الذخيرة 13/23 وما بعدها. المغيلي، شرح الأرجوزة التلمسانية في الفرائض ص 245.

في الذخيرة: (ما لم تقم بينة على موته، أو لا يعيش إلى تلك المدة غالباً، وحدها سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون).¹

ولم تخرج مصادر الفقه الحديث عما ورد عرضه في عبارات الفقهاء السابق عرضها، وإن ركزت على انتقال الحكم إلى نص، وذلك عن طريق الحاكم أو القاضي، وتباينت العبارات في تحديد دور الحكم، هل هو منشيء أم كاشف، الأمر الذي يحدد سلطة القاضي.

وإن كانت عبارة الكاشف والمنشيء غير متداولة في مصادر الفقه عموماً؛ إلا أن عبارات الفقه قديماً وحديثاً لم تخل من إشارة لها، والذي تبنته عبارات الفقه الحديث أن حكم الحاكم أو القاضي الوسيلة الوحيدة لإثبات الوفاء؛ إلا أن حكم الحاكم أو القاضي يكون منشئاً إذا كانت المدة لم تتجاوز الحد الأعلى لمدة التعمير، وهي المائة والعشرين سنة، وفي هذه الحالة يكون كاشفاً، حيث يرثه من كان حياً من تاريخ بلوغه الحد الأعلى لمدة التعمير، لا من يوم الحكم، واختلف الفقهاء فيما عدا هذا القدر في دور الحكم، هناك من يرى أن منشئاً ولو قل عن أقل مدة التعمير، ومنه من قيده بمدة التعمير، ورد في الموسوعة الفقهية الكويتية: (موت المفقود لا بد من ثبوته أمام القاضي، غير أن الشافعية لم يشترطوا صدور حكم بذلك)²، وفي العذب الفارض: (تحديد مدة الفقد إما باجتهاد القاضي أو مدة التعمير).³ ورد في أحكام المواريث والتركات والوصية في الشريعة الإسلامية: (اتفق الفقهاء الأربعة على أن مال المفقود يبقى على ملكه إلى أن يظهر حياً، أو يحكم القاضي بموته بوفاته بحسب الاجتهاد، بعد تقدير مضي مدة التعمير...والرأي المختار عند العلماء، وهو المشهور عند الحنفية والمالكية والشافعية، ما عبر عنه الزيلعي بقوله: " المختار تفويضه إلى رأي الإمام، فينظر ويجتهد، ويفعل ما يغلب على ظنه إنه المصلحة، فلا ينظر التقدير بالزمن لعدم ورود الشرع به، فأى وقت يرى الإمام أن الحكم به يحقق المصلحة حكم به فيه بموته، سواء كانت عودة المفقود مرجوة أم لا).⁴

¹ -القرافي، الذخيرة 23/13.

² -الموسوعة الفقهية الكويتية 75/38.

³ -العذب الفارض، الفرضي 87/2.

⁴ -الديباني، أحكام المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية ص216-217.

تدل عبارات الفقهاء السابق عرضها على أن الحكم بموت المفقود لا يثبت إلا بحكم القاضي، إلا طبيعة حكم القضاء وسلطة القاضي محل خلاف بين الفقهاء، ونسجل أهم الملاحظات على عبارات الفقهاء ودلالاتها على سلطة المشرع أو القاضي في النقاط التالية:

1- فرق الفقهاء بين الحكم بموت المفقود بناء على البينة والحكم بناء على اجتهاد القاضي، فالحكم بناء على البينة لا يحكم بالموت إلا إذا تحقق الموت، وحكم القاضي في هذه الحال يكون كاشفاً، ولهذا يحدد الموت من تاريخ البينة لا حكم القاضي؛ فيرثه من كان حياً من ورثته تاريخ البينة؛ فالموت حقيقياً، أما الحكم ببلوغ مدة التعمير أو تقدير القاضي يبني على الظن الراجح، أي الغالب؛ فالموت حكماً، واختلف الفقهاء في هذه الحال في سلطة القاضي، هل يتقيد بمدة التعمير، أم لا يتقيد بها إلا في حدها الأعلى، وهي مائة وعشرون سنة؛ بحيث يكون حكم القاضي كاشفاً إذا جاء بعد المئة والعشرين، ويعد حكم الموت من تاريخ بلوغه مائة وعشرين، لا من تاريخ حكم القاضي، بخلاف ما لو قل عن أي من مدد التعمير، أو عنها جميعاً.

2- دلت عبارات الفقهاء على اتفاقهم على مبدأ تأثر مدة التعمير بعدد من العوامل، واختلفوا في هذه العوامل، فمن العوامل التي ذكرت الزمن، والبلد وظرف الفقد وحالة المفقود الصحية ومكانته، ولهذا تكررت عبارة موت أقرانه، وبحملها على معناها يحدد الأقران من خلال الزمن والمكان، والأشخاص، ويكون ذكر الفقهاء للمدة حكاية واقع، وليس بالضرورة انطباقها بصورتها على واقعنا، ودليل هذا اختلاف متقدمي الأحناف عن متأخريهم، حيث نقل إفتاء متأخري الأحناف بأن مدة التعمير ستين سنة، ولم يرد عن المتقدمين الإفتاء بأن مدة التعمير ستين، فيما اطلعنا عليه من مصادر الفقه الحنفي.

3- تتسع سلطة المشرع في إنهاء مدة الفقد تبعاً لقول المجتهد الذي اعتمده المشرع مصدراً لحكمه، فتتسع سلطة المشرع باعتماد العوامل التي ذكرها الأحناف في تحديد مدة الفقد، ومنها الزمن والبلد وصفة المفقود وفقاً لرأي الأحناف، وحالة الفقد وظروف وفقاً لظروف الفقد وفقاً لرأي الحنابلة، كما أن العموم عند الشافعية يعطي سلطة أوسع للمشرع.

4- تطبيق قول المجتهد دليل العامي مصدراً لحكم الحاكم يجعل صلاحية كل الآراء السابقة أصلاً شرعياً لسلطة المشرع في تحديد مدة الفقد، فالمذاهب الثلاثة على منطوقها؛ وذلك من خلال اعتماد

عوامل تحديد مدة الفقد، وفي الفقه المالكي من خلال اعتماد المعنى، واعتبار قول المجتهد نصاً يجوز بناء الحكم على ظاهره وعلى معناه، وقد فصلنا هذا القول عند الحديث الأساس الأول.

5- تطبيق قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف ينقل الرأي الفقهي الذي اختاره المشرع إلى نص حكم، فتعيين الدلالة قول المجتهد إلى نص من القرآن والسنة حكماً، ويترتب على هذه النتيجة تقديم اختيار المشرع على كل الأقوال، وعند جميع المذاهب؛ لأن أقوال الفقهاء غير ما اختاره المشرع دلالة نص، واختيار المشرع نص من الشارع، والنص مقدم على الدلالة؛ وبالتالي لا يجوز نقض اختيار المشرع ولو كان غير مشهور، وغير راجح.

6- يؤيد الاتجاه إلى توسيع سلطة المشرع في إنهاء مدة الفقد ربط سلطة القاضي بما يحقق المصلحة، وإطلاق لفظ المصلحة دون تقييدها بمصلحة المفقود ورعاية أمواله؛ وذلك على خلاف الحال على سلطة القاضي الوكالة في إدارة أموال المفقود؛ حيث تقيدت المصلحة بسلطة المفقود رغم تعلق مصالح أخرى بأموال المفقود غير المفقود؛ فالمصلحة وإطلاقها تحمل معنى توسيع سلطة القاضي، وهذا انعكاس لربط سلطة القاضي بالمصلحة، وإطلاق لفظ المصلحة، وذلك لتعارض مصالح أحكام المفقود.

7- كل ما قيل في حق المشرع يسري على حكم القاضي؛ فسلطة القاضي مستمدة من التشريع، فاختيار القاضي لقول مجتهد عند عدم تحديده بنص تشريعي ينقل قول المجتهد الذي اختاره القاضي إلى نص؛ وبالتالي يقدم أقوال غيره من المجتهدين، بصرف النظر عن قائله، ومذهب من يطبق عليه، ولا ينقض حكم القاضي إلا إذا خالف اختيار المشرع؛ لأن القاضي يستمد شرعيته من النص التشريعي، لانعدام المصدر، كما أن قول المشرع لا ينقض إلا افتقد لقول مجتهد؛ لعدم المصدر.

نخلص من خلال ما سبق إلى أن آراء الفقهاء تصلح لأن تكون مصدراً لأي تشريع يوسع أو يضيق من سلطة في تحديد مدة الفقد والحكم بموت المفقود، فتوسيع سلطة المشرع مصدره معنى آراء المذاهب الأربعة في مدة انتهاء حالة الفقد والحكم بموت المفقود، وتضييق سلطة المشرع في تحديد مدة الفقد والحكم بموته مصدره لفظ آراء فقهاء المذاهب الأربعة، وآراء الفقه الإسلامي

للحاكم بمثابة النص للمجتهد في بناء الأحكام، وفقهاء المذاهب الأربعة قالوا بجواز بناء الحكم على ظاهر النص وعلى معناه.

ثانياً: سلطة المشرع في توريث المفقود والإرث منه.

يتفرع عن دور القاضي في إنهاء حالة تجميد الحال والحكم بموت المفقود تحديد الورثة للمفقود، وميراث المفقود من غيره، فهل للقاضي دور في إنشاء السبب، أم أن دوره أقرب لتحديد زمن التنفيذ، وبالتالي يكون حكم القاضي كاشفاً؟.

يتميز حكم هذه المسألة عن غيرها من المسائل السابقة اتفاق فقهاء المذاهب الأربعة، والفقهاء الحديث في تحديد دور حكم القاضي في الميراث، فقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة ومن تبعهم من فقهاء العصر على أمور أهمها:

1- اتفق جمهور الفقهاء¹ خلافاً لبعض الحنابلة على أن المفقود لا يرثه إلا من كان حياً أثناء الحكم بموته؛ إذا كان الحكم بموته بناء على اجتهاد القاضي، سواء كان بناء على مدة التعمير، أو أقل منها مراعاة لظروف وزمان ومكان وشخصية المفقود؛ وبالتالي يكون حكم القاضي في هذه الحال منشئاً لسبب الميراث؛ وبهذا تتسع سلطة القاضي في تحديد سبب الميراث، واتفق فقهاء المذاهب على هذا الحكم عدا بعض فقهاء الحنابلة.

2- اتفق جمهور الفقهاء على أن المفقود يرثه من كان حياً وقت تحقق الموت؛ وذلك إذا كان حكم القاضي بموت المفقود بناء على البينة، فيرثه من حياً وقت تحقق موته بالبينة، وزاد المالكية إذا تجاوز الحكم أعلى مدة التعمير، وهي مائة وعشرون عاماً؛ وبهذا يكون الحكم كاشفاً لسبب الميراث.

3- اتفق جمهور الفقهاء على أن المفقود لا يرث إلا من مات قبل فقده، ويوقف له أعلى نصيب، وللورثة أقل الأنصبة؛ فإذا تبينت حياته أخذ نصيبه، وأعطى من نقص نصيبه بموت المفقود، وأما إذا حكم القاضي بموته، وكان تاريخ الحكم بالموت بعد الفقد؛ فلا يرث المفقود، ورد لكل

¹ -يراد بجمهور الفقهاء: فقهاء المذاهب الأربعة، ومن سار على نهجهم من فقهاء العصر الحديث.

وارث ما نقص بسبب التوزيع على أساس حياة المفقود؛ وبالتالي فحكم القاضي كاشف لسبب الميراث 1.

يبين العرض السابق أن سلطة المشرع، كانت من خلال النص التشريعي، أو الحكم القاضي المستمد من التشريع تتسع في مواضع، وتضييق في حالات، فحكم القاضي في التوريث في مال المفقود يكون منشأ في حالات اجتهاد القاضي في الحكم بموت المفقود، ويكون حكمه كاشفا إذا كان الحكم بموت المفقود بناء على البيئة، وفي المقابل يكون حكم القاضي كاشفا إذا تعلق بميراث المفقود من غيره؛ فلا يرث المفقود إلا من مات قبل الفقد.

ثالثا: سلطة المشرع في حفظ أموال المفقود.

تدخل سلطة القاضي في سلطة المشرع لأن القاضي يستمد سلطته من التشريع، وسلطة المشرع في إدارة أموال المفقود هي أثر لعدد من المبادئ، منها سلطة القاضي في فترة التجديد، ودوره في الولاية على كل مال فقد ماله، فهو ولي من لا ولي له، وفصلا في خصومة على مال تتعارض فيه عدد من المصالح، مصلحة المالك وهو المفقود، ومصلحة الورثة، ومصلحة من بيده المال.

وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تحديد سلطة المشرع في حفظ مال المفقود بين التفصيل والاكتفاء بالعموميات والبناء عليها، ونختار عبارات أكثر المذاهب ينسب لها التضييق في سلطة المشرع في تحديد فترة انتهاء حالة الفقد، وهم الأحناف والمالكية، تم نتبع ذلك بعبارات الفقه الحديث وقراءتهم لعبارات فقهاء المذاهب.

ففي الفقه الحنفي اتفق فقهاء الأحناف على أنه يجب على القاضي كل ما من شأنه حفظ مال المفقود، وهو أصيل في الحفظ؛ لهذا يجب عليه توكيل من يراه مناسبا لأداء هذه المهمة، وغير مقيد بترتيب الولاية؛ لأن القاضي وكيل عن المفقود وليس وصيا، ومن يفوضه القاضي يكون وكلا عنه،

¹ -انظر في الفقه الشافعي: النووي، المجموع في شرح المذهب 70/17 وما بعدها. الماوردي، الحاوي 250/10 وما بعدها. الرملي، نهاية المحتاج 29/6 وما بعدها. انظر في الفقه الحنفي: الكاساني، بدائع الصنائع 196/6. العيني، البناية 818/6 وما بعدها. ابن الهمام، شرح فتح القدير 149/6 وما بعدها. انظر في الفقه المالكي: التسولي، البهجة في شرح التحفة 639/6 وما بعدها. الحطاب، مواهب الجليل 609/8. القرافي، الذخيرة 23/13. انظر في الفقه الحنبلي: ابن قدامة، المغني 547/8 وما بعدها. انظر في مصادر الفقه الحديث: الموسوعة الفقهية الكويتية 172/38. الفرسي، العذب الفارض 83/2-86. الديباني، أحكام المواريث والتركات والوصية في الشريعة الإسلامية ص 215-218. بن غلبون، التحفة في علم المواريث ص 230-231.

وسلطة القاضي واسعة في الحفظ، بحيث تشمل حفظ الأموال صورة أو معنى، فاعتبر حفظ الأولاد والزوجة من باب الحفظ معنى، ويخرج عن دور القاضي في التصرف في أموال المفقود ما تنازعتة مصالح أخرى، فلا يملكها القاضي إلا لمصلحة هي أولاً، ومن المسائل التي تخرج عن سلطة القاضي عقود المضاربة والودائع التي عقدها المفقود حال وجوده¹، ورد في البدائع في بيان حدود وكالة القاضي في حفظ مال المفقود: (أن القاضي يحفظ مال المفقود، يقيم من ينصبه للحفظ... يبيع من ماله ما يتسارع له الفساد... ليس للقاضي أن يبيع العروض والعقار... لا يأخذ ماله الذي في يد مودعه ومضاربه ليحفظه؛ لأن يدهما يد نيابة عنه في الحفظ؛ فكان محفوظاً بحفظه معنى، فلا حاجة إلى حفظ القاضي... ومنها أنه على زوجته من ماله... ومنها أنه ينفق على أولاده الصغار الذكور والإناث.... لأن نفقة أولاده إنما تجب بحكم الجزئية والعضوية إحياء لهم، وإحياء نفسه واجب؛ فكذا إحياء جزئه... فكان الإنفاق عليهم من ماله إحياء لهم معنى، وهو عاجز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي... وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم، وعند زفر ليس للقاضي ذل؛ لكونه قضاء على الغائب، ونحن نقول هذا ليس من باب القضاء على الغائب؛ بل هو من باب النظر للغائب، وللقاضي ولاية النظر للغائب... ولو أخذ القاضي منهم كفيلاً كان حسناً؛ لجواز أن يحضر المفقود؛ فيقيم البيئة على أنه كان طلق امرأته، أو كان أعطاهم النفقة معجلة²، وورد في حاشية ابن عابدين في بيان سلطة القاضي: (إذا لم يكن له وكيل نصبه الغائب قبل فقده؛ فعلى القاضي تنصيب وكيل لحفظ ماله للوكيل الحفظ وليس التعمير؛ إلا بإذن القاضي؛ لأنه وكيل وليس وصياً... لا يملك الخصومة في دين أو ودیعة أو عقار أو رقيق³).

ولم تختلف عبارات الفقه المالكي في التوسع في سلطة القاضي في حفظ أموال المفقود صورة أو معنى، وقد جمعت عبارة مواهب الجليل سلطة القاضي في حفظ أموال المفقود في الفقه المالكي، حيث ورد فيها: (وينظر السلطان في مال المفقود ويجمعه ويوقفه، كان بيد وارث أو غيره، ويوكل به من يرضى، وإن كان من ورثته من يراه لذلك أهلاً أقامه، وينظر في قراضه وودائعه، ويقبض ديونته، ولا يبرأ من دفع من غرمائه لورثته؛ لأن ورثته لم يرثوه بعد³).

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع 6/196 وما بعدها. العيني، البناية 6/806 وما بعدها. ابن الهمام، شرح فتح القدير 6/141 وما بعدها. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 4/484-486.

² - الكاساني، بدائع الصنائع 6/196-197.

³ - الحطاب، مواهب الجليل 5/497.

وفي الفقه الحديث ورد في الموسوعة الفقهية: (أموال المفقود عند الملكية لا تدفع لزوجته، وإنما تدفع للسلطان... للقاضي عند الحنفية أخذ كفيل على الزوجة والأولاد؛ لاحتمال عودة المفقود واثبات طلاق زوجته، أو أنه ترك نفقة لمن يعوله)، وورد في أحكام المواريث والتركات والوصية في الشريعة الإسلامي: (يقوم القاضي بالمحافظة على أموال المفقود لاحتمال أن يكون حيا حال وفاة مورثه.)، ونلخص أهم الأحكام المتعلقة بسلطة القاضي في حفظ أموال المفقود التي ذكرها كتاب أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية في الآتي:

- 1- أن حفظ المال هو مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، ومن الضرورات الخمسة، والمفقود عاجز عن حفظ ماله؛ فوجب على القاضي المحافظة على أمواله وأملاكه؛ لأنه مكلف شرعا بالنظر لكل من لا يستطيع النظر لنفسه كالصبي والمجنون.
- 2- إذا كان للمفقود وكيل وكله المفقود يقوم الوكيل بالمحافظة عليها، وإذا لم يكن له وكيل ينصب القاضي وكيفا يقوم بحفظ ماله.
- 3- للوكيل بيع ما يتسارع إليه الفساد؛ لأن ذلك حفظ معنى.
- 4- ينفق الوكيل على زوجة المفقود وأولاده القصر من ماله؛ لأنه حفظ له معنى.
- 5- الأموال التي في أيدي الناس يحكمها العقد الذي بينهم وبين المفقود.

إن دلالة عبارات الأحناف والملكية على اتساع سلطة المشرع ظاهرة، كانت هذه الدلالة من حيث ألفاظها أم المعنى؛ فمن حيث المعنى اختص المشرع بكل ما من شأنه حماية أموال المفقود من حيث الصورة والمعنى، وإدخال المعنى هو توسع في سلطة المشرع، ومن حيث تطبيقاتها تناولت الحفظ والبيع والنظر في عقود المفقود مع الغير من وديعة ومضاربة ومشاركة، والنفقة على الزوجة والأولاد، وغيرها من التصرفات التي تدعو لها ضرورة حفظ أموال المفقود.

يلاحظ على عبارات الفقهاء تعبير الأحناف بلفظ القاضي، وعند الملكية بلفظ السلطان أو الإمام، وعبر الأحناف بلفظ الحفظ، والملكية بلفظ النظر، وانعكس على هذه التفرقة على التطبيقان، فعند الحديث عن عقود المفقود ومشاركاته ذكر الأحناف بأنه لا يجوز المساس بهذه العقود، في حين أن الملكية قالوا بجواز النظر في ودائعهم ومضارباته.

وإن كان ظاهر عبارات الأحناف والمالكية يوحي باختلاف المذهبين في تحديد سلطة المشرع؛ إلا أن النظر في عمق المدرستين، والمعاني والمقاصد يدل على الاختلاف في الإطلاق فقط، والاتفاق في الأساس، وهو الحفظ بالمعنى الواسع، ودليل تجاوز سلطة القاضي معنى الحفظ عند الأحناف التفرقة بين الحفظ والتعمير، واقتصار دور الوكيل على الحفظ؛ إلا بإذن القاضي؛ وهذا يعني أن سلطة القاضي تتجاوز الحفظ، إضافة إلى تبرير الأحناف بالنفقة على الزوجة والأولاد بأنه من باب الحفظ معنى، وإن كانت صورته ليست من باب الحفظ؛ وبهذا وافق الأحناف المالكية بأن دور القاضي لا يقتصر على الحفظ، بل يتجاوزه للنظر.

وتظهر عبارات الفقه الحديث تبني رأي الأحناف والمالكية في سلطة القاضي في حفظ أموال المفقود، وفي عرضهم لوجوب حفظ أموال المفقود حقيقة ومعنى محل اتفاق عند المذاهب الأربعة، ولعل هذا من باب بناء الحكم على الظاهر والمعنى، فنسبة توسيع دور القاضي للأحناف والمالكية حملا على ظاهر وعمنى آراء الأحناف والمالكية، ونسبته للشافعية والحنابلة يحمل على معنى أقول الشافعية والحنابلة، وأثر لتوسيع سلطة القاضي في تحديد مدة الفقد.

نخلص من خلال ما سبق إلى أن من أسس أحكام المفقود في الفقه الإسلامي توسيع سلطة المشرع في حفظ أموال المفقود، حقيقة ومعنى، وهذا الأساس دل عليه عبارات الأحناف والمالكية ظاهرا ومقصدا، ودلت عليه عبارات الشافعية والحنابلة من حيث المعنى، ورجحت عبارات الفقه الحديث ما ذهب إليه الأحناف والمالكية؛ وبهذا تصلح آراء الفقه الإسلامي مصدرا لتشريعات تضمن توسيعا لدور القاضي في حفظ أموال المفقود حقيقة أو معنى.

الأساس الثالث: حماية البنية الاجتماعية.

يشكل هذا الأساس مظهرا من مظاهر المرونة في أحكام المفقود، ويرسخ ما صرحت به بعض مصادر الفقه الحنفي من أن مصادر أحكام المفقود عقلية وليست نقلية، وأن ما ورد من نصوص لا يتجاوز أثره ترجيح الدلالة، وهذا دليل على مصدر الدلالة غير النص، فلم يبق إلا المصادر العقلية، وتتصدر المصلحة المصادر العقلية في بناء أحكام المفقود، ويؤيد هذا عدم الإشارة إلى مثال يلحق به أحكام المفقود في جل التفاصيل.

ولأحكام المفقود أبعاد اقتصادية واجتماعية، وتضمن أحكام المفقود السابقة الإشارة إلى البعد الاقتصادي؛ وذلك من خلال الحفاظ على المراكز القانونية السابقة المتعلقة بالعقود ذات الصلة بالبناء الاقتصادي، ومنها المضاربات والودائع والمشاركات، وهي عقود توظيف الموارد في الفقه الإسلامي، والتي يمتد أثرها للمجتمع بأسره؛ ولهذا اتفق الفقهاء على أن الأصل عدم المساس بها، تقديمًا لمصلحة توظيف الموارد على مصلحة أهل المفقود، وأما البعد الاجتماعي؛ فمحوره اللبنة الأولى في تكوين المجتمع، وهي الأسرة، فهي محور بناء المجتمع، فإذا صلحت الأسرة صلح المجتمع كله، وإذا فسدت الأسرة فسد المجتمع كله؛ لأن المجتمع ما هو إلا مجموعة من الأسر، ويتضاعف الأثر عندما نتكلم عن ظاهرة في المجتمع، وحالة المفقود في ليبيا أصبحت ظاهرة، وتعد الزوجة محور صلاح الأسرة، ومن هنا جاء اهتمام الفقهاء بالزوجة، وخصت بأحكام خرج فيها جانبًا من الفقه الإسلامي عن القواعد العامة؛ بل ما يمكن أن يكون من المسلمات في الفقه الإسلامي.

ويمثل المذهب المالكي والحنبلي الجانب الفقهي الأكثر اهتمامًا بالبعد الاجتماعي من حيث ظاهر نصوصه؛ ودعا فقهاء الأحناف، خاصة متأخريهم لتبني رؤية الفقه المالكي المتعلق بأحكام زوجة المفقود، ونعرض نماذج من عبارات الفقه المالكي والحنبلي التي تبرز البعد الاجتماعي في أحكام زوجة المفقود، وعبارات الفقه الحنفي في الدعوة للعودة للفقه المالكي لمعالجة تداعيات تطبيق أحكام الفقه الحنفي على المنظومة الاجتماعية.

ففي الفقه الحنبلي، ورد في المغني في حكم الزوجة إذا ظهر زوجها حيا بعد الحكم بالفرقة، أو حكم ميراثها إذا حكم بموته بعد الفرقة : (أما إن قدم بعد أن تزوجت... قال أحمد أما قبل الدخول فهي امرأته، وإنما التخيير بعد الدخول، وهذا قول الحسن وعطاء، والنخعي وقتادة ومالك وإسحاق... لأن النكاح إنما صح في الظاهر لا الباطن، فإذا قدم تبيين أن النكاح كان باطلا؛ لأنه صادف امرأة ذات زوج؛ فكان باطلا... وتعود للزوج المفقود بالعقد الأول، كما لو لم تتزوج.

وإن قدم بعد دخول الثاني خير بين أخذها، فتكون زوجته بالعقد الأول، وبين أخذ صداقها، وتكون زوجة الثاني، وهذا قول مالك؛ لإجماع الصحابة؛ فروي عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا: إن جاء زوجها الأول خير بين المرأة والصداق الذي ساق... متى مات زوجها الأول، أو

ماتت قبل تزويجها بالثاني ورثته وورثها، وكذلك إذا تزوجت الثاني ولم يدخل بها؛ لأننا قد تبينا أنه متى قدم قبل الدخول ردت إليه دون تخيير.¹

وفي الفقه المالكي، ورد في منح الجليل: (ثم إن كانت أيما لم يتزوجها أحد وتبين موت المفقود ورثته قطعاً، فإن كان تزوجها أحد ففيها ثلاثة أقسام، فالقسم الأول: أن يعقد عليها في حياته؛ فإن لم يدخل بها، أو دخل في حياته أيضاً عالماً بحياته أو موته عند العقد، أو لا علم عنده ورثت الأول في هذه الصور، ولا تكون للثاني).²، وورد في مواهب الجليل: (فإن تبث أنه مات وهي في العدة فترثه اتفاقاً، وكذا بعد خروجها وقبل عقد الثاني على المعروف، وبعد عقده وقبل دخوله على المرجوع إليه...وفي الموازية: وترثه حينئذ زوجته هذه التي ضرب لها الأجل، واعتدت ولم تتزوج...ابن يونس لأنها لو أتى لكانت زوجيتها معه).³

وفي دعوة الأحناف للإفتاء بالفقه المالكي في ميراث الزوجة ورجوعها لزوجها الأول وورد في حاشية ابن عادين: (مطلب في الإفتاء بمذهب مالك في زوجة المفقود... لكنه اعترض على الناظم؛ بأنه لا حاجة للحنفي إلى ذلك؛ أي لأن ذلك خلاف مذهبنا؛ فحذفه أولى، وقال في الدر المنقلى ليس ذلك بأولى؛ لقول القهستاني لو أفتى به في موضع الضرورة لا بأس به على ما أظن).
يلاحظ التناقض الظاهر في العبارات إذا توقفنا عند ظاهر العبارات، ففي عبارة المغني التناقض ورد من عدة وجوه منها:

1- أنه رتب رجوع زوجة المفقود إذا لم يدخل بها الثاني على بطلان العقد الثاني؛ لأن الثاني ورد على زوجة ذات زوج، وذكر هذه القاعدة صراحة، ثم عاد وجعل للزوج الأول الخيار بين الزوجة بالعقد الأول، وأخذ الصداق وصحة العقد الثاني وهذا تناقض واضح، فإذا كان العقد الثاني باطلاً لبقاء العقد الأول قبل الدخول؛ كيف الدخول صحح العقد الثاني، وإذا صحح العقد الثاني كيف تعود للزوج الأول إذا اختارها بالعقد السابق.

¹ - ابن قدامة المغني 72-69/11.

² - عليش، منح الجليل 321-320/4.

³ - الحطاب، مواهب الجليل 500/5، 506.

2- أن النكاح سبب الميراث بين الزوجين؛ وبانتهاء العقد قبل وفاة أحدهما يفتقد الميراث سببه؛ إلا أن عبارة المغني أثبتت من حيث المبدأ الميراث إذا طلقت ولم تتزوج، أو تزوجت ولم يدخل بها، لافتراض قيام العقد، بناء على أن إنهاء العقد قام على سبب ثبت بطلانه، وهو الباطن كما ذكر؛ وهذا السبب يقتضي عدم التفرقة بين الدخول وعدم الدخول حالة الحكم بالموت؛ إذ لو افترضنا موته لحظة العقد كان العقد الثاني صحيحاً؛ لأنه تم على خالية ظاهراً وباطناً؛ دخل بها أو لم يدخل بها، وصحة العقد الثاني تبطل الأول، وبطلان العقد الأول يمنع الميراث، وإذا كان المفقود وقت العقد حياً، كان العقد الثاني باطلاً دخل الزوج الثاني أم لا؛ لأنه وقع على ذات زوج، وبطلان العقد الثاني وتصحيح الأول حكماً يعني تحقق سبب الميراث في الحالتين؛ فالتفرقة تناقض.

وإن لم تذكر عبارات الفقه المالكي علت الرجوع والميراث بالتفصيل الذي ذكره الحنابلة؛ إلا أن اتفاقهم في الصور يسري عليه نفس الانتقاد؛ إذا حمل الأمر على ظاهره. ويضاف إلى ما سبق من تناقض العبارات في نفسها نقضها للقواعد العامة؛ ففوق الفرق لأبي سبب كان بين الزوجين يعني المنع من الميراث لفقد سببه، وهو النكاح، وصحة العقد عليها إذا تزوجت من غيره، لأن العقد وقع على غير ذات زوج، والحاجة لعقد جديد إذا ظهر المفقود حياً وأراد إرجاعها؛ إلا أن الأحكام السابقة نقضت كل هذه الأسس، والتي يعدها البعض من الثوابت في أحكام الميراث والطلاق، ودليل هذه الأسس انعكاسها على أحكام الفقه الحنفي والشافعي، وإبطالهم للصور السابقة عند الحنابلة والمالكية.

ومن الصعب حمل التناقض في عبارات الفقه المالكي والحنبلي على الضعف في التأصيل، أو عدم تناسق الأفكار وعدم ارتباطها؛ لأن من قال به جمع من الفقهاء، عرفوا بقوة التأصيل والعمق، كما أنهم يمثلون مذاهب تنوعت في منهجيتها، فمذهب الإمام أحمد ينسب لتغليب النص على التوسع في المقصد، ومذهب الإمام مالك أقرب لمدرسة أهل الرأي؛ وهذا يستوجب التوجيه.

وإن لم يذكر تفسير لهذا التناقض بشكل صريح ومباشر؛ إلا عبارات الفقهاء وتطبيقاتهم لم تخل من دلالة على توجيه هذا التناقض.

ولتوجيه هذا التناقض ننتقل من عبارات فقهاء المذاهب الأربعة في أحكام المفقود، وتكون الانطلاقة من الفقه الحنفي، حيث تكرر لفظ المصلحة، وإطلاقها في تبرير عدد من الأحكام، وأيضا إسناد الحكم في تحديد مدة تجميد الحال للقاضي وفقا لما يراه مصلحة، ومن العبارات التي وردت في الفقه الحنفي أن الأمر لا يتعلق بنص، فالنصوص الواردة في حكم المفقود لا تصل دلالتها لبناء الأحكام، بل يقتصر توظيفها على الترجيح، والتركيز على المصلحة في أحكام المفقود خاصة ما تعلق بالمدة ظاهرة في الفقه الشافعي، ولهذا الشافعية أكثر المذاهب وسعت من دور المشرع والقاضي في تحديد المدة وإخضاعها للواقع العملي، ما يراه القاضي من المصلحة قضى به.

واعتماد المصلحة في أحكام المفقود وتعدد جوانبها لم يخل منه مذهب، وإن اختلف التوسع والتضييق في استخدامها، وفي جوانب استخدامها، فإن كان الفقه الحنبلي والمالكي أكثر من توسع في حكم المفقود المتعلقة بالزوجة، فإن الشافعية أكثر توسع في معنى المصلحة في تحديد مدة الفقد، وكذلك الأحناف، خاصة المتأخرين منهم، وإطلاق المصلحة دليل تنوعها؛ ولهذا حملت أسس أحكام المفقود الموازنة بين عدد من المصالح المتعارض؛ ولهذا تنوعت الأحكام وتعددت جوانبها، وهذا ما دلت عبارات الفقهاء في الفقرات السابقة؛ لهذا نعتد توازن المصالح أساسا لأحكام ميراث زوجة المفقود والرجوع إليه.

إن زوجة المفقود تعد الطرف الأكثر تضررا من تجميد الحال؛ وقد لا يكون رفع الضرر عنها بإنهاء ارتباطها بزوجها المفقود؛ لأن إعطائها الحق في الطلاق، وتمكينها من فرصة الزواج له تداعياته على علاقتها بأسرة زوجها، وبأبنائها، كما أن طلاقها قد لا يحقق لها ما تصبوا إليه من تكوين أسرة جديدة، إضافة إلى أن هناك مصالح لأطراف أخرى محل اعتبار، وهي مصلحة الأبناء، كما أن في طلاقها فقدان لبعض حقوقها من زوجها كالميراث، وفي نفس بقائها قد يدفعها للانحراف وعدم إمكانية مقاومة الشهوة، كما أن في بقائها على ذمة المفقود قد يحرمها من حقوق قررها لها المجتمع لحمايتها، ولا تستحقها إلا إذا لم تكن متزوجة، وهي في ظاهر الأمر متزوجة، وفي مضمونه لا تتمتع بحقوق الزوجية، خاصة إذا لم يكن للمفقود مالا يكفي للنفقة على أبنائه، والأمر لا يقل أهمية لو رجع المفقود حيا بعد طلاقها، أو ماتت وتبين حيا، فانفصالها حرمان له من العودة لأسرته، ولهذا أثره على المنظومة الأسرية، وهذه كلها تعارضها مصلحة المفقود وورثته في الميراث.

وهذه التداعيات وإن كان أثرها المباشر على زوجة المفقود وأبنائه؛ إلا أن أثرها يمتد إلى المجتمع بأسره، ويتفاقم عندما يكون فقدان ظاهرة، كما هو الحال في المرحلة التي تعيشها ليبيا.

وفي أحكام زوجة المفقود عند المالكية والحنابلة حماية للزوجة والكيان الأسري في أوسع نطاق، وتقديم هذه المصلحة على ما عداها، من المصالح المتعارضة، كمصلحة الورثة؛ والحماية على الكيان الأسري بالتقليل من مخاطر الزوجة، وجعله في أضيق نطاق، ولصالح الأسرة الأصلية، وهي أسرة المفقود، وبالتالي مجرد طلب الطلاق للفقد للحصول على الاستقلالية، أو الاستفادة من حقوق المجتمع لمواجهة أعباء الحياة، أو لحمايتها من الانحراف، لا تدفع الزوجة ثمنه؛ إلا لمصلحة هي أولى؛ وهذا يفسر الخروج عن قواعد الميراث والنكاح، حيث تراث الزوجة المفقود إذا حكم بموته ولو كانت مطلقة، ولو عقد عليها ولم يدخل بها، وتعود لزوجها بالعقد الأول ولو طلقت، أو عقد عليها ولم يدخل بها، أما اختلاف الحكم في حالة الدخول بها فليس من باب أن المرأة رفع عنها الضرر بزواجها، وإنما لأن الأمر تعلق بأساس المصلحة، وهو حماية المنظومة الأسرية، حيث أن عودتها لزوجها الأول؛ وإن حافظ على بناء أسرة؛ إلا أنه سيعرض في المقابل أسرة أخرى لخطر التفكك، ولهذا قدر البعض بأن في الخيار موازنة، وقدر البعض أن في صحة العقد الثاني المصلحة الأولى بالاعتبار؛ وبهذا يرفع التناقض بين التطبيقات في أحكام زوجة المفقود؛ لأنها تطبيق لأصل عام، الاختلاف في الأحكام بسبب دوران المصلحة، والاختلاف بين الفقهاء بسبب اختلاف تقدير الأولوية، أي الاختلاف في الموازنة.

وبهذا تكون حماية البنية الاجتماعية أحد الأسس التي اعتمدها الفقهاء في أحكام المفقود، واعتماد الموازنة بين المصالح، ومنها حماية البنية الأسرية يعطى المشرع مرونة، إضافة إلى المرونة في سلطة المشرع في مدة الفقد، وسلطته في حماية أموال المفقود صورة ومعنى، وهذه الأسس وما تحويه من مرونة هو ما نعتمه في معالجة إشكاليات التشريع الليبي، وعقبات مواجهة تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا والحلول المقترحة، وهو موضوع الفقرة الثانية من هذا البحث.

الفقرة الثانية: الإشكاليات القانونية لأحكام المفقود في التشريع الليبي.

لم يرد تشريع خاص بالميراث في التشريع الليبي، وقانون الزواج والطلاق لم يتعرض لأحكام الميراث، وجزئية حماية أموال المفقود تناولها المشرع الليبي في القانون رقم 17 لسنة 1992م بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، ونص في المادتين 22، 23 على ضرورة تعيين قيم لإدارة أموال المفقود،

وحصر أمواله؛ وأحكام المفقود من باب الأحوال الشخصية، والشريعة الإسلامية هي مصدر تشريعات الأحوال الشخصية في ليبيا، باعتبار الهوية الإسلامية للمجتمع الليبي.

وإن كانت أسس أحكام الفقه الإسلامي يمكن أن تستوعب كل تفاصيل حالة المفقودين في ليبيا، ومستجداتها لمرونتها، وأبرز مظاهرها توسيع سلطة المشرع والقضاء في أحكامه؛ وهذا يسمح بمراعاة التفريد في أوسع نطاقه؛ إلا أن الاستفادة من مرونة أحكام المفقود في الفقه الإسلامي يعترضها عقبات من الجانب العملي في ظل التشريع والقضاء في ليبيا؛ لهذا نعرض كل الفرص التي يسمح بها الفقه الإسلامي في ظل التشريع والقضاء في ليبيا؛ وذلك من خلال استعراض الأسس السابقة والفرص المتعلقة التي يمنحها كل أساس للمشرع والقاضي، وعقبات الاستفادة منها.

والوصول للفرص التي تمنحها مرونة الفقه الإسلامي ينطلق من قاعدة قول المجتهد دليل العامي، وحكم الحاكم يرفع الخلاف، وفقا للعرض الوارد في الفقرة الأولى من هذا البحث، ونلخص الأثر التطبيقي للقاعدتين في الآتي:

1- قول المجتهد دليل العامي ينقل أحكام الفقه الإسلامي من أحكام إلى مصدر التشريع، ومصدر حكم القاضي، والمصدر بمثابة النص، والنص يختلف عن الحكم، فالحكم حجته في منطوقه، أي لفظه، أما النص فحجته في دلالاته، والدلالة يجوز بناؤها على اللفظ ويجوز بناؤها على المعنى، ويترجح الاستناد على المعنى أكثر عندما يكون مصدر قول المجتهد المصادر العقلية لا النقلية، كما هو الحال في أحكام المفقود في الفقه الإسلامي، فالمصدر المباشر لأحكام المفقود في الفقه الإسلامي هي المصلحة، وتعدد المصالح جعل الأحكام قائمة على الموازنة بين عدد من المصالح؛ ولهذا تركز الاختلاف بين الفقهاء في التقدير في جل أحكام المفقود أكثر منه في المصدر ودلالاته.

نشير في هذه المسألة لتوظيف أحكام المحكمة العليا؛ فأحكام المحكمة العليا في الأصل حكم على واقعة؛ إلا أنه بمقتضى التشريع تحول إلى مصدر للحكم، وبتحوله لمصدر أصبح بمثابة النص، وبناء الحكم على النص لا ينظر لمجرد اللفظ، بل ينظر للأسس، والمعاني التي بُنيَ عليها الحكم؛ إلا أن المنهج

المتبع من قبل أغلب القضاة في ليبيا هو التعامل مع حكم المحكمة العليا بمعايير الحكم لا النص في آلية توظيفه¹.

ويحضرني في هذا الإطار حكم المحكمة العليا في غرامة التأخير وحكم المحكمة العليا بخصوص منع رفع دعوى التعويض ضد الدولة عن لأضرار بسبب أحداث 17 فبراير وما صاحبها، فالفهم السائد هو تعيين مصدريّة حكم المحكمة العليا للقول بجواز غرامة التأخير في الحكم الأول، وتعين مصدريّة الحكم الثاني للقول بعدم جواز رفع دعاوى التعويض على الدولة؛ في حين أن حمل الحكم الأولي على المعنى يدل على تحريم غرامة التأخير في ظرف ما، وبصورة ما؛ وذلك إذا تحقق فيها معنى العوض بدون مقابل، وذلك لتحقيق معنى حكم إباحة غرامة التأخير الذي اعتمدته المحكمة العليا في حكمها بغرامة التأخير، وكذلك الأمر في حمل الحكم الثاني على المعنى يدل على جواز رفع دعوى التعويض على الدولة بسبب أحداث 17 فبراير وما صاحبها بظرف وفي زمن ما؛ إذا اقتضت الموازنة بين المصالح التي قام عليها الحكم بعدم التعويض .

والأمثلة التي يمكن الاستئناس بها في الفقه الإسلامي لهذا المنهج هي توظيف النصوص التي جاءت بسبب واقعة خاصة، وتم توظيفها في بناء الأحكام، منها على سبيل المثال في مجال السنة النبوية حديث التسعير، وحديث التقاط الإبل؛ حيث جاء الحديثان بسبب خاص، وهو سؤال الرسول صلى الله عليه وسلم عن التسعير، وعن التقاط الإبل؛ فجانبا من الفقه الإسلامي نظر للنصين من باب الحكم على واقعة؛ فأجازوا الاستدلال بحديث التسعير على وجوب التسعير، والاستدلال بعدم التقاط الإبل على وجوب التقاطها، وهذا ما ندعو لاعتماده في توظيف أحكام المحكمة العليا لما نقترحه من حلول، ومعالجة لمواجهة تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا.

¹ - لقد أبرزت اللقاءات الحوارية مع عدد من القضاة تعامل جل القضاة مع حكم المحكمة العليا بمعايير الحكم لا النص، أي بناء الحكم استنادا على لفظ حكم المحكمة العليا لا على أسسه؛ ولا يلتفت لانعكاس الأسباب والمعاني، على مصدريّة حكم المحكمة العليا، وانتقاله من حكم لنص، وهو المراد ذاته في توظيف قول المجتهد لدى عدد من فقهاء العصر، حيث أن انتقال الحكم من حكم لنص يجعل الواقعة بمثابة سبب نزول النص، تلعب دورا في التفسير، وهذا ما أكدته عبارات الفقهاء في عدد من المناسبات، منها ما ذكره فقهاء الأحناف بخصوص الأحاديث وآثار الصحابة المتعلقة بالمفقود؛ حيث نص الأحناف على أن الأحاديث دلالتها لا تتجاوز الترجيح، وهذا دور سبب النزول في نصوص القرآن؛ وهذا يدل على أن الفقهاء نظروا للنصوص المتعلقة بأحكام المفقود من باب الحكم على واقعة؛ لهذا لم يتقيدوا بألفاظ النص. انظر في هذا ابن الهمام، شرح فتح القدير 145/6.

2- أحكام الفقه الإسلامي لا تكون مصدرا للحكم القضائي؛ إلا بعد انتقالها لنص تشريعي حقيقة أو حكما، وبصرف النظر عن السلطة التي ينقلها المشرع للقاضي، والدافع لنقل أحكام الفقهاء لنص تشريعي حماية لوحدة التشريع داخل الدولة.

وللتوظيف الأمثل لقاعدتي قول المجتهد دليل العامي وحكم الحاكم يرفع الخلاف في مجال البحث يراعى الواقع الليبي والمتمثل في عدم وجود تشريع خاص بأحكام الميراث، والتكوين العلمي لرجال القضاء في ليبيا.

أولاً: الإشكاليات القانونية لانتقال أحكام الفقه الإسلامي لتشريع.

تعد أحكام الميراث المتعلقة بتوزيع التركة من أكثر المسائل التي وردت تفاصيلها في القرآن الكريم؛ ولهذا كان التنوع الفقهي المخل بوحدة التشريع أقل منه في بقية أبواب الفقه الأخرى كالمعاملات والجنائي؛ إلا أن هذا لا يسري على ما تعلق بالميراث وليس من باب توزيع التركة ومنها أحكام المفقود؛ ولهذا اتسعت دائرة الخلاف بين الفقهاء في أحكام المفقود المترتب عليها الميراث، واتفقوا على ما دخل في باب الميراث مباشرة.

ولعل المشرع الليبي جنح إلى عدم الحاجة لوجود تشريع خاص بالميراث، لأن الرجوع إلى أحكام الميراث في الفقه الإسلامي مباشرة تحقيقاً للمعنى، ولا تخل هذه الإحالة العامة بوحدة التشريع؛ وذلك من خلال الإحالة للفقه المالكي في القانون (55) لسنة 1972م بشأن نظام القضاء، إلا أن هذا النص ألغي بالقانون رقم 6 لسنة 2006م بشأن نظام القضاء؛ وهذا يدفعنا للبحث عن البديل في نصوص التشريع الليبي.

وتتصرف الأنظار وفقاً لموضوع الميراث إلى القانون رقم 10 لسنة 1984م، بشأن الزوج والطلاق وآثارهما، لعل في نص الإحالة لما لم يرد بشأنه نص ضالة القاضي؛ إلا أن المشرع خرج على المؤلف، وهو مصطلح الأحوال الشخصية، أو الأسرة وفقاً لما عليه عدداً من التشريعات المقارنة¹؛ فاستخدم المشرع الليبي في تسمية القانون بقانون الزواج والطلاق وآثارهما، وبالتالي خرج من مفهومه الميراث، لأن أحكام الميراث لا تعد من الآثار وفقاً لتحديد القانون؛ ويترتب على التسمية عدم الاستفادة من نص

¹ - مثلاً القانون المغربي استخدم مصطلح مدونة الأسرة، وذكر أحكام الميراث بالتفصيل. واستخدمت قطر مصطلح قانون الأحوال الشخصية. الدولة الموريتانية. قانون الأحوال الشخصية الأردن قانون الأحوال الشخصية.

الإحالة من القانون رقم 10 لسنة 1984م؛ لأن أحكام الميراث ليست من أحكام الزواج، ولا من آثاره؛ حيث حدد القانون آثار الزواج في الفصل الخامس، ولم يكن من بينها الميراث¹. وبهذا لم يبق إلا القاعدة العامة للتشريعات المدنية التي يعود لها قانون الأحوال الشخصية، وهو القانون المدني، وبالعودة للقانون المدني نجده قد نص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا عند عدم وجود نص في التشريع؛ حيث نص في المادة الأولى الفقرة الثانية على: (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية)². وبالرجوع لنص المادة الأولى من القانون المدني لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الميراث يكون المشرع قد رجع من الخصوص للعموم، فبدلا من تقييد المشرع بالفقه المالكي، رجع ووجهه لمبادئ الشريعة الإسلامية.

ويلاحظ على هذا النص عدم تناسبه مع طبيعة تشريعات أحكام المفقود، وذلك لأمر، أهمها:

- 1- إهدار قاعدة قول المجتهد دليل عامي، فالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية رجوع للنصوص، وقاعدة قول المجتهد دليل عامي تجعل الفقه الإسلامي مصدرا للتشريع.
- 2- نص الإحالة في المادة الأولى جعل الرجوع لمبادئ الشريعة الإسلامية في مسائل القانون المدني نصا احتياطيا، وهذا مجاله ضيق، خاصة في مسائل القانون المدني؛ حيث أن نقاط التقاطع بين الفقه الوضعي والفقه الإسلامي في الكليات قليل، فكيف في مسألة جزئية، وبالتالي الرجوع مباشرة للمبادئ لا يخل بوحدة التشريع، بخلاف الحال في الرجوع في تفاصيل أحكام المفقود.
- 3- إن المنهج التعليمي للقضاة في ليبيا يجعل رجوع القضاة للفقه الإسلامي، وتوظيف كلياته في بناء أحكام تفصيلية غير متيسر، ولهذا نجد التخبط والاختلاف في أحكام المحاكم الليبية المتعلقة بأحكام المفقود، وكأنها تنتمي لتشريعات مقارنة، لا لتشريع واحد.

ولا يفهم هذا على أنه من باب القصور في جانب القضاة، بل هو طبيعة التخصص والمنهجية المتبعة في النظام التعليمي، وما تقتضيه طبيعة تولي القضاء وفق النظام القانوني الحديث، والأمر لا

¹ - القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الزواج والطلاق وآثارهما قد تناول القانون آثار الزواج في الفصل الخامس، واقتصر في ذكر الآثار على حقوق الزوجين والمهر.

² -

يختلف لو قلنا بتولي القضاء من علماء الشريعة، فرغم عدم إمكانية تأهيل كل من يتولى القضاء في مجال الأحوال الشخصية لدرجة الاستبطاء، فإن تولى القضاء يقتضي بلوغ درجة من المعرفة في مجال العمل القضائي، ورجالات الشريعة قاصرين في هذا المجال، لهذا جاء دور المشرع، وتولي التشريع نخبة من تخصصات مختلفة تقتضيها طبيعة التشريع المراد صياغته.

وللوقوف على موقف القضاء في تحديد أساس انتقال أحكام المفقود في الفقه الإسلامي إلى تشريع انتقينا نماذج من أحكام المحاكم، وراعينا في هذه النماذج التنوع في الموضوع والمحاكم، فكانت النماذج المختارة من بني وليد ومصراتة وزليتن، وبنغازي، وجاء هذا الاختيار بسبب حالة الفقد من جانب في هذه المدن، واستجابة من تواصلنا معهم، إضافة لندرة الأحكام المتعلقة بالمفقود؛ لأنه لا يصل للمحاكم من حالات المفقودين إلا القليل، ونلخص أهم الملاحظات على نماذج الأحكام في الآتي:

1- لقد اعتمدت نماذج أحكام محكمة مصراتة الجزئية على نص المادة رقم 1 فقرة 2 من القانون المدني الليبي، والمادة 72 من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الزواج والطلاق وآثارهما، واتفقت الأحكام التي اطلعنا عليها في محكمة مصراتة الجزئية في هذا التأصيل، ورد في أسباب الحكم في الدعوى رقم 2019/169 م (وحيث أنه لا يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه وفقا لطلبات المدعي؛ فإنه على المحكمة الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الأكثر ملائمة، وقد نصت على ذلك المادة 1/ ف 2 من القانون المدني الليبي على أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية" ونصت المادة الثانية والسبعون من القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الزواج والطلاق وآثارهما على: "أ-تسري النصوص التشريعية الواردة في هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ب- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه؛ فيحكم القاضي بمقتضى المذاهب الفقهية المعتبرة الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون"1، وفي المقابل اختلفت نماذج الأحكام الصادرة من محاكم زليتن، حيث أهملت محكمة الفواتير الجزئية في الحكم في الدعوى

¹ -محكمة مصراتة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، الدعوى المقيدة بالسجل العام تحت رقم 2019/169م، الجلسة المنعقدة في 2019/10/22م. وهو ما انتهى إليه الحكم في الدعوى رقم 2019/171م والدعوى رقم 2019/133م.

المسجلة تحت رقم 58/ 2006م1 الإشارة لأساس انتقال أحكام الفقه الإسلامي إلى نص تشريعي، واكتفت بعرض أحكام الفقه الإسلامي في واقعة الحال، وهي مدة الحكم بموت المفقود، ولم تختلف محكمة زليتن الابتدائية الدائرة الاستئنافية المدنية في الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي مباشرة دون إشارة إلى مصدر انتقال الفقه إلى تشريع؛ وذلك في حكمها في الدعوى المسجلة تحت رقم 43/2007م؛ إلا أنها تدل على غموض فكرة قواعد الفقه الإسلامي وتوظيفها، ومنها على سبيل المثال ورد في حكم المحكمة زليتن الابتدائية: (حكمت المحكمة حضوريا بقبول الاستئناف شكلا، وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء باعتبار المفقود (.....) ميتا ببلوغه أقل مدة التعمير وفق المشهور من أيسر المذاهب.)، ويظهر غموض فكرة الفقه الإسلامي وقواعده في أسباب الحكم؛ حيث ورد في الأسباب: (وبالتالي وبناء على تلك الاعتبارات فإن المفقود قد جاوز مدة أقل مدة التعمير المتفق عليها، وهي سبعون عاما...وحيث أنه ووفق المشهور من أيسر المذاهب، وهو ما عليه العمل في ليبيا....وحيث أن محكمة البداية قد خالفت هذا النظر، فيكون حكمها خالف المتفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية).2.

وبعيدا عن مناقشة تفاصيل الحكم ووقفا عند موضوع الفقرة وهو انتقال الحكم من فقه إلى تشريع؛ يظهر غموض فكرة الفقه الإسلامي لدى القضاة في واقعة الحال؛ وذلك من جوانب متعددة، منها:

1- الرجوع إلى أيسر المذاهب لا يمكن إعماله في التشريعات التي تتعدد أطرافها، وتتعارض مصالحها، فما هو أيسر لطرف يكون غير أيسر للآخر، ولهذا لا تجد تشريع في المعاملات ومنها الأحوال الشخصية يحيل إلى أيسر المذاهب، ففي ليبيا مثلا، هناك إحالة إلى مشهور مذهب الإمام مالك، كما في نظام القضاء، وأعتقد أن هذا ما عناه القاضي في الحكم المشار إليه، لأن الآراء التي عرضها والمشهور الذي اعتمده هو مذهب الإمام مالك، ولهذا فغموض فكرة الفقه لدى القضاة واضح.

¹ -محكمة الفواتير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، الدعوى المقيدة بسجل تحت رقم 58/2006م، تاريخ الجلسة غير واضح، أودت الأسباب 2007/3/11.

² - محكمة زليتن الابتدائية الدائرة الاستئنافية، الدعوى المسجلة تحت رقم 43/2007م. الجلسة المنعقد في 2008/12/28.

2- لم يستطع القاضي في الحكم المشار إليه التفرقة بين تطبيق أحكام الفقه الإسلامي على حكم صدر فيه حكم قاض سابق، ومنظور أمامه لنقضه، وبين حكم معروض عليه لأول مرة، فحكم القاضي باعتماده على قول مجتهد أصبح نصا، وعين الدلالة، ولا ينقض إلا إذا عارضه نص قطعي، لأن حكم القاضي صار مصدرا، وأراء الفقهاء هي أحكام، أي دلالة النص، والنص مقدم على الحكم، أي على الدلالة.

ولم تختلف نماذج الأحكام الصادرة عن محكمة بني وليد¹ الجزئية عن نماذج الأحكام من مدينة مصراتة وزليتن، فلم تشر هذه الأحكام ولو بشكل عابر لأحكام الفقه الإسلامي، أو لنص انتقال أحكام الفقه الإسلامي إلى تشريع، وكان الأمر لا يتعلق بأحكام الفقه الإسلامي، واقتصر الحكم في النماذج من محكمة بني وليد على تعيين وصي، وفقا لأحكام الوصي لا الوكيل، ولم يتخذ أي إجراء لحفظ أمواله، ولم تشر الأحكام من قريب، ولا بعيد لوضع زوجته، ونفقة من يجب عليهم نفقته كالزوجة والأبناء والوالدين، رغم مرور أكثر من سبع سنوات؛ وبالتالي يكون تحديد حقوق الزوجة والوالدين والأبناء وفقا لأحكام الفقه الإسلامي، وكذلك طلاق زوجته خلال فترة اختلف فيها الفقهاء، تبدأ بسنة، ثم أربع سنوات أو تفويضها للقاضي وتنتهي ببلوغه مدة التعمير، لانتقال هذه الأحكام الفقهية إلى نصوص تحتاج لتدخل لنص تشريعي.

وأما نماذج الأحكام الصادرة من محاكم مدينة بنغازي فقد اتفقت في اعتماد القانون رقم 17 لسنة 1992م بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم أصلا قانونيا للحكم بالفقد؛ ولعل هذا يعود لطبيعة الموضوع، حيث أن تعريف المفقود جزء من الحكم بأنه مفقود، والتعريف ورد في نص المادة 21 من القانون المشار إليه، حيث نصت المادة 21 فقرة ب على: (المفقود هو الغائب الذي لا تعرف حياته من موته) 2.

¹ -محكمة بني وليد الجزئية الدائرة المدنية، الدعوى المسجلة تحت رقم 2018/52م، الجلسة المنعقدة في 2019/2/6م. والحكم الصادر في الدعوى المسجلة تحت رقم 2019/12م، الجلسة المنعقدة في 2019/3/13م. الحكم الصادر في الدعوى المسجلة تحت رقم 2019/28م، الجلسة المنعقدة في 2019/6/26م.
² الجريدة الرسمية

ومع احترامنا لوجهة نظر من اعتمد المادة 21 أصلا للحكم بالفقد؛ إلا أن الحكم بالفقد لا يقتصر على تحديد معناه، بل يدخل فيه المدة، وهذه أهم عناصره، ولم يحددها القانون، ولهذا فإن القانون رقم 17 لا نرجح اعتماده مصدرا تشريعا للحكم بالفقد؛ وذلك من وجوه أهمها:

- أ- عدم تحديد القانون لسلطة القاضي في مدة الفقد يعني الرجوع للفقهاء الإسلامي، والرجوع للفقهاء الإسلامي يحتاج لنص إحالة، والقانون رقم 17 لم يتضمن نص إحالة في الحكم بالفقد.
- ب- تضمن الحكم بالفقد بعد مرور سنوات في ظروف يغلب على الظن الوفاة هو تبني للقول بتضييق سلطة القاضي في تحديد المدة؛ لأن توسيع سلطة القاضي يقضي في أكثر الصور المعروضة إلى الحكم بأن المفقود ميتا؛ وبالتالي فالاستدلال بالمادة 21 من القانون رقم 17 المشار إليه على حكم الفقد في الوقائع المعروضة في نماذج أحكام محاكم مدينة بنغازي محل نظر.
- ت- الحكم بالفقد كتقرير واقع، يجعلنا في حاجة للانتقال لمرحلة أخرى، إلى متى يستمر من انقطع خبره مفقودا، ومصدرها الفقهاء الإسلامي، والرجوع للفقهاء الإسلامي يحتاج لنص إحالة، أي أننا نحتاج لنص إحالة لإنهاء حالة تجميد الحال بعد تقرير الحالة.

فمن نماذج محاكم بنغازي، ورد في حكم محكمة جنوب بنغازي الابتدائية: (المحكمة بذلك تعتبر أن ابن المدعي "...مفقودا طبقا لأحكام المادة 21/ب من القانون رقم 17 لسنة 1992م بشأن أحوال القاصرين ومن في حكمهم.)¹، وورد في حكم محكمة البركة الجزئية تأصيلا لحكم الفقد: (ووفقا للقانون رقم 17 لسنة 1992م بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم يعتبر مفقودا، وحيث كان الأمر كذلك فإن المحكمة تنتهي إلى إثبات فقدان شقيق المدعو "...)².

توضح نماذج الأحكام التي شملتها الدراسة عدم وجود نص إحالة مباشر لأحكام المفقود الصريح للفقهاء الإسلامي في التشريع الليبي، كما أن توسيع سلطة القاضي في الرجوع لأحكام الفقهاء الإسلامي لا يتناسب، والتأهيل الخاص لأعضاء الجهاز القضائي الليبي من حيث العموم، ولا يكفي أهلية عدد من

¹ - محكمة جنوب بنغازي الابتدائية، الدائرة الأولى، رقم الدعوى 2018/758م، الجلسة المنعقدة في 2019/4/14م.

² - محكمة البركة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، رقم الدعوى 2020/93م، الجلسة المنعقدة في 2020/8/26م.

أعضاء الجهاز القضائي للاستفادة من أحكام الفقه الإسلامي وتوظيفها بصورة تحافظ على روح التشريع، ودون مساس بوحدة التشريع؛ ولهذا ظهرت الأحكام السابقة وكأنها تعود لتشريعات مختلفة في منهجيتها. ومن هنا تحتم ضرورة التدخل التشريعي لمواجهة تداعيات ظاهرة المفقودين؛ وذلك لإصدار تشريع خاص بأحكام الميراث، وعدم الاكتفاء بنص الإحالة في المادة 1 الفقرة الثانية من القانون المدني؛ إلا أن هذا الحل غير متيسر؛ وهذا يدفعنا للبحث عن بديل إن لم يعالج المشكلة يقلل من آثارها، وهذا ما دفعنا لعقد هذه الندوة مع نخبة من أعضاء الجهاز القضائي، والذين عايشوا الإشكالية عن قرب. وفي هذا الإطار أ طرح مقترحاً للنقاش، لا لأنه يمثل الحل الأمثل؛ ولكنه الممكن، والمتمثل في تطبيق نص المادة الحادية عشر من القانون رقم 15 لسنة 2012م بشأن إنشاء دار الإفتاء، حيث نصت على: (المرجعية في الفتوى إلى كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم على المذهب السائد في البلد، وعند وقوع الاختلاف في المذهب السائد يكون الأحد بالراجح مما عليه اختيار إمام المذهب وكبار تلاميذه المتقدمين، ويجوز استثناء في بعض القضايا الاستعانة بغير المذهب السائد عند الحاجة رفعا للحرص العام).¹

وهذا المخرج يعود بنا لمنهج المشرع قبل قانون القضاء رقم 6 لسنة 2008م، حيث أحال قانون نظام القضاء رقم 55 لسنة 1976م إلى الفقه المالكي في أحكام الميراث، والاتجاه السائد في الأوساط القانونية والشرعية إلى أن المراد بالمذهب السائد في المادة سالفه الذكر هو الفقه المالكي، والإحالة للفقه المالكي تعفي القضاة من دورهم بالاجتهاد في النصوص أولاً، والجولان في المذاهب ثانياً، وهذه تساهم في تضيق دائرة الاختلاف في الأحكام بين المحاكم في ليبيا بالصورة التي أبرزتها النماذج محل الدراسة، كما أن الرجوع للفقه المالكي نقل للفقه إلى نص تشريعي؛ إلا أن السؤال الذي يطرح هل تعد الإحالة للفقه المالكي في المادة الحادية عشر من القانون رقم 15 للفقه المالكي ملزمة للقضاة، على اعتبار أن قول المجتهد مصدر التشريع، تطبيقاً لقاعدة قول المجتهد دليل عامي، والمشرع عامي في استنباط الأحكام، أم أن الإلزام يخص دار الإفتاء، وفي هذا الإطار يطرح سؤالاً من جانب آخر، هل سلطات الدولة ملزمة

¹ -الجريدة الرسمية

بفتوى دار الإفتاء التي تدعو فيها الحاجة لفتوى في تصرف السلطات، كما هو الحال في الجهاز القضائي، وهذا مقترحات طرحه على سيادتكم لإبداء الرأي القانوني فيها وفق التشريعات النافذة. وإن كان الالتزام بالفقه المالكي يحقق شيئاً من التقارب بين المحاكم في أحكام المفقود في الفقه الإسلامي، إلا أن إلزامية الفتوى بالفقه المالكي مسألة جدلية، خاصة في ظل سيطرة التيار السلفي، ودوره في الوسط القضائي لا يقل عنه في الشارع، فهل من إجراء يقوم به الجهاز القضائي لحسم جدل إلزامية الفقه المالكي؟

تتجه الأنظار في هذه المسألة للمحكمة العليا، فهل للمحكمة العليا من دور في هذه المسألة، وما هي آلياته، خاصة وأنها نتعامل مع واقعة تعد ظاهرة، وتداعياته تدعو لضرورة الحلول العاجلة. نخلص من خلال ما سبق إلى أن النص الذي يمكن اعتباره نص إحالة إلى الفقه الإسلامي هو نص المادة الأولى من القانون المدني، وانتقال أحكام المفقود في الفقه الإسلامي إلى تشريع وفقاً لنص المادة الأولى لا يحقق المراد من مقصد انتقال أحكام الفقه إلى تشريع، وذلك لحماية وحدة التشريع، كما أن رجوع القضاة مباشرة لنصوص الشريعة أو المبادئ وتوظيفها في تفاصيل أحكام المفقود غير متيسر وفق التكوين العلمي لأعضاء الجهاز القضائي، وقد أبرزت نماذج الأحكام محل الدراسة صعوبة رجوع القضاة لأحكام الفقه الإسلامي، وتوظيفها، مما يعين ضرورة المعالجة والبحث عن البدائل، وإن كان في الرجوع للفقه المالكي وفقاً لنص المادة الحادية عشر من القانون رقم 15 لسنة 2012م بشأن إنشاء دار الإفتاء قيام بدور الاجتهاد بدلاً من القضاة، وهو تحقيق لقاعدة قول المجتهد دليل عامي؛ إلا الأمر محل جدل من جانب إلزام القضاة بالفقه المالكي، كما أن الرجوع الفقه المالكي وأسس وقواعده العامة ليست متيسرة للقضاة بشكل عام، وإن اتقنها القليل، وهذا يجعل ضرورة أن يكون الحل من الجهاز القضائي نفسه؛ وذلك إلى أن تحل أزمة التشريع في ليبيا.

وبهذا أختتم الحديث عن الإشكاليات القانونية والعملية لأساس انتقال أحكام المفقود في الفقه الإسلامي إلى تشريع في ظل النظام التشريعي الليبي، وما تثيره من إشكاليات، والعقبات التي تعترض الفرص المتاحة في الفقه الإسلامي؛ وذلك من خلال تطبيق قاعدة قول المجتهد دليل عامي، وحكم الحاكم يرفع الخلاف، وننتقل للجوانب العملية لأسس أحكام المفقود في التشريع الليبي والواقع العملي وتداعياته.

الأساس الثاني: سلطة المشرع في مدة الحكم بموت المفقود.

تشكل المدة التي تعطي المشرع أو القاضي الحق في الحكم بموت المفقود محور أحكام المفقود، وتعد أكثر الأسس تأثيراً بواقع الحياة، وتطورها، ومنها تنطلق الحلول المقترحة، وتحدد العقوبات، ومن خلالها يمكن معالجة تداعيات بقية الأحكام المتعلقة بالمفقود؛ ولهذا صُدّرت الحديث عن الفرص التي تسمح بها أسس أحكام المفقود في التشريع الليبي، ومتطلبات الواقع العملي، وتدابير ظاهرة المفقودين في ليبيا.

إن تعارض المصالح في أحكام المفقود، وقيام المشرع بالموازنة يقوم على المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، وطبيعة حكم المشرع بين الكشف والإنشاء، ففي إطالة المدة تقديم لمصلحة المفقود، لإعطائه فرصة أطول في الانتظار، وإطالة مدة الحماية لماله، وفي الجانب الآخر إطالة المدة حرمان للورثة من الاستفادة من أموال المفقود، وهذا إهمال لمصلحتهم في مقابل مصلحة المفقود، والأثر يتضاعف في حق الزوجة، حيث أن في إطالة المدة إطالة لفترة الحرمان من فرصة الزواج، وقد تصل إلى مرحلة فوات الفرصة، ومضاعفة المقاومة لشهوات الدنيا، وإطالة مدة التبعية، وحرمان لها من بعض الحقوق التي تمنحها الدولة للأرملة، كالضمان.

وفي المقابل قصر مدة الحكم بموت المفقود تقديم لمصلحة الورثة والزوجة على مصلحة المفقود، ففي جانب الزوجة إنهاء لحالة الحرمان من الزواج، واستقلالية لها، وتمتعها بما تقرره التشريعات من حقوق للأرملة، وأهمها الاستفادة من الضمان.

والفرص التي يسمح بها تطبيق أحكام الفقه الإسلامي تختلف باختلاف الفقهاء في دور القاضي، واختلاف منهجية توظيف الأحكام؛ وذلك وفقاً لآراء فقهاء المذاهب في سلطة المشرع في تحديد المدة. وإنزال أساس أحكام المفقود المتعلقة بالمدة في الفقه الإسلامي وقائع المفقودين في ليبيا نفرق بين بناء الحكم على الظاهر، وبناء الحكم على المعنى، لأن آراء الفقهاء بمثابة النص للمشرع، وتعدد الآراء للمشرع كتعدد النصوص للمجتهد؛ ولهذا نبين سلطة القاضي في الفقه الإسلامي على واقع المفقودين في ليبيا وفقاً للمنهجيتين، أي ظاهر الآراء، ومعناها.

وتمثل ظاهرة المفقودين في ليبيا وصورها واقعة الحال التي يتم إنزال أحكام الفقه الإسلامي عليها، تصور الشيء جزء من حقيقته، وظاهرة المفقودين في ليبيا بدايتها كانت من أحداث 17 فبراير

20011م وما صاحبها، فقد تعرض ليبيا بسبب الاقتتال وانهيار المؤسسات، واستمرار النزاع بعد التحرير لموجة فقد تعددت أسبابها، واستمرت إلى تاريخ كتابة هذا البحث، سنة 2020م، ولإنزال أحكام الفقه الإسلامي على ظاهرة المفقودين وتداعياتها، والحلول المقترحة والعقبات نلخص أهم وقائعا في الآتي:

الحالة الأولى: من فقد أثناء القتال بين نظام القذافي والمقاتلين لإسقاطه.

من فقد بسبب القتال بين الطرفين، أو قبض عليه من طرف أجهزة أي من الطرفين في المدن التي يسيطر عليها كل طرف فترة القتال بسبب موقفه السياسي، أو بأي ظرف آخر لم يتمكن من معرفته، أو من فقد مع مجموعة تم قتلهم جميعا عدا، وعدم عده من القتلى لعدم وجود جثته فقط.

وبعد سقوط نظام القذافي وقتله وإعلان التحرير، اقتحمت كل سجون نظام القذافي، ووجود أماكن لسجناء النظام غير متصورة في غالب الأمر، لا أقول مستحيلة رغم ندرته؛ فهو لا يتجاوز السنة الأولى، كما أن النجاة من النظام، وافتراض وجوده داخل البلد حر وعدم ظهور حاله غير متصور غالبا؛ لأن القتال ضد النظام السابق أو القبض على الشخص من أجهزة النظام تعطي صاحبها مركزا متميزا لا تدعو للاختفاء، والخروج خارج البلد وعدم التواصل في ظل المنظومة الحديثة نادر.

وفي المقابل من قبض عليه من طرف المقاتلين من أنصار نظام القذافي حرص الحكام الجدد على إظهار حسن النية، وإثبات سمو الهدف الذي قاموا من أجله ضد نظام القذافي، وبالتالي أفصحوا عن القبض عن الشخصيات البارزة التي تم القبض عليها حالا، أما القبض في ظروف غامضة، فقد تحركت عدد من المنظمات الدولية لزيارة السجون، وبالتالي الغالب على الظن معرفة من قبض عليه من أنصار نظام القذافي خلال السنة الثانية على أبعد تقدير.

وظهور أحوال المفقودين إبان سقوط نظام القذافي من الطرفين في السنتين التاليتين على أبعد تقدير في أغلب الظن، خاصة بعد صدور قرارات متتالية بإخلاء الأماكن التي استغلتها بعض المجموعات المسلحة مستفيدة من هشاشة الوضع الأمني في الدولة.

أيضا نفرق بين من فقد في مناطق ليبيا، فمثلا من فقد في طرابلس غير من فقد في بنغازي، غير من فقد في بني وليد، وهكذا.

الحالة الثانية: من فقد بسبب الابتزاز، أو العناصر المتطرفة.

جمعنا بين الحالتين لاجتماعهما في الغموض، واشتراكهما في مدة عدم تصور عدم معرفة الحال غالبا، واتفاقهم في المسلك غالبا من حيث التصرف مع المفقود؛ لأن الهدف هو تحديد مدة الفقد والتي يعد بعدها المفقود ميتا حكما.

يبين الواقع المعاش للفقد بسبب الابتزاز المالي، أو الانتقام الشخصي أن انقطاع الخبر في الغالب لا يتجاوز السنة، إن لم يكن شهورا، خاصة عندما يكون الخطف من قبل أطراف غير منطوية تحت مؤسسة، ولا شبه مؤسسة، بل بعضها تصرفات فردية، أقرب لعصابات استغلت عدم وجود مؤسسة أمنية، إضافة لعدم وجود مقرات خاصة ومجهزة وثابتة للإخفاء، وعدم إمكانية توفير الرعاية الصحية الكافية للمختطفين لديها، وهذه الطرق للخطف ضعف أثرها أثناء اشتعال الحرب على طرابلس، كما أن الاختفاء بهذه الطريقة نادر في المدن التي توجد بها قوة شبه حكومية مسيطرة على الواقع داخل المدينة، ومن نماذج هذه المدن مصراتة، وبنغازي فترة القبضة الأمنية.

ويتفق الخطف من طرف الفرق المتطرفة في التعامل مع المخطوفين، حيث الغالب في شأنهم القتل؛ حيث أن أكثر المختطفين رجالات الجيش، أو أطراف يروا في قتلهم تقربا لله تعالى، كما يتفق الخطف بسبب التطرف الديني مع الخطف بسبب الابتزاز أو تصفية الحسابات في غلبة الظن بقتل المخطوفين.

الحالة الثالثة: الاختفاء في المدن التي تسيطر عليها قوة حكمتها بقوة السلاح، وفرضت نفسها على الحكومات بسبب الاستفادة منها في الموازنات، والنموذج الحي ترهونة في الغرب الليبي، وقد بين الواقع بغلبة الظن بوفاة من خطف أو قبض عليه في ترهونة، خاصة بعد دخول قوات الوفاق لترهونة. وتطبيق أحكام الفقه الإسلامي على هذه الحالات بفرضياتها المتعددة ينتهي إلى خضوع المدة لتقدير القاضي، وفقا لرأي الشافعية، وجانبا من الفقه الحنفي، وأربع سنوات وفقا لرأي الحنابلة، ويتنظر مدة التعمير وفقا لرأي المالكية وجانبا من الفقه الحنفي، إلا أن سلطة القاضي عند الشافعية وجانبا من الفقه الحنفي تنقيد بضرورة مرور مدة يغلب على الظن موته، وفقا لظروف الواقعة.

وهذا الحكم وفقا لظاهر الآراء، أما لو اعتمدنا المعنى فيمكن القول باتفاق فقهاء المذاهب عدا المالكية على خضوع تقدير المدة لظروف كل واقعة، ويعد المكان والزمان وشخصية المفقود وظروف

الفقد وزمنه محل اعتبار عند تقدير المدة من قبل القاضي؛ فتقدير مدة الفقد ليست مقصودة لذاتها، وتبنى على الغالب، واليقين لا يعد شرطاً في الحكم بموت المفقود؛ إلا إذا كان حكم موت المفقود بالبينة؛ وذلك لأن فقهاء المذاهب عدا المالكية وسعوا من سلطة القاضي في غير الحكم بالبينة، ونصوا صراحة على مؤثرات تحديد المدة، وإن اختلف فقهاء المذاهب الثلاثة في ذكر مؤثرات تحديد مدة الحكم بموت المفقود، وأكثر المذاهب الثلاثة عدت في المؤثرات أكثرها تضييقاً في سلطة القاضي، وهو المذهب الحنفي، فمن المؤثرات التي ذكرها الأحناف في المدة البلد والزمن والشخصية، والحالة الصحية، والمركز السياسي.

أما المالكية فتعد أكثر المذاهب شددت في المدة، وتمسكت بمدة التعمير، وأن دور القاضي في اختيار أي الآراء في مدة التعمير، فمثلاً القاضي وفقاً للمعاني التي ذكرها فقهاء الشافعية أو الأحناف يمكن أن يحكم بسنة، أو أقل، حيث تقيد وفقاً لرأي الأحناف بمؤثرات يمكن اعتمادها في تقصير المدة، وأن ما ذكر من مدد هي لغاية وليست لذاتها، والغاية هي الموازنة بين عدد من المصالح المتعارضة، والموازنة هي التي تحدد المدة، كما أن بعض عبارات الفقه الحنفي أطلقت لفظ المصلحة، في تحديد مدة الفقد، والأمر لا يختلف عنه وفقاً للمعنى في الفقه الحنبلي، وإن بدا ظاهراً في عبارات الفقه الحنبلي عدم النزول عن أربع سنوات؛ إلا أنهم عللوا المدة بأعلى مدة الحمل، وكأنها إشارة لحماية نسل المفقود، وهذا هل يمكن تقيده بأربع سنوات وفق التقدم التقني في تحديد وجود حمل مستكن من عدمه.

ويترتب على تبني قول المذاهب الثلاثة، واعتماد المعنى خضوع تقدير المدة للسلطة التقديرية للقاضي، والموازنة بين المصالح المتعارضة، ولا حاجة وفق هذه الرؤية لتحديد المدة لأحكام خاصة للزوجة لحماية البنية الاجتماعية في جل صور الفقد لهذه الحالة، إذ أن توسيع سلطة القاضي وقناعة القاضي بضرورة تقديم مصلحة الزوجة لحماية البنية الاجتماعية، وفي ظل ضعف احتمالية بقاء المفقود حياً، يمكن للقاضي الحكم بموت المفقود بعد سقوط النظام، وإعلان التحرير والسيطرة على مقراته، من سجون وأماكن حجز، ولا تصور في الغالب اختفاء المفقود الذي وقف ضد النظام داخل ليبيا، لأنه يتمتع بمركز متميز في النظام الجديد، ولا خطر على خروجه، وكذلك الأمر في اختفائه الخارج؛ لسهولة التواصل، ولنفس أسباب الاختفاء بالداخل.

وبالحكم بموت المفقود تنتفي الحاجة لمعالجات آثار الفقد على البنية الاجتماعية، وعلى مصالح الأطراف.

وإن بدا للوهلة الأولى ضعف المعالجات وفق آراء الفقه المالكي، بناء على ظاهر رأي المالكية ومعناه، إلا أن دراسة الفكرة متكاملة للفقه المالكي تبرز معالجة الفقه المالكي لآثار إطالة فترة تجميد الحال للمفقود؛ ولكن من وجه آخر، وبمنهجية تختلف عن المذاهب الثلاثة، فجاءت المعالجات لأهم الوقائع المتصورة والمتعلقة بالزوجة على النحو التالي:

1- الزوجة إذا طلقت من أجل الاستقلالية عن قيود تبعيتها لأسرة زوجها، أو أهلها، والتخلص من آثار التبعية تحتفظ بحقوقها في الميراث، ويكون المفقود ميتا من تاريخ الفقد، وليس من تاريخ الحكم بموته، وذلك لأنها ترثه رغم انعدام سبب الميراث وهو النكاح، فزوجة المفقود عند المالكية إذا حكم بموت زوجها، وطلقت للفقد، ثم بعد ذلك حكم بموته ولو بعد دهر ترثه إن لم تتزوج عند المالكية قولاً واحداً؛ وبهذا عالج المالكية أثر إطالة الفقد على الزوجة إذا دعتها الاستقلالية للطلاق، ويسري هذا إذا كان القصد من الطلاق الحصول على ما تقرره الدولة من حقوق للأرملة كالضمان.

2- إذا طلقت الزوجة للأسباب السابقة، وظهر الزوج حياً، تعود لزوجها بالعقد الأول، وبالتالي تحافظ على كيان الأسرة.

3- إذا طلقت زوجة المفقود لفرصة الزواج، خوفاً من الزنا، أو لأنها صغيرة ولا أولاد لها، وأمل عودة زوجها ضعيفة جداً، وترغب في ممارسة حياتها، فإذا حكم بموت زوجها ولم تتزوج ترث زوجها قولاً واحداً، وبالتالي يعتبر الزوج كأنه حكم بموته يوم الفقد لا يوم الحكم بموته في حقها، وكذلك إذا عقد عليها ولم يدخل بها ترث زوجها في أرجح الآراء، وإذا تبين حياته تعود له بالعقد الأول، وإن عقد عليها الثاني ما لم يدخل بها، وهذا يحمي المرأة من المخاطرة عند اتخاذ قرار الانفصال حماية من الزنا، أو لاستقلالها، أو لحصولها على حقوق تقرها الدولة للأرملة.

إن هذه الأحكام تحمي زوجة المفقود من آثار إطالة الحكم بموت المفقود، وتجعل حكم الموت وكأنه من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم في حقها؛ وبهذا يكون الفقه المالكي قد قدم حماية لزوجة المفقود وقدم مصالحها أكثر من المذاهب التي وسعت من سلطة القاضي في الحكم بموت المفقود، وبتقديم المذهب

المالكي لمصلحة الزوجة يكون قد وضع أساسا لحماية كيان الأسرة في مقدمة المصالح المتعارضة في أحكام المفقود؛ وهذا ما دفع فقهاء الأحناف بالدعوة بالإفتاء برأي المالكية بخصوص زوجة المفقود فقط؛ وذلك بسبب تضاعف أثره بسبب تغير الظروف، وحماية للمرأة من آثار إطالة مدة الفقد.

وأما تداعيات إطالة المدة على دور مال المفقود في البنية الاقتصادية؛ فجاءت معالجتها من أحكام المضاربات وعقود المشاركات التي أبرمها المفقود قبل الفقد، فالمعتمد في المذاهب عدم جواز المساس بها من الوكيل؛ إلا بإذن القاضي، وإذن القاضي على سبيل الاستثناء، أي إذا رأى مصلحة في إلغائها هي أولى بالاعتبار.

وبهذا ينحصر الخلاف بين المذاهب الثلاثة والمالكية في الموازنة بين المصالح بسبب مدة الفقد بين مصلحة الورثة، ومصلحة المفقود؛ حيث أن تقصير المدة وجعلها بيد القاضي أقرب لتقديم مصلحة الورثة، وإطالة المدة أقرب لتقديم مصلحة المفقود، وتظل المسألة خلاف في التقدير، ولعل في اختلاف الزمن والمكان والظرف أثره في الترجيح؛ ولهذا يرجح رجوعها للمشرع، أما ما يتعلق بالزوجة وحماية البنية الاجتماعية فقد اختلفت المذاهب في منهجية العرض، واتفقت من حيث المضمون.

وفي جميع الأحوال تبني معنى رأي المالكية دون وقوف على ظاهر اللفظ يصلح أن يكون أساسا للحكم بالتقصير المدة؛ وذلك إذا تعين معالجة الوقائع المعروضة على قاضي الموضوع بتقصير مدة الفقد.

ثانيا: سلطة المشرع "القاضي" في حفظ مال المفقود.

تعد سلطة المشرع أو القاضي كلا حسب الواقعة في حفظ مال المفقود من المسائل المتفق عليها في المذاهب الفقهية خلال فترة الفقد، فقد اتفق الفقهاء على أن المشرع أو القاضي وكيل المفقود، ويجب على المشرع أو القاضي وفق أحكام الفقه الإسلامي حماية مال المفقود، وتبدأ الحماية باكتساب المشرع أو القاضي صفة الوكيل عن المفقود، ويعين وكيله عنه، إذا لم يكن للمفقود وكيلاً عنه هو قبل فقده، وعلى القاضي حصر أموال المفقود، ومتابعة الوكيل في الإدارة، والقاضي مكلف بحماية أموال الوكيل صورة ومعنى، وبالتالي الإنفاق على الزوجة والقصر من الأبناء، والوالدين العاجزين من باب حماية أموال المفقود معنى، ومن حماية أمواله متابعة عقود توظيف الأموال من مشاركة ومضاربة، والتدخل عند شعور بخطر الاعتداء عليها واستغلال غيابها.

لقد تناول المشرع واجب حماية مال المفقود بالمواد 22 ، 23 من القانون رقم 17 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، فجاء نص المادة 22 على: (إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيل عينت له المحكمة قيما، لإدارة الأموال).¹

ونصت المادة 23 من ذات القانون على: (تأمر المحكمة عند تعيين القيم وفقا لأحكام المادة السابقة بإحشاء أموال الغائب أو المفقود، وتدار وفق إدارة أموال القاصر).²

وتطبيق ما نص عليه المشرع من حماية أموال المفقود يسمح بتوسيع سلطة القاضي في حفظ أموال المفقود؛ إذا طبق برؤية الفقه الإسلامي؛ إلا أن الحوار مع عدد من القضاة والمحامين³ والاطلاع على نماذج من أحكام المحاكم أبرزت وجود عدة إشكالات عملية في عرض أمر الفقد للقاضي المختص بحفظ أموال المفقود، أو الحكم بموته، وتطبيق أحكام الفقهاء، ونصوص القانون، ونختار نماذج من هذه الأحكام، ثم نذكر ملخصا لأهم الملاحظات التي يثيرها الجانب العملي في نطاق التشريع الليبي:

- نماذج من الأحكام التي اطلعنا عليها:

- الحكم الصادر من محكمة أبوعطني الجزئية، حين نص على: (حكمت المحكمة حضوريا:

ثانيا: اثبات فقدان المدعي "...بتاريخ 2011/4/16م بطريق الأربعين بمدينة اجدابيا.

ثالثا: تنصيب المدعية "زوجته" قيما شرعيا لإدارة أموال المفقود وإحصائها، ولها في سبيل ذلك فتح حساب باسمه بأحد المصارف، ولها حق السحب والإيداع على أولاده منها ومن غيرها بدون إشراف أو تقنير...وعليها القيام بكل ما فيه مصلحة عدا البيع والرهن، فلا بد من الحصول على إذن من المحكمة، وعليها أن تعد سجلا تدون فيه الداخل والخارج من أمواله تقدمه للمحكمة عند الطلب).⁴

¹ -الجريدة الرسمية

² -الجريدة الرسمية

³ -في إطار الوصول للواقع العملي تواصلت بعدد من أعضاء الجهاز القضائي والمحامين في كل من: طرابلس وبنغازي ومصراتة وزليتن ومسلاتة وبنني وليد، منهم على سبيل المثال المستشار علي أبورأس والمحامي الدكتور رافع الترجمان، والمستشار امجد الصفرني، والمستشار سالم ابوسنيّة والمستشار طلعت عمران. والمستشار خالد الشريف.

⁴ - محكمة بوعطني الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، في الدعوى رقم 2017/323م، الجلسة المنعقدة في 2017/9/20م.

- محكمة البركة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية ، الأولى، في الدعوى رقم 2020/93م، الجلسة المنعقدة في 2020/8/26م.

- محكمة جنوب بنغازي الابتدائية، الدائرة الأولى في الدعوى رقم 2018/758م، الجلسة المنعقدة في 2019/4/14م.

- محكمة بني وليد الجزئية، الدائرة المدنية، في الدعوى رقم 2019/12م، الجلسة المنعقدة 2019/3/13م.

-الحكم الصادر من محكمة البركة الجزئية؛ حيث نص على: (أولا: إثبات فقدان المدعي "...، واعتباره مفقودا من تاريخ 2011/4م.

ثانيا: تعيين المدعي "شقيقه" قيميا شرعيا لإدارة أموال "المفقود"؛ وذلك ليقوم بجميع شؤونه وإتمام كافة الإجراءات المتعلقة بمعاملاته المصرفية والإدارية والمالية، وتخويله حق السحب من حسابه المصرفي للمفقود في "...، والإيداع واستلام الصكوك والتوقيع نيابة عنه فيما يخص ذلك إلى حين ظهوره حيا أو ميتا.1)

-الحكم الصادر من محكمة جنوب بنگازي الابتدائية، حيث نص على: (أولا: اعتبار "المفقود" مفقودا.

ثانيا: تعيين المدعي " والده " قيميا على أمواله. 2.

- الحكم الصادر من محكمة بني وليد الجزئية، حيث نص على: (حكمت المحكمة حضوريا للمدعي، وللمدعي عليه غيابيا:

أولا: باعتبار السيد: "المفقود" مفقودا بتاريخ 2011/4/23م إلى أن يثبت حياته أو وفاته، أو صدور حكم باعتباره ميتا.

ثانيا: " تنصيب والده السيد..." قيميا لإدارة أمواله ، مع إلزام المدعي بمصاريف الدعوى. 3.

-الحكم الصادر من محكمة المدينة الجزئية؛ حيث نص على: (1- اعتبار المدعي عليه الأول مفقودا. 4، لم تتعرض لتعيين وكيل، ولا لإدارة أمواله، والدعوى رفعت من زوجته، وهي مطلقة ولها أولاد منه.

-نلخص أهم الملاحظات على الأحكام السابقة في الآتي:

1- أن دور القاضي في حماية أموال المفقود تناولتها المواد 22 ، 23 ، 24 ، 25 من القانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، وتضمنت هذه المواد ضرورة تعيين وكيل

1 - محكمة البركة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية ، الأولى، في الدعوى رقم 2020/93م، الجلسة المنعقدة في 2020/8/26م.

2 - محكمة جنوب بنگازي الابتدائية، الدائرة الأولى في الدعوى رقم 2018/758م، الجلسة المنعقدة في 2019/4/14م.

3 - محكمة بني وليد الجزئية، الدائرة المدنية، في الدعوى رقم 2019/12م، الجلسة المنعقدة في 2019/3/13م.

4 - محكمة المدينة الجزئية، الدائرة الشرعية، الدعوى رقم 2008/102م، الجلسة المنعقدة في 2008/6/27م، والفقد كان في 2001م.

للمفقود، إن لم يكمل له وكيل، وضرورة حصر أموال المفقود، وإدارتها وفق أحكام القاصر؛ إلا أن الإشكالية في المفقود وصول أمر المفقود للمحكمة لتعيين وكيل؛ وذلك لأسباب أهمها:

أ- أن النيابة ليست طرفاً في دعوى تعيين وكيل المفقود ولا قرار إدارة أمواله، وبالتالي البلاغ عن إثبات حالة الفقد لا تصل للمحكمة عن طريق النيابة، والأقارب الذين يعينهم الأمر بشكل مباشر هم الورثة، والورثة خصوم للمفقود، لتعارض مصالحهم مع مصلحة المفقود، فمصلحة المفقود حماية أمواله من الجميع، ومصلحة الورثة التصرف في أمواله، باعتقادهم أنهم الأحق بها؛ خاصة إذا غلب ظن وفاته في واقع الأمر؛ لهذا لا ترفع دعوى المفقود أمام لقضاء إلا إذا ظهرت مصلحة للورثة سببها حقوق لا تقع تحت أيديهم إلا بحكم المحكمة.

ب- لا يوجد نص صريح في تقرير حالة الفقد أو الحكم بالموت، ونص المادة 21 من القانون رقم 17 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم جدلي؛ وبالتالي يعود الأمر للفقهاء الإسلامي، وتطبيق القضاة لأحكام الفقه الإسلامي يجعل نص المادة 1 من القانون المدني هي السند القانوني الأوجه؛ إلا أنه يعوقه عملياً الواقع العملي للتأهيل العلمي للقضاة، ونماذج الأحكام محل الدراسة تبرز محاذير الإحالة للشرعية الإسلامية أو المبادئ العامة للشرعية الإسلامية في المسائل التفصيلية؛ ومنها خرق وحدة التشريع، وضياح للمقاصد لعدم استيعاب الفكرة في الفقه الإسلامي ومعانيها، وعدم القدرة للاستفادة من تطبيقات الفقه الإسلامي في نطاق الأسس وفلسفة الأحكام، وتكامل الموضوع عندما تتنوع جوانبه، وتتنازع الأسس، وتوظيفها، ومن هذا الباب معالجة تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا، ومستجداتها.

وأحالت جدلية الرجوع للفقه المالكي من خلال نص المادة الحادية عشر من القانون رقم 15 بشأن إنشاء دار الإفتاء دون الاستفادة منها، والدليل عدم وجود أي إشارة إلى القانون المشار إليه في جميع نماذج الأحكام محل الدراسة، والتي تتجاوز العشرين حكماً، ومن مدن مختلفة، وفي جوانب مختلفة من أحكام المفقود.

2 - عدم تفرقة الأحكام القضائية محل الدراسة بين الحكم بالفقد، ومصدره الفقه الإسلامي، والحكم بحفظ مال المفقود، ومصدره القانون رقم 17 المشار إليه، ودلالة الأحكام القضائية على عدم التفرقة من وجوه أهمها:

أ- الاستدلال بالقانون رقم 17 المشار إليه على حكم الفقد رغم أن القانون لم يتعرض للحكم بالفقد، والمدة التي يحكم بعدها بالموت، بل تناول القانون التعريف، وتنظيم فترة الفقد، وهي حفظ الأموال، وإدارتها، ونص المادتين 22، 23 من القانون المشار إليه صريح في هذا المعنى، فجاء نص المادة 22 على: (إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيل عينت له المحكمة قيما، لإدارة الأموال).1.

ونصت المادة 23 من ذات القانون على: (تأمر المحكمة عند تعيين القيم وفقا لأحكام المادة السابقة بإحصاء أموال الغائب أو المفقود، وتدار وفق إدارة أموال القاصر).2.

وفي المقابل جاء نص المادة الثامنة عشر من القانون المشار إليه على النحو التالي: (يتولى شئون القاصر وليه، أو الوصي المختار أو من تعينه المحكمة وصيا أو قيما).3؛ فاقصر القانون رقم 17 على تنظيم حفظ أموال المفقود ظاهرة، لأن تعيين الوكيل بعد الحكم بالفقد.

أما المادة 21 الفقر ب من القانون المذكور فقد اقتضت على تعريف المفقود، وهذا تصلح أساسا لتحديد المفقود، أما تحديد سلطة القاضي في الحكم بالفقد أو الموت، فلا اعتقد أن المادة تسعف في هذا، والقضايا التي تناولتها الدراسة إشكالياتها الحقيقية هي، هل مرور هذه الفترة التي تتراوح بين ثلاث سنوات وتسعة في ظروف كل واقعة يظل معها من انقطعت أخباره مفقودا، أم أنه في ميت حكما، ولو في بعضها، وهذا لا يتعلق بالتعريف، مما يستوجب الرجوع للفقهاء الإسلاميين، والرجوع للفقهاء الإسلاميين يحتاج لنص تشريعي، لم يذكر في كل الأحكام محل الدراسة.

ت- عدم الإشارة إلى أحكام الشريعة الإسلامية في الحكم بالفقد، رغم مرور مدة على الفقد لا تقل عن ثلاث سنوات، وتصل لتسع سنوات، وفي ظروف الغالب على الظن فيها وفاة المفقود، وتطبيق أحكام الشريعة يمنح القاضي سلطة الحكم بموت المفقود وفقا لرأي الشافعية والحنابلة، وجانباً من فقهاء الأحناف، واعتبار المفقود ميتا حكما في حق الزوجة عند الملكية.

3- عدم التفرقة بين الوكيل والوصي في إدارة أموال المفقود، فنص القانون رقم 17 المشار إليه على الوكالة لإدارة مال المفقود دليل على تبني أحكام الفقهاء الإسلاميين، والفقهاء الإسلاميين فرق بين الوكيل

1 - الجريدة الرسمية

2 - الجريدة الرسمية نفس العدد

3 - الجريدة الرسمية

والوصي، ولهذا لم يستخدم القانون لفظ الوصي في إدارة مال المفقود، بخلاف الحال عند الحديث عن تعيين من يدير أموال القاصر، وفي المقابل لم يستخدم المشرع في القانون المذكور لفظ الوكالة عند الحديث عن تولي أموال القاصر، وهذا دليل على تبني القانون لأحكام الفقه الإسلامي في التفرقة بين من يتولى إدارة مال المفقود ومن يتولى إدارة مال القاصر؛ ولهذا نصت صراحة بعض عبارات الفقه الإسلامي على أن الوكيل غير الوصي، كما أن تطبيقات الفقهاء ومقاصد ومعاني حفظ مال المفقود دلت على أن الورثة والزوجة خصوم للمفقود في ماله، وهذا ما اختلف فيه الوصي على القاصر، ولهذا تطبق أسس الفقه الإسلامي في أحكام حفظ مال المفقود والوكالة يقتضي عدم تكليف الوارث والزوجة وكلاء في إدارة المفقود، وإن كان لابد من تكليف قريب، فشرطه أن يكون من غير الورثة؛ خاصة في وقت ضعف الذمم؛ فأحكام حفظ مال المفقود موازنة بين عدد من المصالح المتعارضة، ومن المصالح المتعارضة مصلحة المفقود ومصلحة زوجته ومصلحة الورثة، وفقهاء الأحناف ذهبوا في إثبات الخصوم لبعده من هذا؛ حيث أجازوا أخذ كفيل من الزوجة والأبناء في أخذ النفقة، لاحتمال أن الزوجة مطلقة، وأن المفقود قد ترك للأبناء ما يكفيهم من النفقة؛ فكيف يسلم للزوجة مال المفقود بالكامل، والأمر أشد في حق الإخوة في واقعنا، رغم هذا نجد أن كل الأحكام التي بين أيدينا اتفقت في تعيين الأقارب، وجلهم من الورثة، زوجة أخ أب، وهذا إهدار لمعاني للغاية من شرط والوكيل، بل جعل المشرع هو الوكيل الأصلي، والقاضي وكيل القاضي عن المشرع، والوكيل الذي عينته المحكمة وكيل القاضي.

4- لقد انعكست نظرت القضاة لمن يتولى شئون المفقود على أحكامهم في ضوابط تعيين القيم والتزاماته، إذ اقتصر الأمر في جل الأحكام محل الدراسة على تعيين قيم لإدارة أموال المفقود، في حين أغفلت ضوابط الحماية، ومنها حصر أموال المفقود، وتقديم تقرير دوري " سنوي - نصف سنوي - ربع سنوي.. الخ" عن إدارة أموال المفقود، وهذه الإجراءات دلت عليها عبارات الفقهاء في دور وكيل المفقود؛ وهو ما تبناه المشرع في نص المواد 22 ، 23 من القانون رقم 17 المشار إليه، وكان القانون صريحا في الالتزام على المحكمة، وهذا ما لم تتضمنه جل نماذج الأحكام محل الدراسة، بل إن بعض الأحكام نصت على الفقد ولم تتعرض لتعيين قيم، فهل هذا للتقيد بطلبات الخصوم، وهذا يعني استبعاد دور القاضي؛ باعتباره وكلا عن الغائب بقوة القانون؛ وذلك لاتفاق

الفقهاء على أن وكالة المشرع عن المفقود بقوة القانون، ولا تخضع لإرادة المفقود، أو أي طرف من أصحاب المصلحة في مال المفقود.

5- أن الفهم السائد في الأوساط القضائية أن تعيين قيم للمفقود لمصلحة أصحاب الحق في مال المفقود، فهو ينعقد بحسب الأصل لهم، وإذا لم يتقدموا بدعوى لتعيين القيم لا تلتزم به المحكمة من تلقاء نفسها، ولا دور للنيابة في تحريك دعوى لحماية مال المفقود، فهي ليست طرفاً، ولهذا عندما خلت الدعوى من أولياء المفقود لم تعين المحكمة وكلاء، والنموذج الذي عرضناه من الأحكام ولم تعين فيه المحكمة وكلاء الخصم في الدعوة مطلقة المفقود، ويؤيد هذا الاستخلاص أن جميع الأحكام التي اطلعنا عليها عينت المدعي وقيماً، والمدعي كان من الورثة، وهذا أخرج القاضي من كونه وكلاء أصيلاً عن المفقود؛ وهذا ما يخالف أحكام الفقه الإسلامي ظاهراً ومعنى في تحديد دور المشرع والقاضي في حماية مال المفقود صورة ومعنى.

6- يتبين من خلال وقائع الأحكام محل الدراسة أن الهدف من الدعوى هو إيجاد السند القانوني لوضع اليد على أموال المفقود التي ليست تحت يد الأولياء، ويتطلب وضع اليد عليها الإذن؛ وعكست الأحكام هذا المعنى؛ وهذا إهدار لكل معاني الحفظ التي ذكرها الفقهاء لدور المشرع في حفظ مال المفقود صورة ومعنى، ويجعل التفرقة بين وكالة المشرع وولاية الوصي على مال القاصر صورية، لا تتجاوز اللفظ.

وتتفق الأحكام التي اعتمدناها للدراسة مع النماذج التي عرضناها في كل التفاصيل، فالأحكام محل الدراسة والتي يتجاوز عددها العشرين حكماً كانت موزعة بين مدن مصراتة وزليتن وبنغازي وبنى وليد، وروعي فيها التنوع في الموضوعات، والمدن، وأبرز ما بينته هذا الأحكام أن الحلول تكمن في إجرائين، أولهما: ضرورة إدخال النيابة العامة طرف في قضايا المفقود، وغياب دور النيابة العامة أهم سبب لعدم عرض حالات الفقد أمام القضاء، والموكل بحفظ مال المفقود، وثانيهما: وضع حلول لتوحيد منهجية أحكام القضاء في الفقه الإسلامية، بما يحافظ على وحدة التشريع، ويحصر الاختلاف في التفاصيل، وهو ما تفرضه طبيعة الأحكام القضائية؛ وهذا في الأصل لا يكون إلا عن طريق تشريع يتناول التفاصيل، وينحصر نص الإحالة في المسائل نادرة الحدوث، أو ما تضيق فيه دائرة الاختلاف.

وإن كانت الوسيلة الوحيدة لهذه المعالجة التشريعية، وهي غير متيسر الآن؛ إلا أن هذا لا يعني عدم وجود حلول لتخفيف الآثار على الأقل في الوقت الحالي، والعمل على أمل وجود سلطة تشريعية بوضع مقترح تشريع خاص بالميراث، ولعل في إبراز دور القاضي في الفقه الإسلامي في تحديد مدة الفقد من أهم الحلول المتيسرة الآن، ونص الإحالة في القانون المدني لانتقال أحكام الفقه الإسلامية المتعلقة بتوسيع دور القاضي وسيلة متاحة يمكن مناقشتها، وأضع هذا الأمر أمام القضاة لتقديم المقترحات لأنهم أقرب للواقع، وأكثر دراية في الجوانب القانونية؛ خاصة بوسيلة توحيد أسس الأحكام في المحاكم الليبية.

واختيار المدة؛ لأن تقصير المدة ينهي الحاجة للوكيل، ويسمح للزوجة بممارسة دورها في بناء الأسرة بفاعلية أكثر، ويساعدها في الحصول على ما أقرته التشريعات من حقوق للمرأة الأرملة، ويساعدها على إدارة شئون أسرتها، والتخلص من تداعيات التبعية الأسرية في ليبيا في وقتنا الحاضر.

ثالثاً: طبيعة حكم المشرع في ميراث المفقود.

يراد بالميراث هنا الإرث منه، وإرثه من غيره، أي إذا كان وارثاً، أو موروثاً. هذه المسألة في الفقه الإسلامي دائرة الخلاف فيها بين فقهاء المذاهب ضيقة؛ إذ اتفق فقهاء المذاهب على أن حكم الحاكم منشئ لسبب الإرث من المفقود، كاشف في ميراث المفقود من غيره؛ حيث أن المفقود لا يرثه إلا من كان حياً وقت الحكم، سواء كان الحكم مبنيًا على البينة وحدد حكم تاريخ الوفاة، أو بني على الغالب ولم يحدد تاريخ الوفاة، فإذا حدد القاضي تاريخ الوفاة فيرث المفقود كل من كان حياً ذلك التاريخ، وإذا لم يحدد المدة يرث المفقود كل من كان حياً تاريخ صدور حكم القاضي، وإن اختلفوا في بعض التفاصيل، إلا أن أثر هذا الاختلاف ينتهي بتبني القول بتوسيع سلطة القاضي في تحديد مدة الفقد؛ حيث ينحصر في تبني القول بضرورة استمرار حالة الفقد إلى بلوغ المفقود سن التعمير، وفرضية استخدام سلطة القاضي قائمة على تبني القول بتوسيع سلطة القاضي، واعتماد معاني تحديد المدة، ومنها ربطها بالظروف والمكان والزمان، أما ميراث المفقود من غيره، فلا يرث المفقود من الغير إلا إذا تحققت حياة المفقود قبل وفاة المورث، فلا يرث المفقود من الغير إذا مات بعد الفقد، أو مات قبل تاريخ الحكم بموت المفقود إذا حدد الحكم تاريخ الوفاة؛ لهذا يوقف نصيب المفقود إلى أن يظهر أمره، فإن حكم بوفاته طبق الحكم من تاريخ الفقد لا الحكم، واعتبر ميتاً من تاريخ الفقد وإن ظهر حياً أعطي ما أوقف له، لثبوت حياته حال موت مورثه.

والإشكالية العملية التعامل مع كل ما يخص المفقود على أنه ماله، ويحكم ما آل إليه من ميراث غيره ومن ماله بحكم ميراثه، أو العكس، وهذه الحالة نادرة الحدوث في الجانب العملي، وهي انعكاس لعدم تعيين وكيل على أمواله والحكم بالفقد مجرد حصوله، فيفصل بين ماله، وما أوقف إليه من مورثه، ولهذا نكتفي بهذه الإشارة لسلطة القاضي في تحديد سبب ميراث المفقود في أحكام القضاء الليبي؛ وذلك من خلال الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي، تبقى إشكالية نص الإحالة، وهي عامة بكل أحكام المفقود التي مصدرها أحكام الفقه الإسلامي، وقد عرضنا هذه الإشكالية في فقرات سابقة، كما أن في توسيع سلطة المشرع في فترة الفقد تخفيف لتداعيات أحكامه على المجتمع بمختلف متعلقاتها.

نخلص من خلال ما سبق إلى أن توسيع سلطة المشرع، ومن ثم القاضي في أحكام المفقود في الفقه الإسلامي تعطي المشرع والقضاة فرصا كافية لمعالجة تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا، وأن تطبيق قاعدتي قول المجتهد دليل العامي، وحكم الحاكم يرفع الخلاف يحمي وحدة التشريع ويوسع الاستفادة من تنوع الفقه الإسلامي في إيجاد الحلول التي يفرضها تطور الحياة العصرية، ودون إخلال بالمصدر الإلهي لأحكامه؛ حيث أن حكم الحاكم يرفع الخلاف يدخل حكم الفقه الإسلامي في المنظومة التشريعية، ويحقق وحدة التشريع، وقول المجتهد دليل العامي يربط حكم الحاكم بالقرآن والسنة، وغيرها من المصادر التي أحالت عليها نصوص القرآن والسنة، وبالإحالة أصبحت جزءا من القرآن والسنة.

ورغم هذه الفرص التي يمنحها تطبيق أحكام الفقه الإسلامي بالرؤية التي عرضناها؛ إلا أن نماذج الأحكام التي اعتمدناها محلا للدراسة واللقاءات الحوارية مع عدد من القضاة والمحامين أبرزت إشكالات عملية قللت فرص الاستفادة من الفقه الإسلامي في معالجة تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا، والبحث عن حلول عملية لتجاوز هذه العقبات هو موضوع هذه الندوة، ونحيل لسيادتكم هذا البحث؛ لإبداء ملاحظاتكم، فكما أن أعضاء الجهاز القضائي وفق تكوينهم العلمي يجدون صعوبة في توظيف أحكام الفقه الإسلامي بشكل واسع، واستحضار العمق والفلسفة، فإن البحوث من أساتذة الشريعة والفقه المقارن، والقانون بمختلف فروعهم يعترضهم القصور في غير مجال تخصصهم.

الخاتمة

أرجو أن أكون قد أصبت ضالتي في هذا العمل المتواضع، وأن أكون قد ساهمت ولو بشيء بسيط في إثراء المكتبة الإسلامية، وذلك بإزالة اللبس، وتوجيه الإشكاليات المثارة حول الاستفادة من الفقه الإسلامي موضوع دعم فاعلية التشريع، وتحديد المفاهيم القانونية في الفقه الإسلامي، وأن أكون قد أخرجت ما في مصادر الفقه الإسلامي من كنوز تنبئ عن مكانة الفقهاء، وقوة ما كان داعماً، وحافظاً لهم، وسرّ قوتهم وبعد نظرهم، وحرصاً على أن يكلل هذا العمل بالنجاح، وإتماماً للفائدة نعرض ملخصاً لأهم المقترحات.

- إعادة النظر في المناهج التعليمية المتعلقة بدراسة الجانب التشريعي للشريعة الإسلامية، بما يحقق الوقوف على عمق الفقه الإسلامي، من حيث الطرق والمناهج، فمن حيث الطرق الانتقال من التلقين إلى الفهم، ومن حيث المناهج معالجة النقص في مراحل التعليم المختلفة، وإعادة النظر في مناهج كليات العلوم الشرعية.

- على المؤسسات "أهمها دور الإفتاء"، والمؤسسات التعليمية والقيادات الدينية التطوير من نفسها ومواكبة حركة التطور الفكري، وعليها العمل على إعادة النظر في علاقاتها مع السلطة، ومع غيرها من أنصار الاتجاه المخالف، ومع المواطنين المخالفين لهم في الدين ومع المرأة، خاصة بالدول التي تعاني على المستوى الفكري في مجال الفقه الإسلامي.

- التركيز أكثر على الاجتهاد المؤسسي، وربط الأمة برمزيتها على مستوى المؤسسات؛ فالاجتهاد المؤسسي أقدر على التجاوب مع متطلبات الحياة العصرية.

- تعميق لغة الحوار بين الأطراف المكونة لبنية التشريع، وفق الخصوصية التي تسعى ليبيا لتحقيقها، وما يرسّخ مفهوم المشاركة الواسعة في صنع واتخاذ القرارات الحيوية.

- إن محاولة محاكاة بعض نماذج وقائع مشابهة وقعت زمن الرسول صلى الله عليه وسلم، والصحابة والتابعين له محاذيره إذا لم تراعى الأسس والمنهجية ومقتضيات الواقع، ومستلزمات المعالجة؛ لهذا نقترح التعامل مع الأسس والمقاصد، خاصة ما تعلق بالشأن العام، والتي يغلب في الموازنة بين مصالح دنيوية متعارضة ومتجددة، والمجال القضائي أوسع مجالاته، وفي المقابل تشريعات الأحوال الشخصية أكثرها حاجة لمراعاة هذه الاعتبارات، عند التشريع وعند التطبيق.

-دعوة لرجال الشريعة ورجال القانون التقارب أكثر، وتضييق الهوة بين الفكر القانوني والشرعي في أذهان الطرفين، وأكرر عبارة نقلت عن عدد من رجال الفقه المقارن " لو اجتمع القانونيون والشرعيون لأحدثوا شيئاً.

- إعطاء الأولوية لتأهيل الكوادر البشرية؛ وفي مقدمتها من يقع عليهم عبء إدارة العملية الانتقالية من رجال قانون وساسة وفقهاء الشريعة؛ لأنها من مستلزمات المرحلة.

قائمة بأهم المراجع

- * - الآمدي - سيف الدين أبو الحسن علي بن محمد بن علي بن محمد - الإحكام في أصول الأحكام - ضبط الشيخ إبراهيم العجوز - بيروت - لبنان - دار الكتب العلمية - ط الخامسة 2005م.
- * - أبو زهرة - الدكتور ، محمد أبوزهرة - أصول الفقه - القاهرة - دار الفكر العربي - ب ط سنة 2006م.
- * - الباجي - القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف ؛ إحكام الفصول في أحكام الأصول، تح د. عمران علي أحمد العربي، بيروت، دار ابن حزم، ط الأولى، 2009م.
- * - البدخشي - محمد بن الحسن - مناهج العقول ، ومعه شرح الأسنوي - نهاية السؤل - مكتبة علي محمد صبيح وأولاده - مصر - ب ط - ب ت .
- * - .البشري - المستشار طارق البشري - الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - القاهرة - دار الشروق - ط الأولى 1996 م .
- * - ابن حزم - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم - الإحكام في أصول الأحكام - تح - محمد حامد عثمان - القاهرة - دار الحديث - ب ط - 2005 م.
- * - البوطي - الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي - السلفية مرحلة زمنية مباركة لا مذهب إسلامي - بيروت - دار الفكر المعاصر، دمشق - دار الفكر - ط 11 سنة 2009م.
- * - بن عاشور - الشيخ محمد الطاهر بن عاشور - تفسير التحرير والتنوير - طرابلس - دار الجماهيرية للنشر والتوزيع - تونس - الدار التونسية - ب ط - ب ت .
- * - ابن عابدين - محمد أمين - حاشية رد المحتار على الدر المختار - مع تكملة ابن حاسية ابن عابدين لنجل المؤلف - تح الشيخ عادل أحمد عبدالموجود وغيره - قدم له الأستاذ الدكتور محمد أبوبكر إسماعيل - الرياض - دار عالم الكتب - ط خاصة 2003م 458/6.

*- بن طاهر، الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، بيروت، مؤسسة المعارف ، ط الثانية، 2003م.

*- بن غلبون- محمد خليل بن محمد- التحفة في علم المواريث - تح السائح علي حسين -- طرابلس كلية الدعوة الإسلامية - ط الأولى - 1990 م .

*-ابن قدامة- أبو محمد عبدالله بن أحمد- المغني- ويليهِ الشرح الكبير لأبي فرج بن قدامة، القاهرة - دار الحديث-ب- ط سنة 2004م

*- ابن القيم - شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي - إعلام الموقعين - القاهرة - دار الحديث - ب ط - ب ت .

*- ابن الهمام- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري الحنفي- شرح فتح القدير - لبنان- سوريا- الكويت- دار النوادر- ط الأولى- 2012م.

*- التسولي- أبو الحسن علي بن عبدالسلام التسولي- البهجة في شرح التحفة- ومعه حلي المعاصم لفكر بن عاصم للتاودي- بيروت - دار الكتب العلمية- ط الأولى سنة 1998م.

*-الحطاب - أبو عبدالله محمد بن عبدالرحمن المغربي - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - ومعه التاج والإكليل للمواق - بيروت - دار الفكر - ط الثالثة 1992 م.

*-الحلو - ماجد راغب الحلو الدولة في ميزان الشريعة ! النظم السياسية - الإسكندرية - دار المطبوعات الجامعية ب ط 1996م.

*- الديباني -عبدالمجيد عبدالحميد الديباني-- أحكام المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية- طرابلس- الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان-ط الثانية 1993م.

*- الرازي،محمد الرازي فخر الدين ابن العلامة ضياء الدين، مفاتيح الغيب، بيروت، دار الفكر،ط الأولى 1981م.

*- الرملي- أبو العباس أحمد بن محمد بن حمزة الرملي- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي - ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري_ ومعه حاشية أحمد عبدالرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشدي - بيروت - دار الفكر - ب ط 2004م

*-الرهوني، أبو زكريا يحيى بن موسى- تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السؤل- تح- الدكتور يوسف الأخضر القيم- الإمارات العربية- دار البحوث والدراسات الإسلامية، إحياء التراث- ط الأولى سنة 2002م.

*- الزحيلي- الدكتور وهبة الزحيلي - أصول الفقه الإسلامي - سوريا - دمشق - دار الفكر - ط الثالثة 2005 م.

*- زهير، الدكتور محمد أبو النور زهير-أصول الفقه - دار المدار الإسلامي، بيروت- ط الأولى- سنة 2001م 75/4 وما بعدها.

*-السبكي - شيخ الإسلام تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي - الإبهاج في شرح المنهاج - تح الدكتور شعبان محمد إسماعيل - السعودية - مكة المكرمة - بيروت - لبنان - دار ابن حزم - ط الأولى 2004 م .

*-الشاطبي - الإمام أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي -الموافقات في أصول الشريعة - علق عليه الأستاذ محمد حسنين مخلوف - بيروت - دار الفكر - ب ط - ب ت .
*- الشربيني- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - تح عماد زكي البارودي وغيره - القاهرة - المكتبة التوقيفية - ب ط - ب ت .

*- الشيرازي، الإمام أبوإسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي الشيرازي ،التبصرة في أصول الفقه، تح محمد حسن هنتوا ، دمشق، دار الفكر، ب ط ، 1983م.

*. صبري- مصطفى صبري- موقف العقل والعلم والعالم من رب العالمين، وعباده المرسلين- القاهرة - دار الأفاق- ط الأولى سنة 2006م.

- *- الشوكاني - الإمام الحافظ محمد بن علي الشوكاني - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول - تح - محمد حسن محمد إسماعيل الشافعي لبنان - بيروت - دار الكتب العلمية - ط الأولى - ب ت .
- *- العراقي، ولي الدين أبوزرعة أحمد بن عبدالرحيم - الغيث الهامع شرح جمع الجوامع تح محمد تامر حجازي- منشورات محمد بيضون- دار الكتب العلمية - ط الأولى 2014م.
- *- عlish - الشيخ محمد عlish - منح الجليل على شرح مختصر خليل (بيروت - دار الفكر ب ط 1989م.
- *- عماد - د. عبد الغني عماد_ الحركات الإسلامية في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية بيروت لبنان، ط الألى 2013م.
- *- العيني- بدر الدين أبو محمد بن أحمد- البناية في شرح الهداية تح أيمن صالح شعبان- بيروت- دار الفكر - ط الثانية 1990م
- *- الغزالي- الإمام أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي- المستصفي في علم الأصول- صححه محمد عبدالسلام عبدالشافعي- بيروت- دار الكتب العلمية- ب ط سنة 2000 م .
- *- الفرضي- الشيخ إبراهيم بن عبدالله الفرضي-العذب الفارض شرح عمدة الفارض- دار الفكر- ط الثانية - 1993 م .
- *- الفيوبي- الدكتور محمد إبراهيم - في مناهج تحديد الفكر الإسلامي - القاهرة - دار الفكر- ط الأولى 2000م.
- *- القرافي- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي- الذخيرة- تح الأستاذ محمد أبوطيرة- بيروت لبنان- ط الأولى 1994م.
- *- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول من الأصول- بيروت لبنان - دار الفكر- ب ط - 2004م.

- *-القرطبي - أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري - الجامع لأحكام القرآن - بيروت - دار الشام للتراث - ط الثانية- ب ت .
- *-الكاساني - علاء الدين أبوبكر بن محمد - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - مصر - مطبعة الجمالية - ط الأولى 1910م .
- *-الماوردي- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي- الحاوي الكبير- ويليه بهجة الحاوي لابن الماوردي- بيروت- دار الفكر- ب ط - سنة 2003م .
- *-محمد-عوض محمد - دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي - دار المطبوعات الجامعية- مصر - الإسكندرية- ب-ط -سنة 1999م.
- *- المرصفاوي، د.حسن صادق المرصفاوي ،المرصفاوي في القانون الجنائي ، قانون العقوبات ، منشأة المعارف ،الإسكندرية ، ب ط ، ب ت.
- *- المكني-الناصر المكني- الإسلام والدستور-منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص- تونس ط الأولى - سنة 2014م .
- *-منصور - علي منصور- الشريعة الإسلامية؛ مدى صلاحيتها للحلول محل القوانين الوضعية، وكيفية ذلك؛ ضمن الوثائق والدراسات الخاصة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية - اللجنة العليا واللجان الفرعية لمراجعة التشريعات وتعديلها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ط1- 1972م .
- *- نافع -بشير موسى نافع وغيره، الظاهرة السلفية "التعددية التنظيمية والسياسات"،-مركز الجزيرة للدراسات. الدوحة قطر ط الأولى 2014م.
- *- النووي- الإمام محي الدين أبو زكرياء يحيى بن شرف -صحيح مسلم بشرح النووي-مراجعة محمد تامر - القاهرة - ب ت - ب ط.

أثر الظروف الاستثنائية على المواعيد الإجرائية

Effects of Exceptional Circumstances on Procedural Dates

د . عبير سالم عبد إله (1)

Dr. Abeer Salim Abdella

الملخص

يحرص قانون المرافعات — باعتباره القانون العام للإجراءات القضائية — على تنظيم حسن سير الخصومة وصولاً إلى تحقيق غايتها النهائية ، وهي صدور حكم قضائي يحسم النزاع على الحق المتنازع عليه ويبين حكم القانون فيه ، لذا كان من الطبيعي أن يحوي هذا القانون الإجراءات التي يلزم إتباعها أمام القضاء ، وأن يحدد المواعيد التي يجب احترامها عند مباشرة هذه الإجراءات ، بحيث يترتب على عدم احترامها العديد من الجزاءات الإجرائية التي قد توجه إلى إجراء معين من إجراءات الخصومة كسقوط الحق في اتخاذ هذا الإجراء، وقد توجه إلى الخصومة ككتلة واحدة مثل الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن ، أو الحكم بسقوط الخصومة أو غيرها من الجزاءات الإجرائية ، والتي وإن كان الأصل فيها أنها لا تمس أصل الحق المرفوعة به الدعوى ، إلا أن آثارها غير المباشرة قد تمتد إلى هذا الحق وتنتال منه. هذا التنظيم التشريعي الجزائي قد يبدو عادلاً ومبرراً في الأحوال العادية ، حيث كان الخيار بيد المدعي والإهمال راجع لفعله وهو ما رتب توقيع الجزاء عليه ، لكن في الظروف الاستثنائية العامة التي تشكل خطر على وجود الدولة وكيانها ، كما في الحروب وانتشار الأوبئة والزلازل والفيضانات ، حيث تخرج الأمور عن إرادة الأفراد ، وحيث تتوقف الكثير من مظاهر الحياة العادية دون أن تتوقف عجلة الزمن عن الدوران ، فإن الاصطدام بجميع المواعيد حاصل لا محالة ، ليس فقط المواعيد الإجرائية المرتبطة بخصومات منظورة وقائمة أمام القضاء ، بل أيضاً المواعيد الإجرائية المتعلقة بخصومات لم تنتظر بعد ، كمواعيد الطعن في الأحكام ، وهو ما يطرح التساؤل عن عدالة هذه الجزاءات ومشروعية توقيعها في مثل هذه الظروف .

لذا نحاول في هذا البحث التعرف على أثر الظروف الاستثنائية على المواعيد الإجرائية ، وكيفية المعالجة لما يترتب هذا الأثر من إشكاليات قانونية، وصولاً إلى كيفية تحقيق الحماية لهذه المواعيد التي انقضت في ظروف استثنائية خارجة عن إرادة الأفراد .

كلمات مفتاحية : مواعيد إجرائية — ظروف استثنائية — قوة قاهرة — وقف الميعاد — امتداد الميعاد .

¹ (عضو هيئة تدريس بقسم القانون الخاص بكلية القانون / جامعة بنغازي .

Abstract

Law of procedures, as the public law of judicial procedures, organizes suit track to achieve its final purpose, a sentence settling the dispute on the disputed right and stating the legal provision, as it is natural for this law to include procedures required to be taken before court in addition to determine the fixed dates to be observed when taking such procedures, so that in case of non respecting the same, many procedural penalties applied to a certain procedure of suit procedure shall apply such as this procedure extinction, dispute can be a whole part such as considering the suit as it has not been instituted or sentencing non suit or other procedural penalties whose basis is not to discuss the suit right, yet its indirect effects may extend to and overthrow this right.

This penal legislative organization seems fair and just in normal circumstances, as the suitor had the choice and negligence is related to his acts which resulted in penalizing him, but in general exceptional circumstances when affairs is out of control such as cases of wars, epidemics, earthquakes and flooding and as many normal life activities may be suspended without time suspension, intervention with all dates is a fait accompli, not only for procedural dates related to suits heard before court, but only for procedural dates related to suits unheard yet, such as dates of appealing sentences which questions the fairness of such penalties and legitimacy of application under these circumstances.

Accordingly, in this research we try to know the effect of exceptional circumstances on procedural dates, and dealing with this effect results on legal problems, , to protect such dates unmet in an exceptional circumstances beyond control.

Key words : Procedural dates – exceptional circumstances – force majeure – Date suspension – Date extension .

المقدمة

ترتبط المواعيد بفكرة الزمن ، فالميعاد هو فترة زمنية لها بداية ونهاية ، وقد استعمل المشرع الإجرائي هذه الفكرة كوسيلة تنظيمية تضمن تتابع الإجراءات والربط بينها ، وتؤدي إلى التخلص من الخصومات الراكدة أمام المحاكم وتضع حدا لتأخير المنازعات .

هذه الوسيلة المتمثلة في المواعيد ، يتنازعها اعتبارين ، الأول : منح الخصوم الوقت الكافي لاتخاذ الإجراءات وإعداد وسائل الدفاع ، لأن في ذلك احتراماً لحقوقهم المشروعة ، و الثاني : أن هذا الوقت الكافي لابد أن يكون كذلك مناسباً ومعقولاً بحيث لا يترتب عليه تأخير الفصل في الدعوى ، لذلك فالأصل هو التحديد الجامد للمواعيد الإجرائية ، والذي يكون المعيار فيه وفقاً لما يراه المشرع مناسباً في الأحوال العادية ولو كان غير مناسب بخصوص خصومة معينة ، وبحيث لا يكون للخصوم – ولو اتفقوا – ولا للقاضي سلطة تعديل هذه المواعيد ، إلا إذا خولهم المشرع صراحة هذه السلطة .

غير أنه من المتصور أحياناً ألا نكون بصدد أحوال عادية نظم المشرع كل ما يتعلق بالخصومات المثارة فيها ووضع مواعيد محددة لبدئها وانتهائها ، وإنما قد تطرأ ظروف استثنائية عامة غير متوقعة ، توجه الأنظار نحو كيفية احتساب المشرع لهذه المواعيد وتثير الجدل حول عدالة سريانها و اكتمالها في هذه الظروف ، مع ما يترتب ذلك من انقضاء لحقوق أصحاب الشأن المقترنة بها دون أن يكون لإرادتهم دخل في ذلك .

ولعل الحاجة اليوم تبدو أكثر إلحاحاً إلى تسليط الضوء على كل ما يتعلق بالمواعيد الإجرائية ، وذلك بسبب معاشتنا لأحد هذه الظروف الاستثنائية ، ألا وهو (وباء كورونا) الذي اجتاح سائر دول العالم ، بما فيها ليبيا ، دون سابق إنذار ، ورتب معوقات كثيرة أمام تنقل الأفراد وحريتهم في الحركة ، نتيجة ما تم فرضه عليهم من حظر تجول جزئي أو كلي، وكذلك منع التنقل بين المدن والمناطق⁽¹⁾،

⁽¹⁾ للاطلاع على القرارات المتعلقة بالحظر يمكن الرجوع إلى مواقع الانترنت الخاصة باللجان المكلفة بإصدار هذه القرارات، وهي تتمثل في اللجنة العليا لمكافحة وباء كورونا المشكلة بموجب القرار رقم 127 لسنة 2020 الصادر بتاريخ 2020/3/16 بالنسبة لشرق البلاد ، أما في غرب البلاد فموقع اللجنة المشكلة بموجب القرار رقم 207 لسنة 2020 م الصادر بتاريخ 2020/3/16 ، ويلاحظ أن هذه القرارات تدرجت في فترة صدورهما مابين حظر جزئي وكلي للتجول ، وإقفال نهائي بين المدن ، ثم اقتصر الحظر بعد ذلك على الفترة المسائية فقط ، أما في الوقت الحالي فلا نلاحظ أي أثر لحظر التجول.

إضافة إلى التعطيل شبه الكامل لمعظم مرافق الدولة وفي مقدمتها مرفق القضاء الذي توقف كلياً عن العمل تنفيذاً لما صدر من قرارات بالخصوص⁽¹⁾.

وبصرف النظر عن مدى اختصاص الجهة المصدرة لمثل هذه القرارات من عدمه⁽²⁾، إلا أن الأكيد إن أي تعطيل أو غياب لهذا المرفق هو تعطيل للحق في التقاضي وهو أحد أهم الحقوق الطبيعية الأساسية للأفراد، مما يفسح المجال أمام العودة إلى شريعة الغاب واقتضاء الأفراد حقوقهم بأيديهم، وما يستتبع ذلك من غياب الاستقرار والسلم الاجتماعي وانهيار الأمن والقيم الأساسية في المجتمع. لذلك فإن العديد من الدول ومع تسليمها بضرورة هذا التوقف باعتباره من التدابير الوقائية، إلا أنها - في ذات الوقت - حاولت جاهدة إيجاد حلول عملية لهذه المعضلة وتفعيل عمل المحاكم بآلية تتوافق مع هذه الظروف، فكان التعويل بشكل أكبر على نظام (التقاضي عن بعد) أو (التقاضي الإلكتروني) بعد أن قامت هذه الدول في وقت سابق بتطويع تشريعاتها لتسمح باستعمال هذه المكنة، والاستفادة من مزايا العدالة الرقمية المتمثلة في الحد من حالة التكدس والزحام داخل المحاكم والنيابات، والتسهيل على المواطنين في المطالبة بحقوقهم دون حاجة للمثول الشخصي أمام المحاكم⁽³⁾.

(1) بتاريخ 29 مارس 2020 م انفرد رئيس المجلس الأعلى للقضاء بإصدار القرار رقم 35 لسنة 2020 م بشأن وقف العمل بالمحاكم والنيابات والذي نص في مادته الأولى على (يوقف العمل بشكل كامل في المحاكم والنيابات العامة والهيئات القضائية الأخرى من اليوم التالي لتاريخ صدور هذا القرار حتى نهاية شهر ابريل 2020م) بينما نص في المادة الثانية على أن يتم العمل بالمحاكم وفق جدول مناوبة لعدد من قضاتها ومستشاريها للبت في المسائل والأمور المستعجلة، ليتم بعد ذلك تمديد العمل بالقرار السابق حتى منتصف شهر يونيو (6) 2020 م بموجب قرار رئيس المجلس الأعلى للقضاء رقم 48 لسنة 2020م، ثم صدر قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم 35 لسنة 2020م بتمديد وقف العمل حتى نهاية شهر يونيو على أن العمل بالهيئات القضائية اعتباراً من 2020/7/1م (جميع هذه القرارات منشورة على شبكة المعلومات). وتجدر الإشارة إلى أن استئناف العمل بتاريخ 2020/7/1 يشكل استثناء جزئياً باعتبار أن هذا التاريخ (7/1) هو بداية العطلة القضائية السنوية الدورية لأعضاء الهيئات القضائية التي تستمر حتى تاريخ 8/30 من كل عام (وفقاً للمادة 73 من القانون رقم 6 لسنة 2006 م بشأن نظام القضاء) ورغم استمرار العمل الإداري بالمحكمة في أثناء هذه العطلة إلا أنه قد جرى العمل على النظر خلالها في القضايا المستعجلة فقط .

(2) في مسألة مدى اختصاص المجلس الأعلى للقضاء بإصدار القرارات التي أدت إلى توقف مرفق القضاء عن العمل . يمكن الرجوع إلى الدكتور العلامة د. اعبوده (الكوني علي) : " وقف العمل بالمحاكم وتعطيل الحق في التقاضي " مقال منشور بتاريخ 8 يونيو 2020 بصفحته على شبكة المعلومات .

(3) من هذه الدول فرنسا المفعّل فيها نظام التقاضي الإلكتروني منذ منتصف عام 2007 ف، وكذلك الإمارات (بموجب القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006 م) حيث استأنفت محاكم دبي عملها إلكترونياً ابتداءً من 19 ابريل 2020 م في مختلف درجات التقاضي، والأردن التي لديها نظام استعمال الوسائل الإلكترونية في الإجراءات القضائية المدنية، أما مصر فقد سبق لها تعديل قانون المحاكم الاقتصادية رقم 120 لسنة 2008 م بموجب القانون رقم 146 لسنة 2019 م (منشور في الجريدة الرسمية المصرية العدد 31 مكرر (و) الصادر بتاريخ 7 أغسطس 2019 م) بما يسمح باستخدام وسائل تقنية المعلومات في تقديم خدمات رفع وإعلان وإدارة الدعاوى القضائية إلكترونياً أمام هذه المحاكم . لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى مقال أ. العدوان (ماجد أحمد صالح) : " التقاضي الإداري

أما في ليبيا فلن يكون بالإمكان إعمال نظام (التقاضي عن بعد) والاستفادة منه في تفعيل العمل بالمحاكم المدنية في حالات الطوارئ ولو بشكل جزئي⁽¹⁾ ، وذلك لعدة أسباب أهمها أن نصوص قانون المرافعات الليبي رسمت طريقا محددا لانعقاد الخصومة يقوم على اتصال المحكمة بالدعوى المرفوعة أمامها بتكليف من المدعي للمدعى عليه بالمثول والتلاقي أمام القضاء (أنظر المواد 80 ، 85 ، 87 ، 92 مرافعات ليبي) ، يضاف إلى ذلك أن الحديث عن إجراء تعديلات تشريعية للسماح بتنفيذ نظام (التقاضي الإلكتروني) وما يحتاجه ذلك من إمكانيات مادية وتقنية في ظل ما تعانيه ليبيا اليوم من أزمات اقتصادية وسياسية وغيرها، قد يبدو من قبيل الرفاهية .

لكل ذلك فإننا سوف نقوم في هذه الدراسة بالبحث في نصوص قانون المرافعات الليبي الحالية لمعرفة مدى وكيفية المعالجة التي قدمتها هذه النصوص بخصوص الأثر المترتب على سريان المواعيد الإجرائية و اكتمالها في الظروف الاستثنائية العامة⁽²⁾ ، التي يستحيل فيها على الأفراد مباشرة

الإلكتروني في النظام القانوني الأردني "دراسة مقارنة " ، مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، المجلد (3) ، العدد (1) ، 2019 م، من ص 84 إلى ص 109 منشور على موقع المجلة في شبكة المعلومات (الانترنت) / الرابط https://aau.ac.ae/uploads/2019/05/al_ain_university_journal_of_business_and_law_2019_2020_ar.pdf . تاريخ الزيارة 2020/10/6 .

1) يجب الإشارة هنا إلى أن الأمر مختلف بالنسبة للمحاكم الجنائية ، إذ أصبح بالإمكان الحديث عن وجود (نظام للتقاضي عن بعد) أمام هذه المحاكم ، وذلك بعد التعديل الذي طال بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية الليبي بموجب القانون رقم 7 لسنة 2014 م والذي نص في مادته الأولى على اعتبار الجلسة علنية طالما تم نقلها مباشرة إلى الجمهور عبر القنوات الفضائية أو من خلال الشاشات العامة أو غيرها من وسائل الاتصال ، كما أن المادة الثانية منه أجازت للمحكمة في حالات الضرورة الاستعانة بوسائل الاتصال الحديثة لربط المتهم بقاعة الجلسة واتخاذ الإجراءات في مواجهته بهذه الطريقة ، وهذا الأمر ينطبق كذلك على الشهود والخبراء والمدعي بالحقوق المدنية والمسئول عنها طالما توافرت شروط الضرورة التي تقدرها المحكمة وتجعلها تجري المحاكمة عن بعد . (للاطلاع على القانون رقم 7 لسنة 2014 م يمكن الرجوع إلى الجريدة الرسمية ، السنة الثالثة ، العدد 4 ، بتاريخ 2014/5/7 م ، ص 381) .

2) المواعيد الإجرائية أو (مواعيد المرافعات) هي المواعيد التي تتعلق بأعمال إجرائية تتصل بخصومة قضائية أو بسببها ، وهي تنوع إلى مواعيد إجرائية حتمية (وهي التي ستكون محل دراستنا) ومواعيد إجرائية تنظيمية ، والفرق بينهما أن المواعيد الحتمية يرتب المشرع على مخالفتها جزاء إجرائيا (البطلان - سقوط الحق في اتخاذ الإجراء - اعتبار الدعوى كأن لم تكن - سقوط أو انقضاء الخصومة) وغالبيتها موجه إلى الخصوم ويجب عليهم مراعاتها سواء كانت هذه المواعيد مقرر لمصلحتهم (كميعاد سقوط الخصومة م 255 مرافعات / ميعاد قيد الدعوى خلال أربعة أشهر من تاريخ الجلسة الأولى م 87 مرافعات) أو متعلقة بالنظام العام (كمواعيد الطعن في الأحكام م 302 مرافعات) ، أما المواعيد التنظيمية وإن كانت محددة في القانون إلا أنه لا يترتب على مخالفتها جزاء إجرائي كمواعيد نظر الدعوى وإصدار الأحكام والأوامر على العرائض وميعاد إيداع المدعى عليه مذكرة بدفاعه والمستندات المؤيدة وهي في غالبيتها موجهة إلى القضاة أو الموظفين المختصين وتهدف إلى تنظيم أعمال المحاكم ، ومن ثم تخرج المواعيد التنظيمية من نطاق هذه الدراسة ، كما تخرج مواعيد التقادم التي تتعلق بحقوق موضوعية تنظمها قواعد القانون الموضوعي سواء منها المقررة في القوانين المدنية أو التجارية ، فهذه تكفل القانون المدني بحمايتها في الظروف الاستثنائية وفق المادة 369 منه .

الإجراءات المرتبطة بهذه المواعيد ، وما إذا كان الأمر يحتاج إلى تدخل تشريعي من عدمه بالنظر إلى مدى فعالية ونجاعة النصوص الإجرائية الحالية .

ولابد أن نشير هنا إلى أنه سيتم التركيز بشكل كبير على الآثار الناتجة عن الأزمة الصحية الراهنة التي سببها وباء كورونا باعتباره ظرفا استثنائيا عاما ، وهو ما يقتضي التأكيد على أمرين مهمين يجب أخذهما في الاعتبار عند الحديث عن حماية المواعيد الإجرائية خلال هذه الأزمة :

الأول : إن التوقف الكامل لمرفق القضاء عن العمل خلال الفترة من 2020/3/29 م إلى 2020/6/30 م شكل استحالة قانونية حالت دون التجاء الأفراد إلى القضاء ومباشرة الإجراءات المطلوبة منهم .

الثاني : إن استئناف مرفق القضاء لعمله وعودته الخجولة بتاريخ 2020/7/1 م لا تعني بحال من الأحوال زوال هذه الاستحالة ، بل هي موجودة باستمرار وجود هذا الوباء وزيادة انتشاره ، ويظهر ذلك من خلال الأرقام التصاعدية لحالات المرضى و الوفيات واتساع الرقعة الجغرافية للأماكن الموبوءة، مما يستوجب الاعتراف بأننا نواجه ظروف استثنائية غير عادية ، وأن فرضية الإصابة بهذا الوباء — لا سمح الله — متوقعة وما يترتب ذلك من ضرورة الحجر الصحي للمصاب ولكل المخالطين له ، وهو مما يدخل تحت طائلة المانع المادي الذي يتعذر معه مباشرة الإجراءات القضائية في مواعيدها، إضافة إلى المانع القانوني المتمثل فيما أصدرته السلطات المختصة لمجابهة الوباء من قرارات حظر وتقييد حرية الأفراد في التجول والتنقل بين المدن استمرت حتى بعد عودة مرفق القضاء إلى العمل⁽¹⁾.

⁽¹⁾ في هذا الصدد تقرر محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 4110 لسنة 82 ق جلسة 2018/5/14 م أن (المقرر في قضاء محكمة النقض أنه تقف مواعيد السقوط بالقوة القاهرة التي لا إرادة للخصم فيها وتمنعه من القيام بالعمل الإجرائي في الميعاد المحدد له ويستمر وقف سريان الميعاد ما بقي ذلك الطارئ قائما وماعنا من اتخاذ الإجراء) منشور على موقع محكمة النقض المصرية

إشكالية البحث :

يرتّب حدوث ظرف استثنائي عام ، العديد من الإشكاليات القانونية سواء من الناحية الإجرائية أو الموضوعية ، والتي من المحتمل ألا يكون المشرع قد وضع من النصوص الاستباقية ما يكفل معالجتها والحيلولة دون تفاقمها .

فعلى سبيل المثال تسبب انتشار وباء كورونا المعاصر في توقف مرفق القضاء كليا عن العمل فترة ليست بالقصيرة ، وهو أمر سيرتّب العديد من الإشكاليات، والتي سنثار عاجلا أم آجلا أمام القضاء الليبي، لاسيما فيما يتعلق بسريان المواعيد الإجرائية واكتمالها خلال هذه الأزمة ، منها على سبيل المثال:

اكتمال ميعاد السنة المجري لسقوط الخصومة (م 255 مرافعات) ، أو ميعاد الخمس سنوات المؤدي لانقضائها (م 261 مرافعات) وذلك خلال فترة التوقف القضائي الكلي عن العمل من 29 / 2020/3 إلى 2020/6/30 ، وكيفية التعامل مع ما ترتبه هذه المواعيد المنقضية من جزاءات .

لو افترضنا أن مدة الوقف الاتفاقي المبرم بين الخصوم قد انتهت أثناء توقف القضاء عن العمل ، بحيث لم يتمكن المدعي من تعجيل دعواه خلال الثمانية أيام التالية وفقا للمادة 247 مرافعات ، فهل يستطيع التعجيل بعد أن عاد مرفق القضاء إلى العمل أو حتى بعد ذلك بمجرد توقف قرارات حظر التجول الكلي ، دون أن يتم الدفع في مواجهته باعتباره تاركا دعواه وهو الجزاء الذي يقرره النص المذكور؟

إذا لم يقم المدعي بعد إعلان صحيفة دعواه بقيدها في جدول الجلسات حتى اليوم السابق لتاريخ الجلسة ، كما أنها لم تقيد في يوم الجلسة ذاته وفقا للمواد 85 ، 86 مرافعات ، في هذه الحالة يجوز تحديد جلسة أخرى يتم إعلانها وقيدها خلال أربعة أشهر من تاريخ الجلسة الأولى التي سبق تحديدها وإلا اعتبرت الدعوى كأن لم تكن وفقا للمادة 87 / 2 مرافعات ، ماذا لو تم تحديد الجلسة الأخرى للمدعي خلال ميعاد الأربعة أشهر المذكورة وقبل إعلان المدعي عليه بها حدث التوقف القضائي عن العمل، واكتمل الميعاد خلال هذا التوقف. هل تعتبر الدعوى كأن لم تكن ويزول كل أثر للمطالبة القضائية ، خاصة أثرها في قطع التقادم الموضوعي؟

مع ملاحظة أن الأمر يصبح أكثر صعوبة إذا افترضنا أن الحق الموضوعي في رفع هذه الدعوى قد سقط بالتقادم خلال فترة توقف القضاء ، إذ سترتب على الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن في هذه الحالة استحالة تجديد المطالبة القضائية .

إذا تم شطب الدعوى ثم توقف مرفق القضاء عن العمل حتى مضت مدة تزيد عن ستين يوما بعد الشطب خلال هذا التوقف، ثم أراد المدعي إعادة السير في دعواه بعد استئناف المحاكم لعملها . هل ستعتبر الدعوى في هذه الحالة كأن لم تكن لمرور مدة الستين يوما وفقا للمادة 102 مرافعات؟

إذا تم إعلان المدعى عليه بالحكم الابتدائي الصادر ضده ، ثم حدث توقف القضاء عن العمل بسبب الوباء ، ووقع اليوم الأخير من ميعاد الطعن بالاستئناف (وهو ثلاثون يوما وفق المادة 311 مرافعات) ضمن فترة التوقف، فهل يسقط حق المدعى عليه في رفع الطعن بعد ذلك لفوات الميعاد ؟ وهو الجزاء الذي تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام وفق المادة 302 مرافعات .

يبقى السؤال الأهم : إذا قلنا أن المواعيد الإجرائية يجب أن يقف سريانها خلال هذه الفترة التي رتب فيها وباء كورونا آثارا استثنائية غير متوقعة ، فمن أي نقطة سيبدأ الميعاد الإجرائي الذي أوقف ، هل من تاريخ عودة مرفق القضاء إلى العمل أم من تاريخ توقف السلطة المختصة عن إصدار قرارات حظر التجول للمواطنين بالرغم من استمرار الأزمة الصحية ، وهل القواعد العامة في احتساب مدة الوقف كافية ومجدية لتطبق في هذا الصدد ؟

كل هذه التساؤلات وغيرها هو ما دعانا إلى القيام بهذه الدراسة لمحاولة الحصول على إجابات واضحة بخصوصها ، وذلك وفق منهج تحليلي مقارن اقتضى تقسيم هذه الورقة إلى المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : أثر الظروف الاستثنائية على المواعيد الإجرائية في قانون المرافعات الليبي

الفرع الأول : ميعاد سقوط الخصومة والظروف الاستثنائية

الفرع الثاني : امتداد الميعاد والظروف الاستثنائية

المطلب الثاني : كيفية حماية المواعيد الإجرائية في الظروف الاستثنائية العامة

الفرع الأول : الاستناد إلى فكرة القوة القاهرة وقواعد القانون المدني في غياب النص الإجرائي

الفرع الثاني : استحداث نظام لامتداد المواعيد يتوافق مع أثر الظروف الاستثنائية

المطلب الأول

أثر الظروف الاستثنائية على المواعيد الإجرائية

في قانون المرافعات الليبي

يقرر القانون المدني الليبي ضمن نصوصه نظامي الوقف والانقطاع لمدد التقادم المسقط الذي يؤدي إلى سقوط دعوى المطالبة بالدين ⁽¹⁾ ، ووفقا لهذه النصوص فإن وقف التقادم الموضوعي يكون كلما وجد مانع مادي أو أدبي يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه (م 369 مدني)، والقاعدة بالنسبة للوقف هي عدم احتساب المدة التي أوقف التقادم خلالها بسبب وجود المانع ، على أن تضاف المدة السابقة على قيام المانع إلى المدة اللاحقة على زواله ⁽²⁾ ، أما الانقطاع فيكون وفق نص المادتين (371/370 ف1 مدني) عند حدوث أمر من جانب الدائن في مواجهة المدين الساري التقادم لصالحه (كالمطالبة القضائية والحجز و التنبيه وطلب الدخول في تفليسة المدين) ، أو عند إقرار المدين صراحة أو ضمنا بحق الدائن ، و القاعدة أنه يترتب على الانقطاع إلغاء المدة السابقة عليه بالكامل ، وبدء تقادم جديد من وقت انتهاء سبب الانقطاع وبنفس مدة التقادم السابق (م 372 ف1 مدني) .

وإذا كان هذا هو الوضع في القانون المدني فإن الأمر في قانون المرافعات الليبي مختلف من عدة

جوانب :

من جانب لا يعرف قانون المرافعات نظام انقطاع المواعيد ، وتبرير ذلك أن الانقطاع إنما يرد على التقادم وهو من نظم القانون الموضوعي ، و لهذا التقادم أهداف مختلفة عن هدف الإجراءات في قانون المرافعات ، فبينما يهدف التقادم إلى حماية الوضع الظاهر والمحافظة على استقرار الأمن المدني، فإن هدف الإجراءات حماية الحقوق الموضوعية وليس إهدارها ، كما أن مواعيد المرافعات هي مواعيد قصيرة يتحقق بها سرعة الفصل في القضايا وحسم المنازعات ، ولا يتصور والحال هذه أنه كلما

¹ يستثنى من نظام الوقف والانقطاع في القانون المدني (مدد السقوط) التي ينص عليها القانون في مواضع متفرقة منه وهي مدد في العادة قصيرة تهدف إلى تحقيق الاستقرار ، كسقوط دعوى المطالبة بالجائزة في الوعد بجائزة الموجه للجمهور بمضي ستة أشهر من تاريخ إعلان الواعد بالعدول عن الجائزة (م 164) ، وسقوط دعوى الاستغلال بمضي سنة من تاريخ إبرام العقد (م 129) ، فهذه المدد لا تخضع للوقف أو الانقطاع .

² د. عمر (نبيل إسماعيل) : سقوط الحق في اتخاذ الإجراء في قانون المرافعات، 1989 م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 159.

تعرض الميعاد الإجرائي لأمر انقطع هذا الميعاد ، وأعطى صاحب المصلحة موعداً جديداً كاملاً ، وهو ما قد يتكرر لأكثر من مرة وفي كل منها يعاد حساب الميعاد من جديد .
مثل هذا الأمر يتعارض مع فلسفة المواعيد الإجرائية وهدفها ، وبالتالي يمكن القول أن جميع المواعيد الإجرائية لا تقبل الانقطاع⁽¹⁾.

من جانب آخر، فإن قانون المرافعات وإن عرف نظام وقف المواعيد الإجرائية ، إلا أن جل الحالات التي تقرر فيها هذا الوقف لا تعدو أن تكون معالجة لحالات فردية متصور حدوثها في الظروف العادية ، ولا يتصور والحال هذه أن تصلح أساساً لمد الحماية ووقف المواعيد في حالة حدوث ظرف استثنائي عام كالظرف الصحي الذي نواجهه اليوم ، فهو خارج عن نطاق تطبيقها .

يكفي للتدليل على ذلك الرجوع إلى نص المادة 252 من قانون المرافعات الخاصة بانقطاع الخصومة والتي وإن أوجبت وقف المواعيد الإجرائية في هذه الحالة بنصها على (يترتب على انقطاع الخصومة وقف جميع مواعيد المرافعات التي كانت جارية في حق الخصوم وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع)⁽²⁾ ، إلا أن المادة 249 مرافعات تكفلت بالتحديد الحصري لأسباب انقطاع الخصومة المرتب لهذا الوقف والتي ليس من بينها حدوث ظرف استثنائي عام ، بل هي جميعاً ترجع إلى مركز الخصوم في الخصومة عندما يستحيل عليهم المضي فيها إما بسبب وفاة أحدهم ، أو فقده أهلية الخصومة ، أو زوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين .

⁽¹⁾ د. عمر (نبيل إسماعيل) : قانون المرافعات المدنية والتجارية ، 1994 م ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ص 423/422.

⁽²⁾ ويقرر الفقه أن هذه الآثار إنما قررت لصالح الخصم الذي قام به سبب الانقطاع وهو وحده الذي يستفيد منها دون الخصم الآخر . أنظر د. عبوده (الكوني علي) :- قانون علم القضاء ، النشاط القضائي (الخصومة القضائية والعريضة) ، الطبعة الثانية 2003 م ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، طرابلس ، ص 293 / 294 ، د. أبو الوفا (أحمد) : المرافعات المدنية والتجارية ، 2007 م ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ص 604 ، د. كامل (محمد نصر الدين) : عوارض الخصومة ، 1990 م ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص 217 / 218 .

الأمر ذاته ينطبق بخصوص وقف الخصومة ، فالمشرع الليبي شأنه في ذلك شأن المشرع المصري، لم ينص على وقف المواعيد الإجرائية بالتزامن مع وقف الخصومة ⁽¹⁾، بالرغم من ذلك يقرر الفقه وجوب وقف المواعيد في حالات الوقف القانوني وكذلك الوقف القضائي للخصومة ، انطلاقاً من قاعدة أن المواعيد لا تسري في حق من لا يستطيع اتخاذ الإجراء ⁽²⁾ .

غير أنه حتى مع التسليم بهذا الرأي الفقهي ، والقول بوقف المواعيد هنا فإن ذلك لن يغير من الأمر شيئاً، لأن المشكلة الحقيقية التي نواجهها بهذا الصدد هي أن كلا من الوقف القانوني وكذلك القضائي له أسبابه التي لا يمكن أن تتسع لتسمح بوقف الخصومة ومن ثم المواعيد في ظل ظروف استثنائية جماعية ⁽³⁾ ، وما قيل آنفاً يصدق أيضاً على وقف مواعيد الطعن في الأحكام والتي قرر المشرع الليبي إيقافها في حالة واحدة هي حالة موت المحكوم عليه (م 304 مرافعات) .

والحقيقة إن استعراض نصوص قانون المرافعات الليبي المتعلقة بمسألة حماية المواعيد الإجرائية في الظروف الاستثنائية ، لن يكتمل ما لم يتم التطرق إلى نصين هامين في هذا الصدد ، هما نص المادة

(1) يستثنى من ذلك الوقف الاتفاقي ،حيث نص المشرع الليبي صراحة في المادة 247 مرافعات (تقابلها م 128مرافعات مصري) على أن هذا الوقف لا يؤدي إلى وقف أي مواعيد إجرائية حتمية ، فلو افترضنا أن الوقف الاتفاقي بين الخصوم تم بعد صدور حكم في شق من الموضوع يقبل الطعن المباشر ، فإن ميعاد الطعن في هذا الحكم لن يتوقف بسبب هذا الوقف .

(2) د. عمر : قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص 423 ، د. اعيوده : قانون علم القضاء ، ص 287 ، د. والي (فتحي) : الوسيط في قانون القضاء المدني ، 1993 م ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 59 .

(3) تنص المادة 248 مرافعات ليبي (تقابلها م 129 مرافعات مصري) على (في غير الأحوال التي نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوباً أو جوازاً يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم ، وبمجرد زوال سبب الوقف تستأنف الدعوى بقوة القانون سيرها من النقطة التي وقفت عندها ، ويقوم قلم الكتاب بتعجيلها إذا اقتضت الحال) .

ووفقاً لذلك لا تستطيع المحكمة أن تقرر الوقف القضائي إلا في الحالة التي تثار فيها أمامها مسألة أولية لا تدخل في اختصاصها الولائي أو النوعي ويتوقف عليها الفصل في الدعوى الأصلية المنظورة أمامها . أما الوقف القانوني فيقرر في نصوص قانونية متفرقة ليواجه حالات محددة ليس من بينها حدوث ظروف استثنائية عامة ، وهو يترتب إذا تحقق سببه دون حاجة إلى طلب من الخصوم أو صدور حكم من المحكمة حيث يعتبر حكم المحكمة بالوقف في هذه الحالة مجرد تقرير لأمر واقع بقوة القانون ، من ذلك ما جاءت به المادة (238 - 1) إجراءات جنائية ليبي والمتعلقة بوقف الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية، والمادة 268 مرافعات ليبي المتعلقة بوقف الخصومة الأصلية عند تقديم طلب رد القاضي .

(255 مرافعات) المتعلق بجزء سقوط الخصومة ، ونص المادة (19 مرافعات) المتعلق بامتداد الميعاد، وذلك لمعرفة مدى إمكانية تفعيلهما لحماية المواعيد الإجرائية التي تكتمل في ظل ظروف استثنائية عامة ، وهو ما يحتاج إلى بعض التفصيل وسوف نتعرض له في فرعين :

يتناول الفرع الأول : ميعاد سقوط الخصومة والظروف الاستثنائية ، ويتناول الفرع الثاني : امتداد الميعاد والظروف الاستثنائية .

الفرع الأول

ميعاد سقوط الخصومة والظروف الاستثنائية

تنص م 255 مرافعات ليبي على أن (لكل ذي مصلحة من الخصوم في حالة عدم السير في الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة متى انقضت سنة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي) .

يبدو أن الشروط المطلوبة لإعمال جزء سقوط الخصومة وفقا لهذا النص تفسح المجال أمام القول بوجود حماية للميعاد المحدد لتوقيع هذا الجزء ، فعبارة (بفعل المدعي أو امتناعه) الواردة به ، تؤدي بمفهوم المخالفة — إلى امتناع تطبيق هذا النص إذا كان عدم السير في الخصومة راجع لظرف استثنائي عام لا دخل للمدعي فيه⁽¹⁾ ، وهو ما يقتضيه التفسير السليم لنص المادة 255 مرافعات .

هذا الحكم الذي خص به المشرع الإجراءي جزء سقوط الخصومة لا وجود له في بقية الجزاءات الإجرائية⁽²⁾ ، ولأهمية هذا النص في مجال حماية المواعيد الإجرائية في الظروف الاستثنائية ، فإننا سنلقي الضوء على ضوابط تفعيل الحماية وفق هذا النص (أولا) ، كما سنستعرض التطبيقات القضائية بخصوصه لإظهار الإشكاليات العملية التي يثيرها إنزال حكم هذا النص على ما يعرض من دعاوى قضائية (ثانيا) .

⁽¹⁾ المحكمة العليا الليبية ، طعن مدني 357 لسنة 62 ق جلسة 2018/4/15، منشور على موقع المحكمة العليا الليبية في شبكة المعلومات Supremecourt.gov.ly

⁽²⁾ ربما يرجع ذلك إلى خطورة هذا الجزء الذي يؤدي الحكم به في مرحلة الاستئناف إلى اعتبار الحكم المستأنف انتهايا في جميع الأحوال ولو كان الاستئناف قد تم قبل إعلان الحكم (م259مرافعات ليبي) ، كما أنه يسري في حق جميع الأشخاص ولو كانوا عديمي الأهلية أو ناقصيها (م 260مرافعات ليبي) .

أولا : ضوابط تفعيل الحماية المستفادة من نص المادة 255 مرافعات ليبي :

بمطالعة نص المادة المذكورة فإنه يمكن القول أن تفعيل الحماية للمواعيد الإجرائية وفق هذا النص يقتضي توافر الشروط الآتية :

1- أن نكون بصدد خصومة قائمة أمام القضاء ، ولا تتعدّد الخصومة المدنية وفقا للقانون الليبي إلا بإعلان صحيفة الدعوى للمدعى عليه وقيدها بجدول المحكمة ، فلا بد من الأمرين معا لقيام رابطة الخصومة⁽¹⁾.

2- أن يحدث ركود للخصومة بعد مباشرة المدعي السير فيها ، وأن يستمر هذا الركود لمدة سنة كاملة من آخر إجراء صحيح فيها ، ويتحقق الركود عند عدم القيام بالأعمال الإجرائية اللازمة لسير الخصومة.

3- أن يكون السبب في ركود الخصومة لمدة سنة كاملة غير راجع إلى فعل المدعي أو امتناعه : وهذا هو سبب الحماية و مناطها، فطالما أن عدم السير في الخصومة بسبب خارج عن إرادة المدعي ، فلن يكون هناك محل للحكم بسقوطها ، إذ أن النص عندما علق الحكم بسقوط الخصومة على أن يكون عدم السير فيها بفعل المدعي أو امتناعه ، كان مبرره أن جزاء السقوط وإن كان يهدف إلى حماية المدعى عليه ، إلا أنه يهدف في ذات الوقت إلى عقاب المدعي الذي تقاعس عن السير في دعواه مع قدرته على ذلك ، ومن ثم لا محل لإيقاعه بالمدعي إذا كان سبب الركود لا يسأل عنه (وجود مانع مادي أو قانوني) ، ولا تسقط الخصومة رغم عدم السير فيها في هذه الحالة⁽²⁾ ، وإنما يقف ميعاد السقوط طوال الفترة التي يستحيل فيها على المدعي القيام بالنشاط المطلوب منه⁽³⁾ ، ليستأنف السريان بعد زوال هذه الاستحالة.

4- أخيرا وباعتبار أن الجزاء هنا لا يتعلق بالنظام العام فلن تتصدى المحكمة من تلقاء نفسها لبحث مدى توافر شروط إنزاله أو عدم توافرها ومن ثم تفعيل الحماية المرجوة ، وإنما لابد من أن يكون هناك

⁽¹⁾ د. بوزقية (أحمد عمر) : قانون المرافعات ج 1 ، الطبعة الأولى 2003 م، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي ، ص 162 .

⁽²⁾ د. اعبوده : قانون علم القضاء، ص 310 ، د. بوزقية : ص 214/213 ، د. أبو الوفا : ص 621 ، د. كامل : ص 282 .

⁽³⁾ د. والي : ص 600 .

تمسك بإعمال جزاء سقوط الخصومة بموجب دفع أو طلب مقدم من المدعى عليه عند موالة المدعي السير في الخصومة الراكدة .

الخلاصة : أن هناك إمكانية لحماية المواعيد الإجرائية المرتبة لجزاء سقوط الخصومة ، وإنه لا محل للقضاء بهذا الجزاء في حق كل من لم يتمكن من السير في دعواه في ظل ظروف استثنائية خارجة عن إرادته ، كالأزمة الصحية الراهنة وما رتبته من آثار شكلت مانعا قانونيا (توقف القضاء عن العمل - قرارات الحظر الكلي للتجول الصادرة من السلطات المختصة) ، وذلك حتى لو اكتملت مدة السنة الموجبة للسقوط خلالها بسبب انتفاء أحد شروط تطبيق نص المادة 255 مرافعات ، ويكون للمدعي أن يستأنف السير في دعواه بعد زوال هذا المانع.

يبقى السؤال هنا عن كيفية تحديد نقطة البدء لانطلاق سريان ميعاد السقوط من جديد ورفع الحماية عنه بعد انتهاء الظروف الاستثنائية، وكذلك ماهية الجهة المخولة بهذا التحديد ، وهو ما قد نجد إجابته فيما أثر من تطبيقات قضائية بالخصوص.

ثانيا : التطبيقات القضائية :

لعل من أهم التطبيقات القضائية الحديثة في هذا الصدد ، ما قضت به المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 61/277 ق بتاريخ 2017/5/7⁽¹⁾ ، والذي جاء في أسبابه (... وحيث أن هذا النعي في مجمله شديد، ذلك أن المادة 255 من قانون المرافعات تنص على أن " لكل ذي مصلحة من الخصوم في حالة عدم السير في الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة متى انقضت سنة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي " ومفاد ذلك أن الحكم بسقوط الخصومة - باعتباره من الجزاءات التي توقع على صاحب المصلحة في حال تقاعسه أو تأخره في اتخاذ إجراء يتوجب عليه القيام به قانونا - لا محل له إلا إذا تبين للمحكمة أن إجراء ما كان يجب على أحد الخصوم القيام به لكي تتمكن المحكمة من نظر الدعوى فلم يفعل خلال الأجل المضروب في النص المذكور .

⁽¹⁾ منشور على موقع المحكمة العليا الليبية في شبكة المعلومات .

ولما كان الواقع في الدعوى - وعلى ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - أن المحكمة مصدرته نظرت استئناف الطاعن في أكثر من جلسة كان آخرها جلسة 2010/12/19 م وفيها تم تأجيل نظر الدعوى لجلسة 2011/2/20 م إلا أنها لم تنتظر فيها بسبب قيام ثورة السابع عشر من فبراير وتعرض مقر المحكمة للحرق ، وتوقف السير في نظرها منذ ذلك التاريخ حتى تقدم الطاعن في 2012/11/1م بتحريك الاستئناف بموجب صحيفة إثارة معلنة إلى المطعون ضدهم بذات التاريخ . وهو ما يقطع بأن السبب الذي أدى إلى وقف السير في الدعوى لا يرجع إلى الطاعن حتى يتحمل تبعته وإنما إلى وجود قوة القاهرة حالت دون تمكن المحكمة من نظر الدعوى بما يجعل وقف السير فيها من قبيل التأجيل الإداري ، وكنتيجة لذلك فإنه كان يتعين على المحكمة وقد رأت زوال القوة القاهرة واستئناف عملها أن تحدد جلسة لنظر الدعوى وتعلن بها الخصوم إذ أن قرار استئناف العمل راجع لها وهي وحدها من يملك تنظيم عملها وتحديد الجلسات ومن ثم لا يسوغ القول بأنه كان على الطاعن أن يعجل نظر دعواه قبل مضي سنة من تاريخ آخر إجراء صحيح اتخذ فيها إذ القول بذلك فيه تحميل للطاعن تبعة توقف السير في الدعوى وعدم استئناف سيرها مع أن سبب الوقف لا يد له فيه ، كما أن استئناف السير لا يملكه ...) .

باستقراء هذا الحكم نجده يثير عدة نقاط مهمة وهي :

- التأكيد على تفعيل الحماية للمواعيد الإجرائية في الحالة التي يكون فيها عدم السير في الدعوى بسبب لا يرجع إلى إهمال المدعي وتقايسه .
- يقرر الحكم أننا أمام حالة وقف سير في الدعوى بسبب قوة القاهرة أوجدها ظرف استثنائي عام ، والقاعدة أن المواعيد الإجرائية تقف هي الأخرى في حق من لا يستطيع القيام بأي عمل إجرائي ، فإذا كانت قد بدأت بالفعل فإنها تقف إلى أن تنتهي القوة القاهرة فتستكمل ما تبقى منها ، أما المواعيد التي لم تبدأ بعد فتمنع من البدء في السريان طوال فترة الوقف لتبدأ بعدها ⁽¹⁾ ، أي يفترض أن الميعاد يبدأ في السريان فور زوال القوة القاهرة .

¹ (د. عبوده : قانون علم القضاء ، ص 159 / 287 .

غير أن المحكمة العليا تصدت صراحة لتحديد نقطة البدء لانطلاق الميعاد في الحالة الراهنة ، و كانت واضحة في اعتبار الأمر بمثابة تأجيل إداري لانقطاع تسلسل الجلسات ومن ثم فإن الميعاد لن يبدأ بمجرد زوال القوة القاهرة ، وإنما علقت المحكمة البدء في احتساب ميعاد سقوط الخصومة على واقعة إعلان المدعي باستئناف السير في دعواه بعد زوال هذه القوة .

لذا يمكن القول أنه طالما لم يتم هذا الإعلان فلن يبدأ احتساب مدة السقوط ، ولا شك أن هذا الأمر سيوفر الحماية الكافية للقضايا المنظورة أمام القضاء عند حدوث الأزمة الصحية الراهنة وما تبعها من توقف للعمل القضائي ، إذ بمجرد استئناف العمل بالمحاكم المختصة يفترض قيام قلم الكتاب بهذه المحاكم بتحديد تواريخ جديدة لما وقع من جلسات خلال فترة التوقف و إعلانها لذوي الشأن ومن ثم تنبيههم إلى استئناف السير في قضاياهم الراكدة ⁽¹⁾ .

- إن قيام محكمة الاستئناف المطعون في حكمها أمام المحكمة العليا بإعمال جزاء سقوط الخصومة رغم تخلف شروط إعماله ، وفي مقدمتها (أن يكون عدم السير في الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه)، وذلك في ظل وجود ظرف استثنائي شمل كامل البلاد (أحداث السابع عشر من فبراير 2011 م) ، يجعلنا نتساءل ماذا لو أن المدعي اكتفى - لأي سبب - بالحكم الصادر ضده من محكمة الاستئناف ، ولم يصل الأمر إلى المحكمة العليا لتتصدى له وتطبق عليه صحيح القانون ، ألسنا أمام نص قانوني واضح وصريح (م 255 مرافعات) يفترض أن يكون محل تطبيق سليم من جميع المحاكم وعلى اختلاف درجاتها؟ أم أن الأمر محل اجتهد؟

وإذا كان الحال كذلك بالنسبة لميعاد إجرائي بالإمكان تفعيل حمايته وتعطيل الجزاء المرتب له بالاستناد إلى نص قانوني صريح ، فما هو مصير المواعيد المرتبة لجزاءات إجرائية أخرى لم تتضمن النصوص القانونية إمكانية تعطيل إعمالها في الظروف الاستثنائية، كاعتبار الدعوى كأن لم تكن، أو

¹ (يبدو أن المشرع المصري كان أكثر حرصا على إيراد هذا الحكم ضمن نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968م حيث نصت المادة 174 مكرر منه على " يعتبر النطق بالأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ، ولا تنتهي بها الخصومة ، وقرارات فتح باب المرافعة فيها ، إعلانا للخصوم الذين حضروا إحدى الجلسات ، أو قدموا مذكرة بدفاعهم ، وذلك ما لم ينقطع تسلسل الجلسات لأي سبب من الأسباب بعد حضورهم ، أو تقديمهم للمذكرة ، فعندئذ يقوم قلم الكتاب بإعلان الخصوم بالحكم أو القرار المذكور بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول " .

سقوط الحق في اتخاذ الإجراء والذي يكفي لتقريره عدم استعمال الحق الإجرائي في الميعاد المحدد دون بحث أي أمر آخر⁽¹⁾.

هذا التساؤل يدفعنا لدراسة نظام امتداد الميعاد الذي ربما يكون كفيلا بتوفير الحماية لجميع المواعيد الإجرائية المرتبة لجزاءات أخرى بخلاف جزاء سقوط الخصومة ، وهو ما سنتعرض له في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الثاني

امتداد الميعاد والظروف الاستثنائية

نصت المادة 19 من قانون المرافعات الليبي على (تدخل في الميعاد أيام العطلات الرسمية وإذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها) .

هذا النص يعتبر أحد الاستثناءات الواردة على الأصل في مواعيد المرافعات وهو كونها مواعيد جامدة، ويتعلق النص بأثر العطلة الرسمية على مواعيد المرافعات في الحالة التي تتخلل فيها العطلة الميعاد وهو في حالة السريان ويصادف وقوع اليوم الأخير منه هذه العطلة⁽²⁾.

ويرجع تسليط الضوء على هذا النص تحديدا إلى وجود اتجاه في الفقه يقرر أن وقوع أحداث مفاجئة تؤدي إلى تعطل مصالح الدولة فجأة ، تأخذ حكم العطلات الرسمية ، ومن ثم تخضع لنفس الآثار من حيث امتداد الميعاد ، ويطلق عليها في هذه الحالة العطلة الرسمية غير المتوقعة سواء كانت راجعة إلى حدوث أوبئة أو أمراض أو كوارث طبيعية أو غير ذلك⁽³⁾ ، تميزا لها عن العطلة الرسمية المتوقعة والمحددة من قبل الدولة والتي قد تكون أسبوعية أو سنوية أو موسمية ، أو متعلقة بمناسبات رسمية .

لاشك أن وجود مثل هذا الاتجاه يبعث الأمل في إمكانية الاستناد إلى نص المادة 19 المذكور آنفا لحماية جميع المواعيد الإجرائية التي تكتمل في ظروف استثنائية عامة باعتبار أنها اكتملت في ظل

⁽¹⁾ د. عمر : سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ، ص 230 .
⁽²⁾ ذلك أن العطلة التي تنزامن مع يوم بداية الميعاد تؤدي إلى وقف هذه البداية باعتبارها استحالة تحول بين انطلاق الميعاد واستمراره ، فلا ينطلق الميعاد ويظل إلى أن تنتهي العطلة فيبدأ في السريان . أنظر د. عمر : قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ص 416 .
⁽³⁾ عمر : المرجع السابق ، ص 419 ، د. أبو النجا (إبراهيم) : انعقاد الخصومة طبقا لأحكام قانون المرافعات الليبي ، الطبعة الأولى ، 1997 م ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ص 204 .

عطلة رسمية غير متوقعة ، ويدخل في ذلك المواعيد التي تخللت الأزمة الصحية الراهنة واكتملت خلالها باعتبارها نموذجا معاصرا لهذه الظروف .

غير أن محاولة إسقاط هذا النص على الحالة الراهنة وتطبيقه بخصوصها ، سرعان ما ينذر بتلاشي هذا الأمل ، فتطويع نص المادة 19 مرافعات لغرض حماية ما اكتمل من مواعيد خلال فترة توقف مرفق القضاء عن العمل بسبب وباء كورونا من 2020/3/29 إلى 2020/6/30 ، يصطدم بمعضلتين أساسيتين ، إحداهما قانونية ، والأخرى عملية :

أولا : المعضلة القانونية :

تنص المادة الأولى من القانون رقم 5 لسنة 2012 م بشأن العطلات الرسمية في ليبيا ⁽¹⁾ على أن (تحدد العطلات الرسمية في ليبيا وفق الجدول المرفق بهذا القانون، ويجوز للسلطة التشريعية في الدولة عند الاقتضاء إضافة أيام آخر لهذا الجدول أو تعديل المدد المقررة للعطلات الرسمية) . وقد ضم الجدول المذكور العديد من العطلات التي لا تخرج في مجملها عن كونها مناسبات عامة وطنية ودينية محددة على سبيل الحصر ، ويبدو من النص السابق أن المشرع الليبي لم يغلق الباب أمام إمكانية إضافة عطلات أخرى غير المنصوص عليها في هذا القانون ، على أن يكون ذلك من قبل السلطة التشريعية – دون غيرها – وذلك عند الاقتضاء ⁽²⁾ .

والحقيقة أنه وفيما يتعلق بالأزمة الصحية الراهنة لم يصدر عن أي سلطة من سلطات الدولة الليبية – تشريعية كانت أو حتى تنفيذية – إعلان يتعلق بعطلة رسمية طوال فترة توقف الدراسة بالمدارس والجامعات أو توقف الأفراد ومؤسسات الدولة بما فيها مرفق القضاء عن العمل خلال هذه الأزمة ، ومثل هذه الأمور لا يمكن افتراضها لما يترتب عليها من تبعات ، ولا بد أن تكون بإعلان

(1) منشور في الجريدة الرسمية ، السنة الأولى ، العدد الأول ، صادرة بتاريخ 2012/3/6 م ، ص 33 .
(2) وقد كان القانون السابق للعطلات الرسمية في ليبيا رقم 4 لسنة 1987 م والمعدل بالقانون رقم 29 لسنة 2002 م يعطي الاختصاص بإضافة عطلات رسمية غير منصوص عليها إلى السلطة التنفيذية (اللجنة الشعبية العامة سابقا) وهو أمر أكثر واقعية ومنطقية ، باعتبار أن السلطة التنفيذية - بخلاف السلطة التشريعية - لها إصدار القرارات واللوائح ذات الطابع السريع والتي تنص على الحالات الطارئة المستجدة .

صريح من السلطات العليا في الدولة ⁽¹⁾ ، لذا لا يمكن القول أن فترة التوقف التي رتبها هذه الأزمة تعتبر في حكم العطلة الرسمية غير المتوقعة، وتطبق عليها بالتالي أحكام المادة 19 مرافعات ليبي .

ثانيا : المعضلة العملية :

يقتضي تطبيق هذا النص أن يصادف آخر يوم في الميعاد عطلة رسمية ليمتد الميعاد يوم واحد فقط بعد انتهاء العطلة هو أول يوم عمل يعقبا، وذلك تمكينا لصاحب الشأن من أن يستفيد من اليوم الأخير من الميعاد ، وهو أمر يثير في الحالة الراهنة إشكاليات عديدة ، منها :

1- الإشكالية المتعلقة بمحل الامتداد : إذ يفترض أن يمتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعد العطلة ، وكما سبق القول لم تصدر أي سلطة من سلطات الدولة إعلانا عن منح عطلة رسمية طويلة فترة توقف القضاء عن العمل ، وما أعقب ذلك من قرارات منعت كليا تجول المواطنين وانتقالهم، واستمر هذا السكوت حتى عادت المحاكم فعليا إلى استئناف العمل في ظل عدم علم الكثير من المتقاضين بذلك الاستئناف للحضور في أول يوم عمل لها بعد توقفها، الأمر الذي يضحى معه القول بامتداد جميع المواعيد إلى أول يوم عمل بعد العطلة — كما يتطلب النص القانوني — هو قول تجاوزته الأحداث ولا مجال لتطبيقه حاليا من الناحية الواقعية .

2- الإشكالية المتعلقة بزمان الامتداد : أي امتداد الميعاد لمدة مقدرة بيوم واحد فقط حسب نص المادة 19 مرافعات : فعلى افتراض التجاوز عما ذكر أعلاه ، يبقى مكن الصعوبة الحقيقي في تطبيق هذا النص هو أننا سنكون أمام كم هائل من الإجراءات المرتبطة بهذه المواعيد

¹ (في دولة الكويت مثلا ، وبسبب وباء كورونا ، صدر قرار من مجلس الوزراء رقم 8/398 أ في اجتماعه الاستثنائي رقم 2020/14 بتاريخ 2020/3/11 اعتبر الفترة الممتدة من 2020/3/11 م وحتى 2020/3/26 م عطلة رسمية وقام بتمديداتها بعد ذلك بسبب عدم إمكانية السيطرة على الأزمة إلى تاريخ 2020/4/12 ، ورغم ذلك لم تعول الكويت على تطبيق أحكام العطلة الرسمية المنصوص عليها في قانون المرافعات الكويتي ، وإنما تصدت للضرورة الصحية بإجراء تعديل صريح لهذا القانون . راجع د. خمان (سماح) : حماية المواعيد الإجرائية في ظل التعديلات التشريعية لمواجهة الأزمة الصحية لجائحة كوفيد - 19 : دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والكويتي " ، بحث بمجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 6 ، يونيو 2020 م ، ص 103 / 104 منشور على موقع المجلة بشبكة المعلومات

المرابط :
<https://journal.kilaw.edu.kw/%D8%AD%D9%85%D8%A7%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%88%D8%A7%D8%B9%D9%8A%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%AC%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D8%A9-%D9%81%D9%8A-%D8%B8%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B9%D8%AF%D9%8A>
 تاريخ الزيارة 2020/9/3 م .

والمتراكمة لمدد ليست بالقصيرة ، وهو ما يتطلب أن تكون إدارة المحاكم من قلم كتاب ومحضرين قادرة على التصدي له خلال يوم واحد فقط ، وهذا الأمر فضلا عن كونه غير مرغوب فيه لما قد يخلقه من تراحم وتجمهر في ذلك اليوم لا يتمشى البتة مع مقتضيات التدابير الاحترازية والوقائية المطلوبة في هذا الظرف الصحي ، فهو كذلك لن يكون بالأمر السهل في ظل استراتيجية تقليص الكادر الوظيفي في جميع مرافق الدولة بما فيها مرفق القضاء للحد من انتشار هذا الوباء .

لكل ذلك يمكن القول أن نظام امتداد المواعيد الوارد بالمادة 19 مرافعات لا يحقق ما تقتضيه الظروف الاستثنائية العامة من حماية للمواعيد الإجرائية سواء فيما يتعلق بشروط تطبيقه ، أو آلية هذا التطبيق .

المطلب الثاني

كيفية حماية المواعيد الإجرائية في الظروف الاستثنائية العامة

رأينا أن قانون المرافعات الليبي لم يوفر حماية كافية لجميع المواعيد الإجرائية في ظل الظروف الاستثنائية العامة، وهو وإن وفر الحماية في أحد نصوصه لميعاد سقوط الخصومة في الدعاوى المنظورة أمام القضاء ، وحال دون سريان الميعاد المذكور في الظروف الاستثنائية ، إلا أن هذه الحماية لن تبال باقي المواعيد الإجرائية الحتمية وما ترتبه من جزاءات إجرائية.

لذلك فإن الأمر يحتاج إلى البحث عن كيفية تفعيل الحماية لجميع المواعيد الإجرائية في الظروف الاستثنائية وذلك في ظل غياب النص الإجرائي في التشريع الليبي، أو حتى مع وجوده كما هو الحال في تشريعات أخرى، وهو ما سنتعرض له في فرعين : نتناول في الفرع الأول : الاستناد إلى فكرة القوة القاهرة وقواعد القانون المدني في غياب النص الإجرائي . ونتناول في الفرع الثاني : استحداث نظام لامتداد المواعيد يتوافق مع أثر الظروف الاستثنائية .

الفرع الأول

الاستناد إلى فكرة القوة القاهرة وقواعد القانون المدني

في غياب النص الإجرائي

من نافلة القول أن فكرة القوة القاهرة كما تطبق بشأن حالات فردية كتنقييد حرية المدعي بالحبس أو الاعتقال ، وكالمرض الخطير الذي يفقد من أصابه قدرته على الحركة أو النطق أو يؤثر على قواه العقلية ، فإنها تتسع كذلك لتشمل حالات الكوارث والأزمات العامة التي تتجاوز نطاق الحالات الفردية كالفيضانات والحروب والزلازل والبراكين وانتشار الأوبئة والأمراض ، معبرة بذلك عن ظروف استثنائية عامة تطل كافة أرجاء البلاد .

وقد خلا قانون المرافعات الليبي من النص على فكرة القوة القاهرة وإعمالها لحماية المواعيد الإجرائية⁽¹⁾، ولو كان ذلك تحت مسمى آخر⁽²⁾، ولم يرتب الوقف أو الانقطاع للميعاد إلى حين زوال هذه القوة، بل أن المادة السادسة من هذا القانون تقرر أنه (إذا نص القانون على ميعاد حتمي لرفع دعوى أو طعن أو أي إجراء آخر يحصل بالإعلان ، فلا يعتبر الميعاد مرعياً إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله) .

بالرغم من ذلك نجد أن الفقه وكذلك القضاء قد استقروا على توظيف نظرية القوة القاهرة في النطاق الإجرائي والاستناد إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني لإعمالها في هذا النطاق، وهو ما يحتاج إلى بيان مبررات هذا الاستناد (أولاً) ، والتطبيقات القضائية بخصوصه (ثانياً) .

أولاً : مبررات الاستناد :

¹ (بالمثل فإن قانون الإجراءات الجنائية الليبي لم يتضمن النص على حالة الضرورة في صورة العذر القهري كسبب لامتداد مواعيد الطعون ، ويعتبر الأمر من صنع القضاء (باستثناء م 214 إجراءات جنائية المتعلقة بقبول المعارضة في الأحكام الحضورية الاعتبارية) . راجع أ . الفاخري (مبروك عبدالله) : حالة الضرورة وتطبيقاتها في الإجراءات الجنائية ، الطبعة الأولى 2009 م ، منشورات المؤسسة العامة للثقافة ، ليبيا ، ص 240 .

كذلك لم يتضمن قانون القضاء الإداري الليبي رقم 88 لسنة 1971 م النص على وقف سريان ميعاد الستون يوماً المقررة لرفع دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري في حالة القوة القاهرة ، وإنما تبنى القضاء الإداري هذا التوجه استناداً إلى القواعد العامة ونصوص القانون المدني . أنظر في تفصيل ذلك د . الجهمي (خليفة سالم) : أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي ، 2013 م ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ص 304/303 .

² (على سبيل المثال استخدم المشرع الفرنسي مصطلح (استحالة اللجوء إلى القضاء) كبديل لمصطلح القوة القاهرة ورتب عليه وقف المواعيد الإجرائية حتى زوال هذه الاستحالة ، وذلك بموجب المادة 540 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الفرنسي والتي تم إضافتها بموجب التعديل المؤرخ في 17 ديسمبر 1973 م . أنظر د . خمان : ص 114 .

لأشك أن القانون المدني بما يحويه من قواعد موضوعية يعتبر الشريعة العامة للقانون الخاص⁽¹⁾، وقد احتضن هذا القانون نظرية القوة القاهرة وأوجب إعمالها سواءً باعتبارها سببا أجنبيا يرتب نفي علاقة السببية بين خطأ المدين (العقدي أو التقصيري) و الضرر الواقع، ومن ثم نفي المسؤولية العقدية أو التقصيرية بوجود هذا السبب⁽²⁾، أو باعتبارها مانعا يوقف سريان تقادم الحق الموضوعي أو تقادم الحق في سماع الدعوى⁽³⁾.

ولم يرد في نصوص التشريع المدني أي تعريف للقوة القاهرة باعتبار أن وضع التعريفات ليست مهمة الشارع، ومن ثم تصدى الفقه والقضاء لهذه المهمة واستقرا على أن القوة القاهرة هي كل حادث غير متوقع الحدوث ومستحيل الدفع، خارج عن إرادة المدين ولا يد له فيه، يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا⁽⁴⁾.

إذن من الناحية الموضوعية سترتب على وصف ظرف استثنائي ما بأنه قوة قاهرة، أن يتم تطبيق النصوص الموضوعية الموجودة في القانون المدني على الآثار القانونية الموضوعية المترتبة عليه، كما هو الحال في الظرف الصحي الحالي، فوباء كورونا الذي أعلنت منظمة الصحة العالمية رسميا في 30 يناير 2020 م أنه يشكل حالة طوارئ صحية عامة تبعث على القلق الدولي

⁽¹⁾ د. سعد (نبيل إبراهيم): المبادئ العامة للقانون، 2013 م، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 71.

⁽²⁾ تنص المادة 168 مدني ليبي (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك).

كما تنص م 218 مدني ليبي (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه).

و تنص م 360 مدني ليبي (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا لسبب أجنبي لا يد له فيه).

⁽³⁾ حيث تنص المادة 369 مدني ليبي (لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا، وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب). وتجدر الإشارة إلى وجود رأي في الفقه المقارن بقرر أن المانع لا يشترط فيه ما يشترط في القوة القاهرة، ويكفي فيه أن يكون مصدره خطأ الدائن حتى يوقف سريان التقادم، فجهل الدائن بوجود حقه من غير تقصير مانعا يوقف التقادم، في حين لا يكون هذا الجهل قوة قاهرة بالمعنى الدقيق. أنظر د. فوده (عبد الحكم): آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، بدون سنة نشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، هامش ص 319.

⁽⁴⁾ د. الأزهرى (محمد علي البدوي): النظرية العامة للالتزام ج 1 "مصادر الالتزام"، الطبعة 2013 م، بدون ناشر، ص 333/334، د. سعد (نبيل إبراهيم): النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام" مع المستحدثات في تعديلات 2016 للتقنين المدني الفرنسي، 2020 م، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 455/456/457، د. فوده: ص 254/255. انظر أحكام محكمة النقض المصرية: طعن مدني رقم 2494 لسنة 78 ق جلسة 2016/3/27، طعن مدني رقم 4932 لسنة 81 ق جلسة 2018/12/22، طعن مدني رقم 2215 لسنة 71 ق جلسة 2018/12/4 م (منشورة على موقع محكمة النقض المصرية cc.gov.eg).

ووصفته بالجائحة ⁽¹⁾ ، يعتبر قوة القاهرة اجتاحت العالم بأسره ⁽²⁾ ، سواء من حيث أن أحدا منا لم يكن يتوقع ظهور هذا الوباء الخبيث وما رتبته من آثار، أو من حيث عدم قدرة أي منا على دفعه ، إذ شهدت الفترة التي تلت ظهور هذا الوباء وبداية انتشاره عجز العلماء عن توفير لقاح مضاد له بشكل سريع بحيث يتاح لجميع الأفراد في كافة الدول الحصول عليه، وهو بكل تأكيد خارج عن إرادة المدين ولا يمكن إسنادة إليه، كل ذلك يؤدي إلى إمكانية تفعيل وإعمال نصوص القانون المدني على الآثار القانونية الموضوعية الناتجة عن هذا الوباء سواء من حيث وقف مدد تقادم الحق في الدعوى ، أو قطع علاقة السببية على النحو السابق توضيحه.

أما من حيث الآثار القانونية الإجرائية فيثور التساؤل عن إمكانية الاستناد إلى فكرة القوة القاهرة وقواعد القانون المدني في ظل غياب النص الإجرائي الذي يجيز هذا الاستناد ، وذلك بغية تعطيل الجزاءات الإجرائية الناتجة عن سريان المواعيد الإجرائية واكتمالها خلال هذه الأزمة الصحية .

في هذا الصدد هناك من يرى أن المواعيد الإجرائية هي مواعيد حتمية يتولى المشرع تحديدها تحديدا جامدا لا يخلو من عنصر التحكم، فإذا نص القانون على ميعاد حتمي لاتخاذ إجراء يحصل بالإعلان فلا يعتبر هذا الإجراء مرعيا إلا إذا تم إعلان الخصم خلال هذا الميعاد ، وهي بذلك تختلف عن مواعيد التقادم الموضوعي التي تقبل الانقطاع أو الوقف، وهذا الحرص على سير المواعيد الإجرائية هدفه تحقيق مصالح الخصوم باستقرار مراكزهم القانونية في وقت معقول ، وكذلك وضع حد للنزاع المعروض فلا تبقى المواعيد معلقة إلى ما لانهاية ، مما يؤدي إلى تراخي الإجراءات وتراكم المنازعات أمام المحاكم ⁽³⁾ .

(1) راجع موقع ويكيبيديا الإلكتروني على الرابط
:https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AC%D8%A7%D8%A6%D8%AD%D8%A9_%D9%81%D9%8A%D8%B1%D9%88%D8%B3_%D9%83%D9%88%D8%B1%D9%88%D9%86%D8%A7_2019%E2%80%9320

⁽²⁾ تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه من المتصور في الالتزامات التعاقدية وبخصوص عقد ما ، أن يتم تكييف جائحة كورونا بأنها ظرف طارئ وليست قوة القاهرة بالنظر إلى الآثار التي رتبته بأن جعلت تنفيذ هذا العقد مرهقا للمدين دون أن يصل إلى درجة الاستحالة ، ولا شك أن مثل هذه الفرضية كانت حاضرة في ذهن المشرع حيث أعطت المادة 147 / 2 من القانون المدني الليبي للقاضي في هذه الحالة وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

⁽³⁾ د . أبو النجا : ص 180 / 171/170.

غير أن أغلب الفقه الإجرائي⁽¹⁾ يقرر - وبحق - إنه وإن كانت مواعيد المرافعات هي مواعيد حتمية لا تقبل الوقف أو الانقطاع إلا إذا نص المشرع على ذلك صراحة كما هو الحال في انقطاع الخصومة (م 252 مرافعات) ، إلا أن حدوث قوة القاهرة يرتب وقف سريان المواعيد مادامت هذه القوة تحول دون القيام بالإجراءات مثل الفيضانات أو الاضطرابات و الحروب الأهلية التي توقف مرفق القضاء عن العمل ، فالمنطق يقتضي ألا تكليف بمستحيل ، والعدالة تأبى توقيع الجزاء على شخص لسبب خارج عن إرادته .

و قد استند الفقه لإقرار نظام وقف سريان الميعاد (وخاصة بالنسبة لمواعيد السقوط⁽²⁾) باعتبار السقوط هو الجزاء الذي يترتب عادة على عدم الالتزام بالمواعيد الإجرائية الحتمية (على قاعدة عامة فحواها أن الميعاد لا يسري في حق من لا يستطيع اتخاذ الإجراء في الوقت المحدد له بسبب قيام استحالة مادية أو قانونية تحول دون ذلك .

وهذه القاعدة العامة تجد أصلها فيما ورد بالمادة 369 من القانون المدني الليبي المتعلقة بوقف التقادم الموضوعي⁽³⁾ ، وهي ترجع إلى مبررات عادلة، لأنه مما يتنافى مع اعتبارات العدالة أن يسقط حق الشخص لعدم استعماله في الوقت المحدد له بسبب استحالة ترجع إلى سبب أجنبي عن إرادته الخاصة .

لاشك أن هذا الاستناد إلى فكرة القوة القاهرة وقواعد القانون المدني لحماية المواعيد الإجرائية في الظروف الاستثنائية العامة سيؤدي إلى تعطيل العديد من الجزاءات الإجرائية في هذه الظروف ، بدل تركها لتتال من الحق الإجرائي وقد تمتد لتتال كذلك من الحق الموضوعي في الدعوى وتؤدي إلى

⁽¹⁾ د. بوزقية : ص 188 ، د. اعبوده : قانون علم القضاء ، ص 159 / 160 ، د. والي : ص 423 ، د. عمر : سقوط الحق في اتخاذ الإجراء ، ص 164 ، د. أبو الوفا : ص 522 .

⁽²⁾ في هذا الصدد يفرق الفقه الإجرائي بين مواعيد المرافعات بصفة عامة ومواعيد السقوط ، فمواعيد المرافعات تتدخل الإجراءات ويؤدي عدم احترامها خاصة إذا قصد منها تعجيل الفصل في الدعوى إلى زوال خصومة صحيحة قائمة ، بينما مواعيد السقوط تسبق في جميع الأحوال رفع الدعوى إلى القضاء ، وتكون شرطا من شروط قبولها ، وهي تتعلق بممارسة حق إجرائي ولا يقررها القانون إلا للخصوم كمواعيد الطعن في الأحكام أو التظلم من الأوامر القضائية .

⁽³⁾ وهو ما أكدته المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 64 / 16 ق بتاريخ 1970/6/30م والذي قرر أن ما حدث في ليبيا في أول سبتمبر 1969م وما تبعها من تعطيل دوائر حكومية حتى الثالث عشر من سبتمبر (... يعتبر قوة القاهرة تجعل الخصم في عجز تام عن مباشرة الإجراءات المطلوب مزاولتها أمام هذه الجهات وهي استحالة مادية خارجة عن إرادته ، الأمر الذي يستتبع حتما عدم سريان المواعيد ووقفها ، عملا بالقاعدة العامة المقررة في المادة 369 - 1 من القانون المدني ولا تعتبر مدة الوقف المذكورة من قبيل العطلات الرسمية م 19 مرافعات ...) منشور في مجلة المحكمة العليا س7 ، ع1 ، ص 153 .

الإطاحة به⁽¹⁾، فاحترام الشكل يجب ألا يصل إلى حد التضحية بالحقوق والإضرار بأصحابها، والإجراءات ليست غاية في ذاتها، وإنما الغاية من تشريع الإجراءات هو صون الحقوق ورد المظالم. ورغم كل ما ذكر آنفا يبقى الحل الأفضل — من وجهة نظرنا — هو وجود نص صريح في قانون المرافعات الليبي يحسم أمر هذا الاستناد إلى فكرة القوة القاهرة ويبرره في النطاق الإجرائي كما فعلت دول أخرى⁽²⁾، وباعتبار أن قانون المرافعات يمثل الشريعة العامة للإجراءات، فإن مثل هذا النص سيمتد أثره إلى كافة المواعيد المقررة في القوانين الإجرائية الأخرى (مواعيد الطعن في الأحكام الصادرة في الدعاوى الجنائية — ميعاد دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري) طالما لا يوجد نص خاص في هذه القوانين يتعارض معه.

⁽¹⁾ كما لو اكتملت مدة تقادم الحق الموضوعي أثناء سير الخصومة التي حكم بسقوطها، فهذا سيحول دون تجديد المطالبة القضائية بهذا الحق. على سبيل المثال إذا كانت الدعوى المقامة هي دعوى تعويض عن عمل غير مشروع تتقادم حسب المادة 175 ف1 بمرور ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه، ورفع المدعي دعواه بعد مرور سنتين من هذا العلم، وبعد تداول الدعوى لمدة شهرين أمام القضاء تراخى المدعي في متابعة السير في الدعوى لمدة سنة كاملة (إضافة إلى الشهرين السابقين) مما سمح للمدعى عليه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة وفقا للمادة 255 مرافعات، وأجابته المحكمة لطلبه. وبما أن الحكم بسقوط الخصومة سيترتب عليه زوال جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك صحيفة افتتاحها وأثرها في قطع التقادم الموضوعي، وحيث أن المدة الزمنية التي مرت من تاريخ العلم بالضرر ومرتكبه حتى تاريخ الحكم بالسقوط هي ثلاث سنوات وشهرين، فهذا يعني أن الحكم بسقوط الخصومة في هذه الحالة قد أدى ضمنا إلى سقوط الحق في رفع دعوى التعويض لانقضائه بالتقادم ومن ثم انغلاق الطريق أمام المدعي.

⁽²⁾ على سبيل المثال، في الجزائر، فإن المادة 322 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم: 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 م تصدت صراحة لحماية المواعيد الإجرائية من السقوط بالاستناد إلى فكرة القوة القاهرة، إذ تنص هذه المادة على أن "كل الأجل المقررة في هذا القانون من أجل ممارسة حق، أو من أجل حق الطعن، يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق أو سقوط ممارسة حق الطعن باستثناء حالة القوة القاهرة، أو وقوع أحداث من شأنها التأثير في السير العادي لمرفق العدالة..." ومن ثم كفل وجود هذه المادة الحماية لجميع أنواع المواعيد الإجرائية، سواء المتعلقة بمنازعات مدنية أو منازعات إدارية أمام المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، ولذلك عندما حدثت الأزمة الصحية الراهنة اكتفى وزير العدل حافظ الأختام الجزائري بإصدار المذكرة رقم 0007 / ع. ح. أ. 20 بتاريخ 2020/4/14 م موجهة للرؤساء والنواب العاملين لدى المجالس القضائية ورؤساء ومحافظي الدولة لدى المحاكم الإدارية بطلب تفعيل نص المادة (322) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتنسيق مع ممثلي منظمات المحامين لإيجاد الطريقة الملائمة لتجسيد التدابير القانونية ميدانيا لتطبيق هذه المادة، حفاظا على حقوق المتقاضين وحرصا على حسن سير المرفق العام القضائي. وإن كان مما يؤخذ على هذه المذكرة أنها لم توضح النظام الذي يتم تبنيه في هذه الحماية (وقف - انقطاع - امتداد)، كما أنها أعطت رؤساء الجهات القضائية السلطة التقديرية في كل حالة على حدة وكان الأمر لا يتعلق بحالة وباء أقرت الدولة الجزائرية بأنه يشكل حالة طوارئ صحية.

أنظر محمد (زيدان): تأثير جائحة فيروس كورونا على المواعيد الإجرائية في التشريع الجزائري، مقال منشور في حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، عدد خاص: القانون وجائحة كوفيد 19، ص 625، الموقع الإلكتروني للمجلة / الرابط: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/121569> تاريخ الزيارة 20 / 10 / 2020 م.

ثانيا : التطبيقات القضائية :

تواتر قضاء المحكمة العليا الليبية منذ أمد بعيد على إعمال فكرة القوة القاهرة في مجال حماية المواعيد الإجرائية، خاصة بالنسبة لمواعيد الطعن في الأحكام لتعلقها بالنظام العام⁽¹⁾ ، وسنعرض بالخصوص لبعض الأحكام الحديثة لها :

1- الحكم الصادر في الطعن الإداري رقم 59/10 ق بتاريخ 2016/8/9 م⁽²⁾ : وقد جاء في أسبابه (... أن قضاء هذه المحكمة جرى على أن لميعاد الطعن أمام المحكمة العليا ذات الطبيعة التي لميعاد رفع الدعوى أمام دائرة القضاء الإداري وفق مقتضيات ذلك أن يقبل ميعاد الطعن على ما يقبله ميعاد رفع الدعوى أمام دائرة القضاء الإداري من وقف أو انقطاع ، والقوة القاهرة من شأنها أن توقف ميعاد الطعن إذ يستحيل على صاحب الشأن مع قيامها اتخاذ الإجراءات اللازمة لرفع الطعن ، ذلك أن وقف الميعاد كآثر للقوة القاهرة مردده إلى أصل عام هو عدم سريان المواعيد في حق من يستحيل عليه اتخاذ الإجراءات للمحافظة على حقه .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن الحكم المطعون فيه أعلن لجهة الإدارة المطعون ضدها بتاريخ 2011/1/5 م وأن الطعن فيه بالنقض من جهة الإدارة كان بتاريخ 2012/2/29 م على أساس أن أحداث ثورة السابع عشر من فبراير 2011 م قد حالت دون التقرير بالطعن في الميعاد إلى حين تفعيل العمل بقلم الكتاب بتاريخ 2011/11/1 م وإعلان التحرير في 2011/10/23 م ولئن كان ما تدعيه الإدارة الطاعنة من قيام القوة القاهرة وهي ثورة السابع عشر من فبراير صحيحا إلا أن الثورة أعلنت تحرير البلاد في 2011/10/23 م ولم تقدم الجهة الطاعنة ما يفيد استمرار القوة القاهرة بعد هذا التاريخ إلى يوم تمكنها من رفع الطعن في ذلك التاريخ المذكور وهو يوم 2012/2/29 م ومن ثم لا يجديها الاحتجاج بوجود القوة القاهرة لوقف سريان ميعاد الطعن وكان عليها اتخاذ إجراءات الطعن قبل هذا التاريخ وإذ لم تفعل

¹ أنظر على سبيل المثال حكمها الصادر في الطعن الإداري رقم 6/ 22 ق بتاريخ 1976/11/4 م والمنشور في مجلة المحكمة العليا السنة الثالثة عشر ، العدد الثالث ، ص 35 ، حيث العبارات الواردة في هذا الحكم هي ذاتها التي ترددها المحكمة في أحكامها الحديثة ، أنظر أيضا حكمها في الطعن الإداري رقم 7/ 40 ق بتاريخ 1994/3/26 م والمنشور في مجلة المحكمة العليا السنة التاسعة والعشرون ، العددان الثالث والرابع ، ص 68 .

² منشور على موقع المحكمة العليا الليبية في شبكة المعلومات Supremecourt.gov.ly

وتجاوزت المدة اللازمة للميعاد المقرر له ، مما يكون معه التقرير بالطعن قد تم بعد الميعاد ولذلك يكون غير مقبول شكلا وهو ما تقضي به المحكمة لتعلقه بالنظام العام) .

هذا الحكم يثير العديد من النقاط الهامة منها :

- التأكيد على أعمال نظرية القوة القاهرة في المجال الإجرائي واعتبارها سببا موجبا لوقف مواعيد الطعن في الأحكام ، ولا شك أن هذا يقاس عليه بقية المواعيد الإجرائية الحتمية التي تعتبر من قبيل مواعيد السقوط و التي يحل أجلها في ظروف استثنائية عامة .
- اعتد الحكم بتاريخ إعلان تحرير البلاد في 2011/10/23 م لتقرير زوال القوة القاهرة ، في ظل غياب أي كتاب أو تعميم من السلطات المختصة بالدولة يقرر ذلك ، وألقى على عاتق من يدعي استمرارها بعد هذا التاريخ عبء إثبات ذلك .

وهذا الأمر قد يكون مقبولا باعتبار الحكم صادر في مواجهة الدولة (ممثلة في إدارة القضايا) ويفترض علم الدولة بتفعيل مؤسساتها و هي تتحمل مسؤولية تقاعسها عن الإجراءات الواجب عليها القيام بها، لكن ماذا لو افترضنا أن الطاعن هو أحد أفراد المجتمع ،هل يعتبر هذا التاريخ مناسب للقول بزوال القوة القاهرة في مواجهته وكلنا نعلم أن المحاكم احتاجت إلى وقت أطول من ذلك بكثير للعودة إلى سابق عملها بعد ما حدث لها من إحراق وتخريب وضياع ملفات ومستندات الخصوم ، مما قد يكون معه مطالبة المدعي في هذه الحالة بإثبات استمرار هذه القوة المعلومة للكافة فيه نوع من الإجحاف والتشدد .

- لم تتوقف المحكمة عند حد قبول وقف ميعاد الطعن بل تقبلت أيضا فكرة انقطاعه ، قياسا على ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام دائرة القضاء الإداري ، وهو قياس مع الفارق إذ أن قانون القضاء الإداري الليبي رقم 88 / 1971م أورد فكرة الانقطاع بتمته ونص عليها صراحة في المادة الثامنة منه التي تقرر أنه ينقطع ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام دائرة القضاء الإداري في حالة التظلم إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو الهيئات الرئاسية⁽¹⁾ ،

¹ (وقد جرت أحكام القضاء الإداري الليبي والمقارن على قبول الانقطاع لميعاد دعوى الإلغاء في أحوال أخرى لم ينص عليها قانون القضاء الإداري ، منها طلب الإعفاء من الرسوم القضائية ورفع دعوى الإلغاء إلى محكمة غير مختصة واعتراض جهة إدارية مختصة على القرار. أنظر تفصيل ذلك لدى د. الجهمي : من ص 305 إلى ص 317 .

ومثل هذا النص لا وجود له في قانون المرافعات الليبي بل قد يكون غير مرغوب فيه في هذا القانون .

- أخيرا فإن نظام الوقف الذي تبنته المحكمة يؤدي إلى استكمال ما تبقى من الميعاد بعد زوال القوة القاهرة ، ومن المتصور أن تكون المدة المتبقية منه مدة قصيرة كيوم أو يومين هما الفرصة الأخيرة أمام الطاعن الذي سيواجه صعوبات عملية حقيقية من الصعب تجاوزها في هذه المدة القصيرة، خاصة إذا كنا نتحدث عن ظروف استثنائية عامة .

3- الحكم الصادر في الطعن الجنائي رقم 59/107 ق بتاريخ 2017/12/26 م ⁽¹⁾ : والذي جاء في أسبابه

(... وكان من المقرر أن ميعاد الطعن يمتد بعد سريانه إذا قام عذر قهري حال دون التقرير به في الميعاد ، وكانت النيابة العامة "الطاعنة" في مذكرة أسباب الطعن قد احتجت بقيام القوة القاهرة التي حالت بينها وبين التقرير بالطعن في الميعاد وهي ثورة السابع عشر من فبراير ، وأن مقر المحكمة العليا ببغازي وقد تم حرقه بالكامل ولم يستأنف العمل إلا في أواخر شهر يناير 2012 م ، وحيث إن الأمر كذلك ، وأنه ولئن كان ما تدعيه النيابة العامة "الطاعنة" بشأن حصول القوة القاهرة بسبب قيام ثورة السابع عشر من فبراير قد يكون صحيحا ولكن ليس في كل الأوقات ولا في كل الأماكن ، مما يلقي على الطاعنة عبء إثبات ما يفيد حصول واستمرار القوة القاهرة إلى يوم تمكينها من رفع الطعن أمام قلم كتاب المحكمة مصدرة الحكم ، وهو ما لم تستطع إثباته ، وأن القول بأن مقر المحكمة العليا ببغازي تم حرقه ، فإن ذلك لا علاقة له بالتقرير بالطعن بالنقض الذي يجب أن يكون أمام قلم كتاب المحكمة مصدرة الحكم ، وهي محكمة شمال بنغازي الابتدائية بالنسبة للطعن محل البحث ، وأن قولها باستمرار القوة القاهرة جاء مرسلا، ولم تقدم ما يفيد عدم تمكن المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه من مزاولة عملها حتى تاريخ التقرير بالطعن ، وهو يوم 2012/2/3 م ، ومن ثم لا يجديها الاحتجاج بما لم تستطع إثباته، الأمر الذي يكون معه التقرير بالطعن قد تم بعد فوات الميعاد، ومن ثم يتعين عدم قبوله) .

¹ (منشور على موقع المحكمة العليا الليبية في شبكة المعلومات .

باستقراء هذا الحكم نجده يثير العديد من النقاط الهامة :

- يتحدث الحكم عن امتداد لميعاد الطعن وليس وقف له ، ويبدو أن هناك مفارقة في أثر القوة القاهرة بين دوائر المحكمة العليا الليبية ، ففي حين تقرر الدوائر المدنية والإدارية بالمحكمة العليا نظام الوقف لميعاد الطعن الذي يحل أجله خلال فترة القوة القاهرة ليستكمل بعدها ⁽¹⁾ ، فإن الدوائر الجنائية بهذه المحكمة تتبنى نظام الامتداد لهذا الميعاد والذي يقتضي هنا امتداد الميعاد ليوم واحد فقط ، هو اليوم التالي لزوال القوة القاهرة ⁽²⁾ .
- سكنت المحكمة العليا في هذا الطعن عن تحديد التاريخ المعتبر للقول بزوال القوة القاهرة وانتهاء الحماية المقررة لميعاد الطعن ، وما إذا كان المعول عليه في هذا التحديد هو تاريخ إعلان تحرير البلاد في 2011/10/23 كما قرر الطعن الإداري رقم 59/10 ق السابق سرده ، أم تاريخ تفعيل العمل بقلم كتاب المحكمة العليا في 2011/11/1 م .
- وضعت المحكمة على عاتق من يدعي حصول واستمرار القوة القاهرة عبء تقديم الدليل على ما يدعيه ، معتبرة أن حصول الثورة وإن كان صحيحا إلا أنه " ليس في كل الأوقات ولا في كل الأماكن " وهو تشدد لا مبرر له أمام وقائع (أحداث السابع عشر من فبراير) وإن لم تحدث بنفس القوة والدرجة في بعض المناطق والمدن ، إلا أن ذلك لا ينفي امتداد آثارها إلى كامل أرجاء البلاد بدون استثناء ، ومن المعلوم أن العبرة ليست بالقوة القاهرة في

⁽¹⁾ أنظر على سبيل المثال الطعن المدني رقم 64 / 16 ق بتاريخ 1970/6/30م الذي اعتبر قيام الثورات قوة القاهرة ترتب عدم سريان المواعيد ووقوفها ، ويكون من حق مباشر الإجراء الحصول على تعويض عن مدة الوقف بالقدر الذي فاتته خلال فترة حدوث هذه القوة (منشور في مجلة المحكمة العليا س7 ، ع 1 ، ص 153) ، والطعن الإداري رقم 40/7 جلسة 1994/3/26 م ، منشور في مجلة المحكمة العليا الليبية س 29 ، ع 4/3 ، ص 68 ، وكذلك الطعن الإداري رقم 59/10 ق بتاريخ 2016/8/9 م والمنشور على موقع المحكمة العليا الليبية في شبكة المعلومات .

⁽²⁾ أنظر الطعن الجنائي رقم 50/272 ق جلسة 2005/10/2 م والذي جاء فيه (... و كان من المقرر أن ميعاد الاستئناف لا يمتد إلا في حالتين الأولى مصادفة اليوم الأخير لميعاد الاستئناف يوم عطلة رسمية فيمتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعد العطلة ، والحالة الثانية أن يكون لدى المستأنف عذر قهري منعه من القيام بالتقرير بالاستئناف في الميعاد ، فعندها يمتد الميعاد إلى اليوم التالي مباشرة لانتهاء العذر أو المانع القهري ..) منشور في مجموعة أحكام المحكمة العليا ، القضاء الجنائي ، الجزء الثاني ، 2005 م ، ص 564 ، أنظر أيضا في ذات المعنى ما سبق أن قضت به المحكمة العليا الليبية في الطعن الجنائي رقم 20/220 ق بتاريخ 1974/11/19 منشور في مجلة المحكمة العليا الليبية س 11 ع 3 ، ص 163 ، الطعن الجنائي رقم 20/251 ق بتاريخ 1976/6/22 منشور في مجلة المحكمة العليا الليبية س 13 ع 2 ، ص 238 ، الطعن الجنائي رقم 27/180 ق بتاريخ 1980/6/3 منشور في مجلة المحكمة العليا الليبية س 17 ع 2 ، ص 225 ، الطعن الجنائي رقم 30/381 ق بتاريخ 1986/1/7 منشور في مجلة المحكمة العليا س 24 ع 2/1 ص 129 .

حد ذاتها وإنما بما خلفته من آثار من حيث إمكانية قيام ذي الشأن أو استحالة ذلك عليه⁽¹⁾ ، لذا كان من المفترض أن ينصب النزاع أمام المحكمة حول عبء إثبات استمرار هذه القوة لا حصولها ، وهو ما يتطلب أن يكون هناك تاريخ معين حددته المحكمة للقول بزوال القوة القاهرة ، وأن على من يدعي استمرارها بعد هذا التاريخ تقديم الدليل على ادعائه ، غير أننا هنا سنصطدم بأن المحكمة لم تحدد ابتداءً تاريخ زوال هذه القوة كما ذكرنا آنفاً .

- ربما لم نكن بحاجة إلى كل هذا الجدل لو أن السلطات المختصة التي تسلمت مقاليد البلاد عقب أحداث السابع عشر من فبراير تصدت صراحة لمثل هذا الأمر ، وحمت المواعيد الإجرائية التي اكتملت خلال هذه الأحداث محددة تاريخ بداية ونهاية القوة القاهرة والنظام الأمثل الذي يحقق هذه الحماية ، وهو ما كان سيزيل ضبابية المشهد أمام القضاء ويحمي حقوق المتقاضين⁽²⁾ .

الفرع الثاني

استحداث نظام لامتداد المواعيد

يتوافق مع أثر الظروف الاستثنائية

رغم الآثار الاستثنائية التي رتبها الأزمة الصحية الراهنة (وباء كورونا) ، وخصوصاً تلك المتعلقة بتوقف مرفق القضاء كلياً عن العمل في الفترة من 2020/3/29 إلى 2020/6/30 ف ، إلا أن المشرع

⁽¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 806 لسنة 22 ق بتاريخ 1981/1/24 م المجموعة س 26 ، ص 372 ، رقم 52 .

⁽²⁾ فعلى سبيل المثال في مصر ، وعقب الظروف الاستثنائية التي مرت بها البلاد بسبب ثورة 25 يناير 2011 م وما رتبته من تعطل المحاكم عن العمل ، أصدرت وزارة العدل الكتاب الدوري رقم 5 لسنة 2011 باعتبار الفترة الممتدة من 2011/1/26 م إلى 2011/2/7 م قوة القاهرة منعت المتقاضين من الطعن على الأحكام مما يلزم معه وقف سريان كافة المواعيد الإجرائية المتعلقة بالطعن على الأحكام ورفع الدعاوي وغيرها من المواعيد السارية خلال هذه الفترة ، فلم تترك الوزارة تحديد المدة التي استغرقتها القوة القاهرة لتقدير المحاكم ، وعلى ضوء ذلك أصدر القضاء المصري عديد الأحكام التي وفرت الحماية لمواعيد الطعن المكتملة خلال المدة المذكورة بالاستناد لهذا الكتاب الوزاري ، منها الطعن الجنائي رقم 2293 لسنة 81 ق جلسة 2012/2/21 ، الطعن المدني رقم 12079 لسنة 81 ق جلسة 2012/5/3 ، الطعن المدني رقم 5527 لسنة 81 ق جلسة 2018/4/17 م (جميعها منشورة على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية) .

الليبي لم يتدخل بأي تنظيم تشريعي لحماية المواعيد الإجرائية التي اكتملت خلال هذه الأزمة بصفة عامة ، أو خلال توقف العمل القضائي بصفة خاصة ⁽¹⁾.

هذا الإغفال التشريعي لم يقتصر على المشرع الليبي وحده وإنما وجد في دول أخرى ⁽²⁾. في المقابل هناك دول تدخلت لتأطير الحماية للمواعيد الإجرائية في هذا الظرف الصحي الاستثنائي، غير أن هذا التدخل — سواء كان بموجب قانون أم قرار صادر من السلطة التنفيذية — هو في أغلبه يدور في نطاق الأنظمة التقليدية للحماية وخصوصا نظام وقف المواعيد، دون أن يقدم أي جديد، وهو ما جعله عرضة للانتقاد بسبب عدم كفاية هذه الأنظمة التقليدية للحماية في الظروف الاستثنائية العامة وما تنتجه من آثار ⁽³⁾.

1 (تجدر الإشارة إلى أنه قبل تقرير التوقف الكلي لمرفق القضاء عن العمل ، صدر قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم 32 لسنة 2020 م بتاريخ 2020/3/15 م بشأن مجابهة انتشار فيروس كورونا المستجد ، هذا القرار ألزم المحاكم في المادة الأولى منه بتأجيل الجلسات المنظورة إلى بداية شهر (مايو) والجلسة التي تليها للأسبوع التالي وهكذا تلافيا لحصول انقطاع أو وقف للخصومة ، كما أكد في المادة الخامسة منه على أن يتم التقرير بالظن في الأحكام المعلنة حفاظا على المواعيد وكذلك تنفيذ الأحكام الخاصة بالأمور المستعجلة وتحصيل وجباية النفقات .

إلا أنه سرعان ما أعقب ذلك وقف العمل كلياً بالمحاكم اعتباراً من 2020/3/29 بموجب قرار رئيس المجلس الأعلى للقضاء رقم 35 لسنة 2020 م وما تلاه من قرارات تمديد لفترة التوقف عن العمل ، دون أن تتضمن هذه القرارات سوى الإشارة إلى استمرار البت في الأمور المستعجلة فقط خلال فترة التوقف عن العمل ، كما اقتصر المنشور الصادر عن إدارة التفتيش على الهيئات القضائية رقم 5 لسنة 2020 م على توضيح مصير القضايا المحجوزة للحكم خلال فترة التوقف عن العمل دون سواها (جميع هذه القرارات الصادرة عن المؤسسة القضائية بخصوص الأزمة الصحية الراهنة وكذلك منشور إدارة التفتيش المشار إليه منشورة على شبكة المعلومات) .

2 (في تونس مثلاً تم الاكتفاء بالأمر الحكومي عدد 152 لسنة 2020 م الصادر بتاريخ 13 مارس 2020م باعتبار الوباء من الأمراض السارية والمخطرة التي ينطبق عليها قانون الأمراض السارية عدد 71 لسنة 1992م دون صدور أي تنظيم تشريعي يتصدى لمعالجة الآثار الإجرائية لهذا الوباء ، وتجدر الإشارة هنا إلى أن المجلس الأعلى للقضاء التونسي اعتبر في مذكرة صادرة عنه بتاريخ 15 مارس 2020م أن الوضع الصحي الاستثنائي الذي تمر به البلاد هو من قبيل (القوة القاهرة) ، وهذا التكييف من قبل المجلس الأعلى للقضاء وإن كان فيه تيسير على المتقاضين من حيث إمكانية التمسك بالقوة القاهرة إن تم إيداع أي مطلب خارج الأجل المحددة قانوناً ، إلا أنه أثار التساؤل عن مدى الصلاحيات المخولة للمجلس لإصدار مثل هذه المذكرة (باعتباره ليس سلطة تشريعية أو تنفيذية) في غياب وجود نص تشريعي صريح في مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية يقرر اعتبار القوة القاهرة حائلاً يبرر خرق طرق الأجل المحددة قانوناً ، وذلك بخلاف الحال في مجلة الإجراءات الجزائية التونسية التي يوجد فيها مثل هذا النص . أنظر أ. الكشو (منصف) : القوة القاهرة في المرافعات المدنية والتجارية في زمن الكورونا " كوفيد 19 " ، مقال منشور في 17 مارس 2020 م على موقع الاتحاد العربي للقضاة / الرابط : <http://arabunionjudges.org/?p=6281> تاريخ الزيارة 2020/10/20 م .

3 (ففي مصر ، لم ترتب الأزمة الصحية الراهنة تعليق العمل بالمحاكم كلية ، وإنما تقرر تعليق الجلسات فقط مع استمرار كافة الأعمال الإدارية ، ولهذا أثره في استمرار مواعيد المرافعات في السريان دون أن يعثر عليها انقطاع أو وقف ، مما قد يوحي بعدم الحاجة لحماية المواعيد الإجرائية خلال هذه الأزمة طالما أنه بإمكان المتقاضين خلالها القيام بسائر إجراءات التقاضي في مواعيدها . بالرغم من ذلك أصدر رئيس مجلس الوزراء المصري القرار رقم 1295 لسنة 2020 م بتاريخ 29 يونيو 2020 م (منشور في الجريدة الرسمية العدد 26 مكرر ب في 29 يونيو سنة 2020) باعتبار الفترة من 2020/3/17 حتى 2020/6/27 مدة وقف بالنسبة لمواعيد الحق والمواعيد الإجرائية الخاصة بالتظلمات الوجوبية والدعوى والطعون القضائية وغيرها من المواعيد والأجل المنصوص عليها

بالقوانين والقرارات التنظيمية ، ولا يسري حكم وقف سريان المواعيد على الأجل والمواعيد الخاصة بالحبس الاحتياطي والطعن في الأحكام الجنائية الصادرة في شأن الأشخاص المحبوسين تنفيذا لتلك الأحكام .

وتجدر الإشارة إلى أن جانب من الفقه كان قد طالب بإصدار مثل هذا القرار الوزاري لوقف سريان جميع المواعيد على أن تستأنف بعد انتهاء حالة الطوارئ الصحية ، نظرا لوجود العديد من الموانع التي حالت بين المتقاضين والوصول للمحاكم كحالة المريض والمخالط الذي يجب عزله صحيا ، ومن كان خارج البلاد ولم يتمكن من العودة لتوقف حركة الطيران ، وحالة المتقاضي المقيم في قرية تم عزلها ، فكل هذه الحالات يجب ألا يترك الفصل فيها للسلطة التقديرية للقاضي وفقا لنظرية القوة القاهرة . ووفقا للحالة المعروضة عليه ، وإنما من الأفضل التصدي لها حسمًا للجدل والخلافات الفقهية والقضائية بخصوصها . أنظر في ذلك :

د . مجدي (رضوى) : أثر " كوفيد - 19 " على إجراءات ومواعيد التقاضي المدني في مصر ، مقال منشور بتاريخ 7 مايو 2020 م على موقع جريدة البورصة الالكتروني / الرابط : <https://alborsaanews.com/2020/05/07/1339524> تاريخ الزيارة 2020/10/15 م .

- الأمر يكاد يكون مشابه في الأردن ، فقد أصدر رئيس الوزراء الأردني بتاريخ 2020/3/30 م أمر دفاع رقم (5) لسنة 2020 م ، وقد تبنى هذا الأمر نظام الوقف للمواعيد السارية خلال هذه الأزمة الصحية محددًا نقطة بدايته تاركا تحديد نقطة النهاية لقرار لاحق يصدر من رئيس الوزراء ، وتضمن الأمر المذكور وقف العديد من المواعيد المهمة بالملكة الأردنية على أن يكون ذلك بتاريخ رجعي اعتبارا من تاريخ 2020/3/18 . وما يهمننا في هذا الصدد أنه أوقف سريان جميع المدد والمواعيد المنصوص عليها في التشريعات النافذة سواء أكانت مدد تقادم أو سقوط أو عدم سماع دعوى أو مددا لاتخاذ أي إجراء من إجراءات التقاضي لدى جميع أنواع المحاكم في المملكة ودوائر النيابة العامة وهيئات التحكيم ودوائر التنفيذ وسلطة الأجور ، وأي مجلس من مجالس التوفيق والوساطة والتأديب وغيرها ممن يمارس اختصاصات مشابهة لاختصاصات هذه المجالس ولو كانت هذه المدد من المدد التي لا يسري عليها الوقف . كما شمل الوقف جميع المدد والمواعيد اللازمة لاتخاذ أي إجراء لدى أي وزارة أو دائرة حكومية أو مؤسسة رسمية عامة أو مؤسسة عامة بموجب أي تشريع نافذ . وقد أكد الأمر على أنه يتم استكمال سريان المدد الموقوفة بموجبه ، اعتبارا من تاريخ سريان قرار رئيس الوزراء بمباشرة المؤسسات والدوائر الرسمية والمحاكم أعمالها . يمكن الإطلاع على هذا الأمر وبنوده بالتفصيل على موقع رؤيا الإخباري على شبكة المعلومات / الرابط : <https://royanews.tv/news/210162> .

. أما في الكويت فقد كان التدخل تشريعيا ، حيث أعلنت الكويت الفترة من 12 إلى 26 مارس 2020 م إجازة رسمية في البلاد تقاديا لتفشي الوباء . وقد أدى توقف المحاكم عن العمل نتيجة لهذه الإجازة إلى أقرار مجلس الأمة الكويتي بتاريخ 26 مارس 2020 م القانون رقم 5 لسنة 2020 م بتعديل قانون المرافعات الكويتي رقم 38 لسنة 1980 م . وبموجب هذا التعديل تم إضافة المادة (17 مكرر) والتي تنص في مادتها الأولى على أنه " في الأحوال التي يقر فيها مجلس الوزراء تعطيل أو وقف العمل في المرافق العامة حماية للأمن أو السلم العام أو الصحة العامة والتي تقتضيها المصلحة العليا للبلاد ، لا تحسب مدة التعطيل أو التوقف ضمن المواعيد الإجرائية المنصوص عليها في هذا القانون ، وقانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية ، وقانون حالات الطعن بالتمييز وإجراءاته ، على أن يستأنف احتسابها اعتبارا من اليوم الذي يعينه مجلس الوزراء للعودة إلى العمل " . وتقرر سريان هذا القانون بأثر رجعي اعتبارا من تاريخ توقف المحاكم عن العمل في 2020/3/12 .

ومما يعاب على هذا التعديل إنه رغم تقريره الوقف العام لجميع المواعيد التي حل أجلها أو التي لم يحل خلال هذه الفترة وذلك حتى انتهاء الأزمة واستئناف العمل ، إلا أن الوقف يقتصر على المواعيد الإجرائية في القوانين التي نص عليها بمتنه ، ولا يمتد ليشمل

في خضم كل ذلك يفاجئنا نظام امتداد الميعاد بطلته الجديدة والذي تبناه المشرع الفرنسي في هذه الأزممة الصحية ، ليشكل خروجاً عن نطاق هذه الأنظمة التقليدية ، في محاولة جادة منه لتحقيق الحماية المنشودة للمواعيد في هذه الظروف، مما يستحق الوقوف عنده ودراسته .

لذا فإننا سنتناول في هذا الفرع عدم كفاية الأنظمة التقليدية للحماية في الظروف الاستثنائية العامة (أولاً) ، ثم نستعرض نظام امتداد المواعيد المستحدث خلال الأزمة الصحية الراهنة (ثانياً) .

أولاً : عدم كفاية الأنظمة التقليدية للحماية في الظروف الاستثنائية العامة :

إن كان يحسب للقضاء تصديه منذ أمد بعيد لحماية المواعيد الإجرائية من خلال تطبيقه لفكرة القوة القاهرة حتى في الأحوال التي يضيق فيها المجال أمام أعمال هذه الحماية⁽¹⁾ ، غير أن الاستناد إلى فكرة القوة القاهرة وإلى القواعد العامة التي ردها القانون المدني في نصوصه ، وذلك لتطبيقها من

المواعيد المنصوص عليها في أي قانون آخر كمواعيد الطعون الإدارية أو مواعيد الشكاوى الخاصة بالعمال في القطاع الخاص ، أو مواعيد تظلم الموظفين المنصوص عليها في قانون الخدمة المدنية الكويتي والتي تشكل شرطاً لقبول الدعاوى أمام المحاكم في الكويت . وكذلك مواعيد الطعون أمام الجهات الخاصة المنصوص عليها في التشريع الكويتي .

يمكن الرجوع لهذا التعديل وما أثير بشأنه من انتقادات إلى جريدة الراي الإلكترونية مقال أ . الفرحان (ناصر) : " مطالبات قانونية بشمول مواعيد جميع القوانين في تعديل المادة 17 من قانون المرافعات الكويتي " ، منشور على موقع الجريدة الإلكترونية / الرابط

<https://www.alraimedia.com/article/905643/%D9%85%D8%AD%D9%84%D9%8A%D8%A7%D8%A-%D9%85%D8%B7%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%A7%D8%AA-A/> تاريخ الزيارة 2020/9/18 ، أنظر أيضاً د. خمان : من ص 105 إلى ص 110 .

⁽¹⁾ على سبيل المثال فإن النص المتعلق بجزء انقضاء الخصومة (م 261 مرافعات ليبي) يفيد حدوث الانقضاء ولو كنا بصدد حالة من حالات الوقف وأياً كان سبب هذا الوقف ، وذلك حتى لا تظل الخصومة قائمة منتجة لآثارها مهما طال ركودها وهو ما يؤدي إلى تراكم القضايا الراكدة أمام المحاكم ، وبغض النظر عن سبب الركود راجعاً إلى المدعي أم لا ، ولذا جاء النص مقرراً أنه " في جميع الأحوال تنتضي الخصومة بمضي خمس سنوات على آخر إجراء صحيح فيها " وهذا النص مطابق لنص المادة 140 مرافعات مصري وإن كانت مدة تقادم الخصومة أقل في هذا الأخير (ثلاث سنوات) ، ومع ذلك فإن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض المصرية في حكمها الصادر سنة 1988 م الطعن رقم 960 سنة 56 ق ، حاولت العدول عما استقر عليه الفقه والقضاء لفترة طويلة في هذا الشأن من أن الخصومة تنتضي بالتقادم ولو كانت واقفة انتظاراً للفصل في مسألة أولية ، حيث لا معنى للتمسك بظاهر النصوص إذا كان لا يخدم العدالة ولذلك فسرت المحكمة عبارة (في جميع الأحوال) الواردة في نص المادة 140 مرافعات مصري بأنها إنما تعني فقط انطباق النص على الخصومة في الحالات التي يكون فيها عدم موالاة السير في الخصومة مرجعه إلى مطلق إرادة الخصوم أو إلى قلم الكتاب ، في حين يقف التقادم كلما وجد مانع مادي أو قانوني يستحيل معه على الخصوم موالاة السير فيها ، إذ لو أراد المشرع استثناء التقادم من الوقف لنص على ذلك صراحة كما فعل في المادة 16 إجراءات جنائية مصري بالنسبة لانقضاء الدعوى الجنائية والتي تنص على " لا يوقف سريان المدة التي تسقط بها الدعوى الجنائية لأي سبب كان " .

أنظر د . والي : ص 607 / 608 ، د . اعبوده : قانون علم القضاء ، هامش ص 318 .

الناحية الإجرائية ، وإن كان لا يثير إشكالية في الحالات الفردية ، إلا أنه في الظروف الاستثنائية العامة التي لا تتعلق بحالات فردية يبدو الاعتماد على نصوص القانون المدني وتعميم تطبيقها على القواعد الإجرائية محل نظر ، إذ تحتاج هذه القواعد الإجرائية وخاصة منها المتعلقة بالمواعيد — بخلاف القواعد الموضوعية — إلى بعض المسائل التنظيمية التي تقتضي تدخل سلطة الإدارة لوضعها محل اعتبار في الظروف الاستثنائية ، وهذا يتطلب أن تتصدى سلطات الدولة لوضع معالجة سريعة ، عامة وشاملة لحماية جميع المواعيد الإجرائية التي حل أجلها خلال هذه الظروف ، وذلك من خلال تبني نظام أمثل للحماية ، يتم بموجبه تحديد تاريخ موحد لزوال القوة القاهرة ، لمعرفة نقطة البدء في احتساب المواعيد الإجرائية وكيفية هذا الاحتساب ، وهذا التدخل التنظيمي من سلطات الدولة التنفيذية في الظروف الاستثنائية العامة مطلوب ، حتى على افتراض وجود نص في قانون المرافعات الليبي يقرر صراحة تبني فكرة القوة القاهرة في النطاق الإجرائي، وذلك لسببين :

الأول ، إن استقرار قضاء المحكمة العليا الليبية على أن تقدير حالة القوة القاهرة يعود لمحكمة الموضوع وخاضع لسلطتها⁽¹⁾ ، يرتب في الغالب أن وجود القوة القاهرة في الظروف الاستثنائية العامة وإن كان لا يتصور أن يصبح محل منازعة أمام محاكم الموضوع ، إلا أن المنازعة ستثور لا محالة حول تاريخ زوال هذه القوة وما يترتب على ذلك من آثار ، طالما ترك تحديد هذا التاريخ للاجتهاد القضائي .

الثاني ، إن عدم تنظيم السلطة التنفيذية في الدولة للآثار المترتبة على القوة القاهرة في الظروف الاستثنائية العامة ، فضلا عن كونه سيؤدي إلى إرباك المحاكم عند عودتها للعمل بزوال هذه الظروف ، فإنه قد يخلق نوعا من الممايزة الإجرائية في الدعاوى المنظورة أمامها ، ويخل بالمساواة في المراكز القانونية للخصوم ، وذلك في ظل اختلاف الحلول القضائية المتبناة ، فقد رأينا كيف أن الدوائر المدنية والإدارية بالمحكمة العليا الليبية تلجأ إلى إعمال نظام الوقف للميعاد في حالة القوة القاهرة فيما يعرض

⁽¹⁾ طعن جنائي رقم 251 / 20 ق جلسة 1976/6/22م ، منشور في مجلة المحكمة العليا ، السنة الثالثة عشر ، العدد الثاني ، ص 238 . طعن إداري رقم 40/7 ق جلسة 1994/3/26م ، منشور في مجلة المحكمة العليا ، السنة التاسعة والعشرون ، العددان الثالث والرابع ، ص 68 .

عليها من طعون ، في حين تلجأ الدوائر الجنائية في ذات المحكمة إلى إعمال نظام امتداد الميعاد في هذه الحالة .

يبقى الأهم أنه في الحالتين وسواء تبنى القضاء نظام الوقف أو نظام الامتداد التقليدي لحماية المواعيد الإجرائية في الظروف الاستثنائية ، فإن كلا من النظامين لا يخلو من العيوب :

1- فنظام الوقف يعني عودة الميعاد الذي تم إيقافه للسريان بعد انتهاء مدة الوقف وذلك للمدة المتبقية منه فقط والتي قد تكون قصيرة كيوم أو يومين.

أما نظام امتداد الميعاد فهو يؤدي إلى امتداد الميعاد ليوم واحد فقط ، هو اليوم التالي لزوال القوة القاهرة.

وحيث أننا نتحدث عن ظرف استثنائي جماعي طال العديد من المواعيد ، فإن الأمر قد يصطدم بقدرة المحاكم وموظفيها في هذه الحالة على استيعاب وإنهاء جميع الإجراءات المرتبطة بهذه المدد القصيرة قبل انقضائها.

2- كذلك في نظام الوقف، قد يكون من السهل حساب المدة المتبقية من الميعاد بعد زوال القوة القاهرة إذا كان هذا الميعاد محسوباً بالأيام كما في مواعيد الطعن في الأحكام (ثلاثون يوماً من تاريخ إعلان الحكم) لكن الصعوبة تثار إذا كان الميعاد الذي تعرض للوقف يقدر بالأشهر (كما في ميعاد الأربعة أشهر المحدد لإعادة إعلان وقيد الدعوى م 87 مرافعات) ، إذ القاعدة بالنسبة لهذه المواعيد أن الشهر يحسب كوحدة واحدة فلا ينظر إلى عدد أيام كل شهر من أشهر الميعاد على حدة ⁽¹⁾ ، فلو افترضنا أنه بعد مرور عدة أيام من الشهر الأول المحتسب في الميعاد حدثت القوة القاهرة ليتوقف سريانه ، فما هي الطريقة التي سيحتسب بها بعد زوال هذه القوة هل نأخذ في الاعتبار قاعدة الاحتساب بالأشهر ، أم أنه سيتم استكمال احتساب الشهر الأول بالأيام حتى نهايته، ثم نكمل احتساب باقي المدة وفق قاعدة احتساب الميعاد بالأشهر .

¹ (د . أبو الوفا : ص 480 .

مما سبق ذكره يتبين لنا عدم كفاية الأنظمة التقليدية للحماية وضرورة البحث عن نظام لحماية المواعيد الإجرائية في الظروف الاستثنائية ، بعيدا عن هذه الأنظمة ، باعتبار أنها لا تقدم معالجة حقيقية للآثار المترتبة على الظروف الاستثنائية في النطاق الإجرائي .

ثانيا : استعراض التجربة الفرنسية في استحداث نظام امتداد المواعيد في الظروف الاستثنائية :

تحظى التجربة الفرنسية بأهمية خاصة لكونها مغايرة وشاملة تناولت الكثير من التفاصيل والجزئيات، ففي ظل انتشار وباء كورونا وتعطيل جميع المصالح الحكومية والخاصة في فرنسا ، لم يكتف المشرع الفرنسي في مجال حماية المواعيد الإجرائية الحتمية ببعض نصوص قانون الإجراءات المدنية والتجارية المتعلقة بإعمال نظرية القوة القاهرة في الظروف الاستثنائية⁽¹⁾ ، ولم يلجأ إلى نظام الوقف أو حتى الانقطاع للمواعيد كحل متوقع لهذه المعضلة، وإنما ارتأى وضع نظام متكامل لحماية جميع المواعيد يؤدي إلى نوع من المساواة بين المعنيين به، ويمنع الإرباك الإداري الذي قد يتعرض له مرفق القضاء المعطل عند عودته للعمل .

من هنا استحدث المشرع الفرنسي نظاما جديدا يؤدي إلى امتداد المواعيد الإجرائية بل وحتى الإدارية الخاصة بنشاط المرافق العامة في الدولة والتي سيحل أجلها خلال فترة الطوارئ الصحية المعلنة في فرنسا.

هذا النظام استمد مشروعيته من المادة (38) من الدستور الفرنسي التي تجيز للحكومة بأن تتقدم بطلب للبرلمان للحصول على إذن - على أن يكون ذلك لمدة محددة - بإصدار لوائح باتخاذ إجراءات لا تستكمل في الحالات العادية إلا بموجب قوانين⁽²⁾ .

1) فالمادة 540 من هذا القانون تشير إلى استحالة اللجوء إلى القضاء ، وكذلك الفقرة الثالثة من المادة (910) بشأن الإقالة من السقوط في حالة الاستئناف والمقابل والفرعي بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية سنة 2017 م . أنظر د. خمان : ص 117 .
2) عندما يتعلق الأمر بظروف استثنائية عامة تهدد بقاء الدولة ووجودها ، عادة ما تعترف الدساتير في معظم الدول للسلطة التنفيذية (الإدارة) بسلطة استثنائية تمارسها وفق شروط وقيود معينة يتضمنها قانون التفويض ، وتصدر الإدارة استنادا إلى هذه السلطة لوائح لها قوة القانون هي اللوائح التفويضية وهي نوع من لوائح الضرورة ، تتمكن بموجبها من اتخاذ التدابير الضرورية لمواجهة هذه الظروف ونتائجها الخطيرة . أنظر في تفصيل ذلك د. جمال الدين (سامي) : لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية ، بدون تاريخ نشر ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص 215 وما يليها .

وتطبيقا لذلك تم تفويض مجلس الوزراء الفرنسي (الحكومة) بموجب القانون رقم 290 - 2020 بإصدار اللوائح التفويضية التي تكفل التصدي لآثار هذا الوفاء في جميع المجالات التي ذكرها القانون بمتمته ⁽¹⁾.

وما يهمننا هنا هو اللائحة رقم (2020/306) التي تضمنت تفاصيل هذا النظام المستحدث وكيفية توظيفه لتحقيق الحماية للمواعيد الإجرائية في الظروف الاستثنائية ، مع الإشارة إلى أن هذه اللائحة شملت بالحماية جميع آليات المطالبة القضائية (إجراء ، دعوى ، طعن ، تسجيل ، قيد ، إعلان ، إخطار) ، كما شملت تعطيل عديد الجزاءات الإجرائية والموضوعية (التقادم أو البطلان أو الانعدام أو السقوط أو عدم السريان أو عدم القبول أو الرفض أو الترك أو التنازل) ، وتولت في أحكامها معالجة جميع المواعيد دون تفرقة بين مواعيد تقادم أو مواعيد سقوط وهو ما عبرت عنه اللائحة بتقريرها (...كان يتعين اتخاذه بموجب قانون أو لائحة ، تحت طائلة : التقادمأو السقوط...) .

1- الطبيعة القانونية للنظام المستحدث:

بالرجوع إلى اللائحة رقم (2020/306) التي تعرضت لمسألة حماية المواعيد الإجرائية في ظل هذه الأزمة الصحية في فرنسا ، يمكن القول:

- إن المشرع الفرنسي اختار لتحقيق الحماية للمواعيد الإجرائية نظاما ثالثا (بخلاف نظامي الوقف والانقطاع) ، تمتد فيه أجل المواعيد دون أن يكون الامتداد لأول يوم عمل بالمحاكم كما في المفهوم التقليدي لامتداد المواعيد بسبب العطلات الرسمية ، و إنما هو إضافة مدة

¹ (صادق البرلمان الفرنسي بتاريخ 2020/3/23 م على القانون رقم 290 - 2020 تحت مسمى (حالة الطوارئ الصحية) تمييزا له عن حالة الطوارئ العامة وبموجبه أعلنت حالة الطوارئ الصحية في فرنسا لمدة شهرين كاملين من تاريخ 2020/3/24 إلى تاريخ 2020/5/24 م على أن لا يتم تمديدتها إلا بقانون ، تضمنت المادة 11 من هذا القانون تفويض الحكومة (مجلس الوزراء الفرنسي) في اتخاذ ما يلزم لقطع أو وقف أو تمديد المواعيد الإجرائية والقضائية التي كان يتوجب اتخاذها خلال الفترة المعلنة كحالة طوارئ صحية ، مع تقرير الأثر الرجعي لسريان هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذا له لتشمل جميع المواعيد التي كان يتعين اتخاذها منذ تاريخ 2020/3/12 م ، ومن ثم بادرت الحكومة إلى إصدار مجموعة من 26 لائحة تفويضية ، ونشرت جميعها في الجريدة الرسمية بتاريخ 2020/3/26 م ، تضمنت كلا من اللائحتين رقمي 2020/304 ، 2020/305 تنظيم طريقة سير الجلسات والدعوى خلال فترة الطوارئ الصحية ، بينما تضمنت اللائحة رقم (2020/306) تنظيم المواعيد الإجرائية والإدارية خلال هذه الفترة ، وأصدرت وزارة العدل الفرنسية مذكرة تفسيرية رقم CIV/01/20 بتاريخ 2020/3/26 لتوضيح الآلية المعتمدة بشأن طريقة احتساب هذه المواعيد والإجراءات . أنظر د . خمان : ص 122/121/120 .

جديدة للميعاد الأصلي تقدر بشهرين كحد أقصى ، على أن يكون الغرض من هذا النظام التوفيق بين اعتبارين : الأول ، تمكين أصحاب الشأن من اتخاذ ما يستطيعون اتخاذه من إجراءات خلال فترة الحظر واعتبارها صحيحة . والثاني ، حماية المواعيد التي يحل أجلها خلال هذه الفترة دون تمكن أصحاب الحقوق المتصلة بها من اتخاذها بسبب الأزمة الصحية الراهنة .

لعل ما استحدثه المشرع الفرنسي من أحكام في هذا الصدد هو ما جعل البعض يصف توجهه هذا بأنه (طريقة مستحدثة لإدارة الزمن) ووصفه البعض الآخر بأنه (ترحيل حقيقي للمواعيد)⁽¹⁾. أن اعتبار النظام الفرنسي المستحدث لحماية المواعيد في هذه الأزمة الصحية لا يشكل وقفا للمواعيد ولا انقطاعا لها ، سببه أن الوقف لا يرتب زيادة أو نقصان في الميعاد الموقوف ، وإنما يتم احتساب المدة الزمنية السابقة على الوقف وبزواله يستكمل ما تبقى منها ، أما الانقطاع فيفترض عند زوال سببه أن يتم إغفال ما مضى من ميعاد حتى ولو قرب على الاكتمال ويبدأ احتساب ميعاد جديد يعادل تماما الميعاد الأصلي ، يضاف إلى ذلك أن كلا من الوقف والانقطاع يترتب عليهما بطلان أي إجراء يتم اتخاذه طوال فترة استمرارهما وحتى زوالهما ، في حين أن المشرع الفرنسي لم يشل تماما حركة المحاكم عن العمل خلال فترة الطوارئ الصحية وذلك لوجود نظام التقاضي عن بعد في فرنسا ، فسمح لأصحاب الشأن أن يتخذوا الإجراءات اللازمة في المواعيد المحددة والواقعة خلال هذه الفترة في المحاكم التي يسمح نظامها بالتقاضي عن بعد واعتبرها صحيحة ، ولكن إن لم تسعفهم حالة الحظر التي تشهدها البلاد من اتخاذ هذه الإجراءات ، فلهم أن يتخذوها بعد انتهاء حالة الطوارئ وتعتبر صحيحة منتجة لآثارها .

⁽¹⁾ أنظر د. خمان : ص 124 . وتشير الباحثة إلى أن هذا النظام استوحاه المشرع الفرنسي من القانون رقم 68-696 المؤرخ في 1968/7/31م والصادر نتيجة الأحداث التي شهدتها فرنسا في شهري مايو ويونيو سنة 1968 بسبب الإضراب العام آنذاك حيث قرر هذا القانون تمديد أجل انقضاء المواعيد والإجراءات القضائية واعتبار جميع المواعيد والإجراءات التي لم يتمكن صاحب الشأن من اتخاذها في هذه الفترة ، قد تمت في الموعد المحدد لها طالما استوفيت بحد أقصى قبل 15 سبتمبر 1968م . أنظر هامش ص 122 .

2- الفترة الزمنية للامتداد :

رغم أن حالة الطوارئ الصحية المعلنة في فرنسا تم تحديدها بشهرين من 2020/3/24 إلى 2020/5/24م، إلا أن القانون رقم 290-2020 قرر أن تكون الحماية بأثر رجعي من تاريخ 2020/3/12 ، كما قررت اللائحة محل الدراسة امتداد الحماية لتشمل أيضا المواعيد التي انتهت خلال شهر من تاريخ انتهاء حالة الطوارئ أي حتى تاريخ 2020/6/24 م ، وهو ما اعتبر وسيلة حماية بامتياز ، إذ يفترض إنه بانتهاء حالة الطوارئ في 2020/5/24 م تكون المحاكم في فرنسا قد عادت لنشاطها ، ومع ذلك فإن المشرع الفرنسي قام بإضافة شهر آخر بعد انتهاء حالة الطوارئ (أي حتى 2020/6/24) تتمتع خلاله المواعيد بالحماية القانونية ، وذلك حتى يعطي المحاكم الفرصة للعودة المتوازنة للعمل بانتهاء حالة الطوارئ بعيدا عن احتمالية ازدحام أصحاب المصلحة عليها طالما تم الاطمئنان إلى وجود شهر إضافي يحسب من تاريخ انتهاء حالة الطوارئ تكون فيه المواعيد محمية أيضا من السقوط ، ويطلق الفقه الفرنسي على هذه الفترة من 2020/3/12 إلى 2020/6/24 (فترة الحماية القانونية) أو (الفترة الاستثنائية)⁽¹⁾.

إذن يمكن القول أن جميع المواعيد التي حل أجلها خلال الفترة الواقعة من تاريخ 2020/3/12 إلى 2020/6/24 مشمولة بالحماية وستحصل على مدد إضافية وبعد أقصى لمدة شهرين أي حتى 2020/8/25 .

غير أن كيفية احتساب هذه المدد الإضافية سيتم وفقا لأحد المعيارين التاليين :

المعيار الأول : إذا كان الميعاد الأصلي أقل من شهرين ويحل أجله في الفترة من 2020/3/12 حتى

2020/6/24 دون أن يتمكن صاحب الشأن من استكمال الإجراء خلال هذه الفترة :

في هذه الحالة يبدأ ميعاد جديد بالسريان (للمدة ذاتها) اعتبارا من 2020/6/25 ، مثال ذلك صدور حكم مستعجل بتاريخ 2020/3/11 ، فإن ميعاد استئنافه المقرر وفقا للقانون الفرنسي بخمسة عشر يوما والذي سينتهي خلال فترة الطوارئ ، سيبدأ بالسريان من جديد لمدة مماثلة للمدة الأصلية أي سيبدأ اعتبارا من 2020/6/25 وينتهي بتاريخ 2020/7/9 ، وهذا ما دفع الفقه في فرنسا لحث المحاكم على إعطاء

⁽¹⁾ د. خمان : ص 128. ويلاحظ هنا أن المواعيد التي تنقضي قبل 2020/3/12 (أي قبل بداية الحماية المقررة في حالة الطوارئ الصحية) لا يشملها النص اللائحي باعتبار أنه كان أمام أصحاب الشأن فرصة استكمال إجراءاتهم المرتبطة بهذه المواعيد قبل توقف المحاكم عن العمل .

الأولوية لأمرين : الأول : المواعيد التي ستبدأ من جديد بفضل الحماية إلا أنها مواعيد قصيرة الأجل كميعاد استئناف الأحكام المستعجلة السابق ذكره ، والثاني : المواعيد التي ستتقضي بمجرد انتهاء فترة الطوارئ والتي لم تدخل أصلا في نطاق الحماية ⁽¹⁾ .

المعيار الثاني : إذا كان الميعاد الأصلي يزيد عن شهرين ويحل أجله في الفترة من 2020/3/12

إلى 2020/6/24 دون أن يتمكن صاحب الشأن من استكمال الإجراء خلال هذه الفترة :

هنا يبدأ ميعاد جديد في السريان اعتبارا من 2020/6/25 ويمتد بحد أقصى إلى تاريخ 2020/8/25 - أيا كانت مدته الأصلية - فمثلا بالنسبة لمدة التقادم الخماسي للحق الموضوعي وفق المادة 2224 من القانون المدني الفرنسي ، وعلى افتراض أن المديونية يعود تاريخها إلى 2015/3/20 فإنها ستنتهي بالتقادم بتاريخ 2020/3/20 ، وبما أن هذا التاريخ يحل ضمن فترة الطوارئ ، فإن ميعادا إضافيا سيمتد لمدة شهرين يتمكن خلالها الدائن من المطالبة القضائية بدينه من تاريخ 2020/6/25 و بحد أقصى حتى 2020/8/25 ولن يمتد الميعاد هنا لمدة خمس سنوات أخرى مماثلة ، فهذا النظام لا يهدف إلى تجديد المدد القانونية الطويلة .

3- المواعيد المشمولة بالامتداد :

يتميز هذا النظام بشمولية الحماية لجميع المواعيد القضائية والإدارية سواء التي بدأ سريانها قبل ظهور هذا الوباء أو بعده طالما أنها في جميع الأحوال تكتمل خلاله ، وفق الآتي :

- يطبق نظام امتداد المواعيد الذي قرره المشرع الفرنسي على جميع المواعيد الإجرائية الخاصة بمحاكم القضاء العادي (محاكم الدرجة الأولى ومحاكم الطعن العادي وغير العادي) ، والمواعيد الإجرائية الخاصة بمحاكم القضاء الإداري ومجلس الدولة الفرنسي .

1 (من ذلك المواعيد التي يفترض أن تنتقضي بعد 2020/6/24 (بعد شهر كامل من تاريخ انتهاء حالة الطوارئ) فهي لا يشملها النص ، كما لو صدر حكم قضائي بتاريخ 2020/1/2 ، ويتوجب إعلانه خلال ستة أشهر ، أي قبل 2020/7/2 ، بمعنى أنه بانتهاء فترة الحماية في 2020/6/24 سيكون المتبقي من ميعاد إعلان الحكم سبعة أيام فقط ، لذلك يجب على المحاكم البدء في معالجة مثل هذا النوع من المواعيد مبكرا بمجرد انتهاء حالة الطوارئ المعلنة قانونا في 2020 / 5/24 ، و ألا تنتظر حتى انتهاء كامل فترة الحماية في 2020/6/24 .

في حين يخرج من نطاقها المواعيد الخاصة بالمحاكم الجنائية والناجمة عن تطبيق قانون الجزاء وقانون الإجراءات الجزائية ، والمواعيد الناتجة عن تطبيق قانون الانتخابات ، والمواعيد المتخذة بشأن الحرمان من الحرية (وإن كانت اللائحة عادت وأكدت أنه يدخل في تطبيقها المواعيد الخاصة بالتدابير المتخذة للحد من حق معين أو حرية يكفلها الدستور الفرنسي بشكل صريح) ، والمواعيد الخاصة بإجراءات التسجيل في أي منشأة تعليمية أو التسجيل في الوظائف العامة ، والالتزامات المالية والضمانات الناتجة عن تطبيق القانون المالي وقانون سوق النقد في الدولة .

- لم تقتصر اللائحة على حماية المواعيد الإجرائية وإنما مدت الحماية إلى المواعيد الإدارية الخاصة بنشاط المرافق العامة في الدولة ، إلا أن نظام الحماية هنا مختلف ، فقد قررت اللائحة هنا نظام الوقف لجميع المواعيد الخاصة بالقرارات والعقود والإشعارات المتعلقة بأحد أشخاص الدولة (وهي كما وددت في اللائحة إدارات الدولة المختلفة ، السلطات المحلية ، أشخاص القانون العام ، أشخاص القانون الخاص المكلفة بأداء مهمة من مهام المرافق العامة للدولة بما فيها مؤسسات الضمان الاجتماعي) والتي كان يجب أن تتخذ خلال هذه الفترة ، والمواعيد التي يعتبر سكوت الإدارة عن الرد خلالها قبولاً ضمناً ، وذلك من تاريخ 2020/3/12 حتى تاريخ 2020/6/24 ، ولا شك أن الحديث هنا عن وقف المواعيد وليس امتدادها يفترض أن ما بدأ من هذه المواعيد قبل 2020/3/12 سيقف ثم يعود للسريان بعد تاريخ 2020/6/24 للمدة المتبقية منها فقط ، أما المواعيد التي كان يتعين أن تبدأ بالسريان خلال هذه الفترة ، فإنها لن تبدأ إلا بعد انتهائها .

- استبعدت اللائحة رقم 306 / 2020 من نطاق التمديد المواعيد المتعلقة بالوفاء بالالتزامات العقدية والتي يتعين أداؤها في الموعد المتفق عليه بين أطراف العقد ، مع إمكانية تطبيق القواعد العامة التي تحكم الالتزامات العقدية في القانون المدني سواء النصوص المتعلقة باستحالة تنفيذ العقد (م 2224 مدني فرنسي) ، أو تفعيل فكرة القوة القاهرة (م 1218 مدني فرنسي) ، ومع ذلك أوردت اللائحة حكماً خاصاً بالغرامات التهديدية والشروط الجزائية

وبنود تسوية المنازعات في العقود ، فإذا حل أجل أحد هذه الأمور خلال الفترة من 2020/3/12 إلى 2020/6/24 ، فإنها تقف ولا تنتج آثارها إلا بعد انتهائها، فتستكمل ما بدأ منها .

- أخيرا قررت اللائحة المذكورة امتداد أجل بعض المواعيد بقوة القانون ، وفي هذه الحالة ليس لصاحب الشأن بصدها الخيار بين اتخاذها خلال فترة الطوارئ الصحية أو استكمالها بعد ذلك ، وهذه المواعيد خاصة ببعض الأعمال القضائية ، وكذلك بعض أعمال الإدارة القضائية التي حل أجلها خلال الفترة من 2020/3/12 إلى 2020/6/24 فهي ستمتد لشهرين كاملين من انتهاء حالة الطوارئ الصحية ، ومنها إجراءات التوفيق والوساطة ، الإجراءات التحفظية ، إجراءات التحقيق ، إجراءات المساعدة ، إجراءات الحظر أو الوقف التي كان يجب أن تتخذ جزاء لأحد الأطراف . والحكمة من ذلك تجنب تقديم طلبات التأجيل من قبل المتقاضين ، أو إشغال المحاكم في إصدار قرارات التأجيل لهذه الإجراءات ، وإفساح المجال للمحاكم للتركيز على ما ستواجهه من تكس للقضايا وما تحتاجه من إصدار قرارات عقب انتهاء الأزمة الصحية .

الخاتمة

استعرضنا في هذه الورقة البحثية أثر الظروف الاستثنائية على المواعيد الإجرائية سواء بالرجوع إلى نصوص قانون المرافعات الليبي ، أو القواعد العامة الواردة في نصوص القانون المدني مع عرض الاجتهادات القضائية المستقرة بالخصوص .

وبما أننا اليوم نواجه نموذجا معاصرا لأحد هذه الظروف الاستثنائية وهو وباء كورونا الذي أصبحنا مطالبين بأن نتعايش معه ، فقد حاولنا تسليط الضوء على آثار هذا الوباء في النطاق الإجرائي ، وتحديد مسألة سريان المواعيد الإجرائية الواردة في النصوص القانونية واكتمالها خلال هذه الأزمة الصحية في ظل عدم تمكن الأفراد من مباشرة الإجراءات المقترنة بها .

وعرضنا في هذا الصدد للتجربة الفرنسية في استحداث نظام لامتداد الميعاد يتوافق مع أثر الظروف الاستثنائية ويحقق أكبر حماية ممكنة للمواعيد الإجرائية التي تكتمل خلال هذه الظروف. وقد خالصنا في هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات :

أولا : النتائج :

1- إن ظهور وباء كورونا كظرف استثنائي عام وما رتبته من توقف مظاهر الحياة الاعتيادية في الدولة سواء بتقييد تحركات أفرادها أو تعطيل جل مرافقها عن العمل بما فيها مرفق القضاء ، لم يستطع أن يوقف عجلة الزمن عن الدوران ، ولا شك أن مرور الزمن يحمل في طياته سريان لمواعيد وأجال إجرائية تطلبها القانون للسير في الدعوى وموالاتها إجراءاتها ، فيكون من المتصور في هذه الظروف ، اكتمال هذه المواعيد دون أن يتمكن أصحاب الشأن من اتخاذ ما يقابلها من إجراءات لظروف خارجة عن إرادتهم ودون تقصير من جانبهم .

2- رغم التوقف الكامل لمرفق القضاء في ليبيا مدة تقارب ثلاثة أشهر بسبب وباء كورونا ، واستئنافه العمل بعد ذلك ، لم تصدر أي سلطة من سلطات الدولة التشريعية أو التنفيذية أي تنظيم أو مقترح يعالج تداعيات هذا التوقف على الحق في التقاضي بصفة عامة ، وعلى اكتمال المواعيد الإجرائية الواقعة خلاله بصفة خاصة .

3- لجأت بعض الدول إلى التعويل بشكل أكبر على نظام (التقاضي عن بعد) أو (التقاضي الإلكتروني) المفضل فيها ، وذلك لمواجهة تداعيات هذه الأزمة الصحية وتأثيرها على الحق في التقاضي في ظل توقف المرفق القضائي عن العمل، بحيث تسهل على المواطنين المطالبة بحقوقهم دون حاجة للمثول الشخصي أمام المحاكم .

4- رغم إمكانية إعمال نظام الوقف للمواعيد الإجرائية وفقا لقانون المرافعات الليبي ، غير أن ذلك يظل قاصرا على مواجهة حالات فردية محصورة الأسباب ومتوقع حدوثها في الظروف العادية ، دون الذهاب إلى أبعد من ذلك والتصدي لحماية المواعيد الإجرائية في الظروف الاستثنائية العامة ، بالمقابل فإن هذا القانون لا يعرف نظام انقطاع المواعيد الذي تقرره نصوص القانون المدني بخصوص التقادم الموضوعي، باعتباره نظاما لا يتمشى مع هدف هذا القانون الإجرائي أو مواعيده القصيرة عادة .

5- خص المشرع الإجرائي ميعاد سقوط الخصومة عن بقية المواعيد الإجرائية بتوفير الحماية له في الأحوال الاستثنائية ، وذلك باشتراطه في المادة 255 مرافعات لإيقاع جزاء السقوط أن يكون عدم السير في الخصومة لمدة سنة كاملة من آخر إجراء من إجراءات التقاضي نتيجة (فعل المدعي أو امتناعه) ، وهو ما يعني تفعيل الحماية لمواعيد السقوط التي تكتمل خلال الأزمة الصحية الاستثنائية الراهنة باعتبار أن الأمر خارج عن إرادة المدعين ولا علاقة له بفعلهم أو امتناعهم .

6- اللجوء إلى نظام امتداد المواعيد بسبب العطلات الرسمية الوارد بالمادة 19 مرافعات ليبي لن يحقق ما تقتضيه الظروف الاستثنائية العامة من حماية للمواعيد الإجرائية بالنظر إلى ما ترتبه هذه الظروف من آثار .

7- في الظروف الاستثنائية العامة ، قد لا تثار إشكالية بشأن المواعيد الإجرائية المتعلقة بقضايا منظورة أمام المحاكم أثناء حدوث هذه الظروف ، حيث يفترض أننا أمام حالة تأجيل إداري ومن ثم تتولى أقاليم كتاب هذه المحاكم إعادة إعلان الخصوم باستئناف السير في قضاياهم بمجرد زوال الظروف الاستثنائية ، لكن الإشكالية ستثار بخصوص سريان المواعيد الإجرائية المتعلقة بالإجراءات والطعون غير المنظورة أمام محاكم الموضوع ، كمواعيد الطعن في الأحكام التي

أعلنت قبل حدوث الظرف الاستثنائي (م 2/302 مرافعات) ، أو الميعاد المطلوب لإعادة السير في الدعوى بعد شطبها والذي يرتب فواته اعتبارها كأن لم تكن (م 3/102 مرافعات) .

فهذه المواعيد يجب عدم تركها للاجتهاد القضائي بدون تحديد تاريخ معتبر من السلطات المختصة في الدولة لبداية ونهاية الظرف الاستثنائي وما يترتب على ذلك من انتهاء الحماية التي أوجبها هذا الظرف .

8- لحماية المواعيد الإجرائية في الظروف الاستثنائية ، قد لا يكون من الملائم حصر المفاضلة بين الأنظمة التقليدية المتعلقة بوقف أو انقطاع المواعيد ، أو حتى امتدادها إلى أول يوم عمل ، وإنما قد يحتاج الأمر إلى إيجاد بدائل مناسبة كإمتداد الميعاد لفترة زمنية معينة تحقق التوازن بين عودة الحياة التدريجية إلى طبيعتها عقب هذه الظروف و عودة المواعيد للسريان من جديد .

9- رغم تواتر قضاء المحكمة العليا الليبية على تطبيق فكرة القوة القاهرة عملاً بالقواعد العامة و نصوص القانون المدني وذلك لحماية المواعيد الإجرائية في الظروف الاستثنائية ، إلا أن هناك مفارقة بين دوائر هذه المحكمة فيما يتعلق بأثر القوة القاهرة على مواعيد الطعن في الأحكام ، ما بين إعمال نظام الإمتداد لهذه المواعيد و إعمال نظام الوقف، وهذا الأمر يخلق نوعاً من الممايزة الإجرائية بين الخصوم .

10- تصدت العديد من الدول لآثار هذا الوباء على المواعيد القانونية الإجرائية منها ، وحتى الموضوعية التي احتوتها قوانينها ، بغرض تفعيل الحماية لهذه المواعيد ولحقوق الأفراد المرتبطة بها في فترة تعليق العمل بالمحاكم نتيجة هذا الوباء ، وذلك إما بإصدار تشريعات خاصة و قرارات إدارية عالجت هذه المسألة ، أو بموجب نصوصها القانونية الموجودة مسبقاً مع وضع ضوابط من السلطات المختصة لتطبيق هذه النصوص بما يضمن تحقيق الحماية المرجوة في هذا الظرف الاستثنائي .

11- رغم وجود نصوص في قانون الإجراءات المدنية والتجارية الفرنسي تصدت لحماية المواعيد الإجرائية في حالة استحالة اللجوء إلى القضاء ، إلا أن المشرع الفرنسي لم يقف مكتوف الأيدي أمام آثار هذه الأزمة الصحية على المواعيد القانونية ، واستحدث نظاماً جديداً يؤدي إلى إمتداد

جميع المواعيد القانونية التي سيحل أجلها خلال الفترة المعلنة كحالة طوارئ صحية في فرنسا وذلك لمدة إضافية تقدر بشهرين كحد أقصى ، هذا النظام المطبق في فرنسا لا يعد وقفا للمواعيد ولا انقطاعا لها، كما أنه ليس امتدادا لهذه المواعيد إلى أول يوم عمل كما هو الحال في امتداد الميعاد التقليدي بسبب العطلات الرسمية الوارد في قانون المرافعات الليبي .

ثانيا : التوصيات :

1- ضرورة المبادرة بسد الفراغ التشريعي في نصوص قانون المرافعات الليبي بخصوص تنظيم أثر القوة القاهرة على المواعيد الإجرائية ، وذلك بإضافة نص إجرائي إلى هذا القانون يقرر وقف هذه المواعيد تلقائيا في حالة القوة القاهرة التي تشكل مانعا من مباشرة الإجراءات المطلوبة ، على غرار نصوص القانون المدني الليبي المتعلقة بوقف التقادم الموضوعي (م 369) . ويكون القصد منه حماية جميع المواعيد الحتمية التي يترتب على انقضائها سقوط الحق في اتخاذ الإجراء أو في رفع دعوى أو طعن أو سقوط الخصومة أو انقضائها .

ولاشك أن مثل هذا النص سيكون مجال انطباقه الطبيعي حالات القوة القاهرة الفردية كالمرض القهري أو السجن أو غيرها من الحالات الفردية التي يتمسك بها صاحب الشأن ، بحيث يستند القضاء في تقرير الحماية للمواعيد الإجرائية في هذه الحالات إلى هذا النص الإجرائي مباشرة لوقف الميعاد ، دون حاجة للاستناد إلى القواعد العامة واعتبارات العدالة ونصوص القانون المدني .

2- في الظروف الاستثنائية العامة كالكوارث و الأزمات الجماعية والأوبئة ، فإن إضافة مثل هذا النص في قانون المرافعات لإعمال فكرة القوة القاهرة في النطاق الإجرائي ، لا يغني بحال عن وجوب تدخل السلطة التنفيذية في الدولة لمواجهة هذه الظروف غير العادية ، وذلك بإصدار اللوائح التي تتضمن معالجة سريعة وشاملة لحماية جميع المواعيد القانونية الإجرائية منها والموضوعية وكذلك المواعيد الإدارية ، ولهذه السلطة أن تتبنى النظام الأمثل الذي يكفل تحقيق الحماية في هذه الظروف دون التقيد بنظام وقف المواعيد الملائم للحالات الفردية .

3- فيما يتعلق بالظرف الاستثنائي الحالي الذي نمر به وهو وباء كورونا وأثره على ما مضى من مواعيد إجرائية ، فإننا وإن كنا قد تأخرنا كثيرا — مقارنة بغيرنا من الدول — في إصدار أي

معالجة مؤقتة تتصدى للأزمة في ذروتها حتى عادت المحاكم المعطلة إلى استئناف عملها وتوقفت السلطات عن إصدار قرارات حظر تجول المواطنين وانتقالهم ، غير إنه انطلاقا من أن هذه الآثار لا تظهر بالضرورة على المدى القريب ، وأنها ستثار عاجلا أو آجلا أمام القضاء فيما ينظره من قضايا أو فيما يطرح أمامه من دفع ، لذا نرى أن تتحمل سلطات الدولة مسؤوليتها في حماية جميع المواعيد التي حل أجلها خلال فترة التوقف القضائي و الحظر الكلي عن التجول وألا تترك الأمر للاجتهاد القضائي، وهو ما يقتضي منها :

أولاً: تحديد المواعيد المشمولة بالحماية : والتي يفترض أن تشمل جميع المواعيد الإجرائية المنتهية خلال فترة التوقف القضائي عن العمل في هذه الأزمة وهي تقريبا ثلاثة أشهر من 2020/3/29 إلى 2020/6/3 ، وكذلك الفترة التي شهدت صدور قرارات حظر تجول كلي للمواطنين ، على أن يخرج من نطاق الحماية المواعيد المنتهية في الفترة التالية لاستئناف العمل بالمحاكم طالما أنها لم تقع في فترة حظر التجول الكلي.

ثانياً: تحديد المدة الزمنية للحماية : والتي تمنح لهذه المواعيد المنتهية لتمتد بقدرها ، ويكفي أن تكون هذه المدة مناسبة بحيث يراعى ألا تكون قصيرة تتسبب في حدوث الإرباك والازدحام بالمحاكم فور الإعلان عنها ، وألا تكون مدة طويلة تنافي الهدف الإجرائي من هذه المواعيد ، كأن تمتد جميع المواعيد المنتهية خلال تلك الفترة لمدة ثلاثين يوما ، يبدأ احتسابها فور تنظيم هذه الحماية وإقرارها من السلطة المختصة في الدولة .

قائمة المراجع

أولاً: الكتب القانونية (العامة والمتخصصة) :

- 1- د. أبو النجا (إبراهيم) ، انعقاد الخصومة طبقاً لأحكام قانون المرافعات الليبي ، الطبعة الأولى ، 1997 م ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية .
- 2- د. أبو الوفا (أحمد) ، المرافعات المدنية والتجارية ، 2007 م ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية .
- 3- اعبوده (الكوني علي) ، قانون علم القضاء ،النشاط القضائي (الخصومة القضائية والعريضة) ، الطبعة الثانية 2003 م ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، طرابلس .
- 4- الأزهرى (محمد علي البدوي) ، النظرية العامة للالتزام ج 1 " مصادر الالتزام ، الطبعة 2013 م، بدون ناشر .
- 5- الجهمي (خليفة سالم) : أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي ، 2013 م ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية .
- 6 - الفاخري (مبروك عبدالله) : حالة الضرورة وتطبيقاتها في الإجراءات الجنائية ، الطبعة الأولى 2009 ، منشورات المؤسسة العامة للثقافة ، ليبيا.
- 7 - بوزقية (أحمد عمر) ، قانون المرافعات ج 1 ، الطبعة الأولى ، 2003 م، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي.
- 8 - جمال الدين (سامي) : لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية ، بدون تاريخ نشر ، منشأة المعارف ، الإسكندرية.
- 9 - سعد (نبيل إبراهيم) :
- المبادئ العامة للقانون ، 2013 م ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية .
- النظرية العامة للالتزام " مصادر الالتزام في تعديلات 2016 للتقنين المدني الفرنسي، 2020 م، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية .
- 10- عمر (نبيل إسماعيل) :

- سقوط الحق في اتخاذ الإجراء في قانون المرافعات ، 1989 م ، منشأة المعارف ، الإسكندرية .
- قانون المرافعات المدنية والتجارية ، 1994 م ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية .
- 12- فوده (عبد الحكم) ، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية ، بدون سنة نشر ، منشأة المعارف ، الإسكندرية .
- 13- كامل (محمد نصر الدين) ، عوارض الخصومة ، 1990 م ، منشأة المعارف ، الإسكندرية .
- 14- والي (فتحي) ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، 1993 م ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

ثانيا : البحوث والمقالات :

- 1- اعبوده (الكوني علي) : " وقف العمل بالمحاكم وتعطيل الحق في التقاضي " ، مقال منشور بتاريخ 8 يونيو 2020 بصفحته على شبكة المعلومات ، تاريخ الزيارة 2020/7/12 .
- 2- العدوان (ماجد أحمد صالح) : " التقاضي الإداري الإلكتروني في النظام القانوني الأردني " دراسة مقارنة " ، مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، المجلد (3) ، العدد (1) ، 2019 م ، من ص 84 إلى ص 109 منشور على موقع المجلة في شبكة المعلومات (الانترنت) / الرابط : https://aau.ac.ae/uploads/2019/05/al_ain_university_journal_of_business_and_law_2019_2020_ar.pdf تاريخ الزيارة 2020/10/6 م .

- 3- الفرحان (ناصر) ، " مطالبات قانونية بشمول مواعيد جميع القوانين في تعديل المادة 17 من قانون المرافعات الكويتي " ، منشور بجريدة الراي الإلكترونية على موقعها الإلكتروني/ الرابط :

<https://www.alraimedia.com/article/905643/%D9%85%D8%AD%D9%84%D9%8A%D8%A7%D8%AA/%D9%85%D8%B7%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%A7%D8%AA->

تاريخ الزيارة 2020/9/18 .

- 4- الكشو (منصف) : القوة القاهرة في المرافعات المدنية والتجارية في زمن الكورونا " كوفيد 19 " ، مقال منشور في 17 مارس 2020 م على موقع الاتحاد العربي للقضاة / الرابط : <http://arabunionjudges.org/?p=6281> تاريخ الزيارة 2020/10/20 م .

5- خمان (سماح) : حماية المواعيد الإجرائية في ظل التعديلات التشريعية لمواجهة الأزمة الصحية لجائحة كوفيد — 19 : دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والكويتي " ، بحث بمجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة ،ملحق خاص ،العدد6 ، يونيو 2020 م ، منشور على موقع المجلة بشبكة المعلومات الرابط:

[https://journal.kilaw.edu.kw/%D8%AD%D9%85%D8%A7%D9%8A%D8%A9-](https://journal.kilaw.edu.kw/%D8%AD%D9%85%D8%A7%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%88%D8%A7%D8%B9%D9%8A%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%AC%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D8%A9-%D9%81%D9%8A-%D8%B8%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B9%D8%AF%D9%8A)

[-D8%A7%D9%84%D9%85%D9%88%D8%A7%D8%B9%D9%8A%D8%AF-](https://journal.kilaw.edu.kw/%D8%AD%D9%85%D9%88%D8%A7%D8%B9%D9%8A%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%AC%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D8%A9-%D9%81%D9%8A-%D8%B8%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B9%D8%AF%D9%8A)

[-D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%AC%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D8%A9-%D9%81%D9%8A-](https://journal.kilaw.edu.kw/%D8%AD%D9%85%D9%88%D8%A7%D8%B9%D9%8A%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%AC%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D8%A9-%D9%81%D9%8A-%D8%B8%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B9%D8%AF%D9%8A)

[/D8%B8%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B9%D8%AF%D9%8A](https://journal.kilaw.edu.kw/%D8%AD%D9%85%D9%88%D8%A7%D8%B9%D9%8A%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%AC%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D8%A9-%D9%81%D9%8A-%D8%B8%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B9%D8%AF%D9%8A)

تاريخ الزيارة 2020/9/3 م .

6- مجدي (رضوى) : أثر " كوفيد — 19 " على إجراءات ومواعيد التقاضي المدني في مصر، مقال منشور بتاريخ 7 مايو 2020 م على موقع جريدة البورصة الالكترونية الرابط:

<https://alborsaaneews.com/2020/05/07/1339524> تاريخ الزيارة 2020/10/15 م .

7- محمد (زيدان) : تأثير جائحة فيروس كورونا على المواعيد الإجرائية في التشريع الجزائري، بحث منشور في حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34 ، عدد خاص : القانون وجائحة كوفيد 19، ص 625، الموقع الالكتروني للمجلة على الرابط <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/121569> تاريخ الزيارة 20 / 10 / 2020 م.

ثالثا : المواقع القانونية الالكترونية :

1- موقع المحكمة العليا الليبية <https://supremecourt.gov.ly>

2- موقع محكمة النقض المصرية <https://www.cc.gov.eg>

الطبيعة القانونية لعمل اللجان ذات الاختصاص القضائي

للدكتور نصر الدين مصطفى الكاسح

المقدمة

توسعت الإدارة العامة في نشاطاتها للحد الذي أدى إلى وصفها بالإدارة التدخلية ، أي الإدارة التي تمارس كافة الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والتنموية ، بالإضافة إلى الأنشطة التقليدية المعروفة عنها ، وهذا ترتب عليه اتنوع وازدياد عدد المرافق العامة بها ، ونشاط الادارة العامة بحكم احتكاكه وارتباطه المباشر بالأفراد سواء كانوا موظفين أو عمال أو مستفيدين كثيراً ما يؤدي إلى حدوث نوع من الاشكاليات بسبب مزاولتها لتصرفاتها الممنوعة لها بحكم القانون .

وهذه الاشكاليات تطورت حتى أخذت شكل النزاع طرفيه الدولة وأحد الأفراد أياً كانت صفته وهذه الصورة ازدادت بحكم تدخل الدولة في حياة الافراد حتى تشابكت المصالح فيما بينهم ، وهنا قد يطرق الأطراف سبيل القضاء للفصل في النزاع القائم بينهم واختصاص القضاء هنا اختصاص أصيل فهو صاحب الولاية في فض المنازعات سواء التي بين الأفراد والادارة ، أو بين الأفراد فيما بينهم ، وهو من يملك أيضاً الرقابة على التصرفات الصادرة من الدولة وهي تمارس سلطاتها التنفيذية على الأفراد فتصرفات الإدارة وإن كان الأصل فيها أنها تصدر في إطار المشروعية غير أنها قد تحيد في بعض تصرفاتها عن هذا المسلك سواء بقصد أو بغير قصد فيأتي هنا دور القضاء عن طريق تحريك الدعوى القضائية ليرد الإدارة لمسلكها الصحيح الذي حاد عنه .

ولكن القضاء وإن كان هو الطريق المعتاد في فض المنازعات إلا أن ازدياد عدد القضايا المرفوعة من الدولة وعليها أدى إلى تراكم هذه القضايا في المحاكم للحد الذي أدى إلى عجز القضاء عن القيام بمهامه على أكمل وجه ، زد على ذلك بطء إجراءات التقاضي وتأجيل النظر في القضايا لجلسات عديدة طويلة الأجل أدى ذلك إلى شعور الأفراد باليأس من العدالة القضائية .

كل هذه العوامل حثت السلطات التنفيذية على البحث عن وسيلة أكثر فاعلية لفض المنازعات الادارية بطريقة ودية وتجسدت في اللجان ذات الاختصاص القضائي أو اللجان الشبه قضائية وهي لجان تنشأ بموجب قرارات إدارية ولكنها تمارس اختصاصات شبيهة باختصاص القضاء ، ولكن ما يصدر عنها من أعمال له طبيعته فهي تصدر أحكام قضائية ولكن في صورة قرارات إدارية وهنا كل بيت الخلاف بين الفقهاء ولكن كان للتشريع والقضاء كلمة الفصل في اعتبار هذه اللجان إدارية ذات اختصاص قضائي وترتب على هذه النتيجة اسباب الصفة الادارية على القرارات الصادرة من هذه اللجان وخضوعها لذات الاحكام التي تخضع لها القرارات الادارية لتتمتع بصفة المشروعية .

واكتسبت هذه اللجان أهمية كبيرة ، حتى أصبحت جزء لا يتجزأ من الجهاز الاداري بل أصبحت وسيلة إلزامية وجب اتباعها قبل اللجوء إلى الدعوى القضائية بل إن اغفالها يؤدي إلى رفض الدعوى في كثير من المنازعات الادارية كالمنازعات الضمانية ، والمنازعات الضريبية في حالة قيام أطرافها برفع الدعوى مباشرة أمام القضاء .

إن ما سبق ذكره يمثل سبب اختيار هذا الموضوع ليكون عنواناً لهذا البحث كون هدف هذه الوسيلة هو إنهاء النزاع بطريقة ودية قبل دخوله القضاء فالغرض من هذا البحث التعريف بهذه اللجان واختصاصاتها وطبيعة أعمالها وما ثار من جدل حولها ، وبيان مدى خضوع التصرفات الصادرة عنها للرقابة سواء كانت إدارية ، أو القضائية

المنهج المتبع في الدراسة :

لقد اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج الوصفي والمهج التحليلي ، فالمنهج الوصفي استعنت به في التعريف باللجان ذات الاختصاص القضائي وذكر أنواعها والفرق بينها وبين الهيئات القضائية ، أما المنهج التحليلي فقد كان الوسيلة التي تم بموجبها عرض الآراء التي قيلت بخصوص هذه اللجان عندما ثار الخلاف حول الطبيعة القانونية للتصرفات القانونية الصادرة عنها وما ترتب عليها من آثار قانونية ، ثم في الرقابة حيث تناولت في هذا البحث بالشرح والتحليل وبالأحكام القضائية الرقابة السابقة والمتمثلة في التظلم والرقابة اللاحقة والمتمثلة في رقابة القضاء الإداري على القرارات الصادرة من اللجان ذات الاختصاص القضائي كل هذا من خلال الخطة البحثية التالية :

المبحث الأول : في مفهوم اللجان ذات الاختصاص القضائي .

المطلب الأول : التعريف باللجان ذات الاختصاص القضائي .

المطلب الثاني : مقارنة بين اللجان ذات الاختصاص القضائي والهيئات القضائية .

المبحث الثاني : التكليف القانوني لعمل اللجان الإدارية شبه القضائية

المطلب الأول : الجدل الفقهي القائم بشأن عمل اللجان الإدارية شبه القضائية

المطلب الثاني : مسلك القانون والقضاء من الطبيعة القانونية للجنان ذات الاختصاص القضائي

المبحث الثالث : الرقابة على القرارات الصادرة من اللجان ذات الاختصاص القضائي

المطلب الأول : الرقابة الإدارية

المطلب الثاني : رقابة القضاء الإداري على عمل اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي

المبحث الأول

في مفهوم اللجان ذات الاختصاص القضائي

إن التطور الذي شهدته وظيفة الدولة وتنوع مرافقها هو السبب الرئيسي الذي دفع المشرع نحو إنشاء هذا النوع من اللجان ، حيث أراد المشرع أن يخفف العبء على القضاء ويتخلص من ازدحام القضايا بتشكيل لجان تتولى الفصل في بعض الأنواع من المنازعات يحدده المشرع صراحة بموجب القوانين الصادرة عنه ، والتي تتضمن الجهة التي تملك صلاحية إنشائها وتحدد اختصاصاتها وعدد أفرادها وآلية عملها ، فهي إن فُحصت من ناحية موضوعية اعتبرت لجان قضائية ، وإن فُحصت من ناحية شكلية فهي لجان إدارية ، ولكن المشرع حدد مسلكه بتقريره طبيعة هذه اللجان في نصوص مواده على النحو الآتي تفصيله .

المطلب الأول: التعريف باللجان ذات الاختصاص القضائي

لم يعرف المشرع اللجان ذات الاختصاص القضائي وإنما اكتفى بالنص على أحكام تشكيلها وقواعد وإجراءات عملها في قوانينه المتفرعة ، فعلى سبيل المثال نصت المادة (163) من قانون علاقات العمل رقم (12) لسنة 2010 والخاصة بمجالس التأديب على أنه " مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بتشكيل مجالس التأديب في التشريعات النافذة يكون في كل وحدة إدارية مجلس تأديب تحدد اللائحة التنفيذية كيفية تشكيله ، ونظام عمله ، وقواعد وإجراءات الإحالة إلى التحقيق ، والمحاكمة التأديبية ، وكيفية دفاع الموظف عن نفسه وضوابط وإجراءات التظلم من العقوبات التي توقع على الموظف والجهة المختصة بالبت فيها " .

والأمر نفسه في القانون رقم (13) لسنة 1980 بشأن الضمان الاجتماعي ، واكتفى بالإشارة إليها في المادة (44) منه في معرض إنشاء وتشكيل لجان المنازعات الضمانية حيث نصت على أنه " تنشأ لجان إدارية ذات اختصاص قضائي تفصل بقرارات نهائية واجبة النفاذ في المنازعات التي تنشأ بين المضمومين وجهات العمل واللجان الشعبية للضمان الاجتماعي في خصوص تطبيق هذا القانون " .

وفي تقديري أن ما فعله المشرع بتركه مسألة التعريف له ما يبرره ، فاللجان ذات الاختصاص القضائي كثيرة و متنوعة ، ولكل منها اختصاصه ، فاكتفى المشرع بذكر اختصاص كل نوع ، وترك مسألة تعريف المصطلحات للفقه والقضاء .

و فعلاً قام الفقه بوضع تعريفاً عاماً لهذه اللجان ، و من التعريفات العامة لها بأنه " لجان إدارية تتبع أحد الأجهزة الحكومية، وتباشر وظائف قضائية تدخل أصلاً في الاختصاص الطبيعي لقضاء المحاكم الشرعية، وتم استثناءها من المحاكم الشرعية لاعتبارات وظروف معينة وهذه اللجان ذات اختصاصات محددة على سبيل الحصر " (1) .

واللجان ذات الاختصاص القضائي أو اللجان شبه قضائية ، لا تمارس جميعها ذات الاختصاص فهي متعددة ومتنوعة ، وترتب على هذا أن تعددت وتنوعت التعريفات التي وضعها الفقه والقضاء حول هذه اللجان كل حسب اختصاصها ، فمنها لجان التأديب وهي لجان تتكون من عناصر إدارية تتولى توقيع العقوبة على الموظف لارتكابه مخالفة مالية أو إدارية وفقاً للضوابط التي تحددها القوانين واللوائح المعمول

¹ (د. الخيزان – العدد 15689

بها في الوحدة الإدارية ، والمجالس التأديبية هنا ثلاثة أنواع هي مجلس التأديب العام ، ومجلس التأديب الأعلى ، ومجلس التأديب للمخالفات المالية (1) .

وكذلك لجان التوفيق والتحكيم ، فلجان التوفيق " هي لجان تتولى التوسط بالصلح بين المواطنين المقيمين في المحلة أو بينهم وبين غيرهم فيما ينشأ بينهم من منازعات ، سواء رفعت دعاوى بشأنها أمام القضاء أو لم ترفع ، وذلك بقصد إنهاء هذه المنازعات ودياً بين ذوي الشأن أما لجان التحكيم فهي لجان تتولى " فض المنازعات بين المواطنين والتي يقبلون حكم اللجنة فيها وفقاً للأوضاع المقررة للتحكيم بحكم ملزم للطرفين "(2).

ومنها أيضاً لجان الطعون الضريبية وهي لجان تختص بنظر الخلافات التي تثور بين الممول ومصلحة الضرائب ، بعد صدور قرار الإدارة بربط الضريبة على الممول على الأساس الذي ارتأته المصلحة ، وهي لجنة لا تتكلم باسم أحد الطرفين بل تفحص أسباب الخلاف وتصدر قرارها بعد البحث والنقاش على أساس ما قامت به من فحص " (3) .

لجان التحكيم وهي لجان تنشأ بناءً على اتفاق بين أطراف النزاع على حل النزاع القائم في إطار قوانين خاصة مستقلة أو في إطار قوانين المحاكمات المدنية ، فبرغم من تطور وظائف الدولة وامتلاكها للأجهزة القضائية إلا أن هذا لم يؤثر على ظهور وتطور التحكيم في إطار العلاقات الداخلية والدولية ، فهو نظام يقوم على تبسيط الاجراءات والتحرر من الشكليات بغية الفصل في النزاع بأقصى سرعة ممكنة (4) .

ومن أنواعها أيضاً لجان الطعون الضمانية وهي لجان تأسست بموجب قانون الضمان الاجتماعي رقم (13) لسنة 1980 وتختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بتطبيق قانون الضمان الاجتماعي ولوائحه ، والتي تنشأ بين المضمونين وجهات العمل ، أو التي تنشأ بين هذين الطرفين وبين لجان الضمان الاجتماعي

(1) أ . د. الحراري - ص 471 وما بعدها .

(2) أ . د. احواس - الادارة المحلية - ص 157 .

(3) الصلابي - ص 486-487 .

(4) بردان - ص 5-7 .

المشكلة في كل بلدية ، لا يجوز رفع هذه المنازعات امام أي جهة قضائية إلا بعد عرضها على هذه اللجان(1).

فهي كما وصفها القضاء عند حكمه في أحد الطعون "ومناطق - قانون الضمان الاجتماعي - الفصل في المنازعات الضمانية التي تنشأ بين المضمونين وجهات العمل وصندوق الضمان الاجتماعي ، بلجان إدارية ذات اختصاص قضائي وهو ما نص عليه القانون في مادته (44) فإن هذه اللجان صارت هي المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين المضمونين العسكريين وصندوق الضمان الاجتماعي "(2) . ومن كل ما سبق يمكن القول أن اللجان ذات الاختصاص القضائي هي لجان إدارية تتبع أحد الأجهزة الحكومية، وتباشر وظائف قضائية تدخل أصلاً في الاختصاص الطبيعي لقضاء المحاكم الشرعية، وتم استثناءها من المحاكم الشرعية لاعتبارات وظروف معينة، وهذه اللجان ذات اختصاصات محددة على سبيل الحصر وغالباً للنظر في الخلافات الناشئة عن تطبيق نظام ما ، كما سبق ذكرها ، والحكمة من إنشاء هذه اللجان أنها الحل العملي لبعض الإشكاليات التي تتطلب جانب من المعرفة الفنية في مجال اختصاص اللجنة وهو ما يصعب توفره لدى قضاة المحاكم ، أو كحل عملي لإشكاليات تطاول أماد تأجيلها ، وتباعد الجلسات التي يعاني منها المتقاضون أمام المحاكم .

بل إن المشرع ذهب إلى أبعد من ذلك وقيد اختصاص المحاكم في بعض المنازعات باشتراطه عرض النزاع على اللجان ذات الاختصاص القضائي قبل رفع دعوى بشأنها أمام القضاء ، بإجراءات مخصوصة نص عليها القانون ومن شأنها توفير قدر من الضمان والاطمئنان لأصحاب الشأن وبالتالي إن تم تجاوز هذه اللجان باللجوء مباشرة للقضاء فإن ذلك يؤدي إلى رفض الدعوى لفقدانها لشروط القبول (3). فعلى سبيل المثال المنازعات المتعلقة بربط المعاش التقاعدي هي من صميم اختصاص لجنة المنازعات الضمانية المشكلة بموجب قانون الضمان الاجتماعي فإن عرض موضوع النزاع على المحكمة أولاً فإنه وجب على المحكمة الحكم بعدم الاختصاص لأن المشرع خصها بطريق معين للنظر بها وجب اتباعه قبل اللجوء للقضاء وهذا ما قضت به محكمة مصراتة الابتدائية في الدعوى المرفوعة أمام بتاريخ

¹ الحشاني - وآخرون - ص 483 .

² طعن إداي رقم 54/86 - المحكمة العليا بالجلسة المنعقدة بتاريخ 2008/3/16

³ (الجهيمي - ص 237-238 .

2015/12/7 حيث قضت بعدم اختصاصها ولائياً بالنظر في طلب متقاعد الحصول على زيادة معاشه ، وأن الاختصاص ينعقد للجنة المنازعات الضمانية طبقاً للمادة (44) من القانون رقم (13) لسنة 1980 (1) .

وأكدته المحكمة العليا أيضاً بالنسبة لاختصاص لجان تخصيص العقارات المملوكة للمجتمع حيث حكمت بقولها " إن المادة السادسة من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 1423/304 بشأن تشكيل لجان تخصيص العقارات بالمؤتمرات الشعبية الأساسية نصت على أن يقع باطلاً كل تخصيص لعقار مملوك للدولة يتم عن طريق لجنة تخصيص العقارات المملوكة للدولة ، كما يعد باطلاً أي إجراء يترتب على هذا التخصيص ومفاد هذا النص أن مسألة تخصيص العقارات المملوكة للدولة من اختصاص لجان تخصيص العقارات وحدها وأن صدورها من غير هذه اللجان يكون باطلاً ولا ينتج أثره " (2)

كما حكم القضاء بأنه " لا يجوز الطعن على قرار لجنة تخصيص العقارات مباشرة أمام القضاء الإداري ، وإنما يجب أن تسبقه مرحلة التظلم منه أمام لجنة الطعون المنشئة لهذا الغرض وأن قرارات هذه اللجنة هي القابلة للطعن فيها أمام القضاء (3) .

المطلب الثاني: مقارنة بين اللجان ذات الاختصاص القضائي والهيئات القضائية.

قبل الحديث عن أوجه الشبه والاختلاف بين اللجان ذات الاختصاص القضائي والهيئات القضائية وجب القول أن فقهاء القانون الإداري درجوا على الاعتماد على معايير علمية في تحديد طبيعة اختصاص السلطات العامة للدولة وتجسدت في المعيار الموضوعي والمعيار الشكلي ، فالمعيار الموضوعي ينظر أو يركز على مضمون العمل الصادر من هنا فإن العمل القضائي هو الذي يتضمن الفصل في خصومة قضائية حول مركز قانوني خاص أو عام بتطبيق القانون وإنزال حكمه على النزاع المعروض عليه بدون المساس بالمراكز القانونية القائمة أو إنشاء لمراكز جديدة (4) .

وإذا ما طبق هذا المعيار على اللجان ذات الاختصاص القضائي نجد أن عمل هذه اللجان يتشابه مع عمل الهيئات القضائية ، في كونها تفصل في خصومة قائمة بتطبيق القانون عليها وإصدار حكمها بها ، أما وفقاً للمعيار الشكلي فإن ما يميز العمل القانوني هو شكل الهيئة التي أصدرته فيكون العمل إدارياً إذا

¹ (حكم غير منشور – مشار إليه لدي الزليتن – مرجع سابق – ص 32 33 .

² (طعن إداري رقم 55/32 ق بالجلسة المنعقدة بتاريخ 2008/12/28 .

³ (أ. د. الحراري – الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي – رقابة الدوائر القضاء الإداري ص 251 .

⁴ (د. جمال الدين – ص 156-157 .

صدر عن جهة إدارية تتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة واتبعت في إصداره الاجراءات الشكلية التي رسمها لها القانون ، ويوصف العمل بأنه قضائي متى كان صادراً من السلطة القضائية التي أنشأها القانون والمتمثلة في المحاكم القضائية بجميع درجاتها .

وقد أخذ القضاء الليبي بالمعيار الشكلي باعتباره هو الاساس في التمييز بين العمل القضائي وما يشابهه من أعمال(1) ، وبالاغتماد على هذا المعيار يمكن اجمال الفرق بين اللجان ذات الاختصاص القضائي والهيئات القضائية من خلال تجزئة تلك المعايير الرئيسية إلى جزئيات ومعايير فرعية من حيث التبعية :

تنفيذاً لمبدأ الفصل بين السلطات فإن السلطة القضائية تعتبر سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية ، فهي سلطة تتولى الفصل في الخصومة بما يقره القانون ، وطبقاً للإجراءات المعمول بها ، وتتكون السلطة القضائية من مجموعة من المحاكم ويتولى القانون تحديد تنظيمها وتدرجها واختصاصاتها فالمحاكم في ليبيا وطبقاً لنص المادة (11) من قانون نظام القضاء رقم (6) لسنة 1374 تتكون من 1- المحكمة العليا -2- محاكم الاستئناف -3- المحاكم الابتدائية -المحاكم الجزئية - ، وتشكل في كل محكمة استئناف دائرة أو أكثر للقضاء الإداري ويقوم العمل القضائي على ثلاث دعائم رئيسية هي الحياد والتخصص وحرية الرأي والاجتهاد (2).

أما اللجان ذات الاختصاص القضائي فهي لجان تابعة لإدارات حكومية تنفيذية ، كما أنها ليست محاكم بالمعنى الصحيح وإن كان لها بعض المظاهر المشتركة مع المحاكم ، ولا يتوفر لأعضائها ضمانات القضاء واستقلاله (3) .

من حيث التشكيل والاختصاص:

يختلف تشكيل اللجان ذات الاختصاص القضائي باختلاف الوحدة الادارية التي تتبعها والتي تتولى إصدار قرار بتشكيلها ، وفي العادة تتألف من عناصر فنية إدارية وقانونية من خارج الوسط القضائي ، فلجان التأديب يتم تشكيلها في كل وحدة إدارية وتحدد اللوائح كيفية تشكيلها وعدد أعضائها ، والجرائم التأديبية

¹ أ. د. عبد الحميد — ص 361 .

² (مدونة التشريعات - الاعداد من 1-12 - 2007 - ص 82 .

³ (د. جبران - ص 220-221 .

المكلفة بالنظر بها . فلجان المنازعات الضمانية على سبيل المثال تتبع فرع صندوق الضمان الاجتماعي الموجود في كل بلدية وهو ما نصت عليه ونظمته المادة (44) من قانون الضمان الاجتماعي رقم (13) لسنة 1980 حيث نصت على الآتي " تنشأ لجان ذات اختصاص قضائي تفصل بقرارات نهائية واجبة النفاذ في المنازعات التي تنشأ بين المضمونين وجهات العمل ، واللجان الشعبية للضمان الاجتماعي في خصوص تطبيق القانون ، وتكون بدائرة كل بلدية واحدة أو أكثر حسبما تقتضيه حاجة العمل "

ولجان الطعون الضريبية فقد نظمته المادة (6) من قانون ضريبة الدخل رقم (7) لسنة 2010 ، وجاء فيها " تتولى الفصل في التظلمات التي يقدمها ذوو الشأن من إقرارات الربط الضريبي الجزاءات التي توقع بموجب أحكام الباب الرابع من هذا القانون لجان ابتدائية يصدر بتشكيلها وتحديد مقارها ودوائر اختصاصها ومكافآت أعضائها قرار من أمين اللجنة الشعبية العامة للتخطيط والمالية (1).

أما الجهاز القضائي يتم تنظيمه بموجب قانون يصدر عن السلطة التشريعية ، وتسري أحكامه على الهيئات القضائية ، والجهة الوحيدة التي لها صلاحية إنشاء المحاكم وتحديد اختصاصها سواء كانت ابتدائية أو جزئية أو متخصصة هو المجلس الأعلى للهيئات القضائية والمحكمة العليا يصدر بتنظيمها قانون خاص ، وتختص هذه المحاكم بالفصل في كافة المنازعات والجرائم الواقعة في إقليم الدولة ، عن طريق تطبيق القانون على الخصومة المعروضة أمامها وإصدار حكم الفصل فيها أي كان أطرافها طبيعيين أو اعتباريين ، وقد انتهت المحكمة العليا في هذا الشأن بقولها " السلطات القضائية هي المختصة دون غيرها بمزاولة تطبيق القانون على الخصومة لولايتها الأصلية الكاملة والدستور وحده هو الذي يملك تقييد ولاية القضاء باعتباره إحدى سلطات الدولة وليس للشارع بحجة ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها أن يمنع بعض المنازعات من الولاية القضائية متى ترتب عليها المساس بحق الأفراد ، وسواء كان المنع كلياً أو جزئياً وإذا خرج القانون على هذا الحق الدستوري ولم يلتزمه عد التشريع غير دستوري لأن فيه تعطيلاً لوظيفة السلطة القضائية التي أنشأها الدستور وأسند إليها وحدها إقامة العدل مستقلة عن السلطات الأخرى " (2) .

من حيث الإجراءات :

¹ (مدونة التشريعات - العدد الرابع - السنة العاشرة - 2010 - ص 133 .
² مجلة المحكمة العليا - السنة الرابعة - العدد الثامن - طعن دستوري رقم (19/1ق) - تاريخ الطعن 1972/6/10 - ص 12 .

إن إجراءات التقاضي أمام هذه اللجان ليست موحدة فيما بينها ، حيث تكون لكل لجنة آلياتها وإجراءاتها الخاصة بها ، فبعضها تحال إليها القضايا من قبل الجهة الإدارية ذاتها التي تنتمي إليها هذه اللجان ، وبعضها تتطلب الرفع إلى جهة إدارية أخرى تقوم هي بدورها بإحالة الموضوع إليها فلجان الطعون الضريبية تختص بالفصل في جميع أوجه الخلاف بين الممول ومصلحة الضرائب وفق الاجراءات التي حددها قانون ضريبة الدخل ولائحته التنفيذية .

أما التقاضي أمام المحاكم فإنه يتم بناءً على رفع دعوى أمام المحكمة المختصة وتنتظر المحكمة في الدعوى وفقاً لإجراءات الترافع وحسب نوع الدعوى إن كانت مدنية أو جنائية ويصدر بناءً عليه حكم في الدعوى ، والمحاكم في ليبيا موزعة على درجتين والمحكمة العليا هي الهيئة القضائية الأعلى في الدولة والتي تملك اختصاص مراقبة عمل المحاكم من خلال اختصاص بنظر الطعن بالنقض في الأحكام التي ترفع إليها ويحكم عمل المحاكم مجموعة من التشريعات أهمها قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الاجراءات الجنائية وقانون القضاء الإداري وقانون نظام القضاء (1)

تتفق الهيئات القضائية مع الهيئات ذات الاختصاص شبه قضائي في الضمانات التي يتمتع بها أطراف الخصوم والتي تعتبر أو تجسد المبادئ التي وجب مراعاتها من قبل كلا الطرفين عند نظر النزاع وأهمها إجراءات التحقيق السابقة واللاحقة كإعلام المتهم بالتهم المنسوبة إليه وسماع أقواله ، وحقه في تقديم اثباته ، بالإضافة إلى اتباع قواعد صحة المرافعة من حياد وفحص النزاع بكل موضوعية لاستبيان الحقيقة واستجلاؤها، بالإضافة للالتزام بتسبب الاجراء الصادر سواء كان حكماً قضائياً أو قراراً إدارياً في حالة نص القانون على ذلك .

من حيث الحجية :

لا تحظى قرارات تلك اللجان بالحجية التي تتمتع بها الأحكام القضائية ، فحجية العمل الصادر من اللجان ذات الاختصاص القضائي تحكمه مسألة التبعية ، حيث تتمتع التصرفات القانونية الصادرة من اللجان ذات الاختصاص القضائي بالحجية في نطاق الوحدة الادارية التي تتبعها حيث تنقيد حجية التصرفات القانونية الصادرة من هذه اللجان بالاختصاص المكاني والنوعي المحدد لها بموجب القوانين واللوائح المنظمة لعملها ، فقرارات مجالس التأديب الصادرة بحق الموظفين العموميين تتمتع بحجية في إطار الوحدة

(1) أ. القرني - تدرج القضاء الليبي - الجزء الاول - موقع ليبيا الاخبارية - تاريخ النشر 23-ديسمبر 2019 .

الادارية التي يتبعها هذا الموظف ومجلس التأديب المشكل بها ، وقرارات لجان الطعون الضمانية محددة بنطاق وجود صندوق الضمان الاجتماعي في كل بلدية فعلى سبيل المثال لجنة المنازعات الضمانية فرع مصراتة يتحدد نطاق عملها بهذا الفرع فقط ولا يجوز لها أن تتعدى باختصاصها على نطاق بلدية أخرى ، لأنه إن تجاوزت نطاقها عُدت تصرفاتها باطلة بطلاناً مطلقاً لعيب في الاختصاص (1).

أما الأحكام القضائية فإنها تكتسب الحجية المطلقة بعد استنفادها لكافة طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية والقوانين المكملة لها ، ولا يجوز إثارة موضوع الدعوى مرة أخرى أمام المحاكم تنفيذاً لمبدأ استقرار الأوضاع القانونية وحيازة الحكم لشيء المقضي به ، ويعتبر الحكم الصادر ملزم لكافة المحاكم والمرافق والأشخاص في الدولة تنفيذ لنص القانون ، وذهب المشرع إلى أبعد من ذلك حيث فرض عقوبات على الجهات التي تمتنع عن تنفيذ أحكامها النهائية سواء كانت محاكم ، أو مرافق تابعة للدولة أو أشخاص وهو ما نضمه قانون المحكمة العليا في نصوص مواده حيث جاء فيه " المادة (31) تكون المبادئ القانونية التي تقررها المحكمة العليا في أحكامها ملزمة لجميع المحاكم وكافة الجهات الأخرى في الجماهيرية العربية الليبية " ...المادة (33) " يعاقب بالحبس والعزل الأشخاص المسؤولون عن التنفيذ إذا امتنعوا عن تنفيذ أحكام المحكمة العليا بعد انقضاء شهر من انذارهم على يد محضر بوجوب التنفيذ " .

المبحث الثاني

التكييف القانوني لعمل اللجان الادارية شبه القضائية

اختلفت آراء الفقهاء حول الطبيعة القانونية للجان ذات الاختصاص القضائي ، أو اللجان شبه قضائية ، بين من اعتبرها لجان قضائية ، ولجان إدارية ، ولجان إدارية ذات اختصاص قضائي ، وحسم القانون والقضاء هذا الجدل بتحديد طبيعة هذه اللجان على النحو الآتي شرحه :

المطلب الأول :الجدل الفقهي القائم بشأن عمل اللجان الادارية شبه القضائية.

اعتبر بعض الفقه هذا النوع من اللجان بأنها لجان إدارية بحتة ، كونها مشكلة من أعضاء إداريين، وبالتالي فإن التصرفات الصادرة عنها تعتبر قرارات إدارية وليست أحكاماً قضائية ، وحجتهم في ذلك أن أغلب هذه اللجان تتكون من ثلاثة أعضاء أو أكثر أحدهم الرئيس وهو القاضي والآخرين موظفين

¹ (الزليتنى - مرجع سابق - ص 50 .

من جهة الإدارة ولأن القرارات تصدر بالأغلبية فإنه إذا اتفق موظفا جهة الادارة على رأي وخالفهما القاضي فإن رأي الموظفين هو الذي يصدر ، وأضف إلى ذلك أن الوحدة الادارية سواء كانت الضمان أو الضرائب أو مصلحة العقارات من خلال موظفيهم في النزاع المطروح خصم وحكم في آن واحد(1) .

كما أن التصرفات القانونية الصادرة من هذه اللجان قد لا تدخل حيز التنفيذ الفعلي إلا بعد التصديق عليها من الوحدة الادارية التي تتبعها كما هو الحال في قرارات لجان التأديب(2) .

وعطف جانب آخر من الفقه على اعتبار هذه اللجان لجان إدارية ذات اختصاص قضائي ، فهي من وجهة نظرهم ليست بمحاكم بالمعنى الصحيح ، وإن كان لها بعض المظاهر التي تشترك فيها مع المحاكم ، كما أنها لا تنقيد إلزاماً بإجراءات التقاضي العادية ، ولا يتوافر لأعضائها ضمانات القضاء واستقلاله ولهذا فإن احتمال التعسف والانحراف بالسلطة أمرٌ قائم وبالتالي فإن التصرفات الصادرة عنها ليست أحكاماً وإنما مجرد قرارات إدارية قابلة للطعن عليها أمام القضاء (3) .

ويرى جانب آخر من الفقه أن هذا النوع من اللجان له طبيعة مزدوجة فهي لجان إدارية مزودة بسلطات قضائية وتتبع في مرافعاتها النهج القانوني والمبادئ العامة في الإثبات ، ولكن التصرفات الصادرة عنها تعتبر قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء ، (4) .

ويوجد مسلك آخر للفقه في هذا الموضوع حيث اعتبر هذا الصنف من اللجان ما هو إلا محاكم إدارية حيث يقف المصلحة والخصم كلاهما أمام هذه اللجنة ، كما أن قراراتها نافذة وملزمة لكلاهما وبالتالي فإن المصلحة لا تستطيع رفضه أو عدم تنفيذه وليس لها سبيل إلا القضاء لطلب إلغائه أو تعديله(5).

ويرى جانب آخر من الفقه أن اتساع تنظيم المرافق العامة، وتنوعها ، وأهمية الحفاظ على خاصية ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد ، تحتمت معه البحث عن وسيلة قانونية تضمن ثبات هذه الخاصية ، وتجسدت في اللجان ذات الاختصاص القضائي ، ولكن كثرتها وتعددتها جعل هناك تداخل في الاختصاص

¹ د. الفلاح – ص 87-88 .

² د. العنزي – ص 261-262 .

³ د. جبراني – مرجع سابق – ص 220-221 .

⁴ د. الشاوش (خالد) – ص 288 .

⁵ رأي لبعض الفقه – مشار إليه لدى د. الفلاح – مرجع سابق – ص 88 .

بين هذه الجهات القضائية الإدارية والشبه قضائية المختلفة، ما يجعل تحديد اختصاصها تحديداً دقيقاً ، أمر في غاية الصعوبة لذلك وجب معالجتها بإدماجها في الولاية القضائية تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات (1) .

ولبعض الفقهاء وجهة نظر أخرى بشأن هذه اللجان حيث كتب أحد الفقهاء أن التنظيم القضائي ينهض على ركيزتين أساسيتين هما القضاء العام و القضاء الإداري ، ويضطلع الأول ويبسط ولايته على جميع المنازعات التي ترفع إليه من جانب الأفراد، بينما يستقل القضاء الإداري بالمنازعات ذات الصبغة الإدارية التي ترفع من أو على الجهات الإدارية بمناسبة عملها المرفقي العام، وبين هذين التنظيمين الرئيسيين يوجد العديد من الجهات ذات الطبيعة الخاصة التي تتولى الفصل في منازعات محددة بصفة استثنائية، وهي ما تعرف باللجان، والتي تنقسم بدورها إلى لجان إدارية بحتة ولجان شبه قضائية ولا شك أن تلك اللجان شبه القضائية وهي لجان إدارية تمارس عملاً قضائياً بالنظر في منازعات محددة وفق إجراءات استثنائية، تعد خطوة مهمة للتأسيس لفكرة القضاء النوعي المتخصص، إلا أن النقد المتزايد لآلية عمل تلك اللجان والذي يصل حد المطالبة بنقل اختصاصاتها إلى محاكم متخصصة بالمفهوم التقليدي المتعارف عليه، للاستفادة من الضمانات القضائية المتصلة بالتخصص الدقيق في فقه النقاضي وعدم إهدار مبدأ النقاضي على درجتين، وعدم التداخل بين العمل القضائي والعمل التنفيذي وإسباغ الحجية على القرارات التي تصدرها ونفاذها داخل المملكة وخارجها، يجعل تدارك أسباب هذا النقد أمراً مطلوباً.(2) .

وفي اعتقادي أن الطبيعة القانونية لهذه اللجان أنها لجان إدارية ذات اختصاص قضائي فهي وإن كانت تمارس اختصاصاً قضائياً إلا أن هذا لا ينفي عنها طبيعتها في كونها لجان تتبع جهات تنفيذية تتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة ، بل في كثير من أنواعها تعتبر لجان جوهرية في عمل الجهات التنفيذية ، كما أن القرارات الصادرة عنها لا يمكن اعتبارها مبادئ قانونية لأن لكل وحدة إدارية تنفيذية لجانها التي تتبعها وتختلف في اختصاصاتها من وحدة إدارية إلى أخرى كما أنها لا تعتبر درجة من درجات النقاضي ، وإنما هي عبارة عن إجراء إداري محدد في المدة ومحصور في الاختصاص ، وتنتهي وظيفتها بالفصل في الموضوع المعروض عليها أو بالتصالح فيه بين طرفي النزاع المعروض عليها .

¹ (العصيمي – ص 180 ، ص 205

² د. خنيزان – اللجان الشبه قضائية – المشكلة والحلول – مجلة الرأي – الاربعاء 6 رجب 1432 هـ - 8 يونيو 2011 م - العدد 15689

أما فيما يتعلق بالقول أن هذه اللجان تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات فإنه يمكن الرد على هذه الحجة بأنه طالما أن اللجان ذات الاختصاص القضائي تخضع لرقابة القضاء سواء كان القضاء المدني أو الإداري فإن هذا كفيل باحترام مبدأ الفصل بين السلطات

المطلب الثاني: مسلك القانون والقضاء من الطبيعة القانونية للجان ذات الاختصاص القضائي.

موقف القانون من الطبيعة القانونية للجان ذات الاختصاص القضائي :

سبق القول أن هناك معايير كانت الأساس في تحديد الطبيعة القانونية للجان ذات الاختصاص القضائي ، أو اللجان شبه القضائية ، وتتمثل في المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي ، وحسم المشرع الليبي الجدل الذي كان قائماً بين الفقه باعتماده على المعيار الشكلي في تحديد الطبيعة القانونية للجان ذات الاختصاص القضائي ، فاعتبرها لجان إدارية ذات اختصاص قضائي والتصرفات الصادرة عنها هي قرارات إدارية قابلة للطعن عليها أمام القضاء سواء كان القضاء المدني أو القضاء الإداري .

ويمكن الاستدلال عليه من خلال نصوص القوانين سواء صراحة أو ضمناً فمن النصوص القانونية الدالة دلالة صريحة لمسلك المشرع في الأخذ بالمعيار الشكلي ما نصت عليه المادة (44) من قانون الضمان الاجتماعي رقم 13 لسنة 1980 وهي تنظم عمل لجان المنازعات الضمانية بقولها " تنشأ لجان إدارية ذات اختصاص قضائي تفصل بقرارات نهائية واجبة النفاذ في المنازعات التي تنشأ بين المضمونين وجهات العمل ، واللجان الشعبية للضمان الاجتماعي في خصوص تطبيق هذا القانون وتصدر اللجنة قراراتها على وجه السرعة ، ولا يجوز عرض المنازعات التي تختص بها هذه اللجان على القضاء إلا بطريق الطعن في قراراتها أمام محكمة القضاء الإداري "

والمشرع قد لا يفصح صراحة على طبيعة هذه اللجان ولكن يمكن استدراك المعيار الشكلي المعتمد من المشرع من خلال المصطلحات القانونية التي صيغت بها المادة القانونية فعلى سبيل المثال في قانون ضريبة الدخل جعل المشرع مهمة الفصل في المنازعات الخاصة بالضريبة من اختصاص لجان إدارية نصت على تنظيمها المادة (6) حيث جاء فيها " تتولى الفصل في التظلمات التي يقدمها ذوو الشأن من إقرارات الربط الضريبي والجزاءات التي توقع بموجب أحكام الباب الرابع من هذا القانون لجان ابتدائية

يصدر بتشكيلها وتحديد مقارها ودوائر اختصاصها ومكافاتها أعضائها قرار من الأمين " فالمشرع لم يفصح صراحة على الطبيعة القانونية لهذه اللجان ولكن باختياره لفظ لجان وليس محاكم ، ووصفه للتصرفات الصادرة عنها بالقرارات وليس بالأحكام حيث نص في المادة (9) بقوله " لا يكون انعقاد اللجنة صحيحاً إلا بحضور جميع أعضائها ، وتكون جلساتها سرية ، وتصدر قراراتها بأغلبية الآراء"(1) . بالإضافة إلى تبعيتها لجهات إدارية دلالة قاطعة على نية المشرع في وصف هذه اللجان باللجان إدارية ذات الاختصاص القضائي .

والوصف ذاته ينطبق على لجان المنازعات التأمينية حيث نصت المادة (74) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (3) 2005 بشأن الاشراف والرقابة على نشاط التأمين حيث جاء فيها " يكون التظلم من الاجراءات التي تتخذها أمانة اللجنة الشعبية العامة للاقتصاد والتجارة أمام لجنة تشكل بقرار من أمين اللجنة الشعبية العامة للاقتصاد والتجارة " 2ومن هذا النص يتبين الجهة المختصة بتشكيل هذه اللجنة هي جهة إدارية تنفيذية تتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة ، وهذه اللجان تابعة لها إذا فهي لجان إدارية وليست قضائية ، واستخدام المشرع لمصطلح التظلم معنى ذلك أن التصرفات التي تتولى النظر فيها هي قرارات إدارية وليست أحكام قضائية

موقف القضاء من الطبيعة القانونية للجان ذات الاختصاص القضائي :

أيد القضاء مسلك المشرع باعتماده على المعيار الشكلي في تحديد طبيعة اللجان الادارية ذات الاختصاص القضائي ، ويتجلى ذلك في المبادئ القانونية الصادرة بموجب أحكامها ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي :

الطعن المدني رقم (48/76ق) بخصوص قرارات لجان المنازعات الضمانية حيث حكمت المحكمة بأنه " إن القرارات التي تصدرها لجان المنازعات هي قرارات إدارية لصدورها عن لجان إدارية في شكلها إلا أنها فاصلة في خصومة قضائية لا يختلف موضوعها عن موضوع الأحكام وينبغي على ذلك أن

¹ قانون رقم (7) لسنة 2010- مدونة التشريعات - العدد (4) السنة العاشرة - 2010 - ص133-134 .
² قرار اللجنة الشعبية العامة - سابقاً - رقم (4) لسنة 2006 بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم (3) لسنة 1373 و.ر بشأن الاشراف والرقابة على نشاط التأمين - مدونة التشريعات - العدد 11 - السنة السابعة - 2007 .

الإعلان عنها والطعن فيها لا يصح في مواجهة اللجان التي أصدرتها أو أي عضو من أعضائها ، وإنما يجب أن يوجه إلى خصوم فيها " (1) .

وفي ذات السياق حكمت المحكمة العليا بأنه " لما كانت لجان المنازعات الضمانية لجان إدارية ذات اختصاص قضائي تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين المضمونين وجهات العمل ، واللجان الشعبية للضمان الاجتماعي ، ويطعن في القرارات التي تصدرها أمام دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف فإن قراراتها تلك وان اعتبرت قرارات إدارية إلا أنها تفصل في خصومة قضائية لا يختلف موضوعها عن موضوع الأحكام فإن اختصاصها أو اختصاص رئيسها عند الطعن في قراراتها يكون غير جائز لأن الطعن يوجه إلى أطراف النزاع واللجنة ليست من أطرافه (2) .

وفيما يتعلق بالمنازعات الناشئة عن توزيع وتخصيص الأراضي الزراعية قضت المحكمة بأنه حيث إن مفاد نصوص القانونين 123/70 في شأن التصرف في الأراضي الزراعية والمستصلحة المملوكة للدولة والقانون رقم 88/71 في شأن القضاء الإداري أن المشرع رسم طريقا خاصا للفصل في كافة المنازعات المتعلقة بالقرارات التي تصدر بشأن توزيع وتخصيص الأراضي الزراعية إذ إنه أنط الاختصاص بالفصل في المنازعات بشأنها بلجان إدارية ذات اختصاص قضائي ، ويتم الفصل في الطعون التي ترفع عن قرارات تلك اللجان أمام دائرة القضاء الإداري طبقا لنص المادتين الأولى والخامسة من القانون رقم 88/71 في شأن القضاء الإداري (3) .

وفي تحديده لطبيعة هذه اللجان حكم القضاء بقوله " متى أصدرت لجنة الفصل في الاعتراضات الزراعية وهي لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي قرارها ، فإن الطعن في هذا القرار لا يقبل إلا أمام القضاء الإداري ، وفي الميعاد الذي رسمه القانون " (4) .

وكان للقضاء كلمة الفصل فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للجان الطعون الضريبية حيث حكمت بشأنها " ن لجان الطعون الضريبية انما وجدت ليحتكم اليها كل من الممول ومصلحة الضرائب فيما يقع بينهما من

¹ (الطعن المدني رقم (48/76 ق) بخصوص قرارات لجان المنازعات الضمانية بالجلسة المنعقدة بتاريخ 2005/1/30 مشار إليه لدى - أشار إليه الحشاني وآخرون - مرجع سابق - ص 501 .

² (طعن إداري رقم 47/85 ق - بالجلسة المنعقدة بتاريخ 2003/11/9 - مجلة المحكمة العليا - السنة التاسعة والثلاثون - العدد الأول والثاني -

³ طعن مدني رقم (290 / 42 ق) - حكم غير منشور - 1999/6/5 .

⁴ (طعن إداري رقم 54/6 ق بالجلسة المنعقدة بتاريخ 2008/1/6 - مجلة المحكمة العليا - القضاء الإداري - الجزء الأول - ص 59 .

منازعات بشأن تطبيق احكام قانون الضرائب والقرارات التي تصدرها هذه اللجان فصلا في المنازعات المطروحة عليها وان اعتبرت قرارات ادارية لصدورها من جهات ادارية الا انها في واقع الامر تعتبر احكاما لان موضوعها وهو في جوهره فصلا في خصومة قضائية لا يختلف عن موضوع الاحكام ولذا فانه لا يصح الطعن فيها في مواجهه اللجان التي اصدرتها وانما في مواجهه الخصوم التي اصدرت لصالحهم (1) .

ومن احكام القضاء المقارن ما قضى به مجلس الدولة المصري بخصوص موضوع هذا البحث حيث قضى " (أ) لجان- معيار تمييز الهيئات القضائية عن اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي- لا تعد اللجنة من الهيئات القضائية إذا افتقدت القواعد الأصولية التي تهيمن على التشكيلات القضائية، كأن يغلب على تشكيلها الطابع الإداري، وألا يكون تشكيلها وترا، وألا يتلاقى طرفا الخصومة أمامها، كأن يكون من يدعى لإبداء دفاعه أمامها هو أحد الخصوم دون الآخر- ما يصدر عن مثل هذه اللجنة هو قرار إداري صادر عن لجنة أو هيئة إدارية لها اختصاص قضائي، يقبل الطعن فيه أمام محاكم مجلس الدولة- إسباغ المحكمة الدستورية العليا وصف (هيئة ذات اختصاص قضائي) على إحدى اللجان؛ وصولا إلى مباشرة ولايتها في بحث دستورية ما يحال إليها من هذه اللجنة، لا يعني أن قراراتها تعد أحكاما قضائية، مما تتحسر عنه بالتالي ولاية محاكم مجلس الدولة.

(ب) مقابل التحسين- طبيعة لجنة الطعن في مقابل التحسين المنصوص عليها في المادة (8) من القانون رقم 22 لسنة 1955- هذه اللجنة لا تعد من الهيئات القضائية- ما يصدر عنها لا يعدو في حقيقته أن يكون قرارا إداريا صادرا عن لجنة أو هيئة إدارية لها اختصاص قضائي وهو ما يقبل الطعن فيه أمام محاكم مجلس الدولة (2) .

¹ طعن إداري رقم - 11 / 30 ق - تاريخ الطعن 27-10-1985 - سنة وعدد المجلة - 24 / 1-2- ص 9 .
² (الطعن رقم 3675 لسنة 40 القضائية (عليا) جلسة 5 من مارس سنة 1998 موقع مدونة -

المبحث الثالث

الرقابة على القرارات الصادرة من اللجان ذات الاختصاص القضائي.

سبق القول ان المشرع اعتبر هذه اللجان لجان إدارية ذات اختصاص قضائي ، وأن التصرفات الصادرة عنها هي قرارات إدارية وليست أحكاماً ، وبالتالي فإن شأنها شأن كافة القرارات الادارية الصادرة عن الجهات التنفيذية بموجب إرادتها المنفردة يفترض أنها تخضع للرقابة سواء كانت رقابة إدارية بجواز النظم منها أو رقابة قضائية بجواز رفع دعوى إلغاء بشأنها وفيما يلي تفصيل لهذا القول .

المطلب الاول: الرقابة الادارية.

وهي الرقابة التي تباشرها نفسها فهي رقابة ذاتية وتتم صورها بأحد الشكليين ، فقد تمارسها الادارة نفسها مصدرة القرار ، وقد تمارسها جهة إدارية خارجية عادة ما تكون الجهة التي تعلو الجهة الادارية مصدرة القرار ، وتتميز الرقابة الادارية بأنها لا تنصب على مشروعية القرار فقط ، بل على ملاءمته أيضاً لظروف الزمان والمكان ، فهي رقابة شاملة ، والأصل عدم خضوعها لشكليات وإجراءات مالم يقض القانون بذلك كما تتميز بالسرعة وبساطة الاجراءات ويعاب عليها أنها رقابة غير حيادية وغير موضوعية ، وأنها تجعل من جهة الادارة خصماً باعتبارها مصدرة القرار ، وحكماً باعتبارها هي من تفصل في النظم أو الشكوى المرفوعة إليها(1).

يقصد بالنظم الإداري الطلب الذي يتقدم به من أضر به القرار الإداري إلى اللجنة الادارية التي أصدرته ، أو اللجنة الرئاسية ، طالباً منها تعديل القرار ، أو سحبه ، أو إلغائه وقد رأي المشرع أن سلوك الأفراد لهذا الطريق من شأنه أن يؤدي إلى حل المنازعات الادارية بشكل ودي ، وإلى تمكين الإدارة من مراجعة قراراتها بنفسها فتجيب المتظلم إلى طلبه وتجنبه اللجوء إلى القضاء (2) ، فالحكمة منه هو التقليل من المنازعات بإنهائها في مراحلها الأولى بطريق أيسر للناس وذلك بالعدول عن القرار المتظلم منه إن رأت الإدارة أن المتظلم على حق في تظلمه ، والنظم الإداري قد يكون اختياريًا وهو الأصل في النظم حيث يُترك لتقدير ذوي الشأن دون إكراه أو اجبار ، والاستثناء أن يكون النظم إجبارياً حيث يقدر المشرع في ظروف معينة وحالات محددة جدوى وضرورة النظم فيطلبه جبراً قبل تحريك دعوى الإلغاء ويعتبر

⁽¹⁾ أ. د . بوضياف – ص 43 .

⁽²⁾ أ. د . السيوي – ص 222-223

بذلك شرطاً من شروط قبول دعوى الالغاء ، كالتظلم أمام لجان إدارية تشكل خصيصاً وفقاً للقانون لفحص تظلمات الأفراد من التصرفات الإدارية وهو ما يعرف بالتظلم الإداري ، مما قد يمثل ضماناً أكبر جدية في الرقابة على أعمال الإدارة (1) .

والحكمة من التظلم الإجباري هو تقليل الوارد من القضايا بقدر المستطاع ، وتحقيق العدالة الإدارية بطريق أيسر للناس بإنهاء تلك المنازعات في مراحلها الأولى إن رأت الإدارة أن المتظلم على حق في تظلمه .

وفيما يتعلق بكيفية التظلم من قرارات اللجان ذات الاختصاص القضائي فقد نظّمته القوانين كلّ حسب اختصاصها ففي قانون الضرائب رقم (7) لسنة 2010 أعطى المشرع الضريبي الليبي للممول حق التظلم من الربط الذي أجرته إدارة الضرائب أمام اللجنة الابتدائية خلال خمسة وأربعين يوماً من تاريخ إعلامه ، ويحق للممول وكذلك إدارة الضرائب حق الطعن في قرار اللجنة الابتدائية أمام اللجنة الاستئنافية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان كل منهما بالقرار وهي لجان تتكون من أعضاء ليس لهم علاقة بالإدارة الضريبية ، وتتولى النظر في النزاع الذي ينشأ بين الممول وإدارة الضرائب في حالة عدم الاتفاق على قيمة ربط الضريبة حيث أعطت الكثير من التشريعات الضريبية الحق للمول في التظلم والاعتراض على الربط الذي أجرته الإدارة الضريبية (2) ، وجعل المشرع التظلم هنا وجوبي قبل اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة قليلاً للقضايا التي تعرض على المحاكم (3).

ومن القرارات التي أجاز فيها المشرع التظلم القرارات الصادرة بشأن توزيع الأراضي المستصلحة وحكم القضاء بقوله " متى كان القانون قد أجاز لكل ذي شأن أن يتظلم من قرار توزيع الأراضي المستصلحة والمملوكة للدولة سواء أكان التظلم أمام اللجان المنصوص عليها في المادة 23 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 123 لسنة 1970 م في شأن التصرف في الأراضي الزراعية والمستصلحة المملوكة للدولة أمام لجان الفصل في الاعتراضات المنصوص عليها في المادة 20 من القانون المذكور ، وعلى اللجنة وهي بصدد الفصل في التظلم أو الاعتراض أن تستحضر أمامها الأوراق الخاصة بالموضوع منذ

¹ د. جمال الدين – ص 204-205 .

² (امرئود – ص 280-281 .

³ (د. الجبراني – مرجع سابق – ص 322 .

بدء الاعلان عن الأراضي التي سيجرى توزيعها الى اعلان نتيجة البحث وبيان اسماء المقبولين والمرفوضين واسباب الرفض حتى يكون في وسعها وزن الاسباب التي قام عليها القرار بقبول طلب ورفض آخر ويكون فصلها في التظلم او الاعتراض على اساس سليم فان هي لم تقم بذلك كان قرارها مشوباً بعيب القصور" (1) .

وهناك لجان لم ينظم المشرع بشأنها طريق التظلم وجعل اختصاص الطعن في أعمالها من اختصاص القضاء كما هو الحال في القرارات الصادرة من لجان التأديب فقد نصت المادة (147) من اللائحة التنفيذية لقانون علاقات العمل رقم (12) لسنة 2010 والصادرة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة سابقاً رقم (595) لسنة 2010 " ويجب أن يشتمل قرار المجلس على الأسباب التي بني عليها ، ويبلغ به الموظف خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره ، ويكون قرار المجلس نهائياً ، ولا يجوز الطعن فيه إلا أمام المحكمة المختصة " لهذا دلالة على أن القرارات الصادرة من مجلس التأديب قرارات تتمتع بالصفة الإلزامية للوحدة الإدارية والموظف على حدٍ سواء ، ومعنى ذلك أنه ليس هناك سبيل أمام الموظف إلا القضاء للطعن في قرارات التأديب ، وهنا نجد أن المشرع لم يحدد نوع المحكمة ، وله في ذلك معزى ، لأن قانون علاقات العمل له طبيعته في كونه ينظم كافة أنواع علاقات العمل الفردية واللائحية ، وبالتالي تتولى كل جهة تنظيم مجالس التأديب بها كل حسب طبيعة العمل الذي تمارسه ، فالتأديب في مجال علاقات العمل الفردية له القضاء المختص به ، والتأديب في مجال العلاقات الوظيفية اللائحية له القضاء المختص به وهو القضاء الإداري .

والجدير بالذكر أن هذه القرارات هي قرارات نهائية تستنفذ اللجنة ولايتها بإصدارها ولا توجد سلطة رئاسية تملك التعقيب عليها بالإلغاء أو التعديل ، كما أن المشرع نظم كيفية الترافع أمام لجان التأديب تنظيمياً خاصاً يتفق إلى حد ما مع التنظيمات القضائية ، ولهذا فإن هذه القرارات قد استوفت الضمانات التي تكفل لأطراف النزاع العدالة وتبعث في نفوسهم الطمأنينة والثقة في قرار هذه اللجان .

والأمر نفسه ينطبق على القرار الصادرة من لجان الطعون الضمانية فقد نصت المادة (44) من قانون الضمان الاجتماعي على أنه " وتصدر اللجان قراراتها على وجه السرعة ، ولا يجوز عرض

¹ (طعن إداري رقم (33 / 24 ق) – تاريخ الطعن 30-04-1980 - السنة وعدد المجلة 17 / 2 - ص 37 .

المنازعات التي تختص بها هذه اللجان على القضاء إلا بطريق الطعن في قراراتها أمام محكمة القضاء الإداري وفقاً للقانون ، فبعد أن جعل المشرع التظلم في المنازعات الضمانية وجوبي أمام لجان المنازعات الضمانية ، ولكن القرارات الصادرة من هذه اللجان لا تخضع إلا لرقابة القضاء بصريح نص القانون . أي أن القرارات الصادرة من هذه اللجان تتمتع بالحجية فلا يجوز لها العودة إلى نفس النزاع الذي فصلت فيه ، حتى وإن كان قابلاً للطعن عليه أمام القضاء ، متى بت في الخصومة ، ويجوز لهذه اللجان (كلجان الطعون الضريبية - ولجان المنازعات الضمانية) أن تقرر عدم قبول المنازعة لسبق الفصل بها .

والموضوع الجدير بالوقوف عليه ودراسته ، هو والتظلم المقدم من ذوي الشأن في هذا المجال لا يؤدي إلى وقف تنفيذ القرار الصادر من هذه اللجان (1) ، أي أن التظلم في هذه الحالة لا يؤدي إلى وقف تنفيذ القرار الإداري الصادر من اللجان ذات الاختصاص القضائي كالقرارات الصادرة من لجان المنازعات الضمانية ، في حين أنه لو نظرنا إلى التظلم على أنه رخصة منحها المشرع للأفراد لإثبات حقوقهم بطريقة أيسر ، فإن مضي الإدارة في تنفيذ قرارها بالرغم من التظلم منه يهدر من قيمته القانونية .

أضف إلى ذلك أن مقتضيات العدالة تقضي وقف التنفيذ لحين البث في القرار محل التظلم ، إذ ليس من المعقول أن تستمر الإدارة في تنفيذ القرار المتظلم في الوقت الذي تقوم بدراسة أسباب وموجبات التظلم منه تمهيداً لحسم النزاع القائم بشأنه ، كما أن استمرار الإدارة في تنفيذ القرار المتظلم منه قد يؤدي إلى فوات الجدوى من التظلم ويصعب بعد ذلك إعادة الحقوق لأصحابها كما كانت قبل التظلم ، أي يصعب رد الحال إلى ما كان عليه .

لذلك فإني أرى أن وقف تنفيذ القرار الإداري المتظلم منه يعد أمراً أساسياً وضرورياً لا بد من العمل به وتحقيقه ، استناداً لفكرة العدالة والانصاف ، واحتراماً لمبدأ المشروعية ، وحتى تتجنب الإدارة شبهة الوقوع في عيب إساءة استعمال السلطة ، إضافة إلى أن وقف تنفيذ القرار المتظلم منه يؤدي إلى تعزيز الثقة بين الإدارة والمواطنين بأحكامها .

المطلب الثاني: رقابة القضاء الإداري على عمل اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي.

تعد اللجان شبه القضائية أحد أبرز مميزات النظام القانوني في أغلب دول العالم إن لم تكن جلها وهي كثيرة ومتنوعة وتتولى مهمة الفصل في بعض المنازعات وتطبيق العقوبات في الأنظمة المنشئة لها

¹ (الحشاني - وآخرون - مرجع سابق - ص 494-495 .

، والأصل أن كل قرارات اللجان شبه القضائية يمكن الطعن فيها بالإلغاء أمام دوائر القضاء الإداري إلا ما استثناه المشرع بنص وهو ما نص عليه قانون رقم (88) لسنة 1970 بشأن القضاء الإداري حيث جاء فيه : مادة (5) فيما عدا القرارات الصادرة عن هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل ، تفصل دائرة القضاء الإداري في الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص ، أو وجود عيب في الشكل ، أو مخالفة القوانين ، أو اللوائح ، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة " .

وبقراءة هند النص نستنتج أن هناك قرارات إدارية خاضعة لرقابة القضاء الإداري كقرارات لجان الطعون الضمانية ، وقرارات لجان التأديب ، وقرارات لجان المنازعات الضريبية وقرارات يجوز الطعن فيها أمام القضاء المدني والجنائي كقرارات التوفيق والتحكيم في المنازعات المدنية والجناح والمخالفات ، والقرارات الإدارية الصادرة عن اللجان الإدارية المكلفة بتقدير التعويض عن العقارات المنزوعة ملكيتها للمنفعة العامة ، وقرارات حصنها المشرع من الطعن فيها كالقرارات الإدارية المتعلقة بالشؤون الوظيفية لأعضاء الهيئات القضائية .

- وسيلة القضاء في الرقابة على أعمال اللجان ذات الاختصاص القضائي.

جاء قانون القضاء الإداري رقم (88) لسنة 70 واضحاً فيما يتعلق برقابة القضاء الإداري على أعمال اللجان ذات الاختصاص القضائي حيث نصت المادة (5) منه على أنه " فيما عدا القرارات الصادرة عن هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل ، تفصل دائرة القضاء الإداري في الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص ، أو وجود عيب في الشكل ، أو مخالفة القوانين ، أو اللوائح ، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة " .

أي أن رقابته على أعمال هذه اللجان هي رقابة إلغاء طالما أن المشرع قد حدد طبيعة هذه اللجان بأنها إدارية ذات اختصاص قضائي فإن معنى هذا أن الأعمال الصادرة عنها هي قرارات ، وليس للقضاء من ولاية عليها سوى بوسيلة واحدة تتمثل في دعوى الإلغاء

ورقابة القضاء الاداري هنا شأنها شأن رقابته على القرارات الادارية الصادرة من الوحدات الادارية العامة والمعبرة عن إرادتها المنفردة بما لها من سلطة عامة أي أنها رقابة من حيث الاختصاص والشكل والمحل والغاية والسبب ورقابة القضاء ليست مجرد رقابة لتطبيق القانون بل تمتد إلى رقابة الوقائع، لأن اللجان الادارية ذات الاختصاص القضائي نظراً لطابعها الاداري فإن أعضائها لا يتمتعون بنفس الضمانات التي يتمتع بها أعضاء القضاء كما أن بعض هذه اللجان قد تتبع إجراءات تختلف عن ما هو متبع في المحاكم وهذا هو سبب امتداد رقابة القضاء الاداري لتشتمل أيضاً على الرقابة على الوقائع (1) ، فقد حكم القضاء في هذا الشأن بقوله " إن دعوى الالغاء تخول محكمة الموضوع فحص مشروعية القرار الطعين ، فإذا تبين لها مجانبته للقانون قضت بإلغائه ، وأن لهذه المحكمة السلطة الكاملة في بحث الأدلة والمستندات المقدمة في الدعوى ، ولها أن ترجح ما تظمن إليها منها ، ما دام هذا الترجيح قائماً على استخلاص سائغ ومقبول وله أصله الثابت بالأوراق ، وينتهي إلى النتيجة التي رتبها بمنطق سليم(2) .

وكثيراً ما ينص المشرع على أن القرارات الصادرة من اللجان ذات الاختصاص القضائي بأنها نهائية أو قطعية نهائية ولكن في اعتقادي أن مصطلح نهائية لا يقصد به أن هذا القرار محصن من الطعن عليه ، وإنما يدل على أنه استوفي كافة الشروط القانونية التي رسمها المشرع لصحة إصداره ونفاذه ، وهو ما يمكن استخلاصه من روح الأحكام القضائية في هذا الشأن فقد حكم القضاء الاداري بقوله " ان معيار نهائية القرار الإداري هو قابليته للتنفيذ ، فالقرار الإداري الذي يقبل الطعن بالإلغاء هو الذي يؤثر في المركز القانوني للمدعى فيجعل له مصلحة شخصية مباشرة للطعن عليه بهذا الطريق"(3) .

وبناء على ما تم توضيحه فإن رقابة القضاء الإداري على الأعمال الصادرة من اللجان ذات الاختصاص القضاء تشتمل على كافة أركان القرار الاداري وقد بين القضاء المقصود بالعيب الذي يلحق كل ركن بقوله " كون القرار الإداري قابلاً للإلغاء اذا شابه عيب الاختصاص أو الشكل أو مخالفة القانون أو الانحراف .

(1) أ. د. الطماوي - ص 203-204 .
 (2) طعن إداري رقم (54/57 ق) بالجلسة المنعقدة بتاريخ 2008/4/6 بالمحكمة العليا طرابلس - مجموعة أحكام المحكمة العليا - القضاء الاداري - الجزء الاول - 2008 - ص 277 .
 (3) طعن إداري رقم 6 / 3 ق - تاريخ الطعن - 1957-06-26 - السنة وعدد المجلة - ج 1 / أ - ص 80

أ- أن عيب عدم الاختصاص يقع في صورة اغتصاب السلطة اذا ما كان القرار الإداري صادرا من سلطة اعتداء على سلطة أخرى . وعيب عدم الاختصاص يتنوع فتارة يكون موضوعيا كأن يصدر موظف أو هيئة قرارا من اختصاص هيئة أخرى

ب- يكون القرار الإداري معيبا في شكله اذا لم تحترم القواعد الاجرائية أو الشكلية المقررة لصدوره بمقتضى القوانين واللوائح سواء كان ذلك بإهمال تلك القواعد كلية أو بمخالفتها جزئيا...

ت- يجب أن يكون القرار الإداري مطابقا للدستور وللوائح ومبادئ القانون العامة كالمساواة والحريات العامة وحق الدفاع وعدم رجعية القرارات الادارية

ث- ان عيب الانحراف أو اساءة استعمال السلطة يقع عندما تستعمل الادارة سلطتها التقديرية لتحقيق غرض لها به . وهو يشارك عيب مخالفة القانون في كون العيب موضوعيا ولكنه يختلف عنه في خصائصه وطبيعته .. فالقرار الإداري المشوب بعيب الانحراف سليم في عناصره الاخرى ومطابق للقانون من حيث محله ويظهر خطره في أن الادارة تحاول ان تحقق جميع أغراضها غير المشروعة في حماية من مظهر المشروعية . فالعيب متعلق بأهداف القرار..."

ومن أمثلة العيوب التي تؤدي إلى سقوط القرار الاداري الصادر من هذه اللجان في فخ الإلغاء نذكر على سبيل المثال

- إغفال اللجنة ذكر الاسانيد التي استندت عليها في إصدار القرار في الحالة التي يلزمها المشرع بذلك.
- عدم احترام قواعد الامضاء والتصديق في حالة اشتراط المشرع ضرورة توقيع كافة أعضاء اللجنة على القرار الاداري
- صدور القرار غير مكتمل النصاب القانوني .
- عدم احترام حقوق الدفاع لأطراف النزاع .

وفي بعض الأنظمة القضائية المقارنة حصر المشرع حدود رقابة القضاء الاداري على قرارات اللجان ذات الاختصاص القضائي على ثلاثة عيوب فقط ، هي الشكل ، والاختصاص ومخالفة القانون ، وبالتالي استبعد المشرع أن يشوب هذه القرارات عيب الانحراف ؛ بسبب طبيعتها كون بعضها يتكون من

ثلاثة أعضاء أو أكثر ، ولكن الفقه يرى أن الفقه والقضاء مستقراً على أن عيب الانحراف أو إساءة استعمال السلطة من العيوب التي يجوز الارتكان إليها في مخاصمة القرارات الصادرة من الجهات الادارية ذات الاختصاص القضائي(1) .

ولكن المشرع قد يضيف شرطاً آخر إلى تلك الشروط بإلزام صاحب المصلحة باللجوء إلى اللجان الادارية ذات الاختصاص القضائي قبل عرض النزاع على القضاء المختص ، أي في حالة التظلم الوجوبي، وقد اعتبر الفقه هذا الشرط انما هو شرط واقف وليس مانع لاختصاص القضاء وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في كثير من أحكامها حيث حكمت بأن " المستفاد من المادة (44) من قانون الضمان الاجتماعي أن لجان المنازعات الضمانية هي المختصة بداية بالفصل في المنازعات الضمانية المتعلقة بتطبيق قانون الضمان الاجتماعي ولوائحه ، والتي تنشأ بين المضمونين وجهات العمل ، أو تنشأ بين هذين الطرفين أو أحدهما وصندوق الضمان الاجتماعي ، وأنه لا يجوز نظر هذه المنازعات أمام أية جهة قضائية إلا بعد عرضها على تلك اللجان والتي أصدرت بشأنها قراراً فاصلاً في الموضوع جاز الطعن عليها أمام محكمة القضاء الاداري"(2).

واكدته المحكمة العليا أيضاً بالنسبة لقرارات لجان تخصيص العقارات المملوكة للمجتمع حيث تقول في حكمها بجلسة 2003/7/27 " لا يجوز الطعن على قرارات لجنة تخصيص العقارات مباشرة أمام القضاء الاداري ، وانما يجب أن تسبقه مرحلة التظلم منه أمام لجنة الطعون المنشئة لهذا الغرض ، وأن قرارات هذه اللجنة الاخيرة هي القابلة للطعن أمام القضاء الاداري"(3).

وما يستفاد من تلك الأحكام أن ميعاد الطعن بالإلغاء في هذه القرارات لا ينعقد إلا بعد مضي مدة التظلم أمام هذه اللجان ، ومعنى ذلك أن الطاعن إذا قام برفع دعوى إلغاء قبل أن يتقدم بالتظلم للجهة التي حددها المشرع بالخصوص ، فإن مسلكه هذا يترتب عليه عدم قبول دعواه ذلك أن التظلم الوجوبي أمام هذه اللجان شرط لقبول دعوى الإلغاء ، ويهدف هذا التظلم كما سبق القول إلى تقليل عدد المنازعات المنظورة أمام القضاء قدر المستطاع فإن رأت اللجنة أن المتظلم على حق في مطلبه وقضت بإجابة مطلبه انتهت

¹ د. العلوي - ص 151-152 .

² (الطعن الاداري رقم (53/134)ق) أشار إليه الزليطني - ص 43-44 .

³ (طعن إداري رقم 47/22 ق أشار إليه أ . د. الحراري - ص 250 .

المنازعة في مراحلها الأولى ، وإن رفضته كان للمتظلم الحق في اللجوء إلى قضاء الإلغاء في الميعاد المحدد لذلك وبالشروط التي رسمها القانون والقضاء في مثل هذا النوع من المنازعات .

وفيما يلي عرض لبعض القضايا التي تثبت ما قيل آنفاً:

طعن إداري رقم 55/32 ق بالجلسة المنعقدة بتاريخ 2008/12/28 بالمحكمة العليا طرابلس ، عن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بنغازي دائرة القضاء الإداري بتاريخ 2007/4/24 في القضية رقم (34/208 ق) وتدور حيثيات هذه القضية حول قيام الطاعن برفع دعوى إدارية أمام القضاء الإداري بمحكمة استئناف بنغازي طالباً بإلغاء قرار لجنة الطعون العقارية بينغازي الصادر بتاريخ 2004/12/29 قال شرحاً لذلك أنه تقدم بطلب تخصيص قطعة أرض إلا أن أمين اللجنة الشعبية للمؤتمر الشعبي الأساسي القدس بينغازي أصدر قراره بتخصيصها للمطعون ضده فتظلم من ذلك أمام لجنة الطعون العقارية ، التي أصدرت قرارها المطعون فيه بعدم قبول تظلمه لرفعه بعد الميعاد وعاب على القرار المطعون فيه عدم مراعاته أن قرار التخصيص كان معدوماً لصدوره من غير مختص ، وعند نظر الدعوى أمام المحكمة العليا حكمت بما يلي " وحيث أن من بين ما ينعي به الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه لم يراع أن قرار التخصيص المطعون فيه كان معدوماً ولا يتحصن من الإلغاء بمضي المدة لأنه لم يصدر من لجنة تخصيص العقارات المختصة بإصداره وفقاً لنص المادة السادسة من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (1423/304) بشأن تشكيل لجان تخصيص العقارات، بل صدر من أمين اللجنة الشعبية بالمؤتمر الشعبي الأساسي / القدس وهو غير مختص بإصداره .

وحيث أن هذا النعي سديد ذلك أن المادة السادسة من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 1423/304 بشأن تشكيل لجان تخصيص العقارات بالمؤتمرات الشعبية الأساسية نصت على أن " يقع باطلاً كل تخصيص لعقار مملوك للدولة يتم عن غير طريق لجنة تخصيص العقارات المملوكة للدولة كما يعد باطلاً أي إجراء يترتب على هذا التخصيص " ومفاد هذا النص أن مسألة تخصيص العقارات المملوكة للدولة من اختصاص لجان تخصيص العقارات وحدها وأن صدورها من غير هذه اللجان يكون باطلاً ولا ينتج أي أثر ولما كان الثابت من الأوراق أن قرار التخصيص المطعون فيه صدر من أمين اللجنة الشعبية بالمؤتمر الشعبي الأساسي القدس وهو غير مختص بإصداره فإنه يكون معدوماً لأنه معيب بعيب عدم الاختصاص الجسيم ،

ولا تسري بشأنه مواعيد الطعن المقررة لدعوى الإلغاء ، ولا يكون الطعن فيه بالإلغاء مقيداً بميعاد الستين يوماً المنصوص عليها في المادة الثامنة من قانون القضاء الإداري رقم (88) لسنة 1971(1) .

الخاتمة

خلاصة لما سبق دراسته في هذا الموضوع وهو موضوع اللجان ذات الاختصاص القضائي أن هذه اللجان وبحكم منشأها أو شهادة ميلادها هي لجان إدارية ولكن طبيعة اختصاصها جعل التصرفات القانونية الصادرة عنها والاجراءات المتبعة أمامها شبيهة إلى حد بعيد بعمل الهيئات القضائية ، حيث أنها تقوم بفض المنازعات الادارية بطريقة ودية ، ولكن المشرع باعتماده للمعيار الشكلي في تحديد طبيعة عمل هذه اللجان فإن هذا المعيار انعكس على تصرفاتها ، فاعتبر ما يصدر عنها قرارات إدارية ، وبالتالي فإن هذا النوع من القرارات لكي يصدر تحت مظلة المشروعية وجب أن يكون مطابق للشروط التي وضعها المشرع لصحة إصداره ، فإذا أغفلت هذه اللجان أي شرط من الشروط الجوهرية ، كشرط الاختصاص والشكل على سبيل المثال ، وقع التصرف الصادر عنها في شباك عدم المشروعية ، مما يجعله قابلاً للطعن عليه إما بالتظلم ، أو بعرض النزاع على القضاء .

النتائج :

إن موضوع اللجان ذات الاختصاص القضائي من الموضوعات الهامة التي يمكن تناولها من جوانب عدة ، ولكن هذا البحث تركز على طبيعة هذه اللجان والأثر المترتبة عليها ومن خلال عرض هذا الموضوع خرجنا بالنتائج التالية :

1- إن اللجان القضائية أو اللجان ذات الاختصاص القضائي أو اللجان شبه قضائية جميع هذه المسميات لها دلالة واحدة هي أن هذه اللجان ما هي إلا لجان إدارية تمارس اختصاصاً قضائياً محدداً بنص القانون بشكل صريح على سبيل الحصر ، ولا يجوز لها أن تمارس غيره أو أن توسع من اختصاصها دون وجود سند قانوني .

¹ (مجموعة أحكام المحكمة العليا - القضاء الإداري - الجزء الثاني - 2008 - ص 626 .

2- أن التظلم أمام هذه اللجان قد يكون إلزامياً في بعض منها قبل عرض النزاع على القضاء ومعنى ذلك أن صاحب المصلحة إذا سلك مسلك القضاء أولاً وجب على القاضي أن يرفض الدعوى ويحكم بعدم قبولها .

3- إن الغرض من إسناد الاختصاص لهذه اللجان في المنازعات هو تخفيف العبء على الجهات القضائية ، وحتى لا تكتظ بالقضايا البسيطة التي يمكن فضها ودياً في محيط الوحدة الادارية ، والاسراع في حلها خصوصاً المنازعات ذات الطبيعة الحقوقية .

التوصيات :

- 1- إن اللجان ذات الاختصاص القضائي هي وسيلة الغرض منها تخفيف ثقل النزاع على القضاء بعرضه على هذه اللجان والفصل فيه بطريقة بسيطة وسريعة وادق اختصاصاً .
- 2- وجب على المشرع أن يعيد النظر في وسائل الرقابة على عمل هذه اللجان وجعلها أكثر فاعلية فما الجدوى من التظلم أو رفع دعوى قضائية إذا كان هذا لا يؤدي إلى وقف تنفيذ القرار الصادر ، فحتى تكون هذه الوسائل أكثر فاعلية وجب أن يترتب عليها وقف تنفيذ القرار الصادر إلى حين الفصل فيه بإجراء نهائي غير قابل للطعن ، وحتى تتفادى الادارة سلبيات تنفيذ القرار في حالة الحكم بوجود عيب فيه ، فقد يصعب عليها إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار .

قائمة المراجع :

أولاً : الكتب :

1. د. امريود (مسعود محمد) - المحاسبة الضريبية وتطبيقاتها وفقاً للتشريع الليبي - دار الكتب الوطنية - الطبعة الاولى - 2018
2. د. الجهيمي (خليفة سالم) - أحكام ومبادئ القضاء الاداري الليبي - دار الجامعة الجديدة - 2013.
3. أ. د. الحراري (محمد عبدالله) - أصول القانون الاداري الليبي - منشورات المكتبة الجامعة - الزاوية - 2010
4. أ. د. محمد عبدالله الحراري - الرقابة على أعمال الادارة في القانون الليبي - رقابة الدوائر القضاء الاداري - المكتبة الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع - الطبعة السابعة - 2019
5. الحشاني (أوبكر علي) - الزليتي (علي محمد) - موسوعة التشريعات والقوانين والقرارات وتعليمات العمل ذات العلاقة بالضمان الاجتماعي - الجزء الاول دار الكتب الوطنية - الطبعة الاولى - 2016.
6. الزليتي (علي محمد) - الرقابة القضائية على قرارات لجان المنازعات الضمانية - دار الكتب الوطنية - الطبعة الأولى - 2018 .
7. أ. د. السيوي (عمر محمد) - الوجيز في القضاء الاداري - الفضيل للطباعة والنشر - 2013.
8. أ. الشاوش (محمود الزروق) - مبادئ علم المالية العامة والتشريع المالي والضريبي في ليبيا - مكتبة طرابلس - الطبعة الاولى - 2009 .
9. د. الشاوش (خالد) - نظرية الضريبة والتشريع الضريبي - منشورات جامعة بنغازي - 1975.
10. الصلابي (فرج يوسف محمد) - المنازعات الضريبية في القانون الليبي - منشورات جامعة قاريونس - الطبعة الأولى - 1999 - ص 486-487 .
11. أ. د. الطماوي (سليمان) - الوجيز في القضاء الاداري - دار الفكر العربي - 1970.
12. د. العلوي (سالم بن راشد) - القضاء الاداري - دراسة مقارنة - دار الثقافة - الطبعة الاولى - 2009.

13. د.العنزي(سعد نواف) - النظام القانوني للموظف العام - دار المطبوعات الجامعية - 2007.
14. د. الفلاح (محمد عبدالله) - نظم القضاء الإداري الليبي - دراسة نظرية و تطبيقية- مطابع الثورة بنغازي - الطبعة الاولى - 2005.
15. بردان (أياد محمود) - التحكيم والنظام العام - دراسة مقارنة - منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة الأولى - 2004 - ص 5-7 .
16. أ.د . بوضياف (عمار) - الوسيط في قضاء الالغاء - دار الثقافة - الطبعة الاولى - 2011 .
17. د. جبران (خليفة علي) - القضاء الإداري - الرقابة على أعمال الإدارة - دار الكتب الوطنية - الطبعة الاولى 2005.
18. د. جمال الدين (سامي) - القضاء الاداري - الكتاب الأول - الرقابة على أعمال الإدارة - مبدأ المشروعية - تنظيم القضاء الاداري - دراسة مقارنة - أبو العزم للطباعة - الطبعة الثالثة - 2002 .
19. أ.د . عبد الحميد (مفتاح خليفة) - الوجيز في القانون الاداري وفقاً للتشريعات السارية وأحداث أحكام القضاء الاداري - الفضيل للنشر والطباعة - الطبعة الاولى - 2020 .

ثانياً : الدوريات :

التشريعات

1. مدونة التشريعات - الاعداد من 1-12 - 2007 .
2. مدونة التشريعات - العدد 11 - السنة السابعة - 2007 .
3. مدونة التشريعات - العدد الرابع - السنة العاشرة - 2010.
4. مدونة التشريعات - العدد (4) السنة العاشرة - 2010 .

الأحكام

1. مجلة المحكمة العليا - السنة الرابعة - العدد الثامن 1972.
2. مجلة المحكمة العليا السنة وعدد المجلة - ج 1 / أ - 1975
3. مجلة المحكمة العليا - السنة وعدد المجلة 17 / 2 - 1980
4. مجلة المحكمة العليا - السنة التاسعة والثلاثون - العدد الأول والثاني - 2003 .

أحكام لمجلس الدولة المصري

1. الطعن رقم 3675 لسنة 40 القضائية (عليا) جلسة 5 من مارس سنة 1998 موقع مدونة. [/elmodawanaeg.com](http://elmodawanaeg.com)

المجلات العلمية

1. د. الخيزان (منصور صالح) - اللجان الشبه قضائية المشكلة والحلول - مجلة الرأي - الاربعاء 6

رجب 1432 هـ 8 - يونيو 2011 م - العدد 15689

2. العصيمي (عبد الله نادر) - الأسباب الشكلية لرد الدعوى الإدارية وفق نظام ديوان المظالم السعودي

الجديد - مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية - المجلد 15 - العدد 2 - ديسمبر 2018 .

3. أ. القرقي (مهند عبد الكريم) - تدرج القضاء الليبي - الجزء الاول - موقع ليبيا الاخبارية -

تاريخ النشر 23-ديسمبر 2019 .

أبحاث غير منشورة

1. أ. د. احواس (خليفة صالح) - الادارة المحلية - محاضرات في مادة القانون الاداري لطلبة

الدراسات العليا - جامعة سرت - كلية القانون - 2013-2014 - محاضرات غير منشورة .

المبدأ القانوني، والضابط، والقاعدة القانونية

د/ مصطفى أحمد الدراجي

أستاذ مشارك قسم القانون الخاص

بجامعة عمر المختار

ملخص البحث:

هذا البحث يقدم لمحة عامة، حول التفرقة بين المبادئ العامة (للقانون الوضعي)، والقواعد القانونية، فضلاً عن تحديد ملامح (الضابط القانوني) وتمييزه عن المبدأ القانوني، وذلك لما لهذه التفرقة من أهمية فنية، ولما كان ما نحن بصدد له علاقة مباشرة بالفكر القانوني والفلسفي ، فقد كان من الضروري الرجوع إلى البحث في فلسفة القانون – أصل القانون وغايته – لإخضاع هذه الأفكار ومحاولة الإجابة عنها من خلال استقراء العناصر المشتركة بين النظم القانونية على مختلف العصور، وقد تناولنا هذا الموضوع في بحثين يضم كل واحد منهما مطلبين، المبحث الأول تناولنا فيه : التأصيل التاريخي والإطار المفاهيمي لفكرة المبادئ القانونية، وقسمناه إلى مطلبين، المطلب الأول، تناولنا فيه التطور التاريخي للمبادئ العامة للقانون، وفي المطلب الثاني تحدثنا عن المقصود بالمبدأ القانوني، أما المبحث الثاني، فتعرضنا فيه للتمييز بين الضوابط والمبادئ والقواعد القانونية باعتبار أن الضوابط موجهات أو أطر معيارية يستعين بها القاضي، – وهو يواجه ظروف الواقع – للمواءمة بين القاعدة القانونية والحالة الخاصة المعروضة عليه، حيث تطرقنا في المطلب الأول للتمييز بين الضابط القانوني والمبدأ القانوني ، أما المطلب الثاني ، فخصصناه للتمييز بين المبدأ القانوني والقاعدة القانونية، والتي تقوم على اشتراك القاعدة و المبدأ في صفة العمومية، مع التفاوت في فهم مدلول هذه الصفة، وهو ما فصلنا القول فيه في هذه الدراسة .

Research Summary

This research provides an overview of the distinction between general principles (positive law) and legal rules, as well as defining the features of (legal standard) and distinguishing it from the legal principle, because of the technical importance of this distinction, . And philosophical, it was necessary to return to the research in the philosophy of law - the origin and purpose of the law - to subdue these ideas and try to answer them by extrapolating the common elements between legal systems over different eras .

We have dealt with this subject in two sections, each of which includes two demands. The first topic we dealt with: the historical rooting and the conceptual framework of the idea of legal principles, and we divided it into two demands, the first requirement, in which we dealt with the historical development of the general principles of law, and in the second requirement we talked about what is meant by the legal principle As for the second topic, in it we presented a distinction between controls, principles and legal rules, considering that the controls are directives or normative frameworks that the judge uses, and he faces the circumstances of reality - To harmonize the legal rule with The case beforeit Where we touched in the first requirement to distinguish between the legal standard and the legal principle, as for the second requirement, we devoted it to the distinction between the legal principle and the legal rule

It is based on the participation of the rule and the principle in the general character, with the discrepancy in understanding the meaning of this attribute, which is what we have discussed in this study.

عنوان البحث باللغة الفرنسية

le principe juridique and legal standard and the legal rule

الكلمات المفتاحية

المبادئ العامة للقانون ، الضابط القانوني ، القاعدة القانونية ، فلسفة القانون ، عمومية القواعد وعمومية المبادئ

La généralité des règles et la généralité des principes — legal rule — and legal standard — le principe juridique

مقدمة

هذا البحث يقدم لمحة عامة، حول التفرقة بين المبادئ العامة للقانون، والقواعد القانونية التشريعية، وتخصيص هذه الأخيرة بالتشريعية، على اعتبار أن وصف القواعد يمكن أن يصدق أيضاً على المبادئ العامة للقانون، فهي تمثل حجر الزاوية في بناء النظام القانوني بوجه عام.

فضلاً عن تحديد ملامح (الضابط القانوني) وتمييزه عن المبدأ القانوني والقاعدة القانونية، وذلك لما لهذه التفرقة من أهمية فنية، ولما وجد في الفقه القانوني من ربط بين هذه المصطلحات على الرغم من وجود اختلاف جوهري فيما يتعلق بوظيفة كل منها، كما أن الغالبية من شراح النظرية العامة للقانون لم يتطرقوا إلى هذا التحليل.

ذلك أن تعبير " المبادئ العامة "، - في حد ذاته - من المفاهيم الغامضة والتي لم يتم التوصل إلى التوافق بشأنها، على الرغم من كثرة المحاولات التي بذلت في هذا الشأن، وهو ما سيتضح لنا في ثنايا هذه الدراسة، من خلال محاولتنا المتواضعة للتعريف به، ولذلك سنسير هنا بحذر أكبر، ونضع القارئ أمام أفكار قابلة للبحث والتدقيق.

ومن المسائل الخلافية التي أثارت - ولا زالت تثير إلى يومنا هذا - جدلاً فقهيّاً واسعاً بين أوساط الفقه، التساؤل حول الصلة بين المبدأ القانوني، والقاعدة القانونية التشريعية، وكذلك الضابط القانوني، ومعرفة أوجه الاختلاف بينهما، وطبيعة العلاقة بين هذه المفاهيم، وسننطلق من التوطئة لنشأة هذه المبادئ وتطورها وجذورها التاريخية، وهو ما سنسعى لتحديده وإن بطريقة تحدد ملامح كل من القاعدة التشريعية والمبدأ القانوني، والضابط وذلك لصعوبة الوقوف على حقيقة فيصل هذه التفرقة.

على أن التمييز بين القواعد القانونية والمبادئ العامة للقانون لم يكن مجهولاً تماماً، فقد تناوله كثير من فقهاء القانون الإداري والقانون الدولي، وإنما وضع معيار محدد لغرض التمييز بينهما، هو في الحقيقة أمر تكتنفه بعض الصعوبات، حتى أن الفقه يقر بصعوبة هذه التفرقة - كما سنرى -، والواقع أن صعوبة التوصل إلى هذا المعيار؛ إنما يرجع في جزء كبير منه إلى صعوبة فهم المقصود بالمبادئ في حد ذاتها، مما حدا ببعض الفقهاء إلى القول بأن المبادئ يمكن التعرف عليها لا تعريفها، وذلك لصعوبة تحديدها.

فضلاً عن أن النطاق الواسع لمفهوم (المبدأ) يتداخل في كثير من الأحيان مع كثير من الأفكار، ومنها أيضاً فكرة (الضابط القانوني)، أو المعيار القانوني، وهو ما يدعونا في هذا المقام لمناقشة هذه

المفاهيم، لتحديد ما يميز كلا منهما عن الآخر باختلاف خصائصهما، وما يهمننا هنا هو ارتباط مفهومي (المبدأ والقاعدة) في اللغة القانونية، فهما مفهومان مترابطان متداخلان، ، فغالباً ما يتم النظر إلى المصطلحين (المبدأ والقاعدة)، كمترادفين، وهنا يصل الالتباس إلى ذروته، ففي حالات كثيرة يشير الفقه لعبارة " القاعدة العامة " تعبيراً عن " المبدأ العام "، فهل هذه التعبيرات لها نفس المدلول، أم أنها ذات مضامين مختلفة، ولا نطمح هنا — كما ذكرنا — إلى أكثر من لفت الانتباه لهذه التفرقة.

ثم إذا كانت المبادئ العامة للقانون، يمكن أن تلعب دوراً وظيفياً في إرشاد المشرع أو القاضي في العمل التشريعي أو القضائي، من خلال هيمنتها على النظام القانوني في أي مجتمع من المجتمعات، وينتج عنها ظهور القواعد أياً كانت صورتها، عرفية كانت أو تشريعية، ودون أن يكون للقضاء مثلاً الحق في خلق القواعد القانونية، كي لا يكون هناك اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية، باستثناء القضاء الإداري ودوره الإنشائي كما هو معروف في كشف واستنباط مبادئ (القانون الإداري)، والتي يستخلصها القضاء، ويعلن التزام الإدارة بها وتتبع قوتها بعد ذلك من استمرار تطبيقها وإقرار القضاء لها .

فإننا لن نسير — في هذا البحث المعروض الخاص بالتمييز بين المبادئ العامة للقانون، والقواعد التشريعية العادية — على النهج المتبع في معالجة المبادئ العامة للقانون الإداري والذي جرت أقلام كثير من فقهاء القانون الإداري في معالجتها، وساهم على الأقل مجلس الدولة الفرنسي والقضاء الإداري بوجه عام في تحديد ماهيتها، وإن كان هذا لا يمنع من لفت النظر إليها كلما دعت حاجة البحث لذلك .

ولما كان ما نحن بصدد له علاقة مباشرة بالفكر القانوني والفلسفي ، فقد كان من الضروري الرجوع إلى البحث في فلسفة القانون — أصل القانون وغايته — لإخضاع هذه الأفكار ومحاولة الإجابة عنها من خلال استقراء العناصر المشتركة بين النظم القانونية على مختلف العصور، والتي ترجع إليها جل أصول القوانين الحديثة، وهو ما يمثل الجانب الفلسفي في علم أصول القانون وذلك للتعرف وإن بشكل موجز على نشأة المبادئ القانونية، وما إذا كانت النظم القانونية المختلفة قد ساهمت بشكل أو بآخر في صياغة مبادئ عامة كان لها تأثير على النظم القانونية الحديثة، والأسس المشتركة لهذه المبادئ القانونية على الرغم من اختلاف الأنظمة القانونية والاجتماعية .

فالعلاقة وثيقة بين فلسفة القانون وعلم القانون ، فكما أن فلسفة القانون تحتاج إلى علم القانون لتستخلص من معطياته المبادئ العامة، فإن علم القانون يتطلع بدوره إلى فلسفة القانون، ليستلهم منها تلك المبادئ .

وكان من المفيد قبل ذلك - وفي لمحة تاريخية - أن نعرج على جوهر القانون الوضعي " القانون الطبيعي "، لكثرة الخلط بين مبادئه، ومبادئ القانون الوضعي بوجه عام، وقد جعلنا من هذه المسألة فاتحة الكلام .

كما كان من الضروري الكشف عن التفرقة بين " مصادر القانون الوضعي " والمبادئ العامة، التي تستبطن منها القواعد القانونية الوضعية، لنصل للتعريف بالمبدأ والقاعدة والضابط، كل ذلك لتحديد سمات كل منها، واختلافها كذلك من حيث الغاية أو الوظيفة بالنسبة لكل منهما .

ويقتضي منا أيضاً البحث في فكرة الضابط القانوني وتحديد مفهومه من الناحيتين الفلسفية والقانونية، وسبب ظهور هذه الفكرة، وارتباطها كذلك بفكرة الإنصاف، وتطبيقاتها والتمييز بينها وبين المبادئ القانونية ووسائل عمل كل منهما للوصول إلى سهولة التمييز بينهما .

ولإحاطة بهذا الموضوع ، سنقوم بتقسيم هذا البحث على مبحثين ، يضمن كلا منهما مطلبين :

المبحث الأول : الإطار المفاهيمي والتأصيل التاريخي لفكرة المبادئ العامة

المطلب الأول : التطور التاريخي للمبادئ العامة للقانون

المطلب الثاني : المقصود بالمبادئ العامة للقانون

المبحث الثاني : العلاقة بين الضوابط والمبادئ والقواعد القانونية

المطلب الأول : الصلة بين الضابط القانوني والقاعدة القانونية

المطلب الثاني : التفرقة بين المبدأ القانوني والقاعدة القانونية التشريعية

المبحث الأول

التأصيل التاريخي والإطار المفاهيمي

لفكرة المبادئ العامة

لم تستغن أساليب الفكر القانوني على مر الأجيال من السعي وراء البحث عن الموجهات والمبادئ التي تكون بمثابة المرجعية في تنظيم حياة الفرد والمجتمع، ولها القدرة على المساهمة بنصيب في سد النقص في القواعد لتكامل البناء القانوني، وهذه المبادئ منذ فجر التاريخ — وفي كل عصر

من العصور — موجودة في ضمير الجماعة وقبلها الضمير الإنساني، وهو ما يدعونا أولاً وقبل كل شيء أن نبحث التطور التاريخي للمبادئ العامة (أولاً)، ثم نقوم بتحديد مفهوم مصطلح المبدأ (ثانياً).

المطلب الأول: لمحة تاريخية عن المبادئ العامة للقانون.

من المفيد التأكيد على أنه — وفي هذا الحيز الضيق — سوف نقصر حديثنا هنا على تقديم لمحة تاريخية عن المبادئ العامة للقانون بشكل خاص، على أن نرجئ الحديث عن الضوابط والقواعد القانونية التشريعية، والبدايات الأولى لظهورها من الناحية التاريخية عند حديثنا عن العلاقة بين المبادئ والضوابط والقواعد القانونية، وذلك كل في موضعه .

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام، هو أن القواعد القانونية ليست وحدها، التي تعمل على تنظيم حياة الأفراد في الجماعة، فهي لا تحتكر تنظيم سلوك الأشخاص، وإنما توجد إلى جوارها قواعد أخرى تشارك في نفس الهدف وتساهم مع القواعد القانونية في توجيه مسلك الأفراد كقواعد الأخلاق، والقواعد الدينية والعادات الحسنة، كل هذا للتدليل على أن كثيراً من المبادئ القانونية قامت على أسس أخلاقية ، " فالمبدأ العام الذي يقضى بوجوب الوفاء بالالتزام ،إن هو إلا قاعدة خلقية " (1) .

حتى أن الرومان كانوا يخلطون بين دائرتي القانون والأخلاق فمن النصوص المشهورة التي وردت في مدونة جستنيان نص للفقهاء أولبيان يقرر فيه أن القانون يأمر الإنسان بأن لا يضر أحداً وأن يعطي كل ذي حق حقه، وهي تعابير فلسفية محضة، تشمل فروعاً أخرى من نظم المجتمع، تهدف إلى الخير والعدالة كقواعد الاقتصاد، وآداب المجتمع، ومبادئ الأخلاق (2)، " وكلما تقدمت الجماعة كلما ضاقت مسافة الخلف بين القانون والأخلاق، فتتحول طائفة من القواعد الخلقية إلى قواعد قانونية، وآية ذلك أن كثيراً من القواعد الخلقية التي كانت مجرد واجبات خلقية إلى عهد قريب أصبحت الآن قواعد قانونية مثل ذلك التعسف في استعمال الحق، وتحمل التبعة في إصابات العمل " (3) .

كما أنه لم يكن الجزاء وحده محركاً للنفس البشرية، وإنما كان هناك أيضاً الإحساس بالواجب والاقتداء بالمثل الصالح، وتأثير الضمير العام والعقيدة الدينية، وكل هذه القواعد المختلفة كانت في أول

(1) د/ السنهوري ، عبد الرزاق ، و د/ أبو ستيت ، أحمد ، أصول القانون ، ص 20 .

(2) انظر : د/ ممدوح ، عمر مصطفى ، القانون الروماني ، ص 9 .

(3) د/ الصدة ، عبد المنعم فرج : أصول القانون ، ص 29 .

الأمر مختلطة بعضها في بعض، وحينما تقدمت المدنية انفصلت عن بعضها، وظهرت القواعد القانونية(1) .

على أن فكرة المبادئ العامة لم تكن مجهولة تماماً عند الفلاسفة والمفكرين وإنما تناولها الفقهاء بأقلامهم قديماً وحديثاً، عند تحليلهم للأصول الفكرية والفلسفية للمبادئ العامة، ومع ذلك فليس من اليسير على أي باحث أن يجمع كافة المبادئ القانونية العامة في جميع مراحل تطورها عبر التاريخ، وعلى اختلاف الأنظمة القانونية .

ودرستنا لها في هذا المطلب ليس معناها أن تتسحب كذلك على كافة النظم ، وإنما النظر فيها من خلال إطار عام، لتمييزها أولاً عن مبادئ القانون الطبيعي، إذ يتطلب الأمر هنا أن نلقي الضوء على فكرة القانون الطبيعي وما لحقها من تطور كمدخل للدراسة التاريخية، لما اصطلح على تسميته بالمبادئ العامة للقانون، ثم نعرض بعد ذلك للتطور الذي لحق هذه المبادئ على مر العصور، وهو عرض موجز ليس إلا، ذلك أن التوسع يحتاج لدراسة مستقلة ولا يتسع المقام هنا لأن نستعرض ما قيل في هذا الصدد، وسنرى عند دراستنا للتعريف " بالمبدأ " كيف أن هذه المبادئ قد تساهم في ظهور النظريات القانونية، والنظم القانونية المتعددة، بعد أن تتبلور وتتحدد معالمها ومجال عملها ، وأخيراً للتمييز بينها وبين مصادر القانون، وهو ما سنعالجه تباعاً .

وحتى لا يكون هناك خلط بين هذه الفكرة — في عمومها — وفكرة مبادئ القانون الطبيعي، على اعتبار أن القانون الطبيعي يضم أصولاً عامة وموجهات مثالية تساهم في وضع الحلول المطبقة على النزاع، شأنها شأن المبادئ العامة الأخرى، إذا ما تم اللجوء إليها كمرحلة أخيرة، وفقاً لمقتضى نص المادة 1/2 من القانون المدني الليبي .

ويقصد بمبادئ القانون الطبيعي — وفقاً لما انتهى إليه جمهور الفقهاء اليوم — الموجهات المثالية للعدل التي لها من خلودها وثباتها ما يجعلها أساساً للقوانين الوضعية على اختلاف الزمان والمكان (2)، وقد وجدت فكرة القانون الطبيعي في الماضي البعيد، حيث وجدت في الفلسفة الإغريقية عند أرسطو وفي الفقه الروماني، وتلقاها المذهب المدرسي في القرون الوسطى ، وفصلها تفصيلاً

(1) د/ حجازي ، عبد الحى : محاضرات فى المدخل لدراسة العلوم القانونية (1) القانون ، ص 22 ، 23 .
(2) د/ كيرة ، حسن: المدخل إلى القانون ، ص 413 ، 414 .

واسعاً، وأعطاهما لونا لاهوتياً، إذ اعتبر القانون الطبيعي انعكاساً للقانون الإلهي ، على يد القديس توماس الأكويني، ثم جاء جروشيوس الذي أخذت على يديه نظرية القانون الطبيعي صيغتها النهائية (1)، إذ مرت هذه الفكرة " في مختلف العصور بمراحل مختلفة، ففي البداية كان ينظر إلى هذا القانون باعتباره قانوناً شاملاً يتضمن المبادئ الأساسية التي تسيطر على النظام القانوني بأكمله، كما يتضمن القواعد التفصيلية التي تنفرع على هذه المبادئ " (2) .

ثم تغيرت حديثاً — بعد ذلك — صورة القانون الطبيعي، فوفقاً للتصور الذي وضعه الفقيه بلانيول planiol ، — ومن يناصره من الفقه المعاصر —، فإن هذا القانون ما هو إلا مجموعة المبادئ قليلة العدد المبنية على العدالة وسلامة الذوق، وذلك بعد أن انتكص في مرحلة أولى مذهب القانون الطبيعي (الثابت) في أوائل القرن التاسع عشر، واهتزّ تحت حملات المدرسة التاريخية التي جعلت لكل أمة قانوناً خاصاً بها؛ غير أنه ما لبث أن انتعش بعد أن تخلص من عيوبه، وتغيرت النظرة إلى القانون الطبيعي، فلم يعد مجرد قواعد ثابتة الكمال وإنما هو مجرد " المبدأ " الذي يلهم الإنسان ويوجه جهوده نحو تحسين النظام الاجتماعي وترقيته (3) .

ورأى مناصرو هذا الرأي ومنهم الفقيهان أوبري ورو، أنه لا بد للمشرع من نبراس يهتدي به عند وضع القواعد القانونية يتمثل في هذا العدد القليل من المبادئ العامة، وفضلوا تسمية القانون الطبيعي بالقانون المعقول، la droit rationnel أو القانون النظري la droit theorique ، أو القانون المثالي la ideal droit ؛ غير أن العالم الألماني ستاملر stammler سماه بالقانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة Droit naturel ، أو القانون العدل la droit juste (4) .

ولم ينكر الفقيه جوسران Josserand وجود بعض من هذه المبادئ في القانون الطبيعي، حيث يقول " توجد في القانون الطبيعي مبادئ ثابتة لا تتغير مثال ذلك الوفاء بالوعد والقوة الملزمة للعقود، وعدم

(1) د/ حجازي ، عبد الحي ، المؤلف آنف الذكر ، ص 56 .

(2) د/ الصدة ، عبد المنعم فرج ، المؤلف آنف الذكر ، ص 172 ، " وفي كنف مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كما تقول المذكرة الإيضاحية ، طبقت المحاكم المصرية المبادئ العامة في القانون المصري ، وأخذت ببعض أحكام الشريعة الإسلامية ، واتبعت بعض القواعد المقررة في تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية دون أن يكون لها سند في سوابق التشريع والعرف " انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 1 ، ص 189 .

(3) انظر : د/ السنهوري ، عبد الرزاق ، و د/ أبوستيت ، آنف الذكر ، ص 58 ، وهامش (1) ص 60 .

(4) انظر : د/ مرقس ، سليمان : فلسفة القانون ، ص 283 .

رجعية القانون، وإصلاح الضرر الذي يتسبب عن غير حق، وإلى جانب هذه المبادئ الضرورية الثابتة، نلاحظ في عصر معين وفي كل البلاد التي على درجة واحدة من الحضارة وجود ميول مشتركة وشعور قانوني عام ... هناك إذن تيارات لا يمكن مقاومتها، وهذه التيارات هي التي تكون القانون العام العالمي" (1) .

وبالتالي لم يعد القانون الطبيعي مثلاً أعلى يوجه المشرع فيما يضع من قواعد مراعى فيها حاجات المجتمع، إذ لكل مجتمع مثله الأعلى، وإنما القانون ذي الحدود المتغيرة الذي تسنده العدالة في التطبيق، ويكون القاضي مطالباً بالاجتهاد على ضوءها (2)، وذلك لوضع حلول للمنازعات المعروضة عليه، فلا تقتصر وظيفة القانون الطبيعي على إلهام المشرع أو القانون الوضعي وتوجيهه عند وضع القواعد القانونية، وإنما تمتد هذه الوظيفة وتنسبط، إذ يبقى القانون الطبيعي هو الذي يلجأ إليه القاضي إن التمس الحل في قواعد القانون الوضعي فأعوزه فهو يوجه القاضي — كما وجه المشرع أو القانون الوضعي — إلى جوهر القانون (3)، كل ذلك — ووفقاً لقانوننا المدني الليبي — في حالة عدم وجود قاعدة منضبطة في التشريع، أو مبدأ عاماً من مبادئ الشريعة الإسلامية، أو قاعدة من قواعد العرف، وذلك بالترتيب الذي نصت عليه المادة الأولى ف 2 .

وبالعودة للتطور الذي لحق المبادئ العامة في عمومها، وما إذا كانت النظم القانونية المختلفة قد ساهمت بشكل أو بآخر في صياغة مبادئ عامة كان لها تأثير على النظم القانونية الحديثة، وما إذا كانت هذه المبادئ قد ساهمت وعلى مر الزمن في تطوير هذه النظم القانونية .

فإننا إن بدأنا بالحديث بالقانون الروماني، فسنجد أنه بعد أن كان علم القانون وتفسيره وفقاً على جماعة الأحرار، — المكلفين برعاية الرومان من الوجهة الدينية وإدخال السكينة على قلوبهم المرتجفة خوفاً من غضب الآلهة، وذلك بتحضير (الصيغ الدينية) والتي تكونت بفضلها على مر الأيام مجموعة من المبادئ الدينية، وبعد أن بدأ نشاطهم يتقلص في " أواخر القرن الرابع "، على إثر نشر الصيغ التي كانوا يحتفظون بها، ويكتمون سرها عن الناس، وانصراف الناس عنهم شيئاً فشيئاً، — نشأ الفقه المدني

(1) د/ السنهوري ، عبد الرزاق : د/ أبوستيت ، آف الذكر ، الإشارة السابقة .

(2) د/ سلطان ، أنور: المبادئ القانونية العامة ، ص 156 .

(3) د/ كيرة ، حسن ، آف الذكر ، ص 120

وحل الفقهاء محل الأبحار في مهمتهم القانونية، وبدأ الفقه في أواخر العصر الجمهوري يتجه إلى الابتكار والتجديد، وذلك بخلق " مبادئ قانونية " جديدة تطبق على ما يجد من علاقات، وكانت وسيلته في ذلك صياغة العرف القديم في أوضاع جديدة، وذلك في صيغ التصرفات القانونية التي كانت تعد بمعرفة الفقهاء، وكانت تعرف هذه الناحية الإنشائية من النشاط الفقهي باسم *instituere* (*etablis*) أي إنشاء وابتكار المبادئ القانونية الجديدة (1) .

ومن ثم فقد استحدثوا كثيراً " من المبادئ القانونية التي ليس لها سند من نصوص القانون، ومن ذلك مثلاً لاحظ الفقهاء أن أي مجتمع لا يستقيم أمره إذا أبيع لأى شخص فيه أن يستأثر بالغنم دون أن يتحمل بالغرم، وطبقوا هذه الفكرة في بعض العلاقات الاجتماعية، ومن أهمها الشخص الذى يتسبب في إحداث ضرر بالغير يلتزم بتعويض ذلك الغير عما أصابه من ضرر، ولا يجوز للشخص أن يثري على حساب غيره بدون وجه حق " (2) .

وحتى فيما يتعلق بنصوص الإثنى عشر لوحاً، — وما اتصل بها من روايات وما ثار حولها من نقاش، وما إذا كانت عملاً تشريعياً صدر دفعة واحدة أم أنه مجرد تجميع للأعراف القديمة لشعب روما — " ذهب الفرنسي ادوار لامبير EDROUARD LAMBERT إلى أنها مجرد تجميع للمبادئ القانونية الجارية مجرى الأمثال Brocards " (3) .

ثم بصدر قانون أيبوتا Lex Aebutia — وببداية العصر العلمي — تأثر الرومان بالثقافة اليونانية، وكان لمبادئ الفلسفة الرواقية صدًى كبيراً في نفوس المتعلمين من الرومان، وقد بدا ذلك على الأخص في طريقتهم في التفسير وابتكار المبادئ، فلم يقتصرُوا في تحديد المعاني على التفسير اللفظي *interpretatoin litterale* الذي كان يستند على الألفاظ والمباني، بل عمدوا إلي ما كانوا يسمونه بالتفسير المنطقي *interpretation logique* ، الذي يستند إلى المقاصد والمعاني، والذي يقضى بالبحث عن قصد المشرع وإرادة المتعاقدين الحقيقية، ومن المبادئ التي ظهرت بتأثير تعاليم الفلسفة اليونانية " مبدأ الوفاء بالتعهدات " ، سواء كانت في صيغة رسمية أم غير رسمية، فنشأت بذلك عقود ملزمة دون أن تكون

(1) انظر : د/ ممدوح ، عمر مصطفى ، المؤلف أنف الذكر ، ص 56 - 60 .
(2) د/ أبو طالب ، صوفي حسن : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص 220
(3) انظر : د/ بدر ، محمد : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، (1) ، ص 86 .

شكلية كالبيع والإجارة، والشركة، والوكالة، ومنها أيضاً " مبدأ حسن النية " bona fides في المعاملات، والذي يقضي بمراعاة حسن النية في التصرفات القانونية، وتغليب قصد المتعاقدين على الشكل، وهو المبدأ الذي ساهم في التخفيف من حدة الشكلية (1) .

كما أنه في العصور الوسطى وبعد ظهور العهد المدرسي Scholastique — الذي حاول التوفيق بين آراء آباء الكنيسة وبين آراء الفلاسفة الإغريق، وبصفة خاصة آراء أرسطو وأفلاطون — (2)، وفي فلسفة توماس الأكويني — أكبر الفلاسفة المدرسيين في القرن الثاني عشر — نجد نموذجاً لهذه المبادئ، فبعد أن عرف هذا الأخير القانون بأنه " تنظيم عقلي للعلاقات في المجتمع " عمد إلى تقسيم المبادئ إلى نوعين، الأولى مبادئ أولية واضحة يستطيع عقل كل إنسان إدراكها دون عناء، ويسمى القانون الطبيعي أو الأولي، والثانية تشمل المبادئ التي تتفرع عن تلك المبادئ الأولية وتتصل بالحياة العملية، وما يعرض فيها من حالات دقيقة ولا يتسنى إدراكها إلا لنخبة ممن استقامت أخلاقهم وارتقت أفهامهم، ويسمى القانون التفصيلي أو الثانوي، ومثل لذلك " بمبدأ " احترام الملكية الفردية، وما يتفرع عنه من وجوب رد الوديعة إلى صاحبها (3) .

هذا ويضيف جانب من الفقه إلى ذلك القول، بأن أرسطو وبافتراضه أن العقود طالما أنها تبرم بين طرفين فيفترض أنها تحقق العدل لكل من هذين الطرفين، فإنه بذلك قد وضع مبدأ أخلاقياً في أساس القوة الملزمة للعقد وهو افتراض مطابقة العقد للعدل، " فمن قال عقداً فقد قال عدلاً "، وهو نفس الافتراض الذي أقام عليه القوة الملزمة للقانون، في أن إرادة المشرع تعبر عن العدل (4) .

وفي الفقه الإسلامي، فإن المبادئ تسمى " بالقواعد الكلية "، أو القواعد الفقهية ويقارب الأستاذ مصطفى الزرقا بينها وبين المبادئ في الاصطلاح القانوني حيث يقول " فالقاعدة هي حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته، وذلك كقولهم الأمور بمقاصدها، وقولهم الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه، ويسمى أمثالها اليوم في الاصطلاح القانوني مبادئ، جمع مبدأ Principe، وهي أصول

(1) انظر: د/ ممدوح، عمر مصطفى، القانون الروماني، المؤلف آنف الذكر، ص 71، 72 .

(2) انظر: د/ أبو طالب، صوفي حسن: تاريخ النظم القانونية، ص 234 .

(3) د/ مرقس، سليمان، فلسفة القانون، المؤلف آنف الذكر، ص 112 .

(4) د/ تناعو، سمير: النظرية العامة للقانون، ص 143، 144 .

فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها " (1) .

وإن كان جانب من الفقه يرى أن فقهاء الشريعة الإسلامية استعملوا كلمة " قاعدة " للدلالة على معنى معين، يشتمل على مجموعة قضايا جزئية من أبواب شتى، مثال ذلك " اليقين يزال بالشك "، فهذه القاعدة مسائلها متفرقة في جميع أبواب الفقه، في حين أن فقهاء القانون الوضعي، استعملوا مصطلح " المبدأ " للدلالة على معنى معين يشمل مجموعة من القضايا في موضوع معين، كمبدأ سلطان الإرادة استخدمه فقهاء القانون الروماني للدلالة على حرية الإرادة المنفردة في إنشاء العقد (2) .

ومع ذلك فإن المذهب الحنفي وهو أقدم المذاهب الأربعة الكبرى، قد كانت الطبقات من فقهاءه أسبق إلى صياغة تلك المبادئ الفقهية الكلية في صيغ قواعد والاحتجاج بها، ولعل أقدم خبر يروى عن جمع القواعد الكلية ما رواه ابن نجيم في مقدمة كتابه الأشباه والنظائر من أن الإمام أبا طاهر الدباس، وهو ممن عاش في القرنين الثالث والرابع للهجرة جمع أهم قواعد مذهب أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة كلية (3) ، فلا يزال من المبادئ المقررة في الشريعة الإسلامية مثلاً أن العادة محكمة، بمعنى أن يجعل حكمها لإثبات حكم شرعي (4) .

ثم بعد ذلك جرى استخدام مصطلحي المبدأ والقاعدة بشكل تبادلي بين الفقهاء الإسلاميين والوطني، فاستخدم فقهاء الشريعة الإسلامية كلمة مبدأ للدلالة على المعنى المتداول للقاعدة، فهذا هو الكمال ابن همام يستعمل لفظ " المبدأ " في كتابه التحرير " منذ القرن التاسع الهجري (5) .

ويلاحظ أن التشريع الإلهي " يضع في الغالب مبادئ عامة راقية، ولا يضع أحكاماً جزئية تفصيلية إلا بالنسبة للمواضيع التي تقبل التطور بطبيعتها، وأما بالنسبة للمواضيع القابلة للتطور فهو يضع مبادئ عامة، ليجمع الشريعة تجمع بين المرونة والرقى في آن واحد، فيفسح المجال للعقل البشري لكي يجتهد، ولا شك أن الاجتهاد هنا سيتمتع بميزة كبرى، وهو أنه يعتمد على أفكار رحيبة تمثل

(1) الزرقا، مصطفى أحمد: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج 2، ص 946، 947 .
(2) د/ الشريف، عبد السلام محمد: المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، ص 46 .
(3) الزرقا، مصطفى أحمد: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المؤلف آنف الذكر، ص 952، 953 .
(4) د/ الصدة، عبد المنعم فرج: أصول القانون، المؤلف آنف الذكر، ص 141 .
(5) د/ الشريف، عبد السلام: المبادئ الشرعية، المؤلف آنف الذكر، ص 46، وهامش (3) من نفس الصفحة .

الحقيقة، وقد ظهرت طفرةً دون التعرض لتجارب مريرة طويلة، وكثير من هذه الأفكار لم يعرفها العقل البشري القانوني إلا أخيراً " (1) .

وفوق كل ذلك فإن الإسلام لم يكن ديناً فحسب، بل كان ديناً ودولة، فقد جاء بتنظيم جديد للمجتمع مشتملاً على مبادئ خلقية وفلسفية وقانونية وانعكست آثارها على المجتمع، سواء من الوجهة الأخلاقية أم من الوجهة القانونية، وكان من نتيجة ذلك أن ألغيت التقاليد والعادات التي تتنافى مع مبادئ الدين الإسلامي مثل بيوع الغرر، والربا، وبعض صور الزواج، واستبقت التقاليد التي تتماشى مع المبادئ الفلسفية والخلقية والقانونية التي جاء بها الإسلام مثل بعض صور البيوع والقصاص والدية (2) .

فضلاً عن أن قانوننا المدني في المادة الأولى وفي الفقرة الثانية منها، اعتمد مبادئ الشريعة الإسلامية للرجوع إليها في حالة عدم وجود نص تشريعي، أي أن مجال تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية هو عدم وجود قاعدة منضبطة في التشريع، - وهي في حقيقة الأمر تغني عما عداها - ، لتراجع بذلك مبادئ القانون الطبيعي وتكون مصدراً تالياً لمبادئ الشريعة الإسلامية والعرف .

وقد نصت المادة المذكور أعلاه على أنه " ... فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة " .

ومن هنا تعرض التفرقة الدقيقة بين " مبادئ القانون الوضعي " ومصادر هذا القانون، فطالما أن مبادئ الشريعة الإسلامية " التي تركز على أصل ثابت من الفقه الإسلامي وتمتاز بأنها الأقرب للقانون الوضعي " (3) ، تعتبر من " المبادئ العامة " التي تستنبط منها القواعد القانونية الوضعية التي تصدر بطريق التشريع .

فإنه يبدو من الضرورة التفرقة بين المبادئ العامة من ناحية، ومصادر القانون من ناحية أخرى، حيث أن مبادئ الشريعة الإسلامية - وفقاً لرأى جدير بالتأييد - تعتبر من المبادئ العامة للقانون، ولكنها لا تعتبر من مصادر القانون، وما يصدر من تشريع بعد ذلك مُستقى من هذه المبادئ أو من غيرها من

(1) انظر : د/ حسنى ، عباس: مقال بعنوان " انعقاد الحوالة في الفقه الإسلامى والقانون المقارن "، ص 78 .

(2) د/ أبو طالب ، صوفي حسن : تاريخ النظم القانونية ، المؤلف آنف الذكر ، ص 162 .

(3) د/ مرقس ، سليمان : المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للقانون المدني ، ص 289 .

المبادئ العامة الأخرى، هو الذي يكون في الصدارة، ومن ثم فإن التكليف الوارد في المادة الثانية، إنما ينصرف إلى القاضي في المسلك الواجب عليه إتباعه (1)، وفيما يستعين به من مبادئ عامة - بما يشتمل عليه هذا المصطلح - لتطبيقه على النزاع المعروض عليه .

فمبادئ الشريعة الإسلامية ، أو " أصولها الكلية وحدها التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب، دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب الفقهية " (2)، هذه المبادئ لا تصبح قاعدة قانونية، إلا إذا أخذ بها المشرع نفسه، فإذا كان المشرع مطالب باستلزام مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن هذه المبادئ - وكما يقول الفقه - لا تصبح قواعد قانونية، إلا بعد أن يتم المشرع عمله فعلاً بإصدار التشريعات المستوحاة من المبادئ المذكورة، ويكون مصدر القاعدة في هذه الحالة هو التشريع ، وليس المبدأ العام الذي أوحى به (3) .

هذه المقدمة مفيدة في بحثنا لإبراز معالم التفرقة بين المبادئ العامة والقواعد القانونية، ومعرفة أيهما أسبق ظهوراً، ولكن قبل ذلك ينبغي البحث في ماهية المبدأ العام ، وهو ما سنعالجه في المطلب التالي .

المطلب الثاني: المقصود بالمبادئ العامة للقانون.

من المناسب القول هنا أن المبادئ العامة قد تم تقديمها — من قبل الفقه — على أنها تستعصي على التحديد، حتى أن الفقيه الفرنسي ريبير ، Ripert ، نبّه إلى ضرورة تحاشي تحديدها باعتبار ذلك منزلقاً خطراً، وبأن المبادئ العامة يمكن التعرف عليها لا تعريفها، وأنه حينما يتم التحدث عن المبادئ، فإن ذلك يكون دائماً بصيغة الجمع، فيقال أن هذا التصرف يخالف المبادئ العامة للقانون، دون أن نستطيع تحديد المبدأ الذي وقعت له المخالفة بالذات (4) .

على أنه ستركز جهدنا في هذا الصدد على مناقشة هذا المفهوم، لتتجلى العلاقة بينه وبين أفكار أخرى كالقاعدة القانونية، والضابط القانوني أو المعيار، وما إذا كان يتقاطع معها أحياناً ويتداخل أخرى، - كما سيجيء في موضعه - ولن نشير هنا إلى أصله اللغوي ولا اصطلاحه الفقهي، ذلك لأن المعاجم

(1) د/ تناغو ، سمير: النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 232 .

(2) د/ كيرة ، حسن ، آنف الذكر ، ص 299 .

(3) د/ تناغو ، سمير: النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 262 .

(4) د/ تناغو ، سمير: النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 254 .

اللغوية وكتب أصول الفقه تناولته بكثير من التفصيل، ولذلك سنحيل إليها (1)، وإنما سنقتصر معالجتها له هنا في إطار فلسفي وقانوني .

ومصطلح مبدأ مشتق من الأصل اللاتيني principium أي " البداية "، وهو مفهوم مشترك يتم استخدامه في جميع مجالات المعرفة (2)، فحينما نتحدث عن كلمتي " المبدأ " و " عام "، يثار التساؤل عما إذا كان هذا التعبير حقاً له ارتباط باللغة القانونية (3) .

وإذا رجعنا للمفهوم الفلسفي للمبادئ، فإن للمبدأ معان كثيرة في الفلسفة، وهو ما نلاحظه من تعدد تعريفاته، فمن الناحية المنطقية، القضية التي يستتبع منها ولا تستتبع هي من قضية أخرى، يقول الجرجاني " المبدأ ما يعلم بذاته ويحصل منه العلم بشيء آخر، ومن الناحية الإستمولوجية * مبادئ العلم أسسه الرئيسية التي يخضع لها في نموه وتطوره، واللفظ كثير الورود في بعض المؤلفات الفلسفية مثل مبادئ الفلسفة لديكارت، ومن الناحية الميتافيزيقية ما كان مصدر الوجود أو الفعل، ومنه العلة الأولى يقول ابن سينا " المبدأ كل ما يحصل منه وجود شيء آخر ويتقوم به " (4) .

كما يطلق المبدأ على النظريات الأساسية التي تنظم العلم لأنها منه بمنزلة الأساس الذي ينشأ عليه البناء، ووظيفة هذه النظريات تنسيق القوانين، ونقل طريقة العلم من طور الاستقراء إلى طور الاستنتاج، والمبادئ بمعناها العملي تطلق على ما يعتقده المرء من المبادئ التي توجه عمله، كمبادئ

(1) انظر مثلاً : د/ الشريف ، عبد السلام : المبادئ الشرعية ، المؤلف آنف الذكر ، ص 45 .

(2) Marine GOUBINAT : Les principes directeurs du droit des contrats ,THÈSE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES 2006 , p . 21, 22 .
ent Lire en ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01392405/docum>

(3) M. de Béchillon,, La notion de principe général en droit privé. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 51 N°1, Janviermars
https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1999_num_51_1_18336

* إبستمولوجيا بكسر الألف والباء ، Epistémologie لفظ مركب من لفظين أحدهما إبستميا Epistemé وهو العلم ، والآخر لوغرس (Logos) وهو النظرية أو الدراسة. فمعنى الإبستمولوجيا إذن نظرية العلوم ، أو فلسفة العلوم ، أعني دراسة مبادئ العلوم وفرضياتها ونتائجها ، دراسة انتقادية توصل إلى إبراز أصلها المنطقي وقيمتها الموضوعية ، انظر : د/ صليبيا ، جميل المعجم الفلسفي ، ج 1 ، ص 33.
(4) انظر : المعجم الفلسفي : مجمع اللغة العربية ، ص 167 .

السياسة ومبادئ الأخلاق، وهي قواعد ومعايير عملية تبنى عليها قيم الأعمال، ومنه قولهم فلان حريص على التقيد بمبادئه(1).

وفي العلوم النظرية كالقانون يُعتمد على استنباط الأحكام الجزئية من المبادئ العامة الكلية، ويُعتمد أيضاً على الاستقراء بمشاهدة الوقائع الاجتماعية وحصرها بقدر الاستطاعة، ثم استخراج مبدأ عام يجمعها، وهو أمر - كما يقول الفقه - ليس بالهين، ولذا كانت القوانين كثيرة التغيير، لأنها تعتمد على المشاهدة والتجربة(2) .

وإذا كان المشرع معنياً في معظم الأحيان بتحديد القواعد التي تحكم مراكز قانونية معينة، ويغفل في أحيان كثيرة النص على المبادئ العامة، فإن واجب القاضي بمعونة الفقه، هو الكشف عن هذه المبادئ وصياغتها (3)، فالفقه له هو الآخر دورٌ في شرح نصوص القانون، وإيجاد الصلة التي تربط هذه النصوص بعضها ببعض، واستخلاص مبادئ منها وترتيب نتائج عليها، ولئن كشف - في سياق عمله هذا - عن حقائق جديدة، فهو إنما يوسع من مضمون القانون القائم، ويرشد إلى ما هو موجود فيه من قبل، دون أن يخلق قانوناً جديداً (4).

إذ يتم استخلاص هذه المبادئ على النحو المذكور إما " بطريق الاستقراء من جملة قواعد قانونية متقاربة " (5)، ذلك أن كل قاعدة قانونية عادية، تشكل ولو ضمناً إحدى تطبيقات مبدأ من المبادئ العامة للقانون، فيتسنى للقاضي الاستدلال بالقواعد التي تشترك مع بعضها في التعبير عليه، فيستقري المبدأ العام فيها، فكل قاعدة قانونية تحمل في طياتها وترتكز في مضمونها على مبدأ عام للقانون (6) .

ولكي يتضح ما هنالك من علاقة بين المبدأ القانوني le principe juridique، والقاعدة، فإنه يمكننا القول بأن كل قاعدة ، تكون متصلة بمبدأ قانوني يحتويها بين طياته، هذا المبدأ يشمل في نفس الوقت،

(1) د/ صليبيا جميل: المعجم الفلسفي ، ج 2 ، آنف الذكر، ص 321 ، 322 .

(2) انظر : د/ حسني ، عباس : المقالة السابقة ، ص 77 .

(3) د/ الوكيل، شمس الدين : مقال بعنوان " أثر الغش على الأسبقية في التسجيل عند تزامن المشتريين لعقار واحد " مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، س 8 ، ص 109 .

(4) د/ حجازي ، عبد الحى : محاضرات في المدخل ، المؤلف آنف الذكر ، ص 201 .

(5) انظر : د/ زكي ، حامد: التوفيق بين القانون والواقع - 2 - دراسة في فلسفة القانون الخاص ، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، ص 256 .

(6) د/ الشرفي محمد ، ود/ المزغنى ، على ، مدخل لدراسة القانون ، ص 42 .

جميع القواعد القانونية ذات الصلة بنفس الموضوع الذي يحكمه هذا المبدأ القانوني، فالمسؤولية التعاقدية على سبيل المثال تكون محكومة بمجموع القواعد القانونية الخاصة بهذه المسؤولية (1)، فتنضوي هذه القواعد تحت لوائه، إذا جاز التعبير .

وكذلك عدم جواز الإثراء بغير سبب كمبدأ قانوني تدخل تحته جميع الأحكام المتشابهة، والقواعد المتجانسة، الواردة فيما يتعلق بأعمال الفضولي، ودفع ما لا يجب، وجميع الحالات التي يطبق فيها هذا المبدأ باطراد، كما هو مقرر في أحكام الوقف، والانتفاع، وبيع الوفاء والكفالة (2) .

ومن الممكن للقاضي أيضاً أن يسلك مسلكاً معاكساً بأن يستنبط الأحكام القانونية العادية من مبدأ عام للقانون يُقرّه هو ، أو يكون قد صرّح به من قبل تشريعياً (3)، ومن أجل ذلك اشتد الخلاف حول محتوى مفهوم " مبادئ عامة "، ووضع تعريف محدد لها، فبحكم انتمائها للمنظومة القانونية الوضعية لا تعد المبادئ العامة للقانون، قواعد مثالية منتمية للقانون الطبيعي، لكنها أيضاً ليست قواعد تشريعية، إذ تختلف عن المثل والحكم، وعن المبادئ الدينية، والفلسفية أو حتى مبادئ القانون الطبيعي، نظراً لانتمائها إلى هذه المنظومة القانونية الوضعية، صحيح انه قد تتأثر المبادئ العامة للقانون بجميع هذه القيم غير القانونية؛ إلا أنها تختلف عنها تماماً لتأصلها بالأساس في فقه القضاء الذي يجعل منها قواعد تابعة للمنظومة القانونية، غير أن دور القضاء في هذا المجال ليس بالخلق، وإنما يقتصر على استنتاج هذه المبادئ من روح التشريع وفلسفة المشرع (4) .

ولذا يرى جانب من الفقه أن الرأي الصحيح في تحديد المقصود بالمبادئ العامة للقانون، هو الذي يذهب إلى الربط بين هذه المبادئ وبين الفلسفة العامة السائدة في مجتمع معين، فالمبادئ العامة للقانون هي الأفكار التي تصدر عن الفكرة العامة للوجود أو عن التصور العام للكون والحياة في مجتمع معين، والتي تؤدي إلى استنباط مجموعة من القواعد القانونية الوضعية التي تنظم سلوك الأشخاص في هذا المجتمع (5) .

(1) د/ عمر ، نبيل إسماعيل : سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف ، دراسة مقارنة للقانون المصري والفرنسي ، ص 10 .

(2) د/ زكي ، حامد: التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 256 .

(3) . الشرفي محمد ، والمزغني ، علي ، مدخل لدراسة القانون ، أنف الذكر ، ص 42 .

(4) د/ بقبق ، محمد : مدخل عام لدراسة القانون ، ص 174 .

(5) د/ تناعو ، سمير: النظرية العامة للقانون ، المؤلف أنف الذكر ، ص 247 .

وهذا هو في الحقيقة ما دعى البعض إلى الإشارة إلى المبدأ القانوني العام بأنه فكرة عامة، يمكن من خلالها استنباط القواعد القانونية، وتصلح من جهة أخرى لأن تكون أساساً لمجموعة من الحلول القانونية، ويمثل الفقه لذلك أيضاً بمبدأ لزوم التعويض عن الأضرار في المسؤولية، ومبدأ حجية الشيء المحكوم فيه، ومبدأ عدم جواز الإضرار بالغير (1)، وكذلك مبدأ حسن النية الذى يعد من الأصول العامة في القانون وفي مجال الروابط العقدية أياً كان نوعها، باعتبار أن المبدأ فكرة عامة بطبيعتها تصلح لاستنباط القواعد منها .

وبذا تختلف المبادئ العامة للقانون عن مصادر القانون، من حيث أنها لا تخلق قواعد قانونية وضعية، بل تسبق خلق هذه القواعد، فالمصدر الوحيد للقانون الوضعي هو إرادة الدولة، وتعدد مصادر القانون يرجع فقط إلى تعدد طرق التعبير عن إرادة الدولة، أما المبادئ العامة للقانون فهي لا تصدر عن إرادة الدولة، ولكنها تمهد لهذه الإرادة الطريق الذي تعبر به عن نفسها، فهي أفكار يستلهمها المشرع عند صياغة التشريعات التي يصدرها، وتظل قادرة على الإحياء إلى المشرع بإصدار تشريعات أخرى غير تلك التي سنّها ، فالتشريع لا يستنفد المبادئ العامة، كما أن المبادئ العامة لا تختلط بالتشريع من حيث هو مصدر للقانون الوضعي (2) .

ومن جهة أخرى، فإن القاضي حينما لا يجد قاعدة في التشريع أو العرف يمكن تطبيقها على النزاع المعروض عليه، فإنه يستطيع اللجوء إلى ما يعرف بالقياس القانوني *analogie iuris* ، وهو قياس حالة لم يرد بشأنها نص على مجموع المبادئ القانونية وروح النظام القانوني (3)، والحكم الذي يقضي به القاضي بعد استلهامه للمبادئ العامة يظل من صنع القاضي نفسه، فلا المبادئ العامة للقانون تنزل إلى مستوى المصدر المباشر للقاعدة التي طبقها القاضي، ولا حكم القاضي يرتفع فيصبح تطبيقاً أو تعبيراً مباشراً للمبدأ العام الذي اعتمد عليه أو أشار إليه (4) .

(1) انظر : شريف أحمد ، محمد: نظرية تفسير النصوص المدنية ، ص 160 .

(2) : النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 256 .

(3) د/ حجازي ، عبد الحى : محاضرات فى المدخل ، المؤلف آنف الذكر ، ص 277 ، ويقول " إذا لم يجد القاضي حالة منصوصاً عليها مشابهة للحالة المعروضة عليه ، والتي لم يرد بشأنها نص وجب عليه أن يؤلف قاعدة من من مجموعة الحالات التى نظمها القانون ، والتي تعتبر مظهراً لمبدأ عام لم يذكر صراحة في القانون " .

(4) د/ تناعو ، سمير : النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 256 ، 257 .

على أن القاضي - وكما يقول الفقه - " ليس له مطلق الحرية في هذا الإنشاء، ولا يجوز له أن يتخذ وسيلة لجعل آرائه قواعد قانونية، إلا بالقدر الذي تتفق به هذه الآراء مع هذه المبادئ (1) .

وبهذا تبرز الوظيفة الأخرى للمبادئ العامة، في هذا الصدد فهي " الموجهات العامة التي تتسبب منها مجموعة الحلول الوضعية التي ترد في نصوص القانون (2) ، فالمبدأ لا يرمي إلى إيراد حل معين، بل يستعان به فقط عند تطبيقه بطريق الاستنتاج على الأحوال التي لم يتعرض لها المشرع عن طريق القاعدة القانونية، والتي قد يصعب إدخالها تحت حكمها لعدم توافر كل الأركان، ولذلك لا يكثر المشرع من ذكر المبادئ القانونية، وإنما يترك أمر استنباطها إلى رجال الفقه والقضاء (3) .

وتبرز أيضاً قيمة المبادئ العامة للقانون بالنسبة لفقه القضاء الذي يتعين عليه اللجوء إليها عند غياب النص الصريح، من خلال استنتاج المبدأ من مختلف الحلول الواردة صلب التشريع والتي تخضع لنفس الفلسفة التشريعية العامة، فالقاضي لا ينشئ المبدأ بل يكتفي بالكشف عنه (4) .

وإذا كان المبدأ في الواقع " يعلو القاعدة ويعد مصدراً وأساساً لها " (5) ، وهو بمنزلة الأساس الذي ينشأ عليه بناؤها، وأن كل قاعدة قانونية تكون مرتبطة بمبدأ قانوني يحتويها بين ثناياه، فإن المبادئ كما قيل بحق هي " القواعد الكبرى التي تتولى المحافظة على النظام الأساسي " (6) ، لأنها تشكل البنية الأساسية وحجر الزاوية للنظم القانونية، فهي التي تسمح ببناء النظام القانوني عموماً على نسق متماسك الأجزاء، لأنها الرابطة الوثقى بين مختلف قواعده وعناصره (7) .

(1) د/ مرقس ، سليمان: المدخل للعلوم القانونية ، المؤلف آنف الذكر ، ص 281 ، ويضيف " وهذا العمل الإنشائي يمر بمرحلتين مرحلة استنباط ومرحلة تفريع ، ففي الأولى يرتفع القاضي فوق النصوص القائمة ليستنبط منها المبدأ العام صعوداً ، وفي الثانية يفرع على هذا المبدأ العام قواعد ينزل بها لتطبيقها على الحالة المسكوت عنها " .

(2) د/ الوكيل ، شمس الدين : المقالة السابقة ، " أثر الغش على الأسبقية في التسجيل ، ص 108 .

(3) انظر: د/ زكي ، حامد : التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 256 .

(4) د/ بقبق ، محمد: مدخل عام لدراسة القانون، آنف الذكر ، ص 176 ، 177 .

(5) انظر : راغب ، يحيى أحمد : المبادئ العامة للقانون كمصدر للقانون الدولي ، مقال منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة ، مج 19 ، ع 4 ، ص 911 .

(6) د/ الوكيل ، شمس الدين : المقالة السابقة ، " أثر الغش على الأسبقية في التسجيل ، ص 109 .

(7) د/ الشرفي محمد ، ود/ المزغنى ، على ، مدخل لدراسة القانون ، آنف الذكر ، ص 42 .

ولذا عرفها جانب من الفقه بأنها القواعد الأساسية التي تهيم على الأنظمة القانونية، والتي تتفرع عنها قواعد أخرى تطبيقية، تخرج إلى حيز التنفيذ في صورة العرف والتشريع (1)، وهي ليست قواعد قانونية بالمعنى الفني المقصود بكلمة قاعدة قانونية، وإنما هي أفكار جوهرية يمكن استنباطها من الفكرة العامة للوجود السائدة في مجتمع معين، فالمبادئ تعبر تعبيراً كلياً عن الفكرة العامة للوجود، ثم تأتي القواعد القانونية، بعد ذلك فتعبر تعبيراً جزئياً عن الأفكار التي تضمنتها هذه المبادئ الأساسية (2)، وذلك بعد أن يأتي دور المشرع، ليدرج هذه القواعد ضمن فروع القانون المختلفة.

ومن هنا فإن المبدأ العام، ليس بقاعدة ذات حدود دقيقة تصلح للتطبيق الفوري على العلاقات القانونية، فهو وإن كان يعد فكرة عامة بطبيعتها تصلح لاستنباط القواعد منها، ولكنها ليست بالقاعدة التي يمكن أن تطبق فوراً، فالصناعة القانونية تتدخل لتضع الضوابط والحدود على المبدأ ليتسنى تطبيقه على العلاقات القانونية (3)، وحتى وإن كانت المبادئ العامة للقانون تتسم بالمرونة لكن تطبيقها يستوجب تدقيقاً إضافياً، فلا بد من تحديد شروط العمل بالمبدأ العام للقانون والآثار التي تترتب عليه حسب طبيعة العلاقة القانونية، فمبدأ التعسف في استعمال الحق لا يخضع في المادة التعاقدية لنفس الشروط الواجبة في مادة الطلاق مثلاً، وحينها قد يكون من الضروري النزول بعمومية المبدأ العام إلى مستوى القواعد القانونية العادية التي تمتاز بقدرتها على الانطباق المباشر، فالمبدأ العام يؤسس للقاعدة القانونية أو للحكم، لكن العمل به يتضمن شروطاً تطبيقية تقربه من القواعد القانونية العادية (4).

وترتيباً على ذلك فإن هناك البعض من المبادئ العامة المشتركة في الأنظمة القانونية الداخلية، لا يمكن نقلها إلى نطاق القانون الدولي العام، لعدم صلاحيتها أو لتناقضها مع الطبيعة الخاصة بالعلاقات الدولية.

(1) انظر : د/ شهاب ، مفيد : المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدراً للقانون الدولي ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، مج 23 ، 1967 ، ص 9 .

(2) انظر : د/ تناغو ، سمير : النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 253 .

(3) بخيت ، مصطفى سالم عبد : المبادئ العام للقانون بوصفها مصدراً للقانون الدولي الجنائي ، ص 317 ، متاح على شبكة المعلومات

<https://www.iasj.net/iasj/download/98631dcea2d47fd4>

(4) د/ الشرفي محمد ، ود/ المزغني ، على ، مدخل لدراسة القانون ، آنف الذكر ، ص 43 .

وإذا كان المبدأ " يعتمد كلياً على المنطق، وهو عبارة عن تقسيم كبير ترد إليه القواعد والمبادئ القانونية المتجانسة، فتدخل تحته جميع الأحكام المتشابهة " (1)، فإن هذه المبادئ ستتغير طبيعتها حينما يستقبلها المشرع في نصوص القانون، ويصبح حينها من المتعين النظر إلى هذه المبادئ باعتبارها من القواعد القانونية الوضعية الواجبة التطبيق بهذا الوصف، وتترتب على ذلك آثار تختلف عن الآثار التي كانت تترتب على المبدأ العام قبل وجوده في التشريع (2) .

ووفقاً لهذا الطرح يمكن أن يقال أنه توجد ثلاثة أنواع من القواعد يمكن ترتيبها حسب سلم تصاعدي في العمومية، القواعد القانونية (التشريعية) وقواعد النظريات العامة، وأخيراً المبادئ العامة للقانون (3)، إذ تشترك القاعدة و المبدأ في صفة العمومية، مع التفاوت في فهم مدلول هذه الصفة، كما سيجيء عند حديثنا عن التفرقة بين المبدأ والقاعدة .

وفيما يتعلق بقواعد النظريات، فيمكن القول ابتداءً بأن النظرية معناها المفهوم العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تتضوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة، كنظرية الحق ونظرية العقد، فهي بناء عام لقضايا ذات مفهوم واسع مشترك (4) .

فنظرية العقد الواردة في القانون المدني تعد مثلاً تطبيقياً واضحاً، إذ تتضمن هذه النظرية مجموعة من النصوص القانونية، التي تُكوّن مجموعها نظرية قانونية متكاملة يمكن الرجوع لها لسد النقص في تحديد حكم بشأن تطبيق من تطبيقات نظرية العقد، سواء أكان في القانون المدني أم في غيره من القوانين الأخرى (5) .

وما يهمننا في هذا المجال، هو أن قواعد النظريات العامة تقترب ، — وكما يقول الفقه — من قواعد الصنف الأول، أي القواعد القانونية التشريعية، لكنها تمتاز عنها باتساع نسبي في العمومية والمجال، فاختصاص النظريات العامة في القانون أوسع وأشمل، وقد رأينا أن قواعد النظريات العامة للعقود مثلاً تشكل أحكاماً ينبغي العمل بها، عند غياب النص أو الحكم الخاص المخالف لها، فتُنسحب

(1) د/ زكي ، حامد : التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 261 .

(2) د/ تناعو ، سمير : النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 259 .

(3) د/ الشرفي محمد ، ود/ المزغني ، على ، مدخل لدراسة القانون ، آنف الذكر ، ص 39 .

(4) الزحيلي ، وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 4 ، ص 7 .

(5) الشكري ، على حميد كاضم : استقرار المعاملات المالية ، ص 66 - 69 .

بالتالي على كل أنواع العقود المسماة وغير المسماة، أي حتى تلك التي لم ينظمها القانون بالتخصيص، والتي قد يحدثها المتعاقدون إحداثاً بالتجديد والابتكار انطلاقاً من الحرية التي يتمتعون بها (1).

وتجدر الإشارة أخيراً هنا إلى أن القواعد القانونية تُكوّن وحدةً متسقة، نتيجة لأنها تستلهم مجموعة من المبادئ الأساسية والقواعد الكلية المتجانسة، وتبغى تحقيق غرض واحد، ولذا فقد عمد المشتغلون بالقانون إلى تحليل القواعد القانونية المختلفة للوقوف على الغرض الذي وضعت من أجله كل منها، ثم فصلوا القواعد ذات الأغراض المتباينة عن بعضها، وجمعوا شتات القواعد التي تهدف إلى غرض واحد، وترتب على ذلك أن تبلورت معالم ومعاني الأفكار والمبادئ القانونية (2).

وعلى ضوء هذا التحديد يمكن لنا أن نعرف المبادئ القانونية بأنها " أفكار جوهرية تعلو القواعد وتعد أساساً لها، وتُستنبط منها القواعد التفصيلية "، وسيوضح لنا الفارق أكثر فأكثر بين المبادئ العامة للقانون والقواعد القانونية عند حديثنا عن التمييز بين المبدأ والقاعدة القانونية.

والمبادئ القانونية بالمعنى المتقدم، تجرنا إلى الحديث عن العلاقة بين الضوابط والمبادئ والقواعد القانونية، فلكي يتضح ما هنالك من فارق بين المبدأ، والضابط القانوني، والقاعدة القانونية، يجدر أن نشير أولاً إلى العلاقة بين الضابط والقاعدة القانونية، ثم نتحدث عن التمييز بين المبادئ والقواعد القانونية التشريعية، وهو ما سنتناوله في المبحث التالي من هذه الدراسة.

المبحث الثاني

العلاقة بين الضوابط والمبادئ

والقواعد القانونية

طالما أننا كنا بصدد دراسة المبادئ القانونية والقواعد القانونية التشريعية، فإن التعرض إلى ماهية الضوابط والمعايير القانونية تفرض نفسها، لأنه قد يدق في كثير من الأحوال التمييز بينه وبين القواعد القانونية، وسنناقش هنا فكرة الضابط القانوني لتحديد مفهومه من الناحيتين الفلسفية والقانونية، وسبب

(1) د/ الشرفي محمد، ود/ المزغني، على، مدخل لدراسة القانون، آنف الذكر، ص 40.
(2) د/ أبو طالب، صوفي حسن: تاريخ النظم القانونية، المؤلف آنف الذكر، 8، 9، ويقول بناء على ذلك " ظهرت النظريات القانونية العديدة، وترتب على جمع شتات القواعد التي تهدف إلى غرض واحد والتي تفرعت عن مبدأ عام ظهور النظم القانونية المتعددة، ومن مجموعة المبادئ العامة والنظم المختلفة تتكون شريعة عامة مثل الشريعة الإسلامية، والشريعة الأنجلو سكسونية، ولكل شريعة طابعها المتميز، وأصولها العامة التي تتميز بها ".

ظهور هذه الفكرة، وارتباطها كذلك بفكرة الإنصاف، وتطبيقاتها والصلة بينها وبين القواعد والمبادئ القانونية (أولاً)، لنصل بعد ذلك إلى التمييز بين المبادئ والقواعد القانونية (ثانياً) .

المطلب الأول: الصلة بين الضابط القانوني والقاعدة القانونية.

من المعلوم أن القانون يعد جزءاً من العلوم المعيارية أو التقعيدية Science normative ، والتي تتعارض مع العلوم التفسيرية البحتة Science explicatives ، والتي تشكل موضوعاً لمعرفة مباشرة، تؤسس على مبدأ السببية، على العكس من ذلك فإن العلوم التقعيدية أو المعيارية تحاول وضع أفضل القواعد على أساس حكم تقويمي، هذا الحكم يبني في المقام الأول على أساس تقدير الغاية المبتغاة (1) .

ولما كان القانون مجموعة قواعد، فإن القاعدة هي مفردة، وهي الوحدة التي يتكون القانون من مجموعها (2)، وقد كان مفهوم القاعدة القانونية لا يحظى بالتعريف الذي نعرفه به اليوم، بل كان يمثل جملة من الحلول والمقترحات أفرزها المجتمع آنذاك حسب المسائل المطروحة، وكان أشبه بالحلول الظرفية المفككة لا ترتبط بينها أي علاقة فكرية ومنطقية، غير أنه بظهور مشرع يحظى بثقة الأغلبية تخلص الفكر القانوني من الظرفية، ومكنه من السمو إلى درجة القاعدة في معناها المتداول عامة ومجردة (3) .

وهذه القواعد القانونية إما أن توضع لتنظيم واقعة محدودة تحديداً كاملاً، فتتخذ طابعاً جامداً وموضوعياً، وإما أن توضع لتترك مجالاً لتقدير القاضي بسبب أنها تنظم وقائع متغيرة تخضع لتأثير الحياة الاجتماعية، ولذا يتغير شكلها ولونها بحسب الظروف، وتكون لهذا السبب وسائل لتطوير القانون (4) .

وإذا نظرنا من هذا المنطلق إلى فكرة الضابط القانوني legal standard أو المعيار القانوني، فإننا سنجد بأنه وسيلة مستمدة من القانون الإنجليزي ، بعد أن ظلت ولفترة من الزمن - " المبادئ والقواعد

(1) انظر : د/ إبراهيم ،أحمد: غاية القانون ، دراسة في فلسفة القانون ، ص 8 .
(2) د/ بكرى ، عبد الباقي ، و د/ البشير ، زهير : المدخل لدراسة القانون ص 31 .
(3) د/ بقبق ، محمد : مدخل عام لدراسة القانون ، أنف الذكر ، ص 49 .
(4) د/ حجازى ، عبد الحى: محاضرات فى المدخل ، المؤلف أنف الذكر ، ص 95 .

القانونية " - هي الوسائل الوحيدة التي تعد عماداً للفن التشريعي ، وبعد أن أثبتت التغيرات الاقتصادية والاجتماعية ضرورة تكملتها بغيرها لعجزها عن أداء المطلوب منها (1) .

وقد حاول الفقه من جانبه، وضع تعريف لفكرة الضابط أو المعيار، وإن كانت كل هذه التعريفات - وكما سيجيء - تجمع كلها على أن الضابط لا يعدو أن يكون دليلاً عاماً يسمح للقاضي بالرجوع إليه كوحدة للقياس، وذلك للمواءمة بين تطبيق القاعدة والظروف المختلفة حسبما يرى من ظروف النزاع.

ولذلك يطلق مصطلح المعيار عند أهل المنطق على " النموذج المشخص، أو المقياس المجرد لما ينبغي أن يكون عليه الشيء ويرادفه العيار وهو ما جعل قياساً ونظاماً للشيء " (2) .

ففي شأن الخطأ مثلاً، فإن كل انحراف في السلوك أو تعد يشكل خطأ؛ إلا أنه قد يقاس بمعيار ذاتي، - كما سنرى - ينظر فيه إلى الشخص الذي صدر منه الانحراف نفسه أو بمعيار موضوعي، بل وحتى في الالتزامات ببذل عناية، يطلب من المدين في الأصل أن يبذل عناية الرجل المعتاد، وهو شخص عرفه القانون الروماني، وسماه برب الأسرة العاقل le bon pere de famille (3) .

وفي شأن البطلان الإجرائي أيضاً، كجزاء مترتب على عدم مراعاة الإجراءات التي لم يُنص على البطلان جزاءً لها صراحة، وضع المشرع معيار العيب الجوهرى الذي يترتب عليه ضرر للخصم كضابط للبطلان م 21 من قانون المرافعات الليبي، وهو ما فسرتة المحكمة العليا، فيما بعد بأنه " تخلف وظيفة الشكل أو تخلف الغاية التي قصدها القانون من تقريره " (4)، ومعنى ذلك عدم ترتيب البطلان على كل مخالفة إجرائية، وإنما يجب النظر لجسامة المخالفة وأهمية الإجراء .

(1) د/ زكى، حامد : التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 250 .

(2) انظر : صليبيا ، جميل ، المعجم الفلسفي ، ج 2 ، آف الذكر ، ص 399 .

(3) انظر : د/ السنهورى ، عبد الرزاق : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، ج 1 ، مصادر ، ص 645 .

(4) انظر : طعن مدنى رقم 15 / 16 ، ق جلسة 19 / مايو / 1970 ، المكتب الفنى ، ص 165 ، وانظر بحثنا ، تحقق الغاية الإجرائية -، وسيلية الأشكال ، والإعفاء من الجزاء ، مقبول للنشر في مجلة الشريعة والقانون البيضاء ، العدد السادس 2021 .

وقد ارتبط ظهور فكرة المعيار القانوني بفكرة الإنصاف التي دعى إليها أرسطو بمناسبة عدم قدرة العدل القانوني على التعامل مع الحالات الفردية المستعصية بموجب القانون الذي يتميز بالعمومية (1) .

فقد كان رأيه فيما يتعلق بمعالجة عيوب التشريع أن " على القاضي أن يدرأ مضار هذا العيب أو النقص الفطري في التشريع بأن يوائم بين النص الموضوع بين يديه، وبين ظروف الواقع المعروض عليه سواء لتخفيف شدة النص أو لتتويع حكمه بما يحقق العدل، كما رسمه النص بل كما تقتضيه الموازنة أو الإنصاف Equité, Equity ، ولتقريب ذلك إلى ذهن أرسطو أن تطبيق القانون بروح الإنصاف والموازنة أشبه باستخدام آلة القياس مكونة من مادة رخوة تسمح لها رخاوتها بتتبع جميع تعاريج الأشياء التي يراد قياسها ، فالقانون يقصر عن متابعة تلك التعاريج، وإعطاء الحلول التي تلائم كلاً منها، فإذا اقترن تطبيقه بروح الإنصاف، كانت هذه الروح كفيلة بتطبيق العدل " (2) .

ويُعزي جانب من الفقه ظهور الضوابط القانونية، لما روى من تضائل لسلطة القضاء والاعتماد كلية على النصوص القانونية، وأنه كان من الأنسب البحث عن وسيلة يستعيد بها القضاء جزءاً من سلطانه المفقود، فاهتدى إلى وسيلة " الضابط القانوني "، التي تسمح بتطبيقها بإيجاد تعادل أكثر بين النصوص القانونية والسلطة القضائية، وبها يستطيع القضاء أن يديروا العدالة administration de la justice ، بدل أن ينحصر دورهم في تطبيق القانون application du droit (3) ، لأن الاعتماد الكامل على النصوص القانونية لم يؤد إلى تحقيق كل النتائج المرجوة ، " وليظل التعاون مستمراً بين الضمير الاجتماعي والقانون الوضعي - عن طريق القاضي - الذي يصير بذلك مساعداً للنظام القانوني " (4) .

(1) انظر : د/ محمد، بن عمار : المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري ، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون ، ع 6 ، أبريل ، 2013 ، ص 28 ، متاح على شبكة المعلومات

<http://taza2005.e-monsite.com/medias/files/majalah-numero6.pdf>

(2) د/ مرقس ، سليمان : فلسفة القانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 76 .

(3) د/ زكي ، حامد: التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 264 ، 265 .

(4) د/ حجازي ، عبد الحى : محاضرات فى المدخل ، المؤلف آنف الذكر ، ص 96 ، وقد استعمل الفقيه السنهوري مصطلح " الضابط " أو المعيار عند حديثه عن ركن التعدى فى المسؤولية التقصيرية ، فيقول " أما الضابط فى الانحراف ، فيتصور أن يرد إلى إحدى وجهتين ، وجهة ذاتية ، أو وجهة موضوعية فيقاس التعدى الذى يقع من الشخص مقياساً شخصياً إذا اخترنا الوجهة الذاتية ، أو مقياساً مجرداً إذا أثرنا الوجهة الموضوعية " ، انظر : د/ السنهوري ، عبد الرزاق : الوسيط ، المؤلف آنف الذكر ، ص 644 .

وهذا هو السبب في أن المعيار يمتاز بالنسبية، إذ أنه يتغير من شخص لآخر ، ومن حالة لأخرى، وهو ما يؤدي لاختلاف النتائج التي يتم التوصل إليها (1) ، وهو ما يمكن ملاحظته من خلال صياغة القاعدة القانونية ذاتها .

ولعل هذه الفكرة هي التي دعت بعض الفقهاء إلى القول — عند حديثهم عن التفرقة بين الضابط والقاعدة — ، بأن المشرع حينما يريد الوصول إلى تقرير حكم معين، فهو إما أن يبين ذلك الحكم بالذات مع تحديد الواقعة التي ينطبق عليها (2) وبصورة مجردة، وإما أنه لا يبين ذلك الحكم بالذات، بل يكتفي لتقريره بالإحالة على أصل خارج norme extérieure على نصوص القانون، ويترك لهذا الأخير تحديد المسؤولية، فيسترشد به القاضي لإعطاء الحالة المعروضة عليه الحكم الملائم، كما هو الحال في النصوص القانونية التي تشير بالأخذ بما يجب أن يقوم به رب الأسرة العاقل le bon pere de famille ، كمقياس للحكم على سلوك شخص معين، أو التي ترتب المسؤولية بناء على وجود خطأ faute ، فتحدد هذا الخطأ لا يكون إلا عن طريق وضع " ضابط " يقول به القضاء (3) ، وسنرى كيف يفسح القانون لبعض القواعد المعيارية التي يستهدى بها القاضي في التفاوت بالحلول ، بما يتناسب مع ظروف كل حالة على حدها .

ومن ثم فإن الصياغة الجامدة تواجه فرضاً معيناً تعطيه حلاً ثابتاً، لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة فردية تدرج تحت الفرض، فهي في الواقع صياغة المبدأ القانوني في إطار معيار جامد يواجه حالة معينة ويحدد لها حلاً واحداً، لا يتغير ولا يتأثر بالظروف الخاصة بكل حالة فردية، بمعنى أنها صياغة كمية وليست كيفية، تهدف إلى التعبير عن القيمة التي تحملها القاعدة في العمل، مما يمنع أي خلاف حول ما يخضع لها من فروض، ويكون عمل القاضي الذي يدعى إلى تطبيق هذه القاعدة عملاً شبه آلي، فما عليه والحالة هذه، إلا القيام بعملية استدلال شكلي بين المبدأ القانوني

(1) في هذا المعنى : د/ محمد ، بن عمارة ، المقالة السابقة ، ص 30 .

(2) د/ زكي ، حامد زكي : التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 257 .

(3) نفس المرجع وذات الصفحة .

الثابت في القاعدة، وبين الوقائع التي يريد إنزالها عليه، فإذا وجد أن الوقائع تتدرج تحت المبدأ، فإنه يطبق المبدأ القانوني تطبيقاً آلياً (1) أو تلقائياً.

إذ تقيده هذه الصياغة ولا يملك إلا أن يعطي الحل الثابت الذي تتضمنه هذه القاعدة، بخلاف الصياغة المرنة التي تعطي نوعاً من المرونة والاستجابة لظروف العمل المختلفة، وتقنع بإعطاء القاضي معياراً متوسطاً للسلوك يستهدي به في القضايا المعروضة عليه، وبتعبير أكثر وضوحاً، فإن الصياغة المرنة إنما هي في الواقع تستهدف "تحقيق العدل العملي أو الواقعي"، دون أن تقنع بتحقيق العدل المجرد، فإنها — بما تضع من موجه عام أو معيار مرن — تمكن القاضي من تكييف هذا الموجه أو مطابقة هذا المعيار على خصوصيات كل حالة، توصلاً إلى إعطائها الحل المناسب (2).

على أن هذا لا يمنع من ناحية أخرى، أن يعتمد المشرع في بعض الأحيان باللجوء إلى نوع آخر من أنواع الصياغة، تعرف بالصياغة الغامضة *Technique équivoque* وهي فكرة معروفة في فلسفة القانون، وخلاصتها أن المشرع إزاء غموض بعض الأفكار أو النظم القانونية، وإزاء أهداف يراها المشرع جديرة بالحماية يستخدم صياغة لأفكاره بها قدر من الغموض، بحيث تختلف الآراء حولها، تمهيداً لمرحلة متقدمة يصوغ فيها هذه الأفكار، بشكل أكثر تحديداً بعد أن تثري مختلف الآراء والتطبيقات هذه الأفكار بحثاً واجتهاداً (3).

وعلى أي حال فإن جانباً آخر من الفقه يرى بأن "المعيار لا وجود له خارج القاعدة القانونية وإنما هو جزء منها، إذ هو الوسيلة الفنية لصياغة القواعد القانونية المرنة، فإذا كان فرض القاعدة القانونية يتكون من عبارة مرنة أي مطاطة، أي يتكون من معيار *standard*، فإن القاعدة تكون مرنة في جملتها، ويصدق نفس الشيء إذا كان الحل في القاعدة هو أيضاً في صورة معيار أي في صورة عبارة مرنة (4).

فقد يجعل المشرع انطباق القاعدة القانونية، متوقفاً على وقائع غير محدودة ومتغيرة ذات قيمة اجتماعية كبرى في ضوء أفكار مرنة، كالأفكار المتعلقة بالتدليس، والخطأ، والغش، وحسن النية،

(1) انظر: د/ إبراهيم، أحمد: غاية القانون، أنف الذكر، ص 195، 196.

(2) د/ كيرة، حسن: المدخل إلى القانون، أنف الذكر، ص 184، وما يليها.

(3) انظر: د/ عمر، نبيل إسماعيل: عدم فعالية الجزاءات الإجرائية، ص 119.

(4) د/ تناعو، سمير: النظرية العامة للقانون، المؤلف أنف الذكر، ص 45.

والنظام العام والآداب، وعناية الشخص المعتاد، فهي أفكار تتطور بسرعة خلال التاريخ كلما تعاقبت الشعوب والمدنيات، في كل هذه الأحوال — وكما قيل بحق — يصدر المشرع أمره على بياض، على نحو ما يصدر الأمر على بياض، ويتولى القاضي بعد ذلك ملء هذا البياض (1).

والواقع أننا إذا تأملنا الضوابط القانونية المختلفة، وعلى الأخص عند تطبيقها، — وكما يقول الفقه — نجد أن من خصائصها أنها تحوى جانباً كبيراً من الحكم الأدبي على سلوك الشخص ونهجه، فتراها تارة تستلزم أن يكون معقولا في تصرفه، وتارة أن يكون حكيماً حذراً، وأخرى أن يكون مدبراً، كما أن تطبيق هذه الضوابط القانونية لا يستلزم معرفة واسعة بالقانون، بل إن للتجربة والإدراك الشخصي والذوق السليم دخلاً كبيراً في الوصول إلى الحلول الملائمة، وهي في نفس الوقت نسبية، فتطبيقها يكون بمراعاة وقائع القضية المعروضة بالذات على القاضي، ولا تتعداها إلى غيرها (2)، فهي بمثابة معيار يحتكم إليه القاضي في تقدير نشاطه للوصول للحل الموضوعي ناضراً إلى كل حالة على حدتها، ووفقاً لملاساتها الخاصة .

فالقاضي يتبنى — وهو بصدد عملية تقدير الحقوق والمراكز القانونية المتنازع عليها — إما طريقة التقدير " الموضوعي أو المجرد "، أو طريقة التقدير " الشخصي أو الذاتي "، ويعتمد التقدير المجرد على معيار نمطي عام، بينما يعتمد التقدير الشخصي على معيار شخصي مفرد ، Un individu Singulier ، ولهذا السبب يتسم التقدير المجرد الموضوعي بالوضوح، لأنه يرجع إلى معيار عام محدد يخلو من الاعتبارات والظروف الشخصية الخاصة بظروف كل حالة على حدتها، هذا لا يعني أن التقدير المجرد يغفل كافة الظروف الخاصة بالحالة محل التقدير، فالواقع أن إتباع أسلوب التقدير هذا، إنما يعني فقط ترك المعطيات الخاصة بشخص صاحب المركز القانوني أو أطراف هذه المراكز، ومن ثم فهي لا تؤخذ بعين الاعتبار، أما المعطيات المتعلقة بذات هذه المراكز والتي تكون خارجية عن أشخاصه، وتعمل على تمييز هذه المراكز، فإن القاضي يأخذها بالضرورة في الاعتبار (3) .

(1) د/ حجازي ، عبد الحى : محاضرات فى المدخل ، المؤلف آف الذكر ، ص 96 ، 97 .

(2) د/ زكى حامد : التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 254 ، 255 .

(3) انظر : د/ عمر ، نبيل إسماعيل: الطعن بالتماس إعادة النظر فى المواد المدنية والتجارية ، ص 104 ، 105 .

وإذا بحثنا في التعريفات التي قال بها الفقه لمفهوم لضابط أو المعيار القانوني فإننا سنجد المعنى المتقدم واضحاً وجلياً، فقد رأى البعض أنه عنصر من عناصر الطريقة التي يتبعها القاضي لكي يقف على معرفة العوامل المختلفة، والمصالح المتضاربة في النزاع المعروض عليه، باعتباره وسيلة تسمح للقاضي بمعرفة وتنظيم كل العوامل الخاصة بالمسألة المطلوب حلها " (1) .

فهو " بمثابة الأسلوب الذي يفرض على القاضي أن يأخذ في الاعتبار النوع المتوسط من السلوك الاجتماعي الصحيح بالنسبة لفئة التصرفات التي يراد الحكم فيها (2)، وباختلاف طبيعة كل نزاع وظروفه .

ويفسح القانون المدني المجال لبعض القواعد المعيارية التي يستهدي بها القاضي في التفاوت بالحلول حسب التفاوت في الظروف والملابسات المحيطة بالقضايا المرفوعة أمامه (3)، فمن ذلك معيار العذر المقبول في الرجوع في الهبة، إذ يجيز القانون للواهب في اللجوء إلى القضاء طالباً الترخيص له في الرجوع في الهبة متى كان يستند إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع م 489 / 2 ، فهذا المعيار يتيح للقاضي الكشف عما يعتبر عذراً مقبولاً بالنسبة لكل حالة على حدة أخذاً بالظروف والملابسات المحيطة بها، وكذلك معيار الباعث المشروع ومعيار المدة المعقولة اللذان يقاس بهما صحة ما قد تتضمنه العقود أو الوصايا من شروط منع التصرف في الأموال م 832 / 1 مدني ليبي، ومعيار الغلط الجوهري م 121 مدني ليبي ، ومعيار التدليس الجسيم م 125 مدني ليبي .

بالإضافة إلى الحكم الذي يصدره القاضي بتعديل العقد بسبب ظروف طارئة وفقاً للمادة 147 / 2 من القانون المدني الليبي ، فالعبارات الواردة في هذه المادة، وهي الحوادث الاستثنائية العامة، والتنفيذ المرهق للالتزام، والخسارة الفادحة ، كلها — وكما يقول الفقه — عبارات مطاطة يملك القاضي في تطبيقها سلطة تقديرية واسعة، كما أن الحل في هذه القاعدة مرنة لأنه يتمثل في رد الالتزام إلى الحد المعقول، ففكرة الحد المعقول هي فكرة مرنة يرجع في تحديدها بالنسبة لكل حالة على حدة إلى إرادة

(1) د/ زكي ، حامد : التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 252 .

(2) د/ محمد ، بن عمارة: المقالة السابقة ، ص 29 .

(3) د/ كيرة حسن : المدخل إلى القانون ، آف الذكر ، ص 188 ، وانظر كذلك ص 185 .

القاضي وكما قال — بحق — الأستاذ السنهاوري فإن القانون بهذا النص أطلق يد القاضي (1)، عند أخذه بنظرية الظروف الطارئة، وإذا بحثنا مثلاً في معيار عناية الشخص "المعتاد" فإننا سنجد أن المشرع الليبي طبقه من نواح مختلفة .

فالشريك في عقد الشركة عليه أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة، إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز له أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل العادي م 514 / 2 مدني ليبي ، والمستأجر في عقد الإيجار يجب عليه أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد م 582 / 1 ، وما نص عليه في المسؤولية عن الأشياء من أن الشخص يكون مسؤولاً إذا تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة م 181 . ومن ناحية أخرى فإن المبدأ القانوني إذا صحت مقارنته بالضابط أو المعيار القانوني، فإننا نجد "أنهما يتفقان في بعض الخصائص ويختلفان في الأخرى فالتعميم فيهما مشترك، إذ أن كلاهما لا يقتصر على تنظيم حالة معينة كالقاعدة القانونية ، وإن كان التعميم الموجود في الضابط له طبيعته الخاصة فهو لا يقوم على بيان حكم معين، وإنما يهدف إلى إرشاد القاضي عن السلوك الواجب إتباعه والأخذ به كمقياس للحكم في الحالة المعينة المعروضة بالذات أمامه " (2) .

هذا يعني أنها معايير يسترشد بها القاضي دون أن يتقيد ويطبقها على الأقضية التي تعرض له، فيصل من ذلك إلى حلول تختلف باختلاف كل قضية، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى تباين الحلول بتباين الظروف (3)، وهي لا تقطع في الأمر بالقول الفصل، وإنما تتضمن فقط تقديم تقديرات يستلزم الأمر أن تكون خالية من التحكم القضائي، وذلك لتطبيق القانون وفقاً لما يجب، وقد رأينا فيما قدمناه أمثلة كثيرة لهذه المعايير المرنة تتفاوت الحلول التي تؤدي إليها بتفاوت الظروف التي تطبق فيها .

وبهذا فإن الفصل في التفرقة بين الضوابط والقواعد القانونية، هو أن هذه الأخيرة ملزمة للقاضي ما بقيت القاعدة قائمة، فهو مضطر للحكم بها، بخلاف الضابط فهو يكتفي بإرشاد القاضي عن

(1) د/ تناغو ، سمير : النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 46 .

(2) انظر : د/ زكي، حامد: التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 259 .

(3) انظر مجموعة مقالات وأبحاث الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مجلة القانون والاقتصاد ، عدد خاص ، 1992 ، بمناسبة مرور مائة سنة ، القانون المدني العربي ، ص 495 ، وما يليها .

الاتجاه الذي يلزمه إتباعه (1)، ليبقى بعد ذلك تحقيق التوازن في المفاضلة بين الصياغتين الجامدة والمرنة، فإذا كانت الأولى، تحقق الاستقرار ولو كان ذلك على حساب التطور، حيث أنها تقنع بتحقيق عدل مجرد يواجه أوضاعاً مجردة، دون اعتبار للظروف والملابسات الخاصة، فإن الأخيرة تؤهل القاعدة القانونية للتكيف وفق الظروف الخاصة ومسايرة التطور الاجتماعي؛ وإن كان ذلك يتم على حساب الإخلال بالاستقرار والأمن في المعاملات، وحينها يمكن أن يقال أن القاعدة الجامدة هي نموذج القواعد القانونية في الأصل، أما القواعد المعيارية أو المرنة، فهي مجرد استثناء يلجأ إليه في الحالات التي يستعصي فيها الأمر فيها على التحديد الثابت الجامد إزاء ما هي عليه من تطور مستمر، وتفاوت واضح في الظروف والملابسات الخاصة (2) .

ويتبين مما قدمناه أن الضوابط القانونية هي عبارة عن موجهات أو أطر معيارية يستعين بها القاضي، - وهو يواجه ظروف الواقع - للمواءمة بين القاعدة القانونية والحالة الخاصة المعروضة عليه، فهي تمتاز بمرونتها ولا تكتسب صفة الدوام كالقاعدة القانونية، وإنما تقتصر على الحال، أي تواجه كل حالة بخصوصها ابتداءً وانتهاءً .

وإن كان ينبغي أن تكون سلطة القاضي في هذا الشأن في حدود ضيقة، حتى لا يؤدي الأخذ بها على إطلاقها إلى التحكم القضائي، وهي في ذات الوقت تختلف عن المبادئ في أن الأخيرة أفكار تلهم القاضي الحلول الملائمة عند عدم وجود حلول أخرى يستند إليها .

ذلك إذن هو مفهوم المعايير والضوابط القانونية، والعلاقة بينها وبين القواعد القانونية، وننتقل الآن للحديث عن التمييز بين المبادئ والقواعد القانونية.

المطلب الثاني: التفرقة بين المبدأ القانوني والقاعدة القانونية التشريعية.

من أهم المسائل التي تحظى بعناية الفقه، فكرة التمييز بين المبدأ والقاعدة في نطاق القانون، على الرغم من أن هذا التمييز ليس من السهل دائماً تحديده، ويؤكد الفقه على التسليم بوجود هذا التباين والاختلاف بين كل من المبدأ Principe والقاعدة La règle .

(1) د/ زكي، حامد: التوفيق بين القانون والواقع، المقالة السابقة، ص 258 .
(2) د/ كبيرة، حسن: المدخل إلى القانون، آف الذكر، ص 188، وانظر كذلك ص 188 .

ويرجع الفضل في إبراز أهمية هذه التفرقة للفقهاء الفرنسي جان بولانجير Jean Boulanger ، الذي طوّر وصفاً دقيقاً للاختلاف بين المبادئ والقواعد وأثبت تصنيف المبادئ في دراسته المبادئ العامة للقانون والقانون الوضعي، مجموعة الدراسات المهداة إلى ريبير G. Ripert عام 1950 (1) .

ونقطة البداية هنا، - وكما يقول الفقه - " هي اشتراك القاعدة و المبدأ في صفة العمومية، مع التفاوت في فهم مدلول هذه الصفة فالعمومية في القاعدة القانونية، تقيد تقريرها بالنسبة لقدر غير محدد من الأعمال والوقائع، ولكنها من ناحية معينة تتميز بنوع من الخصوصية، من حيث أنها لا تحكم إلا وقائع أعمال معينة، فهي تنقرر لحكم مراكز قانونية معلومة، أما المبدأ فيقصد بعموميته شموله لمجموعة لا حصر لها من التطبيقات " (2) .

ومن المفيد التذكير هنا، بأننا كنا قد أشرنا في دراستنا هذه، إلى أنه توجد ثلاثة أنواع من القواعد يمكن ترتيبها حسب سلم تصاعدي في العمومية، القواعد القانونية (التشريعية) وقواعد النظريات العامة، وأخيراً المبادئ العامة للقانون ، وذكرنا آنذاك أن قواعد النظريات العامة تقترب، - وكما يقول الفقه - من قواعد الصنف الأول، أي القواعد القانونية التشريعية، لكنها تمتاز عنها باتساع نسبي في العمومية والمجال ذلك لأن اختصاصها أوسع وأشمل، ومعلوم كذلك أن القواعد القانونية هي الأخرى تتسم بالضرورة بصفة العمومية (3)، فهي من الخواص الأساس في القاعدة القانونية (4)، لكن مجال العمل بها محدد تحديداً ضيقاً دقيقاً، وهذا التضيق في مجالها أمر لا مناص منه، لأن المشرع عند سنه للقواعد القانونية لا يمكنه تخيل كل أوجه الاحتمالات الواردة في الحياة الاجتماعية، بل إنه ينطلق من الحالات الواقعية المتكررة فيصريح بأحكامها في إطار فرض مجرد (5) .

فالفرض في القاعدة والذي ينصرف إليه الحكم لا يتخصص بشخص أو بأشخاص معينين بذواتهم، ولا بواقعة أو بوقائع معينة بذاتها، بل تنطبق القاعدة على كل شخص توافرت فيه صفات معينة، وعلى

(1) Jan G IJSSELS : " LES PRINCIPES JURIDIQUES NE SONT PAS ENCORE LA LOI, " cycle de conférences 'Principes généraux du droit' entre novembre , 1987 et mars 1989 , p . 37 .
ent Lire en ligne : van-hoecke-algemeene-rechtsbeginselen-1991.pdf

(2) د/ الوكيل ، شمس الدين: أثر الغش على الأسبقية ، المقالة السابقة ، ص 109 .
(3) د/ الشرفي محمد ، ود/ المزغني ، على ، مدخل لدراسة القانون ، أنف الذكر ، ص 39 .
(4) د/ بكرى ، عبد الباقي ، و د/ البشير ، زهير : المدخل لدراسة القانون ، أنف الذكر ، ص 37 .
(5) د/ الشرفي محمد ، ود/ المزغني ، على ، مدخل لدراسة القانون ، أنف الذكر ، ص 39 ، 40 .

كل علاقة استكملت شروطاً معينة، بحيث ينطبق الحكم على كل من توافر فيه الوصف المذكور في الفرض سواء كان شخصاً أو واقعة (1)، والضابط في كل ذلك هو ألا تقتصر القاعدة على حالة معينة أو على شخص بالذات (2)، فالقاعدة التي تقرر بطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة م 131 / 2 ينصرف حكمها لكل تصرف يكون موضوعه تركة مستقبلية بغض النظر عن ظروف إبرامه وشخصية طرفيه، ويتكرر تطبيقه كلما تكوّن هذا التصرف (3).

وبذلك فإن العموم والتجريد في القاعدة القانونية، فكرتان متلازمتان أو هما وجهان لخصيصة واحدة، غاية الأمر توصف القاعدة بالتجريد إذا ما نظر إليها عند نشوئها، وتوصف بالعموم إذا ما نظر إليها عند تطبيقها (4) .

وهي بهذا تغض النظر عن الفروق الثانوية في الظروف، وتعتد بالظروف والاعتبارات الرئيسية المشتركة بين مجموعة من الوقائع، كي تطبق عليها جميعاً، فهي تصدر لتتوجه بالتكليف إلى أشخاص لا حصر لعددهم، وتحكم حالات غير متناهية في تعدادها، مما يقتضي أن يستوعب حكمها فروضاً واحتمالات لا تقبل الحصر، سواء منها ما كان قائماً وقت صدورها أو ما يستجد منها في المستقبل (5) . هذا التحديد المتقدم لصفة العمومية بالنسبة للقاعدة القانونية مهم للوصول إلى تحديد واضح ودقيق لصفة العمومية في المبدأ العام .

وكنقطة أولية يجب التأكيد على أن المبدأ، وإن كان فكرة غير محددة سلفاً على من تطبق وإلى أي مدى، وفي أي ظروف مكانية أو زمانية، فإن القاعدة هي نقل المبدأ من كونه فكرة إلى ميدان التطبيق العملي عن طريق تحديد من تطبق عليهم، وإلى أي مدى وفي أي ظروف، فالمبدأ فكرة تتطوي على معانٍ كلية تصورية تنسم بالتجريد والإطلاق، بينما ينصرف مفهوم القاعدة القانونية إلى معنى

(1) د/ سلطان ، أنور: المبادئ القانونية العامة ، المؤلف آنف الذكر ، ص 22 .

(2) د/ السنهوري ، عبد الرزاق: د/ أبوستيت : أصول القانون آنف الذكر ، ص 14

(3) انظر د/ زكي ، محمود جمال : دروس في مقدمة الدراسات القانونية ، المؤلف آنف الذكر ، ص 6 .

(4) د/ السنهوري ، عبد الرزاق : د/ أبوستيت : أصول القانون آنف الذكر ، ص 15 .

(5) د/ بكرى ، عبد الباقي ، و د/ البشير ، زهير : المدخل لدراسة القانون ، آنف الذكر ، ص 39

التحديد للمبدأ، ووضعه في إطار قابل للتطبيق فهي التطبيق التفصيلي للمبدأ (1)، وتتأول الوقائع بشروطها لا بذواتها ، ولا يستغرقها التطبيق المنفرد .

وهنا يمكن أن يقال أن المبدأ العام " لا يحتوي مضموناً محدداً ، أما القاعدة فتتضمن تنظيمياً سلوكياً للأشخاص في المجتمع، فالمبادئ العامة ليس لها قدرة على التنفيذ الذاتي نظراً لكونها بالغة التجريد وذات مضمون مجرد أو سلبي، وتحتاج بالضرورة إلى قواعد تفصيلية تخلق حقوقاً والتزامات، وهي في ذات الوقت تتسم بطابع العمومية المستمد من الاعتراف بها من جانب التشريعات الوطنية لمعظم الدول مهما كانت طبيعة النظام القانوني الذي تنتمي إليه، ومن ناحية أخرى تتميز بأنها مبادئ أساسية كونها تهيمن على مجموعة من القواعد التفصيلية التي تنفرع منها (2) .

على أن العمومية في المبدأ العام، تكمن في قابليته للانطباق على قواعد قانونية أخرى، بحيث تعتبر القواعد المذكورة تطبيقاً للمبدأ العام، ويعتبر المبدأ العام هو القاعدة بالنسبة لهذه القواعد، فالمبدأ العام هو قاعدة القواعد، وإذا أخذت المبادئ القانونية بهذا المعنى، فإنه يمكن التعرف على هذه المبادئ بسهولة ويسر عن طريق مراجعة القواعد القانونية، للفرقة بين ما يعتبر منها أصلاً وما يعتبر فرعاً (3)، وإن كان ذلك يستلزم تجنب الوقوف عند حدود نصوص القوانين الوضعية، وتجاوز ذلك إلى الإلمام بما يوضحه الفقه من شروح لها وتقص لمصادرها وأصولها فضلاً عن متابعة تطبيق تلك النصوص في العمل، وتبين ما ترسيه الأحكام القضائية من مبادئ بشأنها (4)، وتصبح بذلك المبادئ العامة للقانون فكرة فنية المقصود منها وضع بناء منطقي متماسك للقواعد القانونية (5) .

فعومية المبدأ العام تعني إذن قابليته للانطباق على عدد من القواعد القانونية وفي مجالات مختلفة تغطي النظام القانوني في مجمله، فالمبدأ العلم يسري في نفس الوقت على جميع الحقوق ويمتد إلى جميع فروع القانون كالقانون المدني والقانون الإداري والقانون التجاري فيسري مثلاً مبدأ التعسف في استعمال

(1) الطنطاوي ، عبد الله محمود : التدخل الإنساني والمبادئ العامة للقانون الدولي ، المعهد المصري للدراسات ، ص 6 .
 (2) انظر : م. د. بخيت، مصطفى سالم عبد: المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدرراً للقانون الدولي الجنائي ، ص 308 ، متاح على شبكة المعلومات الانترنيت <https://www.iasj.net/iasj/download/81e3ff22a8087f54>
 (3) د/ تناعو ، سمير : النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 246
 (4) انظر : راغب، يحيى أحمد : المبادئ العامة للقانون كمصدر للقانون الدولي ، المقالة السابقة ، ص 912 .
 (5) د/ تناعو ، سمير : النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 246 .

الحق على العلاقات التعاقدية وعلى المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾، ومن ثم فإن عموميتها اشمل من عمومية القواعد التشريعية التي لا تتناول إلا وضعيات معينة محددة بالذات كالمسؤولية أو العقد، وغيرهما في حين جاءت المبادئ العامة للقانون لتشمل كل المادة القانونية، فهي التي تحتم الفلسفة التشريعية العامة⁽²⁾.

فالاختلاف إذن هو اختلاف في الطبيعة، فكل قاعدة تعد عامة، ولكنها خاصة في بعض النواحي من حيث أنها لا تحكم إلا مثل هذه الأعمال والوقائع فقط، بحكم أنه قد تم سنّها لوضع قانوني محدد، بخلاف المبدأ الذي يتمتع بعمومية تجعله يتضمن سلسلة غير محددة من التطبيقات، والتي يمكن أن تحكمها قواعد خاصة، وهي ما يطلق عليها الفقه الفرنسي "بعمومية الامتداد" *généralité* d'extension⁽³⁾.

وإن كان الخلاف قد جرى حول تحديد سقف لهذه العمومية؛ إلا أنه يمكن القول بأن "المبادئ العامة تتميز باستقلال ذاتي يرتفع بها عن مرتبة القواعد القانونية بالمعنى المألوف *regles juridiques*، وبهذا يكشف النظام القانوني عن تفاوت بين المبادئ والقواعد القانونية" ⁽⁴⁾، هذا يعني أن المبدأ العام هو كل قاعدة بلغت "من العمومية والأهمية ما يجعلها أساساً للعديد من القواعد التفصيلية المتفرعة عنها، فهي قاعدة بلغت من العمومية درجة عالية يمكن معها اشتقاق العديد من القواعد المتفرعة عنها" ⁽⁵⁾.

وهذه المبادئ إلى جانب أنها قواعد تنصف بالعموم والتجريد، "تنصف بأنها أساسية بالنسبة إلى غيرها من القواعد القانونية التي تستند إليها في قيامها وتطبيقها، وعلى ذلك فإن المبدأ يعلو القاعدة ويعد مصدراً وأساساً لها، ومن الأحكام القضائية البارزة التي أكدت هذا المعنى وفسرته، التفرقة الدقيقة الواضحة التي أورها الحكم الصادر من هيئة التحكيم الإيطالية الفنزويلية المشتركة في قضية *Gentini case* والذي جاء فيه "أن القاعدة هي في الأساس عملية، وبالإضافة إلى ذلك ملزمة، بينما نجد أن المبدأ يعبر

⁽¹⁾ د/ الشرفي محمد، ود/ المزغني، على، مدخل لدراسة القانون، آف الذكر، ص 42.

⁽²⁾ د/ بقيق، محمد: مدخل عام لدراسة القانون، آف الذكر، ص 174.

⁽³⁾ Gérard Philippe. Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit. In : Déviance - et société. 1988 - Vol. 12 N°1. p. 78.

https://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1988_num_12_1_1531

⁽⁴⁾ د/ شمس الدين الوكيل: المقال المشار إليه، ص 109.

⁽⁵⁾ م. د. مصطفى سالم عبد بخيت المبادئ العامة للقانون، مشار إليه، ص 308.

عن حقيقة عامة قادرة على توجيه تصرفاتنا ويعمل كأساس نظري لمختلف التصرفات في حياتنا، والتي يؤدي تطبيقها في الواقع إلى نتيجة معينة أو أثر معين " (1) .

وإذا كنا قد انتهينا إلى أن المبدأ هو " الأساس الذي تستند إليه الحلول التي تتضمنها مجموعة من القواعد القانونية، فإن القاعدة هي التطبيق العملي للمبدأ القانوني، وفي ضوء هذه التفرقة يعتبر من قبيل القاعدة القانونية القول أن الجنين صالح لاكتساب الحق بطريق الميراث ويكون من قبيل المبدأ القول أنه يجب اعتبار الجنين شخصاً موجوداً، كلما وجدت له مصلحة تقتضي اعتباره كذلك، ففي الحالة الأولى وضعت القاعدة القانونية للفصل في مسألة معينة، وهي أيلولة الميراث، أما في الحالة الثانية فيجب المبدأ عن مجموعة المسائل التي تتعلق بمبدأ الشخصية سواء كانت من المسائل المعروفة أم لا " (2)

ولا يمكن أن يؤدي تطبيق المبدأ القانوني إلى حلول جديدة مخالفة للحلول التي وردت في النصوص التشريعية المقررة للقواعد القانونية، إذ أن هذه الأخيرة هي مبناه، فإذا استعين مثلاً بالمبدأ القانوني في سبيل الوصول إلى فض المنازعات التي لم يرد في شأنها قاعدة معينة، فالحل مع ذلك معروف مقدماً وليس هناك من جديد سوى استقامة منطقية مع الحلول التي تطبق في سائر الأحوال المشابهة (3) .

وعلى ذلك فإن التفرقة بين المبدأ والقاعدة القانونية تقوم على أساس أن المبدأ فكرة عامة لا تحتوي مضموناً محدداً، وغير محددة سلفاً على من تطبق وإلى أي مدى، وهدفها هو وضع بناء منطقي متماسك للقواعد القانونية، بينما القاعدة القانونية تنقرر لحكم مراكز قانونية معلومة، فهي توضع لحل معين لمسألة محددة، وتمتاز بالثبات باعتباره عاملاً مهماً في استقرار المعاملات، ويرتبط بهذه النتيجة قابلية المبدأ للانطباق على قواعد قانونية أخرى، بحيث تعتبر القواعد المذكورة تطبيقاً للمبدأ العام .

(1) انظر : يحيى أحمد راغب : المبادئ العامة للقانون ، المقالة السابقة ، ص 911 .
 (2) محمد شريف أحمد : نظرية تفسير النصوص المدنية ، المؤلف آنف الذكر ، ص 160 ، 161 .
 (3) : د/ حامد زكي : التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 256 .

الخاتمة

الآن وقد انتهينا - وبعون من الله وفضله - من بحثنا الموسوم بـ " المبدأ القانوني والضابط والقاعدة القانونية " نستطيع أن نجمل ما توصلنا إليه من نتائج فيما يلي :

1- أن فكرة المبادئ العامة لم تكن مجهولة تماماً عند الفلاسفة والمفكرين وإنما تناولها الفقهاء بأقلامهم قديماً وحديثاً، وقد دللنا على أن النظم القانونية المختلفة قد ساهمت بشكل أو بآخر في صياغة مبادئ عامة، كان لها تأثير على النظم القانونية الحديثة، كما لم تستغن أساليب الفكر القانوني على مر الأجيال من السعي وراء البحث عن الموجهات والمبادئ التي تكون بمثابة المرجعية في تنظيم حياة الفرد والمجتمع، ولها القدرة على المساهمة بنصيب في سد النقص في القواعد لتكامل البناء القانوني، وهو ما عرضنا له في كثير من المراحل التاريخية، وصولاً إلى فقه الشريعة الإسلامية .

2- ثم إذا كانت المبادئ القانونية قد تم تقديمها - من قبل الفقه - على أنها تستعصي على التحديد، وهو ما لاحظناه من تعدد لتعريفاته، ومع هذا فقد تركز جهدنا في هذا الصدد على مناقشة هذا المفهوم، وعلاقته بأفكار أخرى كالقاعدة القانونية، والضابط القانوني أو المعيار، وما إذا كان يتقاطع معها أحياناً ويتداخل أخرى، وقد انتهينا إلى أن المبادئ هي " أفكار جوهرية تعلو القواعد وتعد أساساً لها، وتستنبط منها القواعد التفصيلية "، ويمكن استنباطها أو استقراءها من القواعد القانونية الوضعية، فهي لا تهدف إلى إيراد حل معين، بل يستعان بها فقط عند تطبيقها بطريق الاستنتاج على الأحوال التي لم يتعرض لها المشرع عن طريق القاعدة القانونية، وهو ما فصلنا القول فيه في هذه الدراسة .

3- واستبان لنا أن فكرة الضابط أو المعيار القانوني قد ارتبطت بفكرة الإنصاف التي دعى إليها أرسطو، فقد كان رأيه فيما يتعلق بمعالجة عيوب التشريع أن على القاضي أن يدرأ مضار هذا العيب أو النقص الفطري في التشريع بأن يوائم بين النص الموضوع بين يديه، وبين ظروف الواقع المعروض عليه سواء لتخفيف شدة النص أو لتتويع حكمه بما يحقق العدل، كما رسمه النص بل كما تقتضيه المواءمة أو الإنصاف .

4- ووجدنا أن القانون المدني يفسح المجال لبعض القواعد المعيارية التي يستهدي بها القاضي في التفاوت بالحلول حسب التفاوت في الظروف والملابسات المحيطة بالقضايا المرفوعة أمامه، وهو ما ذكرناه من خلال التطبيقات التي وردت في هذه الدراسة .

5- كما اتضح لنا أن الضوابط القانونية هي بمثابة معيار يحتكم إليه القاضي في تقدير نشاطه للوصول للحل الموضوعي ناضراً إلى كل حالة على حدة، ووفقاً لملاساتها الخاصة، وفي شأن التمييز بينها وبين المبادئ القانونية، وجدنا أنهما يتفقان في بعض الخصائص ويختلفان في الأخرى فالتعميم فيهما مشترك، إذ أن كلاهما لا يقتصر على تنظيم حالة معينة كالقاعدة القانونية .

6- وانتهينا إلى تعريفها بأنها : عبارة عن موجهات أو أطر معيارية يستعين بها القاضي، - وهو يواجه ظروف الواقع - للمواءمة بين القاعدة القانونية والحالة الخاصة المعروضة عليه، فهي تمتاز بمرونتها ولا تكتسب صفة الدوام كالقاعدة القانونية، وإنما تقتصر على الحال، أي تواجه كل حالة بخصوصها ابتداءً وانتهاءً، وإن كان ينبغي أن تكون سلطة القاضي في هذا الشأن في حدود ضيقة، حتى لا يؤدي الأخذ بها على إطلاقها إلى التحكم القضائي .

7- كما بحثنا فكرة التمييز بين المبدأ والقاعدة في نطاق القانون ، وتبين لنا أن الفصل في إبراز أهمية هذه التفرقة يعود للفيقه الفرنسي جان بولانجير Jean Boulanger ، الذي طور وصفاً دقيقاً للاختلاف بين المبادئ والقواعد .

8- واتضح لنا أن هذه التفرقة تقوم على اشتراك القاعدة و المبدأ في صفة العمومية، مع التفاوت في فهم مدلول هذه الصفة، وأن المبدأ فكرة عامة لا تحتوي مضموناً محدداً وغير محددة سلفاً على من تطبق وإلى أي مدى، وهدفها هو وضع بناء منطقي متماسك للقواعد القانونية، بينما القاعدة القانونية تنقرر لحكم مراكز قانونية معلومة، فهي توضع لحل معين لمسألة محددة، وتمتاز بالثبات باعتباره عاملاً مهماً في استقرار المعاملات، ويرتبط بهذه النتيجة قابلية المبدأ للانطباق على قواعد قانونية أخرى، بحيث تعتبر القواعد المذكورة تطبيقاً للمبدأ العام .

وهو ما وضحتاه بشيء من التفصيل في هذه الدراسة، والتي كان الغرض منها - وكما ذكرنا في بدايتها - وضع القارئ، أمام مجموعة من الأفكار قابلة للبحث والتدقيق .

ثبت المراجع

- 1- المعجم الفلسفي : مجمع اللغة العربية، المطابع الأميرية، 1983.
- 2- د/ أحمد إبراهيم : غاية القانون، دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، 2001 .
- 3- د/ أنور سلطان : المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة، 2005
- 4- د/ بن عمارة محمد : المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، ع 6، أبريل، 2013 ، متاح على شبكة المعلومات
- 5- د/ حامد زكي : التوفيق بين القانون والواقع — 2 — دراسة في فلسفة القانون الخاص، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية ، العدد الأول، يناير 1932 .
- 6- د/ حسن كيرة : المدخل إلى القانون، القسم الأول، منشأة المعارف بالاسكندرية، بدون تاريخ .
- 7- د/ جميل صليبا المعجم الفلسفي بالألفاظ العربية والفرنسية والإنكليزية واللاتينية، دار الكتاب، ج 1.
- 8- د/ سليمان مرقس : فلسفة القانون، دراسة مقارنة، المنشورات الحقوقية، صادر
- 9- المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للقانون المدني، 1961
- 10- د/ سمير تناعو : النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974
- 11- د/ شمس الدين الوكيل : مقال بعنوان " أثر الغش على الأسبقية في التسجيل عند تزامم المشترين لعقار واحد " مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 1، 2، 1959، س 8
- 12- د/ صوفي حسن أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية
- 13- د/ عباس حسني : مقال بعنوان " انعقاد الحوالة في الفقه الإسلامي والقانون المقارن " ، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ع 3، س 21
- 14- د/ عبد الحي حجازي : محاضرات في المدخل لدراسة العلوم القانونية (1) القانون، مكتبة عبد الله وهبة
- 15- د/ عبد الرزاق السنهوري، ود/ أحمد أبو ستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، 1950.
- 16- د/ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، مصادر الالتزام .

17-د/ عبد السلام محمد الشريف : المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، 1986

18-د/ عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، ص 29 .

19-د/ عمر ممدوح مصطفى : القانون الروماني ، ج 1، ط 2، الاسكندرية .

20-د/ محمد الشرفي ، د/ على المزغني : مدخل لدراسة القانون ، المركز القومي للبيداغوجي ، تونس.

21-د / محمد بدر : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، (1) مطبعة جامعة القاهرة 1970 .

22-د/ محمد بقبقق : مدخل عام لدراسة القانون ، مركز النشر الجامعي ، 2002 تونس .

23-د/ محمد شريف أحمد : نظرية تفسير النصوص المدنية، بغداد 1982 .

24-د/ محمود جمال زكي : دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الهيئة العامة للطباعة الأميرية، 1969 .

25-د/ مصطفى أحمد الزرقا : الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج 2، المدخل الفقهي العام، ط 10، مطبعة طربين دمشق، 1968.

م. د. مصطفى سالم عبد بخيت،: المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدراً للقانون الدولي الجنائي ، متاح على شبكة المعلومات الانترنت <https://www.iasj.net/iasj/download/81e3ff22a8087f54>

26-د/ مفيد شهاب : المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدراً للقانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، مج 23، 1967 .

26-د/ نبيل إسماعيل عمر : الطعن بالتماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف 1983.

27-أ . يحيى أحمد راغب : المبادئ العامة للقانون كمصدر للقانون الدولي، مقال منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، مج 19، ع 4 .

Marine GOUBINAT : Les principes directeurs du droit des — contrats ,THÈSE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES 2006

ent Lire en ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01392405/docum>

Email: Law@benghazi.edu.ly - phone: 00218 (061) 222 9092 WWW.law.benghazi.edu.ly

M. de Béchillon,, La notion de principe général en droit—— privé. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 51 N°1, Janviermars https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1999_num_51_1_18336

Jan G IJSSELS : " LES PRINCIPES JURIDIQUES NE SONT—— PAS ENCORE LA LOI, " cycle de conférences 'Principes généraux du droit' entre novembre , 1987 et mars 1989 , p . 37 .

ent Lire en ligne : [van-hoecke-algemene-rechtsbeginselen-1991.pdf](#)

Gérard Philippe. Aspects de la problématique actuelle des—— principes généraux du droit. In : Déviance et société. 1988 - Vol. 12 N°1. p. 78— .

https://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1988_num_12_1_1531

حصانة رئيس الدولة أمام القضاء الجنائي الأجنبي عند ارتكاب جرائم دولية

دكتور عبد الناصر السيد محمد الجهاني

أستاذ القانون الدولي المساعد بجامعة السلطان قابوس – كلية الحقوق

jahani@squ.edu.om

قائمة المختصرات باللغة الإنجليزية

Contemp	Contemporary
Eds	Editions
Fac	Faculty
ICJ	International Court of Justice
Int'l	International
J	Journal
L	Law
Pol'y	Policy
Prob	Problems
Q	Quarterly
Rev	Review
S. Afr	South Africa
St	State
U	University
Y.B	Yearbook

ملخص

من المسلم به أن رئيس الدولة يعتلي قمة السلطة في الدولة، في حين لا توجد فيه اتفاقية دولية واحدة تحدد الحصانات التي يتمتع بها رئيس الدولة على غرار اتفاقية فيينا بشأن العلاقات الدبلوماسية لسنة 1961م التي تعدد صراحة الحصانات والامتيازات التي يتمتع بها سفراء ودبلوماسي الدول. على أية حال، من المتعارف عليه في الفقه الدولي والممارسات القضائية أن حصانات رئيس الدولة وامتيازاته يحكمها القانون الدولي العرفي. على سبيل المثال، من القواعد الدولية العرفية الراسخة أن رئيس الدولة يتمتع بحصانة مماثلة كالتى يتمتع بها سفراء الدول، ومن ثم فهو يتمتع بحصانة من المحاكمة أمام القضاء الأجنبي عند ارتكاب جرائم جنائية عادية.

على الجانب الآخر، هناك قاعدة دولية عرفية قد تبلورت بعد الحرب العالمية الثانية وبالتحديد عقب محاكمات نورمبرج وطوكيو مفادها إمكانية معاقبة مرتكبي الجرائم الدولية أمام محاكم دولية بغض النظر عن صفتهم الرسمية حتى لو كان مرتكب تلك الجريمة رئيس دولة ما. وقد تم ترسيخ هذه القاعدة عندما تم النص عليها في المادة 27 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

هذا البحث يتناول إشكالية ما إذا كان رئيس الدولة يتمتع بحصانة أمام القضاء الجنائي الوطني للدولة الأجنبية عند ارتكابه جرائم دولية، حيث يرى البعض أن هذه الفرضية تتسم بعدم الوضوح،¹ لاسيما وأن الممارسات الدولية والسوابق القضائية في هذا الجانب لا تتسم بالاستقرار والثبات في ظل عدم وجود قاعدة دولية اتفاقية تنظم هذا الموضوع.²

يرى الباحث في هذه المقالة أن رئيس الدولة يجب ألا يتمتع بأية نوع من الحصانة (سواء شخصية أو وظيفية) أمام القضاء الجنائي الأجنبي عند ارتكاب جرائم دولية، وذلك بسبب الطبيعة الأمرة التي تميز التزام الدولة بمنع الجرائم الدولية والمعاقبة عليها، وكذلك تآكل القاعدة الدولية العرفية التي تحظر محاكمة رئيس الدولة أمام القضاء الجنائي الأجنبي عند ارتكاب جرائم دولية.

الكلمات المفتاحية: رئيس الدولة، الحصانة، الجرائم الدولية

¹ Jessica Needham, "Protection or Prosecution for Omar Al Bashir? The Changing State of Immunity in International Criminal Law" (2011) 17 Auckland U. L. Rev 220; Robert Cryer and others (eds), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge University Press, Cambridge, 2008) p424.

² Kerry Creque O'Neill, "A New Customary Law of Head of State Immunity? Hirohito and Pinochet" (2002) 38 Stan J Int'l L p291.

Abstract

It is recognised that the Head of State is at the top of power in a State, while there is no single international convention that defines the immunities enjoyed by the Head of State, similar to the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations, which explicitly enumerates the immunities and privileges enjoyed by ambassadors and diplomats of States. However, it is recognised in international jurisprudence and judicial practice that the immunities and privileges of the Head of State are governed by the customary international law. As one of a well-established customary international rule is that the Head of State enjoys immunity similar to that enjoyed by ambassadors of States, and then he/she enjoys immunity from prosecution before a foreign court when committing ordinary criminal offenses.

On the other hand, there is a customary international rule that has been crystallised after the Second World War, specifically after the Nuremberg and Tokyo trials, by which the perpetrators of international crimes can be punished before international courts, regardless of their official character, even if the perpetrator of that crime is a Head of State. This rule has been confirmed through Article 27 of the Statute of the International Criminal Court.

This research deals with an issue of whether the Head of State enjoys immunity before the national criminal jurisdiction of a foreign State when committing international crimes, as some believe that this hypothesis is not clear. In particular, international practices and judicial precedents in this aspect are not stable, in the absence of an international conventional rule regulating this issue.

The researcher in this article believes that the Head of State should not enjoy any kind of immunity (whether personal or functional) before a foreign criminal court when committing international crimes, due to the jus cogens nature that distinguishes the state's commitment to preventing and punishing international crimes, as well as the erosion of the customary international rule, prohibiting the prosecuting the Head of State before the foreign criminal court when committing international crimes.

Keywords: Head of State, Immunity, International Crimes

مقدمة

لا شك أن حصانة رئيس الدولة ماهي إلا تعبيراً عن احترام سيادة الدولة واستقلالها،¹ وضماناً لحماية ممثلها الرئيسي لأداء مهامه الدولية دون تدخل من قبل أية دولة أخرى ممثلة في قضائها الوطني.² ولكون رئيس الدولة يؤدي مهاماً دبلوماسية وشرفية لا تختلف كثيراً عن التي يؤديها الدبلوماسيين فهو يتمتع بنفس الحصانات والامتيازات المقررة للدبلوماسيين وفق القانون الدولي.³ وهذا يعني أن رئيس الدولة يتمتع بحصانة شخصية (مطلقة) عن جميع الأعمال سواء الرسمية أو الخاصة طالما أنه لا يزال يشغل منصب الرئيس، وكذلك حصانة وظيفية عن الأعمال الرسمية التي يؤديها بمناسبة وظيفته وهذا النوع من الحصانة قد يُثار بالتحديد عند تركه للوظيفة.

ونظراً للجدل الحاصل في مجال حصانات رئيس الدولة نتيجة لتطور مبدأ الاختصاص العالمي للجرائم الدولية،⁴ سوف يستعرض الباحث في هذه المقالة نوعي الحصانة التي يتمتع بهما رئيس الدولة في حالة ما قام رئيس الدولة بارتكاب جرائم دولية. بمعنى آخر، هذه المقالة سوف تتناول، من جانب، ما إذا كان من الممكن مقاضاة رئيس الدولة (الحالي) أمام القضاء الأجنبي عند ارتكابه جرائم دولية أو أن مبدأ الحصانة الشخصية المطلقة التي جرى تطبيقها في إطار الجرائم العادية من الممكن أيضاً الدفع به (المبحث الأول). على الجانب الآخر، سوف يتم البحث عما إذا محاكمة رئيس الدولة السابق عن الجرائم الدولية تقتصر فقط على التي ارتكبها بمناسبة تصرفاته الخاصة، أم أن هذه المحاكمة قد تمتد أيضاً إلى الجرائم الدولية ذات العلاقة بوظيفته (المبحث الثاني).

¹ Joseph Anthony P Lopez, 'Is the Head of State Above International Law: The Applicability of Head of State Immunity to the Commission of International Core Crimes' (2007) 51 Ateneo LJ 1079, p1080.

² Hazel Fox QC, the Law of State Immunity (Oxford University Press, Oxford, 2002) p427.

³ JMT Labuschagne, "Immunity of the Head of State for Human Rights Violations in International Criminal Law" (2001) 26 S. Afr. Y.B. Int'l L. p182.

⁴ Louise Arimatsu, Universal Jurisdiction for International Crimes: Africa's Hope for Justice, Chatham House Briefing Paper (2011) IL BP2010/01.

المبحث الأول

مدى محاكمة رئيس الدولة في ضوء مبدأ الحصانة الشخصية

يتمتع رئيس الدولة الموجود في السلطة بالحصانة الشخصية أمام المحاكم الجنائية الأجنبية عند ارتكابه جرائم عادية، والسؤال الذي قد يثور هو مدى تمتعه بتلك الحصانة عند ارتكاب جرائم دولية. أن الإجابة على هذا السؤال يتطلب البحث في سوابق قضائية دولية أو وطنية ذات علاقة بهذا الموضوع. في الحقيقة، توجد ممارسات وسوابق قضائية عديدة تتعلق بتوجيه اتهامات لموظفين كانوا يتولون مناصب رفيعة في الدولة، مثل وزير خارجية، ورئيس وزراء، ورئيس دولة، وذلك أمام القضاء الجنائي الأجنبي بسبب ارتكابهم جرائم دولية.

فيما يتعلق بوزير خارجية الدولة، قد ظهر ذلك بمناسبة أمر القبض الصادر عن حكومة بلجيكا في حق وزير خارجية الكونغو (Abdulaye Yerodia Ndombasi) بمناسبة اتهامه بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية. وهو الأمر الذي دفع الكونغو إلى تقديم شكوى قانونية ضد حكومة بلجيكا أمام محكمة العدل الدولية، مستندة في ذلك على أن وزير خارجيتها يتمتع بحصانة مطلقة أمام القضاء الجنائي الأجنبي طالما ما زال يؤدي وظيفته ويقوم بتمثيل بلاده.¹ في ضوء ذلك، دفعت حكومة بلجيكا بمشروعية أمر القبض على أساس أن رؤساء الخارجية يتمتعون بحصانة أمام المحاكم الأجنبية عن أعمالهم الرسمية فقط لا الخاصة.² بمناسبة النظر في هذه القضية، رأت محكمة العدل الدولية أن إمكانية مقاضاة وزير الخارجية الموجود في الوظيفة عن ارتكابه جرائم دولية قد تحدث في أربع حالات:³

الحالة الأولى: إمكانية مساءلته جنائياً أمام محاكم دولته حيث لا حصانة له.

الحالة الثانية: إمكانية مساءلته أمام القضاء الأجنبي في حالة رفع الحصانة عنه من قبل حكومة

دولته.

الحالة الثالثة: إمكانية مساءلته أمام القضاء الدولي الجنائي سواء المؤقت أو الدائم.

¹ ICJ, Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*).

² *Ibid*, paras 49 – 50.

³ *Ibid*, para 61.

الحالة الرابعة: إمكانية مساءلة وزير الخارجية عند تركه للوظيفة أمام القضاء الأجنبي عن التصرفات التي ارتكبت قبل فترة توليه منصب وزير خارجية أو بعد تركه للوظيفة أو عن التصرفات الخاصة التي قام بها أثناء شغله للوظيفة.

عقب الإشارة إلى هذه الحالات، قررت المحكمة بأغلبية الأصوات (12 مقابل 3) أن أمر القبض الصادر عن حكومة بلجيكا ضد وزير خارجية الكونغو يشكل انتهاكات للالتزامات الدولية المفروضة على بلجيكا فيما يتعلق بالحصانة الجنائية الممنوحة لوزير الخارجية بموجب القانون الدولي العرفي.¹

الجدير بالذكر أن هذا الحكم في قضية Yerodia من قبل محكمة العدل الدولية يتعلق بإقرار مبدأ الحصانة الجنائية لوزير الخارجية أمام المحاكم الأجنبية عند ارتكاب جرائم دولية، ومن ثم قد يثور تساؤل حول مدى إمكانية تطبيق هذا الحكم من باب أولى على رئيس الدولة الذي يعد في منصب أعلى من وزير الخارجية؛ وإن منحه لهذه الحصانة هو تكريس لسيادة الدولة وضمان عدم التأثير على ممثليها أثناء تأدية وظائفهم من قبل الدول الأخرى ممثلة في قضائها المحلي. وكما تقول Zappala إن حرمان رئيس الدولة الحالي من الحصانة الشخصية والعمل على حجزه ومقاضاته من قبل القضاء الأجنبي سوف يقوض العلاقات الدولية بين الدول وكذلك مبدأ السيادة الدولية الذي يعد الركيزة الأساسية في القانون الدولي.²

أما بالنسبة لرئيس وزراء الدولة الموجود في السلطة، فقد أثير الموضوع ضد أرييل شارون عندما كان رئيس وزراء إسرائيل، والذي كان يشغل منصب وزيراً للدفاع عندما غزت القوات المسلحة الإسرائيلية لبنان ووقوع مجازر بمخيمات اللاجئين الفلسطينيين في لبنان في 18 سبتمبر 1982م. 3 في عام 2001م، قام 24 شخصاً من أصول فلسطينية ولبنانية مقيمين في بلجيكا برفع دعوى قضائية أمام القضاء الجنائي البلجيكي ضد أرييل شارون الذي أصبح في ذلك الوقت رئيس وزراء إسرائيل، وذلك نتيجة لتعرضهم إلى إصابات جسدية، أو فقدانهم لأقارب، أو ممتلكات خلال الهجوم على مخيمات اللاجئين.

¹ Ibid, para 78.

² Salvatore Zappalà, "Do Heads of State in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes?" (2001) 12 European Journal of International Law, p601.

³ لمزيد من التفاصيل حول هذه القضية، أنظر

Richard Falk, the Case of Ariel Sharon and the Fate of Universal Jurisdiction (Princeton Institute for International and Regional Studies of Princeton University, 2004) p65.

وكان أساس ادعاء هؤلاء الضحايا إن أرييل شارون لم يمنع تلك المجازر ومن ثم فهو متواطئاً في ارتكاب انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني ترقى إلى جرائم حرب. قضت محكمة الاستئناف في بروكسل في 26 يونيو 2002م بأن الدعوى غير مقبولة بموجب قواعد الإجراءات الجنائية البلجيكية، لأن المتهم لم يكن موجوداً في بلجيكا، ولم يكن هناك دليلاً على أنه على وشك الوصول إلى بلجيكا. استأنف المدعين الحكم أمام محكمة النقض، ووجدت تلك المحكمة أن المتهم لا يجب أن يكون حاضراً في بلجيكا لبدء الإجراءات، كما انتهت إلى أن القانون الدولي العرفي يحظر على رؤساء الدول والحكومات أن يخضعوا للإجراءات أمام المحاكم الجنائية للدول الأجنبية. على الرغم من أن السابقة القضائية والتي قبلها لا تتعلق برئيس الدولة، إلا أنها قد تسهم في ترسيخ قاعدة دولية عرفية مفادها تمتع ذوي المناصب العليا في الدولة، مثل رئيس الوزراء ووزير الخارجية، ومن باب أولى رئيس الدولة بحصانة أمام القضاء الجنائي الأجنبي عند اتهامهم بارتكاب جرائم دولية. وهذا ما تم التأكيد عليه صراحة في قضية روبرت موجابي، رئيس زيمبابوي، الذي تم توجيه ادعاءات له بارتكاب جرائم تعذيب ضد أشخاص في زيمبابوي من قبل شخص حقوقي يدعى Peter Tatchell، وذلك أمام محكمة بريطانية.¹ غير أن قاضي المحكمة البريطانية قد قرر في 14 يناير 2004م رفض إصدار أمر قبض ضد موجابي كونه رئيس دولة حالي ويتمتع بالحصانة الشخصية المطلقة.² في قضية حديثة تعود لعام 2008، قررت المحكمة الإسبانية The Audiencia Nacional إلى أن المحاكم الإسبانية ليس لها اختصاص لمحاكمة السيد كاغامي، الرئيس الدولة الحالي لجمهورية رواندا، عن جرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، والأعمال الإرهابية، وذلك لتمتعه بحصانة شخصية مطلقة.³ هذه السوابق والممارسات القضائية سواء كانت دولية أو وطنية تشير إلى وجود قاعدة دولية عرفية مفادها تمتع رئيس الدولة الموجود في منصبه بحصانة أمام القضاء الجنائي الأجنبي حتى عند ارتكابه جرائم دولية.

¹ Coilm Warbrick, Immunity and International Crimes in English Law (2004) 10 Law International and Comparative Law Quarterly, pp769-770.

² Ibid, p770

³ United Nations General Assembly, Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction: Memorandum by the Secretariat (International Law Commission Sixtieth session, Geneva, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2008) p61, para 101.

المبحث الثاني

مدى محاكمة رئيس الدولة السابق في ضوء مبدأ الحصانة الوظيفية

من المتفق عليه - طبقاً لقاعدة الحصانة الوظيفية - أن رئيس الدولة السابق يتمتع بالحصانة عن الأعمال الرسمية التي لها علاقة بوظيفته حتى لو كانت تشكل جرائم عادية، في حين أنه من الممكن مساءلته عن تلك الجرائم إذا ما قام بها في إطار أعماله أو تصرفاته الخاصة. السؤال الرئيس الذي يمكن أن يُثار في هذا الجانب هو ما إذا كان من الممكن محاكمة رئيس الدولة السابق عن الجرائم الدولية التي ارتكبها في إطار تصرفات الخاصة ولا يُقاضى على الجرائم الدولية التي ارتكبها في إطار أعماله الرسمية، أو أن الوضع يكون مختلفاً تماماً بسبب الطبيعة الخاصة للجرائم الدولية، ومن ثم فمن الممكن مقاضاته عن الجرائم الدولية التي ارتكبها بغض النظر سواء كانت بمناسبة أعماله الرسمية أو الخاصة طالما أنه قد ترك الوظيفة.

من الممكن بحث هذه المسألة من خلال قضية Pinochet وهو الرئيس السابق لجمهورية تشيلي الذي كان يتلقى العلاج في إحدى مستشفيات لندن بالمملكة المتحدة، وأثناء ذلك صدر في حقه أمر احتجاز من قبل حكومة المملكة المتحدة في أكتوبر 1998م، وذلك بناء على طلب من قبل حكومة إسبانيا التي طالبت بتسليمه لها لغرض مقاضاته عن جرائم قتل وتعذيب لمواطنين إسبان أثناء توليه الحكم في تشيلي.¹ في الوقت الذي دفع فيه محامي الرئيس التشيلي السابق بالحصانة الوظيفية، إلا أن مجلس اللوردات الإنجليزي قد قرر في 25 نوفمبر 1998م أن Pinochet لا يتمتع بحصانة وظيفية عن جرائم التعذيب التي ارتكبها خلال فترة رئاسته كون تلك الجرائم لا تقع ضمن الأعمال الرسمية لرئيس الدولة.² بمفهوم المخالفة للقرار الصادر عن مجلس اللوردات، يتضح أن رئيس الدولة السابق لا يُحاكم عن التصرفات غير المشروعة التي ارتكبها أثناء فترة رئاسته إذا ما كانت ضمن أعماله الرسمية؛ بينما من الممكن مقاضاته أمام القضاء الجنائي الأجنبي عن الأعمال التي ترقى إلى مرتبة الجرائم دولية وكانت تتعلق بتصرفاته الشخصية، وهذا يأتي متمشياً مع حكم محكمة العدل الدولية في قضية Yerodia وبالتحديد الاستثناء الرابع الذي سبق الإشارة

¹ Exparte Pinochet (No.1), [1999] 1 A.C.

² Ibid, at para 115.

اليه. إذ أن هذا الاستثناء يقرر أنه من الممكن مقاضاة وزير خارجية الدولة الأسبق (أو رئيس الدولة السابق) أمام القضاء الأجنبي عن التصرفات التي تشكل جرائم دولية إذا ما ارتكبت بمناسبة أعماله الخاصة.

لا شك أن تقرير مجلس اللوردات في قضية Pinochet يعد مهماً كونه لأول مرة يُشار ضمناً إلى إمكانية محاكمة رئيس الدولة السابق أمام المحاكم الأجنبية عن الجرائم الدولية إذا ما ارتكبت بمناسبة تصرفاته الخاصة.¹ غير أن تقرير مجلس اللوردات بأن ارتكاب الجرائم الدولية من قبل رئيس الدولة لا يعد في الغالب من ضمن الأعمال الرسمية أو الوظيفية لرئيس الدولة هو أمر محلّ للجدل. لاسيما وأن هناك رأي آخر معاكس يقول إن ارتكاب الجرائم الدولية تقع غالباً ضمن الأعمال الوظيفية لرئيس الدولة،² خاصة وأن معظم الجرائم الدولية تتضمن ركناً أساسياً يتعلق بأنها ينبغي أن تكون ناجمة عن سياسة رسمية صادرة عن الدولة،³ ومن ثم فإن رئيس الدولة يقوم بها نيابة عن الدولة. في الحقيقة، إن تحديد ما إذا كانت الجريمة الدولية تتعلق بتصرف رسمي أو خاص لرئيس الدولة هو أمر من الصعب تقريره وهو ما تم التأكيد عليه من قبل محكمة العدل الدولية في قضية Yerodia،⁴ إذ إن تقرير ذلك يحتاج إلى التعرف على الظروف المحيطة برئيس الدولة وكيفية فصله بين مهامه الرسمية والخاصة.

في قضية أخرى، قام مجموعة من المواطنين ذوي الجنسية التشادية والمقيمين في بلجيكا بتقديم شكوى جنائية في 30 نوفمبر عام 2000م أمام أحد المحاكم في بروكسل (بلجيكا) ضد الرئيس السابق لدولة تشاد حسين حبري الذي لاذ بالفرار إلى السنغال طالباً اللجوء السياسي عقب انقلاب من قبل الجنرال ادريس ديبي (الرئيس الحالي لدولة تشاد).⁵ قامت حكومة بلجيكا في 19 سبتمبر 2005م بإصدار مذكرتي اعتقال دولي وطلب تسليم إلى حكومة السنغال على أساس مبدأ الاختصاص العالمي لجرائم التعذيب،

¹ O'Neill (n2) p 310.

² Lopez (n3) p1084.

³ Ivan Jovanovic, 'Immunity of Heads of State for International Crimes: Deflating Dictators' Lifebelt' (2009) 2009 Annals Fac L Belgrade Int'l Ed 202, p221.

⁴ Democratic Republic of the Congo v. Belgium (n7) at para 20.

⁵ International Court of Justice, Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal) Judgment of 20 JULY 2012, para 19.

وجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب الذي ارتكبها الرئيس السابق حبري في تشاد أثناء فترة رئاسته.¹ قررت غرفة الاتهام بمحكمة الاستئناف في السنغال - بناء على توصية من المدعي العام في السنغال - بأنها لا تملك تنفيذ أمر التسليم كون حسين حبري الرئيس السابق لدولة تشاد متهم بارتكاب جرائم أثناء مباشرة أعماله الرسمية أو الوظيفية، ومن ثم فهو يتمتع بالحصانة الوظيفية.² الجدير بالذكر أن قرار غرفة الاتهام بمحكمة الاستئناف السنغالية جاء مخالفا لقرار مجلس اللوردات في قضية Pinochet، من منطلق إنها قد رفضت اختصاص المحاكم الأجنبية بمقاضاة رئيس الدولة السابق عن ارتكاب جرائم دولية على أساس قاعدة الحصانة الوظيفية لرئيس الدولة،³ بينما مجلس اللوردات اعتبر أن ارتكاب الجرائم الدولية من قبيل التصرفات الخاصة ولا يسري في شأنها قاعدة الحصانة الوظيفية.

على أية حال، نتيجة لتزايد الضغوط الدولية على السنغال، قامت الأخيرة بإحالة مسألة مدى محاكمة الرئيس التشادي السابق الى الاتحاد الأفريقي للبت في أمره، وعلى ضوء ذلك، خول الأخير حكومة السنغال بمحاكمة حبري نيابة عن الاتحاد الأفريقي وذلك من قبل محكمة سنغالية تكفل للمتهم محاكمة عادلة.⁴

غير إنه بتاريخ 19 فبراير 2009م، قامت حكومة بلجيكا بتقديم شكوى قانونية إلى محكمة العدل الدولية ضد جمهورية السنغال وذلك بسبب رفضها تسليم الرئيس التشادي السابق، حسين حبري إلى بلجيكا، وفي هذا السياق، صدر حكم محكمة العدل الدولية الذي جاء فيه أن على حكومة السنغال محاكمة حسين حبري أمام محاكمها الوطنية باعتبارها دولة مصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لسنة 1984م، أو أنها تقوم بتسليمه إلى حكومة بلجيكا.⁵

بعد تبادل المشاورات بين حكومة السنغال والاتحاد الأفريقي وبناء على اتفاق دولي بينهما، تم انشاء محكمة داخل السنغال والتي سُميت بأسم "الغرف الأفريقية الاستثنائية". لقد تم افتتاح الأخيرة أو المحكمة

¹ Ibid, para 21.

² Ibid, para 22.

³ Emmanuel Yaw Benneh, "Sovereign Immunity and International Crimes" (2002-2004) 22 U. Ghana L.J. p140.

⁴ Belgium v. Senegal (n22) para 23.

⁵ Ibid, para 122 (6).

الجناية الإفريقية الخاصة (كما سماها البعض) في 8 فبراير 2013م في دكار، وقد بدأت بمحاكمة حسين حبري واتباعه في تاريخ 20 يوليو 2015م وذلك عن الجرائم الدولية (جرائم الإبادة وجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجرائم التعذيب) التي وقعت في تشاد ما بين 7 يونيو 1982م و1 ديسمبر 1990م. عقب سلسلة من التحقيقات والمحاكمات، أصدرت محكمة الغرف الإفريقية الاستثنائية الخاصة حكمها على الرئيس السابق حسين حبري بالسجن المؤبد في 30 يونيو 2016م.

على الرغم من تأسيس الغرف الإفريقية الاستثنائية ضمن النظام القضائي السنغالي، إلا أنه من الممكن تصنيفها كمحكمة دولية جنائية ذات طبيعة خاصة أو مختلطة عن كونها ذات طابع وطني، وذلك على أساس أن ميثاق انشائها هو عبارة عن اتفاق دولي بين حكومة السنغال والاتحاد الإفريقي، وأن قرار تعيين قضاتها يكون بموجب قرار صادر عن مفوضية الاتحاد الإفريقي، كما أن اللجنة التوجيهية لتمويلها تتكون من 10 ممثلين وهم: حكومة السنغال، والاتحاد الإفريقي، والاتحاد الأوروبي، وألمانيا، وبلجيكا، والولايات المتحدة، وفرنسا، ولوكسمبورغ، وهولندا وتشاد.²

في الحقيقة، أن الوقائع والنتائج المترتبة على محاكمة الرئيس التشادي السابق حسين حبري يمكن أن يفضيا إلى نتيجتين مختلفتين حول إقرار الحصانة الوظيفية لرئيس الدولة، وهما على النحو الآتي:

النتيجة الأولى: أن قرار محكمة العدل الدولية القاضي بضرورة تسليم حبري إلى بلجيكا أو محاكمته أمام القضاء السنغالي يعني أن المحكمة لم تعترف بالحصانة الوظيفية لرئيس الدولة السابق أمام القضاء الأجنبي عند ارتكاب جرائم دولية بدليل أن المحكمة قد قدمت لحكومة السنغال خيار إمكانية محاكمته أمام القضاء السنغالي. وهذا القرار يأتي منسجما، من جهة، مع قرار مجلس اللوردات في قضية Pinochet، ومع قرار محكمة العدل الدولية في قضية Yerodia التي أشارت فيه إلى جواز محاكمة وزير الخارجية السابق أمام القضاء الأجنبي عن الجرائم الدولية إذا ما كانت ضمن التصرفات الخاصة التي قام بها أثناء وجوده في الوظيفة. من الواضح أن محكمة العدل الدولية تسير في اتجاه أن ارتكاب الجرائم الدولية يعد من قبيل التصرفات الخاصة وليست الوظيفية. من المحتمل أيضا أن يكون قرار المحكمة

¹ شراد محمد، "الغرف الإفريقية الاستثنائية كآلية لمحاكمة مركبي الجرائم الدولية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص 2017، ص 289.

² Brian Man-ho Chok, 'The Struggle between the Doctrines of Universal Jurisdiction and Head of State Immunity' (2014) 20 UC Davis J Int'l L & Pol'y pp 233, 260.

بإمكانية محاكمة حبري أمام القضاء السنغالي هو نتيجة لقرار رفع الحصانة الوظيفية عن الرئيس التشادي السابق من قبل المؤتمر السيادي الوطني الذي انعقد في انجامينا (تشاد) من الفترة 15 يناير إلى 7 أبريل 1993م.¹

النتيجة الثانية: أن قيام حكومة السنغال بإنشاء محكمة خاصة ذات طابع دولي بالاتفاق مع الاتحاد الأفريقي لمحاكمة الرئيس التشادي السابق يعني أن كل من السنغال والاتحاد الأفريقي قد اقرا ضمنا بحصانة رئيس الدولة السابق أمام القضاء الأجنبي في حالة ارتكابه جرائم دولية،² وأن هذا النوع من المحاكمات يجب أن يكون أمام قضاء دولي وليس وطني، وهذا بالطبع يأتي مخالفا لقرار مجلس اللوردات في قضية Pinochet، وكذلك قرار محكمة العدل الدولية في قضية Yerodia.

الجدير بالذكر، أن مسألة تمتع الرئيس التشادي السابق بالحصانة الوظيفية عن تصرفاته الرسمية أثناء فترة رئاسته ووضعها في الاعتبار من قبل حكومة السنغال والاتحاد الأفريقي قد يكون محل جدل، حيث أن في خطاب صادر موجه من قبل وزير العدل التشادي إلى حكومة بلجيكا يفيد من خلاله أن المؤتمر السيادي الوطني الذي انعقد في انجامينا (تشاد) من الفترة 15 يناير إلى 7 أبريل 1993 قد رفع عن الرئيس التشادي السابق، حسين حبري كل الحصانات التي تعيق اية عملية قانونية.³ لا شك أن هذا الخطاب قد خول ضمنا حكومة السنغال بمحاكمة الرئيس التشادي السابق، حسين حبري، أو تسليمه إلى القضاء الجنائي البلجيكي، وذلك دون اعتبار لأية نوع من الحصانة التي كان من المفترض أن يتمتع بها رئيس الدولة السابق. على أية حال، من الممكن أن نستخلص أنه ليس هناك ممارسات دولية واضحة وموحدة تتعلق بمحاكمة رئيس الدولة السابق أمام القضاء الجنائي الأجنبي عند ارتكابه جرائم دولية.

¹ *Belgium v. Senegal* (n22) para 20.

² هناك موقف غير واضح من قبل الاتحاد الأفريقي في هذا الجانب، إذ أنه في البداية قد فوض حكومة السنغال بمحاكمة حسين حبري أمام محكمة سنغالية ومن ثم فهذا يعد بمثابة انكار لحصانة رئيس الدولة السابق أمام القضاء الأجنبي، ولكن في قرار لاحق وبالتحديد في يناير 2011م طلبت جمعية رؤساء الدول والحكومات بالاتحاد الأفريقي من اللجنة المشكلة من الاتحاد الأفريقي التشاور مع حكومة السنغال للإسراع في محاكمة حسين حبري أمام محكمة خاصة ذات طابع دولي. هذا الموقف الأخير قد يشير ضمنا إلى مراعاة الاتحاد الأفريقي للحصانة الوظيفية التي يتمتع بها الرئيس السابق أمام القضاء الأجنبي، ولكن قد يكون هناك دافع آخر لدى الاتحاد الأفريقي يتمثل بأن تحقيق محاكمة عادلة لرئيس تشاد السابق ومراعاة الضمانات القضائية سوف لن يتحقق أمام قضاء سنغالي وطني.

See *Belgium v. Senegal* (n22) paras 35-36.

³ *Ibid*, para 20.

المبحث الثالث

مبررات إمكانية محاكمة رئيس الدولة أمام القضاء الجنائي الأجنبي عن الجرائم الدولية

في القضية المتعلقة بمقاضاة الزعيم الليبي الراحل معمر القذافي أمام القضاء الفرنسي عن ارتكابه جرائم إرهاب أثناء وجوده في الحكم، قالت محكمة النقض الفرنسية انه لا يمكن تعقب ومقاضاة القذافي أمام القضاء الفرنسي كونه لا يزال يشغل منصب رئيس الدولة ، كما أن جرائم الإرهاب ليست من ضمن الاستثناءات الواردة على مبدأ حصانة رئيس الدولة.¹ مثل هذا الحكم الصادر عن المحكمة يشير إلى أن رئيس الدولة لا يتمتع بحصانة مطلقة أمام القضاء الأجنبي،² بل أن هناك استثناءات يمكن من خلالها مقاضاة رئيس الدولة سواء السابق أو الحالي في السلطة،³ وقد يكون أحد هذه الاستثناءات هو ارتكابه جرائم دولية. هذا الاستثناء قد تم الإشارة إليه أيضا من قبل مجلس اللوردات بمناسبة قضية Pinochet الذي صرح أن حصانة رئيس الدولة تكون مقيدة حاليا بمفهوم الجرائم الدولية.⁴ في نفس السياق، يرى Benneh أن عدم وجود ممارسات سابقة لمحاكمة رئيس الدولة أمام المحاكم المختلطة يجب ألا يشكل عائقا يمنع تلك المحاكم من ممارسة ذلك الاختصاص،⁵ وهذا الأمر قد ينطبق أيضا على القضاء الجنائي الأجنبي في حالة ارتكاب رئيس الدولة لجرائم دولية.

في هذا المبحث، سوف يتم استعراض الأسس أو المبررات القانونية التي يمكن الاستناد عليها لمحاكمة رئيس الدولة السابق أو الحالي عند ارتكابه جرائم دولية. يتمثل المبرر القانوني الأول في أن تلك المحاكمة تشكل التزاما دوليا يرقى إلى مرتبة أحد القواعد الدولية الآمرة (المطلب الأول). من جهة أخرى، أن تآكل حصانة رئيس الدولة عند ارتكاب جرائم دولية، نتيجة لظهور ممارسات دولية تحظر حصانة رئيس الدولة أمام القضاء الجنائي الأجنبي عند ارتكاب جرائم دولية تشكل المبرر القانوني الثاني لمحاكمته (المطلب الثاني).

¹ RGDIP 474, ILDC 774 (FR 2001)

² André Nollkaemper & August Reinisch, Gaddafi case, General Prosecutor at the Court of Appeal of Paris, Appeal judgment, Appeal No 00-87215, Decision No 64, (2001) 125 ILR 490, (2001) RGDIP 474, ILDC 774 (FR 2001), 13th March 2001, France; Court of Cassation [Cass]; Criminal Division (Oxford Public International Law) p 3.

³ Lopez (n3) p 1107.

⁴ Exparte Pinochet (n16) para 198.

⁵ Benneh (n25) p153.

المطلب الأول: الطبيعة الأمرة لقاعدة عدم ارتكاب الجرائم الدولية ومعاقبة مرتكبيها.

لقد استندت Jessica Needham على الطبيعة الخاصة ومكانة القاعدة الدولية الأمرة كأساس قانوني يدعم عدم تمتع رئيس الدولة الحالي أو السابق بالحصانة أمام المحاكم الدولية الدائمة أو المؤقتة عند ارتكابه الجرائم الدولية،¹ ومن ثم فالباحث في هذه المقالة يرى كذلك أنه لا ضير من الاستناد على نفس الأساس والقول بإمكانية اختصاص القضاء الجنائي الأجنبي بمحاكمة رئيس الدولة الحالي أو السابق عند ارتكاب جرائم دولية.

على الرغم من أن هناك صعوبة في تحديد ما إذا كانت قاعدة دولية ما لها طبيعة أمرة أم لا، فإنه هناك شبه اتفاق في الفقه الدولي على أن جرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية وجرائم التعذيب والإبادة الجماعية تشكل انتهاكا لقواعد دولية أمرة.² من الثابت على مستوى الفقه والممارسات القضائية، أن القاعدة الدولية الأمرة تعطي المرتبة الأعلى بين القواعد الدولية، ومن ثم فقاعدة حظر ارتكاب الجرائم الدولية والمعاقبة عليها يجب أن تمنح الأولوية في التطبيق على القاعدة العرفية التي تقرر حصانة رئيس الدولة أمام القضاء الجنائي الأجنبي عند ارتكاب جرائم دولية. لاسيما وأن السوابق القضائية تقرر أن حظر ارتكاب الجرائم الدولية يتمتع بطبيعة أمرة ولا يمكن الانتقاص منها وهو ما أكدت عليه المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة في قضية *Prosecutor v. Kupreskic* عندما قررت أن معظم قواعد القانون الدولي الإنساني وعلى وجه الخصوص التي تحظر ارتكاب جرائم الحرب، وجرائم ضد الإنسانية والإبادة الجماعية تكون قواعد دولية أمرة ولها الطبيعة الغالبة.³

في موضع آخر، قررت المحكمة الجنائية الدولية المؤقتة ليوغسلافيا السابقة في الحكم الصادر في قضية *Furundzija* أن هناك نتيجة حتمية واضحة مفادها أن وجود قاعدة دولية ذات طبيعة أمرة مثل عدم ارتكاب الجرائم الدولية والعمل على منعها والمعاقبة عليها يتطلب عدم الانتقاص منها عن طريق قاعدة اتفاقية أو عرفية عامة أو خاصة.⁴ وهذا يدفعنا إلى القول أن القاعدة العرفية المتعلقة بحصانة رئيس الدولة

¹ Needham (n1) p230.

² M. Cherif Bassiouni, *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, 25 *Law & CONTEMP. PROB.* p63, p68 (1996); Ian Brownie, *Principles of Public International Law*, p515.

³ *Prosecutor v. Kupreskic*, [ICTY Appeals Chamber Case No. IT-9 5-i6-A, 23 Oct 2001].

⁴ *Prosecutor v Furundzija* (1999) 391LM para153.

أمام المحاكم الأجنبية عند ارتكاب جرائم عادية لا يمكن الدفع بها عند ارتكابه جرائم دولية، كون محاكمة رئيس الدولة عن ارتكاب جرائم دولية هو تطبيقاً لقاعدة أمرة لا يجوز الانتقاص منها.

علاوة على ذلك، قررت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة في قضية Furundzija أن الذين يرتكبون جرائم التعذيب على أساس تدابير وطنية قد يتم ملاحقتهم قضائياً سواء أمام محاكمهم الوطنية في حالة تغير النظام أو أمام المحاكم الأجنبية.¹ مثل هذا التقرير الصادر من المحكمة قد يدعم القول بعدم حصانة رئيس الدولة أمام المحاكم الأجنبية عند ارتكاب جرائم دولية. لاسيما وأن رئيس الدولة غالباً ما تكون الأعمال الصادرة عنه مستندة على تدابير وطنية سواء تشريعية أو تنفيذية، ومن ثم فإن هذه المشروعية القانونية الوطنية تكون غير قائمة أمام المحاكم الأجنبية في حالة ارتكاب جرائم التعذيب.

هذا الحكم الصادر عن المحكمة الجنائية الدولية المؤقتة ليوغسلافيا السابقة في قضية Furundzija يوضح، من جانب آخر، أن العفو في الجرائم الدولية هو أمر لم يعد مقبولاً في القانون الدولي الجنائي نتيجة للطبيعة الأمرة التي تميز الالتزام بمنع ارتكاب الجرائم الدولية والمعاقبة عليها،² لذلك فإنه يمكن القول أيضاً أن عدم حصانة رئيس الدولة أمام المحاكم الأجنبية عند ارتكابه جرائم دولية تكون نتيجة موازية لتلك الطبيعة الأمرة لهذا الالتزام. وهذا ما أكدته القاضي Khasawneh في رأيه المنفصل في قضية Yerodia عندما قال إن مكافحة الجرائم الدولية قد وصل إلى مرتبة القاعدة الأمرة وهذا يعني أن الجرائم الدولية تعد استثناء على قاعدة الحصانة الشخصية.³ يؤكد ذلك أيضاً اللورد Millet في مجلس اللوردات البريطاني عندما صرح بمناسبة قضية Pinochet بأن المجتمع الدولي قد أقر جريمة (التعذيب كجريمة ضد الإنسانية) فلا يجب تطبيق الحصانة الوظيفية ضدها، ولا يمكن قبول أن القانون الدولي نص على جريمة تحمل طابع القواعد الأمرة، وفي الوقت نفسه ينص على حصانة، تنطبق بالتساوي على الالتزام الذي يفرضه الناجم عن القواعد الأمرة.⁴

أخيراً وليس آخراً، من الممكن القول إن رئيس الدولة الذي ينتهك قاعدة دولية أمرة مثل ارتكاب جرائم دولية يجب أن يحرم من الحماية التي تقرها قواعد القانون الدولي له كرئيس دولة، وهذا الأمر

¹ Ibid, p165.

² JMT Labuschagne (n5) p183.

³ Democratic Republic of the Congo v. Belgium (n7) para 6.

⁴ Exparte Pinochet (n16) para 99.

ينطبق أيضا على الدولة التي يمثلها ذلك الرئيس. فالدولة التي ترفض محاكمة رئيسها أمام القضاء الأجنبي بحجة تمسكها بالحصانة وعدم رفعها عنه يجب ان تعاقب على هذا السلوك الذي يتناقض مع إرادة الجماعة الدولية التي حظرت ارتكاب الجرائم الدولية وذلك بمحاكمة رئيس الدولة أمام القضاء الأجنبي أو الدولي. هذه النتيجة تأتي منسجمة مع تعليق اللورد Wilkinson داخل مجلس اللوردات في سياق قضية Pinochet الذي تساءل "كيف يمكن للقانون الدولي أن يستخدم الوظيفة الرسمية لفعل أشياء التي يحظرها ويجرمها القانون الدولي نفسه؟"¹

المطلب الثاني: تآكل قاعدة حظر محاكمة رئيس الدولة أمام القضاء الجنائي الأجنبي عند ارتكاب

جرائم دولية.

أن تمتع رئيس الدولة السابق بالحصانة الوظيفية هو أمر مشكوك فيه،² والدليل على ذلك هو ما حدث في قضية Pinochet، التي انتهى فيها مجلس اللوردات إلى عدم حصانة رئيس الدولة السابق أمام القضاء الأجنبي، مع إمكانية تطبيق ذلك - كما أشرنا سابقا - سواء في إطار تصرفات الرئيس الوظيفية أو الخاصة في ضوء صعوبة التمييز بينهما. ناهيك عن عدم وجود ممارسات تتسم بالثبات والوضوح، مثلما حدث في قضية الرئيس التشادي السابق حسين حبري التي سبق التعرض إليها. الجدير بالذكر، أن عذا التناقض وعدم الوضوح قد دفع لجنة القانون الدولي و بعض من الفقه الدولي للقول بأن القانون الدولي العرفي أصبح ينكر على رئيس الدولة المتمتع بالحصانة الوظيفية أمام القضاء الدولي وكذلك الوطني عند ارتكابه جرائم دولية.³

فيما يتعلق بالحصانة الشخصية المطلقة لرئيس الدولة الحالي، فلا أحد يستطيع أن ينكر أن هناك قاعدة دولية عرفية تقرر أن رئيس الدولة الحالي يتمتع بالحصانة أمام القضاء الجنائي الأجنبي عند ارتكاب جرائم دولية. لكن على الجانب الآخر، هناك ممارسات دولية أخرى - لا يمكن وصفها حاليا بالقانون الدولي العرفي - تحظر تمتع رئيس الدولة بالحصانة المطلقة عند ارتكاب جرائم دولية. هذه

¹ O'Neill (n2) pp294-95.

² Ivan (n20) p211.

³ Ibid, 212; P. Gaeta, "Official Capacity and Immunities" in A. Casese, P. Gaeta, J.W.R.D Jones (eds), The Rome Statute of the International Criminal Court - a commentary (Oxford University Press, 2002) p 874; United Nations General Assembly, Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction: Memorandum by the Secretariat (n15) para 402.

الممارسات تتمثل في عدد من النصوص في الاتفاقيات الدولية التي تشير إلى أن الصفة الرسمية لشخص ما متهما بارتكاب جريمة دولية لا يمكن أن يشكل عائقاً عن مقاضاته ومعاقبته عن تلك الجريمة الدولية، مثل المادة 227 من اتفاقية فرساي، والمادة 7 من ميثاق محكمة نورمبرج، والمادة 7 (2) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المؤقتة ليوغسلافيا السابقة والمادة 6 (2) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، والمادة 27 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. لا شك أن مثل هذه النصوص قد ساهمت (ولازالت) في تآكل وتدهور الحصانة الشخصية والوظيفية لرئيس الدولة عند ارتكاب جرائم دولية.¹

من جهة أخرى، أن حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في حق الزعيم الليبي الراحل معمر القذافي - السابق الإشارة إليه - يشير ضمناً إلى أن ارتكاب الجرائم الدولية قد يكون من ضمن الاستثناءات على الحصانة المطلقة لرئيس الدولة. علاوة على ذلك، هناك عدد من الدعاوى المدنية مثل 6 Marcos 5، Zemin 4، Sharon 3، adsani 2Mugabe قد تم تقديمها ضد رؤساء دول أمام القضاء المدني الأجنبي، وهي تعزز حقيقة تآكل حصانة رئيس الدولة أمام القضاء الجنائي الأجنبي عند ارتكاب جرائم دولية. فعلى سبيل المثال، قررت محكمة مقاطعة هاواي بالولايات المتحدة الأمريكية في سياق قضية Marcos أن أعمال التعذيب والقتل التعسفي موضوع الشكوى التي حدثت تحت سلطة وإشراف رئيسة الفلبين السابقة Ferdinand Marcos هي أفعال غير محصنة كونها لا تعد من قبل الأعمال الرسمية لرئيس الدولة ومن ثم تختص المحكمة بالنظر في الدعوى المدنية المتعلقة بتلك الأفعال.⁷ أيضاً في قضية Al-adsani ، ذكرت

¹ Ibid, p 245.

² *Tachiona v. Mugabe*, 169 F. Supp. 2d 259 (S.D.N.Y. 200) (No. 00-6666).

³ *Al-Adsani v. The United Kingdom*, Case No- 35763/97 1200I E.C. IIK 752.

⁴ *Hijazi e. al. v. Sharon*, Belgian Court of Cassation. Case No. P.02.39.F/1, Feb. 12, 2003.

⁵ Plaintiffs A, 13, C, 1), E, F v. Zemin, No. Civ. 02-75030. 2003 WL 221 8924 (N.D. 11., Sep. 12, 2003).

⁶ In re Estate of Ferdinand Marcos, as F.3d 1469 (1994).

⁷ Ibid.

المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن الدولة وممثليها لم يعد يتمتعون بحصانة أمام قضاء دولة أخرى في حالة الدعاوى المدنية المتعلقة بأفعال التعذيب.¹

من الممكن القول إن منح حصانة مطلقة لرئيس الدولة الحالي أو حصانة وظيفية في حالة ترك الوظيفة أمام القضاء الأجنبي يجب ألا يكون بمثابة التزام دولي، بل هو من ضمن قواعد المجاملة تطبيقاً لمبدأ احترام سيادة الدولة؛² فلا يجب أن تشكل تلك الحصانة عائقاً لمحاكمة رئيس الدولة أمام القضاء الجنائي الأجنبي عند ارتكابه جرائم دولية التي تشكل انتهاكاً صارخاً لقيم وحقوق تهم الجماعة الدولية بأسرها.

من جهة أخرى، أن القول باختصاص القضاء الجنائي الأجنبي بمحاكمة رئيس الدولة عند ارتكاب جرائم دولية يعد نتيجة ضرورية مترتبة على عدم حصانة رئيس الدولة أمام القضاء الدولي الجنائي الدائم أو المؤقت. فاختصاص الأخير ينطلق من ضرورة الاختصاص الفرادي للمحاكم الأجنبية بمقاضاة رئيس الدولة عن ارتكاب جرائم دولية، بينما عكس ذلك قد يقود إلى نتيجة غير مقبولة وهو كيف أن تقوم مجموعة من الدول بإنشاء محكمة جنائية دولية دائمة أو مؤقتة تمنحها الاختصاص بمحاكمة رئيس دولة في حين أن تلك الدول لا تمتلك هذا الاختصاص بشكل فردي.³ كما أن الدول الأطراف في نظام روما مطالبة بتنفيذ ما ورد فيه من أحكام، بما في ذلك المادة 27 التي تنزع الحصانة عن رئيس الدولة عند ارتكابه أحد الجرائم الدولية المنصوص عليها في المادة الخامسة. على هذا الأساس، يستوجب على الدول الأطراف إدراج هذه الجرائم ضمن قوانينها الوطنية وملاحقة مرتكبيها بغض النظر عن صفتهم الرسمية إذا ما أرادت تلك الدول تفعيل اختصاصها بملاحقة مرتكبي تلك الجرائم، أعمالاً لمبدأ الاختصاص التكاملي الذي ينظم الاختصاص بين المحكمة والدول الأطراف.⁴

¹ *Al-Adsani v. the United Kingdom* (n51) at para 61.

² See Lopez (n3).

³ Cryer (n1) p443.

⁴ Ismayil Mahmudov, 'Immunity as a Main Obstacle on the Way of National Prosecution of International Crimes' (2019) 5 Baku St UL Rev 83, p94.

الخاتمة

تشير السوابق القضائية إلى تمتع رئيس الدولة الموجود في منصبه بالحصانة المطلقة أمام القضاء الجنائي الأجنبي عند ارتكابه جرائم دولية، بينما الأمر لا يبدو مستقرا في إطار الحصانة الوظيفية لرئيس الدولة السابق، بسبب التباين وعدم الوضوح في الممارسات القضائية ذات العلاقة.

على أية حال، ان إمكانية ملاحقة ومحاكمة رئيس الدولة الحالي أو السابق عند ارتكابه جرائم دولية هو امر ممكن ويحتاج فقط إلى شجاعة سياسية من قبل دولة أو أكثر، ليتم إرساء سابقة قضائية تفتح المجال لممارسات أخرى؛ على ضوء ذلك قد تتكون قاعدة دولية عرفية في هذا الجانب. لاسيما وان الأسس والمبررات القانونية اللازمة لهذه المحاكمة تكون موجودة، والتي تتمثل في أن منح حصانة لرئيس الدولة أمام القضاء الجنائي الأجنبي عند ارتكابه جرائم دولية سوف يتعارض مع قاعدة دولية أمرة تهم المجتمع الدولي بأسره والمتمثلة في عدم ارتكاب الجرائم الدولية وكذلك المعاقبة عليها. علاوة على ذلك، أن وجود قواعد اتفاقية دولية لا تعترف بحصانة رئيس الدولة أمام القضاء الدولي الدائم أو المؤقت عند ارتكابه جرائم دولية، بالإضافة إلى سوابق قضائية تتعلق بالنظر في دعاوى مدنية ضد رؤساء دول بسبب ارتكاب جرائم دولية، يعني أن هناك ضعف وتآكل في قاعدة حصانة رئيس الدولة امام القضاء الجنائي الأجنبي عند ارتكابه جرائم دولية.

ختاماً، أن موضوع حصانات رئيس الدولة يحتاج إلى مزيد من الوضوح والدقة، وذلك تطبيقاً للمنهج الوضعي الذي يُعد المنهج المسيطر على أساس القانون الدولي العام؛ من حيث أن قواعد القانون الدولي العام سواء كانت اتفاقية أو عرفية يجب أن تكون محددة وواضحة. على هذا الأساس، أن العمل على إعداد مقترح اتفاقية دولية من قبل لجنة القانون الدولي وتحت إشراف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة توضح وتعدد جميع الحصانات والامتيازات التي من المفترض أن يتمتع بها رئيس الدولة الحالي والسابق، وكذلك مدى تمتعه بالحصانة أمام القضاء الجنائي الأجنبي في حالة ارتكابه جرائم دولية، هو أمر أضحى مهماً للغاية ويجب أن يكون من أولويات المجتمع الدولي، كونه سوف يساهم في إزالة اللبس والتناقض حول هذا الموضوع.

قائمة المراجع

First: Books and journal articles

André Nollkaemper & August Reinisch, Gaddafi case, General Prosecutor at the Court of Appeal of Paris, Appeal judgment, Appeal No 00-87215, Decision No 64, (2001) 125 ILR 490, (2001) RGDIP 474, ILDC 774 (FR 2001), 13th March 2001, France.

Brian Man-ho Chok, 'The Struggle between the Doctrines of Universal Jurisdiction and Head of State Immunity' (2014) 20 UC Davis J Int'l L & Pol'y 233.

Coiln Warbrick, Immunity and International Crimes in English (2004) 10 Law International and Comparative Law Quarterly, 769-70.

Court of Cassation [Cass]; Criminal Division (Oxford Public International Law)

Emmanuel Yaw Benneh, "Sovereign Immunity and International Crimes" (2002-2004) 22 U. Ghana L.J. 140.

Hazel Fox Qc, the Law of State Immunity (Oxford University Press, 2002).

Ian Brownie, Principles of Public International Law

ICJ, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium).

Jessica Needham, "Protection or Prosecution for Omar Al Bashir? The Changing State of Immunity in International Criminal Law" (2011) 17 Auckland U. L. Rev.

JMT Labuschagne, Immunity of the Head of State for Human Rights Violations in International Criminal Law (2001) 26 S. Afr. Y.B. Int'l L. 182.

Joseph Anthony P Lopez, 'Is the Head of State Above International Law: The Applicability of Head of State Immunity to the Commission of International Core Crimes' (2007) 51 Ateneo LJ 1079.

Ismayil Mahmudov, 'Immunity as a Main Obstacle on the Way of National Prosecution of International Crimes' (2019) 5 Baku St UL Rev 83.

Ivan Jovanovic, 'Immunity of Heads of State for International Crimes: Deflating Dictators' Lifebelt' (2009) 2009 Annals Fac L Belgrade Int'l Ed 202.

Kerry Creque O'Neill, "A New Customary Law of Head of State Immunity? Hirohito and Pinochet" (2002) 38 Stan J Int'l L 291.

Louise Arimatsu, Universal Jurisdiction for International Crimes: Africa's Hope for Justice, Chatham House Briefing Paper (2011) IL BP2010/01.

M. Cherif Bassiouni, International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes, 25 Law & CONTEMP. PROB. 63, 68 (1996)

Robert Cryer and others (eds), An Introduction to International Criminal Law and Procedure (Cambridge University Press, Cambridge, 2008).

Salvatore Zappalà, "Do Heads of State in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes?" (2001) 12 European Journal of International Law, 601.

Richard Falk, the Case of Ariel Sharon and the Fate of Universal Jurisdiction (Princeton Institute for International and Regional Studies of Princeton University, 2004)

Second: Case Law and United Nations documents

Al-Adsani v. The United Kingdom, Case No- 35763/97 12001 E.C. IIR 752.

Democratic Republic of the Congo v. Belgium (n6) at 20.

Ex parte Pinochet (No.1), [1999] 1 A.C.

Hijazi e. al. v. Sharon, Belgian Court of Cassation. Case No. P.02.39.F/1, Feb. 12, 2003.

International Court of Justice, Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal) Judgment of 20 JULY 2012.

In re Estate of Ferdinand Marcos, as F.3d 1469 (1994).

Permanent Court of International Justice, the case of the S.S. Lotus (France v. Turkey, Judgment No. 9, 7 September 1927)

Plaintiffs A, 13, C, 1), E, F v. Zemin, No. Civ. 02-75030. 2003 WL 221 8924 (N.D. 11., Sep. 12, 2003).

Prosecutor v Furundzija (1999) 391LM 153.

Prosecutor v Furundzija (1999) 391LM 165.

Prosecutor v. Kupreskic, [ICTY Appeals Chamber Case No. IT-9 5-i6-A, 23 Oct 2001].

Tachiona v. Mugabe, 169 F. Supp. 2d 259 (S.D.N.Y. 200) (No. 00-6666).

United Nations General Assembly, Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction: Memorandum by the Secretariat (International Law Commission Sixtieth session, Geneva, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2008).