

مجلة دراسات قانونية



مجلة دورية محكمة متخصصة

تعني بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية
تصدر ثلاث مرات في السنة
عن كلية القانون - جامعة بنغازي

في هذا العدد:-

❖ مصادر قانون العقوبات "التجريم والإباحة" في القانون الليبي.- د. طارق محمد الجملي.

❖ نظرة في أساس الحكم على عقود التمويل المصرفي (إشكالية الزمن وعوضه في عقد السلم).-
د. ضوء مفتاح أبو غرارة.

❖ الحكم الشرعي لطلاق الثلاث بلفظ واحد- د. رافع محمود الفاخري.

❖ الطبيعة القانونية لشرط المصلحة في دعوى الإلغاء (دراسة مقارنة) - أ.د. عاشور سليمان شوايل.

❖ حالة الطوارئ: مبرراتها، مشروعيتها القانونية والدستورية "دراسة مقارنة"- د. سلوى الدغلي.

❖ الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي- أ. فرج سالم الأوجلي.

❖ تعليق على الاختصاص بتشكيل لجنة شؤون الأحزاب (تقويم فتوى صادرة عن إدارة القانون) -
أ.د. الكوني علي أعبوده.

❖ تقرير متابعة للأنشطة الأكاديمية في الموسم الثقافي بالكلية خلال العام الجامعي 2017م.- د. جازية
جبريل شعيتير.



مجلة دراسات قانونية

مجلة دورية محكمة متخصصة

تعني بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية

تصدر ثلاث مرات في السنة

عن كلية القانون - جامعة بنغازي

د. طارق محمد الجملي - عميد كلية القانون

المشرف العام للمجلة.

هيئة التحرير :

• د. رافع محمود الفاخري - وكيل كلية القانون للشؤون العلمية -

رئيس هيئة التحرير المجلة

• د. جازية جبريل شعيتير - مدير تحرير المجلة

• أ.د. عاشور سليمان شوايل.

• د. سعد خليفة العبار.

• د. سعد سليمان الحامدي.

• د. عبد الله علي العبيدي.

• د. الصالحين محمد العيش.

الهيئة الاستشارية :

• أ.د. موسى مسعود أرحومة.

• أ.د. أحمد الصادق الجهاني.

• أ.د. سالم محمد الأوجلي.

• أ.د. عمر محمد السيوي.

• د. سعد خليفة العبار.

• د. سليمان محمد إبراهيم.

(قواعد النشر بالمجلة)

1. اصالة العمل المقدم للنشر، من حيث فكرته، ومنهجية إعداده ، وتوثيق مصادره .
2. أن لا يكون العمل المقدم للنشر، قد سبق نشره أو قدم للنشر في أي مطبوعة أخرى، أو مسئل من دراسة أو بحث أو رسالة أو أطروحة سابقة.
3. أن يكون العمل المقدم للنشر، قد أعد وفقاً للمعايير والضوابط المنهجية الشكلية والموضوعية المتعارف عليها في الدراسات الأكاديمية الحديثة .
4. تكون أولوية النشر للأعمال الأكثر عمقاً ، والتزاماً بمنهجية البحث العلمي، التي تتضمن في ثناياها إسهامات علمية جديدة، وأفكار مبتكرة، ونتائج غير مسبوقة .
5. تخضع الأعمال المقدمة للنشر للتقويم السري، بواسطة خبراء أكفاء من المتخصصين في مجال العمل المقدم للنشر، ويعاد العمل لمعه في حالة طلب تعديله أو تنقيحه لاستكمال شروط نشره.
6. تقدم الأعمال للنشر مطبوعة من نسختين مصحوبة بقرص مدمج (CD)، ولا تلتزم المجلة بإعادة أي عمل قدم لها، سواء نُشر أو لم ينشر وفي حالة نشره بالمجلة لا يجوز لمقدمه إعادة نشره في أية مطبوعة أخرى.
7. تخضع جميع الأعمال المقدمة للنشر بالمجلة للقواعد القانونية الخاصة بالمسؤولية الأدبية والملكية الفكرية ، و القواعد المنهجية المتعلقة بالتأليف والنشر، وما تتضمنه هذه الأعمال يعبر فقط عن آراء وأفكار كتابها ، ولا تعكس البتة أي موقف أو توجه للمجلة.
8. يجب أن يحمل أي عمل مقدم للنشر أسم مقدمه، أو الجهة المعدة له، ويرفق به ملخص موجز عن السيرة العلمية لمقدم العمل، وجهة عمله، وعنوانه، وما سبق له نشره من دراسات وبحوث.
9. تحتفظ المجلة بحقها في تحديد أولوية نشر الأعمال المقدمة لها، بحسب خطة النشر المتبعة في المجلة، وأهمية الأعمال المقدمة، والظروف والمناسبات ذات العلاقة بتخصص المجلة، ومستهدفاتها العلمية .
10. الأعمال المقدمة للنشر يفضل أن لا يزيد حجمها عن 30 صفحة للدراسات والبحوث، وأن لا تزيد المقالات والتعليقات والمتابعات وعروض الكتب وغيرها من الأعمال المتعلقة بالمجال القانوني والقضائي عن 20 صفحة، من القاطع الكبير، بما في ذلك الهوامش، وقائمة المراجع، والصور ووسائل الإيضاح المرفقة.

تنبيه : إن البحوث والدراسات التي ننشر بهذه المجلة تعبر عن رأي كاتبها فحسب وليس بالضرورة أن تكون معبرة عن رأي المجلة

المراسلات تُقدّم باسم رئيس التحرير على العنوان الآتي:

كلية القانون / جامعة بنغازي

Email: legal_studies@outlook.sa

Email: sa741932@gmail.com

هاتف وفاكس : +218 (61) 22 29029

(ثبت المحتويات)

- توطئة العدد::

- 11..... • افتتاحية العدد..... د. رافع محمود الفاخري

أولاً. البحوث والدراسات::

- 13..... • مصادر قانون العقوبات "التجريم والإباحة في القانون الليبي"..... د. طارق محمد الجملي

- 41..... • نظرة في أساس الحكم على عقود التمويل المصرفي (إشكالية الزمن وعوضه في عقد السلم)..... د.ضوء مفتاح أبوغرارة

- 65..... • الحكم الشرعي لطلاق الثلاث بلفظ واحد..... د. رافع محمود الفاخري

- 83..... • الطبيعة القانونية لشرط المصلحة في دعوي الإلغاء "دراسة مقارنة"..... د. عاشور سليمان شوايل

- 99..... • حالة الطوارئ: مبرراتها، مشروعيتها القانونية والدستورية "دراسة مقارنة"..... د.سلوى الدغيلي

- 141..... • الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي..... أ.فرج سالم الأوجلي

ثانياً. التعليقات::

- 169..... • تعليق على الاختصاص بتشكيل لجنة شؤون الأحزاب (تقويم فتوى صادرة عن إدارة القانون)..... أ.د. الكوني علي أعبود

ثالثاً. المتابعات::

- 179..... • تقرير متابعة للأنشطة الأكاديمية في الموسم الثقافي بالكلية خلال العام الجامعي 2017م..... د.جازية جبريل شعيتير

افتتاحية العدد

الحمد لله الذي بنعمته تم الصالحات.....

يسعدنا أن نرى مجلة دراسات قانونية قد ظهرت من جديد في ثوب قشيب.

وإن هذا إن دل فإنما يدل على التطور والحركة التي تشهدها كلية القانون، والفضل في ذلك لله وحده، ثم للإدارة الرشيدة المتمثلة في شخص السيد/د. طارق محمد الجملي، عميد الكلية، والسادة الأكارم أعضاء المجلس العلمي بالكلية، وأعضاء هيئة تحرير المجلة.

ولقد اخترنا لقرائنا الأعزاء في هذا العدد ثلة من الأبحاث القانونية والشرعية المنتقاة، والتي ستساعد في إثراء الجانب العلمي للمكتبة العربية. وننوه إلى أننا قد قمنا بنشر هذا العدد في شكل إلكتروني إتماماً للفائدة وتسهيلاً لوصول المعلومة إلى محتاجيها، مواكبة منا لمستجدات العصر. وفي الختام كلنا أمل في أن ينال هذا العدد رضا القراء الأفاضل مع ضننا بأنهم لن يبخلوا علينا بإسداد النصح.

والله من وراء القصد

د. رافع محمود الفاخري

رئيس هيئة تحرير المجلة

وكيل الكلية للشؤون العلمية

أولاً: البحوث والدراسات

مصادر قانون العقوبات "التجريم والإباحة" في القانون الليبي

د. طارق محمد الجملي
عضو هيئة تدريس بقسم القانون الجنائي
عميد كلية القانون – جامعة بنغازي

مقدمة

تعد مسألة تحديد مصادر التجريم و العقاب من أهم المسائل في مجال قانون العقوبات، لكونها تتعلق بأهم الضمانات التي يحفل أي نظم قانوني حديث بترسيخها في مواجهة التعسف في تقييد الحريات؛ فمصدر التجريم والعقاب يجب – وفقاً لهذه الفلسفة – أن ينسجم ومبدأ الشرعية الجنائية، الممثل لأهم دعائم المشروعية الجنائية. إلا أنه وعلى الرغم من رسوخ مبدأ الشرعية الجنائية في النظم الجنائية الحديثة، فإن نطاقه في التطبيق مازال يثير العديد من الإشكاليات من حيث تحديد المصادر التي يمكن الاعتراف بها في مجال التجريم والعقاب، وذلك من حيث استجابتها لمقتضيات هذا المبدأ. فمناقشة المصادر المباشرة للتجريم والعقاب تثير إشكالات من حيث تحديد نطاق هذه المصادر، من ناحية انسجامها وفكرة صيانة الحقوق والحريات من التعسف، وهو ما يطرح مسألة نطاق ما يُعترف به من مصادر مكتوبة لا يصدق عليها وصف القانون بمفهومه الضيق كاللائحة؛ فضلاً عن مدى أهمية المصادر غير المكتوبة كالعرف والشرعية الإسلامية كمصادر احتياطية

إن مشكلة التشريع اللائحي في هذا الشأن- تبدو ذات طبيعة فنية خاصة؛ فمشكلة اللائحة لا تتجسد في طبيعتها الشكلية، فهي نص مكتوب، ولكن المشكلة تبدو من ناحية أخرى، فتحديد المسائل التي تنظم بتشريع عادي، وتلك التي تنظمها لائحة، يعد من أهم الضوابط التي يجب أن تحكم النشاط التشريعي، والذي من خلاله يتم تحديد نطاق التنظيم الذي يختص به كل تشريع، أو بالأحرى الجهة المصدرة له؛ إذ ينبغي أن يكون معلوماً لأدوات التشريع "بمفهومه الواسع" ما يجب أن ينظم بقانون، وما يكتفى في تنظيمه باللائحة؛ ولاشك في أننا هنا لا نثير المسألة من زاوية عدم المشروعية الإدارية التي يوصم بها نشاط السلطة التنفيذية حينما تتحرف في مسلكها عن الحدود التي رسمها لها القانون، فتمارس نشاطاً لا يقر لها ممارستها، إذ أن عدم المشروعية الإدارية يفترض أن المشرع لم يمنح لجهة الإدارة اختصاصاً معيناً فيكون نشاطها خلافاً لذلك باطلاً أو منعدماً حسب الأحوال؛ ليس هذا ما نود إثارته في هذا المقام، فالذي نعنيه بالضوابط هنا تلك التي تحد من سلطة المشرع نفسه في منح السلطة التنفيذية اختصاصاً بطبيعته لا ينبغي أن يمارس إلا من قبل السلطة التشريعية، في إطار صياغة مبدأ الشرعية الجنائية.

فإذا كان في الإمكان القول إن الضابط يتعلق بطبيعة الموضوعات من حيث ثباتها النسبي، أو تغييرها المطرد والذي يقتضي التدخل التشريعي من حين لآخر بالتعديل بما يتلاءم وهذا التغيير، فتكون الطائفة الأولى مما ينظم بقانون، والثانية مما ينظم بلائحة¹، فإن في جملة ما تعانيه بعض النظم القانونية من اضطراب تبرز مثل هذه الإشكالية، فنلاحظ ما ينبئ عن أن سلطة التشريع في تلك النظم لم تحط بجوانب هذه المسألة، أو ربما لم تعرها اهتماماً، فتتظم الكثير من التشريعات سواء العادية أو الفرعية أوضاعاً في شتى فروع القانون - لا تنسجم و الضابط الذي أسلفنا الإشارة إليه، ويهمننا هنا بحث المسألة من الجانب الجنائي بحيث نتساءل: إذا كانت السلطة التنفيذية تختص بتنظيم وضع من الأوضاع، فهل تملك أن تتبع أسلوب التجريم والعقاب لتنظيم جانب من جوانب هذا الوضع؟ وبكلمة أوضح أتعد اللائحة مصدراً للتجريم والعقاب؟

ومن جانب آخر، فإن مشكلة تحديد المصادر تثير مسألة دور العرف والشريعة الإسلامية في مجال قانون العقوبات؛ حيث تتجسد الإشكالية بشأنهما بشكل واضح في كونهما مصدرين غير مكتوبين-بالمفهوم التشريعي للكتابة- حيث يثور بشأنهما التساؤل حول إمكانية تطبيقهما في مجال قانون العقوبات في ضوء الفهم السائد لمبدأ الشرعية الجنائية.

إن مشكلة قبول القاعدة غير المكتوبة لا تبدو فحسب من ناحية مدى قدرتها على إنشاء قاعدة إيجابية (تجريمية)، فقيمتها في إباحة الفعل المجرم تبدو هي الأخرى مسألة في غاية الأهمية في مجال هذا البحث؛ فهل يمكن أن تنشئ القاعدة غير المكتوبة وضعاً مبيحاً على اعتبار أن الإباحة لا تتعارض وفلسفة مبدأ الشرعية الذي لا يحظر صراحة سوى التجريم بغير قاعدة مكتوبة²؟

إن الإجابة عن هذه الأسئلة تتوقف على تحديد نطاق القاعدة التي تحدد مصادر قانون العقوبات في الإباحة والتجريم، أي تلك التي تحدد المصادر المباشرة وغير المباشرة لقانون العقوبات، وهي التي من خلالها يمكن أن نحدد نطاق مشروعية التجريم ومدى نطاق قبول قواعد الإباحة.

ولا يغيب عن أذهاننا أن مفهوم قانون العقوبات الذي نسوقه في هذه الورقة لا يقف عند تلك المدونة التي رُسمت ملامحها في مطلع الخمسينيات من القرن الماضي، وإنما نعني بها المصدر في كل قانون تجريمي.

¹ في شأن الضابط في تحديد الاختصاص اللانحي، راجع /د. عمران عبد السلام الصفراني، ضوابط التشريع اللانحي في القانون الليبي، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، تصدر عن كلية القانون-جامعة قاريونس "بنغازي"، العدد الثامن عشر، أكتوبر، 2009، ص 133-134.

² لا يغيب عن أذهاننا أن القاعدة المبيحة في مجال قانون العقوبات لا يصح وصفها بالمصدر وفقاً للمفهوم الفني للمصطلح، على اعتبار أن هذه القاعدة لا تنشئ وضعاً بقدر ما أنها تمثل عودة للأصل، غير أننا نصف تلك القاعدة بالمصدر من حيث كونها قد تنشئ وضعاً مقابل لنص التجريم إن أجاز القانون ذلك، فتكون بذلك مصدراً في العودة للأصل.

إن مناقشة هذه الإشكاليات يحتاج بداية بحث موقف المشرع الليبي من الصيغ المختلفة لمبدأ الشرعية الجنائية، لتحديد المصادر الأصلية للتجريم والعقاب في القانون الليبي، و من ثمَّ نحدد موقف المشرع الليبي من الشريعة الإسلامية والعرف كمصدرين لقانون العقوبات . ولذا فإننا سنتناول المسألة في مطلبين :

المطلب الأول : المصادر الأصلية للتجريم والعقاب.

المطلب الثاني : المصادر الاحتياطية لقانون العقوبات.

المطلب الأول

المصادر الأصلية للتجريم والعقاب

”الشرعية الجنائية في القانون الليبي ”

إن نطاق تحديد مصدر التجريم والعقاب في أي نظام قانوني معاصر، يتوقف علي الصياغة التي يتبناها ذلك النظام لمبدأ الشرعية الجنائية، ذلك المبدأ الذي بموجبه تحدد المصادر المباشرة للتجريم، إذ لهذا المبدأ صياغات عدة تختلف في مضمونها وأثرها، فإذا نص المشرع علي أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، فذلك يعني أن التجريم و العقاب لا يكون إلا بموجب نص قانوني بالمعنى الضيق، أي التشريع العادي الذي يصدر عن السلطة التشريعية، ومن ثم فإنه وفقاً لهذه الصياغة ليس للائحة ولا لغيرها من المصادر شأن بالتجريم والعقاب، فلا يعتد بها كمصدر في هذا الشأن. إن مثل هذه الصياغة تبناها المشرع الليبي في قانون الجرائم والعقوبات في مادته الثانية، حيث نص علي أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، ما يقتضي عدم الاعتراف للائحة بصفة المصدر في هذا الشأن، فإن خالفت السلطة التنفيذية أو حتى التشريعية هذا المسلك، فأصدرت الأولى ما ينطوي على معنى التجريم أو منحت لها الثانية الاختصاص بذلك، فإن المسلكين سيوصمان بعدم الدستورية، لما لمبدأ الشرعية من طبيعة سامية، و إن لم يرد النص عليه في الدستور.

أما الصياغة الثانية لمبدأ الشرعية فيأتي نصها : " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون"³، فوفقاً لمثل هذه الصياغة، التجريم والعقاب يجب أن يتضمنه نص قانوني بالمعنى الضيق؛ غير أن ذلك لا يعني أن يكون هذا النص هو المتضمن للنموذج التجريمي، وإنما يكفي أن يحيل النص القانوني – بمفهومه الضيق – لأي مصدر آخر ليكون الأخير هو المصدر للتجريم والعقاب. وفي هذا المعنى تقرر المحكمة الدستورية المصرية أنه " المقصود بعبارة بناء على قانون والتي وردت بالمادة 66 من الدستور هو تأكيد ما جرى عليه العمل في التشريع من أن يتضمن القانون ذاته تفويضاً إلى السلطة التنفيذية المكلفة بسن اللوائح في تحديد وتقرير العقوبات، ما مؤداه أن المادة 66

3 - نُصَّ على مثل هذه الصياغة في الدستور المصري لسنة 2014 في مادته 95 .

من الدستور تجيز أن يعهد القانون إلى السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية تحدد بها بعض جوانب التجريم والعقاب؛ وذلك لاعتبارات تقدرها سلطة التشريع وفي الحدود و الشروط التي يعينها القانون الصادر منها"⁴.

ولذا فإنه في مثل النظم التي تأخذ بهذا الصياغة لا يعتد للائحة بصفة المصدر للتجريم والعقاب إلا بموجب تفويض من قبل السلطة التشريعية، وبكلمة أوضح، فإن مثل هذه الصياغة لمبدأ الشرعية وإن كانت لا تسمح للائحة بأن تكون مصدراً مباشراً للتجريم والعقاب، إلا أنها في الوقت نفسه تعترف لها بهذه الصفة بناء على تفويض من السلطة التشريعية. فالتجريم والعقاب وفقاً لهذه الصياغة من حيث أصله يجب أن يكون بناء على نص قانوني، أم التجريم والعقاب كنموذج فمن الممكن أن يصاغ بمصدر آخر. فهذه الصياغة من المرونة بما يسمح بتعدد مصادر التجريم، فالقانون بمعناه الضيق ليس بالضرورة هو مصدر التجريم والعقاب، ولكنه بلا شك هو مصدر مصادر التجريم والعقاب بصرف النظر عن طبيعة هذه المصادر، سواء أكانت مكتوبة أو لم تكن .

فما موقف المشرع الليبي من الصياغات المتعددة لمبدأ الشرعية؟
إن موقفه-أي المشرع الليبي- من مسألة تحديد مفهوم الشرعية الجنائية مرة بعدة مراحل اختلف فيها موقفه من تحديد نطاق مصدرية التجريم والعقاب؛ ولفهم موقف المشرع الليبي نرى أنه من الضروري تعقب هذا التطور لموقفه للحكم على حقيقة التغير في سياسته في هذا الشأن، وبكلمة أكثر وضوحاً، هل التطور في الصياغة التي يتبناها المشرع الليبي في كل مرحلة ينبئ عن تطور في مفهوم الشرعية الجنائية؟ وإذا كان الأمر كذلك، فهل هذا التطور يعكس تبني لاتجاه إيجابي يتقادم عيوب الصياغات الأخرى للمبدأ؟

الفرع الأول

تطور مفهوم الشرعية الجنائية في القانون الليبي "اضطراب المفهوم وغياب السياسة الجنائية"

يعد النص على مبدأ الشرعية الجنائية هو الأساس في تحديد مصادر التجريم والعقاب، بل ويعد هذا النص هو القيد على سلطة القضاء في تحديد ما يعد جريمة وما يمكن تطبيقه كعقوبة⁵. وفي إطار هذه الأهمية للنص على مبدأ الشرعية، حظي هذا المبدأ بالنص عليه في مختلف المراحل

⁴ المحكمة الدستورية المصرية، جلسة 6/ابريل 1991، قضية رقم 16-17 لسنة 11 قضائية.

⁵ خلافاً لذلك، يرى البعض أنه لا حاجة لوجود نص قانوني يؤكد مبدأ الشرعية الجنائية، حيث إن وجود قانون للعقوبات يحدد الجرائم وعقوباتها بالتفصيل، يعد مسلماً من المشرع يدل على أن وجود النص شرط أساساً للتجريم والعقاب، وإلا ما كانت هناك حاجة لوجود ذلك التفصيل للجرائم. في هذا المعنى انظر: د.محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، النظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، 1977، ص 89.

إلا أننا نعتقد أن التنظيم القانوني للجرائم في قانون العقوبات لا يعني إلا أن تلك الأفعال في تلك الفترة بجرمها القانون، دون أن يدل ذلك المسلك على أن المشرع وحده هو من يملك التجريم، فضلاً عن أن مبدأ الشرعية يحدد بشكل واضح نوع النص الذي يمكن أن يكون مصدراً للتجريم والعقاب وهذا لا يعكسه مجرد تنظيم الجرائم بموجب القانون.

السياسة من تاريخ الدولة الليبية؛ ولكن ما يلاحظ هو أن سياسة المشرع الليبي لم تكن مستقرة – من ناحية صياغة مضمون مبدأ الشرعية الجنائية – في كل مرحلة من تلك المراحل؛ فقد مرت هذه الصياغة بمراحل أربع، مرحلة قانون العقوبات متزامنة مع مرحلة الدستور الليبي لسنة 1953 المطابقة لصياغته لما هو منصوص عليه في الإعلان الدستوري المؤقت لسنة 1996، ثم مرحلة الإعلان الدستوري لسنة 2011 الصادر عن المجلس الانتقالي الليبي كمرحلة ثانية، والمرحلة الأخرى تلك التي يتضمنها مشروع الدستور الليبي، فهذه المرحلة الأخير وإن لم تدخل صياغة مبدأ الشرعية خلالها حيز التنفيذ إلى حين كتابة هذه الورقة، إلا أنها تعبر عن اتجاه تشريعي جدير بالإشارة إليه في هذه الدراسة. ولأن مرحلتي دستور سنة 1953 و الإعلان الدستوري المؤقت يتماثلان في صياغة مضمون مبدأ الشرعية، فإننا نرى دراستهما كمرحلة أولى أخذاً في الاعتبار تاريخ الدستور الليبي لسنة 1953، تليها مرحلة قانون العقوبات ثم مرحلة الإعلان الدستوري لسنة 2011 وأخيراً مرحلة مشروع الدستور الليبي.

المرحلة الأولى : مبدأ الشرعية في ظل الدستور الليبي لسنة 1953 والإعلان الدستوري المؤقت لسنة 1969

يتفق-كما سلف القول- الدستور الليبي لسنة 1953 والإعلان الدستوري المؤقت لسنة 1969 في تحديد مفهوم الشرعية الجنائية، وذلك بنصهما على صياغة لمبدأ الشرعية قوامها لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون (المادة 17 من دستور سنة 1953 والمادة 31 من الإعلان الدستوري المؤقت لسنة 1969)، ولهذه الصياغة دلالة خاصة كما أسلفنا، حيث إنها تعني أن القانون وحده يحدد مصادر التجريم والعقاب، غير أن ذلك لا يعني أنه المصدر الوحيد للتجريم والعقاب. فهذه الصياغة لمبدأ الشرعية تعتمد مبدأ التفويض القانوني في التجريم كصورة من صور الشرعية الجنائية، على نحو يمكن أن يسمح بوجود مصادر أدنى من القانون كاللائحة أو مصادر غير مكتوبة للتجريم والعقاب، متى أحال القانون إليها؛ فالقانون ليس هو بالضرورة مصدر التجريم المباشر، ولكنه – كما أسلفنا – مصدر مصادر التجريم والعقاب.

لا شك أن هذه الصياغة لمبدأ الشرعية من الممكن أن تقيم وضعا مخالفا لمقتضيات الشرعية الجنائية، فالإحالة للمصادر غير المكتوبة وإن كان يوافق هذه الصياغة لمبدأ الشرعية، إلا أن فلسفة المبدأ التي تقوم على فكرة الأعلام المسبق بضمون القاعدة وحدود المنقوص من الحرية التي يتضمنها التجريم ستكون مهدورة؛ فكل ما تعنيه الصياغة الحالية لا يتجاوز تحديد قاعدة التجريم، ولكن النص القانوني المباشر لن يتضمن حدود التجريم، ما يعني أن نطاق التجريم و مضمون العقاب لن يكون من الممكن تحديده بموجب النص القانوني المباشر المتضمن للإحالة، وهو ما يعد في نظرنا مخالفا لمقتضيات الشرعية الجنائية. إن ارتباط القانون أو السلطة المختصة بإصداره بفكرة التجريم والعقاب لا يعني أن سلطة إصداره تستحوذ على رسم معالم الشرعية الجنائية، فالارتباط هو ارتباط

نفعي يتعلق بتحديد غاية محددة، فإن اعتمدت السلطة التشريعية نهجا مخالفا لمقتضيات الشرعية الجنائية فإننا نكون أمام مخالفة لهذا لمبدأ وإن كان القانون هو أساس ذلك النهج .

المرحلة الثانية: مبدأ الشرعية الجنائية في ظل قانون العقوبات الليبي لسنة 1953:

في ظل قانون العقوبات الليبي تبنى المشرع صياغة خاصة لمبدأ الشرعية، حيث نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، فمقتضى أن التجريم والعقاب لا يكون إلا بنص، سيعني أن المشرع الليبي من ناحية لا يعترف لغير النصوص المكتوبة بصفة المصدر في مجال التجريم والعقاب، كما يعني إن كل النصوص المكتوبة تصلح لأن تكون مصدراً، ويقصد بالنصوص المكتوبة تلك التي تصاغ في قالب تشريعية، أي ما يصدق عليه وصف التشريع أي كانت درجته، عادياً أم لائحياً، وهو ما يمكن معه القول إن هذه الصياغة لمبدأ الشرعية – من حيث الأصل – تعترف للائحة بصفة المصدر في مجال التجريم والعقاب، فاللائحة نص وفقاً للمفهوم الذي تعنيه الصياغة موضوع البحث، فإذا كان الأمر كذلك، فهل يعني هذا أن المشرع الليبي وفقاً لما تبناه من صياغة لمبدأ الشرعية كان يعترف لغير القانون بمفهومه الضيق بصفة المصدر في مجال التجريم والعقاب ؟

يبدو أن المشرع الليبي وفقاً للمادة الأولى من قانون العقوبات تبنى لمبدأ الشرعية صياغة تعترف للائحة – من حيث الأصل – بصفة المصدر للتجريم والعقاب، فإذا كان المشرع يكتفي بمجرد النص كأساس للتجريم والعقاب، فإن اللائحة تفي بما استلزمه المشرع، فلا أحد يجادل في طبيعتها التشريعية – النصية – إذ ليس القانون وحده هو مصدر التجريم والعقاب إذن؛ فهو أحد مصادره بالإضافة للائحة، إذ كلاهما نص. ولا ينبغي الاعتراض على مثل هذا الفهم بمقولة إن المادة الثانية من قانون العقوبات أشارت بمفهومها إلى ما يقيد منطوق نص المادة الأولى من ذات القانون، حينما أشارت إلى أن الجرائم تخضع للقوانين المعمول بها وقت ارتكابها، بحيث استعمل المشرع في هذا النص مصطلح قانون، فدل ذلك على أن المقصود بلفظ النص الوارد بالمادة الأولى، النص القانوني⁶، فهذا الاعتراض على وجهته إلا أنه يصطدم بقواعد التفسير، فنص المادة الأولى قد دل بمنطوقه على أن النص هو مصدر التجريم والعقاب، ومفهوم النص ينصرف لمعنى التشريع بالمفهوم الواسع، ودلّ نص المادة الثانية بمفهومه على أن الجرائم يعاقب عليها بمقتضى القوانين..... الخ، فدلالة نص المادة الثانية هي دلالة ظاهر أي دلالة مفهوم، ودلالة نص المادة الأولى هي دلالة نص أي منطوق؛ ذلك أن المادة الأولى وردت بشأن تحديد مضمون مبدأ الشرعية

⁶ من ذلك / رأي لد. الهادي أبو حمرة، توزيع وظائف الدولة كآلية لحماية الحريات، القانون الجنائي نموذجاً، بحث منشور بمجلة المحامي، تصدر عن نقابة العامة للمحامين الليبيين، العدد (65-66) السنة 17، يوليو – سبتمبر، 2006، ص55. يلاحظ أن مثل هذا الفهم استند إليه في تحديد مضمون مبدأ الشرعية في فرنسا إبان سريان قانون العقوبات الصادر سنة 1810م حيث لم يكن يتضمن هذا القانون نصاً بشأن مبدأ الشرعية فاعتمد على ما ورد بشأن قاعدة عدم رجعية القانون بالمادة الرابعة والتي وردت بشأن تحديد سريان القانون من حيث الزمان. ويلاحظ أن مثل هذا الفهم كان لضرورة تتمثل في انعدام النص على مبدأ الشرعية في ذلك القانون، خلافاً للوضع في القانون الليبي- في ظل قانون العقوبات- حيث ورد النص على مبدأ الشرعية وهذا النص هو الأولى في فهم مضمون هذا المبدأ .

فهي نص – منطوق – في هذا المعنى، والمادة الثانية وردت في شأن تحديد نطاق تطبيق قانون العقوبات من حيث الزمان، فدلالته على مبدأ الشرعية دلالة ظاهر – مفهوم – والقاعدة في التفسير أنه إذا تناقضت دلالة المنطوق مع دلالة المفهوم غلبت دلالة المنطوق⁷. ولا شك في وجود تناقض بين الدالتين، فالمادة الأولى تكفي بالنص المكتوب عموماً، والمادة الثانية أشارت إلى النص القانوني، فيغلب معنى المادة الأولى على الثانية، فيحمل لفظ قانون في المادة الثانية على ما ورد بالمادة الأولى لا العكس، بحيث يفهم مصطلح قانون على معنى القانون بمعناه المكتوب، سواء كان فرعياً أو لائحياً، لا بمعناه الضيق.

ولعل الشاهد على هذا المعنى هو ما ورد بالمادة (507)⁽⁸⁾ من قانون العقوبات حينما حددت هذه المادة النطاق الذي يُعترف فيه للائحة بصفة المصدر في مجال التجريم والعقاب، فقصر هذا النطاق على المخالفات دون الجرح والجنایات، إذ هذا هو المعنى الذي يفهم من نص المادة 507؛ بما يعني أن المشرع يعترف من حيث الأصل للائحة بصفة المصدر في هذا الشأن، إلا أن نطاقها ينحصر في المخالفات، فلو كانت اللائحة ليست مصدراً للتجريم والعقاب وفقاً للمادة الأولى المشار إليها لما كان مقبولاً أن تعترف المادة 507 لها بذلك في نطاق المخالفات، وإلا أعتبر ذلك تضارباً بين نصوص القانون الواحد، ذلك أن المشرع حينما يعتمد صياغة لمبدأ الشرعية فإنه لا يملك أن يورد عليها استثناء حتى وإن لم تكن تلك الصياغة مقرر بموجب نص في الدستور كما هو الوضع في القانون الليبي في حينه، والقول بغير ذلك سوف يؤدي إلى إفساح المجال أمام المشرع لانتهاك هذه الصياغة، بأن يقرر إحالة لمصدر لا تعترف به تلك الصياغة كمصدر للتجريم تحت مشروعية الاستثناء، ومن ثم لا يمكن اعتبار نص المادة 507 مخالفاً لنص المادة الأولى، بمقولة إنه استثناء عليها، فلا يقبل إيراد استثناءات على الصياغة التي يقرها المشرع لمبدأ الشرعية.

وعلى ذلك فإن المشرع الليبي- في ظل قانون العقوبات- يعترف من حيث الأصل للائحة بصفة المصدر للتجريم والعقاب، أما المادة (507) فهي تنظيمية حددت نطاق التجريم الذي تختص به السلطة التنفيذية، وليس في ذلك تعارضاً بين النصين، إذ التقييد لا يعني التعارض.

ولذلك يمكن القول إن التجريم والعقاب في ظل صياغة مبدأ الشرعية المنصوص عليها في قانون العقوبات كان يُكتفى في شأنهما بمجرد النص المكتوب ليعد مسلك أداة التشريع موافقاً

7 . يقصد بدلالة المنطوق ، المعنى الذي يفهم من النص إذا كان هذا الأخير ورد أصلاً لبيانه ، كما تعرف بأنها المقصود أصالة من سوق الكلام؛ أما دلالة المفهوم فهي المعنى الذي يفهم من النص دون أن يكون مقصود البيان ، بحيث يقتضيه سياق النص . راجع في ذلك / أد سليمان الجروشي، أصول الفقه، 2009، ص26.

8 . تنص هذه المادة على أنه : (كل من خالف لوائح البوليس الصادرة عن جهات الإدارة العامة والبلدية أو المحلية يجازى بالعقوبات المقررة في تلك اللوائح ، بشرط أن لا تزيد مدة الحبس على أسبوع و الغرامة على عشرة جنيهات ، فإن كانت العقوبة المقررة باللائحة زائدة عن هذه الحدود وجب حتماً إنزالها إليها .

فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة عوقب من يخالفها بغرامة لا تتجاوز جنيتها واحداً) يلاحظ أن صياغة النص تنبئ بأن المشرع يتحدث عن اللائحة باعتبارها من مصادر التجريم .

لمقتضيات ذلك المبدأ. وكل ما في الأمر أن اللائحة قد حدد نطاق مصدريتها للتعريم والعقاب في حدود المخالفات، فالتعريم والعقاب في الجنايات والجنح يكون بقانون، أما في المخالفات فتستوي اللائحة والقانون.

وإذا كان الأمر كذلك فإنه -وفي ظل مثل هذا الوضع - كان من النتائج المترتبة على تبني تلك الصياغة - آنذاك- إمكانية أن يفوض المشرع الليبي السلطة التنفيذية في تحديد أحد عناصر الجريمة، جنابة أو جنحة، بل لم يكن هناك ما يمنع المشرع من تفويض هذه السلطة في إصدار لوائح تتضمن جرائم بدرجة جنابة أو جنحة، فالمادة الأولى من قانون العقوبات تكتفي بمجرد النص كمصدر للتعريم والعقاب، وهذا هو القيد على سلطة المشرع في التعريم والعقاب، لأن هذه المادة نصّ في تحديد مفهوم مبدأ الشرعية، فلا يملك المشرع مخالفتها، أما المادة (507) فلا شأن لها برسم معالم هذا المبدأ، فهي نص تنظيمي في تحديد نطاق اللائحة فقط ولا يقيد المشرع⁹، إذ النص القانوني لا يقيد نصاً قانونياً آخر متعارضاً معه متى كان لاحقاً عليه في الصدور، ما يعني أن المشرع يملك مخالفة هذا النص بمنح اللائحة تفويضاً بالتعريم في غير المخالفات، وبدون هذا التفويض يظل نطاق اللائحة في التعريم منحصراً في المخالفات.

وعلى هذا الفهم الذي نتبناه لمفهوم الشرعية الجنائية في ظل قانون العقوبات، فإنه إذا كان المشرع الليبي ينص في المادة 507 من قانون العقوبات على عدم اختصاص اللائحة بالتعريم والعقاب إلا في حدود المخالفات، فإن ذلك لا يمنع المشرع من النص على ما يخالف هذه المادة، إذ هي ليست نصاً في مبدأ الشرعية من ناحية، ولا يمكن من ناحية أخرى القول بأنها ستقيد نصاً لاحقاً عليها في الصدور، بل النص اللاحق سيعيد استثناء عليها، ولكن يجب ألا يفهم على أنه من قبيل التناقض في قناعتنا التسليم بجواز الاستثناء على نص المادة 507 وعدم جوازه بالنسبة للصياغة التي قد يتبناها المشرع لمبدأ الشرعية، ذلك أن هذه المادة ليست صياغة لمبدأ الشرعية، وإنما هي قيد عليه في القانون الليبي، ومن ثم فأي نص يوسع من صلاحيات اللائحة في مجال التعريم والعقاب فهو يعود بنا للصياغة الأصلية لمبدأ الشرعية وفقاً للمادة الأولى من قانون العقوبات الليبي، وهو ما يعطي لهذا النص مشروعيته .

المرحلة الثالثة : مبدأ الشرعية في ظل الإعلان الدستوري الليبي الصادر سنة 2011

إن مفهوم الشرعية الحائية الذي نزع من المشرع الليبي تبناه في ظل قانون العقوبات لم يصمد طويلاً، فبالإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الانتقالي الليبي سنة 2011 أصبح لمبدأ الشرعية الجنائية صياغة مختلفة؛ فلا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص، هي الصياغة التي تبناها

9- خلافاً للمشرع الفرنسي الذي نص صراحة في المادة 2/111 عقوبات على صياغة مبدأ الشرعية جاعلاً نطاق اللائحة في التعريم والعقاب قاصراً على المخالفات كما سنرى لاحقاً.

واضع الإعلان؛ فما دلالة هذه الصياغة من حيث أثرها على تحديد مصادر التجريم والعقاب في القانون الليبي؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل ستفرض بالضرورة تحديد العلاقة بين نص المادة الأولى من قانون العقوبات الليبي و المادة 31 من الاعلان الدستوري آفة الذكر، حيث إن اختلاف الصياغة بين النصين المذكورين ينطوي بالضرورة على اختلاف معنى ومضمون المبدأ الذي أعلن عنه كل نص، فصياغة نص المادة 31 تشير بشكل واضح الى أن التجريم يقتضي وجود نص مكتوب وهو بالضرورة النص التشريعي، ولكن أي نص يقصد هنا؟

إن إطلاق مصطلح نص لا يمكن فهمه في تقديرنا إلا بحمل اللفظ على معناها الواسع الذي يقتضي اعتبار النصوص التشريعية مهما اختلفت درجاتها نصوصا في تطبيق نص المادة 31، وهو ما يعني أن هذه الأخيرة تعترف من حيث الأصل للائحة بصفة المصدر باعتبارها نصا، إذ لا يصح تقييد لفظ نص بغير مقيد أو مخصص، وهو ما يعني أن الإعلان الدستوري يتفق من حيث المبدأ مع صياغة نص المادة الأولى من قانون العقوبات في الاعتراف للائحة بصفة المصدر في مجال التجريم والعقاب؛ غير ان المادة 31 من الاعلان الدستوري تتجاوز نص المادة الأولى من ناحيتين :

الناحية الأولى: إن نطاق التجريم الذي تمنحه هذه المادة للائحة -أي للسلطة التنفيذية- لا يقتصر على المخالفات، فالتقييد الذي تقرره المادة 507 من قانون العقوبات لن يجد مجاله للتطبيق في هذا الشأن لسببين: الأول إن المادة 31 من الإعلان الدستوري تعد نصا دستوريا لا يصح تقييده بنص قانوني عادي، خصوصا وأن المادة 507 لا تعد نصا في مبدأ الشرعية كما أسلفنا، فلا تكتسي أي قيمة دستورية حتى وفقا للمعيار الموضوعي للقواعد الدستورية. أما السبب الثاني فإن المادة 31 - حتى على فرض مساواتها في الدرجة لنصوص قانون العقوبات- نص لاحق على نصوص هذا- فلا يصح تقييدها بنصوص سابقة عليها متحدة معها في صفة العموم والخصوص.

أما الناحية الثانية : نلاحظ أن المادة 31 من الإعلان الدستوري الليبي تنص على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص، وهو ما يعني أن دور اللائحة في التجريم -ومن باب أولى- لا يقتصر على الدور المباشر الذي يتمثل في تضمن اللائحة عناصر التجريم، بل أن هذا النص يقدم-حسب فهمنا - نطاقا أوسع من ذلك لمفهوم مبدأ الشرعية؛ حيث إن عبارة بناء على نص سوف تعني أنه سنكون أمام احترام لمبدأ الشرعية متى كان النص المكتوب هو ما يؤسس للتجريم والعقاب، فالتفويض بالتجريم بناء على نص سيكون متوافقا مع مبدأ الشرعية الذي تبنته المادة 31 المذكورة،

وإن تم هذا التفويض بموجب لائحة، حيث لا قيد عليها ولا إخراج لها من حومة الاختصاص الذي قررته هذه المادة¹⁰.

إن هذا الفهم الذي تقدمه لمفهوم الشرعية وفقا لما تضمنته المادة 31 من الإعلان الدستوري سيقود إلى نتيجة رئيسية، وهي أن التجريم في القانون الليبي - في ظل نص الإعلان الدستوري- يمكن أن يتم بموجب نص قانوني أو لائحي، كما يمكن أن يتم التفويض أو الإحالة بموجب هذين النصين إلى أي مصدر آخر وإن كان هذه الأخير مصدرا غير مكتوب، وهو ما يمكن أن يمثل في تقديرنا - وفي كثير من التطبيقات-خروجا عن فلسفة المبدأ وأهدافه.

إن هذا النطاق الواسع لمصادر التجريم والعقاب الذي تقدمه المادة 31 من الإعلان الدستوري، يبدو متعارضا مع نص المادة الأولى من قانون العقوبات الليبي، وهو ما يفرض طرح التساؤل حول العلاقة بين النصين، وبكلمة أكثر وضوحا، نحن -بشأن العلاقة بين النصين- أمام حالة من حالات الإلغاء أم عدم الدستورية؟

قد يُعترض على مثل هذا التساؤل بمقولة إن التعارض وإن صح وجوده بين النصين، إلا أنه تعارض شكلي لا ينشئ حالة صدام يمكن أن تثير مسألة الإلغاء بينهما، على اعتبار أن النص الدستوري هو الذي وسع نطاق التجريم، ولذلك فإن النص القانوني، ونقصد هنا المادة 1 عقوبات، يستجيب لمقتضيات النص الدستوري، بحيث يمكن القول إن الحالة التي يوسع فيها النص الدستوري الاختصاص الممنوح بموجب نص قانون، لا يجعل الأخير نصا متعارضا؛ بحيث يمكن القول إن التعارض لا يتحقق من الناحية العملية إلا في الحالة التي يتضمن فيها النص الدستوري تقييدا على نص قانوني سابق، من خلال الانتقاص من الاختصاص، وهو ما لا يتوافر في الحالة الراهنة. فهل لمثل هذا الفهم وجهة؟

قد يبدو لمثل هذا الفهم للعلاقة بين النصين قدر من الواجهة، إلا أنه يظل محل نظر؛ فالتعارض وإن قلت حدته في الحالة التي يوسع فيها النص الدستوري الاختصاص مقارنة بتلك التي يضيق فيها من هذا الأخير، إلا أن الاختلاف في الحالتين هو اختلاف في درجة التعارض لا في أصله، ولهذا فنحن أمام حالة تعارض بين النصين في كلا الحالتين، وهو تعارض يقتضي تحديد أثره، أهو تعارض ملغي أم تعارض يقود لاعتبار النص القانوني - ونعني نص المادة 1 من قانون العقوبات الليبي - نص غير دستوري ؟

¹⁰. ويظل السؤال مطروحا فيما إذا كان يمكن القول إن التفويض هنا لن يعقد إلا للسلطة التشريعية استنادا للقواعد العامة في التفسير والتي يحكمها منطق أن التجريم والعقاب اختصاص تشريعي صرف لا تفوض فيها إلا بموجب قانون.

إن صدور النص الدستوري المتعارض مع نص قانوني سابق عليه، لا يؤدي فحسب إلى اعتبار نص القانون مجرد نص غير دستوري، لأن مثل هذه النتيجة ستعني أن التعارض بين نص دستوري وآخر قانوني، أدنى في آثاره من التعارض الذي يمكن أن يحصل بين نصين قانونيين متلاحقين، ومفاد ذلك أنه في هذه الحالة الأخيرة سيعد – باتفاق – النص اللاحق ملغياً للنص السابق؛ في حين لو سلمنا بالفهم الذي يقصر أثر التعارض بين النص القانوني والدستوري على مجرد عدم الدستورية، فهذا سيعني أن هذا التعارض لن ينتج أثره التلقائي إلا بالإلغاء القضائي، فإزالة عوار المخالفة الدستورية لا يتم إلا بحكم قضائي، وفي هذا تنكيس للقاعدة وانتقاص من شأن النص الدستوري. فالمنطق يقتضي-حسب قناعتنا- أن النص الدستوري اللاحق سيلغي النصوص القانونية المتعارضة معه والقائمة وقت نفاذه؛ وذلك تطبيقاً لنص المادة 2 من القانون الليبي التي قررت قواعد الإلغاء التشريعي فلا يخرج من نطاقها التشريع الدستوري؛ أما حالة عدم الدستورية، فتقتصر على النصوص القانونية اللاحقة في صدورها على نفاذ الدستور. إن أعمال هذا المنطق يقتضي القول إن نص المادة الأولى من قانون العقوبات الليبي ألغيت ضمناً بموجب الإعلان الدستوري الليبي، بحيث تكون المادة 31 من هذا الأخير هي المرجع في تحديد مصادر التجريم والعقاب على نحو ما سلف بيانه.

المرحلة الرابعة : مبدأ الشرعية الجنائية في مشروع الدستور الليبي

يبدو أن واضع مشروع الدستور الليبي شاء تبني صياغة خاصة لمبدأ الشرعية، تختلف في مضمونها عن تلك التي يتضمنها الإعلان الدستوري، أو التي كان ينص عليها قانون العقوبات؛ فالمادة 62 من هذا المشروع تنص على أنه "..... لا جانية ولا جنحة إلا بقانون، ولا عقوبة سالبة للحرية في المخالفات ..."، ومقتضى هذا النص أن نطاق اللائحة في التجريم لا يشمل الجنايات والجنح، وأن دورها قاصر على المخالفات. وعلى الرغم من أن هذا النص لا يعبر عن موقف للقانون الليبي باعتبار أن مشروع الدستور لم يدخل – إلى حينه – حيز النفاذ، إلا أنه - أي النص - من الممكن أن يعبر عن اتجاه تشريعي للمسألة موضوع النقاش، حيث نعتقد أنه إذا قدر للنص، التطبيق سيثير مجموعة من الإشكاليات أهمها :

1. يفترض النص أن التجريم في الجنايات والجنح لا يكون إلا بقانون، وهو بذلك قصد تأكيد الضمانة في التجريم لهذه الدرجة من الجرائم لخطورتها، ولكنه في ذات الوقت - يبدو أنه - يهدر ضمانات التجريم بالنسبة للمخالفات، فلا تحديد للجهة التي تختص بالتجريم في حدود المخالفات، حيث النص اقتصر على ذكر الجنايات والجنح وسكت عن المخالفات، ما يجعل الباب مشرعا أمام المصادر الأخرى - بما في ذلك القرارات التي تصدرها جهة الإدارة الدنيا - لتنشئ قواعد تجريم بدرجة مخالفة، إذ هذا هو المعنى الذي نفهمه من سكوت المشرع عن تقييد مصادر التجريم في هذه الدرجة من الجرائم.

لا شك أن المخالفات على ضالة شأنها، تمثل قيودا على الحرية الفردية، ما يستوجب إخضاعها لقواعد الشرعية الجنائية في مجال التجريم والعقاب، ولا يقلل من حدة الإخراج من نطاق ضوابط الشرعية الجنائية القول إن عقوبة المخالفة – وفقا لما يقرره نص المادة 62 من مشروع الدستور- لا تصل إلى حد العقوبة السالبة للحرية، لتكون عقوباتها عقوبات مالية أقل جسامة ما يجعل من انخفاض مستوى الحماية مبررا أو على الأقل أقل حدة، فهذا القول مردود عليه بأن الغرامة عقوبة جنائية، وتوقيعها يجب أن يخضع للضمانات المقررة لهذه العقوبات، فالذمة المالية للشخص مصونة فلا تمس إلا في الحدود التي يرسمها القانون، فالمخالفة جريمة وإن قلت درجة جسامتها.

2. يحدد النص نوع العقوبة التي توقع على المخالفات، وهو ما يعد -بحسب رأينا- مصادرة على سلطة المشرع في التفريد، فالمشرع هو من يحدد نوع الجزاء الجنائي المناسب للفعل المرتكب؛ ولا شك أن هذا التحديد التي فرضته المادة 62 سيؤدي إلى توسع دائرة العقاب بدرجة جنحة بالنسبة لأفعال كان يفترض العقاب عليها بوصف مخالفة، على اعتبار أن المشرع سيجد أن بعض الأفعال و إن كانت بمستوى قليل الخطورة، إلا أن العقاب عليها بغرامة مالية لا يحقق الردع المطلوب، وحيث إنه لا عقاب على المخالفات بعقوبات سالبة للحرية وفقا لنص المادة 62، فإنه لا مجال للعقاب عليها بعقوبات سالبة للحرية إلا برفع درجة خطورتها، وهو ما سيثير إشكالا حول التزام المشرع بمبدأ التناسب من ناحية وبمعيار الجدوى من ناحية أخرى، فلا عقاب بعقوبة تفوق جسامة الفعل (التناسب) ولا عقاب على فعل بعقوبة أقل في آثارها من خطورة الفعل (الجدوى).

في الواقع إن هذا الإشكال الذي يتضمنه النص المقترح بمشروع الدستور – أي نص المادة 62- يمكن بيان أسبابه في سياق مصدره تاريخي؛ حيث إن الدستور الفرنسي ينص في المادة 34 على انعقاد الاختصاص بالتجريم في الجنايات والجنح للقانون، أي للمشرع، ثم أفردت المادة 37 حكما عاما بموجبه تختص اللائحة بتنظيم المسائل التي لا ينظمها القانون، فدخلت المخالفات في حومة التجريم الذي تختص به اللوائح¹¹، وقد تبنى قانون العقوبات الفرنسي هذا التقسيم بشكل صريح بموجب المادة 111/2؛ وعلى الرغم من أن منح السلطة التنفيذية اختصاصا بالتجريم عدّ ثورة من جانب الفقه في حينه، فإن المجلس الدستوري الفرنسي وجد مثل هذا المسلك يمثل ماسا بالحقوق والحريات¹²، على أساس أن التجريم في أصله يجب أن تختص به السلطة التشريعية؛ وللتقليل من

¹¹ مع ملاحظة أنه وفقا لإعلان حقوق الإنسان والمواطن (الفرنسي) في المادة 8، التجريم والعقاب يجب أن يكون بموجب قانون، فلا يعطي النص للائحة أي صلاحية في التجريم. أنظر في هذا الشأن :

GRANDE Elisabetha, droit pénal, principe de légalité et civilisation juridique, vision globale, [article], revue internationale de droit comparé année 2004, 56-1, p 119.

http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2004_num_56_1_19252. Le 24/02/2018.

¹² DE LAMY Bertrand, Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 26 (Dossier :La Constitution et le droit pénal) – Août 2009, p.5. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-51488.pdf>. Le 24/02/2018

حدة أثر اختصاص السلطة التنفيذية بالتجريم في المخالفات، قرر المجلس أن هذه السلطة لا تختص في هذا شأن التجريم إلا بإنشاء عقوبات غير سالبة للحرية¹³. ل يبدو أن هذا التحديد لاختصاص السلطة التنفيذية يأتي في سياق حل لمشكلة يتضمنها نص قانوني، وهو ليس بالضرورة حلا مثاليا، فتدخل مجلس الدستوري يبنى – في نظر المجلس- عن وجود مشكلة في إسناد الاختصاص بالتجريم للسلطة التنفيذية بالتجريم، ولهذا فإن الحل الذي يقدمه هو حل للمشكلة وليس أنموذجا لما ينبغي أن يكون. لذا يمكن القول إن المشكلة المتعلقة باختصاص السلطة التنفيذية بالتجريم، تتعلق عند ما يقول بها بأصل اختصاصها لا بدرجته، بمعنى أن من يتحفظ على دور اللائحة في التجريم ينكر عليها هذا الاختصاص من أساسه لا على حدود ما تملكه من اختصاص، وهو ما يجعل التفصيل الذي يقدره واضع مشروع الدستور غير قائم على أساس فلسفي ولا تكتة تاريخية تقيمه وتبرره.

3. نص المادة 62 من مشروع الدستور تثير إشكالا حول تحديد اختصاص المشرع بالتجريم في المخالفات، فهل يفهم من صياغة النص عندما قرر أن لا جنائية ولا جنحة إلا بقانون أن المخالفات تخرج عن اختصاص المشرع، أم أن قاعدة من يملك الأكثر يملك الأقل ستمنح للقانون الاختصاص بالتجريم في مجال المخالفات أيضا.

إن الإشكاليات التي يثيرها مشروع الدستور لا تقف عند حد صياغة مبدأ الشرعية الجنائية؛ فعلى الرغم من أن الصياغة التقليدية لهذا المبدأ لا تعترف بنصوص المعاهدات الدولية في مجال التجريم والعقاب ما لم تسن في قوالب تشريعية¹⁴، فإن المرتبة التي منحها مشروع الدستور الليبي للمعاهدات الدولية تجعلنا نتساءل عن دورها في مجال التجريم والعقاب. فالمادة 13 من المشروع تنص على أنه "تكون المعاهدات والاتفاقيات الدولية المصادق عليها في مرتبة أعلى من القانون وأدني من الدستور، وتتخذ الدولة التدابير اللازمة لإنفاذها بما لا يتعارض وأحكام هذا الدستور" أي يعني هذا النص أن هذه الاتفاقيات والمعاهدات التي تصادق عليها ليبيا تعد مصدرا مباشرا للتجريم والعقاب؟

يبدو مثل هذا التساؤل وجيها بالنظر إلى ما يمنحه المشروع للاتفاقية والمعاهدة من رفعة مقارنة بالقانون العادي، فإذا كان القانون وفقا لنص المشروع يعد مصدرا للتجريم، فهل يمكن القول إن المعاهدات والاتفاقيات تكون كذلك من باب أولى لعلو مرتبتها؟

¹³.Conseil constitutionnel dans sa décision n° 73-80 L du 28 novembre 1973, paragraphe 11, affirme: "Considérant qu'il résulte des dispositions combinées du préambule, des alinéas 3 et 5 de l'article 34 et de l'article 66 de la Constitution, que la détermination des contraventions et des peines qui leur sont applicables est du domaine réglementaire lorsque lesdites peines ne comportent pas de mesure privative de liberté".

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1973/73-80-l/decision-n-73-80-l-du-28-novembre-1973.7378.html>. Le 01/03/2018.

¹⁴ د.مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار غريب للطباعة، القاهرة، مصر، ص27

إن إمعان النظر في نص المادة 13 و استذكار فلسفة مبدأ الشرعية المنصوص عليه في ذات المشروع، تجعلنا نجيب بالنفي وذلك لسببين، أولهما يتعلق بصياغة نص المادة 13 سالف الذكر، والثاني يتعلق بفلسفة مبدأ الشرعية :

فمن ناحية الصياغة، فإن المادة 13 وإن منحت للمعاهدات الدولية مرتبة متميزة عن القانون، إلا أن ذلك لا يعني دخولها حيز النفاذ تلقائياً، فالمادة نفسها توجب على الدولة اتخاذ إجراءات إنفاذ تلك المعاهدات، وهو ما يعني أنها- أي هذه المعاهدات- لا تعد جزءاً من النظام القانوني الوطني إلا بعد تنفيذها بالطرق التي يحددها القانون، وهو ما يفهم من مقتضى صياغة المادة، وهي بعد ذلك فقط ستصبح قانوناً يستجيب لمقتضيات مبدأ الشرعية؛ ولهذا فنص المادة 13 كل ما يمنحه للمعاهدة بعد تنفيذها هو صفة السمو والرفعة في مواجهة النص القانوني، وهو ما لا يجعلها قبل ذلك قابلة للتطبيق. فنص المادة 62 من المشروع يشترط أن يكون مصدر التجريم – على الأقل في الجنايات والجرح – قانوناً، والمعاهدة قبل تنفيذها لا تعد قانوناً فلا تكون من بين مصادر التجريم والعقاب. وعلى ذلك فإنه يجب التأكيد على أن إعطاء صفة السمو للنص المستقى حكمه من اتفاقية أو معاهدة دولية، لا يعني منحه صفة النفاذ التلقائي في ضوء ما نُفصِح به صياغة نص المادة 13 كما أسلفنا.

ومن حيث فلسفة مبدأ الشرعية، فإن نص التجريم يجب أن يتضمن عنصري القاعدة الجنائية الموضوعية، التكاليف والجزاء، بحيث يكون هذا التحديد دقيقاً و واضحاً، وهو ما لا تستجيب له قواعد التجريم التي تتضمنها نصوص المعاهدات الدولية، حيث تكون نصوصها عادة متضمنة لشق التجريم دون تحديد الجزاء، وهو ما يجعل من مسألة اعتبارها مصدراً مباشراً للتجريم غير ممكنة من الناحية القانونية لكونها تتعارض وأحكام مبدأ الشرعية.

وهو ما نخلص معه إلى أن المعاهدات الدولية لا تعد مصدراً للتجريم والعقاب إلا إذا تمت صياغة أحكامها في نصوص تشريعية تتضمن شقي التكاليف والجزاء.

الخلاصة مما تقدم، أنه يبدو واضحاً من خلال تعقب سياسة المشرع الليبي بشأن الاتجاهات المختلفة لصياغة مبدأ الشرعية، أنها لا تقوم على فلسفة واضحة تعكس توجهها نحو التطوير أو حتى التغيير في الموقف من سياسة تحديد مصادر قانون العقوبات. فالانتقال من صياغة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ثم الرجوع إلى صياغة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص هو اتجاه نحو التقييد في تحديد المصادر كما أسلفنا، وعلى ذلك فإن العودة إلى صياغة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص التي تبناها الإعلان الدستوري لسنة 2011 تعبر عن توسيع " مفرط" في مصادر التجريم والعقاب يتجاوز الصياغة التي تضمنها الدستور الليبي لسنة 1953 والإعلان الدستوري المؤقت

لسنة 1969، ما يجعلنا نتساءل عن الحكمة التي استهدفها واضع النص، أهي مبنية على اعتبارات فنية تتعلق بسياسة التجريم وضوابطه؟ الإجابة ستبدو بالنفي عندما نلاحظ مقدار الاضطراب بمجرد مطالعة الصياغة التي تبناها مشروع الدستور الليبي والتي عادت إلى مبدأ التقييد في تحديد مصادر التجريم والعقاب.

يبدو لنا أن الموقف المتغير لا يستهدف تغييرا في السياسة الجنائية بقدر ما يعبر عن ثقافة واضع النص وحدود إمامه بمشكلة الصياغة، وهو ما يقتضي قدرا من الاهتمام بالمسألة لكونها تتعلق بجوهر حماية الحقوق والحريات التي يحفل بها أي نظام دستور.

الفرع الثاني

الموقف الملازم من الصياغات المختلفة لمبدأ الشرعية

إن تقييم موقف المشرع الليبي من الصياغات المختلفة لمبدأ الشرعية يجب أن يأخذ في الاعتبار الخلفية التاريخية لمبدأ الشرعية، أهو قد أقر للفصل بين السلطات، فتكون السلطة التشريعية هي صاحبة اختصاص التجريم دون السلطة التنفيذية، فلا تكون وفقاً لذلك للأخيرة الاختصاص بالتجريم العقاب؟ أم أن أساس هذا المبدأ هو تحقيق العدالة بأن لا يعاقب شخص عن فعل يشكل جريمة إلا بعد إعلانه بهذا التجريم والعقاب مسبقاً بموجب نصوص مكتوبة؟

يبدو واضحاً أن الصياغات التي تعتمد مبدأ التفويض التشريعي في التجريم والعقاب تتضمن مخالفة لفلسفة مبدأ الشرعية الجنائية، لكونها من الممكن أن تسمح بالإحالة لقواعد غير مكتوبة، ولهذا فإن صياغة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون أو بناء على نص، لا تتفق مع مقتضيات الشرعية الجنائية. كما أن الصياغة التي تمنح للائحة اختصاص مطلقاً بالتجريم والعقاب دون قيد، تتضمن إخلالاً بالضمانات التي يرسمها الدستور للحقوق والحريات، فالتجريم في الجنايات والجنح ينبغي ألا يترك الاختصاص بشأنه للائحة، فعلى الرغم من أن ضمانات الإعلام بنص التجريم متوافرة في اللائحة كما القانون لكونهما نصوص مكتوبة يسهل الرجوع إلى مضمونهما، إلا أن ضمانات احترام ضوابط التجريم تبدو أكثر وضوحاً في القانون، لما يحاط به صدوره من ضوابط إجرائية تكفل رقابة ذاتية لسلطة الإصدار، لمراقبة جدوى التجريم وضرورته بالنسبة لجرائم على درجة من الخطورة كالجنايات والجنح، وهو ما لا يتحقق بالنسبة للائحة التي تبسط إجراءات إصدارها، حيث توكل للسلطة التنفيذية باختصاص تقديري مطلق .

إن سلب السلطة التنفيذية اختصاص التجريم في الجنايات والجنح يقوم إذن على فكرة الحماية الإجرائية السابقة على إصدار النص، لا على أساس فكرة الإعلام المسبق بالتجريم. في حين منح

الاختصاص بالتجريم في المخالفات وهي جرائم قليلة الشأن بالنظر لعقوباتها لا يستدعي هذا القدر من الحماية الإجرائية السابقة على الإصدار.

نعتقد إذن أن مسلك واضع مشروع الدستور الليبي فيه- من حيث الأصل- قرب من الاتجاه الصواب؛ حيث إن جميع الجنايات والجرح - كقاعدة عامة - يتسم تجريمها بالثبات و الاستقرار، فلخطورتها يواجهها المشرع بعقوبات أشد من تلك المقررة للمخالفة وهذه الخطورة - على نحو يقدره المشرع - يفترض فيها من الخطورة، ما يجعلها تتمتع بالثبات النسبي فتكون مما ينظم بموجب قانون. غير أننا نلاحظ أن مشروع الدستور الليبي لا يبدو واضحاً في موقفه من منح الاختصاص للقانون بالتجريم في المخالفات وهو ما يعد قصوراً في صياغته. ونرى أنه ينبغي أن يترك الأمر بشأنها- أي المخالفات- لللائحة كلما كان موضوعها مما تختص بتنظيمه السلطة التنفيذية¹⁵، ولا يتدخل المشرع بشأنها إلا إذا كان الموضوع المراد حمايته لا يدخل في اختصاص السلطة التنفيذية. بحيث ينبغي أن تفرد السلطة التنفيذية بالتجريم عند مستوى المخالفات لتنظيم المسائل الداخلة في اختصاصها لقلة شأنها، ما يجعل من اللائحة المصدر المناسب لتنظيمها، وهو ما تبناه المشرع الفرنسي في المادة 2/111 من قانون العقوبات. غير أننا مع ذلك لا نتفق مع صياغة مبدأ الشرعية التي يتضمنها مشروع الدستور من حيث كونه لا يمنح لسلطة التجريم صلاحية إقرار عقوبات سالبة للحرية في المخالفات، فذلك يخالف مبدأ التفريد التشريعي ويؤدي إلى التوسع في التجريم بدرجة جنائية.

ولا يمكن الاعتراض على منح اللائحة الاختصاص بوضع قواعد تجريبية في حدود المخالفات بمقولة إن ذلك مخالف لمبدأ الشرعية، فهذا المبدأ لا يكون منتهكاً إذا توافر في مصدر التجريم عنصران، إمكانية العلم بمضمون التجريم من الكافة و تجريد القاضي من سلطة التجريم . ففي ضوء الغاية التي كان يسعى الفقيه بيكاريا لتحقيقها من خلال المناداة بمبدأ الشرعية والتي تتمثل بالدرجة الأولى في حرمان القاضي من سلطة التجريم، يمكن القول إن هذا المبدأ لم يُقصد به حرمان السلطة التنفيذية من مهمة التجريم، وإنما الحرمان منصرف فقط للسلطة القضائية¹⁶. فإذا منح المشرع للسلطة التنفيذية اختصاصاً بالتجريم، فيجب ألا يعاب عليه ذلك بمخالفته للأساس الذي يقوم عليه مبدأ الشرعية، فالمعيار هو مدي اتفاق الجريمة من حيث طبيعتها لما يدخل في اختصاص السلطة التنفيذية لتنظيمه بتشريع لائحي، وقد أشرنا سلفاً إلى أن الضمانات التي تحيط بإصدار النص هي التي تحد من نطاق اللائحة في التجريم والعقاب بان تجعله قاصراً على المخالفات.

¹⁵ د. محمود نجيب حسني، مرجع سبق ذكره، ص 86.
¹⁶ محمود إبراهيم إسماعيل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الفكر العربي، ص 134.

وعلى ذلك، لسنا نسلم بالقول الذي يرى أن هذا المبدأ قد قرر للفصل بين السلطات لتستقل السلطة التشريعية بالتجريم دون السلطتين التنفيذية والقضائية، فهذا القول مردود عليه بالآتي :

1. إنه حتى وإن سلمنا جدلاً بأن الفصل بين السلطات في التجريم يشمل السلطة التنفيذية بالإضافة للقضائية التي لا خلاف بشأنها، فإن التساؤل المطروح هو على أي أساس قيل بأن التجريم هو اختصاص مقصور على السلطة التشريعية، فقبل القول بالفصل بين السلطات يجب أن نحدد اختصاص كل سلطة، وليس هناك معياراً واضحاً ومسلماً به يقرر أن التجريم دائماً هو من اختصاص السلطة التشريعية حتى يمكن القول بالفصل بين السلطتين بشأنه، اللهم إلا إذا استندنا إلى الفهم السائد عند البعض لمبدأ الشرعية والذي يقرر أن التجريم من اختصاص السلطة التشريعية، وفي ذلك مصادرة للمطلوب بلا شك.

2. إن العلاقة بين مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ الشرعية يمكن تلمسها من خلال الظروف التاريخية التي عاصرت ظهور المبدأ و كانت مبرراً له، والتي تتمثل في حالة الجور والتعسف التي سادت النظام القضائي آن ذاك، حيث كان القاضي هو المشرع و الحكم في آن معاً، ما جسد في نظر بيكاريا أقصى صور التعسف، لذا لم يكن أمامه إلا المناداة بحرمان القاضي من سلطة التجريم وإسناد هذه المهمة لسلطة أخرى هي التشريعية، ليستقل القاضي فقط بمهمة تطبيق القانون العقابي¹⁷، والضمانة الوحيدة لترسيخ هذا المبدأ هي الاستناد للفصل بين السلطات الذي كان من الإفرازات الفكرية لتلك المرحلة، لذا فمبدأ الشرعية حينما يستند لمبدأ الفصل بين السلطات، فهو يقرر الفصل بين السلطتين القضائية والتشريعية، دون أن يفهم من ذلك أن التجريم هو دائماً من اختصاص السلطة التشريعية، فقد تشاركها السلطة التنفيذية فيه، وأن ذلك يجب أن يحدد اختصاص كل واحدة في مجال التجريم، وهذا فهم يبتعد عن معنى استئثار إحداهما بهذا الاختصاص برمته.

المطلب الثاني

المصادر الاحتياطية لقانون العقوبات

"إشكالية الإباحة والتجريم"

تتميز بعض فروع القانون كالقانون المدني بتحديد مصادرها الاحتياطية، فالمادة الأولى من القانون المدني تعد المرجع في تحديد مصادره؛ غير أن مثل هذا التحديد لا يتضمنه قانون العقوبات، الذي تبدو صياغة الشرعية الجنائية إعلاناً واضحاً في اعتبار النص التشريعي مصدر التجريم والعقاب، وهو ما يطرح تساؤلاً حول قبول هذا القانون لمصادر احتياطية إلى جانب النص التشريعي؛ قد تبدو الإجابة من اليسر بمكان بحيث يمكن القول إن مبدأ الشرعية لا يجيز تعدد

¹⁷ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سبق ذكره، ص 78.

المصادر؛ غير أن مثل هذا الفهم لا يخلو من تسرع لكونه يغفل مسألتين رئيسيتين، الأولى وهي أن المشرع الليبي في بعض تشريعات الحدود نص على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً يصار إليه عند تخلف النص التشريعي، وهو ما يطرح التساؤل حول نطاق هذه الإحالة ومدى شمولها للمسائل التي تتعلق بالتجريم والعقاب، وذلك عندما لا يرد بشأنها نص؛ أما المسألة الثانية فتتعلق بدور العرف في مجال التجريم والعقاب، ألعرف دور إنشائي أو مبيح في مجال تطبيق قانون العقوبات؟

سنطرح هاتين المسألتين في فرعين، الأول لتحديد مركز الشريعة الإسلامية في مجال التجريم والعقاب، الثاني نخصه لتحديد دور العرف في مجال التجريم والعقاب.

الفرع الأول

الشريعة الإسلامية مصدر لقانون العقوبات

تعد الشريعة الإسلامية مصدراً مادياً مهماً للتجريم والعقاب، استقى المشرع الليبي منها أحكام جرائم الحدود والقصاص والدية، ولهذا لا خلاف حول القيمة المادية لهذه الأحكام كمصدر للتجريم والعقاب، كما أنه لا خلاف من حيث الأصل حول خروج أحكام الشريعة الإسلامية عن حومة المصادر المباشرة للتجريم والعقاب، لافتقادها لمقومات المصدر وفقاً للمفهوم السائد لمبدأ الشرعية الجنائية؛ ومع تبدو المشكلة في هذا المقام من ناحيتين: الأولى مدى إمكان اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً لإباحة فعل يجرمه القانون، والثانية تتمثل في تحديد نطاق الإحالة التي أوردها المشرع الليبي في بعض تشريعات الحدود وقانون القصاص والدية.

1. الشريعة الإسلامية مصدر لإباحة فعل يجرمه القانون

من الممكن أن يجرم القانون فعلاً تبيحه أو تدعو إليه أحكام الشريعة الإسلامية، كأفعال الحجامة مثلاً التي تمثل في حقيقتها اعتداء على جسد الإنسان دون ترخيص، والتي من الممكن أن يشكل جريمة الإيذاء المنصوص عليها في قانون العقوبات. وفي هذا المقام فإن التساؤل يثار حول مدى صمود نص التجريم أمام الإباحة التي تقرها تلك الأحكام، أيعتد في هذه الحالة بنص التجريم أم بالإباحة؟

وإن كانت القاعدة تقرر أن اجتماع المبيح والمجرم يُرجح حكم المبيح، فإن هذه القاعدة تقترض أن الحكمين يتضمنهما نص أو نصوص تشريعية، إذ التجريم الذي يتضمنه النص التشريعي لا يمكن أن يستبعد حكمه إلا بنص قانوني، فأحكام الشريعة الإسلامية في ذاتها من حيث المبدأ لا تعطل نصاً تشريعياً، إلا إن ذلك لا يعني أن الإباحة التي تتضمنها مهذورة القيمة من الناحية القانونية؛ فالمادة 14 من قانون العقوبات الليبي تنص على أنه "لا تخل أحكام هذا القانون في أي

حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء" فمقتضى هذا النص أن الإباحة التي يقرها نص شرعي ستمثل استثناء على نص التجريم، لتكون أحكام الشريعة الإسلامية سببا لإباحة الفعل¹⁸. غير أنه يجب أن نسجل في هذا الشأن مجموعة من الملاحظات المهمة :

1- إن الإباحة المقررة بموجب أحكام الشريعة الإسلامية مصدرها الحقيقي نص المادة 14 باعتبارها نص الإحالة، ولهذا فإن قاعدة صمود نص التجريم في مواجهة قواعد الإباحة غير التشريعية لا تخرج منها الحالة الراهنة، على الاعتبار أن الإحالة للشريعة الإسلامية في هذه الحالة مقررة بموجب نص تشريعي، ولا خلاف في أن النص التشريعي يمكن تخصيصه بنص تشريعي مساو له في الدرجة. فضلا عن ذلك فإن نص المادة 14 المذكور هو في حقيقته تكرر لما قرره المشرع في المادة 69 التي قررت اعتبار ممارسة الحق سببا لإباحة الفعل، حيث لم يحدد النص مصدر الحق المبيح للفعل، ولهذا يدخل في حومة الحقوق المبيحة للفعل تلك التي مصدرها من الشريعة الإسلامية.

2- حدد النص الحقوق التي لا تخل الشريعة الإسلامية بها، وهي الحقوق الشخصية، وهو ما يثير التساؤل حول غيرها من الحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية والتي لا تعد حقوقا شخصية، أي شملها نص الإباحة؟

يقرر جانب من الفقه أن الحماية التي تقرها المادة 14 تقتصر على الحقوق الشخصية بمفهومها الضيق، ويزيد هذا الاتجاه من تقييد نطاق هذه الحقوق فيجعلها قاصرة على الحقوق الناشئة عن الزواج¹⁹.

غير أننا نعتقد أن هذا الفهم على وجاهته يظل محل نظرا! إذ لاشك أن ما تقرره المادة 14 سألقة الذكر يأتي في سياق تعزيز مكانة الشريعة الإسلامية من خلال احترام ما تقرره من حقوق، وهو ما يجعل اقتصار حكم المادة 14 على طائفة من تلك الحقوق دون غيرها أمرا غير منطقي ولا يقيمه أساس يمكن قبوله، سيما و أن مثل ذلك الفهم سيتعارض وعموم ما تقرره المادة 69 من قانون العقوبات، و التي تعد ممارسة الحقوق سببا لإباحة الفعل، دون أن تحدد نوع الحق ولا مصدره، ففهم المادة 14 بألفاظها الظاهرة فيه تقييد لنطاق الحماية لممارسة الحقوق المقررة في الشريعة الغراء، ولذلك فإننا نعتقد أن الضمانة التي قررتها المادة 14 لا تخل بعموم ما تقرره المادة 69، ما يعني أن الحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية أي كان نوعها تعد مصدرا لإباحة الفعل لتكون ممارستها بمنأى عن تطبيق أي نص تجريمي عملا بنص المادة 14 المذكورة.

¹⁸ د. مأمون سلامة، مرجع سبق ذكره، 31.

¹⁹ د. عوض محمد، قانون العقوبات – القسم العام، منشأة المعارف، 1995، الإسكندرية، مصر، ص 19.

2. أحكام الشريعة الإسلامية مصدر غير مباشر للتجريم والعقاب

بعض التشريعات التي أصدرها المشرع الليبي مستقاة من الشريعة الإسلامية، تضمنت نصوصاً تقضي بالإحالة إلى الشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص تشريعي في تلك القوانين، وبصرف النظر عن حدود تلك الإحالة من حيث ما يمكن الرجوع إليه في الشريعة الإسلامية (أيسر المذاهب أو المبادئ)، فإن تلك الإحالة تثير إشكالا عندما ترد في متن قانون يتعلق بالتجريم والعقاب، كقانون القصاص والدية، قانون حدي السرقة والحراية و قانون حد الزنا، وقد تضمنت تلك القوانين سكوتا عن تنظيم بعض المسائل الجنائية كالمعاملة العقابية للشريك في تلك الجرائم، فالسؤال الذي أثارته تلك الإحالة كان يتعلق بنطاقها، بمعنى أتشمل تلك الإحالة كل ما لم يرد بشأنه نص بما في ذلك المسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب؟

يرى البعض أن نصوص الإحالة للشريعة الإسلامية التي وردت في بعض التشريعات تعني الرجوع للشريعة الإسلامية في كل المسائل التي لم ينظمها التشريع المتضمن لتلك الإحالة، على أساس أن تلك الإحالة لم تحدد نطاق ما يرجع في شأنه للشريعة الإسلامية فيجب العمل بها على عمومها²⁰.

غير أن هذا الاتجاه لا يبرر فهمه للإحالة في إطار مقتضيات مبدأ الشرعية؛ فالرجوع للشريعة الإسلامية في مسألة تتعلق بالتجريم والعقاب، هو في حقيقته تطبيق لما لا يعد نصاً تشريعياً، وهو ما يعد مخالفاً لمبدأ الشرعية ذو الطبيعة الدستورية؛ ولا يستقيم في هذا المقام المحاجة بنص الإحالة بمقولة إنه استثناء على مبدأ الشرعية، ذلك أن الطبيعة الدستورية لنص الشرعية تسمو به عن سلطة المشرع العادي، فلا يملك الأخير تقييده أو وضع استثناء عليه، فإن هو فعل فلا طاعة له في ذلك، إذ لا طاعة للمشرع في معصية الدستور²¹.

وفي محاولة لتقاضي هذا النقد، هل يمكن القول إن الإحالة للشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص يمكن أن تشمل مسائل تتعلق بالتجريم والعقاب، بشرط أن يكون الحكم المحالة إليه في الشريعة الإسلامية يتضمن وضعاً أفضل مما يقرره القانون، فكلما كانت الإحالة سيترتب عليها تخفيف للعقوبة مقارنة بتلك المقررة في القانون طبقت الإحالة، ويكمن أن يؤسس مثل هذا الرأي لموقفه على أساس أن مبدأ الشرعية مقرر لحماية حقوق المخاطبين بالقاعدة القانونية من توقيع عقوبة غير منصوص عليها أو عقوبة أشد مما هو مقرر في القانون، فإن كانت العقوبة المقررة في الشريعة الإسلامية أقل

²⁰ من ذلك ما يكرسه حكم المحكمة عليا في الطعن الجنائي رقم 1985، السنة القضائية 50، أيضا الطعن الجنائي رقم 51/224.
²¹ بعض الدساتير تسمح بشكل صريح بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بشكل مباشر من خلال منح الحكم الشرعي صفة المصدر وه ما يمنح لمبدأ الشرعية صياغة أكثر مرونة، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة من الدستور اليمني نمن أنه: [لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون أو نص شرعي] حيث تسمح هذه الصياغة بالتجريم والعقاب استناداً لنص شرعي، وهو ما يجعل لهذا النص قسمة دستورية في مجال التجريم والعقاب.

من حيث جسامتها فلا مخالفة لمبدأ الشرعية إن هي طبقت، على اعتبار أن تطبيقها يأتي في سياق مصلحة المخاطبين بالقاعدة الجنائية؟

نعتقد أن هذا القول على وجاهته إلا أنه لا يخلو من قصور في أساسه، فمن ناحية، إن الفلسفة التي يقوم عليها مثل هذا الرأي لا سند لها، فمبدأ الشرعية يقرر قاعدة واضحة مفادها أن التجريم والعقاب لا يتقرران إلا بنص مكتوب، فمصلحة المخاطب بالقاعدة الجنائية مقياسها حمايته من التعسف في التقدير، وهو ما يتحقق بالمصدر المكتوب سلفاً، ما يجعل مبرر الرأي محل النقد غير واقعي، فضلاً عن أن مثل هذا الاتجاه يقع في مخالفة خطيرة جداً، لكونه يقرر مفاضلة بين النص المكتوب وأحكام الشريعة الإسلامية، فيقرر أن الأفضلية تكون لما يقرر عقوبة أقل، وهذا ما لا سند له حتى في ظل الإحالة؛ فنص الإحالة يفترض أن أعمالها لا يكون إلا في حالة انعدام النص، فوجود النص المنطبق سيمنع تطبيق نص الإحالة، فكيف يمكننا تبرير أعمالها في مسألة تتعلق بالتجريم والعقاب على أساس أفضلية ما يترتب على تطبيقها مقارنة بنص تجريمي آخر يمكن انطباقه على الواقعة؟

تبنى محكمتنا العليا "الليبية" اتجاهاً أكثر وضوحاً في هذا الشأن، وذلك بمناسبة تصديها لطعن يتعلق بنطاق تطبيق المادة 7 من القانون رقم 6 لسنة 1996 بشأن القصاص والدية، حيث قررت أن الإحالة للشريعة الإسلامية التي تضمنتها المادة المذكورة لا تشمل المسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب، وبذلك فالإحالة قاصرة على المسائل التي لم يرد بشأنها نص متى كانت لا تتعلق بالتجريم والعقاب، فالمحكمة في حكمها تقرر أن نص الإحالة يجب تفسيره في حدود ما لا يخالف مبدأ الشرعية الجنائية، الذي يمثل قيوداً على عموم نص المادة 7 الخاص بالإحالة؛ وفي هذا الشأن قررت المحكمة أنه ".... وحيث إن القانون رقم 6 لسنة 1994 في شأن القصاص والدية وتعديلاته، قد خلا من تنظيم أحكام الاشتراك في جرائم القتل، وقد نص في مادته السابعة على الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لأحكامه، وإعمالاً لنص المادة 31 من الإعلان الدستوري والمادة الأولى من قانون العقوبات اللتان تنصان على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وما يقضيانه من عدم جواز الإحالة في شأن التجريم والعقاب، فإن هذه الإحالة تفسر في غير ما يتعلق بالتجريم والعقاب ومنها تحديد عقوبة الشريك في القتل العمد، التي يجب أن يرجع فيها إلى أحكام الاشتراك في قانون العقوبات دون سواها، ولما كانت المادة 101 من قانون العقوبات تنص على أن من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها إلا ما استثني بنص خاص، وإذ لم يرد ما يستثني معاقبة الشريك في القتل من عقوبة الفاعل، يتعين من ثم الأخذ بالمبدأ الذي يقرر عقوبة الشريك في الجريمة المذكورة وفقاً لأحكام قانون العقوبات ..."²².

²² محكمة عليا، قضاء الدوائر مجتمعة في الطعن رقم 55/752ق، جلسة 2013/12/23.

يبدو جليا وجاهة المنطق الذي تستند إليه محكمتنا العليا في تقرير النتيجة التي انتهت إليها، وهي نتيجة نتفق – من حيث المبدأ- مع المحكمة في أساسها؛ فمبدأ الشرعية في صياغته التقليدية لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص أو إلا بقانون يمنع الإحالة للشرعية الإسلامية في مسألة تتعلق بالتجريم والعقاب، إذ وفقا لهذا المبدأ، التطبيق المباشر للشرعية الإسلامية في مجال التجريم والعقاب لا يتسنى إلا إذا صيغت أحكامها في قوالب تشريعية؛ ولكن مع ذلك يظل قضاء المحكمة محل نظر إذا ما تم تقييمه في ظل مستجدات النظام القانوني الليبي؛ فبصدور الإعلان الدستوري أصبح لمبدأ الشرعية صياغة خاصة قوامها لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص؛ فلهذه الصياغة خصوصية في تحديد طبيعة مصادر التجريم والعقاب كما سلف البيان في مقام من هذه الدراسة؛ حيث وفقا لهذه الصياغة يكفي أن يحيل النص القانوني إلى أي مصدر آخر وإن لم يكن مكتوبا ليكون هذا المصدر أساسا للتجريم والعقاب، ولهذا فإنه وفقا لنص المادة 31 من الإعلان الدستوري النافذة حين كتابة هذه الورقة، يكفي وجود نص تشريعي يحيل للشرعية الإسلامية ليتمكن تطبيق أحكام هذه الأخيرة بما في ذلك المسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب، إذ تطبيق التجريم والعقاب المستمد من الشرعية الإسلامية يتم بناء على نص الإحالة، وهو ما يتفق ومفهوم المبدأ الذي تقرره المادة 31 من الإعلان الدستوري.

لا شك أن هذه النتيجة في غاية الخطورة، لا لأنها تمنح القاضي سلطة التطبيق المباشر لأحكام الشرعية الإسلامية، فذلك إعلاء لشأنها بما يليق بها، ولكن الخطورة تكمن في أن الإحالة قد لا تكون منضبطة بشأن تحديد ما يمكن الرجوع إليه عند اختلاف الآراء، كما هو الحال بالنسبة لصياغة المادة 7 من القانون رقم 6 في شأن القصاص والدية، وهو ما يجعل للمحكمة سلطة الاختيار، وفي ذلك إنشاء لحكم التجريم على نحو يخالف مبدأ الشرعية الجنائية، فالمحكمة في مثل هذه الحالة ستتحول من سلطة تطبق نص الإحالة، إلى مفوض ينتقي الحكم الملائم، وهي مهمة تشريعية بلا جدال، ممارستها من قبل المحكمة تنتهك الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الشرعية، والمتمثل في مبدأ الفصل بين السلطات، فضلا عن أن هذا الانتقاء سيخلق اختلافا في الأحكام بحسب الموقف الذي تتبناه كل محكمة تجاه الاختلاف بشأن المسألة في الشرعية الإسلامية.

وعلى ذلك وعلى الرغم من التحفظ على الصياغة التي يتبناها المشرع الليبي لمبدأ الشرعية التي وفقا لنص المادة 31 من الإعلان الدستوري الليبي، يمكن أن تكون أحكام الشرعية الإسلامية مصدرا للتجريم والعقاب إذا ما أحال إليها نص تشريعي.

يبدو واضحا عدم دقة المحكمة في اختيار العبارات الدالة على تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث تشير في حكمها إلى أن قانون العقوبات سيطبق على الشريك، وهو بلا شك تعبير غير دقيق، حيث إن الشريك سيعاقب بالإعدام فصاها وفقا لقانون القصاص والدية وذلك استنادا لأحكام المادة 101 من قانون العقوبات التي حدد مصدر العقوبة، وهذا لا يمكن معه القول إن قانون العقوبات هو الواجب التطبيق.

الفرع الثاني

دور العرف في مجال التجريم والعقاب

إن الصياغة الواضحة لمبدأ الشرعية لا يمكن أن تعترف للعرف بدور يُعترف فيه إليه بصفة المصدر المنشئ للتجريم والعقاب، فالعرف ليس نصا مكتوبا؛ غير أن الإشكال يبدو في الحقيقة بالنسبة للدور السلبي للعرف، بمعنى اعتبار العرف مصدرا لإباحة فعل يجرمه القانون؟

يرى البعض أن مبدأ الشرعية الجنائية وإن كان يقيد نطاق مصادر التجريم والعقاب باستلزام النص المكتوب، إلا أن هذا التقييد لا يهدر المصادر الأخرى بإطلاق، فالتقييد يقتصر على الحالة التي يُلجأ فيها للمصدر لإنشاء جريمة وعقاب، أما إذا كان المصدر من قبيل المصادر التي تحل القيد على الحرية، أي تبيح فعلا يجرمه القانون، فإن هذا المصدر وإن لم يكن مكتوبا لا يتعارض تطبيقه مع مقتضيات مبدأ الشرعية الذي يقوم على أساس حماية الحقوق والحرية في مواجهة التعسف في التقييد²³، وهو - مبدأ الشرعية - في ذلك يحقق مصلحة عامة تخدم أهداف القانون الجنائي من حيث تبرير العقوبة لدى المخاطبين بالنص، فالعقوبة خطيرة، وهي بغیضة إذا اتسمت بالاستبداد، وهي عادلة إذا وقعت وفقا للقانون، ولهذا فالنصية تهدف - ضمن أهدافها - إلى تبرير توقيع العقاب²⁴. وعلى ذلك - ووفقا لهذا الفهم - فإن العرف يمكن عدّه مصدرا احتياطيا في تطبيق قانون العقوبات متى كان أساسا لإباحة بعض الأفعال التي يجرمها القانون، فللعرف - وفقا لهذا الفهم - دور سلبي، لا ينشئ جريمة ولا عقاب ولكنه يعيد الفعل إلى حومة الإباحة، فلا يقتضي ذلك وجود النص المكتوب²⁵.

غير أننا نرى أن هذا الفهم محل نظر، ذلك أنه يلزم لاعتبار العرف مصدرا للقانون بوجه عام، أن يكون مشروعا، ومعنى المشروعية في هذا الشأن هو أن تكون القاعدة المضطردة غير مخالفة للنظام العام والآداب، وهذه الفكرة بالذات تجعلنا نشك في وجود قاعدة يصح وصفها بالعرفية بالمعنى الفني للكلمة، يمكن أن تنشئ وضعا يبيح فعلا يجرمه القانون²⁶، ذلك أن هذا الوضع يعني أننا أمام تعارض بين قاعدتين، قاعدة تشريعية تجرم الفعل وأخرى يفترض أنها عرفية تقضي بإباحته، وهذا التعارض في حد ذاته يهدر القيمة القانونية لهذه الأخيرة، لتخلف شرط مشروعيتها.

بمعنى، أن السلوك المضطرد بمخالفة القاعدة القانونية الجنائية لا يمكن أن ينشأ به عرف، لأن هذا الأخير يجب أن يكون موافقا للنظام العام، والقواعد الجنائية هي صميم هذا النظام، فضلا عن أن التسليم بإمكانية نشوء عرف مبيح لفعل يجرمه القانون، سوف يعني أن القاعدة العرفية يمكن أن تلغي ولو جزئيا نصا تشريعيا، إذ الإباحة في هذا الفرض ليست مجرد تقييد للنص التجريمي بقدر

²³ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سبق ذكره، ص 92

²⁴ د. محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992، ص 12.

²⁵ د. جلال ثروت، نظم القسم العام في القانون المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1989، ص 44.

²⁶ في ذات الاتجاه د. مأمون سلامة، مرجع سبق ذكره، 28-29

ما ستمثل ترجيحاً لحكم العرف - المدعى - على حكم النص التشريعي، وهذا لا يمكن أن يفهم إلا على أساس فكرة الإلغاء؛ وهو منطق غير مقبول لمخالفته قواعد التدرج في ترتيب مصادر القانون.

إن أغلب الأمثلة التي يطرحها الفقه للتدليل على دور العرف في مجال تطبيق قانون العقوبات، لا يستند إنشاء القاعدة فيها إلى العرف، وإنما إلى نص القانون، فالإشارة إلى أن العرف يمكن أن يمارس دوراً في تحديد عناصر بعض الجرائم أو لإباحة الفعل، هي في حقيقتها حالات لا ينشئ خلالها العرف قواعد بقدر ما يقرر قواعد تتضمنها نصوص تشريعية؛ ففكرة أن العرف - كما يرى البعض²⁷ - من الممكن أن ينشئ قواعد لتحديد عناصر بعض الجرائم - كدور يُسند للعرف في مجال التجريم والعقاب - هو في حقيقته فهم غير دقيق، فالعرف عندما يحدد عنصر الملكية في جريمة السرقة، هو لا ينشئ قاعدة مستقلة، فالملكية يُحدد شروطها نص القانون، فإن انعدم النص ولم يوجد في الشريعة حكم يحددها، فإن الرجوع للعرف يكون استناداً لنص القانون المحدد لمصادر القانون المدني. ولهذا فإن العرف ليس هو المصدر المباشر للقاعدة القانونية، فهو في مثل هذه الحالة يستند إلى قواعد أخرى تشريعية.

كما أن إشارة بعض الفقه إلى دور العرف المبيح والاستشهاد على ذلك بإباحة الفعل الفاضح إذا ارتكب في مكان مخصوص لا يصدق عليه - عرفاً - وصف المكان الذي قصده المشرع بالتجريم عند ارتكاب الفعل فيه²⁸، وهو فهم لا يخلو من عدم دقة - في تقديرنا - ذلك أن دور العرف - حسب فهمنا - في مثل هذه الحالة لا يتجاوز كونه وسيلة للتفسير من خلال تحديد نطاق تطبيق النص التجريمي²⁹، فمن خلال العرف يمكن تحديد المقصود بالفعل الفاضح مثلاً في بعض الجرائم، فاعتبار بعض الأفعال لا تدخل في حومة التجريم والعقاب بوصفها أفعالاً فاضحة لأن العرف يبيح إتيانها في ظروف معينة في بعض المجتمعات، لا يعني أن العرف قد أباح الفعل، وإنما هو تحديد لنطاق تطبيق النص القانوني، وهو بهذا المعنى يعد وسيلة لتفسير النص لا للحد من نطاقه، فالإباحة تعني أن الفعل شمله نص التجريم ثم خرج من نطاقه لاعتبارات تخص ظروف ارتكاب الفعل أو مرتكبه، وهذا لا يصدق على المثال المطروح، حيث الفعل لم تتوافر فيه شروط التجريم. فدور العرف في التفسير يختلف عن دوره كسبب مبيح، فالتفسير يعني أن العرف يؤكد وجود النص بتحديد مضمونه ونطاقه كأداة من أدوات فهمه التي يلجأ إليها المطبق للنص، وهذا لا يجعل العرف في منازعة وجود مع النص القانوني المجرم للفعل بخلاف فكرة الإباحة التي تفترض هذا التضاد على نحو لا يحتمل وجودهما في آن معاً.

²⁷ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سبق ذكره، ص 92.

²⁸ نفس المرجع، نفس الصفحة.

²⁹ يشير بعض الفقه إلى دور العرف في تفسير قواعد التجريم والعقاب، ولكن دون أن يحدد الفارق بين هذا الدور للعرف وما يدعى له من أدوار أخرى في مجال تطبيق النص العقابي، مثال ذلك أنظر / مأمون سلامة، مرجع سبق ذكره، ص 30.

الخاتمة

يعد النص التشريعي المصدر الوحيد في مجال قانون العقوبات، فهو مصدر التجريم والعقاب، لكون مبدأ الشرعية يفترض النصية كأساس لهذا التجريم، ولأن الإباحة لا تتقرر إلا بنص تشريعي كضرورة من ضرورات النظام القانوني، فإذا كان التجريم لا يتقرر إلا بنص فالإباحة لا تتقرر هي الأخرى إلا بنص، غير أن الفارق بين الإباحة والتجريم في هذا الشأن سيبدو من حيث إن التجريم لا يحتمل الإحالة، فالمصدر التشريعي هو ما يجب أن يكون مصدر التجريم، في حين الإباحة مصدرها النص التشريعي سواء مصدرًا مباشرًا كما هو الحال لنص المادة 2222 الخاص بالدفاع الشرعي، أو غير مباشر كالنصوص التي تقرر أن الحق والواجب سببين للإباحة دون أن تحدد مضمون الحق والواجب، فتكون تلك إحالة لمصادر أخرى تحدد مضمون تلك الحقوق ونطاقها، ولا شك أن تلك الحقوق قد تكون مصادر غير مكتوبة كالعرف والشريعة الإسلامية.

على الرغم من أن صياغة لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون تمثل أقصى درجات الحماية في مجال التجريم والعقاب، لكونها تمنع اللجوء للمصادر غير المكتوبة، إلا أن هذه الحماية ستبدو – في تقديرنا- عديمة الجدوى بالنسبة للمخالفات، لقلة شأنها وضآلة عقوباتها، فضلًا عن أن منح السلطة التنفيذية اختصاصًا بالتجريم في حدود المخالفات، لا يخالف فلسفة مبدأ الشرعية ولا يمثل انتهاكًا ل ضمانات الحماية في مواجهة التعسف، لكون عقوباتها لا تمثل مساسًا جسيمًا بالحقوق التي يحميها القانون.

أضف إلى ذلك أن صياغة لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، ستعني أن السلطة التشريعية هي فقط من تملك اختصاص التجريم، وهذا بتقديرنا سوف يجعلنا أمام إصراف في التشريع بشأن التجريم في المخالفات، حيث إن تجريمها لا يكون إلا بقانون، فهي من طبيعتها التميز بالتغيير ما يقتضي التدخل دائمًا بموجب قانون للتعديل أو الإلغاء، فضلًا عن أن ذلك من شأنه حرمان السلطة التنفيذية من استعمال التجريم كوسيلة لتنظيم أوجه النشاط الداخل في اختصاصها، وهذا الحرمان كما أسلفنا في موضعه من هذه الورقة، لا يمكن تبريره استنادًا لمبدأ الفصل بين السلطات.

إن الصياغة الغامضة التي يتبناها مشروع الدستور الليبي لمبدأ الشرعية، أورثت فهما مفاده منح الاختصاص بالتجريم في الجرح و الجنایات للسلطة التشريعية دون تحديد دورها في مجال المخالفات، فيكون الاختصاص بشأن الأخيرة قاصراً على السلطة التنفيذية³⁰، فهذا قد يعني عند

30. في اتجاه مماثل، تنص المادة 111/2 من قانون العقوبات الفرنسي على أنه: (لا يعاقب شخص عن جنابة أو جنحة ما لم تكن أركانها معرفة بقانون، كما لا يعاقب شخص على مخالفة ما لم تكن أركانها محددة بمقتضى لائحة).

بعض مذاهب التفسير أن السلطة التنفيذية سوف تمارس اختصاص التجريم في حدود المخالفات لتنظيم النشاط الداخل في اختصاصها، وفيما عدا ذلك هي غير مختصة طبقاً لقواعد الاختصاص، ما يعني أن المخالفات لا تتقرر إلا في حدود الأنشطة التي تنظمها جهة الإدارة، أي أن هذا النوع من الجرائم سيصبح من قبيل الجرائم الماسة فقط بنشاط الإدارة، فالقانون لا يجرم بدرجة مخالفة. إن هذا من شأنه التوسع في مجال التجريم بدرجة جنحة أو جناية مادامت السلطة التشريعية لا تملك التجريم بدرجة مخالفة، اللهم إلا إذا قلنا باختصاصها استناداً لقاعدة من يملك الأكثر يملك الأقل، وهو فهم نراه يحتاج إلى وقوف أمام عبارات النص الغامض لإثباته.

يبدو أكثر فاعلية تبني صياغة لمبدأ الشرعية تحدد للقانون اختصاصاً مطلقاً في التجريم دون التقيد بدرجة من درجات الجرائم، ومنح الاختصاص لللائحة بالتجريم في حدود المخالفات دون تحديد نوع العقاب الذي تلجأ له السلطة التنفيذية، إن مثل هذا الاتجاه سيمثل – حسب وجهة نظرنا- اتجاهاً أكثر عملية في تحقيق الحماية من التعسف، فضلاً عن تحقيق قدر من المرونة لا تخالف فلسفة الشرعية الجنائية.

L'article 111/3 du code penal français prévoit; " La loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs. Le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les distinctions établies par la loi, les peines applicables aux contrevenants".

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=B280F62AD9F104C05E94319887F05EAF.tplgfr36s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006149814&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20180224.
Le24/02/2018.

المراجع

أولاً: الكتب العربية :

-د.جلال ثروت، نظم القسم العام في القانون المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1989.

-أ.د.سليمان الجروشي، أصول الفقه، الطبعة الأولى، 2009.

-د.عوض محمد، قانون العقوبات – القسم العام، منشأة المعارف، 1995، الإسكندرية، مصر، ص 19.

-د.مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار غريب للطباعة، القاهرة، مصر.

-د.محمود إبراهيم إسماعيل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الفكر العربي.

-د.محمود نجيب حسني :

الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.

شرح قانون العقوبات القسم العام، النظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، 1977.

ثانياً: البحوث باللغة العربية :

د.الهادي أبو حمرة، توزيع وظائف الدولة كآلية لحماية الحريات، القانون الجنائي نموذجاً، بحث منشور بمجلة المحامي، تصدر عن نقابة العامة للمحامين الليبيين، العدد (65-66) السنة 17، يوليو –سبتمبر، 2006.

-د.عمران عبد السلام الصفراني، ضوابط التشريع اللائحي في القانون الليبي، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، تصدر عن كلية القانون-جامعة قاريونس "بنغازي"، العدد الثامن عشر، أكتوبر، 2009.

ثالثاً: البحوث باللغة الفرنسية :

Le principe de la légalité criminelle dans la «Bertrand -DE LAMY Cahiers du Conseil ,jurisprudence du Conseil constitutionnel constitutionnel n° 26 (Dossier :La Constitution et le droit pénal) – Août p.5، 2009

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/pdf.51488constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel->

principe de légalité et civilisation ، droit pénal،-GRANDE Elisabetta
revue internationale de droit ، [article]، vision globale،juridique
56-1.،comparé année 2004
[http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2004_num_56_1_19252.](http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2004_num_56_1_19252)

رابعاً: الأحكام والقرارات:

1. القضاء الليبي:

محكمة عليا، الطعن الجنائي رقم 1985، السنة القضائية 50، أيضا الطعن الجنائي رقم 51/224.
محكمة عليا، قضاء الدوائر مجتمعة في الطعن رقم 55/752ق، جلسة 2013/12/23.

2. القضاء المصري:

المحكمة الدستورية المصرية، جلسة 6/ابريل 1991، قضية رقم 16-17 لسنة 11 قضائية.

3 المجلس الدستوري الفرنسي :

décision n° 73-80 L du 28 novembre 1973،-Conseil constitutionnel
[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1973/73-80-l/decision-n-73-80-l-du-28-novembre-1973.7378.html.](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1973/73-80-l/decision-n-73-80-l-du-28-novembre-1973.7378.html)

نظرة في أساس الحكم على عقود التمويل المصرفي

(إشكالية الزمن وعوضه في عقد السلم)

د.ضو مفتاح أبوغرارة

عضو هيئة تدريس بقسم الشريعة الإسلامية

كلية الحقوق - جامعة طرابلس

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إِنَّمَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِن تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ} (282) سورة البقرة.

ملخص البحث

نظرة في أساس الحكم على عقود التمويل المصرفي

(إشكالية الزمن وعوضه في عقد السلم)

إن نقطة الانطلاق في هذا البحث هي أن أحكام المعاملات أبعد ما تكون عن الشكلية المطلقة، وأن الشكل الذي ذكره الفقهاء غالباً ما يحقق المعنى في زمنهم، ولهذا كان مجال العقل في المعاملات واسعاً، إذ العبرة بالمعاني وليس بالألفاظ والمباني، ولما كان التمويل المصرفي عصبه الزمن فإن ثمة إشكالية تنور بصده، ذلك أنه إذا وجد الزمن تحقق معنى القرض، وإذا وجد القرض واقترن بالمنفعة أثيرت مسألة الربا، وهذا سبب التردد في قبول ما طرح من بدائل للقروض المصرفية، كالمرابحة بنوعيتها، و الاستصناع، وغيرهما من صيغ التمويل، والمطلع على كتب الفقه الإسلامي قد يجد غموضاً وتناقضاً في ظاهر أقوال الفقهاء، ومرد ذلك البداية من الفرع عند بيان الحكم، وعدم تحديد الأسس، والتركيز على الشكل.

تهدف هذه الورقة إلى مناقشة أساس تحديد العوض في عقود التمويل المصرفي، من خلال المعاني والمقاصد التي تضمنتها عبارات وتطبيقات الفقهاء الأقدمين في المذاهب السنية الأربعة، بحسبانها السائدة في أكثر الدول الإسلامية، كما أن غيرها يعود إليها غالباً خاصة في موضوع البحث .

بداً ذي بدء لابد من الإشارة إلى أن المحل في عقود التمويل المصرفي مركب من عدة عناصر نجمها (السلعة والزمن، ورأس المال وعوض الزمن)، وطبقاً لهذا التصور يعد الزمن أهم عناصر محل عقود التمويل المصرفي، ومن هنا تثور مسألة الربا في جل عقود التمويل المصرفي، ورغم كثرة الدراسات التي تناولت عقود التمويل في عصرنا الحديث فإن جلها غلب جانب المعالجة الجزئية، ولم نر فيما اطلعنا عليه دراسة تأصيلية تنطلق من الأسس في موضوع البحث، مما جعل أغلب الدراسات السابقة عاجزة عن الاستجابة للتطور السريع للعمل المصرفي.

إن العمل المصرفي يقوم أساساً على التمويل، والزمن عنصر فيه، وبالتالي لا يخلو من معنى القرض، ولا يمكن أن تقدم المصارف عملها مجاناً، لأن في ذلك حرمان لها من مصدر إيرادها الأساسي، ومنع المصارف من أعمال التمويل يهدم النظام المصرفي ويعجزه عن أداء وظيفته، زد على ذلك أن عوض التمويل يثير إشكالية الربا، مما يستوجب علاج المسألة جذرياً.

إن عقود التمويل المصرفي من مستجدات العصر، ولهذا لا نطمح أن نجد نصاً صريحاً بلفظها في القرآن، أو السنة، ولا في عبارات الفقهاء الأقدمين، ولما كانت قواعد البيوع في الفقه الإسلامي تمثل أساساً لكل ما في معناها، فإنه لا مناص من رد عقود التمويل المصرفي لما يشابهها في الفقه، ولعل عقد السلم، من أهم الأصول الشرعية لعقود التمويل المصرفي، ولذلك اعتمدها في بيان أسس وأحكام عقود التمويل المصرفي .

وانتهيت في هذا البحث إلى أن عقود التمويل المصرفي إذا كان التمويل في هذه العقود من طرف واحد، والتمويل نقدي حقيقة، أو حكماً، ودعت إليه حاجة دعم الزراعة، أو الصناعة، أو التجارة، فهي تعود لعقد السلم، ودلت عبارات الفقهاء وتطبيقاتهم أن رأس المال يتكون من قيمة السلعة يضاف إليها قيمة الزمن، وأن عوض الزمن هنا يحدد بالقدر لا بالنصيب، وهذه العقود من باب القرض من حيث المعنى، والمنفعة هنا جزء من حقيقة العقد، وليست محرمة، أما إذا كان التمويل من جانبين، فعقود التمويل هنا لا تعد من باب السلم، ولا تقدر قيمة الزمن بالقدر، بل بالنصيب، كما في المضاربة، كما لا تعد عقود التمويل من السلم إذا كانت الحاجة لسد ضروريات الفرد، وهنا أقرب لقرض التبرع، والذي تحرم فيه المنفعة، وتعد من باب الربا، وناقشت هذه الإشكاليات وتوجيهها وفق خطة منهجية تضمنت مبحثين، في المبحث الأول إشكالية تحديد الأساس تأسيساً على عقد السلم، وموضوع المبحث الثاني لتوجيه هذه الإشكالية، وأنهيت البحث بخاتمة لأهم النتائج.

المقدمة

نظرة في أساس تحديد العوض في عقود التمويل المصرفي

(إشكالية الزمن وعوضه من خلال عقد السلم)

إن نقطة الانطلاق في هذا البحث هي أن أحكام المعاملات أبعد ما تكون عن الشكلية المطلقة، وأن الشكل الذي ذكره الفقهاء غالباً ما يحقق المعنى في زمنهم، ولهذا كان مجال العقل في المعاملات واسعاً، إذ العبرة بالمعاني وليس بالألفاظ والمباني، ولما كان التمويل المصرفي عصبه الزمن فإن ثمة إشكالية تثور بصده، ذلك أنه إذا وجد الزمن تحقق معنى القرض، وإذا وجد القرض واقترب بالمنفعة أثرت مسألة الربا، وهذا سبب التردد في قبول ما طرح من بدائل للقروض المصرفية، كالمرابحة بنوعيتها، والاستصناع، وغيرهما من صيغ التمويل، والمطلع على كتب الفقه الإسلامي قد يجد غموضاً وتناقضاً في أقوال الفقهاء، ومرد ذلك البداية من الفرع عند بيان الحكم، وعدم تحديد الأسس، والتركيز على الشكل.

تهدف هذه الورقة إلى مناقشة أساس تحديد العوض في عقود التمويل المصرفي، من خلال المعاني والمقاصد التي تضمنتها عبارات وتطبيقات الفقهاء¹ الأقدمين في المذاهب السنية الأربعة، بحسبانها السائدة في أكثر الدول الإسلامية، كما أن غيرها يعود إليها غالباً خاصة في موضوع البحث.

بدأت ذي بدء لابد من الإشارة إلى أن المحل في عقود التمويل المصرفي مركب من عدة عناصر نجملها في: (السلعة والزمن، ورأس المال وعوض الزمن)، وطبقاً لهذا التصور يعد الزمن أهم عناصر محل عقود التمويل المصرفي، ومن هنا تثور مسألة الربا في جل عقود التمويل المصرفي، ورغم كثرة الدراسات التي تناولت عقود التمويل في عصرنا الحديث فإن جلها غلب جانب المعالجة الجزئية، ولم نر فيما اطلعنا عليه دراسة تأصيلية تنطلق من الأسس مما جعل أغلب الدراسات السابقة عاجزة عن الاستجابة للتطور السريع للعمل المصرفي.

إن العمل المصرفي يقوم أساساً على التمويل، والزمن عنصر فيه، وبالتالي لا يخلو من معنى القرض، ولا يمكن أن تقدم المصارف عملها مجاناً، لأن في ذلك حرمان لها من مصدر إيرادها الأساسي، ومنع المصارف من أعمال التمويل يهدم النظام المصرفي ويعجزه عن أداء وظيفته، زد على ذلك أن عوض التمويل يثير إشكالية الربا، مما يستوجب علاج المسألة جذرياً.

¹ -بناء على هذا المنهج في التأصيل فإن لفظ الفقهاء إذا أطلق في هذا البحث يراد بهاء فقهاء المذاهب الأربعة.

إن عقود التمويل المصرفي من مستجدات العصر، ولهذا لا نطمح أن نجد نصا صريحا بلفظها في القرآن، أو السنة، ولا في عبارات الفقهاء الأقدمين، ولما كانت قواعد البيوع في الفقه الإسلامي تمثل أساسا لكل ما في معناها، فإنه لا مناص من رد عقود التمويل المصرفي لما يشابهها في الفقه الإسلامي، ولعل عقد السلم أكثر شبها لعقود التمويل المصرفي، ولذلك اعتمدناه في بيان أسس وأحكام عقود التمويل المصرفي.

بيد أن انتهاء عقود التمويل إلى القرض يوجب تطبيق أحكام القرض في الفقه الإسلامي عليها، ذلك أن القرض ينقسم إلى تبرع، ومعاوضة، وقرض المعاوضة عرف في الفقه الإسلامي بعدة أسماء أهمها السلم، وبيع الآجل، والمضاربة، وهذا النوع من القرض المنفعة فيه ليست ربا، والخلاف في قرض المعاوضة في طريقة حساب المنفعة، أي هل تحسب بالقدر، أم بالجزء، وذلك يعني أن قيمة الزمن في ذاتها ليست من باب الربا في عقود قرض المعاوضة، إلا إذا ارتبطت بمعنى، فهل عقود التمويل المصرفي تندرج في قرض المعاوضة، وما كان منها من باب قرض المعاوضة هل هو من باب السلم، أم لا، وما أثر هذا التكييف على أساس الحكم على عقود التمويل المصرفي، وهل تحديد هذا الأساس وأثره يعالج إشكاليات عقود التمويل المصرفي، فيما تعلق منها بالمنفعة مقابل الزمن.

سنحاول الإجابة على هذه الأسئلة من خلال مناقشة عبارات الفقهاء، ودراستها دراسة تحليلية ابتغاء الوصول إلى الأساس الشرعي لعقود التمويل المصرفي، فيما يتعلق بالزمن وعوضه، وفق خطة منهجية تضمنت بحثين، نعالج في المبحث الأول فيه إشكالية تحديد الأساس تأسيسا على عقد السلم، ونخصص المبحث الثاني لتوجيه هذه الإشكالية.

المبحث الأول

إشكالية أساس العوض في عقود التمويل المصرفي تأسيسا على عقد السلم

إن الفيصل في ربوية عقود التمويل المصرفي هو الزمن وعوضه، فمثلا التردد في قبول بدائل القرض للتمويل المصرفي كبيع المرابحة، أو البيع بالتقسيط أو الإجارة التمويلية بمختلف صورها أساسه انتهاء هذه العقود إلى القرض بفائدة.

إذا كان الفيصل في أسلمة عقود التمويل المصرفي فيما يتعلق بالربا هو الزمن وعوضه، فما المراد بقيمة الزمن أو لا، فهل المراد به قيمة ذات الزمن، أم المراد به قيمة استثمار المال خلال

أجل العقد، وهو ما عبر عنه الفقهاء بالنماء في بيوع المنافع، والترفيه، والاكتساب، والاسترخاء في عقد السلم، ولهذا اقترنت إباحة قيمة الزمن بقبول المال للنماء حقيقة أو حكماً، وبالأجل². نلاحظ من خلال اطلاعنا المبدئي على عبارات الفقهاء وتطبيقاتهم أن هناك حلقة مفقودة لم تبرز في الكتابات الحديثة التي اطلعنا عليها بشكل واضح، والتي تناولت أحكام الأعمال المصرفية جملة، وبما فيها عقود التمويل المصرفي، لأن النظرة الظاهرة لعبارات وتطبيقات جمهور الفقهاء تبرز تناقضاً، واضطراباً في الأسس السائدة الآن، والمبني عليها أحكام الأعمال المصرفية، فيما يتعلق بربوبيتها للزمن وعوضه.

إن أهم الأسس المعتمد عليها في تحريم عقود التمويل المصرفي للربا هو الزمن وعوضه، أي أن أي عوض للزمن في القروض يعد من باب الربا، والبديل الوحيد في معنى الإقراض هو المضاربة، والمضاربة تقتضي الاشتراك في الربح والخسارة، أي النماء، ويقسم بالجزء ولا يحدد بالقدر، وإلا انتهى إلى إيجار النقود، كما أن المخاطرة فيها من جانب واحد، أي طرف رابح لا محالة، وطرف معرض لخطر الخسارة، وهذا من معاني الربا، وأما التردد في قبول بيع المرابحة فلأنه ينتهي إلى القرض، وما دام قرضاً من حيث المعنى، واقترن بعوض، فهو ربا، وتقوى الشبهة إذا كان العوض نقداً، فهو أقرب لصورة الفائدة، والبيع ما هو إلا صورة، وكذلك الأمر في جل عقود التمويل المصرفي.

إن أهم التساؤلات التي تطرح وبناء عليها يحدد أساس أحكام الزمن وعوضه وفقاً لأحكام عقد السلم في عقود التمويل المصرفي هي: هل تضمّن العقد معنى القرض يستلزم ربوية المنفعة؟ ويطبق عليه أحكام القرض كمصطلح في الفقه الإسلامي، أم أن السلم من باب القرض كمعنى، وهو غير القرض كمصطلح، وبالتالي فهو يصلح أن يكون أصلاً شرعياً لعقود التمويل المصرفي؟ وما هو أثر هذا التأسيس، وإشكالياته؟

*-معنى القرض في عقد السلم .

تدل عبارات الفقهاء وتطبيقاتهم على أن السلم من باب القرض، وإن لم يطلق عليه لفظ القرض كمصطلح، والأدلة على أن السلم من باب القرض متعددة منها :

- الإمام الشافعي - أبو عبد الله محمد بن إدريس - الأم - تعليق محمود مطرجي - بيروت - دار الكتب العلمية - ط الأولى 1993 م 8/ 126، وما² بعدها. ابن قدامة - أبو محمد عبد الله بن أحمد - المغني - ويليه الشرح الكبير لأبي فرج بن قدامة، القاهرة - دار الحديث - ط سنة 2004م 26/5، 392، وما بعدها 416، 575. الكاساني، - علاء الدين أبوبكر بن محمد - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - مصر - مطبعة الجمالية - ط الأولى 1910م 175/6 وما بعدها، 185 وما بعدها. الحطاب - مواهب الجليل 356/5 وما بعدها. ابن عابدين - محمد أمين - رد المحتار على الدر المختار - بيروت لبنان دار الكتب العلمية ط الثانية سنة 2002م 61/5، 174، 212/6 وما بعدها، 582 وما بعدها، 595.

-إطلاق لفظ السلف عليه، والسلف هو القرض .

لقد أطلق بعض الفقهاء لفظ السلف على عقد السلم، وعللوا هذا الإطلاق بتضمن السلم لمعنى السلف، وقد صرحت بهذا مصادر الفقه الحنفي والحنبلي والشافعي³، فمثلا يقول ابن الهمام من الحنفية: (السلم والسلف بمعنى واحد)⁴، ويقول ابن مفلح من الحنابلة: (السلم والسلف بمعنى واحد، سلما لتسليم رأس المال، وسلما لتقديمه)⁵، ويقول الشربيني من الشافعية . (السلم، ويقال له السلف.. سلما لتسليم رأس المال، وسلما لتقديم رأس المال)⁶.

-اقتران السلم بالأجل .

لقد اتفق فقهاء الأحناف، والمالكية، والحنابلة، على أن الأجل شرط لصحة السلم، ويبطل السلم، أو يعد بيعا ولا يعتد باللفظ إذا خلا من شرط الأجل، المهم أنه لا يعد سلما إذا خلا من الأجل، والمشهور عند الشافعية أن السلم ينعقد حالا، وإن كان الأصل فيه الأجل، أي أنهم اعتبروا أن الأصل في السلم الأجل⁷.

-الاستدلال بآية المداينة على شرعية عقد السلم .

اتفق الفقهاء الذين تناولوا أدلة عقد السلم على أن من أهم أدلة شرعية السلم آية المداينة⁸، يقول الله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ

³ - الكاساني - بدائع الصنائع ، 299/5. ابن مفلح - أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد . المبدع في شرح المقنع - ب ط - ب ت - المكتب الإسلامي 177/4. الرملي - أبو العباس أحمد بن حمزة الرملي - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - بيروت لبنان - دار الفكر ب ط 182/4. الشرواني - الشيخ عبد الحميد الشرواني وغيره - حواشي الشرواني - بيروت لبنان - دار الفكر - ط الأولى سنة 1997م 3/5. البهوتي - منصور يونس بن إدريس البهوتي - كشف القناع - تح محمد عدنان ياسين درويش - بيروت لبنان - دار إحياء التراث العربي - ط الأولى سنة 1999م 323/3. ابن عابدين - حاشية ابن عابدين 464/7.

⁴ - ابن الهمام - كمال الدين محمد بن عبدالواحد - شرح فتح القدير - بيروت لبنان - دار إحياء التراث العربي - ب ط - ب ت 204/6.

⁵ - ابن مفلح - المبدع في شرح المقنع 177/4

⁶ - الشربيني - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني - مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - تح طه عبدالرؤف سعد ، وراجع محمد عزت - القاهرة المكتبة التوفيقية - ب ط - ب ت 3/3

⁷ - المرغيناني - الإمام برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني - الهداية شرح بداية المهتدي - كراتشي باكستان - من منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - ط الأولى - سنة 1417 هـ 228/5 - السرخسي - شيخ الإسلام شمس الأئمة الأصولي النظار أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي الحنفي - المبسوط - تح أبو عبدالله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي - بيروت لبنان - دار الكتب العلمية - ط الأولى سنة 2001م 149/12 وما بعدها. القرافي - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي - الذخيرة - تح محمد أبوظيرة - بيروت بنان - دار الغرب الإسلامي - ط الأولى

سنة 1994م 252/5. ابن قدامة - أبو محمد عبدالله بن أحمد - المغني - وليه الشرح الكبير لأبي فرج بن قدامة، القاهرة - دار الحديث - ب ط سنة

2004م 662/5. ابن مفلح - المبدع 189/4. عليش - محمد عليش - منح الجليل شرح على مختصر خليل - بيروت لبنان - دار الفكر - ب ط سنة

1989م 358/5 وما بعدها . الرملي - نهاية المحتاج 182/4 وما بعدها. الشربيني - مغني المحتاج 6/3 وما بعدها .

⁸ - المرغيناني - الهداية - 222/5. ابن قدامة المغني - 642/5. الرملي - نهاية المحتاج 182/4.

تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسَامُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكَمْ أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمَكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ} (282) سورة البقرة، ويؤيد هذا الاستدلال ما نقل عن بعض المفسرين من أن سبب نزول آية المداينة عقد السلم، وآية المداينة خاصة بالمداينات، ومن بينها القرض، والتي يعد الأجل جزءا منها، وإذا وجد الأجل تحقق معنى القرض⁹، كما أيد هذا الاستدلال ما نقل عن شراح الحديث من الاستدلال بهذه الآية على شرعية عقد السلم¹⁰.

-إطلاق بعض معاني القرض على السلم .

لقد أطلق الفقهاء بعض المعاني على عقد السلم، وهذه المعاني من مستلزمات القرض، أي من باب بيع المداينات، منها مثلا بيع المحاويج، والمفاليب، وهذه الألفاظ ذكرت كناية عن عدم القدرة على دفع ثمن السلعة، وهو في حاجة لها، وهذه من مستلزمات القرض¹¹.
إن دلالة النقاط السابقة على أن السلم قرض من حيث المعنى ظاهرة، ولا نحتاج للبحث عن المعاني الخفية، أو غير المباشرة، ولا المقاصد، بل إن كل نقطة كافية في الدلالة على أن السلم قرض من حيث المعنى، والنقاط السابقة لا يختص بها مذهب من المذاهب الأربعة التي اعتمدها في البحث لتأصيل عقود التمويل المصرفي، فلا يخلو مذهب من واحدة على الأقل، وبناء عليه يمكن القول بأن السلم قرض من حيث المعنى قولا واحدا عند الفقهاء.

إن معنى القرض في السلم أمكن منه في عقد القرض، حيث أن الأجل شرط في السلم باتفاق الفقهاء خلافا للشافعية¹²، أما في عقد القرض فالراجح عند فقهاء الأحناف والشافعية والحنابلة حرمة الأجل في القرض¹³، وبصرف النظر عن المراد بالأجل المحرم في عقد القرض،

- الرازي - الرازي-الإمام محمد الرازي فخر الدين بن العلامة ضياء الدين عمر - التفسير الكبير ومفاتيح الغيب - بيروت لبنان - دار إحياء التراث العربي ط الثانية ب ت 108/7 . القرطبي - أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري - الجامع لأحكام القرآن - بيروت - دار الكتب العلمية ط الأولى - سنة 1988م 243/3.. بن عاشور - الشيخ محمد الطاهر بن عاشور - تفسير التحرير والتنوير - طرابلس - دار الجماهيرية للنشر والتوزيع - تونس - دار التونسية - ب ط - ب ت 99/3.

¹⁰ - ابن حجر - شهاب الدين أبو الفضل - فتح الباري بشرح صحيح البخاري - دار الريان للتراث - ط الثانية سنة 1988م 500/4 الأحوذى - الإمام الحافظ أبو العلاء محمد بن عبدالرحمن بن عبدالرحيم - تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذي - بيروت لبنان - دار الكتب العلمية - ط الأولى سنة 1990م 448/4.
¹¹ الكاساني - بدائع الصنائع 299/5 - ابن مفلح - المبدع 189/4. ابن الهمام - شرح فتح القدير 219/6. الرملي- نهاية المحتاج 6/3.
- ابن قدامة - المغني 662/5 وما بعدها . الكاساني - بدائع الصنائع 315/5 . - الماوردي- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي- الحاوي¹² الكبير - ويلي بهجة الحاوي لابن الماوردي- بيروت- دار الفكر- ب ط - سنة 2003م 3/7 وما بعدها . 436. الحطاب - مواهب الجليل 528/4 وما بعدها.

¹³ - ابن قدامة - المغني 8/6. الكاساني - بدائع الصنائع 583/7 - الماوردي-- الحاوي الكبير . 436/6.

لأنه لا قرض بدون أجل، إلا أن هذا الرأي يدل على أن دور الأجل في عقد القرض أقل شأنًا منه في السلم ' أي أن للأجل في السلم معنى زائد عنه في القرض .
وإذا كنا قد سلمنا أن السلم قرض، وبصرف النظر عن الإطلاق، فما هي طبيعة هذا القرض، وما تستلزمه هذه الطبيعة، من أوجه اختلاف عن عقد القرض فيما يتعلق بإشكالية المنفعة في القرض، والتي تثير شبهة الربا ؟

وللإجابة على هذا السؤال لابد من الإشارة إلى اتفاق الفقهاء على أن السلم نوع من أنواع البيوع، والدليل على هذا ما يلي :

1- ألفاظ التعريف .

لقد اتفقت عبارات الفقهاء من خلال تعريفاتهم، وتطبيقاتهم، وبيان أحكام السلم على أن السلم نوع من أنواع البيع بالمعنى الأخص، أي كعقد معاوضة، ففي التعريفات دارت عبارات الفقهاء بين استخدام لفظ (المعاوضة)، أو لفظ (البيع)، فعرفه ابن الهمام من الأحناف بأنه: (بيع آجل بعاجل) ¹⁴، وعرفه عليش من المالكية بأنه: (عقد معاوضة يوجب عمارة الذمة بغير عين ولا منفعة، غير متمثل العوضين). ¹⁵، وعرفه الرملي من الشافعية بأنه: (بيع شيء موصوف في الذمة) ¹⁶.

2- قسم الأحناف البيع بأكثر من اعتبار، منها باعتبار البدلين، واتفقوا على أن السلم نوع من أنواع البيع، فقسموا البيع باعتبار البدلين إلى أربعة أقسام، منها بيع الدين بالعين، وخصوا هذا النوع بالسلم ¹⁷.

3- صرحت بعض العبارات الفقهية بأن السلم نوع من أنواع البيع، ويشترط فيه ما يشترط في البيع، وأن شروط السلم إضافة لشروط البيع المطلق، منها مثلاً: ما ذكره ابن قدامة بقوله: (وهو نوع من البيع.... ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع). ¹⁸، ويقول الرملي: (ويؤخذ من السلم كونه يبيعا أنه لا يصح إسلام الكافر في الرقيق المسلم). ¹⁹.

4- التصريح بأن تعريف البيع يشمل السلم، فقد أورد الحطاب عند شرحه لتعريف البيع بحسبانه عقد معاوضة: (وتدخل هبة الثواب، والصرف، والمراطلة، والسلم) ²⁰.

¹⁴ - ابن الهمام - شرح فتح القدير 204/6.

¹⁵ - عليش - منح الجليل 331/5.

¹⁶ - الرملي - مغني المحتاج 182/4.

¹⁷ - الكاساني - بدائع الصنائع 201/5. ابن الهمام - شرح فتح القدير 455/5. ابن عابدين - حاشية ابن عابدين 9/7.

¹⁸ - ابن قدامة المغني 642/5.

¹⁹ - الرملي - نهاية المحتاج 183/4.

²⁰ - 225/4.

توضح النقاط السابقة أنه لا يخلو مذهب من عبارة تدل على أن السلم نوع من أنواع البيع بحسبانه معاوضة، وإن خصه جل الفقهاء في تصنيفاتهم بباب خاص .
بيد أن اعتبار السلم قرضاً، وهو في ذات الوقت نوع من أنواع البيع، يعني بلا ريب أن السلم قرض معاوضة، ووصفه بأنه قرض معاوضة يستلزم العوضية، والعوضية تستلزم منفعة الطرفين، والتقابل في العوض، وهذا خلاف بين القرض والسلم في أهم عنصر يثير مسألة الربا، وهو العوضية .
إن اعتبار السلم قرض معاوضة، يستلزم بالضرورة وجود مقابل لكل عوض، مما يقتضي تحديد منفعة الطرفين، وإذا كان الأجل جزءاً من المحل فما هي المنفعة المقابلة للأجل، أي عوض الأجل؟

*-العوض المقابل للأجل.

لقد اختلفت طريقة الفقهاء في تحديد المعقود عليه في السلم عنها في البيع المطلق، حيث فصل الفقهاء الزمن وعوضه، مع أنهما في الظاهر داخلان في رأس المال، والسلعة، أي العين الموصوفة في الذمة.

فالأحناف والشافعية والحنابلة متفقون على أن جزءاً من رأس المال يقابل استفادة المسلم إليه بالأجل لدعم الحصول على السلعة، أي التمويل، والمراد بجزء رأس المال هو الفارق بين السعر الحال، والأجل، وبهذا يتحقق معنى المعاوضة، فمنفعة الطرف الأول هي فارق السعر، أما منفعة الطرف الثاني فهي التمويل، أي الأجل، وهو الزمن²¹، فعوضية الزمن هنا ظاهرة، ومنفعة الطرفين تحققت في طرفي المعقود عليه، أي السلعة، ومقابلها، والزمن ومقابلها، ونورد فيما يلي نماذج من عبارات فقهاء المذاهب الثلاثة التي دلت على عوض الزمن وذكره بشكل يؤكد انفصاله عن رأس المال المقابل للسلعة ذاتها، فمن الأحناف يقول ابن الهمام: (فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح... إذ لا بد من كون المبيع نازلاً عن القيمة فيربحه المشتري، والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم، وقدرة في المال على المبيع بسهولة، فتدفع به حاجته الحالية إلى قدرته المالية)²²، ويقول ابن مفلح من الحنابلة في أساس شرعية السلم: (لأن الناس بحاجة إليه، لأن أرباب الزرع والثمار يحتاجون إلى النفقة عليها، لتكمل، فجوز لهم السلم ليرتفقوا، وليرتفق المسلم بالاسترخا)²³، ويقول الرملي من الشافعية في أساس الشرعية: (لأن فيه رفقا، فإن أرباب الضياع قد يحتاجون لما ينفقونه على مصالحها، فيستسلمون على الغلة، وأرباب النقود ينتفعون بالرخص).

إن فصل عوض منفعة الزمن عن رأس المال والسلعة، و تقرير أنها مقابل التمويل ظاهرة في العبارات السابقة، ويؤيد أن المنفعة مقابل التمويل ربط مدة الأجل بما يحقق الارتفاق، أي

²¹ - السرخسي - المبسوط 149/12. ابن قدامة - المغني 643//5. الكاساني 315/5. ابن مفلح - المبدع 177/4. الرملي - نهاية المحتاج 182/4.

²² - ابن الهمام - شرح فتح القدير 206/6.

²³ - ابن مفلح 177/4.

الاسترخا، وقد صرحت بعض عبارات فقهاء المذاهب الثلاثة بهذا، يقول ابن قدامة من الحنابلة في شرط الأجل: (لأن السلم إنما جاز رخصة للرفق، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل، فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق)²⁴، ويقول الكاساني من الأحناف في هذا: (لأن الأجل في السلم ترفيه، وترفيها على المسلم ليتمكن من الاكتساب في المدة، والشهر مدة معتبرة يمكن فيها من الاكتساب، فيتحقق معنى الترفيه)²⁵.

أما المالكية وإن لم تذكر هذه المسألة بصراحة العبارات السابقة في جل عبارات الفقه المالكي، إلا أن هذا لا يعني ضرورة أنهم خالفوا الجمهور في هذه المسألة، بل إن عباراتهم تدل على أنهم اختلفوا في طريقة العرض فقط، وزاوية النظر، حيث أنهم ربطوا الاستفادة من خصوصية عقد السلم بالأجل المؤثر في الأسعار، أي الذي يحقق فائدة التمويل، أي أنهم نظروا للتمويل الذي يحقق المصلحة التي ذكرها فقهاء الأحناف والشافعية والحنابلة، وهي المساهمة في التمكين من الحصول على السلعة، والتي من المفترض أن المسلم إليه غير قادر عليها حالا، كان ذلك عن طريق الانتاج في الزراعة، والصناعة، أو التجارة أو الاستيراد، ولهذا ربطوا الأجل بما يحقق هذه الغاية، أي أن إعطاء مركز متميز للمتعاقد في السلم رهين بالتمويل الحقيقي، ولا يكون التمويل حقيقيا إلا إذا كان مؤثرا في إيجاد السلعة، وهذا ما دلت عليه عبارات الفقه المالكي التي تناولت الأجل، والغرض منه، ولهذا فرقوا في أقل مدة الأجل بين العقد داخل البلد، وخارجها، وقد ورد لفظ الرفق في تحقق معنى الأجل عند المالكية²⁶، مما يدل على موافقة المالكية للأحناف ومن وافقهم في مضمون الزمن وعوضه في عقد السلم، وأن الرفق يتحقق للطرفين، ففي جانب صاحب رأس المال في فارق السعر، وفي الجانب الآخر في الاستفادة من الزمن للحصول على السلعة للعاجز، وأن الواقع العملي يستلزم لتفعيل التمويل وفي نطاق واسع ضرورة إيجاد الحافز الديني، لأن الدافع الديني لا يكون ملزما في الغالب، وهو أقل فاعلية، خاصة إذا كان التمويل من الأشخاص المعنوية، كما هو الحال في المصارف، حيث أن المراد تأصيل أسس عقود التمويل المصرفي، لأنه التمويل الفاعل عمليا في ظل التطور الاقتصادي، والدور الفعال للمصارف في الاقتصاد، والتنمية خاصة المشاريع التنموية الكبرى، إنتاجية كانت، أو خدمية.

يوضح العرض السابق أن الأساس في عقود التمويل هو العوضية، وأن المنفعة جزء من حقيقة عقود التمويل، وعوض الزمن ذكر بصورة منفصلة عن رأس المال والسلعة ذاتها، ولكن هل يمكن اعتماد هذا في عقود التمويل المصرفي؟

²⁴ - الرملي - نهاية المحتاج 182/4.

²⁵ - الكاساني - بدائع الصنائع 316/5.

²⁶ - القرافي - الدخيرة 252/5 وما بعدها. اعليش - منح الجليل 358/5 وما بعدها. 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 259/2 .. التسولي - شمس الدين الشيخ محمد عرفة التسولي - حاشية التسولي على الشرح الكبير - دار الفكر - ب ط - ب ت 205/3-206.

إن التمويل من مستلزمات القرض، ولو انحصرت عقود القرض في السلم لأمكن اعتماد هذا المبدأ، والتوقف عنده، والعمل على أساسه دون تردد، إلا أن هناك عقوداً أخرى تعد من باب القرض، وتصلح أصلاً لعقود التمويل المصرفي، بل إن بعض الكتابات الحديثة قالت بتعيين بعض عقود قرض المعاوضة غير السلم كأصل لعقود التمويل المصرفي عند انعدام أسس التبرع، ومن هذه العقود المضاربة.

إن هذه العقود تشترك مع عقد السلم في أنها من باب القرض كمعنى، وإن لم تكن من باب القرض كمصطلح، وتضمنها جاء من اعتبار الزمن جزء من حقيقتها، وقد وردت عبارات لبعض الفقهاء دلت تضمن المساقاة وما في معناها معنى القرض، وإن لم تكن ضمن باب القرض في الفقه الإسلامي، وقد تكرر في مصادر الفقه الإسلامي عبارة أن المضاربة رخصة من عقد القرض بمنفعة، وقد أجزت للحاجة²⁷، إلا أنها تختلف عن السلم في طريقة حساب عوض الزمن، فهل طريقة حساب المنفعة في قرض العوض هي أساس الشرعية؟

طريقة حساب عوض الزمن:

إن أهم العقود التي تعد من باب قرض المعاوضة في الفقه إضافة للسلم، وبيع الأجل هي المضاربة، والمساقاة، والمغارسة، والمزارعة، وبعض صور الإجارة، وقد اتفق الفقهاء على أن طريقة حساب قيمة الاستثمار، أي الزمن تختلف في السلم عنه في هذه العقود، ونبين وجه اختلاف طريقة حساب عوض الزمن، وما تثيره من إشكالية في شرعية عقود التمويل المصرفي . إن حساب طريقة عوض الزمن تكون بإحدى وسيلتين، هما النصيب، أو القدر.

*-حساب قيمة الزمن بالنصيب .

اتفق الفقهاء على أن منفعة الاستثمار في العقود الزمنية بالنصيب من النماء، أي الربح نتيجة الاستثمار، كالرابع، أو النصف²⁸، وهذا يقتضي الاشتراك في الربح والخسارة، والمساواة في تحمل المخاطر، وقد اعتبر من تناول الصيغ البديلة للتمويل، وأحكام أعمال المصارف أن هذه المعاني هي أساس شرعية المنفعة في هذه العقود، وإن كانت من باب الربا من حيث الأصل، لأنها منفعة على القرض، وأن القرض المصرفي تطبق عليه أحكام القرض في الفقه الإسلامي، وأهمها ربوية المنفعة، وإن كانت هناك إشارات يعدها البعض غير معتبرة فحواها أن القرض المصرفي من باب السلم، ولم تشر هذه الآراء للأسس، ولا لكيفية حساب المنفعة، ولا لمدى توفر شروط السلم في القرض المصرفي من عدمها، أي هل القروض المصرفية تطبق عليها أحكام السلم، أم أنها

²⁷ - ابن رشد، المقدمات 6/3 وما بعدها. عيش، منح الجليل 320/7 . الفاسي، شرح ميارة 228/2.
²⁸ - ابن قدامة المغني 14/5 وما بعدها، 389 وما بعدها، 416 وما بعدها. الكاساني 79/6 وما بعدها، 175 وما بعدها، 185 وما بعدها. القرافي، الدخيرة 103/6 وما بعدها، 128 وما بعدها، 137 وما بعدها. الشربيني، مغني المحتاج 323/2-329-.

بصورتها الحالية صورة متطورة للسلم، وهذا الأمر يختلف، كما أن البحوث التي تناولت السلم في المجامع الفقهية، والدراسات المتخصصة اقتصرت على السرد، وبيان بعض تطبيقات السلم، ولكن وفق النظرة التقليدية، وهذا لا يحل الإشكالية²⁹، مما رسخ الاعتقاد السائد بأن العمل في المال بقدر معين من باب الربا، لخلوه من المعاني السابقة، لأن العوض غير مشروع، وبالتالي جعل منفعة أحد الأطراف عوض بدون مقابل، وهو الربا، وطبق هذا على عقود التمويل جملة، ومنها عقود التمويل المصرفي، وأصبح هذا هو المعيار في ربوية المنفعة في القروض المصرفية من عدمها، ولهذا رفضت كل صيغة للتمويل المصرفي لم توزع فيها المخاطرة، وحسبت قيمة الاكتساب، أو النماء بالقدر.

*- حساب قيمة الزمن بالقدر .

إن طريقة حساب عوض الزمن في عقد السلم بالقدر، أي قدر معين، وهذا محل اتفاق عند الفقهاء، فقد جعل الفقهاء ارتفاع صاحب رأس المال يحصل بالاسترخاء، وهو الفارق بين السعر الحال والمؤجل، وارتفاع الطرف الآخر باستفادته من الزمن في الحصول على السلعة، والتي من المفترض عجزه عنها في الحال، وقد اتفقت عبارات الفقهاء في دلالتها على هذا المعنى، وبعض العبارات التي عرضناها نماذج لعبارات فقهاء المذاهب، ودلالة هذه العبارات على أن تقدير عوض الزمن بالقدر ظاهرة، وهي تحدد أثناء العقد³⁰،

29 - الشيخ محمد علي عبدالله- بحث بعنوان (أحكام التعامل في المصارف الإسلامية)- مجلة مجمع الفقه الإسلامي - العدد الثاني - الجزء الثاني سنة 1986م ص 824 . - السالوس- د/علي أحمد السالوس- بحث بعنوان (حكم التعامل المصرفي المعاصر بالفوائد) مجلة مجمع الفقه الإسلامي - العدد الثاني- الجزء الثاني - سنة 1986م ص 767 , 771 وما بعدها . المصري- د/رفيق يونس المصري- الجامع في أصول الربا - دمشق دار العلم، بيروت دار الشامية - ط الأولى سنة 1991م ص 33 وما بعدها , 203 وما بعدها . - أبوشهبة- د/ محمد بن محمد أبوشهبة - حلول لمشكلة الربا- القاهرة- مكتبة السنة - ط الثانية - سنة 1409هـ ص , 88 وما بعدها , 120 وما بعدها.- بابلي- د/ محمود محمد بابلي- المصارف الإسلامية ضرورة حتمية- بيروت- المكتب الإسلامي- ط الأولى - سنة 1989م ص 16. التركمان.دمعدنان خالد التركمان- السياسة المصرفية والنقدية في الإسلام - عمان- مؤسسة الرسالة - ب ط - 1988م 160 وما بعدها . الضرير-د/الصادق محمد الأمين- بحث بعنوان (السلم وتطبيقاته المعاصرة) مجلة مجمع الفقه الإسلامي- الدورة الخامسة العدد الخامس - الجزء الرابع - كل البحث يتناول عقد السلم وتطبيقاته المعاصرة , انظر بعض الإشارات الخاصة مثلا في ص 375 وما بعدها , 410 وما بعدها . سيد أحمد- د/ محمد عطا السيد سيد أحمد - بحث بعنوان (السلم وتطبيقاته المعاصرة) - مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابق كل البحث عرض لأراء الفقهاء في السلم . وذكر بعض تطبيقاته المعاصرة انظر مثلا ص 427 وما بعدها . 439 وما بعدها . التسخيرى - الشيخ محمد علي التسخيرى وغيره - بحث بعنوان (السلم وتطبيقاته المعاصرة) - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - العدد السابق البحث كله في طرح إشكالية السلم . والتطبيق المصرفي المعاصر له انظر مثلا ص 449 وما بعدها . 465 وما بعدها .

30 - الكاساني - بدائع الصنائع 316/5 . ابن قدامة - المغني 643/5 . القرافي - الخيرية 253/5 . الرملي - مغني المحتاج 182/4 . وقد نقلت عبارات في متن البحث تشير إلى أن عوض الزمن هو الفارق بين سعر الحال والأجل , ولا حاجة لتكرارها .

إن الاختلاف في طريقة حساب عوض الزمن في القرض في الفقه الإسلامي يثير إشكالية أساس طريقة حساب عوض الزمن في عقود التمويل المصرفي، لأن اعتماد أي طريقة ينقضه الأساس الآخر، فلو اعتمدنا القدر في تحديد العوض بناء على عقد السلم باعتباره من عقود التمويل انتقد بعقد المضاربة باعتبارها من عقود التمويل في الفقه الإسلامي، لأن هذه العقود قروض، وما دامت قروضا فما تتضمنه من أسس يعد أصلا شرعيا لعقود التمويل المصرفي .

إن عقود التمويل المصرفي لم تعرف زمن الصحابة، وجوانب النظر لها متعددة، فمن جانب هي للمضاربة أقرب، ولو غيرنا زاوية النظر قد تكون للسلم أقرب، ومن هنا لا يخلو رأي من مقالة، ولعل هذا ما أورت التردد عند فقهاء العصر، إلا أننا ومن خلال اطلاعنا البسيط لم نجد عرضا مفصلا ومباشرا لهذه الإشكالية، فجل البحوث التي بين أيدينا كررت ما ذكرته مصادر الفقه الإسلامي القديم، وكانت رهينة الصورة الظاهرة أكثر، وقد اتفقت الكتابات الحديثة التي اطلعنا عليها على أن تقدير قيمة الزمن بالقدر من باب الربا، لأنها من باب إيجار النقود، وحصرت بيع السلم في البيع فقط، أي طبقته كصورة، لا كأساس تبنى عليه أحكام الجزئيات، أي التجزئة في بيان الأحكام، وهذا ما أشرنا له في مقدمة هذا البحث، وهذا ما دفعنا للرجوع إلى مصادر الفقه الإسلامي القديم مباشرة، ومحاولة استشفاف بعض ما بدا لنا غامضا، وفي النهاية ما نعرضه لا يخرج عن كونه محاولة المساهمة في وضع أرضية لطرح إشكالية العوض في عقود التمويل المصرفي للنقاش.

إن التضارب الظاهري في أسس طريقة حساب العوض مقابل الزمن في عقود التمويل يدل على أن هناك قاعدة، أو مبدأ عام يجمع أحكام طريقة حساب قيمة الزمن في عقود التمويل، وبما يحدث التوازن بين هذه الأسس، والذي جعلنا نحسم بوجود هذا المبدأ، أو هذه القاعدة، أنه لا يمكن اعتبار هذا الاضطراب من باب الخلل في المنهج، والرؤى، في شأن من تربي في مدرسة الفقهاء، فكيف في حق الفقهاء أنفسهم، وقد عرفوا ببعد النظر، وسعة الأفق، خاصة وأن الموضوع من باب المعاوضات، والتي ترك الشارع فيها مجالا واسعا للعقل البشري، وتحديد محور الدائرة، وفق منهج الفقهاء، والذي من خلاله نحاول توجيه إشكالية البحث المثارة موضوع المبحث الثاني من هذا البحث.

المبحث الثاني

توجيه إشكالية أساس العوض في عقود التمويل المصرفي تأسيسا على عقد السلم

إن الفیصل وفق النظرة السائدة في ربوية عقود التمويل المصرفي هو الزمن وعوضه، لذلك حصل التردد في قبول الصيغ التمويلية المصرفية المطروحة كبدايل، لأنها تنتهي إلى القرض بفائدة، وهذا ما دفعنا لبحث القاعدة أو الأساس في عوض الزمن في عقود التمويل المصرفي، ولو أمكن حل

إشكالية الزمن، بما يعطي حيوية لعقود التمويل المصرفي نكون قد ساهمنا في إزالة أكبر عقبة أمام المصارف في المساهمة الفعالة في التنمية وفق رؤية إسلامية، وبما يتفق وأسس التعامل الاقتصادي المتطور، وإن كان البحث في تأصيل عوض الزمن في عقود التمويل المصرفي وفقا لعقد السلم، إلا أن هناك أسسا لا يمكن عرضها بمعزل عن قرص المعاوضة كالمضاربة .

إن عبارات الفقهاء وتطبيقاتهم في تحديد أسس المنفعة في قرص المعاوضة اتفقت على أن هذه العقود الأصل فيها المنع للقرض بمنفعة، لأن القرض بمنفعة ربا، واتفقت في هذا العقود الزمنية مع عقد السلم، أي أن هذه العقود قروض، والمنفعة جزء من حقيقتها، ويراد بالمنفعة هنا منفعة طرفي العقد، وبما فيها منفعة الأجل، ومقابلها، كما اتفقت آراء الفقهاء وعباراتهم في الدلالة على أن هذه المنفعة أجزت للحاجة، والحاجة رفعت هنا صفة الربا، وأسبغت العقود الشرعية، أي دخلت في باب العوض المشروع، وتضافرت عبارات الفقهاء في الدلالة على هذا المعنى، ولا يخلو مذهب من عبارة تنص على أن هذه العقود الأصل فيها المنع، للقرض بمنفعة، والقرض بمنفعة ربا، إلا أن هذه العقود أجزت للحاجة³¹.

إن اعتماد الحاجة أساسا لشرعية القرض بمنفعة اتفق عليه فقهاء المذاهب الأربعة . إن الحاجة هي أساس شرعية المنفعة في عقود التمويل، وهذا يدل على أن الحاجة هي محور الدائرة، وهي الأساس العام الذي يجمع كل هذه الأحكام، والتي ظاهرها لو درست منفصلة عن هذا الأساس مضطربة، وبهذا فيمكن أن تكون الحاجة هي الجامع الذي يمكن من خلاله توجيه الخلاف الظاهري في تحديد أساس شرعية المنفعة في عقود التمويل .

قد يعتقد البعض بأن القول بوحدة الأساس يعني عدم الاختلاف في الأحكام، إلا أن هذا غير وارد، ولكن الانطلاق من نقطة الاتفاق يقرب من وجهات النظر في التطبيقات، أي المسائل الفرعية، كما أنه يجعل الخلاف في دائرة التقدير، أي الفهم، وهذا كثير في الفقه الإسلامي حتى بين فقهاء المدرسة الواحدة، أو ما اتفق الفقهاء على قاعدته الأصلية، كما هو الحال في القواعد الأصولية، فكثيرا ما يقع اختلاف في تطبيقات قاعدة اتفق عليها الفقهاء، كما هو الحال في قاعدة دلالة الأمر على الإيجاب، فقد اتفق الجمهور على أن الأمر للإيجاب من حيث الأصل إلا بقرينة، واختلفوا في

³¹ --الكاساني. بدائع الصنائع، 264/6 وما بعدها، 281 وما بعدها. ابن قدامة المغني 392/5-393، 416. القرافي. الدخيرة 94/6، 128، 137 وما بعدها. ابن الجلاب التفریح 190/2. الشربيني. مغني المحتاج 323/2، 324. - السبكي. فتاوى السبكي 425/1 وما بعدها. ابن رشد. المقدمات 551/2 وما بعدها. ابن عابدين. حاشية ابن عابدين 181/5 وما بعدها.

بعض التطبيقات، كالأمر بالوضوء، والتيمم عند كل صلاة، وفي المقابل اتفقوا في تطبيقات قواعد اختلفوا فيها، كما هو الحال في تطبيقات قاعدة عودة الاستثناء بعد الجمل المتعاطفة³². إذا كانت الحاجة هي أساس شرعية المنفعة، فهل الحاجة واحدة في عقد قرض المعاوضة، وإذا كانت تختلف فإلى أيها أقرب عقود التمويل المصرفي، هل لحاجة عقود السلم، أم المضاربة، وما أثر هذا الاختلاف على عقود التمويل المصرفي؟

لقد اتفق الفقهاء على أن الحاجة هي أساس شرعية عقود التمويل، وتقديم مصلحة هذه الحاجة على مفسدة الربا، إلا أن الحاجة في عقد السلم تختلف عن الحاجة في بيع المنافع، كالمضاربة، ولهذا اتفقت طريقة حساب العوض عنها في السلم، ونأخذ نموذجاً من بيع المنافع للمقارنة بينها وبين السلم في أثر الحاجة على طريقة حساب العوض، أي عوض الزمن، ولتكن المضاربة، وذلك لأنها أقرب العقود الأخرى للسلم من جانب، ولأنها البديل الذي عرف للقروض المصرفية، وأولى العقود في تأصيل عقود التمويل المصرفي بعد السلم، فهي تشترك مع السلم في التمويل النقدي، وهي أقرب لطبيعة التمويل المصرفي، بخلاف عقود المنافع الأخرى كالمساقاة، والمزارعة، والمغارسة، فإنها ليست من باب التمويل النقدي، حيث أن المساقاة، والمزارعة والمغارسة موضوعها الأرض والشجر، وعمل العامل، والحاجة كأساس للشرعية هي خدمة هذه الموارد، وهي خارج نطاق التمويل المصرفي المثير للجدل غالباً، إلا إذا تولى المصرف التمويل بالنقد، وهنا تخرج عن طبيعة المساقاة، والمزارعة والمغارسة.

أولاً: الحاجة في عقد المضاربة .

لقد اتفق الفقهاء على أن المضاربة أجزت للحاجة، وهي من باب القرض بفائدة، وأن هذه الحاجة ليست من متعلقات قرض التبرع، كالققر، وسد الحاجات الأساسية للفرد غالباً، ومضمون الحاجة التي ذكرها الفقهاء هي حاجة المال للخدمة³³، إلا أن بعض العبارات الفقهية أشارت بشيء من التفصيل لهذه الحاجة، وأوضحت عناصرها، منها مثلاً، ما قاله اعليش من فقهاء المالكية: (القراض حكمه الجواز، وهو مستثنى من الإجارة المجهولة، ومن السلف بمنفعة.... ومشروعيته للاحتياج إليه، فرب ذي مال لا قدرة له على التجرب به، ورب قادر على التجرب لا مال له، فهو من المصالح العامة)³⁴، ويقول ابن قدامة من الحنابلة: (لأن بالناس حاجة للمضاربة، فإن الدراهم

³² - البدخشي - محمد بن الحسين البدخشي - شرح البدخشي ، منهاج العقول - مصر - مطبعة محمد علي صبيحي وأولاده - ب ط - ب ت 18/2 وما بعدها . الديباني - الدكتور عبدالمجيد عبدالحاميد عطية الديباني - منهاج الواضح في علم أصول الفقه وطرق استنباط الأحكام - بنغازي - منشورات جامعة قاريونس - ط الأولى 1995م 210/1 وما بعدها.

³³ - الكاساني، بدائع الصنائع. 264/6 وما بعدها، 281 وما بعدها. ابن قدامة المغني 392/5-393، 416. القرافي، الدخيرة 94/6، 128، 137 وما بعدها. ابن الجلاب التفریح 190/2. الشربيني، مغني المحتاج 323/2، 324. - السبكي، فتاوى السبكي 425/1 وما بعدها. ابن رشد، المقدمات 551/2 وما بعدها. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 181/5 وما بعدها.

³⁴ - اعليش - منح الجليل 320/7.

والدانير لا تنمى إلا بالتقليب، والتجارة، وليس كل من يملكها يحسن التجارة، وليس كل من يحسن التجارة له رأس مال، فأحتيج إليها من الجانبين)³⁵، ومن الأحناف يقول الكاساني: (وهو أن الناس يحتاجون إلى عقد المضاربة، لأن الإنسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدي إلى التجارة، وقد يهتدي إلى التجارة لكنه لا مال له، فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين)³⁶، ويقول الماوردي من الشافعية: (ولأن فيهما رفقا بمن عجز عن التصرف من أرباب الأموال، ومعونة لمن عدم المال من ذوي الأعمال، لما يعود على الفريقين نفعهما، ويشتركان فيه من ربحهما)³⁷.

إن الاعتماد على الحاجة كأساس لشرعية المضاربة ظاهرة في العبارات السابقة، وقد اتفقت عبارات المذاهب على المعاني التي ذكرتها العبارات السابقة، وإن اختلف أسلوب التعبير، والحاجة التي ذكرتها العبارات السابقة هي توظيف الموارد الاقتصادية على أوسع النطاق، والبارز فيها هي تقديم مصلحة هذه الحاجة على مفسدة الربا، كما أن هذه المصلحة عامة، حيث رسخت فكرة أن الفرد أمين على موارد المجتمع، وتقع عليه مسئولية توظيفها التوظيف الأمثل، ونلخص أهم ما يلاحظ على عناصر هذه الحاجة، ويمكن الاعتماد عليها في تحديد أسس عوض الزمن فيما يلي:

- أن التمويل حصل من الطرفين، فصاحب رأس المال يمول بالمال، وصاحب الصنعة يمول بالصنعة، ويراد بالصنعة هنا من يتقن التجارة، وإطلاق لفظ الصنعة من جانب مراعاة الجانب الفني لها، ولهذا يقال الفقه صنعة، وصياغة القانون صنعة.

- نتاج رأس المال ونتاج الصنعة كلاهما مؤجل، ومن هنا تحقق القرض، والتمويل.
- إن طبيعة الحاجة فرضت طريقة حساب المنفعة، أي عوض الاستثمار، وهو ما عبر عنه الفقهاء بالنماء.

- إن ما قيل في المضاربة ينطبق تماما على المساقاة، والمزارعة، والمغارسة، ولهذا اتفقت في جل أحكامها، خاصة ما تعلق منها بعوض الاستثمار، بل إن بعض العبارات أشارت إلى رد أحكام هذه العقود لبعضها، وقياس بعضها على البعض، وأنها تتفق في جل أحكامها، وليست الخاصة بطريقة حساب عوض الزمن³⁸.

³⁵ - ابن قدامة المغني 384/6.

³⁶ - الكاساني - بدائع الصنائع 121/6.

³⁷ - الماوردي - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي - المضاربة - تج د. عبدالوهاب حواس - المنصورة - مصر - دار الوفاء - ط الأولى

سنة 1989م ص 124

³⁸ - الشافعي - الأم 6/4 وما بعدها. السبكي، فتاوى السبكي 425/1 وما بعدها. ابن قدامة المغني 392/5 - 393، 234/7 وما بعدها. الشربيني، مغني المحتاج 323/2 - 324. ابن رشد، المقدمات 551/2 وما بعدها. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 181/5 وما بعدها. الدسوقي - حاشية الدسوقي 3/372، 517، 539-540.

ثانياً: الحاجة في عقد السلم .

لقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن السلم أجزى للحاجة، وعده البعض بخلاف القياس، والبعض الآخر عده وفق القياس، كما اتفقوا على اشتماله للسلف بفائدة، إضافة إلى بيع الإنسان ما ليس عنده، وهذه أمور منهي عنها، ومفسدة للبيع من حيث الأصل³⁹، إلا أن معنى الحاجة وعناصرها أكثر غموضاً منها في عقد المضاربة.

لو نظرنا لظاهر العبارات لقطعنا بأن الحاجة في عقد السلم هي حاجة خاصة بطرفي العلاقة من حيث الأصل، وإن عادت على المجتمع باعتبار الأفراد جزء من المجتمع، أي لا تختلف عن حاجة البيع المطلق من حيث علاقتها بالمجتمع، فالحاجة التي ذكرها فقهاء الأحناف والحنابلة، والشافعية هي حاجة الفرد للحصول على سلعة في الواقع من المفترض أنه غير قادر على الحصول عليها في الحال، وإن كان قادراً عليها في المال إذا توفر الدعم المالي غالباً، ومنفعة الطرف الآخر هي المنافع العامة للتجارة، أي البيع المطلق، وهي الحاجة للربح، ويحصل هذا بسبب اختلاف السعر بين الحال والمؤجل، وهي نفس الحاجة التي دلت عليها عبارات الفقه المالكي، وإن لم تكن صريحة كعبارات المذاهب الأخرى، وقد فصلنا هذه المسألة في فقرات سابقة من هذا البحث⁴⁰.

وإن كان ظاهر آراء الفقهاء يدل على أن الحاجة في عقد السلم خاصة بأطراف العقد من حيث المبدأ، ولم يستخدم لفظ عامة كما في بعض عبارات المصلحة في المضاربة، إلا أن إمعان النظر في الحاجة ومضمونها وفلسفتها يظهر معنى آخر لا يختلف كثيراً من حيث جوانب العمومية عن المصلحة في المضاربة، عقود البيوع الزمنية، ولم تخل عبارات الفقهاء من إشارات لهذا المعنى للمصلحة.

إن التوافق بين المصلحة في السلم والمضاربة من العمومية يوضحه موضوع الحاجة، فقد ركز الفقهاء في الحاجة للسلم على دعم الزراعة، والصناعة، وتضمنت عبارات فقهاء المالكية ولو بشكل خفي للاستيراد، وكأن موضوع الحاجة، وفلسفتها تدور حول التمويل لدعم إيجاد السلعة، إما بالإنتاج، أو الاستيراد، وقد أشار الفقهاء لهذه المعاني من خلال بيان أسس تحديد الأجل، فالدعم لإنتاج السلعة بدعم الزراعة، والصناعة أشار له الفقهاء بعبارات صريحة، أما الاستيراد فدل عليه عبارات فقهاء المالكية من خلال التفرقة بين الأجل داخل البلدة، وخارجها⁴¹.

39 - ابن قدامة المغني 662/5. القرافي - الدخيرة 231/5. ابن الهمام - شرح فتح القدير 204/6 وما بعدها. الرملي - نهاية المحتاج 182/4 وما بعدها.

40 - انظر ص 11 وما بعدها من هذا البحث.

41 - القرافي - الدخيرة 252/5 وما بعدها. اعليش - منح الجليل 358/5 وما بعدها. التسولي - البهجة 259/2 وما بعدها. الدسوقي - حاشية الدسوقي 205/3 وما بعدها.

إن دعم الزراعة والصناعة، والاستيراد أقرب للمصلحة العامة، فهي من باب توظيف الموارد، وتوظيف الموارد هو موضوع الحاجة في المضاربة، وغيرها من عقود التمويل، وبهذا لا تختلف الحاجة في عقد السلم عنها في عقد المضاربة، فيما يتعلق باعتبارها من باب المصلحة العامة.

إذا قبلنا هذا المعنى للحاجة في عقد السلم، فما وجه الاختلاف بين أسس التمويل التي يرسخها عقد السلم، وأسس التمويل التي يرسخها عقد المضاربة فيما يتعلق بالزمن وعوضه، وأيهما أقرب للعقد المصرفي؟

إذا كانت الحاجة في عقد السلم والمضاربة من باب المصالح العامة، وهي توظيف الموارد، وهي سبب الخصوصية، والرخصة في هذه العقود، فما وجه الاختلاف بين السلم والمضاربة في أسس الزمن وعوضه؟

إن أهم فارق بين المضاربة والسلم في محل البحث أن التمويل في السلم من طرف واحد، وهو من المسلم، كما أن التمويل غالبا ما يكون نقداً، أو ما في حكمه، أما التمويل في عقد المضاربة فهو من الطرفين، وأن التمويل بالنقد أو ما يقوم مقامه من طرف، والصنعة أو ما يقوم مقامها من الطرف الآخر، لقد ترتب على هذه الفوارق بين السلم والمضاربة اختلاف في طريقة حساب قيمة التمويل، أي عوض الزمن.

إذا كانت الحاجة في السلم والمضاربة واحدة من حيث عموميتهما، وأن السلم والمضاربة من باب التمويل، وبالتالي يمكن اعتماد أي العقدين أصلاً شرعياً لعقود التمويل المصرفي، والسلم من باب التمويل النقدي، والتمويل من جانب واحد، فما أثر اعتماد هذه الحاجة على أساس عقود التمويل المصرفي؟

إذا نظرنا إلى المقاصد والمعاني، وأن العبرة بالهدف والغاية، وموضوع عقود التمويل، لأنها تمثل الحاجة لشرعية عقود التمويل في الفقه الإسلامي، أي ننطلق من الحاجة لتحديد الأساس، وكما شرعت هذه العقود استجابة لمتطلبات الحاجة، فإنه يمكن التوسع فيها لمتطلباتها، ذلك أن عقود التمويل تختلف باختلاف موضوعها، والحاجة إليها، فعقود التمويل المصرفي التي يكون فيها التمويل من طرف واحد، والتمويل نقدياً، ولدعم إيجاد السلعة، عن طريق الإنتاج، أو التجارة، أي دعم الزراعة، أو الصناعة، أو الاستيراد، فهنا تطبيق أسس السلم أولى، أي العقد هنا أقرب لعقد السلم، منه للمضاربة، أما إذا كان التمويل من الطرفين، وموضوعه توظيف الموارد البشرية، والنقد، أو ما في حكمه، فتنطبق أحكام المضاربة أولى .

إن هذا التخريج يبني على أساس شرعية هذه العقود، وهي الحاجة، والتي تعد محور الدائرة في القرض، والتي تعد من باب القرض معاوضة، وهي الأصل الشرعي لعقود التمويل المصرفي، فبناء على الحاجة تحدد الأسس، ويحدد الأصل الشرعي لكل مستحدث، وبناء عليه فإن عقود التمويل المصرفي إذا كان التمويل فيها من طرف واحد، والتمويل نقدياً، وهدفه إيجاد السلعة بالإنتاج، أو الاستيراد، الإنتاج يكون عن طريق دعم الزراعة، أو الصناعة، فالتمويل هنا من باب السلم، وإن اختلفت صورته عن السلم زمن الصحابة، أو الأئمة المجتهدين، وفقهاء المذاهب زمن التأسيس، وأما إذا كان التمويل من طرفين، وموضوعه توظيف الموارد البشرية، والنقد، فالتمويل من باب المضاربة، وإن اختلفت صورته عن المضاربة زمن الصحابة، والأئمة المجتهدين، وفقهاء المذاهب زمن التأسيس.

إذا كانت الحاجة هي محور الدائرة، وهي ما نعتمد عليه في تحديد أساس التمويل وقواعده، فإن القياس على موضوع الحاجة، كإدخال دعم الخدمات كالطرق، والجسور يعتمد على الحاجة، وفلسفتها، ومضمونها.

نخلص من خلال ما سبق إلى أن عقود التمويل المصرفي التي يحكمها عقد السلم، وأسسها هي عقود التمويل التي يكون فيها المصرف، أو العميل هو الممول فقط، والتمويل نقدي، وموضوعه إيجاد السلعة، أي دعم الزراعة، والصناعة، والاستيراد، أما إذا كان التمويل من الطرفين، ولتوظيف الموارد فلا يعد من باب السلم، وهو خارج محل البحث، كما لو كان الدعم من المواطن للمصرف، أو دعم المصرف المواطن بالنقد، والمواطن دعم المصرف بالعمل، وموضوع الحاجة توظيف الموارد.

يبين العرض السابق أن عقود التمويل المصرفي التي يكون فيها المصرف هو الممول تعود من حيث الأسس لعقد السلم، وإذا كان التمويل من الطرفين، وموضوع الحاجة توظيف الموارد تعود لعقد المضاربة، فما هو أثر هذا التأصيل على أساس تحديد عوض الزمن؟

إن الفرق بين عقدي المضاربة والسلم فيما يتعلق بأسس تحديد عوض الزمن هو في طريقة حساب العوض، فعوض الزمن في عقد السلم يحدد بالقدر، أي قدر من النقد، وهو الفارق بين السعر الحال، والأجل، أما عوض الزمن في عقد المضاربة فيتحدد بالنصيب، ويشترك طرفي العقد في الربح والخسارة، وما يترتب عليها من أحكام كالضمان.

إن موضوع البحث هو تحديد الأسس، ولهذا لم نبين ما يعد من باب السلم من عقود التمويل المصرفي، وما يعد من باب المضاربة، لأن هذه أحكام تفصيلية، وجزئية، والبحث في الأسس لا في

التطبيقات، والتي تعد من باب التفاصيل، والتي يختلف فيها التقدير، كما أننا لم نتعرض للشروط التفصيلية، لأن الأساس الحاجة، وهي تختلف من عقد لعقد، ومن زمن لزمان، والهدف في هذه الدراسة ليس بيان حكم واقعة، أو صورة بل هو بيان أسس.

إن اعتماد الحاجة في عقدي السلم لتحديد أسس العوض في عقود التمويل المصرفي، التي يكون فيها هو الممول، وبصرف النظر عن اللفظ يقرب إلى حد كبير فجوة الخلاف، ويحل الكثير من المسائل العالقة، لأنه معيار أكثر انضباطية، ومرونة، وأكثر استجابة لمتطلبات العصر في مجال العمل المصرفي بشكل خاص، والاقتصاد الإسلامي بشكل عام، وأقدر على تحقيق مصالح الناس، وإحداث توازن بين المصالح، وهذا لا يعني ضرورة إباحة القرض المصرفي بفائدة، ولا تحريمه، كما أنه لا ينتهي لإباحة أو تحريم كل ما انتهى إلى قرض بمنفعة من حيث المعنى، كما أننا لا نسلم بتحريم عقود التمويل المصرفي لمجرد تحديد قيمة الزمن فيها بالقدر، ولا إباحتها لمجرد أنها تلتقي مع السلم في الصورة دون تحقق الحاجة، وموضوعها، وفلسفتها، وهذا كله في إطار الشرعية، فلو دعت الحاجة لإجازة التمويل المصرفي بالقدر، فقد دعت الحاجة قبل ذلك لإجازة عقد السلم، كما أن في هذا الأساس توسيع لدور العقل البشري لأحكام عقود التمويل بما فيها مسألة الربا.

أعتقد أن المسألة من هنا خرجت من تحت المجتهد في الفقه الإسلامي وحده، وبدأ ضرورة أن ينضم إليه دور المصرفي، والاقتصادي، ولربما تستحدث بعض المعاملات، وتطور الحياة تخصصات أخرى، فالرأي الفقهي يبني على رأي خبراء، من حيث المبدأ الخبير الاقتصادي، والخبير المصرفي.

إن هدف هذا البحث ليس بيان حكم تفصيلي لعقد بذاته، أو صورة شرعية تفصيلية، بل المراد تحديد أسس، وخاصة بأشكالية مثارة ومحددة، وهي الأساس في تحديد العوض في عقود التمويل المصرفي بناء على أسس أحكام عقد السلم، وأعتقد أن هذا الغرض تحقق، والله من وراء القصد، وأخيراً ننهي إلى خاتمة البحث، والتي تتضمن أهم نتائج البحث.

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 الزمن وعوضه في عقود التمويل المصرفي، وتحريم الفائدة، وأنها من باب الربا لأنها عوض بلا مقابل، ووفقاً لما قرره فقهاء الإسلام من أحكام في المعاملات، وأكون قد أخرجت ما في مصادر الفقه

الإسلامي من كنوز تنبئ عن مكانة الفقهاء، وقوة ما كان داعماً، وحافظاً لهم، وسر قوتهم وبعد نظرهم، وحرصاً على أن يكلل هذا العمل بالنجاح، وإتماماً للفائدة نعرض ملخصاً لأهم النتائج التي توصلت إليها، ونجملها في الآتي :-

- إن عقود التمويل المصرفي الزمن جزء من حقيقتها، وبهذا لا تخلو من معنى القرض، ولهذا يطبق عليها أحكام القرض كمعنى في الفقه الإسلامي .

- إن أهم أسس بني عليها ربوية عقود التمويل المصرفي وفق النظرة السائدة الزمن مقابل النقود، أي انتهاء العقد إلى القرض بفائدة، فما دام العقد قد تضمن معنى القرض، فالمنفعة فائدة، وهي ربا، وما اختلاف الاسم إلا حيلة.

- إن تطبيقات الفقهاء، وعباراتهم في العقود تنقض هذا الأساس، فالقرض في الفقه الإسلامي ينقسم إلى قرض تبرع، وقرض معاوضة، والسلم من باب قرض المعاوضة، وإن لم يطلق عليه لفظ القرض.

- إن مجرد اقتران قرض المعاوضة بالمنفعة لا يعد من باب الربا، بل إن المنفعة جزء من حقيقته.

- إن عوض الزمن في عقد السلم مقدر بالقدر، لا النصيب، وهذا خلاف ما عليه الأمر في عدد من عقود قروض المعاوضة الأخرى، كالمضاربة، وما في حكمها.

- إن التمويل في بيع السلم يكون بالنقد، أو ما يقوم مقامه، وهو يمثل أصلاً لعقود التمويل المصرفي المثيرة للجدل.

- إن التمويل في عقد السلم من طرف واحد فقط، وهو يختلف عن العقود الزمنية، التي تتضمن التمويل من الطرفين كالمضاربة.

- إن الحاجة هي أساس شرعية عقد السلم، وهو يشترك مع قروض المعاوضة الأخرى في هذا الأساس، كما أن المصلحة في عقد السلم لا تختلف عن عقود التمويل الأخرى في عمومية المصلحة فيها.

- إن في اعتماد الحاجة كأساس لشرعية عقد السلم وغيره من عقود قرض المعاوضة توجيه للاضطراب الظاهري لآراء الفقهاء، وتطبيقاتهم المتعلقة بالزمن وعوضه في عقود التمويل .

- إن الاعتماد على الحاجة كأساس لشرعية عقود قرض المعاوضة، ومنها السلم يضيق فجوة الخلاف، لأنها أكثر انضباطية، ولمرونتها، واستجابتها لمتطلبات تطور النظام المصرفي بشكل خاص، والاقتصادي بشكل عام .

-لم أذكر أحكاما تفصيلية، ولا تطبيقات عملية بشكل مباشر وتفصيلي للزمن وعوضه لعقود التمويل المصرفي لأن موضوع البحث تحديد أسس، وأعتقد أن هذا تحقق .

- إن هذه الأسس لعقد التمويل المصرفي لا أقول بأنها تقطع بشرعية الفائدة المحددة بالقدر في عقود التمويل المصرفي، في الحالات التي يكون فيها المصرف هو الممول فقط، ولا تحريمها، بقدر ما هو دعوة لإعادة النظر في القطع بربوية تحديد قيمة الزمن بالقدر، وإقفال الباب أما إمكانية إعادة تنظيمها، أو قولبتها، أو تطوير طريقة حسابها.

هذه أهم النتائج التي توصلت إليها في البحث، وأمل أن أكون قد وفقت في تحقيق الغاية، وابتعدت عن الشطط، وتحميل النصوص ما لا تحتل، وأن أكون قد أصبت الحقيقة، والأجرين لا الأجر الواحد، والله الموفق للصواب، والله من وراء القصد.

قائمة لأهم مصادر البحث

1. أبوشهبة- د/ محمد بن محمد أبوشهبة – حلول لمشكلة الربا- القاهرة- مكتبة السنة – ط الثانية – سنة 1409هـ.
2. الأحوذى – الإمام الحافظ أبو العلاء محمد بن عبدالرحمن بن عبدالرحيم – تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذى – بيروت لبنان – دار الكتب العلمية – ط الأولى سنة 1990م .
3. بابللي- د/ محمود محمد بابللي- المصارف الإسلامية ضرورة حتمية- بيروت- المكتب الإسلامي- ط الأولى – سنة 1989م ص 16.

4. البدخشي - الإمام محمد بن الحسن البدخشي - مناهج العقول - معه شرح الأسنوي، وكلاهما شرح منهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي - مصر، القاهرة - مطبعة محمد علي صبحي وأولاده - ب ط - ب ت.
5. ابن عابدين - محمد أمين - حاشية رد المحتار على الدر المختار - بيروت - دار الفكر - طبعة جديدة ب ت .
6. ابن حجر - شهاب الدين أبو الفضل - فتح الباري بشرح صحيح البخاري - دار الريان للتراث - ط الثانية سنة 1988م .
7. ابن قدامة- أبو محمد عبدالله بن أحمد- المغني- ويليهِ الشرح الكبير لأبي فرج بن قدامة، القاهرة - دار الحديث-ب- ط سنة 2004م .
8. ابن الهمام - الشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد - شرح فتح القدير - بيروت لبنان - دار إحياء التراث العربي ب ط - ب ت .
9. ابن مفلح - أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد .المبدع في شرح المقنع - ب ط - ب ت - المكتب الإسلامي .
10. البهوتي- منصور بن يونس بن إدريس- كشف القناع عن متن الاقناع- مراجعة هلال مصيلحي- بيروت- عالم الكتب- ب ط سنة 1983م .
11. بن عاشور - الشيخ محمد الطاهر بن عاشور - تفسير التحرير والتنوير - طرابلس - دار الجماهيرية للنشر والتوزيع - تونس - الدار التونسية - ب ط - ب ت 99/3.
12. 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 .
13. التركمان-د. معدنان خالد التركمان- السياسة المصرفية والنقدية في الإسلام - عمان- مؤسسة الرسالة - ب ط - 1988م .
14. الخطاب - أبو عبدالله محمد بن بن عبدالرحمن المغربي - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - ومعه التاج والإكليل للمواق - بيروت - دار الفكر - ط الثالثة 1992م .
15. الدسوقي - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - دار الفكر - ب ط - ب ت .
16. الديباني - عدالمجيد عدالحاميد الديباني - المنهاج الواضح في أصول الفقه وطرق استنباط الأحكام - ليبيا-بنغازي - منشورات جامعة قار يونس - ط الأولى 1995م.
17. الرازي - الرازي-الإمام محمد الرازي فخر الدين بن العلامة ضياء الدين عمر- التفسير الكبير ومفاتيح الغيب- بيرو لبنان - دار إحياء التراث العربي ط الثانية ب ت .
18. الرملي- أبوالعباس أحمد بن حمزة الرملي - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - بيروت لبنان - دار الفكر ب ط 4002م.
19. السالوس- د/علي أحمد السالوس- بحث بعنوان (حكم التعامل المصرفي المعاصر بالفوائد) مجلة مجمع الفه الإسلامي - العدد الثاني- الجزء الثاني - سنة 1986م .

20. السرخسي- الإمام شمس الدين أبوبكر محمد السرخسي- تح أبو عبدالله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي – بيروت لبنان - دار الكتب العلمية – ط الأولى سنة 2001م .
21. سيد أحمد-د/ محمد عطا السيد سيد أحمد – بحث بعنوان (السلم وتطبيقاته المعاصرة) - مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الخامسة العدد الخامس الجزء الرابع .
22. الإمام الشافعي –أبو عبدالله محمد بن إدريس – الأم – تعليق محمود مطرجي – بيروت – دار الكتب العلمية – ط الأولى 1993 م .
23. 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 .
24. الشرواني – الشيخ عبدالحميد الشرواني وغيره – حواشي الشرواني – بيروت لبنان – دار الفكر – ط الأولى سنة 1997م 3/5.
25. الضرير-د/الصدیق محمد الأمين- بحث بعنوان (السلم وتطبيقاته المعاصرة) مجلة مجمع الفقه الإسلامي- الدورة الخامسة العدد الخامس الجزء الرابع سنة 1996م.
26. عليش – محمد عليش – منح الجليل شرح على مختصر خليل – بيروت لبنان – دار الفكر – ب ط سنة 1989 م .
27. القرافي – شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي – الدخيرة – تح محمد أبوطيرة – بيروت بنان – دار الغرب الإسلامي – ط الأولى سنة 1994م.
28. القرطبي – أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري – الجامع لأحكام القرآن – بيروت – دار الكتب العلمية ط الأولى – سنة 1988 م .
29. الكاساني – علاء الدين أبوبكر بن محمد – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – مصر – مطبعة الجمالية – ط الأولى 1910 م ..
30. الماوردي- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي- الحاوي الكبير- ويليه بهجة الحاوي لابن الماوردي- بيروت- دار الفكر- ب ط – سنة 2003م.
31. الماوردي- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي- المضاربة – تح د. عبدالوهاب حواس –المنصورة – مصر – دار الوفاء – ط الأولى –سنة 1989 م .
32. الشيخ محمد علي عبدالله- بحث بعنوان (أحكام التعامل في المصارف الإسلامية)- مجلة مجمع الفقه الإسلامي – العدد الثاني – الجزء الثاني سنة 1986م.
33. المصري- د/رفيق يونس المصري- الجامع في أصول الربا – دمشق دار العلم، بيروت دار الشامية – ط الأولى سنة 1991 م .
34. المرغيناني – الإمام برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر – الهداية شرح بداية المبتدي
35. – كراتشي – باكستان – منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية – ط الأولى سنة 1417 هـ.

الحكم الشرعي لطلاق الثلاث بلفظ واحد

د. رافع محمود الفاخري

عضو هيئة تدريس بقسم الشريعة الإسلامية
وكيل كلية القانون للشؤون العلمية – جامعة بنغازي

المقدمة،،،

الحمد لله وكفى وسلاماً على عباده الذين اصطفى، وبعد...

أصدرت السلطة التشريعية في ليبيا آنذاك⁽¹⁾، قراراً بتشكيل لجان لإعادة صياغة القوانين بما يتفق وإحكام الشريعة الإسلامية، وبالفعل قد باشرت هذه اللجان مهامها، وصدرت العديد من التشريعات خصوصاً فيما يتعلق بجرائم الحدود. ثم توالى حركة التقنين لأحكام الشريعة الإسلامية حتى صدر القانون رقم 10 لسنة 1984م، بشأن الزواج والطلاق وآثارهما وقد حاول واضعوه تقنين أحكام ومبادئ الشريعة في مجال أحوال الأسرة.

وما يهمنا في هذا المقام هو بيان الأصل الشرعي لمسألة الطلاق الثلاث بلفظ واحد باعتبارها إحدى مسائل القانون آنف الذكر.

وصورة المسألة:- هي أن يجمع الزوج ثلاث تطليقات للزوجة بصيغة واحدة بأن يقول لها :- أنت طالق ثلاثاً: أو أن يجمعها في جمل منفصلة متتالية بقوله: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، ولا يريد من التكرار التأكيد على الجملة الأولى، وقد اختلف العلماء اختلافاً كبيراً في هذه المسألة، وأصل الخلاف فيها أمران أصوليان. أما الأول فهو هل النهي عن الشيء يستلزم بطلانه إن وقع وإن شئت قلت أثر النهي في المنهى عنه.

وأما الآخر فهو ما يتعلق بالدليل أو الحجة التي يبني عليها الرأي فيما إذا كانت قطعية الدلالة على المدعى أم أنها يتطرق لها الاحتمال. والحديث عن مسألة طلاق الثلاث بلفظ واحد يقتضي منا أن نقسم هذه الورقة إلى مطالب ثلاثة. الأول نسرده فيه أقوال العلماء في المسألة، وفي الثاني نبين أدلة كل اتجاه، ويتم في الثالث تحقيق القول في المسألة.

(1) وهذا متمثل فيما صدر عن مجلس قيادة ثورة سبتمبر سنة 1969م.

المطلب الأول

حكاية أقوال العلماء في المسألة

يذهب بعض العلماء المعاصرين⁽²⁾، إلى القول بأن الأئمة أصحاب المذاهب الأربعة لم يختلفوا في هذه المسألة فيما بينهم، في قليل ولا كثير ولكن الخلاف قد وقع بين مجموعهم من جانب وبين بعض الأئمة المتأخرين في الجانب آخر.

وقد رد الخلاف في المسألة إلى أقوال أربعة:-

الأول:- وهو القول الذي تمسك به الجمهور من الصحابة والتابعين والأئمة الأربعة، وهو الذي يقضي بأن الطلاق الثلاث بكلمة واحدة يقع ثلاثاً.

الثاني:- أن الطلاق الثلاث بكلمة واحدة لا يقع به إلا طلقة واحدة وهو مذهب الزيدية وابن تيمية وتلميذه ابن القيم.

الثالث:- أن الطلاق بهذا الشكل لغو لا يقع به شيء: وهو مروى عن الحجاج بن أرطأة، والإمام الباقر، والصادق، وعن بعض الإمامية.

الرابع:- إن كانت المطلقة مدخولاً بها، وقع في حقها ثلاثاً، وإن لم يكن مدخولاً بها فهي واحدة، وهو منقول عن عطاء وطاووس وسعيد بن جبير والحسن البصري⁽³⁾.

ونحن إن شاء الله ذاكرون لما يدل على مقالة كل مذهب من واقع كتبهم الأصيلة ما استطعنا إلى ذلك سبيلاً.

أولاً: مذهب الأحناف:

جاء في "العناية شرح الهداية"، وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثاً بكلمة واحدة..... وهو حرام عندنا، لكنه إذا فعل وقع الطلاق، وبانت منه، وحرمت حرمة غليظة، وكان عاصياً⁽⁴⁾. وقال في الهداية شرح البداية "وذهب جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أئمة المسلمين على أنه يقع ثلاثاً⁽⁵⁾".

وجاء في فتح القدير لابن الهمام "ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثاً، لأن نصف التطليقتين تطليقة، فإذا جمع ثلاثة أنصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة⁽⁶⁾".

(2) انظر محاضرات في الفقه المقارن د.محمد سعيد رمضان البوطي، دار الفكر المعاصر بيروت ط2. 2002م. ص 143.

(3) انظر المعنى لابن قدامة الجزء السابع ص 303، سُبل السلام، للصنعاني الجزء 3 ص 365، أحكام القرآن للجصاص الحنفي، المجلد الأول، ص:

459، مغني المحتاج إلى حل الفاظ المنهاج، للشربيني المجلد 3، ص: 311.

(4) الجزء الثالث، ص 24.

(5) الجزء الثالث، ص 25.

(6) الجزء الثالث، ص 55.

وجاء في تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي "وثلاثاً في طهر أو بكلمة بدعي..... وأراد بقوله ثلاثاً في طهر إذا لم يتخلل بين التطليقتين رجعة وإن تخلل فلا يكره عند أبي حنيفة..... وذهب أهل الظاهر وجماعة منهم الشيعة إلى أن الطلاق الثلاث جملة لا يقع إلا واحدة.⁽⁷⁾

ثانياً: مذهب المالكية:

وجاء في قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية "الفصل الثالث في عدد الطلاق، وهو واحدة واثنان وثلاث، وتنفيذ الثلاث سواء طلقها واحدة بعد واحدة اتفاقاً، أو جمع الثلاث في كلمة واحدة عند الجمهور، خلافاً للظاهرية"⁽⁸⁾. وقال الباجي في شرحه على موطأ مالك "فمن أوقع الطلاق الثلاث بلفظة واحدة لزمه ما أوقعه من الثلاث، وبه قال جماعة الفقهاء"⁽⁹⁾.

ثالثاً: مذهب الشافعية:

جاء في الأم للشافعي "وإذا قال لامرأته وقد دخل بها: أنتِ طالق، أنتِ طالق، أنتِ طالق،..... وإن مات قبل أن يسأل فهي ثلاث، لأن ظاهر قوله أنها ثلاث"⁽¹⁰⁾.

رابعاً: مذهب الحنابلة :-

جاء في المغني لابن قدامة "مسألة، قال : ولو طلقها ثلاثاً في طهر لم يصبها فيه كان أيضاً للسنة وكان تاركاً للاختيار، و اختلفت الرواية عن أحمد في جمع الثلاث فروي عنه أنه غير محرم اختاره الخرقي"⁽¹¹⁾، وقال في موضع آخر "فصل : و إن طلق ثلاثاً بكلمة واحدة وقع الثلاث و حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره"⁽¹²⁾.

وجاء في شرح منتهى الإرادات للبهوتي " وإيقاع طلاقات ثلاث و لو بكلمات، ولو في طهر لم يصبها زوجها فيه فأكثر من طهر ومن جمع الثلاث لم يبق له أمر يحدث ولم يجعل الله له مخرجاً ولا من أمره يسراً"⁽¹³⁾.

خامساً: مذهب أهل الظاهر :

نص بعض أهل العلم على أن مذهب الظاهرية ضمن المذاهب القائلة بأن الطلاق لا يقع إلا واحدة⁽¹⁴⁾، ونحن لا نسلم لهم، بذلك إذ أنه عند مطالعتنا لكتاب المحلى لابن حزم الظاهري وجدناه

(7) الجزء الثالث، ص190.

(8) ص:251.

(9) المنتقى، سليمان بن خلف بن سعد، الجزء الرابع، كتاب الطلاق، باب ما جاء في البتة، ص:2.

(10) الجزء السادس، ص:473.

(11) الجزء السابع، ص:102.

(12) الجزء السابع، ص:104.

(13) الجزء الثالث، ص:124.

يذهب إلى اعتبار الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً، وهو في ذلك موافق للجمهور بل زاد على بعضهم في أنه لا يعتبره بدعياً ولا محرماً ولا منهيماً عنه.

فقد نص في المحلى على "إلا أن يطلقها كذلك ثالثة أو ثلاثة مجموعة فيلزم" (15)، وقال في موضع آخر منه "لو كانت طلاق الثلاث مجموعة معصية لله تعالى لما سكت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيان ذلك، فصح يقيناً أنها سنة مباحة" (16).

والتحقيق في هذا هو ما بينه الإمام ابن تيمية في مجموع فتاواه حيث قال "لكن ابن حزم من الظاهرية لا يقول بتحريم جمع الثلاث فلماذا يوقعها و جمهورهم على تحريمها، وأنه لا يقع بها إلا واحدة" (17).

سادساً : مذهب الخوارج :-

جاء في المدونة الكبرى لأبي غانم الخرساني الأباضي "قال المرتب أي هي طالق ثلاثاً أو قال هي طالق هي طالق انتهي، قلت : في حال طلق امرأته ثلاثاً قال بانته منه امرأته و عصى ربه، وقال المرتب ومن قال طلق ثلاثاً بلفظ واحد أو مرة بعد أخرى لا يتصور أن يندم فيراجع لأنه لا تحل له حتى تتكح زوجاً غيره" (18).

سابعاً : مذهب الشيعة :-

جاء في كتاب إيضاح الفوائد : "ولو قال أنت طالق ثلاثاً أو اثنتين قيل بطل، وقيل يقع واحدة الأولى اختيار السيد المرتضى و ابن أبي عقيل وابن حمزة، والثاني اختيار الشيخ في النهاية، وابن البراج، وابن زهرة، وابن إدريس" (19).

وجاء في كتاب فقه الإمام جعفر الصادق: وإذا قال أنت طالق ثلاثاً، أو أنت طالق أنت طاق، أنت طالق وقصد الثلاث لا تقع إلا واحدة، قال صاحب الجواهر : الإجماع على ذلك بل كأنه من ضروري مذهب الشيعة، وفي صحيح زرارة أنه سأل الإمام الصادق عن رجل طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد وهي طاهر؟ قال : واحدة" (20).

وقد وجدت مقالة للقرطبي في تفسيره يفهم منها أن الحجاج بن أرطاة موافق لمذهب الجمهور في اعتبار طلاق الثلاث ثلاثاً لا كما حكاه الشيخ البوطي من أنه يعده لغواً لا يقع به شيء، فقد جاء في تفسير القرطبي قوله "و المشهور عن الحجاج بن أرطاة و جمهور سلف الأمة أنه لازم واقع ثلاثاً ... ولا فرق بين أن يوقعه ثلاثاً مجتمعة في كلمة أو متفرقة في كلمات" (21).

(14) فتح القدير، الجزء الثالث، ص: 190، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى، ص: 251.

(15) المحلى، الجزء العاشر، ص: 161.

(16) نفس المرجع، ص: 170.

(17) الجزء الثالث، ص: 17.

(18) ص: 71.

(19) إيضاح الفوائد في شرح القواعد، محمد بن الحسن بن يوسف الحلبي، المجلد الثالث، ص: 312.

(20) فقه الإمام جعفر الصادق، محمد جواد مغننية، الجزء السادس، ص: 11-12.

(21) الجامع لأحكام القرآن، المجلد الثاني، الجزء الثالث، ص: 129.

ثامناً : مذهب شيخ الإسلام ابن تيمية و تلميذه ابن القيم:

جاء في مجموع الفتاوى لابن تيمية "وليس في الأدلة الشرعية – الكتاب والسنة والإجماع والقياس – ما يوجب لزوم الثلاثة له، ونكاحه ثابت بيقين، وامراته محرمة على الغير بيقين، وفي إلزامه بالثلاث إباحتها للغير مع تحريمها عليه، وذريعة إلى نكاح التحليل الذي حرّمه الله ورسوله"⁽²²⁾.

وجاء في إعلام الموقعين لابن القيم "فهذا كتاب الله، وهذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، والصحابة كلهم معه في عصره، وثلاث سنين من عصر عمر على هذا المذهب، فلو عدهم العاد بأسمائهم واحداً واحداً لوجد أنهم كانوا يرون الثلاث واحدة، إما بفتوى وإما بإقرار عليها، ولو فرض فيهم من لم يكن يرى ذلك فإنه لم يكن منكراً للفتوى به، بل كانوا ما بين مُفْتٍ و مقرِّ بفتوى وسأكت غير منكر"⁽²³⁾.

بل وجدنا أن شيخ الإسلام ابن تيمية يقرر أن مذهب أحمد على القول بأن الطلاق الثلاث لا يقع إلا واحدة، وهو في هذا ينفي عن نفسه و تلميذه ابن القيم الشذوذ عن المذهب كما ظهر عند ذكرنا لمذهب الحنابلة آنفاً، وقد جاء في فتاواه ما نصه "وكان أحمد يرى جمع الثلاث جائزاً ثم رجع أحمد عن ذلك وقال تدبرت القرآن فوجدت الطلاق الذي فيه هو الرجعي أو كما قال واستقر مذهبه على ذلك، وعليه جمهور أصحابه و تبين من حديث فاطمة أنها كانت مطلقاً ثلاثاً متفرقات لا مجموعة"⁽²⁴⁾.

المطلب الثاني

بيان الأدلة و الحجاج في المسألة

سنقوم في هذا الفصل ببيان ما استند إليه أصحاب الأقوال الأربعة آنفة الذكر من حجج سواء أكانت من الكتاب، أو السنة، أو من المعقول، وذلك على النحو التالي :-
أدلة القائلين بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع ثلاثاً :
أولاً : أدلتهم من الكتاب:

قوله تعالى " فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ "⁽²⁵⁾، فهذا يقع على الثلاث مجموعة ومفرقة، ولا يجوز أن يخص بهذه الآية بعض ذلك دون بعض بغير نص⁽²⁶⁾.

(22) المجلد الثالث، ص: 22.

(23) إعلام الموقعين، الجزء الثالث، ص: 45.

(24) المجلد الثالث، ص: 19.

(25) سورة البقرة، جزء من الآية 230.

(26) انظر جامع البيان في تفسير القرآن، محمد بن جرير الطبري، تحقيق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، سنة 2000، ج4، ص521.

وكذلك قوله تعالى "يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ بِمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا" (27)، ففي الآية عموم لإباحة الثلاث والاثنتين والواحدة، وهذا أيضاً في قوله تعالى: "وَلَمَّا طَلَقْتِ مَتْعُ بِالْمَعْرُوفِ" (28). فلم يخص تعالى مطلقة واحدة من مطلقة اثنتين من مطلقة ثلاثاً (29).

وأيضاً قوله تعالى "وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ" (30)، بعد قوله تعالى "يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ" (31)، وقوله في آخر الآية التي تلي هذه "وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ تَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا" (32)، فقد فسّر ذلك ابن مسعود وابن عباس و عائشة وأبو هريرة وغيرهم، بأن الرجل إذا طلق امرأته بغير العدة أو لم يفرق بين الطلاقات كما أمر الله فهو ظالم لنفسه ولم يجعل له مخرجاً؛ وذلك على العكس مما لو اتبع سبيل السنة في التطليق، فقد جعل الله له مخرجاً عند الندم وهو الرجعة (33).

ثانياً: أدلتهم من السنة:-

استدلوا بأحاديث كثيرة نذكر منها مايلي:

1. حديث عويمر العجلاني الذي رواه الشيخان في باب اللعان، وقد جاء فيه أنه قال بعد أن لاعن زوجته بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم "كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، هي طالق ثلاثاً" (34).

ووجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم – لم ينكر عليه ذلك، كما أن تلفظه بالطلاق الثلاث فيه دلالة واضحة على أنه معروف معهود، وهو لا يكون كذلك إلا حيث يكون لها أي للثلاث الأثر المطلوب" (35)1.

2. ما رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والشافعي عن آل بيت ركانه أنه طلق امرأته البتة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم له " والله ما أردت إلا واحدة؟".... فرد ركانة: والله ما أردت إلا واحدة... فردها عليه النبي (36).

(27) سورة الأحزاب، جزء من الآية 49.

(28) البقرة، جزء من الآية 241.

(29) المحلى، الجزء العاشر، ص: 170.

(30) الطلاق جزء من الآية 1.

(31) الطلاق جزء من الآية رقم 1.

(32) الطلاق جزء من الآية 2.

(33) تفسير القرطبي، الجزء 18، ص: 159، وأيضاً تفسير الطبري، الجزء 28، ص: 83-84.

(34) صحيح البخاري، الجزء السابع، كتاب الطلاق، باب اللعان، ص: 69، الجامع الصحيح، الجزء الرابع، كتاب اللعان، ص: 205.

(35) انظر فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر، ج 9، ص 451.

وجه الدلالة في الحديث: أنه نص في المسألة، إذ لو أراد الثلاث لوقعن وإلا لما كان لتحليف النبي صلى الله عليه وسلم إياه معنى.

3. ومنها ما رواه الدار قطني عن عبد الله بن عمر أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما أمره أن يراجع زوجته: أفرأيت يا رسول الله لو طلقها ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعها؟ قال لا، كانت تتبين منك وتكون معصية⁽³⁷⁾. ووجه الدلالة من هذا الحديث ظاهر وجلي.

4. ومنها ما رواه الدارقطني بإسناده عن عبادة بن الصامت قال: طلق بعض آبائي ألفاً، فانطلق بنوه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالوا يا رسول الله إن أبانا طلق أمنا ألفاً فهل له مخرج؟ فقال: إن أباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجاً، بانث منه بثلاث على غير السنة وتسعمائة وسبع وتسعون إثماً في عنقه⁽³⁸⁾.

5. ما رواه مسلم عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه إذا سئل عن الطلاق في الحيض قال لأحدهم "أما أنت طلقت امرأتك مرة أو مرتين فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني بهذا – أي بالرجعة حتى تطهر – وإن كنت طلقها ثلاثاً فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجاً غيرك، وعصيت ربك فيما أمرك من طلاق امرأتك⁽³⁹⁾".

6. ما رواه البخاري عن عائشة أن زوجة رفاعة القرظي جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله: إن رفاعة طلقني فبت طلاقي....⁽⁴⁰⁾

وجه الدلالة من الحديث:- هو قولها: فبت طلاقي، إذ هي إنما تقصد بذلك تفسير كلمتها التي قبلها وهي: طلقني، أي أنه طلقها ثلاث تطليقات، و"بت" تدل عند الإطلاق على أن الثلاثة قد وقعن في كلمة واحدة، كما هو الظاهر⁽⁴¹⁾.

7. ما رواه مسلم من حديث فاطمة بنت قيس قالت: أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعير.....⁽⁴²⁾

وقد ساق مسلم الحديث بألفاظ وروايات أخر فسرت كلمة "البتة" بالطلاق الثلاث وقد جعل عنوان الباب "المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها"، وقد دل ذلك على أن فاطمة إنما طلقت ثلاث تطليقات في مجلس واحد كما هو ظاهر الحديث.

(36) أبو داود، الطلاق، باب البتة، 2206، الترمذي، الطلاق، باب "في الرجل يطلق امرأته البتة"، حديث 1177، ابن ماجه، الطلاق، باب البتة، حديث 2050، الشافعي، الأم، الجزء الخامس، ص: 137.

(37) سنن الدار قطني، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء، ج 5، ص: 56، وانظر المغني لابن قدامة، الجزء السابع، ص: 299.

(38) سنن الدار قطني، الطلاق والخلع والإيلاء، الجزء 5، ص: 36، رقم 3934.

(39) صحيح مسلم، الجزء الرابع، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض، ص: 179.

(40) صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، الجزء السابع، ص: 55.

(41) انظر اختلاف الحديث، الشافعي، ج 7، ص: 660.

(42) صحيح مسلم، الجزء الرابع، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، ص: 199.

*أدلة القائلين بأن الطلاق الثلاث لا يقع إلا واحدة:

أولاً: أدلتهم من الكتاب:

قوله تعالى "الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ" (43).

وجه الدلالة من الآية: أن الله سبحانه وتعالى بين أن الطلقات الثلاث المشروعة إنما تكون بأن يوقعها الزوج مرة بعد أخرى إن أراد ذلك، ثم يطلقها الثالثة، وهي التسريح بإحسان (44). وهذه الطريقة التي نصت عليها الآية تخالف ما قد يفعله بعض الأزواج من تطبيق زوجاتهم ثلاثاً دفعة واحدة.

فقول الزوج لزوجته: طلقتك ثلاثاً، لا يسمى لغة ثلاث مرات بل هي مرة واحدة، فمن قال في يومه "لا إله إلا الله وحده لا شريك له" مائة مرة كانت له حرزاً من الشيطان حتى يمسي، وهذا لا يحصل له إلا بقولها مرة بعد مرة.

وهكذا قوله تعالى: لِيَسْتَعِذِنَكُمُ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ

ثَلَاثَ مَرَّاتٍ (45).

فلو أنه قال: "أستأذن ثلاث مرات" لما حسب ذلك إلا مرة واحدة، وإذا فلا بد أن تكون دلالة المرة في الطلاق أيضاً بهذا المعنى الذي تقره اللغة وعرف الناس، فدلّت الآية على أن الرجل لو طلق ثلاثاً بلفظ واحد لم تقع إلا طلقة واحدة (46).

ثانياً: أدلتهم من السنة:

1. ما رواه مسلم في صحيحه عن ابن طائوس عن ابن عباس: كان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن خطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيها عليهم، فأمضاه عليهم (47)، وروى مثل ذلك من أبي الصهباء عن ابن عباس رضي الله عنه.

ووجه الدلالة من الحديث: أنهم قالوا بأنه صريح في أنهم كانوا يعدون الطلاق الثلاث بلفظ واحد على عهد النبي و أبي بكر طلقة واحدة، وهو ما أقره النبي صلى الله عليه وسلم، وأجمع عليه الصحابة، وما كان إلزام عمر وإمضاؤه للثلاث على الناس إلا عقوبة رآها للمصلحة (48).

(43) سورة البقرة، جزء من الآية 229.

(44) في التفسير، أبو حيان، ج2، ص463. انظر البحر المحيط.

(45) سورة النور، جزء من الآية 58.

(46) إعلام الموقعين، الجزء الثالث، ص: 44-45.

(47) مسلم، الجزء الرابع، كتاب الطلاق، ص ك 183-184.

(48) إعلام الموقعين، الجزء الثالث، ص: 47.

2. ما رواه أحمد في مسنده عن ابن عباس قال: طلق ركانة بن عبد يزيد امرأته ثلاثاً في مجلس واحد، فحزن عليها حزناً شديداً، قال فسأله النبي صلى الله عليه وسلم كيف طلقت؟ قال: طلقها ثلاثاً، قال: فقال في مجلس واحد؟ قال: نعم، قال: فإنما تلك مرة واحدة، فأرجعها إن شئت، قال فراجعها⁽⁴⁹⁾. ووجه الدلالة من الحديث واضح صريح.

ثالثاً: استدلالهم بالمعقول:

قالوا: إن جمع الثلاث بلفظ واحد بدعة وكل بدعة مردودة بقوله صلى الله عليه وسلم "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"⁽⁵⁰⁾. ومن الواضحات على حرمة الطلاق الثلاث جميعاً مارواه النسائي عن محمود بن لبيد قال: أخبر النبي صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً فقام غضبان ثم قال: أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم، حتى قام رجل فقال: يا رسول الله أقتله؟⁽⁵¹⁾. فلما ثبت أنه محرم فينبغي عدم وقوعه، لأن النهي عن الشيء يقتضي بطلان المنهي عنه، غير أن المنهي عنه لما كان إضافة لطفنتين إلى الطلقة الواحدة في وقت واحد، كان البطلان منصباً عليهما، وكانت الطلقة الواحدة واقعة.

*أدلة القائلين بأنه لا يقع بالطلاق الثلاث شيء: أدلتهم من القرآن

قوله تعالى: "يَتَأْتِيَ النَّبِيَّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ" ⁽⁵²⁾، وقوله تعالى "وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ" ⁽⁵³⁾، إلى قوله تعالى "وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ" وبقوله تعالى "وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ" ⁽⁵⁴⁾.

ووجه الدلالة من الآيات: قالوا: لا يكون طلاقاً إلا ما كان بهذه الصفة فما كان مخالفاً للصفة⁽⁵⁵⁾. الواردة في الآيات السابقة لا يقع به شيء.

(49) مسند الإمام أحمد بن حنبل وبهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، المجلد الأول، ص: 265.

(50) صحيح مسلم، الجزء الخامس، كتاب الأفضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، ص: 132.

(51) سنن النسائي، الجزء السادس، باب الطلاق لغير العدة، ص: 142.

(52) سورة الطلاق، جزء من الآية 1.

(53) سورة البقرة، جزء من الآية 228.

(54) سورة البقرة، جزء من الآية 231.

(55) المحلى، الجزء العاشر، ص: 167.

*أدلة الاتجاه الذي فرق بين وقوع الثلاث قبل الدخول وبعده:
أولاً: دليلهم من السنة:

ما رواه أبو داود عن طاوس أن رجلاً يقال له أبو الصهباء، كان كثير السؤال لابن عباس، فقال: أما علمت أن الرجل كان إذا طلق امرأته قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدراً من إمارة عمر، فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها، قال أجزوهن عليهم⁽⁵⁶⁾.

ثانياً: دليلهم من المعقول:-

قالوا أن المطلق لما قال: طالق، بانثت الزوجة بذلك لا إلى عدة، إذ لا دخول به، فصادفها قوله "ثلاثاً" بعد ذلك وهي خلية، فلا يقع بها شيء زائد⁽⁵⁷⁾، وهذا بخلاف ما إذا وقع الطلاق بعده – أي بعد الدخول – فإن كلمة طالق، تفصل الزوجة إلى العدة، فتلحقها الطلقتان الأخريان.

المطلب الثالث

تحقيق القول في المسألة

وسنحاول في هذا المقام بيان القول الحق في مسألة الطلاق الثلاث بلفظ واحد، وهذا لا يتأتى إلا بعد مناقشة أدلة كل اتجاه ثم بيان الراجح منها طبقاً لما تقتضيه القواعد الأصولية في هذا المجال، وذلك في النقطتين التاليتين:

النقطة الأولى: مناقشة الأدلة⁽⁵⁸⁾:

أولاً: مناقشة أدلة الجمهور القائلين بوقوع الطلاق الثلاث ثلاثاً:

نوقشت أدلة الجمهور من قبل المخالفين بالآتي

1. قوله تعالى: "فقد ظلم نفسه" أعم من أن تكون دلالته قاصرة على خصوص المعني الذي فهمتموه فهو يصدق على ظلمه لنفسه بسبب ارتكاب الذنوب والمعاصي واستحقاق العقوبة في الآخرة.

وكذلك قوله تعالى "وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا" فهو عام أيضاً غير محصور فيما استدل به

الجمهور فقد جاء تفسير الآية عند بعض المفسرين بأن المراد منها: أي يخرج به من الحرام إلى الحلال، ومن الضيق إلى السعة ومن النار إلى الجنة، وهذا يظهر من بيان سبب نزول الآية فقيل أنها

⁽⁵⁶⁾ سنن أبي داود، الجزء الثاني، كتاب الطلاق باب نسخ المراجعة بعد التطلقات الثلاث، ص: 649، حديث رقم 2199.

⁽⁵⁷⁾ أحكام القرآن للجصاص، الجزء الأول، ص: 458.

⁽⁵⁸⁾ انظر المحلى، الجزء العاشر، ص: 167، وما بعدها فقد عرض لأدلة كل اتجاه وقام بمناقشتها بشكل بديع لا نستغربه لما عهد عنه من قوة عارضة وشدة معارضة.

- نزلت في عوف بن مالك الأشجعي عندما أسر العدو ابنه وأمره النبي صلى الله عليه وسلم بالإكثار من قول "لا حول ولا قوة إلا بالله"⁽⁵⁹⁾.
2. حديث عويمر العجلاني، وقصة تطليقه لزوجته ثلاثاً في مجلس النبي صلى الله عليه وسلم بعد الملاعة لا يثبت مدعاهم، فهو يحتمل أنه لم ينكر عليه ذلك لأن الفراق بينهما قد وقع بالملاعة وطلاقه لغو لا فائدة فيه، فصح أن الحديث في غير محل النزاع⁽⁶⁰⁾.
3. حديث مسلم عن ابن عمر أنه كان يقول: وإن طلقها ثلاثاً فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجاً غيرك، فهو رأى من عبد الله بن عمر وليس فيه شيء يرفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فهو اجتهاد لصحابي، ولا حجة في غير قول رسول الله صلى الله عليه وسلم.
4. وأما حديث البخاري عن امرأة رفاعة القرظي، وفيه قولها "طلقتي فبت طلاقي" فهو يحتمل أن بت طلاقها كان بواسطة طليقة أخيرة، ولم يكن ثلاثاً دفعة واحدة، وما وقع فيه الاحتمال بطل به الاستدلال.
5. وأما حديث فاطمة بنت قيس الذي رواه مسلم فليس فيه تصريح بأنه أوقع الثلاث في لفظ واحد فلا يدل على المطلوب، ولم يستفصل النبي صلى الله عليه وسلم؛ لأن الواقع في ذلك العصر غالباً عدم إرسال الثلاث فالإطلاق محمول على أن ذلك كان في عدة مجالس⁽⁶¹⁾.
6. وأما ما رواه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم، أن ركانة طلق زوجته البتة فاستحلفه النبي صلى الله عليه وسلم، فهي رواية ضعيفة لوجود الزبير بن سعيدي في بعض طرق الحديث.
7. وأما ما رواه الدارقطني عن عبادة بن الصامت: أن بعض آبائه طلق ألفاً... الحديث، فقيه يحيى بن العلاء وهو ضعيف.
8. وأما حديث الدارقطني عن ابن عمر أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم أفرايت يا رسول الله لو أني طلقها ثلاثاً...، فإني لم أقف على رد عليه من قبل المخالفين وصرح من هو أعلم مني بذلك⁽⁶²⁾.

ثانياً: مناقشة أدلة القائلين بأن الطلاق الثلاث في لفظ واحد لا يقع به إلا واحدة.

ناقش الجمهور أدلة أنصار هذا الاتجاه بما يلي:

1. قوله تعالى "الطلاق مرتان" "لادليل فيه على مدعاهم لأمرين:
- الأمر الأول: أن الدليل في الآية أعم من المدعى فغاية ما تدل عليه الآية أن التطبيقات ينبغي أن تكون على مرات متعددة منفصلة، والمرات المنفصلة كما تكون في جلسات متعددة مفصلة، فإنها تكون كذلك في جلسة واحدة.
- الأمر الثاني: أن معنى "مرتان" ليس محصوراً فيما ذكرتم، فقد تأتي بمعنى الوحدات التي يتضمنها كلام واحد، كما في قوله تعالى "نوّتها أجزاها مرتين"⁽⁶³⁾. وإذا كان صحيحاً أن المرات المتعددة

(59) تفسير القرطبي، الجزء 18، ص: 160.

(60) سبل السلام، الجزء 3، ص: 272.

(61) نفس المرجع السابق.

(62) محاضرات في الفقه الإسلامي، د. البوطي، ص: 110.

للطلاق لا تكون صحيحة لغة إلا بالانفصال، فكيف جاز للعجلاني أن ينطق بما يخالف العربية وهو من أهل اللسان؟ أفيكون عويمر جاهلاً لفلسفة "المرّة" في اللغة حتى تنكب عن النطق الصحيح بها⁽⁶⁴⁾.

2. حديث مسلم عن ابن عباس: كان الطلاق الثلاث... أجاب عنه الجمهور بما يلي:
أولاً: أن حديث ابن عباس هذا ضعفه كثير من رجال الحديث، والبعض أنكر رواية طاووس له، وقد روى سعيد بن جبير، وعمر بن دينار، ومجاهد، ومالك بن الحارث، عن ابن عباس خلافه⁽⁶⁵⁾.
وقد روى أبو داود عن طاووس عن أبي الصهباء عن ابن عباس خلاف رواية مسلم عن ابن طاوس عن ابن عباس، فرواية أبي الصهباء أن الثلاث تقع واحدة قبل الدخول وثلاثاً بعده، ورواية طاوس عن ابن عباس أنها واحدة جميعاً، وروايات مجاهد وعطاء والآخرين خلاف هذا وذلك، ولا توجد صورة للاضطراب أشد من هذه الصورة.

ثانياً: أن الحديث وإن غضضنا الطرف عن أسباب ضعفه فهو لا يدل إلا على الإنكار على من يخرج عن سنة الطلاق بإيقاع الثلاث، وإخبار عن تساهل الناس في مخالفة السنة في الزمان المتأخر عن العصرين – عصر النبي وأبي بكر- كأنه قال الطلاق الموقع الآن كان في ذنك العصرين واحدة، كما يقال كان الشجاع الآن جباناً في عصر الصحابة⁽⁶⁶⁾.

ثالثاً: أن قول الزوج أنت طالق أنت طالق، كانت واحدة في العصرين لقصدتهم التأكيد والإخبار، وصار الناس بعدهم يقصدون به التجديد والإنشاء فألزمهم عمر بذلك لعلمه بقصدتهم⁽⁶⁷⁾، وما يوضح أن هذا هو معنى الحديث ما قاله ابن القيم عن ابن مسعود من أنه إذا استفتى في الطلاق قال: من أتى الأمر على وجهه فقد تبين له، ومن لبس على نفسه جعلنا عليه لبسه، والله لا تلبسون على أنفسكم وتتحمله منكم هو كما تقولون⁽⁶⁸⁾.

3. حديث طلاق ركانة الذي تفرد به الإمام أحمد رواه سعد بن إبراهيم عن أبيه عن محمد بن اسحاق عن داود بن الحصين عن عكرمة مولى ابن عباس وهو سند ضعيف. ففيه ابن الحصين الذي قال عنه ابن حجر في تقريب التهذيب "ليس ثقة فيما يرويه عن عكرمة، وأكثر رجال الجرح والتعديل من الحديث عنه في هذا وفي مقدمتهم الذهبي في ميزان الاعتدال"⁽⁶⁹⁾، وقد ذكر النووي رواية أحمد لهذا الحديث وضعفها؛ لأنها عن قوم مجهولين وبين أن الصحيح هو أنه طلقها البتة⁽⁷⁰⁾.
وقد اعتمد أبو داود وابن ماجة الرواية التي تمسك بها الجمهور لثقة روايتها وتعدد طرقها، ولأن روايتها هم آل بيت ركانة فهم أعلم بما قد حدث من طلاقه⁽⁷¹⁾.

(63) المحلي، الجزء العاشر، ص: 168.

(64) ضوابط المصلحة في الشريعة، للبطي، ص: 152-157.

(65) مختصر سنن أبي داود، للحافظ المنذري، الجزء الثالث، ص: 123 رقم 2111، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي، الجزء الثالث، ص: 124.

(66) تبين الحقائق، الجزء الثالث، ص: 191.

(67) تبين الحقائق، الجزء 3، ص: 191، الجامع لأحكام القرآن الجزء 3، ص: 128-130، مسلم بشرح النووي: الجزء 10/ ص: 70-72.

(68) أعلام الموقعين: الجزء الثالث، ص: 48.

(69) تقريب التهذيب: 231/1، ميزان الاعتدال: 22-21/3.

(70) النووي على مسلم: جزء 10/ص: 70.

(71) سنن أبي داود، 511/1، وسنن ابن ماجة، 661/1.

ثالثاً: مناقشة أدلة من يرى بأنه لا يقع بالثلاث مجتمعة شيء:

1. أما استدلالهم بآيات من القرآن الكريم فقد رده عليهم ابن حزم في قوله "أما قولهم البدعة مردودة فصدقوا ولو كانت بدعة لوجب أن ترد وتبطل، وأما الآيات فإنما نزلت فيمن طلق واحدة أو اثنتين فقط، ثم نسألهم عن طلق مرة ثم راجع ثم مرة ثم راجع ثانية ثم الثالثة، أبدوعة أتى، فمن قولهم لا بل سنة، فنسألهم أتحكمون له بما في الآيات المذكورات، فمن قولهم لا بلا خلاف فصح أن المقصود في الآيات المذكورات من أراد أن يطلق طلاقاً رجعيّاً يبطل احتجاجهم بها في حكم من طلق ثلاثاً⁽⁷²⁾ .

2. ليس كل نهى يقتضي بطلان المنهي عنه، فالطلاق ذاته منهي عنه وهو من أبغض الحلال عند الله، ولكن أحداً لم يقل بأنه باطل لا يقع، فصح أنه لا تلازم بين النهي عن الشيء وبطلانه⁽⁷³⁾، فلا يمكن أن يستدل بالأول منهما على الثاني.

3. أما حديث "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"، ففيه احتمال أن يكون المعنى أنه غير مقبول عند الله تعالى، وهذا مما يتعلق بالأحكام الأخروية، وليس في معرض النزاع بشيء، كما أنه وإن صح شموله لهذه المسألة فهو عام مخصوص بالأحاديث التي تقضي بوقوع الثلاث، والعام تفسره دلالة الخاص فهو أقوى دلالة⁽⁷⁴⁾ .

رابعاً: مناقشة أرباب التفصيل:

نوقشت أدلتهم بما يلي

1. أما استدلالهم بحديث أبي داود فيرد بأن مفهوم حديثه لا يقاوم صريح عموم حديث عبد الله ابن عباس والأحاديث الأخرى، هذا إلى جانب ما قد قاله الجمهور عن حديث ابن عباس مما ذكرناه آنفاً⁽⁷⁵⁾ .

2. أم حجتهم العقلية بأن من قال أنت طالق فقد بانته منه فصادفها قوله ثلاثاً وهي خلية، فيرده أن الطلاق لا يقع بمجرد التلفظ به بل باللفظ مع النية، فالطلاق يقع بمجموع ما قد اعتزم الزوج النطق به من الجملة الكاملة، وبهذا يظهر أن تحليلهم هذا تحليل عقلي لا يستند إلى قاعدة فقهية أو أي دليل فقهي.

النقطة الثانية: الترجيح:-

لعلك تلاحظ وللوهلة الأولى أن ما يحتاج إلى تأمل وتدبر فيه لمعرفة الراجح هو مذهب الجمهور الذي يقضي بأن الطلاق الثلاث يقع ثلاثاً، ومذهب ابن تيمية وابن القيم اللذان يريان بأنه لا يقع بها إلا واحدة، أما ماعدا ذلك فهي آراء محجوجة بالأدلة الواضحة، كما أن معتمدها عقلي نظري أكثر من كونه قائماً على أدلة نقلية أو أصولية.

(72) المطى، العاشر، ص: 167.

(73) في المسألة خلاف بين علماء الأصول فلتراجع في ذلك كتب أصول الفقه لمن أراد الاستزادة.

(74) راجع في ذلك أيضاً كتب الأصول كالمستصفي من علم الأصول، وإرشاد الفحول، وأصول البيهقي، وشرحه كشف الأسرار.

(75) سبل السلام، 273/3.

وإذا تأملنا في مذهبي الجمهور وابن تيمية أمكننا تسجيل النقاط التالية:

أولاً: للجمهور في الموضوع ثمانية أحاديث منها اثنان يحتملان خلاف المدعى، وهما حديث فاطمة بنت قيس، وحديث زوج رفاعة القرظي، وواحد رد بالضعف لوجود يحيى بن العلاء فيه، وخمسة سلمت عن المعارضة ولم يوجد ما يبطل من دلالتها على المدعى.

وللمذهب الثاني ثلاثة أدلة أهمها حديث ابن عباس، والدليلان الآخران أية الطلاق، وحديث ركانة من الطريق الذي رواه أحمد، ورأينا أن الآية لا تدل على المدعى، وحديث ركانة ضعيف جداً.

ثانياً: لو تأملت حديث ابن عباس: كان الطلاق... إلخ، وكيفية إفادة مذهب ابن تيمية منه وكيفية فهم الجمهور له، أدركت أنه لا يصح تفسيره بما فسره به ابن تيمية وتلميذه؛ وذلك لأن في هذا التفسير ما يوجب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد خالف نصاً في كتاب الله وأحاديث ثابتة في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، لسبب واحد وهو أنه رأى أن في ذلك ما يحقق مصلحة للناس، أي فهو قد قدم المصلحة على مقتضى النصوص الصريحة.

وهذا فيما نعلم لم يقل به أحد من الناس⁽⁷⁶⁾، بل الجميع على أنه فسق وخروج على الجادة وإبطال لشرع الله بالوهم والابتداع.

وهذا الفهم الذي فهمه ابن تيمية يتنافى مع ما عهد عن عمر من كيفية اجتهاده وموقفه من النصوص، وهو مبسوط في الكتب فليراجع لمن لحقه شك في ذلك.

وعندي أن لفظ "الثلاث" الوارد في حديث ابن عباس هذا أن "ال" فيه يراد بها العهد الذهني، أي يقصد بالثلاث ما هو حادث عند الناس؛ فهو قد أنكر شيوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد في عهد النبي وأبي بكر وصدراً من خلافة عمر دون أن ينفي وقوع الحكم، فهناك أمر منفي وهو شيوع الوقوع، وهذا لا يلزم منه نفي الحكم. فعدم شيوع الوقوع في السابق لا يلزم منه تغيير الأصل الشرعي.

ثالثاً: - لقد كان من أدلة الجمهور ما رواه مسلم عن نافع عن ابن عمر أنه كان إذا سئل عن الطلاق في الحيض قال لأحدهم: أما أنت طلقت امرأتك مرة أو مرتين فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني بهذا، وإن طلقت ثلاثاً فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجاً غيرك وعصيت الله فيما أمرك من طلاق امرأتك. فماذا يرد المخالفون على هذا الحديث، ولم نجد لهم رداً.

من تأمل النقاط الثلاث يتضح لك أيها المنصف رجحان مذهب الجمهور وأنه الحق الذي يوافق صريح الكتاب وصحيح السنة، وأنه لا يدخل النقيصة على أمير المؤمنين وأحد العشرة المبشرين جعلنا الله لهم تابعين ولآثارهم مقتفين.

(76) لو استثنينا من ذلك شذوذ نجم الدين الطوفي فهو غير معتبر وليراجع في ذلك رسالة المصلحة عند الطوفي، جمال شلابي، كلية القانون، جامعة قارون.

الخاتمة

خلصنا فيما سبق إلى ترجيح رأي جمهور أهل العلم الذي يقضي بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع ثلاثاً، وذلك لقوة وملاءمة ما استندوا عليه من حجج ولعدم صمود أدلة الخصم أمام اعتراضات الجمهور.

ومع هذا فإننا نجد أن المشرع الليبي ضارباً برأي الجمهور عرض الحائط قد نص في المادة رقم (33 ف.د) من القانون رقم 10 لسنة 1984 م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وأثارهما على أنه "لا يقع الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة، أو كتابة إلا واحدة رجعية ما لم تكن مكملة للثلاث"، وبهذا يكون القانون قد أخذ برأي ابن تيمية و تلميذه ابن القيم.

ولقد حاول البعض إيجاد تبرير لمسلك المشرع الليبي بأن فيه تيسيراً على الناس، وصوناً للرابطة الزوجية، وحماية لمصلحة الأولاد، خصوصاً وأن الورع و الاحتياط قد قل عند الناس، وأنهم قد تساهلوا في التلفظ بهذه الصيغة من الطلاق، وهم يقصدون غالباً التهديد والزجر⁽⁷⁷⁾.

ونحن لا نقول بأن في التيسير على الناس عيب بل هو أساس من أسس التشريع الإسلامي، فما جاء الدين إلا للتيسير ورفع الحرج والمشقة، و نصوص القرآن و السنة فيها ما يدل على ذلك، ولكن المشكلة ينبغي ألا تغير من الأصل الشرعي للمسألة.

فليس في الأخذ برأي ابن تيمية صوناً للرابطة الزوجية بل أن فيه إهداراً لها بأ يجعل من العلاقة بين الرجل و المرأة سفاهاً بدل كونها نكاحاً . فالشارع الحكيم قد تشدد في الأبضاع و بين أن الأصل فيها الحرمة، والأولى التشديد على من قل ورعه و رق دينه لا أن يترك له الحبل على الغارب، وهذا من حسن السياسة الشرعية.

زد على ذلك أن جمهور العلماء و فيهم شيخ الإسلام و تلميذه ابن القيم، يتفقون على أنه لا يجوز للحاكم أو ولي الأمر أن يلتزم الرأي الشاذ، وهو الذي يخالف فيه صاحبه جمهور أهل العلم⁽⁷⁸⁾.

فالمشرع الليبي بتبنيه لهذا الرأي قد التزم رأياً شاذاً، وهو في ذات الوقت لا يحقق مصلحة للناس، بل الأمر الآخر الذي يحمل على الدهشة هو أن جانباً كبيراً من الفقهاء في ليبيا لم يلتزم في فتواه بنص المادة (33.ف.د) أنفة الذكر، وهذه إشكالية أخرى نتجت عن تبني المشرع لهذا الرأي.

ولن تزول هذه الإشكاليات إلا بتدخل تشريعي تعدل فيه هذه المادة بما يتفق ورأي جمهور أهل العلم في المسألة.

(77) الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، عبد السلام الشريف العالم.

(78) من هؤلاء العلماء أستاذنا الدكتور سليمان محمد الجروشي، رحمه الله تعالى.

ثبت المراجع

أولاً : كتب التفسير :-

1. أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص، دار الكتاب العربي، بيروت.
2. البحر المحيط في التفسير، محمد بن يوسف بن علي، تحقيق صدقي محمد جميل، دار الفكر، بيروت، ط1420هـ.
3. جامع البيان في تفسير القرآن، محمد بن جرير الطبري، دار المعرفة للطباعة، بيروت، ط3، سنة 1978ف.
4. الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد القرطبي، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، 1976ف.

ثانياً : كتب الحديث :-

1. الجامع الصحيح، مسلم بن الحجاج، المكتب التجاري للطباعة و النشر.
2. سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث، تعليق عزت عبيد الدعاس، نشر و توزيع محمد علي السيد، حمص ط1، سنة 1970 .
3. سنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي، تعليق عزت الدعاس، مطبعة الأندلس، ط1، سنة 1966ف.
4. سنن الدارقطني، علي بن عمر بن أحمد، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، ص2004م.
5. سنن النسائي، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي و حاشية الإمام السندي، دار الثقافة بيروت.
6. صحيح البخاري، محمد إسماعيل بن إبراهيم، مطابع الشعب.
7. فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر، دار المعرفة، بيروت، ط1379هـ.
8. مختصر سنن أبي داود، الحافظ المنذري، تحقيق أحمد محمد شاکر و محمد حامد الفقهي، مطبعة أنصار السنة المحمدية، مصر، سنة 1949ف.
9. مسند الإمام أحمد بن محمد بن حنبل، المكتب الإسلامي للطباعة و النشر، بيروت.

ثالثاً: كتب الأصول :-

1. ضوابط المصلحة في الشريعة، د.محمد سعيد رمضان البوطي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، سنة1997ف.

رابعاً: كتب الفقه :-

1. أعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر ط1، 1955ف.
2. الأم، محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق د. رفعت فوزي، دار الوفاء، مصر، ط1، سنة 2001ف.
3. إيضاح الفوائد في شرح القواعد، محمد بن الحسن بن يوسف الحلبي، المطبعة العلمية قُم، ط1، 1389هـ.
4. تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي، المطبعة الأميرية، ط1، سنة 1313هـ.
5. دقائق أولى النهى في شرح المنتهى، منصور بن يونس البهوتي عالم الكتاب، بيروت.
6. الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، د. عبد السلام الشريف العالم، منشورات جامعة قاريونس.
7. سبل السلام، شرح بلوغ المرام، محمد بن اسماعيل الصنعاني، دار الجيل بيروت، لبنان.
8. فتح القدير، محمد بن عبد الواحد السيواسي، المطبعة الأميرية، مصر، سنة 1316هـ.
9. فقه الإمام جعفر الصادق، محمد جواد مغنية، دار العلم للملايين، ط1، سنة 1996ف.
10. قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، محمد بن أحمد بن جزى، دار العلم للملايين، بيروت.
11. مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، مطبعة كردستان العلمية، مصر، سنة 1328هـ.
12. محاضرات في الفقه المقارن، د. محمد سعيد رمضان البوطي، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط2، 2002.
13. المحلى بالآثار شرح كتاب المجلى، علي بن أحمد بن حزم، دار الجيل ودار الآفاق، بيروت.
14. المدونة الكبرى، للشيخ أبي غانم الخرساني، دار اليقظة العربية، سوريا، سنة 1974ف.
15. المغني، لابن قدامة المقدسي، مكتبة الجمهورية، مصر.
16. مغني المحتاج إلى حل ألفاظ المنهاج، للخطيب الشربيني.
17. المنتقى، شرح الموطأ، [أي الوليد سليمان بن خلف، مطبعة السعادة، مصر، ط1، سنة 1332هـ.

خامساً: كتب الجرح والتعديل :-

1. تقريب التهذيب، أحمد بن علي بن حجر، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1975ف.
2. ميزان الاعتدال في نقد الرجال، محمد بن أحمد عثمان الذهبي، تحقيق محمد علي الجاوي، دار المعرفة، بيروت.

الطبيعة القانونية لشرط المصلحة في دعوى الإلغاء (دراسة مقارنة)

د.عاشور سليمان شوايل
عضو هيئة تدريس بقسم القانون العام
كلية القانون – جامعة بنغازي

تمهيد :

دعوى الألغاء كأي دعوى قضائية أخرى، عندما تعرض على القاضي الإداري تمر بثلاث مراحل أساسية : مرحلة الأختصاص ومرحلة القبول ومرحلة الفصل في الموضوع . بعد أن تتحقق دوائر القضاء الإداري، بأن أحد أطراف الدعوى جهة عامة، والعمل الذي صدر عنها ليس عملاً تشريعياً أو قضائياً، وأنها قد تصرفت بمناسبته كسلطة عامة¹، وليس كفرد عادي، وأن القرار المطعون فيه تختص بإلغائه قبل أن تتصدى لموضوع الدعوى، للمرحلة الثانية وهي التحقق من توافر الشروط اللازمة لقبول الدعوى، مجتمعة وإلا أمتنع على القاضي النظر في موضوع الدعوى فشرط قبول الدعوى، أذن هي مقتضيات أولية يجب توافرها حتى يمكن فحص موضوعها².

والقواعد العامة في الخصومة القضائية تتطلب عدة شروط لقبول دعوى الإلغاء، ومنها تمتع الخصوم بالأهلية القانونية في المخاصمة³، وثبوت الصفة في من يرفع الدعوى ومن ترفع عليه بالإضافة لضرورة توافر المصلحة في رفعها وتأسيساً على ما تقدم نقسم دراستنا إلى مبحثين على النحو التالي:-

الأول :

دعوى الألغاء وشروط المصلحة

الثاني :

الطبيعة القانونية لشرط المصلحة

¹ - أنظر عبدالفتاح حسن- قضاء الإلغاء- مكتبة الجلاء الجديدة- المنصورة- سنة 1982م-ص137.
² - أنظر د. محمد عبدالله الحراري- الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي (رقابة دوائر القضاء الإداري)- منشورات مجمع الفاتح للجامعات- سنة 1990م-ص142- راجع في نفس المعنى أ.د عمر محمد السيوي- الوجيز في القضاء الإداري- منشورات مكتبة الفضيل سنة 2013-ص176 وما بعدها.

³ - يتفق حكم الأهلية القضائين العادي و الإداري حيث ينظر إليها على أنها ليست شرطاً من شروط قبول الدعوى و إنما لصحة إجراءات الخصومة، وعلى ذلك إذا بوشرت الخصومة، ممن ليس أهلاً لها، فإن إجراءات الخصومة- دون تأثير على قبول الدعوى- تصبح قابلة للإبطال، ويراعى أن هذا البطلان لا يصح الإستناد إليه أو التمسك به، إلا من قبل من شرع لمصلحته وهذا ما اكدته المحكمة الإدارية العليا مصر حيث قضت " ... الأهلية ليست شرطاً لقبول الدعوى و إنما هي شرط لصحة إجراءات الخصومة فإذا باشر الدعوى من ليس أهلاً لمباشرتها كانت دعواه مقبولة و لكن إجراءات الخصومة فيها هي التي يمكن أن يلحقها البطلان... " - راجع في ذلك المحكمة الإدارية العليا- في 21-4-1972م (18) ص80.

المبحث الأول

دعوى الإلغاء وشروط المصلحة

تمهيد :

أصبح لدعوى الإلغاء أهمية كبرى، كونها وسيلة مقررة للأفراد لمواجهة عسف الإدارة عند تجاوزها مبدأ المشروعية، في تصرفاتها القانونية. وبالتالي تعد دعوى الإلغاء من أهم صور الحماية التي يوفرها المشرع للأفراد للذود عن حقوقهم وإبعاد المخاطر عن حرياتهم. والمكانة التي تحتلها تلك الدعوى ترتكز أساساً على اثرها الحاسم والذي يعنى – حال قبولها – محو القرار الإداري بأثر رجعي بالنسبة للكافة.

ودعوى الإلغاء دعوى لها طبيعة خاصة، تتفق وتختلف مع الدعاوى القضائية الأخرى، في شروط القبول << les conditions de recevabilite >> ومن أهم هذه الشروط شرط المصلحة الشخصية المباشرة⁴، في رافع الدعوى نوضح ذلك بمطلبين على النحو التالي :-

الأول /

مضمون دعوى الإلغاء

الثاني /

شرط المصلحة في دعوى الإلغاء

المطلب الأول

مضمون دعوى الإلغاء

دعوى الإلغاء هي الدعوة التي يرفعها ذوى الشأن، إلى دائرة القضاء الإداري مطالبين فيها بإلغاء، قرار إداري مخالف للقواعد القانونية النافذة،⁵ "أى لمبدأ المشروعية" –وكاصل عام تدخل دعوى الإلغاء في الأختصاص المانع لدوائر القضاء الإداري بمحاكم الأستئناف فى ليبيا وليس لأى محكمة أخرى حق الفصل فيها.⁶

وتختصم دعوى الإلغاء بالضرورة، قرارا إداريا⁷، وتستهدف أستصدار حكم بإلغائه كلياً أو جزئياً⁸. وكافة إجراءاتها تدور حول فحص هذا الطلب للتحقق من مدى سلامة القرار محل الطعن من الناحية القانونية، فدعوى الإلغاء دائماً دعوى مشروعية. وقاضى الإلغاء دائماً قاضى مشروعية. فهو يبحث فى صحة تطبيق القانون وهذا يعنى :

⁴- نصت المادة السادسة من القانون رقم 88 سنة 1971م على " ... لاتقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية مباشرة".

⁵- راجع أ.د عمر السيوى- المرجع السابق ص175 و كذلك أ.د محمد الحرارى- المرجع السابق- ص137

⁶- راجع المادة الثانية من القانون رقم 88 سنة 1971م بشأن القضاء الإداري.

⁷- ذهب رأي للفقه الفرنسي إلى أن دعوى الإلغاء ليست دعوى بين أطراف ولكنها دعوى موجهة ضد قرار و أنه إذا كان هناك مدعى فى إجراءات دعوى الإلغاء فإنه لا يوجد بالمعنى الدقيق للكلمة مدعى عليه، ونظراً لعدم وجود مدعى عليه، فإنه يوجد مدافعين عديدين عن القرار- راجع Laferriere فى مقدمة مطول القضاء الإداري- الجزء الثاني- ص561 وما بعدها

⁸- وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن " دعوى الإلغاء دعوى موجهة ضد قرار و ليست دعوى ضد طرفين" - راجع- حكم مجلس الدولة الفرنسي فى 19 أبريل سنة 1950 De villele المجموعة ص214

- 1- أن دوره يقتصر على المقابلة بين القرار المطعون فيه بالإلغاء والقواعد التي تحكمه .
- 2- أنه لا يعقب على نشاط جهة الإدارة حيث لا يخضع هذا النشاط لقواعد قانونية .
- 3- أنه إذا كان يتناول الوقائع بالفحص والتحقيق. فليس ذلك إلا لكي يستطيع أن يفصل في مشروعية القرار.

فلا نخلط أذن بين النشاط المقيد الذي تخضع فيه الإدارة لقواعد قانونية والذي يراقبه قاضي الإلغاء، ونشاطها الذي يخضع لسلطتها التقديرية والذي تزن وحدها مدى ملاءمته. ولا تخضع فيه لرقابة القاضي الإداري، فهو قاضي المشروعية وليس قاضي الملائمة. ولكن يجب أن نعلم في المقابل أن أي نشاط إداري، مهما اتسعت فيه السلطة التقديرية للإدارة، لا بد وأن يخضع كحد أدنى لقاعدة أساسية واحدة، وهي وجوب استهداف الإدارة في نشاطها للمصالح العام وقاعدة تخصيص الأهداف.⁹

أذا دعوى الإلغاء، هي دعوى قضائية تهدف إلى إلغاء بواسطة القاضي الإداري، قراراً غير مشروع صادراً من سلطة إدارية.¹⁰ كما عرفت بإنها دعوى قضائية تمكن لكل ذي شأن أن يطلب من القاضي الإداري تقريراً أن القرار الإداري غير مشروع، وان يحكم ببطلانه.¹¹

ودعوى الإلغاء، تعرف بالقضاء العيني أو الموضوعي، وليس بالقضاء الشخصي، لأنه يتعلق بفحص مدى مشروعية القرار المطعون فيه دون النظر إلى الحقوق الشخصية لرافع الدعوى، ويهدف إلى إلغاء القرار الإداري المعيب وإزالة كل أثر له، دون أن يتجاوز هذا النطاق.¹²

ومن هذا المنطلق تتوزع الدعاوى الإدارية إلى مجموعتين : القضاء الموضوعي والقضاء الشخصي.¹³

- القضاء الموضوعي :

محور دعاوى هذا القضاء البحث في مخالفة العمل المطعون عليه للقانون، ومساس تلك المخالفة بمركز قانوني عام أو موضوعي إى يتوحد مضمونه لجميع شاغليه. وابرز نماذج هذا القضاء دعاوى تجاوز السلطة.¹⁴

⁹ - راجع مقالتنا - بعنوان - عيب الإنحراف بالسلطة و قاعدة تخصيص الأهداف- مجلة دراسات قانونية- منشورات جامعة بنغازي- كلية الحقوق- العدد التاسع عشر، يناير 2016م-ص142-وما بعدها.

¹⁰ - راجع- د. محمد عبدالسلام مخلص- نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء- دار الفكر العربي- دون سنة- ص78

¹¹ - راجع-precis de dr. Adminis .T. rivero- الطبعة الرابعة ص218. مشار له لدى د. محمد عبدالسلام مخلص- المرجع السابق.

¹² - انظر- د. يحيى رمضان العريفي- الضمانات التأديبية المقررة للموظف العام في التشريع المصري و الليبي " دراسة مقارنة مع التطبيق على رجال الشرطة" رسالة دكتوراة- كلية الحقوق- جامعة عين شمس سنة 2016 ص.477

¹³ - أبتدع هذا التقسيم الفقيه(duguit)- راجع أفكاره في:

Traite de droit constitutionnel, T.2.1928.p.458 et ss{ La juridiction subjective}, p475.et ss(La juridiction objective)

¹⁴ - راجع في نفس المعنى أ.د عمر السيوي- المرجع السابق- ص168 وما بعدها.

- القضاء الشخصي :

دائماً محل القضاء الشخصي المنازعة حول حق شخصي يستند إلى مركز قانوني ذاتي، وهو مركز تتباين أحكامه من حالة لأخرى.

وعلى القاضي أن يبحث بداية وجود الحق، ليكشف- حال إقراره- عن مداه ونطاقه. وتعد منازعات العقود ودعاوى الاستحقاق والتعويض أكثر دعاوى القضاء الشخصي.¹⁵

نستخلص مما تقدم أن دعوى الإلغاء تتميز عن غيرها من الطعون ببعض الصفات وهي:

- 1- أن دعوى الإلغاء طعن قضائي.¹⁶
 - 2- أن دعوى الإلغاء طعن يتعلق بالنظام العام، مما يترتب على ذلك ثلاث نتائج وهي/
 - الأولى: عدم أستبعاد دعوى الإلغاء إلا بنص قانوني صريح.
 - الثانية: لا يجوز التنازل سلفاً عن اللجوء على الطعن بالإلغاء، فمثل هذا التنازل سيكون باطلاً ولا أثر له.¹⁷
 - الثالثة: تنازل من صدر لصالحه الحكم بالإلغاء لا يبعث الحياة في القرار الباطل.¹⁸
- وبعد أن دونا مضمون دعوى الإلغاء بهذا المطلب ندرس بالمطلب التالي شرط الصفة والمصلحة في دعوى الإلغاء .

المطلب الثاني**شروط المصلحة في دعوى الإلغاء**

القواعد العامة في الخصومة القضائية، تتطلب ضرورة توافر شروط معينة لقبول الدعوى، ومن أهمها تمتع الخصوم بالأهلية القانونية في المخاصمة، وثبوت الصفة في رافع الدعوى ومن ترفع عليه، مع ضرورة توافر المصلحة في رفعها،¹⁹ وأنه لا دعوى بغير مصلحة، وتسري هذه القاعدة في مجال القضاء العادي ومجال القضاء الإداري. ففي مجال القضاء العادي نص المشرع في قانون المرافعات المدنية على أنه ".... لا يقبل أى طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون".²⁰

¹⁵- يعتبر قضاء الإلغاء من القضاء الموضوعي و القضاء الكامل من القضاء الشخصي.
¹⁶- مرت دعوى الإلغاء بعدة مراحل اثناء تطورها- فقبل عام 1872م كانت دعوى الإلغاء بمثابة طعن إداري، سواء نظرته السلطات الرئاسية أو مجلس الدولة الذي كانت قراراته معلقة على تصديق رئيس الدولة، ولم يكتسب الطعن بالإلغاء الطبيعة القضائية، إلا حيناً أصبحت أحكام القاضي الإداري نهائية لا تحتاج لتصديق أحد، وهو ما قرره قانون 24 مايو 1872م.
¹⁷- راجع :

V.ce .19 nov. 1955. Andreani, Rec.P.55/.

¹⁸- راجع :

C.E. 13 juill .1967, Ecole privee de filles de prandelles, R.D.P. 1967 .P./205 note waline.

و راجع شئ من التفصيل- أ.د عمر السيوي- المرجع السابق ص170 وما بعدها.
¹⁹- القاعدة ان المصلحة مناط الدعوى، فهناك من يرى في ذلك أن المصلحة هي شرط وجود الحق في الدعوى وبهذا تفهم باعتبارها اساس الدعوى- راجع- د. محمد عبدالسلام مخلص- المرجع السابق- ص24 وما بعدها، وراجع في نفس المعنى أ.د عمر السيوي- المرجع السابق- ص192.
²⁰- راجع- د أحمد عمر بوزقية- قانون المرافعات (دروس موجزة لطلاب لقانون- الجزء الأول- الطبعة الثانية- بنغازي- منشورات جامعة قاريونس- دون سنة- ص132. وأنظر د الكوني على أعبود (قانون علم القضاء- الجزء الثاني) النشاط القضائي- (الخصومة القضائية والعريضة)- الطبعة الثانية- دون ناشر- سنة 2003- ص33.

وفي مجال القضاء الإداري، نص المشرع الليبي في المادة السادسة من قانون القضاء الإداري رقم (88) لسنة 1971م على أنه "..... لا تقبل الدعوى المقدمة من أشخاص ليست لهم مصلحة شخصية...."، وهذا ما أكدته المحكمة العليا حيث قضت "..... يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن تتوافر في المدعى الأهلية القانونية للتقاضى، وأن يكون له مصلحة مباشرة وشخصية في إلغاء القرار المطعون فيه بمعنى أن يكون القرار قد أحدث تغييراً في الأوضاع القانونية السابقة من شأنه أن يمس مصالح المدعى".²¹

وهذا مانص عليه أيضاً المشرع المصري في قانون مجلس الدولة، منذ نشأته سنة 1946م بضرورة وجود المصلحة، لرفع الدعوى، أمامه سواء كانت دعوى إلغاء أو تعويض، وأكد على الأخذ بهذا الشرط في كل القوانين اللاحقة والمعدلة حتى القانون الحالي رقم 47 لسنة 1972م في المادة 1/12.²²

وفي إطار معالجة ضابط المقصود بالمصلحة، لقبول دعوى الإلغاء، غالباً ما تقابل تعبير الصفة، ونصدم بإصطلاح الأهلية، وهذا التداخل بين المصطلحات يتطلب تحديد مفهوم الصفة، ومفهوم الأهلية قبل تناول شرط المصلحة وفق الآتي:-

- أولاً:- شرط الصفة :-

يرى البعض أن الصفة تختلف عن المصلحة، فالصفة هي السلطة أو أهلية مباشرة واستعمال الدعوى، أما المصلحة فهي الحاجة لحماية القانون لحق من الحقوق، وتوجد المصلحة في دعوى الإلغاء بمجرد المساس بالقرار المطعون فيه بمصلحة مادية أو أدبية للطاعن، وهناك من يرى أن المصلحة والصفة والأهلية والحق هي شروط لقبول الدعوى، فهناك فرق بين الصفة والمصلحة بالنظر إلى المصلحة باعتبارها الحاجة إلى حماية القانون لحق من الحقوق، في حين أن الصفة هي السلطة أو أهلية مباشرة واستعمال الدعوى، فالصفة في رأى بعض الفقهاء هي شرط لازم ومستقل عن شرط المصلحة، وأنه إذا لم يكن لرافع الدعوى صفة فإنها تكون غير مقبولة، ويجوز أبداء هذا الدفع في أي حال تكون عليها الدعوى.²³

تبني بعض فقهاء القانون العام الاتجاه السابق، فيما يتعلق بدعوى الإلغاء، في القضاء الإداري- وكان رأيهم يقوم على أن الصفة شرط مستقل عن شرط المصلحة، وأن رافع دعوى الإلغاء يجب أن تكون له صفة رفعها إلى جانب توافر المصلحة في ذلك فإذا انتفت الصفة تكون الدعوى غير مقبولة فالصفة شرط لمباشرة الدعوى أمام القضاء والاستمرار فيها.²⁴

إلا أن جانب كبير من فقهاء القانون العام وكذلك القضاء المصري، يؤكد أن الصفة في دعوى الإلغاء، تندمج في المصلحة، وبالتالي يكون لكل صاحب مصلحة، له صفة في رفع دعوى الإلغاء وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري، حيث قضت أن "القضاء الإداري قد أستقر على شرط الصفة

²¹- أنظر حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 11/13- مجلة المحكمة العليا- يوليو 1956- ص 10.

²²- أنظر أ.د ربيع أنور فتح الباب- القضاء الإداري (قضاء الإلغاء)- دون ناشر- 2015م- ص 132

²³- المرجع السابق- ص 135.

²⁴- راجع ذلك- د. فؤاد العطار- القضاء الإداري- دار النهضة سنة 1968م- ص 542

في دعوي الإلغاء أما يندمج في شرط المصلحة²⁵ وبالتالي فإن شرط الصفة في الدعوي ينصرف إلى اصحاب الحماية القانونية المطلوبة، سواء هموا بأنفسهم إلى رفع الدعوي، في الأحوال التي يحق لهم قانوناً ذلك، أو أن يتم ذلك عن طريق من أنيط بهم ذلك للنيابة عنهم وتمثيلهم أمام القضاء، مما يتطلب معه بضرورة توافر شرط الصفة في الدعوي بحسابه تجسيدا لحق اللجوء إلى القضاء، ومنح الحماية القانونية المطلوبة لأصحاب الشأن.²⁶

- ثانياً :- شرط الأهلية :-

يتفق القضاء العادي والقضاء الإداري، على أن الأهلية ليست شرطاً من شروط قبول الدعوي وإنما لصحة إجراءات الخصومة.²⁷

وبالتالي فالدعوي المقامة مباشرة من ناقص الأهلية أو فاقدها تعد باطلاً من الناحية الإجرائية لإفتقاده أهلية التقاضي بأسمه، رغم توفر شرط الصفة لديه في طلب الحماية القضائية، فيما لو تم رفع هذه الدعوي بواسطة وليه أو القيم عليه أو الوصي عنه، وهنا يبرز الفارق بين الصفة كشرط لقبول الدعوي وبين أهلية التقاضي كشرط لصحة إجراءات الخصومة.²⁸

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن " الأهلية ليست شرطاً لقبول الدعوي وإنما هي شرط لصحة إجراءات الخصومة فإذا باشر الدعوي، من ليس أهلاً لمباشرتها كانت دعواه مقبولة ولكن إجراءات الخصومة فيها هي التي يمكن أن يلحقها البطلان".²⁹ وبعد هذا التوضيح نلقي الضوء على شرط المصلحة.

- ثالثاً : مفهوم المصلحة في دعوي الإلغاء :

تعرف المصلحة، بأنها الفائدة القانونية التي يسعى المدعي إلى تحقيقها في الدعوي التي يقيمها، وقد تتمثل المصلحة في حماية حق أو في الحصول على تعويض مادي أو أدبي، إذا توافرت الأسباب القانونية. أما المصلحة كشرط لقبول دعوي الإلغاء، فتعني أن يكون رافع الدعوي في حالة قانونية خاصة، بالنسبة للقرار المطعون فيه من شأنها أن تجعله مؤثراً تأثيراً مباشراً في مصلحة شخصية له، وإلا كانت الدعوي غير مقبولة،³⁰ وذلك مانصت عليه المادة السادسة من القانون 1971/88م بشأن القضاء الإداري الليبي والذي نص " إذا تخلف شرط المصلحة ترتب على ذلك عدم قبول الدعوي..... سواء كانت الدعوي مرفوعة من شخص طبيعي أو شخص معنوي....."³¹ إذا وفقاً

²⁵ - أنظر حكم محكمة القضاء الإداري- في 27-2-1958م- راجع هذا الحكم وراء أخرى- لدى د. فتحي فخري- وجيز دعوي الألغاء- طبقاً لأحكام القضاء- 2003-2004ص130 ومابعدها- وراجع في ذلك د. عمر السيوي- المرجع السابق-ص194- والذي يؤكد الاتجاه الفقهي الذي يؤيد اختلاف المصلحة عن الفقهي دعوي الألغاء.

²⁶ - راجع مستشار دكتور-خليفة سالم الجهمي-دراسات في القانون العام- "بحوث وتعليقات-الصفة والمصلحة في دعوي الألغاء- منشورات مكتبة الفضيل-ص170.

²⁷ - راجع د.فتحي فكري- المرجع السابق- ص133ومابعدها. وراجع أحمد السيد الصاوي- شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية- دون ناشر- سنة1994م- ص174. راجع- مستشار د. خليفة سالم الجهمي- المرجع السابق-ص170.

²⁸ - أنظر- حكم المحكمة الإدارية العليا- في حكمها 21-1973م- (م18)- ص80. أنظر- د. عمر محمد السيوي- المرجع السابق-ص193.

²⁹ - وهذا ما أكده المشرع المصري في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة منذ نشأته بالقانون 112 سنة1946 وكل القوانين اللاحقة والمعدلة حتى القانون الحالي رقم(47) لسنة1972م- راجع د ربيع أنور فتح الباب- المرجع السابق-ص132.

³⁰ - راجع د محمد عبدالسلام مخلص- المرجع السابق- ص24ومابعدها.

J.C.A. George,Liet-Veaux - 650- طبعة 1976م مشار له لدى الدكتور محمد عبدالسلام مخلص- مرجع سابق ص 121.

³¹ - في تعريف المصلحة المعقولة- أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 10 يوليو 1954م- المجموعة - ص478- مشار إليه لدى Dr .admis "vedel" - طبعة1968- ص502- وراجع في نفس المعنى- د محمد عبدالسلام مخلص- المرجع السابق- يشير لعدة أحكام لمجلس الدولة الفرنسي بالخصوص.

للقاعدة القديمة " لادعوى بلا مصلحة " " pas d,interet pas d,action " ، وتعنى هذه القاعدة، أن المصلحة أساس الدعوى، طبقاً للرأى الغالب من الفقه، وهى السبب الوحيد المؤثر، كما تفهم بإعتبارها إحدى الشروط التى يتعين توافرها فى شخص المدعى، حتى تقبل مطالبته، ووفقاً لذلك فكل دعوى تؤسس على المصلحة بهذا المعنى فأنا نقول أن المصلحة مناط الدعوى " L'intererest la mesure de l.action " ومن ثم فإنه يجب أن تولد المصلحة حتى تولد الدعوى.³²

المبحث الثانى

ضابط المصلحة فى دعوى الإلغاء وغيرها من الدعاوى

تمهيد /

من خلال عرضنا السابق أكد المشرع والقضاء على ضرورة توافر المصلحة فى رافع دعوى إلغاء القرار الإداري، والمصلحة كشرط لقبول الدعوى، لا يشترط ان تقوم على حق أهدره القرار الإداري المطعون فيه، كما هو الحال فى دعوى التعويض، وإنما يكفي أن يمس القرار المطعون فيه حالة قانونية ما للطاعن، تجعل له مصلحة مادية، أو معنوية بإلغاء القرار محل دعوى الإلغاء، والمصلحة تحكمها عدة خصائص وشروط لتكون مقبولة، ندرسها بمطلبين على النحو التالي:-

الأول /

الأحكام العامة للمصلحة فى دعوى الألغاء

الثاني /

أوجه الاتفاق والاختلاف بين المصلحة فى دعوى الألغاء وغيرها من الدعاوى

المطلب الأول

الأحكام العامة للمصلحة فى دعوى الألغاء

بعض الفقه الفرنسي، يصف المصلحة بانها خاصة أو عامة، وفى داخل نطاق المصلحة الخاصة تنقسم المصلحة إلى فردية او جماعية.³³ إلا أن الوصف الأكثر استعمال، هو أن المصلحة، شخصية ومباشرة، حالة ومحتملة، قانونية ومعقولة، مادية أو ادبية، وتوصف بأنها فردية وجماعية، ندرسها بالتوالى :

أولاً: المصلحة قانونية ومعقولة:-

يجب أن يكون مركز الطاعن مشروع، فلا يجوز لشخص أن يطعن ويطلب بإحترام قواعد المشروعية، بينما محل طعنه غير مشروع. فإذا كان هناك مركز لاينطبق مع القانون وتساهلت جهة الإدارة فيه، فانه لا يكون على الرغم من ذلك مصلحة قابلة للدفاع عنها بطريق دعوى الإلغاء.³⁴

وبمعنى آخر، أنه يجب أن تكون المصلحة مشروعة، يقرها القانون، بحيث يكون الطاعن فى مركز قانوني مشروع غير مخالف للقانون أو النظام العام، أو الأداب العامة، أي يجب أن تتفق المصلحة الشخصية للطاعن، مع المصالح التى يحميها القانون، وإلا أصبحت الدعوى غير مقبولة لقيامها على مصلحة لا يقرها القانون.

ثانياً: المصلحة الشخصية المباشرة:-

³²- راجع V.R.ALIBERT, lecontrôle de l'administration, 1923,p.96.

³³- أنظر فى ذلك- د محمد عبدالسلام مخلص- المرجع السابق-ص123.

³⁴- راجع حكم sieur Romani فى 26-2-1965م.

المصلحة المبررة لرفع دعوي الإلغاء، يجب أن تكون شخصية ومباشرة، أو بمعنى آخر أكثر دقة من الضروري أن يكون هناك ارتباط بين الطاعن، والقرار محل الطعن، بحيث يعود القرار المطعون فيه، عليه بفائدة شخصية ما.³⁵

وتعنى المصلحة الشخصية: أن تكون مصلحة الطاعن على درجة معينة من التفريد "individualization" أى الخصوصية، بحيث لا تختلط بالمصلحة العامة. ويقصد بالمصلحة المباشرة: أن تكون محسوسة "saisissable" قائمة "actuel" مما يتطلب الأعتداء المباشر على المصلحة، حتي لا يقوم الطاعن بالدفاع عن مصلحة غير محددة، أو غير مباشرة، غامضة، وغير معروفة، قد يترتب عليها صدور حكم قضائي، من الممكن أن يضر مباشرة بمصالح الآخرين.³⁶ وتطبيقاً لذلك مجلس الدولة الفرنسي يستلزم دائماً الطابع المباشر للمساس بالمصلحة.³⁷

وأيضاً القضاء المصري الذي يشترط في رافع دعوي الإلغاء أن تكون له مصلحة شخصية ومباشرة، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "لايلزم لقبول دعوي الإلغاء أن يكون المدعى ذا حق مسه القرار المطعون فيه- بل يكفي أن تكون له مصلحة شخصية مباشرة- مادية كانت أو أدبية- في طلب الإلغاء بأن يكون في حالة قانونية خاصة بالنسبة الى القرار من شأنها أن تجعله يؤثر فيها تأثيراً مباشراً"³⁸.

وفي نفس السياق قضت المحكمة العليا الليبية" بأنه لايلزم في دعوي الإلغاء أن تستند الى حق كما هو الشأن في الدعوي المدنية، وإنما يكفي ان يكون لرافعها مصلحة شخصية مباشرة، وبأن يكون في حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار الإداري من شأنها ان تجعله يؤثر فيها تأثيراً مباشراً"³⁹.

ايضاً المشرع الليبي في القانون رقم 1971/88م بشأن القضاء الإداري، في المادة السادسة أكد" على انه لا تقبل الطلبات من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية مباشرة"⁴⁰. وبالتالي أنتفاء شرط المصلحة الشخصية المباشرة يؤدي الى عدم قبول الدعوى.

ثالثاً: المصلحة المادية والأدبية:-

لاخلاف في أن المصلحة المادية تكفي لرفع دعوي الإلغاء، من يصدر قرار يفصله قد تضرر مادياً، والموظف المحال الى التقاعد يلحق به ضرر مادي، يتمثل في الفرق بين المرتب الذي كان يتقاضاه قبل إحالته للتقاعد وبعدها.⁴¹

³⁵- أنظر حكمها في الطعن رقم 1121 سنة 10ق- جلسة 23مارس سنة 1968 م- المجموعة- السنة الثالثة عشر-ص 718.

³⁶- أنظر حكمها في الطعن الإداري رقم 50/34ق- بتاريخ 25-12-2005م-غير منشور.

³⁷- "محكمة القضاء الإداري في مصر- رفضت قبول طعن في قرار ترقية- عندما تبين أن ترتيب المدعى لايسمح له بالترقية" راجع حكمها 4-1-1955 م(9)-ص 209.

³⁸- أنظر حكم محكمة القضاء الإداري في - 29-11-1951م- (6) ص 90- ومن القضاء الليبي راجع- حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري- 8/7- مجلة المحكمة العليا- السنة الأولى- العدد الأول- ص 23.

³⁹- أنظر أحكام محكمة القضاء الإداري في الأتي:- حكمها بتاريخ 18-1-1955م- (9)ص 243. حكمها بتاريخ 21-12-1955م- (10)ص 109.

⁴⁰- أنظر أحكام محكمة القضاء الإداري في 16-12-1952م- 7 - ص 147- وكذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في نفس المعنى في 18 ابريل سنة 1911م- المجموعة- 464- 'abbe' anselme.

⁴¹- راجع -Debbasch et Ricci, Contentieux administratif, 2001, p.767-

ولكن تمشياً مع سياسة التوسع في تفسير شرط المصلحة، قد قبل القضاء طلبات الإلغاء المستندة على مصالح أدبية، كطلب إلغاء قرارات نقل يدعى الطاعن أنها تنطوي على جزاءات تأديبية مقنعة، لما تحققه من أثر أدبي برفع وصمة الجزاء المسلكي لمن شملته هذه القرارات.⁴²

كما ان تعطيل الشعائر الدينية لطائفة معينة يوفر المصلحة الأدبية أو الروحية، الى المنتمين لهذه الطائفة، لإزالة القرارات التي تقف حجر عثرة أمام أداء شعائر ديانتهم.⁴³

والمصلحة الأدبية أو المعنوية لكي تستوي لمصلحة مبررة لدعوى الألغاء، ينبغي ان تكون شخصية ومباشرة، مثلها مثل المصلحة المادية.⁴⁴

رابعاً : المصلحة المحققة والمصلحة المحتملة :-

القضاء الإداري المصري، تبني في البداية ضرورة أن تكون المصلحة المحققة هي المبرر لرفع دعوى الألغاء، ولا تكفي في ذلك المصلحة المحتملة بالمستقبل.⁴⁵

إلا ان هذا الاتجاه بالقضاء المصري لم يستمر طويلاً، فسرعان ما أتجه الى أن المصلحة المحتملة تكفي لأستيفاء شرط المصلحة.⁴⁶

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري في مصر " بأن الموظف الذي يأمل في الترقية الى درجة معينة، مصلحة محتملة في الطعن على التعيينات التي تمت في هذه الدرجة.⁴⁷ ومن أحكام القضاء الليبي والتي تتفق تماماً مع القضاء المصري، حكم المحكمة العليا والتي قضت " ... لا يشترط لأستيفاء المصلحة في دعوى الإلغاء قرار إداري مطعون فيه أن يكون للمدعى مصلحة حالة من ورائه، بل يكفي أن تكون له مصلحة محتملة..."⁴⁸

وهكذا نري أن القضاء المصري والليبي وكذلك الفرنسي⁴⁹، على قبول دعاوى مستندة على مصالح محتملة.⁵⁰

⁴² - أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا- طعن إداري رقم 2/3 ق- القضاء الإداري والدستوري- الجزء الأول- ص56- وراجع في نفس المعنى- د فتحي فكري- المرجع السابق- ص144- وفي نفس المعنى راجع- د عمر السوي- المرجع السابق- ص203.

⁴³ - راجع- حكم محكمة القضاء الإداري- بتاريخ 16-2-1950م- (4)ص379.

⁴⁴ - راجع حكمها في- 27-2-1958م- 12-13- ص77.

⁴⁵ - أنظر حكمها في الطعن الإداري رقم 9/7 مجلة المحكمة العليا- السنة الأولى- العدد الثالث- ص7.

⁴⁶ - راجع من أحكام القضاء الفرنسي:-

-C.E.28 mai 1943.Baffleuf. Rec. p.135.

-C.E.dec.1980- pre'fet de l'Essone. Rec.p.462.

⁴⁷ - راجع د فتحي فكري- المرجع السابق- ص144- والذي أشار لأحكام القضاء الفرنسي منها :

-C.E.14 fev. 1958,Abisset.Rec.p.98.

⁴⁸ - راجع- 102-p(18)-op.cit,no(18)-synd.des patrons coiffeurs de Limoges,G.A.-C.E.28dec.1906.

⁴⁹ - أنظر محكمة القضاء الإداري بتاريخ 27-2-1954م- (8)- ص719.

⁵⁰ - أنظر محكمة القضاء الإداري بتاريخ 24-1-1952م- (6)- ص365.

خامساً : المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية:

إن إشتراط أن تكون المصلحة الشخصية، في دعو الإلغاء، لا تعني أن الدعوى لا تُقبل إلا من شخص واحد، وإنما تقبل من الجماعات المختلفة، وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي، الذي قبل دعوة إلغاء من نقابات وجمعيات فيما يتعلق بالطعن بالقرارات التي تمس الأهداف التي أنشئت من أجلها والأغراض التي تسعى إلى تحقيقها.⁵¹ وهكذا إعترف القضاء لوجود مصلحة خاصة بالشخص المعنوي مستقلة عن مصلحة الأعضاء المكونين له وتطبيقاً لذلك – محكمة القضاء الإداري في مصر قبلت دعوى مرفوعة من رابطة محصلي بلدية الإسكندرية للدفاع عن مصلحة مشتركة جماعية تتخلص في " المحافظه على حقوق المحصلين عامة، بأن تجري ترقياتهم على سند صحيح وفقاً للقانون، لينال كلاً منهم حظهم في الترقية "52. وأقرت المحكمة أيضاً بحق المنظمات النقابية في الطعن على المصالح الجماعية لأعضائها، وإذ تعلقت الدعوى " بفئة معينة من هؤلاء العاملين مادام إنها لا تقتصر على أشخاص معينين بذواتهم "53.

وهذه الحلول القضائية والتشريعية، تفرضها قواعد المنطق فالإعتراف بأن الشخص المعنوي له مصالح متميزه عن مصالح اعضاءه، يؤدي الى ضرورة إتاحة السبل أمامه للدفاع عن هذه المصالح من خلال مخاصمة القنوات التي تعوق بلوغه أهدافه .

وفي نفس السياق قررت – المحكمة العلية الليبية بقبول طعن مقدم من مجموعة من الصيادله بإلغاء قرارات إداريين يقضيان بالترخيص لشركتين إقتناء (أو تملك) الصيدليات و إدارتها حيث قضت المحكمة " بأن المدعين تجمعهم في هذا الطعن وحدة المصلحة في الدعوى التي تهدف الى مخاصمة قرار معين وجدو فيه مساساً بمصلحتهم الماثلة في المهنة التي ينتمون اليها جميعاً، مما يسوغ رفعهم دعوى واحدة ومن ثم يكون القول بعدم وجود رابطة تسوغ رفعهم دعوى واحدة دفعا في غير محله "54.

وبعد أن عرفنا إن المصلحة الشخصية المباشرة و القانونية، أو المشروعة ، اللازم توفرها للطعن بإلغاء القرارات الإدارية، يستوي ان تكون محققة أو محتملة، سواء كانت مادية أو أدبية أو روحية فردية أو جماعية، إذا أن هذه الأوصاف جميعاً ليس من شأنها ان تؤثر في شرط المصلحة الشخصية المباشرة في رفع دعوى الإلغاء .

⁵¹- راجع- حكمها في الطعن الإداري رقم 2/3ق(قضاء بتاريخ 28-11-1956م في (قضاء المحكمة العليا الإداري والدستوري ج 1 ص56)- وفي نفس المعنى- راجع حكمها في الطعن الإداري رقم 16/7ق- بتاريخ 22-3-1970م في المجموعة المفهرسة- ج1-المبادئ الإدارية والدستورية- ص183-رقم (152).

⁵²- أنظر د خليفة سالم الجهمي- المرجع السابق- ص189- وانظر د محمد الحراري- المرجع السابق- ص172 ومابعدها.

⁵³- راجع -C.E,30 nov.1956,Bakry Djibo,Rec.p.723.

⁵⁴- راجع ذلك وتفصيل أخري بالخصوص لدى- د ربيع أنور فتح الباب- المرجع السابق-ص 147 ومابعدها.

سادساً : وقت توافر شرط المصلحة :-

الأصل في قانون المرافعات، أن شرط المصلحة يجب توافره وقت رفع الدعوى و استمراره قائماً حتى صدور حكم فيها. وهو متفق عليه بالنسبة لكافة الدعاوي المدنية، وما شابهها من دعاوي الحقوق الشخصية.⁵⁵

ولكن في دعوى الإلغاء قد تتوافر وقت رفع الدعوى، و لكنها تزول اثناء نظرها، فهل يستمر القاضي في نظر الدعوى أم يقضى بعدم القبول؟.

مجلس الدولة الفرنسي يرى أن زوال المصلحة اثناء نظر الدعوى لا يؤدي الى عدم قبولها.⁵⁶ وفق هذا الحكم فإن القضاء الإداري الفرنسي استقر على ضرورة توافر المصلحة عند رفع الدعوى فقط. فلا يلزم إستمرارها أثناء نظرها و حتى الفصل فيها.⁵⁷ ومعنى ذلك أن الطعن في القرار الإداري بقصد إلغائه يكون مقبولاً إذا توافرت المصلحة عند رفع الدعوى، فإذا انتهت المصلحة فان نظر مجلس الدولة للدعوى يستمر قائماً، إلا إذا كان زوال المصلحة راجعاً إلى زوال عدم المشروعية المتعلق بالقرار الإداري المطعون فيه، وذلك إذ قامت الإدارة بتصحيح القرار.

إلا ان الفقه والقضاء الإداري المصري، لم يتخذ موقف موحد بالخصوص، إذ جانب منه، يكتفى بتوافر شرط المصلحة وقت رفع الدعوى بغض النظر عن زوالها بعد ذلك،⁵⁸ أو استمرارها حتى الفصل في الدعوى.

إلا أن محكمة القضاء الإداري عدلت عن موقفها، وأتجهت الى ضرورة وجود المصلحة وقت رفع الدعوى وأستمرارها حتى الفصل في الدعوى حيث قضت بأن " المصلحة هي مناط الدعوى، وأنه يتعين توافرها وقت رفع الدعوى، وأستمرار وجودها مابقيت الدعوى قائمة...."⁵⁹، والمحكمة الإدارية العليا أيضاً، أخذت نفس الاتجاه والذي ينادى بضرورة أستمرار المصلحة لحين الفصل في الدعوى.⁶⁰

⁵⁵ - من الفقه المصري المؤيد لمسلك الدولة الفرنسي- د مصطفى ابوزيد فهمي- قضاء الإلغاء- طبعة سنة 2011- ص66 وما بعدها- وأيضاً د ماجد الحلو- القضاء الإداري- طبعة سنة 1985م- ص302- ووسعد عصفور ومحسن خليل- القضاء الإداري- دون سنة-ص384- ومن أحكام القضاء حكم محكمة القضاء الإداري- في القضية رقم 1323 لسنة7 قضائية- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة- السنة التاسعة- ص39.

⁵⁶ - أنظر حكمة محكمة القضاء الإداري- جلسة 18 يناير سنة 1955- مجموعة السنة التاسعة ص243.

⁵⁷ - راجع أحكامها بالخصوص: -

من المحكمة الإدارية العليا- 14-4-1987م- م (32)- ص110- وايضاً حكمها بتاريخ 11-2-1989م- م(34)- ص541- وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ-24 مارس-سنة1963- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة- السنة الثانية- ص925- وأيضاً حكمها في الطعن رقم(166) لسنة 27-بتاريخ 9-11-1986م- مشار له لدى د عمر محمد.

⁵⁸ - راجع حكمها- بتاريخ 8-3-1970م- في الطعن الإداري-7/11ق- مجلة المحكمة العليا- السنة الأولى- العدد الأول- ص11.

⁵⁹ - أنظر حكمها- في 27-2-1980م في طعن أداري رقم 3/1ق- مجلة المحكمة العليا- السنة الحادية والعشرون- العدد الثالث-ص64- وكذلك حكمها بتاريخ 3-6-1984م- طعن غداري رقم 25/3ق- مجلة المحكمة العليا- السنة الحادية والعشرون- العدد الثالث-ص15. ومن الفقه الليبي راجع- د محمد عبدالله الحراري- المرجع السابق- ص172 وما بعدها- وأيضاً- د عمر محمد السويي- المرجع السابق- ص200 وما بعدها- وكذلك د خليفة سالم التليسي- مرجع سابق- ص191 وما بعدها.

⁶⁰ - أنظر د الكوني علي أعبودة- مرجع سابق- ص32- وفي نفس المعنى راجع- د أحمد عمر بوزقية- مرجع سابق- ص132- وكذلك د مسعود علي محمد بلقاسم- شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي- بدون ناشر- بدون سنة- ص284- وراجع حكم المحكمة العليا- الطعن المدني رقم- 12/38ق- جلسة 11/2/1967م- المجموعة المفهرسة- ج4- القسم الأول- ص430.

وفي ليبيا، فالقضاء الإداري يكتفى بتوافر المصلحة يوم رفع الدعوى ولا يشترط ضرورة استمرارها حتى الفصل فيها، تطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا" بأن العبرة بتوافر المصلحة وقت رفع الدعوى.... أما زوال هذه المصلحة أثناء نظر الدعوى لا تأثير له على قبول دعوى الألغاء، ذلك لأن دعوى الألغاء تهدف إلى تحقيق مصلحتين إحداهما خاصة تتعلق برفع الدعوى، والأخرى عامة تتعلق بالدفاع عن المشروعية وتوجيه الإدارة إلى الصالح العام"⁶¹.

وأستقرت المحكمة العليا على هذا الاتجاه في أحكامها حيث قضت في حكم آخر" بأن العبرة في قبولها (دعوى الألغاء) هو بتوافر المصلحة الشخصية يوم رفع الدعوى وبصرف النظر عن استمرارها حتى نهاية الدعوى بصدور حكم فيها"⁶² وبعد دراسته لإحكام المصلحة في دعوى الألغاء ندرس بالمطلب الثاني شرط المصلحة في دعوى الألغاء وغيرها من الدعاوى.

المطلب الثاني

أوجه الاتفاق والاختلاف بين المصلحة في دعوى الألغاء وغيرها من الدعاوى

أولاً: - الدعوى المدنية :-

تتفق الدعوى المدنية مع دعوى الألغاء في القضاء الإداري، بأنه لا دعوى بدون مصلحة وهو مانصت عليه المادة الرابعة من قانون المرافعات الليبي صراحة في قولها" لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون"، فالطلب الذي لا يحقق أي مصلحة للمدعي يرفض دون بحث فيما إذا كان له أساس قانوني أم لا، والغاية من ذلك هي قطع الطريق على المنازعات الغير جدية أمام المحاكم.⁶³

ويتفق فقه القانون الخاص على انه لا يشترط أن تكون المصلحة اقتصادية" أو مالية" وانما تكفى المصلحة المعنوية أو الأدبية، فالقانون يقر عن مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي في مجال المسؤولية التقصيرية، ويجب أن تكون المصلحة راجعة الى صاحب الطلب أو الدفع، أي شخصية ومباشرة وان تكون قائمة وقت رفع الدعوى، ومع ذلك يكتفى بالمصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب دفع ضرر محقق أو لتوثيق حق يخشى زوال دليله عن النزاع فيه، هذا ماورد في المادة الرابعة من قانون المرافعات ومن خلال هذا النص أن المشرع لا يقر اعتبار المصلحة المحتملة كافية لرفع الدعوى وانما قيد ذلك بحالتين، ومن تطبيقاتها في قانون المرافعات دعوى البطلان الأصلية بالتطبيق لقواعد القانون المدني، على سبيل المثال وليس الحصر⁶⁴، وهنا تختلف عن دعوى الألغاء

⁶¹- راجع- د أحمد عمر بوزقية- مرجع سابق- ص142 ومابعداها.

⁶²- أنظر- د مأمون سلامة- الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي- الجزء الأول- الطبعة الثانية- سنة2000م- منشورات مكتبة جامعة الزاوية- ليبيا- ص40.

⁶³- أنظر- د مأمون سلامة- مرجع سابق- ص 43.

⁶⁴- راجع- د أحمد عمر بوزقية- مرجع سابق- ص142 ومابعداها.

في القضاء الإداري والتي تقبل المصلحة المحتملة كأساس لرفع الدعوى. والتي يجب ان يقرها القانون⁶⁵.

ولا يشترط في الدعوى المدنية حتى تتحقق المصلحة الشخصية والمباشرة، ان يكون هناك انتهاك لحق برفع الدعوى في مصالحه الخاصة، فلا يجوز أن ترفع دعوى للمطالبة بحق للغير مالم تكن له الولاية على صاحب الحق.

فلا يجوز لأحد المتضررين من عمل غير مشروع ان يرفع دعوى مطالباً بالتعويض لجميع المتضررين، وإنما يجب أن تقتصر دعواه على طلب التعويض لنفسه.

ثانياً : الدعوى الجنائية:-

الدعوى الجنائية وفق القانون الليبي هي مجموعة من الإجراءات تتخذ من وقت أخطار النيابة العامة لوقوع جريمة حتى صدور حكم نهائي فاصل فيها سواء بالأدانة أو البراءة⁶⁶.

والدعوى الجنائية غير قابلة للتنازل مما يعنى أنها ملك للدولة تباشرها بواسطة النيابة العامة، لتحقيق مصلحة المجتمع ككل، ومن هنا جاءت خاصية عدم التنازل عنها حيث من حق المجنى عليه التنازل عن حقه الشخصي ولا يملك التنازل عن الحق العام، لذلك فإن قرار النيابة العامة بالتنازل عن الدعوى يقع باطلاً ولا يكتسب المتهم أى حقوق⁽⁶⁶⁾، فالطعن في الدعوى الجنائية مشروط بتوافر عنصر المصلحة في الطعن فاذا انتفت المصلحة في الطعن كان غير مقبول، ولذلك لا يقبل الطعن من المتهم إذا كان قد حكم ببراءته، وذلك لإستيفاء شرط المصلحة لديه.

ومن هنا قد تتفق الدعوى الجنائية مع دعوى الألغاء في القضاء الإداري فيما يتعلق بأنتفاء شرط المصلحة أثناء السير في الدعوى، ففي الدعوى الجنائية إذا انتفت مصلحة الطاعن بالتنازل عن حقه الشخصي في الدعوى، يبقى الحق العام قائماً في الدعوى، وتباشره النيابة العامة ولا يجوز لها التنازل عن هذا الحق.

أما في دعوى الألغاء في القضاء الإداري، يشترط القضاء وجود المصلحة الشخصية المباشرة عند رفع الدعوى، فلا تقوم إلا بها، وإذا أنتفت المصلحة الشخصية والمباشرة أثناء السير في الدعوى لانتتهى الخصومة بل يستمر القضاء في نظر الدعوى إستناداً إلى ان موضوع الدعوى هو قرار غير مشروع، فإذا أنتفت المصلحة الشخصية للطاعن تبقى المصلحة العامة وهي الحفاظ على مبدأ المشروعية في اعمال وتصرفات الإدارة.

⁶⁵- راجع في ذلك- فتحى منصور الفيتوري- بحث بعنوان"مدى أختصاص المحكمة العليا للرقابة على الدستورية"-منشورات شبكة المعلومات الدولية- تاريخ الأطلاع-2018/1/8م- وكذلك راجع بشكل موسع ومفصل- د سلوى الدغلي-"خصوصية النموذج الليبي في القضاء الدستوري-مقارنة مع النموذج الفرنسي"- رسالة دكتوراة مقدمة بجامعة باريس الأولى السوربون- 20 يناير 2009م.

⁶⁶- أنظر- د مأمون سلامة- الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي- الجزء الأول- الطبعة الثانية- سنة2000م- منشورات مكتبة جامعة الزاوية- ليبيا- ص40.

ثالثاً: الدعوى الدستورية

هي دعوة قضائية تتمثل شروط قبولها كأي دعوى دعوة قضائية اخرى، إلا أن الدعوى الدستورية لها طبيعة خاصة تميزها عن غيرها من الدعاوى- ويلزم لقبولها ما يشترط لقبول كافة الدعاوى وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، حيث يشترط لقبولها شرط الصفة وشرط المصلحة-

فشرط المصلحة/

يتطلب كقاعدة عامة يطبق عليه ما يطبق على باقى الدعاوى وفقاً للقاعدة المعروفة (لامصلحة فلا دعوى) وهذه قاعدة قائمة بالنسبة للدعوى الدستورية شأنها فى ذلك شأن الدعاوى العادية والإدارية، فإذا أنتفت المصلحة أنتفى الحق فى تحريك الدعوى وتعيين الحكم فى عدم قبولها، والمصلحة يجب أن تكون مصلحة شخصية مباشرة وحالة، وقد تكون مصلحة مادية أو أدبية، ونظراً للطبيعة الخاصة للدعوى الدستورية فى طبيعة تحريكها والذى يتطلب أن يسبقه دفع امام المحكمة التى تنظر للموضوع، فهذ الدفع يجب أن يحقق لصاحبه مصلحة فيه، فلا يقبل دفع من غير صاحب مصلحة فيه، كذلك فأن المصلحة فى الدعوى الدستورية ترتبط بالمصلحة فى الدعوى الموضوعية، هذا عن بعض خصوصية شرط المصلحة فى الدعوى الدستورية.

أما فيما يتعلق بشرط الصفة والأهلية/

فلا يوجد فرق بين هذين الشرطين أو بينهما وغيرهم فى الدعاوى العادية فى قانون المرافعات أو قانون القضاء الإداري، نستخلص من ذلك أن شرط المصلحة والصفة فى الدعوى الدستورية لا تختلف كثيراً عنها فى دعوى الإلغاء فى القضاء الإداري، والأختلاف فيما يتعلق بطبيعة وخصوصية الدعوى الدستورية وطريقة تحريكها التى تختلف بشكل كبير عن دعوى الإلغاء فى القضاء الإداري⁶⁷.

⁶⁷ - راجع فى ذلك- فتحى منصور الفيتوري- بحث بعنوان "مدى أختصاص المحكمة العليا للرقابة على الدستورية"- منشورات شبكة المعلومات الدولية- تاريخ الأطلاع-2018/1/8م- وكذلك راجع بشكل موسع ومفصل- د سلوى الدغلي- "خصوصية النموذج الليبي فى القضاء الدستوري-مقارنة مع النموذج الفرنسي"- رسالة دكتوراة مقدمة بجامعة باريس الأولى السوربون- 20 يناير 2009م.

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة الطبيعة القانونية لشرط المصلحة في دعوى الألغاء، من حيث مفهوم الدعوى – شرط المصلحة – أيضاً ضابط المصلحة في دعوى الألغاء وغيرها من الدعاوى، وشرط توفر مصلحة شخصية ومباشرة في رافع دعوى اللغاء يعتبر من شروط قبول الدعوى فاذا أنتفى وجود هذا الشرط عند رفع الدعوى حكم القاضى بعدم قبول الدعوى لأنعدام الدعوى، والمصلحة في دعوى الألغاء متعددة حيث توسع القضاء الإداري فيها ، فقد تكون مصلحة مادية أو أدبية – مصلحة حالة أو محتملة – وقد تكون مصلحة فردية أو جماعية.

وهناك جانب من فقهاء القانون العام يرون أن المصلحة والصفة شرطين مختلفين ولا توجد رابطة بينهما، إلا ان جانب كبير من القضاء يدمج شرط المصلحة بشرط الصفة ويجعلهم شرط واحد، بل ويشترط القضاء أن تكون المصلحة مشروعة.

وهناك أوجه اتفاق وأختلاف بين دعوى الألغاء في القضاء الأدارى وغيرها من الدعاوى الأخرى، حيث نجد أن هناك اتفاق بين دعوى الألغاء وغيرها من الدعاوى، حيث يجب ان تتوفر المصلحة الشخصية والمباشرة عند رفع الدعوى(فلا مصلحة فلا دعوى) سواء كانت إدارية او مدنية او جنائية.

وتختلف في استمرار وجود هذه المصلحة حتى الحكم في الدعوى، في دعوى الألغاء لايشترط أستمرارها حتى الفصل في الدعوى لأن الطعن ضد قرار غير مشروع ، فإذا انتفت المصلحة الشخصية للطاعن تبقى المصلحة العامة وهو اقرار مبد المشروعية.

بينما في الدعوى المدنية يشترط أستمرارها حتى الحكم في الدعوى، ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة اذا كان الغرض من الطلب الأحتياط لدفع ضرر محقق" كدعوى وقف الأعمال الجديدة، وهى أحدى دعاوى الحيازة الثلاث وكذلك دعوى البطلان الأصلية" أو الأستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه) ومنه على سبيل المثال " دعوى أثبات حاله أو دعوى سماع شاهد...."

وفي الدعوى الجنائية تتفق دعوى الألغاء مع الدعوى الجنائية اذا انتفت المصلحة الشخصية للطاعن بالتنازل عن حقه الشخصى لا تسقط الدعوى وتبقى المصلحة العامة لحماية المجتمع قائمة والممثل عنها النيابة العامة والتي لا يحق لها التنازل عنها .

وبالنسبة لدعوى الألغاء تختلف عن الدعوى الدستورية في طبيعة الدعوى الدستورية والتي تختلف في إجراءات وطريقة الدفع بالدعوى الدستورية، وان انتفت في ضرورة او توفر شرط المصلحة في الطعن.

والله الموفق....

حالة الطوارئ: مبرراتها، مشروعيتها القانونية والدستورية ”دراسة مقارنة“

د. سلوى الدغيلي
عضو هيئة تدريس بقسم القانون العام
كلية القانون – جامعة بنغازي

مقدمة البحث

في ظل الظروف العادية يلتزم الكافة بمنظومة النظام القانوني وتسلسله، فيجب على السلطة التشريعية ألا تخالف الدستور، فتصدر تشريعاً يتعارض لفظاً أو روحاً مع الدستور، وإلا كان هذا القانون مشوباً بعيب عدم الدستورية. وكذلك يجب على السلطة التنفيذية ألا تخالف الدستور عند ممارستها أعمالها المتمثلة في إصدار اللوائح، فيجب أن تكون اللوائح والمراسيم متفقة مع أحكام الدستور، وإلا كانت مشوبة بعيب عدم الدستورية. ويطلق على ذلك مبدأ سمو الدساتير.

ويرى جانب من الفقه أنه إذا كان مبدأ سمو الدساتير صالحاً للتطبيق بكامله في ظل الظروف العادية، فإنه يبدو صعب التطبيق في ظل الأزمات أو الاضطرابات، التي لا تخلو منها حياة أية دولة؛ إذ قد يترتب على الإصرار على تطبيقه استنفال الأزمة، بما قد يؤدي إلى انهيار الدولة ذاتها، أو على الأقل تعرض سلامتها لمخاطر شديدة، تعصف بوجودها، وبكل ما حرص المبدأ على المحافظة عليه.

إذا كان خضوع الإدارة للقانون هو الأصل العام في الظروف العادية، فإن التساؤل يثور حول إمكانية تطبيق هذا الأصل في الظروف الاستثنائية، حين تواجه الإدارة حالة ضرورة، تفترض قيام خطر جسيم حال، كالحرب أو الاضطرابات الداخلية أو الكوارث الطبيعية، التي لا يمكن تداركها إلا بالتخلي عن قسط من القواعد القانونية، باعتبار هذا التخلي العلاج الوحيد للموقف، لمواجهة خطر المساس بالمصالح الحيوية للدولة. فالإزام الإدارة باحترام المشروعية، رغم تلك الظروف، يؤدي حتماً إلى القضاء على الدولة.

ولعل أهمية هذا الموضوع بالنسبة للسلطة الحاكمة داخل الدولة من ناحية، ولمسأسه بحقوق وحرريات المواطن داخل الدولة من ناحية أخرى، هي السبب وراء اختيارنا إياه موضوعاً لبحثنا هذا، الذي نحاول من خلاله إلقاء الضوء بشكل عام على حالة الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد، كمبرر لإعلان حالة الطوارئ، والتي هي المقصودة بالدراسة في بحثنا هذا.

قسمنا دراستنا في ثلاثة مباحث:

ونتناول في المبحث الأول: دراسة الطبيعة القانونية لحالة الطوارئ، من حيث تعريفها وأنواعها والتطور التاريخي والفلسفي لها.

ونتناول في المبحث الثاني: التنظيم القانوني والدستوري لحالة الطوارئ في ليبيا، مقارنة مع غيرها من الدول في النظم المقارنة.

ونتناول في المبحث الثالث والأخير: الرقابة على حالة الطوارئ. وننتهي بحثنا بخاتمة نوجز فيها ما توصلنا له من نتائج وتوصيات خلال هذه الدراسة المقارنة.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لحالة الطوارئ: تعريفها، دوافعها، تطورها التاريخي، أساسها

الفلسفي.

حالة الطوارئ وما يسمى بالأحكام العرفية أو الضرورة ما هي إلا تطبيقات أو صور لحالة الظروف الاستثنائية التي تتحقق، إذا ما نشأت في دولة ما ظروف وعوامل تجعل السلطة التنفيذية فيها عاجزة وغير قادرة على إعادة فرض الأمن والاستقرار، واضعين بعين الاعتبار التدرج في الخطورة بين هذه الصور، ومن ثم فإنها (أي السلطة التنفيذية)، وتبعاً لذلك، تخرج عن حكم القانون الأساسي والقوانين العادية الأخرى، وتلجأ إلى فرض إجراءات وأوامر وقرارات خطيرة، تكون في الغالب ماسة بحقوق الإنسان الأساسية للفرد. والغاية من لجوء السلطة أو الحكومة إلى إعلان قانون الطوارئ أو حالة الأحكام العرفية يتمثل في أن القوانين المعمول بها في ظل الظروف الطبيعية أصبحت عاجزة عن جعل السلطة والحكومة قادرة على مواجهة ما أستجد من ظروف استثنائية في ظل تلك القوانين. ومن بين هذه الظروف الاستثنائية المستجدة نشوب حالة حرب مع دولة أخرى، أو حالة حرب أهلية في داخل الدولة نفسها، أو أية نزاعات مسلحة لأسباب عرقية أو دينية أو طائفية، أو من أجل الانفصال أو اضطراب الأمن والاستقرار، أو حصول حالة فتنة أو انتشار كارثة بيئية أو مرضية، وغيرها من الظروف. وفي كل الأحوال فقد جرت عادة الدول على أن يكون إعلان قانون الطوارئ من قبل الدولة بتشريع أو مرسوم جمهوري أو ملكي، ولا يلزم م أن يأخذ هذا المرسوم التشريعي في إصداره نفس آلية صدور التشريعات العادية، ومرآحل إصدارها المتمثلة في عرضها على البرلمان أو مجلس الوزراء أو عرضها في أستفتاء شعبي، ومن ثم نرى أن إعلان حالة الطوارئ أو إعلان الحرب يكون بمثابة قرار حصري بيد رئيس الدولة. وهذا شأن أغلبية الدول العربية ودول العالم النامي. وفي كثير من الحالات يكون إعلان حالة الطوارئ مقتصرأ على المنطقة التي تقع فيها الكارثة أو الفتنة. فمثلاً تعلن حالة الطوارئ في الإقليم الذي حصل فيه زلزال مدمر أو فيضان أو حرب أهلية دون غيره من الأقاليم الأخرى في نفس الدولة. أما في حالة الحرب فإننا نجد أن حالة الطوارئ تعلن في كافة أرجاء البلد.

وقد أضفت قواعد القانون الدولي العام الصفة الشرعية على نظرية الضرورة وصورها المختلفة، وأجازت عدم الالتزام بالقواعد الدولية الضامنة للحقوق والحريات العامة في حالة الطوارئ، وفقاً لشروط وضوابط معينة سنتناولها في موضع آخر في هذا البحث.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن إقرار المنظومات القانونية لمعظم النظم الدستورية والسياسية في العالم بحق سلطة الدولة القائمة، التي غالباً ما تكون السلطة التنفيذية، وأحياناً تكون السلطة التشريعية، وأحياناً أخرى تكون مشتركة بين السلطتين، في إعلان حالة الطوارئ، لمواجهة ظروف استثنائية طارئة، ودرء أخطارها الجسيمة. لكن هذا لا يعني منح تلك السلطة المختصة صلاحيات استثنائية واسعة، قد تؤدي إلى الإضرار بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وبحالة التطبيق السليم للديمقراطية في الدولة، ومن ثم تؤدي إلى انتهاك مبدأ المشروعية، ومن هنا فلا بد من إخضاعها للرقابة القضائية والمساءلة القانونية.

ويختلف التنظيم القانوني لحالة الطوارئ من دولة إلى أخرى، كما تختلف أساليب تطبيقها، بينما تتفق على الغاية التي تفرض من أجلها، وهي مواجهة الظروف الاستثنائية التي تهدد الدولة وشعبها. وعلى أساس ماتقدم، نسعى في هذا البحث إلى الإجابة عن تساؤلات عديدة، منها: ماهي حالة الطوارئ؟ وماهي خصائصها؟ وماهي صورها؟، وماهو أساسها القانوني؟ وماهو موقفها بصفقتها نظاماً استثنائياً من مبدأ المشروعية العادية والمشروعية الاستثنائية؟ وهل هي نظام حتمي التطبيق عند حدوث الظروف الاستثنائية؟ وهل يتسم تطبيقها بالديمومة أم بالتأقبت؟

وسنخصص هذا البحث للإجابة على هذه التساؤلات لدراسة الطبيعة القانونية لحالة الطوارئ، في ثلاثة مطالب:

نتناول في المطلب الأول: تعريف حالة الطوارئ وخصائصها.
وفي المطلب الثاني التطور التاريخي لحالة الطوارئ في النظم المقارنة.
ونخصص المطلب الثالث لدراسة الأساس الفلسفي والقانوني لحالة الطوارئ.

المطلب الأول

تعريف حالة الطوارئ وخصائصها

لم يتفق الفقهاء على وضع تعريف محدد لحالة الطوارئ، بسبب اختلاف تنظيمها القانوني من دولة إلى أخرى، واختلاف أساليب تطبيقها، فالدول مختلفة في انتهاجها لنظام حالة الطوارئ، ولكنها تتفق على الغاية التي تفرض من أجلها، وهي مواجهة الظروف الاستثنائية التي تهدد الدولة وشعبها.

لذا هناك شبه اتفاق على تعريفها، من خلال تعريف الظرف الاستثنائي نفسه، الذي يعطي الدولة الحق في إعلان حالة الطوارئ. ومن هنا تباينت التعريفات الخاصة بهذا النظام، فثمة من عرفه بأنه

"إجراء استثنائي، يهدف إلى حماية كامل البلاد، أو بعضها بمقتضى نظام بوليس خاص ضد احتمال هجوم مسلح".

يؤخذ على هذا التعريف تصويره؛ إذ لا تقتصر حالة الطوارئ على حالات التهديد بهجوم مسلح¹، من جهة أن حالة الطوارئ يمكن تطبيقها في حالات الكوارث الطبيعية والاضطرابات الداخلية أو التهديد بالاضطراب العام.

لذا اتجه البعض لتعريفه بأنه "نظام استثنائي للبوليس، تبرره فكرة الخطر الوطني". وهذا التعريف، على النقيض من التعريف السابق، يتسم بالشمول وعدم التحديد وعدم بيانه مجالات تطبيق حالة الطوارئ.²

ومع ذلك هذه أهم التعريفات المقدمة لحالة الطوارئ:
-الفقه الانكليزي: يعرفها Wade & Philips بأنها: "تلك الحالة التي يمكن خلالها مجاوزة المبادئ الدستورية الاعتيادية لمواجهة الظروف الاستثنائية".
-الفقه الأمريكي: يعرفها Edward & Corwin بأنها: "حالة أعدت لمواجهة ظروف غير مستقرة وغير متكررة، لا يمكن مواجهتها بالسلطات التي تمنحها التشريعات العادية".
-الفقه الفرنسي: يعرفها Drago بأنها: "تلك الظروف الاستثنائية المحددة بقانون سابق، يمنح عند تحقق هذه الظروف لسلطات الضبط الإداري، حقاخاذ تدابير شاذة محددة لمواجهة هذه الظروف، وتخضع في ذلك لرقابة القضاء".³

وفي تعريفات أخرى من الفقه الفرنسي كان تعريف الفقيه أندريه دي لوبادير Andre' de laubade're الذي عرفها بأنها "نظام استثنائي للبوليس تبرره فكرة الخطر الوطني". وعرفها الفقيه بارتلمي Berthe'le'my بأنها "إجراء استثنائي يهدف إلى حماية كامل البلاد أو بعضها، بمقتضى نظام بوليسي خاص ضد احتمال هجوم مسلح"، كما يعرفها Lucien Nizard بأنها "تمثل الشرط لعدم تطبيق الأنظمة القانونية والقضائية العادية. وأن خرق القاعدة القانونية لا يعني عدم وجود هذه القاعدة، وإنما عدم فعاليتها وكفايتها في مواجهة الظرف الاستثنائي الذي تمر به البلاد".⁴

الفقه المصري: لعل من أهم وأبرز التعريفات لحالة الطوارئ أنها "نظام قانوني أعد لمواجهة الظروف الاستثنائية، ويقوم مقام قوانين التفويض التشريعي"⁵. ويعرفها د. زكريا محمد عبد الحميد

¹ - أنظر د. محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري دراسة مقارنة، ط2-دار النهضة العربية -القاهرة -مصر -2003-ص131.

² - مشار إليه عند د. محمد الوكيل -حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري دراسة مقارنة -المرجع السابق-ص132-134.

³ - التعريفان المذكوران ، نقلا عن : د. زكريا محمد عبد الحميد، حالة الطوارئ في القانون المقارن وفي تشريع الجمهورية العربية المتحدة، المرجع السابق-ص11

⁴ - François Saint-Bonnet, L'état d'exception, 1er édition, 2001, PUF. Page 6

⁵ - مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري سنة 1957، ط. الأولى، دار منشأة المعارف المصرية بالإسكندرية، ص 279

محفوظاً بأنها "نظام قانوني، يتقرر بمقتضى قوانين دستورية عاجلة، لحماية المصالح الوطنية. ولا يلجأ إليه إلا بصفة استثنائية ومؤقتة، لمواجهة الظروف الطارئة التي تقصر عنها الأداة الحكومية الشرعية، وينتهي بانتهاء مسوغاته"⁶. كما عرفها الدكتور عاصم رمضان بأنها "نظام قانوني، يجد مصدره في الدستور أو التشريع، يمنح السلطة التنفيذية، في الظروف الاستثنائية، صلاحيات واسعة، تجاوز المسموح به في الظروف العادية، لمواجهة تلك الظروف، بهدف الحفاظ على الأمن والنظام العام، مع إخضاع كافة تلك الإجراءات لرقابة القضاء أو البرلمان أو كليهما معاً".

أما على صعيد الاتفاقيات الدولية فقد نصت المادة (4) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 على أنه "في حالات الطوارئ الاستثنائية، التي تهدد حياة الأمة، والمعلن عن قيامها رسمياً، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ في أضيق الحدود التي تطلبها الوضع تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد، شريطة عدم منافاة هذه التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي، وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي".

وعلى الرغم من عدم ورود توصيف لحالة الطوارئ في المادة (15) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950، إلا أنها الشروط الموضوعية لقيامها؛ إذ نصت على أنه "في حالة الحرب أو الخطر العام الذي يهدد حياة الأمة، يجوز لكل طرف سام متعاقد أن يتخذ تدابير تخالف الالتزامات المنصوص عليها في هذا الميثاق، في أضيق الحدود التي تطلبها الوضع، وبشرط ألا تتناقض هذه التدابير مع بقية الالتزامات المنبثقة عن القانون الدولي".

أما المادة 27 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969 فقد كانت أكثر وضوحاً عندما نصت على حالة الطوارئ وشروطها الموضوعية؛ إذ نصت على أنه "لا يمكن للدولة الطرف، في أوقات الحرب أو الخطر العام أو سواهما في الحالات الطارئة التي تهدد استقلال الدولة أو أمنها، أن تتخذ إجراءات تحد من التزامها بموجب الاتفاقية الحالية، ولكن فقط بالقدر وخلال المدة التي تقتضيها ضرورات الوضع الطارئ، شريطة ألا تتعارض تلك الإجراءات مع التزاماتها الأخرى، بمقتضى القانون الدولي، وألا تنطوي على تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي".

من التعريفات السابقة يتضح لنا أن لحالة الطوارئ خصائص معينة يجب أن تتوفر في الظرف الذي تمر به البلاد، كي يمكن إضفاء المشروعية على القرار بإعلانها، يمكن إجمال أهمها في ما يأتي:

1- نظام حالة الطوارئ نظام قانوني:

لا شك في أن نظام حالة الطوارئ هو نظام قانوني في النظم الديمقراطية المعاصرة، يجد مصدره في التشريع العادي أو في الدستور. ولهذا النظام القانوني هدفان أساسيان: فمن ناحية يبين

⁶ - مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص13.

الأسباب الداعية إلى إعلانه، ونطاق تطبيقه، ومدته، والصلاحيات الممنوحة، وشخص القائم على هذا النظام، والضوابط الموضوعية لمنع إساءة استعمال تلك الصلاحيات⁷. ومن ناحية أخرى يحدد القانون أو الدستور الضمانات اللازمة لعدم الاعتداء على الحقوق والحريات العامة، ومن ثم فأي إجراء يتخذ من السلطة القائمة على نظام حالة الطوارئ يجد مصدره في القانون أو الدستور. وهذا أحد عناصر مبدأ الشرعية، ولكنها مشروعية استثنائية أو مشروعية ظروف، يتسع مداها لمواجهة الظروف الاستثنائية. هذه الضوابط والقيود تحول دون استبداد السلطة القائمة على نظام الطوارئ.

2- نظام حالة الطوارئ نظام استثنائي يخضع لمبدأ المشروعية الاستثنائية:

هذا يبدو لنا واضحاً من خلال كل ما تقدم؛ إذ إن نظام حالة الطوارئ لا يُطبق في الظروف العادية، وإنما مناط تطبيقه الظروف الاستثنائية، التي تعجز السلطة التنفيذية عن مواجهتها بالقوانين والإجراءات العادية، فمرد تطبيقه والداعي له هو هذه الظروف.

3- نظام حالة الطوارئ هو نظام جوازي:

اتفقت معظم التشريعات الوطنية على أن تطبيق حالة الطوارئ ليس نظاماً وجوبياً، ولكنه نظام جوازي، بمعنى أنه ليس هناك ما يُلزم الدولة باللجوء إليه، فإذا واجهت الدولة ظرفاً استثنائياً، تبيح لها استخدام سلطات الطوارئ، فإن تطبيق نظام الطوارئ ليس حتمياً، إذ يجوز للهيئة التنفيذية الأخذ به إذا رأت أن سلطاتها العادية غير كافية لمواجهة تلك الظروف، أو أنها لا تأخذ به، إذا رأت أن سلطاتها العادية كافية لمواجهتها⁸.

4- نظام حالة الطوارئ هو نظام مؤقت:

أجمعت معظم التشريعات الوطنية على أن إعلان حالة الطوارئ هو لفترة محددة ومؤقتة، ترتبط وجوداً وعدمياً بوجود ظروف استثنائية، داخلية كانت أم خارجية، تواجه الدولة. وإن تحديد مدد سريان حالة الطوارئ وتمديدتها وإنهاءها يكون على وفق القانون المنظم لها⁹.

5- نظام حالة الطوارئ الغرض منه الحفاظ على الأمن والنظام العام:

من المقرر، في الظروف العادية، أن الحقوق والحريات العامة، التي كفلها الدستور أو نظمها القوانين، تمثل حدوداً أو قيوداً على سلطة الضبط الإداري، إلا أنه في الظروف الاستثنائية يجوز المساس بالحقوق والحريات العامة¹⁰، بمقتضى قانون حالة الطوارئ، من أجل الحفاظ على الأمن والنظام العام وإعادة الأمور إلى نصابها.

وييسر القضاء رقابته على سبب القرار المستند إلى قانون الطوارئ، لبيان ما إذا كان هدفه تحقيق الصالح العام المتمثل في حماية الأمن والنظام العام أم لا.

7 - د. عاصم رمضان مرسى بونس. الحريات العامة في الظروف الاستثنائية، دار النهضة العربية 2009، ص 179

8 - د. محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري دراسة مقارنة، المرجع السابق-ص 137

9 - د. محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري دراسة مقارنة، المرجع السابق-ص 137

10 - أنظر د. محمود سعد الدين الشريف - بحث بعنوان "الجهة التي تتولى إصدار لوائح البوليس وما تلتزمه من قيود في هذا الصدد. مجلة مجلس الدولة - عدد يناير سنة 1952 - ص 218.

6- نظام حالة الطوارئ يخضع لرقابة القضاء والبرلمان أو كليهما:

إذا كان من الأمور المستقرة والمبادئ القانونية العامة أن كافة أعمال السلطة التنفيذية، في الظروف العادية، تخضع لرقابة القضاء، إعمالاً لمبدأ الشرعية، فمن الطبيعي، ومن باب أولو عندما تتمتع السلطة التنفيذية بصلاحيات استثنائية، إخضاع أعمالها استناداً للحالة الاستثنائية لرقابة القضاء لضمان عدم انحرافها واعتدائها على الحقوق والحريات.¹¹

ولا شك في أن من أهم ضمانات الحقوق والحريات العامة في الظروف الاستثنائية، ومنها حالة الطوارئ، هو إخضاع كافة الإجراءات والصلاحيات الاستثنائية الواسعة الصادرة من السلطة التنفيذية، إعمالاً لأحكام قانون الطوارئ للرقابة القضائية أو الرقابة البرلمانية أو كليهما معاً. وقد يثور التساؤل هنا حول صور حالة الطوارئ، أو بمعنى آخر: هل هناك صور محددة مسبقاً تستوجب إعلان حالة الطوارئ، لا يجوز الخروج عنها؟

يمكن القول هنا، وطالما أننا، في موضع سابق من هذا البحث، قد انتهينا إلى أنه لا يوجد تصنيف متفق عليه لحالة الطوارئ، إن أكثر التصنيفات الحديثة قبولاً هو تصنيف حالة الطوارئ، حسب موضوعها أو طبيعة إعلانها، إلى: حقيقية أو فعلية، و سياسية أو مفترضة، كما تصنف حسب النطاق الجغرافي لتطبيقها إلى: حالة طوارئ داخلية، سواء أكانت تشمل كل إقليم الدولة أم جزءاً منه، وخارجية تفرض خارج إقليم الدولة. وتفصيل ذلك كما يلي:

أ- حالة الطوارئ السياسية:

اتجهت الكثير من الدول إلى ضرورة أن يستند إعلان تطبيق نظام حالة الطوارئ السياسية إلى مبررات أخرى غير الحرب، مثل وجود خطر داهم يهدق بالدولة، كحالة العصيان المسلح، أو الاضطرابات بالغة الخطورة، أو الكوارث العامة، أو الخطر الناجم عن الحرب الذي لا يتعلق بالأعمال الحربية.

ويبين تشريع حالة الطوارئ، على اختلاف أساليب تطبيقه، سبب الالتجاء إلى تطبيق هذا النظام الاستثنائي، ويحدد مدة سريانه، والمناطق التي يطبق فيها. وتخضع سلطات الطوارئ، عند مباشرتها لهذه السلطات، للرقابة البرلمانية، من حيث الموافقة على إعلان حالة الطوارئ ابتداءً، كما في قانون الطوارئ في مصر، أو مد العمل بها، كما في قانون حالة الاستعجال وقانون الأحكام العرفية في فرنسا وقانون الطوارئ في العراق. فلو رأى البرلمان عدم جدية الأسباب التي تتذرع بها الحكومة، فله أن يرفض العمل بقانون الطوارئ، أو عدم مد العمل به عند انتهاء المدة المحددة لسريانه. كما تخضع هذه السلطات للرقابة القضائية، للتأكد من أنها لم تخرج عن نطاق المشروعية الاستثنائية المقررة في القانون، وأن تكون هذه السلطات قد قيدت الحقوق والحريات بالقدر الكافي والضروري لمواجهة الظروف الاستثنائية، فالضرورة تقدر بقدرها.¹²

¹¹ - د. سعد عصفور، «رقابة القضاء وضرورة حماية الفرد في الدولة الحديثة»، مجلة المحاماة، العدد الثامن سنة 1951 ص 135

¹² - محمد الوكيل، المرجع السابق، ص 140

ب- حالة الطوارئ الكلية وحالة الطوارئ الجزئية:

حالة الطوارئ الكلية تفرض على كل إقليم الدولة. وتنيط معظم النظم القانونية في ظل حالة الطوارئ للسلطة العسكرية صلاحية حفظ النظام العام¹³، وللقضاء العسكري صلاحية قمع المخالفات. وفي تنفيذ ذلك يتم التضييق على الحريات العامة¹⁴. أما حالة الطوارئ الجزئية فتفرض على جزء من إقليم الدولة، أو على جزء يقع تحت سيادتها، نتيجة احتلالها لدولة أخرى أو في فرض حمايتها أو وصايتها على دولة ما.

وعلى سبيل المثال، فرضت فرنسا حالة الطوارئ على مدينة باريس وضواحيها بالقرار رقم 1386 /2005 الصادر في 8 نوفمبر 2005، عقب أحداث الشغب التي اندلعت إثر موت شابين من أصول عربية، كانا يحاولان الهرب من البوليس الفرنسي. وأيضاً في 14 نوفمبر 2015 بالقرار 2015/1475؛ إذ أعلنت في العاصمة باريس وضواحيها وجزيرة كورس لمدة 12 يوماً، ثم مددت لمدة ثلاثة أشهر إضافية، بالقانون الصادر في 20 نوفمبر 2015 إلى 25 فبراير 2016¹⁵. كما فرضت مصر حالة الطوارئ على محافظتي سيناء والبحر الأحمر بالقانون رقم 50 لسنة 1950، وعلى المنطقة الشمالية للحدود مع ليبيا عام 1980. وفرضت الولايات المتحدة حالة الطوارئ الجزئية في ولاية تكساس عام 1957، لمقاومة الاضطرابات، وفرضتها في نيويورك عام 1996 لمواجهة العنف الطائفي بين البيض والسود¹⁶.

هذا وتجدر الإشارة هنا إلأن غالبية دول العالم الثالث، عندما تعلن حالة الطوارئ فيها، لا تلتزم فيها السلطات المختصة بالمدد المحددة لها، فقد تستمر لسنوات طويلة جداً، كما حدث في مصر، وينجم عن تطبيقها انتهاكات صارخة ومستمرة لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، فضلاً عن ضعف مراقبتها سياسياً أو قضائياً.

وفي معرض التفارقة بين حالة الطوارئ والأحكام العرفية يرى قسم من الفقه أنه يقصد بحالة الطوارئ حالة الطوارئ السياسية أو الصورية أو المفترضة، بينما يقصد بالأحكام العرفية حالة الطوارئ الفعلية أو الحقيقية أو العسكرية. فعندما تفرض حالة الطوارئ في الدولة يتم اللجوء إلى استخدام إجراءات ووسائل استثنائية في حكم البلاد، لمواجهة الظروف الاستثنائية، مثل الالتجاء إلى فرض النظام العسكري (الحكم العرفي)؛ الذي تتولى فيه السلطة العسكرية مقاليد الأمور في الدولة، وتمارس اختصاصاتها بالقوة المسلحة. ولاتفرض حالة الطوارئ العسكرية إلا في ميادين القتال ومناطق الحرب. وبذلك لا يلزم دوماً فرض الحكم العرفي عند إعلان حالة الطوارئ¹⁷.

13 - يؤكد حامد مصطفى على انه لا يمكن الاكتفاء بالعناصر الثلاثة التي أجمع عليها الكتاب لفكرة النظام العام ، وهي : الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة ، إذ إن نطاق هذه الفكرة قد اتسع باتساع مفهوم الدين والأخلاق والكرامة وميدان الحقوق والحريات

14 - د. جورج سعد : القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2006، ط1، ص130-131

15- Paul Cassia, Contrel'étatd'urgence . 2014 Dalloz, pag 15

16 - محمد الوكيل المرجع السابق ص 140

17 - د. زكريا محمد عبد الحميد محفوظ ، حالة الطوارئ في القانون المقارن وفي تشريع الجمهورية العربية المتحدة ، ط1، منشأة المعارف بالإسكندرية ، مصر ، 1966، ص 15-17، وينظر أيضاً : د. محمد شريف اسماعيل عبد المجيد ، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة، دار بونس للطباعة والنشر ، 1980 ، ص 212

وعلى الرغم من أن هناك دولاً تميز بين الأحكام العرفية وحالة الطوارئ، كفرنسا، فإن كليهما عبارة عن نظام قانوني استثنائي للضبط الإداري، يبرر التوسع في سلطات الإدارة، لمجابهة الظروف الخطرة التي تهدد كيان الدولة، فتعلن الأحكام العرفية، في حالة وقوع حرب أو التهديد بها، بينما تعلن حالة الطوارئ لمواجهة اضطرابات داخلية، يخشى أن تؤدي إلى اختلال النظام العام. ويتضح من ذلك أن حالة الطوارئ لا تبلغ في شدتها تلك التي تستلزم إعلان الأحكام العرفية¹⁸.

بيد أنه لا بد من القول، مع غالبية الفقه القانوني، أن حالة الطوارئ، سواء أكانت كلية أم جزئية، هي من أبرز النظم لمواجهة الظروف الاستثنائية وأوسعها وأعمها وأشملها، وذلك لأنها تشمل على عدة أنواع هي¹⁹:

- 1- الأحكام العرفية العسكرية التي تفرض في حالة الحرب.
- 2- أنظمة الاستثناء الدستورية، كما في حالة المادة 16 من الدستور الفرنسي لعام 1958.
- 3- أنظمة الاستثناء التشريعية، كما في حالة قوانين الطوارئ والسلامة الوطنية.

ج- حالة الطوارئ البسيطة وحالة الطوارئ الخطرة:

في هذا الصدد يمكننا أن نميز بين نوعين لحالة الطوارئ: الأول هو حالة الطوارئ البسيطة، التي لا يمكن فيها للسلطات المختصة ورجال البوليس والأمن ممارسة أي صلاحيات واسعة، كالقبض والتفتيش، دون مراعاة شروط القانون وقيوده. بينما في حالة الطوارئ الخطرة، تعطى السلطات الأمنية والشرطية صلاحيات واسعة، من أهمها مراقبة الصحف والمنشورات، ومراقبة الأجهزة الإعلامية المرئية والمسموعة والمسارح، التي يعتبر جانب كبير من الفقه الفرنسي أنها تمثل تقييداً للحقوق والحريات العامة، لحد الاعتداء عليها، ولذلك يشترط ألا يتم إعلان حالة الطوارئ الخطرة إلا بقانون²⁰.

المطلب الثاني

الأصل التاريخي لحالة الطوارئ وطبيعتها ودوافع قيامها:

أشرنا آنفاً أنه لا يمكن اعتبار قانون إعلان حالة الطوارئ والأحكام العرفية قانوناً عادياً، فهو قانون استثنائي.

هذا هو وصفه السليم. وعلى الرغم من وجود أصوات تنادي باعتباره قانوناً عادياً، فإن هذا قول تنقصه الدقة، فالقوانين العادية تحتوي على العديد من الضمانات والحقوق التي تمنح للمواطنين، في

18 - علي محمد بدير ، ود. مهدي ياسين سلامة ، و د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر ،بغداد، 1993، ص 227

19 - ينظر بشأن هذا الرأي : د. محمد الوكيل، المرجع نفسه، ص 138-141 . وينظر كذلك : د. زكريا محمد عبد الحميد محفوظ، حالة الطوارئ في القانون المقارن وفي تشريع الجمهورية العربية المتحدة، المرجع السابق، ص 24-39

20- Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues, L'état d'urgence, étude constitutionnelle historique et critique, 2016, LGDJ, page 27.

حين نرى أن عدداً من الضمانات في ظل قانون الطوارئ قد تهدر، وتكون عرضة للضياع، فيلقى القبض على أفراد، ويوقفون، دون أن توجه لهم أي تهمة، ولمدة طويلة في بعض الأحيان. وقد يتم أيضاً تقييد حق السفر، وحق التنقل الحر، لحد المنع. وهذا يعني أن قانون الطوارئ قد يعمل على إضعاف وإنقاص حقوق مضمونة في ظل القوانين العادية. وأي قانون ينقص من هذه الضمانات للأفراد هو (قانون استثنائي).

وقد حاول جانب من الفقه تبرير خروج السلطات العامة على مقتضى الشرعية القانونية في البلاد في أوقات الأزمات بما يلي:

1/ أن سلامة الدولة فوق كل اعتبار. فجوهر الاستثناء هنا هو قيام خطر جسيم وحال بالدولة، يهدد كيانها أو مؤسساتها، بحيث لا تجدي القواعد القانونية في مواجهته. هنا تجد الدولة نفسها مضطرة لمخالفة القواعد القانونية، وحتى الدستورية، لمواجهة هذا الخطر وحماية الدولة ومؤسساتها.

2/ أن إجبار الدولة على احترام القانون والدستور في هذه الحالة قد يؤدي إلى زوال الدولة ذاتها.

غير أن القول بأن الخروج عن القانون يؤدي إلى إهدار الحقوق والحريات، يفرض أن تقوم الدولة بالموازنة بين توسيع سلطات الإدارة، من خلال السماح لها بخرق بعض القواعد القانونية العادية، مقابل تطبيق قواعد استثنائية، تتماشى مع طبيعة الظرف الاستثنائي.

وإذا كانت بعض الدول قد وضعت مسبقاً نصوصاً قانونية، سواء في الدستور أو في القوانين العادية لمواجهة بعض المخاطر، فإن هذه عادة ما تكون غير كافية لمواجهة مختلف المخاطر التي تترصد بالدولة خارجياً وداخلياً، وذلك لاستحالة التنبؤ بكل ما يمكن أن يتعرض له كيان الدولة من ظروف استثنائية، تبرر اللجوء لحالة الضرورة بصورها المختلفة. ومن هذا المنطلق، اضطر القضاء الإداري إلى التدخل لسد ما يشوب الحلول التشريعية للظروف الاستثنائية من نقص وقصور، فهو يكمل فراغات النصوص ويسد ثغراتها.

لقد أضحت نظرية الظروف الاستثنائية، وهي الأساس الفلسفي والقانوني لحالة الطوارئ، نظرية قائمة بذاتها، ومعترفاً بها تشريعاً وفقهاً وقضاءً، وهي تعبر عن حقيقة الدور الابتكاري والإنشائي الخالص للقاضي الإداري للقواعد الإدارية. هذا وتجدر الإشارة إلى أن نظرية الظروف الاستثنائية لم تظهر عبثاً، بل جاءت تحت تأثير ظروف الحرب العالمية الأولى، وحاجة الإدارة إلى قدر من الحرية، من أجل القدرة على مواجهة الأوضاع غير العادية.

وفي محاولة لتتبع الأصل والتطور التاريخي لحالة الطوارئ في الأنظمة المقارنة، نجد أن أول مرة تظهر فيها فكرة حالة الطوارئ في فرنسا ربما كانت في القانون الصادر في يوليو 1791، وقد نظمها المادة العاشرة منه، التي اقتصر على تنظيم حالة الطوارئ العسكرية أو الأحكام العسكرية، والتي عادة ما تركز على أعمال الحرب. إلا أن المشرع الفرنسي قام في مرحلة لاحقة بتوسيع هذا القانون، ليمتد إلى ما وراء الأعمال العسكرية، فيشمل أيضاً حالة الطوارئ السياسية، التي تمتد

بدورها لتشمل أيضاً الاضطرابات الداخلية التي تهدد أمن الدولة²¹. هذا بالإضافة إلى القانون الصادر في 1955، الذي أعطى بدوره أيضاً صلاحيات واسعة جداً لرئيس الدولة، تمكنه من مواجهة حالة الطوارئ. ولعل أوضح تنظيم لحالة الضرورة في فرنسا كان في ظل دستور 1958 الحالي، الذي نصت المادة 16 منه على منح صلاحيات واسعة للرئيس. وقد مرت فرنسا بحالات دعت رئيس الدولة فيها إلى إعلان حالة الطوارئ بالاستناد إلى هذه القوانين ما يقرب من خمس مرات، لعل أهمها ما حدث بين سنتي 1955-1958 خلال الحرب الجزائرية، وفي سنة 1961، التي مدد فيها شارل ديغول حالة الطوارئ إلى أجل غير مسمى، دون الحصول على موافقة الجمعية الوطنية، كما ينص القانون، ولم تنته إلا بانتهاء الحرب مع الجزائر. في سنة 1984 أيضاً تم إعلان حالة الطوارئ في إقليم جزر المحيط الهادي لكاليديونيا الجديدة، ثم أخيراً في 2005-2006 لمواجهة أحداث الشغب التي حدثت في ضواحي بعض المدن الكبرى في فرنسا؛ إذ طلب فيها الرئيس الفرنسي جاك شيراك تمديد حالة الطوارئ بعد فترة 12 يوماً التي يسمح بها القانون، وصوت البرلمان لتمديدتها لثلاثة أشهر أخرى. وقد رفع شيراك حالة الطوارئ قبل ستة أسابيع من الموعد المقرر لانتهائها، بعد أن هدأت أعمال العنف في أوائل يناير 2006. كما أعلنت حالة الطوارئ مجدداً في 14 نوفمبر 2015، ومُدد أجلها لأربع مرات متتالية، في 20 نوفمبر 2015 و 19 فبراير 2016 و 20 مايو 2016 ثم في 21 يوليو 2016. وقد كان الهدف من وراء ذلك تمكين السلطة الحاكمة من التصرف في مواجهة القلق الشاغل حول أحداث الشغب وكيفية مواجهتها²².

أما مصر فقد عرفت حالة الطوارئ منذ 11 يوليو 1882، مع أول تطبيق للأحكام العرفية، قبيل الاحتلال البريطاني للبلاد، وتكرر العمل بها لفترات، خلال النصف الأول من القرن العشرين. وعلى الرغم من أن البلاد كانت في حالة احتلال، فإن تطبيقها كان استثنائياً، حتى جاءت دولة ما بعد الاستعمار، لتجدد العمل بها مع استخدام نظام يوليو كلمة (طوارئ) لأول مرة أول نوفمبر 1956، حتى صدور القانون 162 لسنة 1958، الذي أعطت مادته الثالثة لرئيس الجمهورية الحق في إصدار قرارات الاعتقال²³. ثم جاء نص الدستور السابق في مادته رقم 148 ليمنحه الحق في إعلان حالة الطوارئ، فنصت على أن "يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوماً التالية ليقرر ما يراه بشأنه.

وقد تم اللجوء لقانون الطوارئ بين الخامس من يونيو 1967 حتى 15 مايو 1980، لتكون أطول مدة عاشتها البلاد تحت الأحكام العرفية منذ أن عرقتها. وظلت أجيال متعاقبة تولد وتحكم بالقانون الاستثنائي المشبوه، عقب حادثة المنصة الشهير، واغتيال الرئيس محمد أنور السادات عام 1981 وحتى 2010، وهي أطول فترة في تاريخ مصر

²¹ - محمد أحمد إبراهيم، ضمانات الأفراد في ظل الظروف الاستثنائية في المجالين الدولي والإداري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2008، ص 326.

²² - Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues, L'état d'urgence, étude constitutionnelle historique et critique, 2016, LGDJ, page 145.

²³ - جان الان، القانون الدولي في الشرق الأوسط السلطة بدلا من العدالة، هانس المملكة المتحدة، 2004 ص 207.

تطبق فيها حالة الطوارئ، على الرغم من محاولة كثير من الخبراء والفقهاء لوضع مبررات لاستمرارها، وكذا الإجماع الشعبي على ذلك.

ويلاحظ أن فرض الطوارئ يدور دائماً تحت ستار تعرض حياة الدولة للخطر. وفيما يخص حالة الطوارئ في دستور مصر المُستقتي عليه في 22-23 كانون الأول من عام 2012، فقد أجازت المادة 95 منه انعقاد أي من المجلسين (مجلس النواب ومجلس الشورى) في اجتماع غير عادي، للنظر في أمر عاجل، بناء على دعوة من رئيس الجمهورية أو الحكومة، أو طلب موقع من عشر أعضاء المجلس على الأقل. ومنحت المادة 131 من الدستور رئيس الجمهورية صلاحية إصدار قرارات لها قوة القانون، عند غياب المجلسين، إذا طرأ ما يستوجب الإسراع باتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، شريطة عرضها على مجلس النواب ومجلس الشورى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انعقادهما. فإذا لم تعرض، أو عرضت ولم تقر، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون. أما بالنسبة لحالة الطوارئ فقد منحت المادة 148 من الدستور رئيس الجمهورية صلاحية إعلانها، بعد أخذ رأي الحكومة، وعرضه على مجلس النواب للموافقة عليه بأغلبية عدد أعضائه، وجاء نصها كالتالي: "يعلن رئيس الجمهورية، بعد أخذ رأي الحكومة، حالة الطوارئ، على النحو الذي ينظمه القانون. ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس النواب، خلال الأيام السبعة التالية. وإذا حدث الإعلان في غير دور الانعقاد، وجبت دعوة المجلس للانعقاد فوراً للعرض عليه. وفي حالة حل المجلس يعرض الأمر على مجلس الشورى، وذلك كله بمراعاة المدة المنصوص عليها في الفقرة السابقة. وتجب موافقة أغلبية عدد أعضاء كل من المجلسين على إعلان حالة الطوارئ، ويكون إعلانها لمدة محددة، لا تتجاوز ستة أشهر، لا تمد إلا لمدة أخرى مماثلة، بعد موافقة الشعب في استفتاء عام. ولا يجوز حل مجلس النواب أثناء سريان حالة الطوارئ".

المطلب الثالث

الأساس القانوني لحالة الطوارئ

اختلف الفقهاء كعادته حول تقييم وتحديد طبيعة الضرورة والظروف الاستثنائية، كأساس لإعلان حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية في البلاد. وانقسمت إلى اتجاهين: نظرية الفقه الألماني، ونظرية الفقه الفرنسي، التي تبنتها أغلب الدساتير، فضلاً عن نظرية الفقه الإسلامي:

أولاً- الفقه الألماني (نظرية الضرورة نظرية قانونية):

تبنت الدساتير الألمانية نظرية الضرورة، التي أكدت على أن الدولة هي التي أوجدت القانون لتحقيق مصالحها. فلا تخضع له إذا كان تحقيق تلك المصالح يتنافى مع أحكامه، لأن القانون وسيلة لغاية هي حماية الجماعة. فإذا صادفت الحكومة ظروفاً خطيرة تهدد السلامة العامة، وتعرض البلاد لأخطار، يمكنها عندئذ مواجهة الحال باتخاذ تدابير سريعة، هي أصلاً من اختصاص السلطة التشريعية. وعلى البرلمان بعد ذلك أن يصلح الأمور بتصديقه اللاحق على ما صدر مخالفاً للقانون²⁴

24 - د. محي الدين الفيضي، القانون الإداري العام، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت. لبنان-2007 -ص179.

وبناء على ذلك اعتبر الفقه الألماني نظرية الضرورة وصورها المختلفة نظرية قانونية. وقد أسند الفقه الألماني تبرير قانونية حالة الضرورة إلى فلسفة هيغل ونظريته عن الدول، وكانت الضرورة ذريعة ألمانيا لخوض الحرب العالمية الأولى للتخلص من المعاهدات الدولية. وقد ترتب على ذلك عدة آثار منها:

1- إذا ما واجه المجتمع والدولة خطراً أو أزمة تهدد سلامتهما، فإن للسلطات العامة مطلق الحرية في اتخاذ ما تراه مناسباً لمواجهتها، ولو أدى ذلك إلى خروجها على مجمل الضوابط والقيود والقواعد الدستورية والقانونية وقواعد القانون الدولي. وقد تبنى هتلر هذه النظرية، حين غزا دول الجوار الألماني، بحجة أن سياستها تهدد سلامة ألمانيا.

2- كل ماتقوم به السلطات في ظل الأزمة والخطر يُعد سليماً وقانونياً ومشروعاً، ولو خالف الدستور، ودون حاجة لأخذ موافقة من أحد.

3- بما أن نظرية الضرورة نظرية قانونية، فلا يتولد لأية جهة أو أي مواطن حق في التعويض عن الأضرار التي تلحقه جراء أعمال الضرورة، كالأجرة عن أعمال السخرة أو الأضرار التي تلحق ممتلكاته²⁵.

ثانياً - الفقه الفرنسي: (نظرية الضرورة نظرية سياسية):

تختلف وجهة النظر الفرنسية عن وجهة النظر الألمانية حول نظرية الضرورة وتأصيلها على أساس من الواقع، وإرجاعها إلى أساس قانوني، في أن الأعمال والإجراءات التي تتخذها الدولة في أحوال الضرورة تكون غير مشروعة إلا في بعض الحالات، وأن يكون اللجوء إليها هو الوسيلة الوحيدة الممكنة لدرء المخاطر، ووجود خطر جسيم يهدد الدولة، بوصفها أحد أشخاص القانون الدولي، وأن يمس الخطر موضوعات معينة، قدر المشرع أهميتها بالنسبة لسلامة الدولة.

وبهذا الصدد ظهر في الفقه الفرنسي اتجاهان: أحدهما يضيف عليها مفهوماً قانونياً، بينما يرى الآخر أنها ذات طابع سياسي وواقعي. من أنصار الطبيعة القانونية للنظرية كل من دوجي وهوريو، إلا أنهما، بخلاف الفقه الألماني، وضعوا ضوابط وشروطاً قاسية لتطبيقها. فيرى العلامة هوريو أن الحكومة لا تملك فقط الحق في اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة الظروف الاستثنائية كالحرب، وإنما عليها واجب اتخاذ هذه الإجراءات لحماية الدولة، استناداً إلى حق الدفاع الشرعي، فإذا كانت الدولة في مواجهتها لهذه المخاطر تخرج عن إطار المشروعية، فإنها لا تخرج عن إطار القانون، طالما كانت هي في حالة دفاع شرعي²⁶.

ويذهب أصحاب النظرة السياسية للمبدأ، وهو الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء الفرنسي، وعلى رأسهم الفقيه كاريه دي ملبيرج، إلى أن الضرورة في حد ذاتها لا يمكن أن تكون مبرراً لخروج السلطات الدستورية السياسية عن النصوص الدستورية، إذا لم تسمح لها بهذا الخروج، وإلى أن السلطة

²⁵ - د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط2، 2002، ص 558.

²⁶ - لمزيد من التفصيل انظر، François Saint-Bonnet, L'état d'exception, 1er édition, 2001, PUF, page 9.

التأسيسية وحدها هي المخولة بوضع نص ينظم حالة الظروف الاستثنائية، وكيفية اللجوء إليها واستخدامها²⁷، كما أكد أن الضرورة لا تخلق قواعد قانونية، ولا تحل محل القوانين القائمة، وأن الحكومة، إذا اتخذت تحت ضغط الضرورة إجراءات تخالف الأنظمة القانونية القائمة، فإن هذه الإجراءات تعد بحسب الأصل إجراءات غير مشروعة، فالإدارة ينبغي أن تلتزم بمبدأ المشروعية، لا في الظروف العادية فقط، وإنما كذلك في الظروف غير العادية، وغاية ما في الأمر أن الإدارة يمكنها أن تتحاشى المسؤولية الناجمة عن مخالفتها القانون بأن تعرض على البرلمان الإجراءات التي اتخذتها، وتطلب منه أن يعفيها من المسؤولية بواسطة قانون يعرف في فرنسا باسم قانون التضمينات، والقضاء هو الجهة الوحيدة المختصة بالفصل في مدى ضرورة اتخاذ الإجراءات الاستثنائية، ومدى التزام الإدارة بضوابط وقيود هذه النظرية، وبذلك تكون الضرورة نظرية واقعية لا قانونية.

ثالثاً - نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي:

تقوم نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي على قاعدتين هما: قاعدة "المشقة تجلب التيسير"، وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار".

أولاً - المشقة تجلب التيسير:

يقصد بها أن المشقة التي تخرج عن المعتاد تجلب التيسير. وتتحقق هذه المشقة إذا كان من شأن التكليف إيقاع الضرر بالمكلف، في نفسه أو ماله أو في ما يعد من ضروريات حياته ومعاشه. وتدخل هذه القاعدة في باب الرخص. ومن أدلتها قوله تعالى "يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ"، وقوله تعالى "فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ"، وقوله تعالى "مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ"²⁸، وحديث الرسول صلى الله عليه وسلم "إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه".

ويتفرع عن هذه القاعدة الأصولية عدد من القواعد منها:

1- قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات). ومن تطبيقات هذه القاعدة "إباحة شرب الخمر لدفع العطش لمن أشرف على الهلاك ولم يجد سوى الخمر، جواز النطق بكلمة الكفر للمضطر، إباحة أكل الميتة عند الضرورة".

2- قاعدة (الضرورة تقدر بقدرها)، ومفادها أن المضطر لا يأكل ولا يشرب من الأشياء المحرمة إلا ما يسد به رمقه.

ثانياً - لا ضرر ولا ضرار:

وسندها حديث الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم حيث قال (لا ضرر ولا ضرار). ويتفرع عن هذه القاعدة عدد من القواعد منها: (الضرر يزال بقدر الإمكان) وقاعدة (يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام) وقاعدة (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) وقاعدة (الضرر لا يزال بالضرر) وقاعدة (درء المفسد أولى من جلب المصالح).

²⁷ أنظر - François Saint-Bonnet, L'état d'exception, 1er édition, 2001, PUF, page 21

²⁸ - (البقرة 185)، (البقرة: 173)، (المائدة 6).

وقد استنبط فقهاء الشريعة من هذه المصادر الشرعية أحكاماً وشروطاً وقيوداً لتطبيق حالة الضرورة، منها أن الضرورة تقدر بقدرها، وأن يكون الخطر الذي يبرر الاضطرار جسيماً وحالاً، وألا يوجد طريق غيره لدفع الخطر، والعودة للحكم الشرعي الأصلي عند زوال أسباب الاضطرار. ومن تطبيقات ذلك أن الخليفة الراشد عمر بن الخطاب (رضى الله عنه) قد عطل حد السرقة في عام المجاعة، الذي يعرف في التاريخ الإسلامي بعام الرمادة²⁹.

المبحث الثاني

التنظيم القانوني لحالة الطوارئ

على الرغم من اتفاق الدول تقريباً فيما بينها على أن هناك ظروفاً استثنائية، تجبرها على اتخاذ بعض الإجراءات التي تعد غير مشروعة في الظروف العادية، حماية للنظام العام، وحسن سير المرافق العامة، فتضفي على إجراءاتها تلك صفة المشروعية الاستثنائية³⁰، فإنها اختلفت فيما بينها في شأن تنظيم حالة الطوارئ، وإن كان الغالب أنها تنظم في دساتيرها حالة الطوارئ صراحة، وتحيل التفاصيل للقانون أو المراسيم بقوانين³¹.

ومع أنه لا يوجد تعريف واحد يُجمع عليه الفقهاء لتعريف حالة الطوارئ، إلا أنه يمكن وضع إطار عام، يمكن من خلاله تحديد ماهية حالة الطوارئ بأنها نظام استثنائي شرطي، مبرر بفكرة الخطر المحدق بالدولة، الذي يستلزم إجراءات وتدابير قانونية لحماية البلاد، كلها أو جزء منها، ضد الأخطار الناجمة عن عدوان داخلي أو خارجي، حيث تنتقل صلاحيات السلطة المدنية إلى السلطة العسكرية. وقد تكون على شكل أحكام عرفية أو عسكرية أو سياسية، وغالباً ما يتم اللجوء لإعلان هذه الحالة عند ظهور ما يهدد النظام السياسي للبلاد، كتمرد أو نزاع مسلح أو وقوع حروب أو كوارث أو انتشار أوبئة.

وقد دأب المجتمع الدولي على وضع إطار يكفل الحقوق والحريات العامة في الظروف الاستثنائية. وبمراجعة العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، كما سبق أن أشرنا في موضع سابق من هذا البحث، نجد أنه قد تضمن حدوداً لا يجوز للدولة أن تنتازل عنها في الظروف الاستثنائية في مجال الحقوق والحريات، وإلا كان ذلك محل مساءلة المجتمع الدولي. ولئن كان ذلك يعد شأناً من الشؤون الداخلية للدول الأعضاء، إلا أنه ينبغي على هذه الدول مراعاة الحد الأدنى من إجراءات كفالة الحقوق والحريات الأساسية والعامة.

²⁹ - د. يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، 1993م، ص 80، وكذلك يسري العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية - دراسة مقارنة، مجلة المحامي، السنة العشرين، 1996، ص 17. وكذلك محمد مذكور، مدخل للفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، ص 275، 279.

³⁰ - مازن ليلو راضي، الوجيز في القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2003، ص 21.

³¹ - ياسر أحمد إبراهيم الماحي، إعلان حالة الطوارئ وأثره على مبدأ المشروعية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الخرطوم، فبراير 2007، ص 14.

ولا شك في أن النظم الاستثنائية القانونية المعتمدة لمواجهة الظروف غير الطبيعية التي تتعرض لها الدولة، ممثلة بقانوني الأحكام العرفية والطوارئ، قد يترتب على تطبيقها نتائج تؤثر على الحقوق والحريات التي ينظمها القانون، لذا اهتمت الدول بهذه القوانين، في محاولة لخلق قدر من المواءمة بين الغاية الأسمى، وهي حماية الدولة وتحقيق أمنها واستقرارها، وعدم انتهاك حقوق وحريات المواطن في هذه الظروف.

نحاول فيما يلي دراسة التنظيم الدستوري والقانوني لحالة الطوارئ، مركزين في دراستنا على التجربة الليبية، لخطورتها وتنوع تطبيقاتها في المراحل الدستورية المختلفة التي مرت بها البلاد، مقارنة بالتجارب في النظم المقارنة الأخرى كلما أمكن ذلك، وذلك في مطلبين: نتناول في المطلب الأول التنظيم الدستوري لحالة الطوارئ في ليبيا. ونخصص المطلب الثاني لدراسة التنظيم القانوني والتشريعي لحالة الطوارئ في ليبيا.

المطلب الأول

التنظيم الدستوري لحالة الطوارئ في ليبيا

يستند النظام القانوني العام للدولة إلى دستورها الذي يكون لقواعده وأحكامه السمو والعلو على غيرها في الظروف العادية. ولكن عند تعرض الدولة لخطر جسيم، يهدد كيانها، أو يهدد وجود شعبها، يكون الأمر مختلفاً، وغالباً ما ينظم الدستور آلية التعامل مع تلك الظروف الاستثنائية غير العادية، وأساليب درئها بأقل خسائر ممكنة، وبأقل نسبة من التضحية بمبدأ المشروعية، ولأقصر مدة متوقعة. وغالباً ما تنظم دساتير الدول وقوانينها أنظمة الاستثناء التي تعتمد عليها. وقد تأتي الخطوط العامة والرئيسية لذلك التنظيم في الدستور، بينما تكون التفاصيل الدقيقة في القانون.

وقد ظهرت نظرية الظروف الاستثنائية، بصفتها أحد الأسس القانونية المسوغة لفرض حالة الطوارئ وأنظمة الاستثناء الأخرى، من خلال منح الإدارة الوسائل المناسبة لمواجهة الحالات التي يصعب فيها تطبيق مبدأ المشروعية بسياقه الاعتيادي، الأمر الذي يؤدي إلى التحول نحو تطبيق مبدأ المشروعية الاستثنائية، لمنع إعاقة تأمين مبدأ استمرارية المرافق العامة والمحافظة على النظام العام³².

وفي ظل تلك الظروف الاستثنائية يستلزم ضمان حقوق الإنسان وحرياته الأساسية تفعيل القوانين القادرة على ردع السلطات الاستثنائية عن التجاوز على مبدأ المشروعية الاستثنائية، من خلال إخضاعها للرقابة على الأقل، تحقيقاً للمصلحة العامة.

وتتنوع الظروف الاستثنائية بمختلف تصنيفات أنظمة الاستثناء، ومن ضمنها حالة الطوارئ، وحالة فرض الأحكام العرفية، عن أنظمة الاستثناء الأخرى، التي استحدثت بموجب نصوص

³² - د. فوزي فرحات، القانون الإداري العام، الكتاب الأول التنظيم الإداري والنشاط الإداري، ط1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت-لبنان، 2004، ص159.

دستورية معينة، إلا أننا خصصنا هذا البحث لدراسة أخطر حالات الاستثناء، وهي حالة الطوارئ، لتحديدها وبيان ما يميزها عن غيرها من صور الحالات الاستثنائية.

وقد اختلفت الدول في تنظيم حالة الاستثناء بصورها المختلفة، فبينما منح الدستور الأمريكي الرئيس سلطات شبه مطلقة في إعلان حالة الاستثناء، ولم يقيد ذلك بضرورة العرض على السلطة التشريعية (الكونجرس)، ذهبت فرنسا إلى منح حق الموافقة أو عدم الموافقة على إعلان حالة الضرورة للسلطة التشريعية، مع احتفاظ السلطة التشريعية بحق مد حالة الضرورة وإنهائها. وفي حال غياب البرلمان أو استحالة انعقاده فإن لرئيس الدولة، بعد أخذ رأي مجلس الوزراء، إعلان حالة الضرورة، على أن يجتمع البرلمان بقوة القانون خلال يومين ليقرر مصير هذه الحالة ببقائها أو العدول عنها³³. هذا ما أكدت عليه المادة 16 من الدستور الفرنسي (1958) التي نصت على الآتي "إذا أصبحت مؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية مهددة بخطر جسيم حال، يترتب عليه توقف السير المنتظم لسلطات المادة الدستورية، كان لرئيس الجمهورية أن يتخذ من الإجراءات ما تتطلبه هذه الظروف، بعد استشارة كل من رئيس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ والمجلس الدستوري. ويجب أن يكون الغرض من الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية أن يؤمن للسلطات الدستورية في أقل مدة ممكنة الوسائل الفعالة لإنجاز مهام وظائفها، على أن يأخذ رأي المجلس الدستوري حيال هذه الإجراءات. وفي هذه الظروف يجتمع البرلمان بقوة القانون. ولا يجوز لرئيس الجمهورية أن يحل الجمعية الوطنية خلال ممارسته لهذه السلطات الاستثنائية".

أما في مصر فقد نصت المادة 74 من دستور 1971 السابق على أنه "لرئيس الجمهورية، إذا ما قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة المواطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري، أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بياناً إلى الشعب، ويجري الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال الستين يوماً من اتخاذها". ويبين لنا من هذا النص أن الدستور المصري لا يلزم رئيس الجمهورية بمشاركة أي جهة دستورية أخرى في اتخاذ قرار العمل بالمادة 74 أو في التدابير المسندة لها، فغياب استشارة رئيس البرلمان أو المحكمة الدستورية العليا أو مجلس الوزراء أو سواهم من الشخصيات العامة يجعل من الرئيس هو المتحكم الوحيد في هذا الموضوع، وقراره هو القرار الوحيد في هذه الحالة³⁴.

ومن هنا يتضح أنه، وإن اتفق الدستور المصري مع نظيره الفرنسي على اعتبار حالة الطوارئ ظرفاً استثنائياً قدامته حالة الضرورة، إلا أنه اختلف معه في إلزام الدستور المصري لرئيس الدولة بضرورة إجراء استفتاء على ما اتخذه من إجراءات، خلال 60 يوماً من اتخاذها، في الوقت الذي اكتفى الدستور الفرنسي بإلزام رئيس البلاد بضرورة استشارة المجلس الدستوري بشأن موضوعها، واشترط انعقاد البرلمان بقوة القانون إن كان في غير وقت انعقاده.

33 - محمد عبدالحميد أبو زيد، سلطة الحاكم في التغيير في التشريع شرعاً وقانوناً، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1984، ص 339

34 - ياسر أحمد ابراهيم الماحي، إعلان حالة الطوارئ وأثره على مبدأ المشروعية، ص 17.

بيد أن الوضع قد اختلف في الدستور الحالي، الذي صدر في 2015، فطبقاً للمادة 154 منه لرئيس الجمهورية الحق في إعلان حالة الطوارئ، بعد أخذ رأي مجلس الوزراء، على النحو الذي ينظمه القانون، وان يعرض هذا الإعلان على مجلس النواب، خلال 7 أيام، ليقرر ما يراه بشأنه، ويشترط موافقة أغلبية عدد أعضاء المجلس، ويكون إعلانها لمدة محددة، لا تتجاوز ثلاثة أشهر، ولا يمكن تمديدها إلا لمدة أخرى مماثلة، بشرط موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب. وفرض حالة الطوارئ في مصر يعنى في مضمونها فرض الحالة الاستثنائية في مرحلة زمنية محددة، قابلة للتמיד، وفقاً للظروف الأمنية ومتطلبات المرحلة، وتعنى في مضمونها أيضاً إطلاق يد سلطات الأمن في كل اتجاه، للوقاية ومنع التهديدات التي تحيق بالدولة، فوفقاً للمادة 2 من قانون الطوارئ، يجوز إعلان حالة الطوارئ في حالة الحرب، أو قيام حالة تهدد بوقوعها، أو عند تعرض الأمن والنظام العام في أراضي الجمهورية أو في جزء منها للخطر، بسبب حدوث اضطرابات أو فتنة داخلية أو كوارث طبيعية أو انتشار وباء. ويبين لنا الفرق الواضح بين المعالجة الدستورية السابقة والحالية لحالة الطوارئ، وكيف اتجه المشرع الدستوري إلى تقييد إعلانها بعدد من الإجراءات الدستورية، في خطوة لحماية الحقوق والحريات العامة، لما يترتب على إعلان حالة الطوارئ من مساس وتقييد للحقوق والحريات الفردية للمواطنين.

وسنتناول في هذا المطلب تنظيم حالة الطوارئ في الوثائق الدستورية الليبية، وذلك حسب المراحل الدستورية التي مرت بها ليبيا، والتي تبدأ بصور دستور الاستقلال في 7 أكتوبر 1951، الذي يعد أول وثيقة دستورية للدولة الليبية بأقاليمها الثلاثة. وعلى الرغم من صدور وثائق دستورية سابقة إلا أنها كانت تنظم الحياة الدستورية والسياسية في كل إقليم مستقلاً عن الآخر، في حين كان دستور 1951 منظماً للحياة السياسية والدستورية للدولة الليبية بأقاليمها الثلاثة، قائماً على النظام الفيدرالي فيما بينها، الذي عدّل فيما بعد سنة 1963، بتوحيد الأقاليم الثلاثة في دولة موحدة وإلغاء الشكل الفيدرالي للدولة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الولايات الثلاث، وهي طرابلس وقران وبرقة، قد خضعت في مراحل سابقة إلى سلطات الحاكم العسكري المحتل البريطاني 1942، الذي أصدر عدداً من القرارات واللوائح الخاصة بتنظيم حالات الاستثناء ونظام الطوارئ، تحت اسم لوائح حالات الطوارئ، كالإعلان رقم 147، والإعلان رقم 175، والإعلان رقم 182، والإعلان رقم 200، والإعلان رقم 202، التي جاءت لتنظيم نظام الطوارئ في ولاية طرابلس. كما صدرت التشريعات الخاصة بولاية قران، كقرار بمنع التجول في مناطق معينة من ولاية قران في مواعيد معينة، الذي صدر عن المجلس التنفيذي لولاية قران بتاريخ 6 نوفمبر 1946، وتشريعات برقة الخاصة بالسلطة أثناء الطوارئ، المنشور تحت رقم 172 قبل استقلال ولاية برقة من المحتل البريطاني الصادر بتاريخ 17 يونيو 1948.

أما بعد استقلال البلاد واعتماد دستور 1951، وبدراسة النصوص الدستورية المتعلقة بموضوع بحثنا في هذا الدستور نجد أن المشرع الدستوري قد تناول تنظيمه في إطار الظروف الاستثنائية التي تمر بها الدولة، بداية بالمادة 64 التي تنص على أنه "إذا طرأت أحوال استثنائية، تتطلب تدابير مستعجلة، ولم يكن مجلس الأمة منعقدًا، فللملك الحق أن يصدر بشأنها مراسيم، يكون لها قوة

القانون، على أن لا تكون مخالفة لأحكام الدستور. وتعرض هذه المراسيم على مجلس الأمة في أول اجتماع له، فإذا لم تعرض أو لم يُقرها أحد المجلسين زال ما لها من قوة القانون). كما نصت المادة 70 من دستور الاستقلال على أن (الملك يعلن الأحكام العرفية وحالة الطوارئ، على أن يعرض إعلان الأحكام العرفية على مجلس الأمة، ليقرر استمرارها أو إلغائها. وإذا وقع ذلك الإعلان في غير دورة الانعقاد، وجب دعوة مجلس الأمة للاجتماع على وجه السرعة).

بدراسة هذه النصوص يتضح لنا أن الدستور قد منح الملك، وفقاً للمادة 64 منه، حق إصدار مراسيم لها قوة القانون لمواجهة الحالات الاستثنائية التي قد تمر بها البلاد، وكان البرلمان في غير دورات الانعقاد العادية، إلا أنه قد قيد ذلك بعدد من الشروط الواجب تحققها، وتجعل من مراسيم الملك خاضعة لرقابة القضاء ومعرضة للإلغاء حال عدم تحققها. هذه الشروط هي:

أولاً- تحقق أحوال استثنائية تتطلب تدابير عاجلة.

ثانياً- عدم مخالفة هذه المراسيم لدستور البلاد.

ثالثاً- عرض هذه المراسيم على مجلس الأمة في أول اجتماع لها ليقرها، كما أكد النص على إبطال هذه المراسيم إذا لم يتم عرضها، أو تم عرضها ولم يُصادق عليها أحد المجلسين. كما منحت المادة 70 من الدستور الملك حق إعلان حالة الطوارئ والأحكام العرفية، على أن يتم عرض ذلك على مجلس الأمة ليقرر مدى إمكانية استمرارها أو إلغائها.

وفقاً لهذه النصوص فإن السلطة التنفيذية يمكنها، إذا طرأت أية ظروف استثنائية، أن تصدر مراسيم بقوانين، تتمكن بها ومن خلالها من مواجهة هذه الظروف، بيد أنه تجدر الإشارة، وبالنظر لاستثنائية هذا الاختصاص الممنوح لها، إلى وجوب أن تمارسه السلطة التنفيذية في أضيق نطاق، فلا يجوز لها ممارستها في الظروف العادية، فهو مرتبط بتحقيق ظروف استثنائية، تمر بها البلاد، تبرر هذا اللجوء. هذا مع الإشارة إلى أن تقدير الظروف الاستثنائية يرجع للسلطة التنفيذية، وهي في ذلك خاضعة لرقابة مجلس الأمة.

وقد أكدت ذلك المحكمة العليا الليبية في حكم لها بتاريخ 11 فبراير 1961 جاء فيه (ومن حيث إن طرء حالة استثنائية يقتضي اتخاذ إجراء لا يحتمل التأخير، مشروط في الدستور، لا يصح بدون القانون الصادر بطريق المرسوم، إلا أن تقدير قيام أحوال الاستثناء وموجبها من الإجراءات المستعجلة مرده إلى السلطة التنفيذية، تحت رقابة البرلمان، فلها، في حدود هذه الرقابة، أن تقدر ملاءمة أو عدم ملاءمة استعمال رخصتها التشريعية الاستثنائية، لأنه قد يتعذر على غيرها تقدير هذه الملاءمة تقديراً كاملاً سليماً، لما تحتاجه من إحاطة تامة بالظروف والملابسات التي تدعو إلى إصدار مرسوم بقانون، وقد يكون منها ما تقتضي مصلحة البلاد العليا كتمانها، فلا يمكن أن تبوح به السلطة التنفيذية إلا في جلسة سرية، تحت قبة البرلمان الذي تُسأل أمامه. وبذلك فلا وجه لمناقشة الحكومة في ساحة القضاء عن ظروف إصدار المرسوم بقانون، ومطالبتها بالإبانة عن الدليل على حالة الاستعجال التي اقتضته، لأنها قد تؤثر الكتمان، حرصاً على مصلحة عامة ترعاها، فلا يقع حكم القاضي على سبب من الحقيقة، فإن رأت الإفضاء بظروف الضرورة، فقد يجرها ذلك في بعض الظروف إلى الإخلال بواجبها في حفظ الأسرار العامة من أن تطرح في جلسات المحاكم أو تنشر في أحكام القضاء)³⁵.

ولا يخفى علينا، من خلال دراسة هذه المواد، تأثر المشرع الليبي، بأن النظام الملكي، بنظيره الفرنسي والمصري، وربما يرجع سبب ذلك إلى صياغة القوانين الليبية في بداية نشأة الدولة الليبية بواسطة رجال القانون المصريين، الذين استمدت قوانين بلادهم من القوانين الفرنسية. وبناء على المادة 64 والمادة 70 من دستور 1951 صدر عن مجلس الوزراء المرسوم بقانون بتاريخ 5 أكتوبر 1955 بأمر ملكي، الذي سنتناوله بالتفصيل في المبحث المتعلق بالتنظيم التشريعي لحالة الطوارئ.

وبتاريخ 15 ديسمبر 1969، بعد انقلاب سبتمبر، تشكل مجلس قيادة الثورة، الذي ترتب عليه تقلد القذافي مقاليد السلطة والحكم. وقد أصدر مجلس قيادة الثورة آنذاك، بُعيد الانقلاب، الإعلان الدستوري يوم 1969/12/11 لتنظيم الحياة الدستورية والسياسية، بعد سقوط النظام الملكي، وقد جاء في ديباجته أن ".... هذا الإعلان الدستوري ليكون أساساً لنظام الحكم في مرحلة استكمال الثورة الوطنية الديمقراطية، وحتى يتم إعداد دستور دائم، يعبر عن الإنجازات التي تحققت الثورة، ويحدد معالم الطريق أمامها."

تنص المادة 18 من الإعلان الدستوري، الذي يعد أول وثيقة دستورية بعد انقلاب سنة 1969، فيما يخص نظام الحكم، على أن "مجلس قيادة الثورة هو أعلى سلطة في الجمهورية العربية الليبية، ويباشر أعمال السيادة العليا والتشريع، ووضع السياسة العامة للدولة، نيابة عن الشعب. وله بهذه الصفة أن يتخذ كافة التدابير التي يراها ضرورية لحماية الثورة والنظام القائم عليها، وتكون هذه التدابير في صورة إعلانات دستورية أو قوانين أو أوامر أو قرارات، ولا يجوز الطعن فيما يتخذه مجلس قيادة الثورة من تدابير أمام أية جهة". وفي المادة 23 ينص الإعلان الدستوري على أن "مجلس قيادة الثورة هو الذي يعلن الحرب، ويعقد المعاهدات ويصدق عليها، إلا ما قد يرى تفويض مجلس الوزراء في عقده والتصديق عليه". وفي المادة 25 نص على أن "يكون إعلان الأحكام العرفية أو حالة الطوارئ بقرار من مجلس قيادة الثورة، كلما تعرض أمن الدولة الخارجي أو الداخلي للخطر، وكلما رأى أن ذلك ضروري لحماية الثورة وتأمين سلامتها.

وتعد المادة 25 من الإعلان الدستوري تنظيمياً واضحاً لحالة الظروف الاستثنائية، وحالة الطوارئ، التي نصت على أن "يكون إعلان الأحكام العرفية أو حالة الطوارئ بقرار من مجلس قيادة الثورة، كلما تعرض أمن الدولة الخارجي أو الداخلي للخطر، أو كلما رأى أن ذلك ضروري لحماية الثورة أو تأمين سلامتها"، كما أكدت المادة 34 على استمرار العمل بجميع الأحكام المقررة في القوانين والتشريعات القائمة، فيما لا يتعارض مع أحكام هذا الإعلان الدستوري، كما يؤكد على أن كل إشارة للملك أو مجلس الأمة هي إشارة إلى مجلس قيادة الثورة.

وبالفعل أعلن مجلس قيادة الثورة اللجوء إلى تطبيق أحكام حالة الطوارئ في أكثر من مناسبة. وتجدر الإشارة هنا إلى أن مجلس القيادة الثورة لم يعلنها استناداً على اختصاصاته كسلطة تشريعية، وإنما كسلطة تنفيذية، على أنه يمثل السلطة الإدارية العليا في البلاد، ويملك السلطة التي تسند لرئيس الدولة بإصدار قرارات أو أوامر لها قوة القانون في الظروف الاستثنائية، التي تقابلها في الأنظمة

التقليدية لوائح الضرورة. وقد أتيح لمحكمتنا العليا أن تبدي رأيها في الطعن الدستوري رقم 19/3 ق، بتاريخ 20 مارس 1976، الذي تتلخص وقائعه في قيام مجلس قيادة الثورة بإصدار القانون رقم 135، بنقل ملكية بعض الأملاك الخاصة إلى الدولة، الأمر المخالف للمادة 31 من الإعلان الدستوري التي تنص على أن "الملكية الخاصة مقدسة، ولا تنزع إلا للمنفعة العامة، ولقاء تعويض عادل". بل إن القانون الذي تمت به المصادرة يخالف مبدأ الحرية والمساواة في كافة الدساتير. وقد انتهت المحكمة في حكمها بعدم الاختصاص واعتبار القانون من أعمال السيادة.³⁶

وعلى الرغم من الإشارة في ديباجة وثيقة الإعلان الدستوري على سريان هذا الإعلان لحين صدور الدستور الدائم للبلاد، إلا أن ذلك لم يحدث، ولم يصدر الدستور الدائم، الذي ينظم شؤون البلاد بشكل جامع مانع طيلة حكم القذافي، ولمدة ناهزت الأربعة عقود، وظل يحكم البلاد ببعض الوثائق ذات الطبيعة الدستورية والقوانين الأساسية بالإضافة التي التشريعات العادية.

وفي مرحلة لاحقة، وتحديداً في مارس 1977، صدرت ثاني وثيقة دستورية في ظل نظام القذافي، في ظل غياب مستمر لوثيقة دستورية كبرى جامعة منظمة لكل شؤون البلاد، وهي وثيقة الإعلان عن قيام سلطة الشعب، التي أسست لمرحلة فاصلة في تاريخ النظام الدستوري والسياسي للبلاد، والمؤسسات السياسية والدستورية القائمة عليه؛ إذ تم بمقتضى هذه الوثيقة الإعلان عن نظرية سلطة الشعب، والتي تتحدث عن الشعب يمارس الديمقراطية الشعبية، عن طريق ما أطلق عليه المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية، في الوقت الذي يسيطر القذافي فعلياً على مقاليد السلطة وأمور البلاد. وقد ظلت هذه النظرية ومؤسساتها سائدة حتى سقوط نظام القذافي في 2011.

ما يهمننا في إطار بحثنا هذا هو وثيقة الإعلان عن سلطة الشعب الصادرة في 1977، والتي جاءت خالية من النص أو حتى الإشارة إلى حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية، وما يترتب عليهما من نتائج، فقد كانت وثيقة مقتضبة، جاءت لتحديد المعالم السياسية لعهد جديد، تحت حكم معمر القذافي أطلق عليه (سلطة الشعب). الأمر الذي يعني استمرار الإعلان الدستوري الصادر في 1969 سارياً طوال هذه الفترة، لا سيما في ظل عدم صدور أي وثيقة ينص فيها صراحة أو يفهم منها ضمناً هذا الإلغاء.

في عام 2011 كان الحدث الأهم في تاريخ الدولة الليبية، أي قيام ثورة 17 فبراير، التي أسقطت نظام القذافي بعد أن تجاوز أربعة عقود في الحكم. وقد تشكل عقب هذا الحدث المجلس الوطني الانتقالي، الذي أعلن عن نفسه كسلطة جديدة لقيادة ليبيا، وأصدر بدوره الإعلان الدستوري في أغسطس 2011، ليبيّن ويضع الأسس لهذا الحدث التاريخي: أسبابه وأهدافه ورؤيته للدولة الليبية. وقد نصت المادة السابعة عشرة منه على أن المجلس الوطني الانتقالي المؤقت هو أعلى سلطة في الدولة الليبية، ويباشر أعمال السيادة العليا، بما في ذلك التشريع ووضع السياسة العامة للدولة، وهو المؤتمن على ضمان الوحدة الوطنية، وسلامة الوطن، وتجسيد القيم والأخلاق ونشرها،

وسلامة المواطنين والمقيمين والمصادقة على المعاهدات، وإقامة أسس الدولة المدنية الدستورية الديمقراطية.

وعلى الرغم من تناول وثيقة الإعلان الدستوري كافة الأمور الدستورية اللازمة لتنظيم طريقة التداول السلمي للسلطة، خلال المرحلة الانتقالية، ولحين صدور الدستور الدائم للبلاد، إلا أنها قد جاءت خالية من الإشارة إلى حالة الاستثناء بصورها المختلفة، ومن بينها الطوارئ وتنظيمها، على الرغم من صدورها في فترة حرجية، وقبل تحرير طرابلس عاصمة البلاد، الأمر الذي يؤخذ على هذا الإعلان، من حيث عدم تصوره لتنظيم دستوري لحالة الاستثناء، كديدن باقي الدساتير والإعلانات الدستورية في النظم المقارنة، لاسيما بالنظر لظروف صدوره، التي صاحبت ولادته من ثورة هزت نظام حكم شمولي سابق، وما مرت به البلاد من منازعات مسلحة في بعض المناطق، وانتشار معلوم للسلاح في البلاد، على عكس الإعلان الدستوري المصري، والقانون التأسيسي للسلطة العمومية لتونس، اللذين نظما حالة الطوارئ.

بيد أن المؤتمر الوطني قام، بعد استلامه السلطة من المجلس الانتقالي بتاريخ 2012/01/01، بتعديل الإعلان الدستوري، فنص على منح المؤتمر الوطني سلطة إصدار تشريعات بإعلان حالة الطوارئ ورفعها، وإعلان حالة الحرب ورفعها، على أن يكون التصويت على صدور تشريع بالخصوص بأغلبية مئة وعشرين عضواً على الأقل. وقد نص التعديل الدستوري رقم 4 لسنة 2012 بشكل صريح على اختصاص السلطة التشريعية، ممثلة آنذاك في المؤتمر الوطني ومن يحل محلها، بإعلان حالة الطوارئ ورفعها، وذلك وفقاً للمادة السادسة من الإعلان الدستوري بعد التعديل التي نصت على أن "... تصدر التشريعات عن المؤتمر الوطني العام بأغلبية مئة وعشرين عضواً على الأقل في الموضوعات الآتية: أ- ...، ب- إعلان حالة الطوارئ ورفعها. ج- إعلان حالة الحرب وإنهائها...". هذا المسلك من المشرع الدستوري الليبي بشأن إعلان حالة الطوارئ عكس توجهه إلى جعل الاختصاص بإعلان كل الحالات التي يترتب عليها توسيع اختصاص جهة الإدارة في الظروف الاستثنائية من اختصاص سلطة التشريع العليا، التي تتمثل حالياً في مجلس النواب.³⁷

وعلى الرغم من تشكيل لجنة من قبل المؤتمر الوطني، أعدت مشروع قانون إعلان حالة الطوارئ في ليبيا، إلا أن هذا المشروع لم ير النور، ولم يصدر عن المؤتمر أي قانون استناداً على النص المعدل للإعلان الدستوري، وهذا يعني استمرارية سريان القانون رقم 21 لسنة 1991 بشأن التعبئة السابق، حتى هذا اليوم، فيما يتعلق بتنظيم حالة الطوارئ، وما يترتب عليها من صلاحيات واسعة، وهو ما نتناوله بالتفصيل في المطلب التالي.

37 - ادخل هذا التعديل على الإعلان الدستوري بتاريخ 2012/01/01م.

المطلب الثاني

التنظيم التشريعي لحالة الطوارئ في ليبيا

إن المنظومات القانونية لمعظم النظم الدستورية والسياسية في العالم تقر بحق سلطة الدولة القائمة، التي غالباً ما تكون السلطة التنفيذية، وأحياناً تكون في بعض الدول السلطة التشريعية، وفي أحيان أخرى تكون مشتركة بين السلطتين، في إعلان حالة الطوارئ، لمواجهة ظروف استثنائية طارئة، ودرء أخطارها الجسيمة. بيد أن هذا لا يعني منح تلك السلطة المختصة صلاحيات استثنائية واسعة، قد تؤدي إلى الإضرار بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وبحالة التطبيق السليم للديمقراطية في الدولة، ومن ثم تؤدي إلى انتهاك مبدأ المشروعية، ما يفرض في كل الأحوال إخضاعها للرقابة القضائية والمساءلة القانونية.

وفي كل الأحوال فإن إعلان حالة الطوارئ يصدر بتشريع من الدولة، أو بمرسوم جمهوري أو ملكي، حسب نظام الحكم في الدولة، وإن كان القانون لا يشترط أن يتم بذات الطريقة لإصدار التشريعات أو المراسيم في الظروف العادية، وأن يمر بذات المراحل التي يمر بها في الظروف المستقرة للبلاد، فقد درجت التشريعات المقارنة على جعل سلطة إعلان حالة الطوارئ، كحالة الحرب، من القرارات الحصرية بيد رئيس الدولة. هذا مع الإشارة إلى أن إعلان حالة الطوارئ يقتصر على المنطقة التي وقعت فيها الكارثة، أي كان نوعها، باستثناء حالة الحرب فإننا نجد أن حالة الطوارئ تعلن في كافة أرجاء البلد.

من ناحية أخرى يتبين لنا أن حالة الطوارئ هي نظام لا يعلن إلا استثناءً، لدفع الخطر الشديد الذي تتعرض له سلامة البلاد وأمنها، ولا يمكن للسلطة التنفيذية أن تواجهه بالتشريعات والإجراءات العادية. ويتفق الفقه على أن الأمر الذي يبرر قيام هذه الحالة وسلطاتها الاستثنائية هو نظرية الضرورة.³⁸

ويعد التنظيم القانوني المتمثل في قوانين الطوارئ من أهم صور مواجهة الدولة للظروف الاستثنائية بقواعد قانونية مسبقة، لذلك عنيت معظم دول العالم بتنظيم حالة الطوارئ تنظيماً قانونياً، يوازن بين السلطات الاستثنائية الممنوحة للجهة المختصة وبين خضوعها للرقابة السياسية أو القضائية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن حالة الطوارئ، وإن كانت تنظم بنصوص تشريعية، كما هو الحال في قوانين الطوارئ وقوانين الأحكام العرفية وقوانين السلامة الوطنية، فأحياناً لا يكون ثمة مفر من تحقق بعض الظروف الخارجة عن أي تنظيم تشريعي مسبق، وإنما تفرضها ظروف الحالة. وعلى الرغم من التنظيم الدستوري والتشريعي إلا أن غالبية دول العالم الثالث لا تلتزم السلطات المختصة فيها، عند إعلان حالة الطوارئ، بالمدد المحددة لها، وقد تستمر لسنوات طويلة جداً كما هو الحال في

38 - سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، دراسة تحليلية بقوانين والأوامر العسكرية ومدى سلطة القضاء في الرقابة عليها بالمقارنة مع النظم المماثلة في فرنسا، منشأة المعارف الإسكندرية، 1982، ص 323.

مصر، وبالطبع ينجم عن تطبيقها انتهاكات صارخة ومستمرة لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، فضلاً عن ضعف مراقبتها سياسياً أو قضائياً، لذلك ذهب الفقه والقضاء الإداري إلان خروج السلطات المعنية على مبدأ المشروعية لابد من أن يفترن مع خضوع تصرفاتها لرقابة القضاء، للتأكد من ضرورة الإجراء المتخذ وملاءمته.³⁹

وقد تصدت السلطة التشريعية في ليبيا لهذا الأمر، مثلها في ذلك مثل باقي دول العالم، لحالة الظروف الاستثنائية وصورها المختلفة بالتنظيم. وفي هذا المطلب سنتناول بالدراسة التنظيم التشريعي لحالة الطوارئ من خلال التشريعات المختلفة التي صدرت في المراحل الدستورية التي مرت بها البلاد.

فبناءً على المادة 64 والمادة 70 من دستور الاستقلال، الصادر في 1951، اللتين سبقت الإشارة لهما في موضع سابق من هذا البحث، صدر عن مجلس الوزراء المرسوم بقانون بتاريخ 5 أكتوبر 1955، بأمر ملكي نصت المادة الأولى منه على أن: "1/ يجوز إعلان الأحكام العرفية، إذا تعرض الأمن أو النظام العام في الأراضي الليبية أو في جهة منها للخطر، سواء كان ذلك بسبب إغارة قوات العدو من الخارج أو وقوع اضطرابات في الداخل أو حدوث ظواهر طبيعية شديدة أو أوبئة. 2/ كما يجوز إعلانها لتأمين سلامة الجيوش الليبية، وضمان تموينها وحماية طرق المواصلات، وغير ذلك مما يتعلق بحركاتها وأعمالها العسكرية خارج المملكة الليبية. 3/ ولا تعلن الأحكام العرفية إلا إذا كانت الطوارئ لا تكفي لتمكين السلطات من مواجهة الظروف التي من أجلها تعلن الأحكام العرفية.

وتجدر الإشارة إلى أنه، وفقاً لدستور 1951، الذي أعطى الملك حق إصدار المراسيم، فقد أعلنت بموجب ذلك حالة الطوارئ في كافة أنحاء المملكة الليبية، بتاريخ 31 أكتوبر 1956، وانتهت الحالة بمرسوم ملكي بتاريخ 1 يناير 1959، كما أعلنت حالة الطوارئ في كافة أنحاء المملكة الليبية بتاريخ 5 يونيو 1967. وقد صدر هذان المرسومان بناء على نص المادتين 64-70 من الدستور الملكي، الذي منح السلطة التنفيذية الحق في إصدار لوائح الضبط والبوليس، من جهة أن المسائل التي تدخل في مجال الضبط الإداري، سواء منها ما يتعلق بالأمن العام أو الصحة العامة أو السكنية العامة، لا يمنع حق الإدارة في إصدار قرارات أو أوامر بقصد المحافظة على الأمن العام أو الصحة العامة، استناداً على المادة 476 من قانون العقوبات، التي صنفتها بأنها مخالفة لأوامر السلطة العامة؛ إذ يتعين أن نتبين مدلول الأمن والنظام العام الذي يبيح القانون لجهة الضبط الإداري اتخاذ هذا التدبير الاستثنائي، إذا ما تعرض هذا الأمن والنظام العام للخطر. ويقع لزاماً علينا تحديد المقصود بمدلول الأمن والنظام العام:

هناك ثلاثة عناصر تقليدية للنظام العام، استقر عليها الفقه والقضاء، هي: الأمن العام والسكنية العامة والصحة العامة. هذا هو التعريف التقليدي للنظام العام الذي أخذ به الفقه والقضاء، والمقصود بالأمن العام السلامة العامة. وينصرف ذلك إلى منع الحوادث والجرائم والاحتياط من وقوعها، سواء التي يتسبب فيها الإنسان أو الطبيعة أو ينعكس الأمن على الأفراد في صورة حالة

39 - د. محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 1-2.

نفسية من الاطمئنان والأمان، يشعر بها الأفراد في حياتهم اليومية. أما حسن النظام، ويترادف في أحكام القضاء مع السكنية العامة، فيعني اختفاء أوجه الإخلال بالنظام في الشوارع والأماكن العامة، وعدم تعكير التجمعات المختلفة للهدوء، ويتطابق مع راحة السكان. ويشمل ذلك الآداب العامة. أما الصحة العامة فتشمل الشروط العامة والخاصة للصحة العامة، باتخاذ الاحتياطات الصحية ضد ما يهدم الصحة، مثل الوقاية من الأمراض المعدية، وانتشار المواد الهدامة للصحة، وحماية الموارد الغذائية والمصادر المائية والمواد الأولية. إلا أن عناصر النظام العام التقليدية الثلاثة لم تعد تقي باحتياجات الإنسان المعاصر، وبات لازماً إضافة عنصر جديد مهم هو النظام العام الاقتصادي، الذي يقيد حرية التجارة والصناعة وحق الملكية، ويسمح في أوقات الأزمات بتدخل الدولة لإعادة الطمأنينة الاقتصادية للجماعة، ومن هنا أقرت محاكم الأمن العليا طوارئ مشروعية اعتقال مهربي الجمارك والتموين وتزوير العملة والغش التجاري وتجار العملات الأجنبية، وذلك وقاية للنظام العام الاقتصادي. ولا تغير الظروف الاستثنائية من مدلول النظام العام، ولكن تكون الأولية لمتطلباته. وقد بين القضاء الإداري حدود جهة الإدارة في الظروف الاستثنائية، فقالت المحكمة الإدارية العليا في أحكامها أن النصوص التشريعية إنما وضعت لتحكم الظروف العادية، فإذا طرأت ظروف استثنائية، ثم أصرت الإدارة على تطبيق النصوص العادية، فإن ذلك يؤدي حتماً إلى نتائج غير مستساغة، تتعارض ونية واضعي تلك النصوص. وغنى عن البيان في هذا المجال أن هناك قاعدة تنتظم القوانين جميعاً وتفوقها، محصلها وجوب الإبقاء على الدولة، فغاية مبدأ المشروعية يتطلب، أولاً وقبل كل شيء، العمل على بقاء الدولة، الأمر الذي يستتبع تخويل الحكومة، استثناءً وفي حاله الضرورة، من السلطات ما يسمح لها باتخاذ الإجراءات إلى تطلبها الموقف.

إلا أنه، وفي مرحلة لاحقة، وبلاستناد على المادة 25 من الإعلان الدستوري السابق الإشارة إليها، المتعلقة بإعلان الأحكام العرفية بقرار من مجلس قيادة الثورة كلما تعرض أمن الدولة الخارجي أو الداخلي للخطر، وكما رأى أن ذلك ضروري لحماية الثورة وتأمين سلامتها، فقد تبع ذلك في مرحلة لاحقة صدور القانون رقم 80 لسنة 1972 بشأن التعبئة العامة⁴⁰، والقانون رقم 80 لسنة 1974 بشأن التعبئة العامة في الجمهورية العربية الليبية⁴¹، الذي نصت المادة الأولى منه على "تُعلن حالة التعبئة العامة بقرار من مجلس قيادة الثورة في حالة توتر العلاقات الدولية أو قيام خطر الحرب أو نشوب الحرب. ويُعلن قيادة الثورة، بقرار منه، انتهاء التعبئة، عند زوال الحالة التي أوجبت إعلانها. ويجوز، بقرار من مجلس قيادة الثورة، في غير الأحوال المبينة في الفقرة الأولى من هذه المادة، اتخاذ التدابير اللازمة للمجهود الحربي المبينة في هذا القانون". يتضح لنا من هذا النص كيف جعل هذا القانون مجلس قيادة الثورة متحكماً في تقدير حالة الظرف الاستثنائي وصوره وقرار إعلانها ومد مدة هذه الحالة التي تمر بها البلاد، بل منحه سلطة تقديرية لمواجهة أية ظروف في غير الأحوال المنصوص عليها في النص المشار إليه، واتخاذ ما يلزم من تدابير لازمة لمواجهة.

40 - الجريدة الرسمية العدد 33 في 17 أغسطس 1972

41 - الجريدة الرسمية عدد 59 ، 26 نوفمبر 1974

يبين من هذا القانون جلياً تخويل المشرع مجلس قيادة الثورة في إصدار القرارات الخاصة بفرض الرقابة العسكرية لتأمين سلامة القوات المسلحة ووسائل وحدود تلك الرقابة دون مجلس الدفاع الوطني.

وقد استمر العمل بهذه القوانين إلى أن أعاد المشرع الليبي النظر فيها بالكامل، وذلك بموجب القانون رقم 21 (لسنة 1991)⁴²، الخاص بإعلان التعبئة، وعرفت المادة الأولى منه حالة التعبئة بأنها: "تهيئة كافة الموارد البشرية والمادية والمعنوية للدولة، وإعدادها إعداداً صحيحاً، للانتقال بها من حالة السلم إلى حالة الحرب". وقد أعطى المشرع، وفقاً للمادة 3 من هذا القانون، للمؤتمرات الشعبية الأساسية في ذلك الوقت-السلطة التشريعية للبلاد في تلك الفترة- سلطة تقرير وإعلان حالة التعبئة ونوعها؛ إذ نصت هذه المادة على أنه "تعلن بقرار من المؤتمرات الشعبية الأساسية حالة التعبئة ونوعها والغرض من إعلانها...".

وقد حددت هذه المادة أسباب إعلان حالة الطوارئ كما يلي:

أولاً: حالات الخطر الخارجي المتمثلة في:

1/ توتر العلاقات الدولية.

2/ قيام خطر الحرب.

3/ نشوب الحرب.

ثانياً: حالات الخطر الداخلي المتمثلة في:

1/ ظهور ما يهدد سلطة الشعب.

2/ حدوث كوارث أو أوبئة أو غيرها مما يهدد حياة السكان وأمنهم.

ثالثاً: حالات الإجراءات التعبوية والمناورات.

رابعاً: حالات تنفيذ برامج التحول الثوري، التي لا تفي الإمكانيات المنفردة لتنفيذها.

يتضح لنا من هذا النص أن المشرع الليبي قد حدد ثلاثة أمور غاية في الأهمية:

أولاً- الأداة أو الجهة التي تعلن حالة التعبئة، وهي، وفقاً لهذا النص، المؤتمرات الشعبية (السلطة

التشريعية في البلاد) وقرار منها. لكن ما كان يحدث في حقيقة الأمر وواقعياً، وعلى الرغم من وجود

هذا النص، أن إعلان حالة الطوارئ يتم من قبل رأس الدول، أي القذافي نفسه.

ثانياً- الشروط الخاصة بظروف الإصدار، وهي الحالات التي، إذا ما توفرت، تكون مسوغاً

لإعلان حالة التعبئة، وهي، وفقاً لهذا النص: "أولاً حالة الخطر الخارجي، المتمثلة في توتر العلاقات

الدولية أو خطر الحرب أو نشوبها، أو ظهور ما يهدد أمن البلاد أو يمس بسيادتها أو استقلالها. وثانياً

حالة الخطر الداخلي، المتمثلة في ظهور ما يهدد نظام الحكم، ومثالها انتشار أوبئة أو حدوث كوارث

تهدد أمن السكان وسلامتهم. وثالثاً إجراء التمارين التعبوية أو إجراء أي تطبيقات عملية على حالة

التعبئة ذاتها. ورابعاً وأخيراً حالات تنفيذ برامج التحول الثوري، الذي لم تكف الإمكانيات المنفردة

لتنفيذها".

ثالثاً- تحديد القيد الزمني؛ إذ، بمقتضى قرار إعلان حالة التعبئة، يستمر العمل بالإجراءات الاستثنائية التي تمنحها، منذ إعلانها بقرار من المؤتمرات الشعبية (السلطة التشريعية في البلاد)، ويستمر العمل بها إلى حين إعلان الجهة ذاتها زوال أسبابها وانتهاء حالة التعبئة.

بمراجعة نصوص هذا القانون يتضح لنا أنه لم ينص على منح الأفراد حق الطعن في الإجراءات أو القرارات الصادرة أثناء إعلان حالة التعبئة أو بسببها، كما أنه لم يُعطِ جهة معينة حق الرقابة على هذه القرارات بمقتضى القانون. يُفهم من ذلك أن المشرع قد سحب اختصاص الرقابة على مثل هذه القرارات من أية جهة قضائية أو سياسية، كما أنه، من ناحية أخرى، لم يمنح الأفراد حق الطعن في مثل هذه القرارات أو الإجراءات أمام أية جهة، الأمر الذي يُفهم منه أن المشرع قد نحا منحى من اعتنق النظرة القانونية للظروف الاستثنائية وصورها، التي يترتب عليها إضفاء الشرعية على كل الإجراءات والأعمال المتخذة أثناء إعلان حالة التعبئة، بشرط أن تكون لمواجهة حالة من الحالات المنصوص عليها في صلب المادة 3 من هذا القانون.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى حالة الدفاع المدني، التي تم تنظيمها بمقتضى القانون رقم 11 لسنة 1971 في شأن الدفاع المدني، الذي هناك شبه اتفاق فقهي على إدراجها تحت حالة الطوارئ. ومن هذه القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للدفاع المدني:

1/ القرار 2 لسنة 1992 بشأن إخضاع كافة الشركات والمؤسسات والمصانع للتفتيش من قبل الإدارة العامة للدفاع المدني، لمعرفة التزامها بكافة التدابير الخاصة بالسلامة العامة.

2/ القرار رقم 3 لسنة 1993 بشأن تحديد مهام ومسؤوليات الجهات القائمة على تنفيذ خطة الدفاع المدني.⁴³

وتتبع أهمية إدارة الأمن والسلامة من أهمية الدور المناط بها على مستوى المؤسسة برمتها، وهو حماية الأرواح والممتلكات والبيئة، والقيادة والتوجيه والإرشاد، ووضع القواعد، ونشر الوعي الوقائي. لذا فهي تعد من أهم الإدارات في المؤسسة أو المنشأة، ويجب أن توضع من ضمن الخطط التي يجب أن تتضمنها أي استراتيجية لأي مؤسسة أو منشأة، سواء أكانت صناعية أم زراعية أم تعليمية أم ترفيهية أم خدمية بأشكالها المختلفة.

بدراسة هذه النصوص ننتهي إلى أن المشرع الليبي، في تنظيمه لأسباب حالة الطوارئ ودوافعها، لم يخرج عن المألوف والمعتاد في التشريعات المقارنة؛ إذ يبدو لنا أنه قد اتفق مع النظم المقارنة في تحديد الأسباب العامة وراء إعلان حالة الطوارئ، التي اختار لها تسمية حالة التعبئة العامة، ويمكن وضع إطار لها فيما يلي⁴⁴:

1/ الحرب الفعلية، أو الاستعدادات لمواجهة حدوثها مع دولة أخرى، أو حالة الحرب الأهلية التي تمر بها الدولة ذاتها لعدة أسباب، من بينها الأسباب العرقية أو الدينية أو الطائفية، أو لمواجهة

43 - محمد قدرى الشريف، موسوعة منظومة حقوق الإنسان (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، مجلس الثقافة العام، بنغازي، ج2، 2008، ص 667

44 - الشافعي محمد بشير. قانون حقوق الإنسان. مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، منشأة المعارف/ الاسكندرية 2009. ص 253

الحركات الانفصالية، أو الاضطرابات التي تهدد الأمن، أو حصول فتنة أو انتشار الكوارث بأنواعها المختلفة، بيئية أو مرضية أو غيرها من الظروف التي تهدد الدولة.

2/ أي تهديد بتخريب داخلي.

3/ أي صورة من صور التهديد التي تؤدي إلى الانهيار المحتمل للاقتصاد.⁴⁵

أخيراً في هذا التسلسل التاريخي للتشريعات الليبية المنظمة لحالة الطوارئ، فمنذ 2011 وصدور الإعلان الدستوري بتاريخ 30 أغسطس 2011، فقد أصبح المجلس الوطني الانتقالي هو أعلى سلطة في الدولة، وفقاً للمادة 17 منه، التي نصت على أن "المجلس الوطني الانتقالي المؤقت هو أعلى سلطة في الدولة الليبية، ويباشر أعمال السياسة العامة للدولة، ويباشر أعمال السيادة العليا، بما في ذلك التشريع ووضع السياسة العامة للدولة، وهو الممثل الشرعي الوحيد للشعب الليبي، ويستمد شرعيته من ثورة السابع عشر من فبراير، وهو المؤتمن على ضمان الوحدة الوطنية، وسلامة التراب الوطني، وتجسيد القيم والأخلاق ونشرها، وسلامة المواطنين والمقيمين، والمصادقة على المعاهدات الدولية، وإقامة أسس الدولة المدنية الدستورية الديمقراطية). كما نصت المادة 35 على أن "يستمر العمل بجميع الأحكام المقررة في التشريعات القائمة، فيما لا يتعارض مع أحكام هذا الإعلان، إلى أن يصدر ما يعدلها أو يلغها. وكل إشارة في هذه التشريعات إلى ما يُسمى بـ (المؤتمرات الشعبية) أو (اللجان الشعبية) تعتبر إشارة إلى المكتب التنفيذي أو أعضاء المكتب التنفيذي أو الحكومة أو أعضاء الحكومة، كل في حدود اختصاصه، وكل إشارة إلى (الجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى) تعتبر إشارة إلى (ليبيا)".

وكما أشرنا في موضع سابق من هذا البحث فإنه لم يتم تنظيم حالة الظروف الاستثنائية بصورها المختلفة في الإعلان الدستوري الصادر في 2011.

ولم يحدث أن أعلن المجلس الانتقالي اللجوء إلى تطبيق حالة الأحكام العرفية ولا حالة الطوارئ، ولا خلفه المؤتمر الوطني، على الرغم من تعديله الإعلان الدستوري في 2012، وإضافة نص ينظم حالة الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد، وإعطاء الحق في ذلك للسلطة التشريعية، التي كان يمثلها في تلك الفترة المؤتمر الوطني. وكما سبقت الإشارة فإن قانون 21 لسنة 1991، الخاص بحالة التعبئة، ما زال سارياً حتى الآن، وهو، على الرغم من نواقصه، المرجع الأساسي عند إعلان اللجوء لحالة الطوارئ. وعلى السلطة التشريعية في ليبيا، وبالنظر للظروف التي تمر بها الدولة الليبية حالياً، والتي ثبت عجز القانون 21 الخاص بالتعبئة المشار إليه أعلاه، على الرغم من تنظيمه لحالة الظرف الاستثنائي، عن تمكين السلطات الحاكمة من مواجهتها بالشكل اللازم لحماية أمن البلاد وسلامة أراضيها وحدودها، التصدي لحالة الطوارئ من جديد بالتنظيم وإعادة النظر في المنظومة التشريعية التي تنظمها، وإن أي تشريع جديد يجب أن يتضمن تنظيمها، من حيث شروط الإعلان،

⁴⁵ - وقد جمعت التشريعات المقارنة للطوارئ الظروف الاستثنائية المسوغة لفرض نظام الطوارئ إلى المجموعات الآتية :

الأولى- الأخطار الخارجية أو الحرب الأجنبية أو الغزو أو العدوان الخارجي أو الغارة العدائية أو الهجوم الحال من القوات الأجنبية .
الثانية- الخطر القومي أو الاضطرابات الداخلية الجسيمة أو المسلحة والأخطار الداخلية أو القلاقل أو الحوادث الخطيرة التي لا تكفي فيها التدابير والإجراءات الخاصة بالدفاع عن الوطن .

الثالثة- التهديد الفعلي أو بصفة جدية للأمن والنظام العام أو المحافظة على النظام والأمن الخارجي أو الداخلي أو تعريض النظام العام والأمن العام للخطر .
*(محمد الوكيل ،حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري دراسة مقارنة، ط2-دار النهضة العربية -القاهرة -مصر -2003- ص 159).

وتاريخ بدء سريانها ومدتها، كما يجب تحديد السلطة المختصة بإعلانها بشكل واضح، التي نوصي بأن تكون السلطة التنفيذية؛ إذ هي الأقدر، بحكم موقعها على هرم السلطة، على تقدير الأوضاع والظروف، واتخاذ تدابير سريعة لا تحتمل التأخير لمواجهة الظرف الاستثنائي وحالة الضرورة متى دعت الضرورة إلى ذلك، وضرورة تحديد وصلاحيات هذه السلطة بشكل دقيق والابتعاد عن العبارات الفضفاضة القابلة للتفسير والتأويل.

المبحث الثالث

الرقابة على حالة الطوارئ

إن مبدأ المشروعية يعني خضوع جميع تصرفات الهيئات العامة في الدولة لحكم القانون في الظروف العادية. إلا أن مرونة هذا المبدأ تسمح لتلك الهيئات باستعمال قواعد وسلطات استثنائية، في مواجهة الظروف الاستثنائية، ليتم التحول نحو تطبيق قواعد المشروعية الاستثنائية. فأي إجراء يتخذ من السلطة القائمة على نظام حالة الطوارئ يجد مصدره في القانون أو الدستور، فهو نظام قانوني، يطبق في الظروف الاستثنائية المتمثلة في أخطار خارجية، كعدوان من دولة أخرى أو حرب أو غيره، وقد تكون في صورة أخطار داخلية، كعصيان من قبل جماعة أو التهديد باضطرابات أو إضراب عام، أو قد تتخذ صورة كوارث طبيعية، ومن ثم فهو لمعالجة ظروف استثنائية، تهدد كيان الدولة، وليس نظاماً دائماً، فله طابع مؤقت، يزول بزوال الظروف الداعية لتطبيقه. بيد أنه يلاحظ أن هذا النظام ليس وجوبياً، بمعنى أنه ليس هناك ما يلزم باللجوء إليه، إلا إذا كانت الوسائل والإجراءات العادية لا تستطيع مواجهة الظروف الاستثنائية، فيلجأ إليه عند الضرورة.⁴⁶

ويعد مبدأ المشروعية الحد الأعلى لسلطة الحكام وتصرفات الهيئات العامة، وهو يستند على العناصر الآتية:

العنصر الأول: الالتزام بالقانون بمفهومه الواسع، وما يختزنه حسب ظروف الزمان والمكان.
العنصر الثاني: الالتزام، في مجال تدرج النظام القانوني الوضعي، بقاعدة القانون الأعلى المنظمة للاختصاص، والمنظمة لصحة التصرفات والقرارات، أيأ كان مصدر هذه القاعدة، سواء أكانت تلك المصادر مكتوبة، كالدستور أو التشريع أو اللوائح، أم كانت غير مكتوبة، كالمبادئ العامة للقانون أو العرف أو كانت متمثلة بأحكام القضاء.

العنصر الثالث: لا يمنع مبدأ المشروعية المشرع ولا القضاء من أن يقرر كلاهما للهيئات العامة بعض الامتيازات التي تسمح لها بالخروج، جزئياً وبشروط خاصة، من آلية الخضوع للقانون، فقد يمتنع القضاء، لمبررات خاصة، عن ممارسة حقه في التعقيب والرقابة على بعض أعمال السلطة التنفيذية، مما درج الفقه والقضاء على تعريفها بأعمال السيادة.

العنصر الرابع: إن مبدأ المشروعية لا يجعل السلطة التنفيذية مجرد منفذ آلي للقانون، بل يترك لها في كثير من تصرفاتها سلطة تقديرية، تتمكن بواسطتها من حسن أداء وظائفها، حتى لا يعطل نشاطها سير المرافق العامة.

46 - د. عاصم رمضان مرسى يونس. الحريات العامة في الظروف الاستثنائية، دار النهضة العربية 2009، ص 298

العنصر الخامس: قد تفرض الضرورة في الظروف الاستثنائية على الدولة وهيئاتها العامة الخروج، وقتياً وبشروط خاصة، على المشروعية المقررة للظروف العادية، حتى تتمكن من مواجهة الأزمة، وتلافي الخطر الذي توقعها به هذه الظروف الاستثنائية.

وقد أكدت مختلف أنظمة حالة الطوارئ على وجوب ذكر أسباب إعلانها بوضوح ودقة، لعل محورها يتعلق في وجود ظروف استثنائية، ذات مخاطر جسيمة على كيان الدولة وشعبها. كما تقر تلك الأنظمة بالاختصاصات الاستثنائية الممنوحة لسلطة الطوارئ المختصة والمحددة في القانون، أو تلك الصلاحيات الاستثنائية التي يجوز لها اتخاذها وفقاً لظروف الحال، عندما لا تكون محددة في القانون.⁴⁷

وكما سبقت الإشارة فإن إعلان الأحكام العرفية وحالة الطوارئ يترتب عليه منح السلطة القائمة عليها صلاحيات استثنائية، منصوص عليها في القوانين المنظمة لها، وهي تشكل خطورة على حقوق الأفراد وحررياتهم، لذا كان لزاماً إخضاع هذه السلطة لرقابة القضاء، للتأكد من مدى شرعيتها. وهذه الرقابة تنصب على قرار رئيس الدولة بإعلان الأحكام العرفية وحالة الطوارئ، وكذلك على جميع الاختصاصات الممنوحة لرئيس الدولة بعد إعلانها.

ومن أجل الحفاظ على مفهوم الدولة القانونية الذي كان حصيلته مبدأ المشروعية، جاهد الفقه من أجل تشييد نظرية عامة تحتوي فكرة المشروعية الاستثنائية، أو ما يطلق عليه مشروعية الأزمات، كأساس قانوني لكل خروج عن الحدود التي تضعها القوانين الوضعية القائمة. وقد كان للقضاء الإداري في فرنسا على وجه الخصوص دور بارز في تشييد هذه النظرية، في نطاق القانون العام، وذلك بوضع الضوابط الدقيقة التي تنظم وتحدد هذا الخروج "الخروج على القوانين" من جانب الإدارة، وتكفل في الوقت نفسه رقابة فعالة قادرة على حصر هذا الخروج داخل هذه الضوابط وتلك الحدود. كل ذلك في إطار موازنة دقيقة بين اعتبارات المحافظة على حقوق الأفراد وحررياتهم، وبين سلامة الدولة ودرء ما يهددها من مخاطر.

ولا شك أن دراسة نظرية الظروف الاستثنائية بصورها المختلفة، التي من أهمها حالة الطوارئ، موضوع هذا البحث، تفترض بالأساس قيام دولة قانونية، ولذلك فإن سلطة اتخاذ القرارات التنظيمية أو الفردية لمعالجة الظروف الاستثنائية لا تعد حقاً خالصاً للإدارة، بل إن اختصاصها في ذلك مقيد بوجوب تحقيق شروط معينة، فهي إذن لا تستطيع ممارسة هذه الاختصاصات إلا إذا توفرت هذه الشروط التي تسوغ هذه الممارسة. وهذا يعني خضوع تصرفات الإدارة، في ظل الظروف الاستثنائية، للرقابة. ذلك أن نظرية الظروف الاستثنائية قد تعرض حقوق وحرريات الأفراد إلى مخاطر جسيمة، ولذا لا يعقل أن يترك للإدارة تقدير قيام شروط الظروف الاستثنائية بإدارتها ومتى ما شاءت، إضافة إلى أن القضاء يلعب دوراً كبيراً في مراقبة الشروط وفي نتائج تطبيق النظرية.

وستتناول بالدراسة في هذا المبحث نقطتين أساسيتين في مطلبين: نتناول في المطلب الأول الرقابة على اختصاص رئيس الدولة بإعلان العمل بحالة الطوارئ. بينما نخصص المطلب الثاني لدراسة الرقابة على اختصاصات رئيس الدولة، عند إعلان حالة الطوارئ.

المطلب الأول

الرقابة على اختصاص رئيس الدولة بإعلان العمل بحالة الطوارئ

يثور التساؤل حول التكييف القانوني لإعلان العمل بنظام حالة الطوارئ: هل يعد هذا الإعلان عملاً من أعمال السيادة، يتحصن ضد أعمال رقابة القضاء عليه، أم أنه يعد عملاً من الأعمال الإدارية يخضع لرقابة القضاء.

ولا شك في أن الإجابة عن هذا التساؤل قد شهدت جدلاً كبيراً في الفقه المقارن، فهناك من اعتبره عملاً من أعمال السيادة، ومن ثم يرى أنه لا يجوز إخضاعه لرقابة القضاء، ومنهم من لم يعتبره كذلك. وهناك من ميز بين كون الإعلان عن حالة الطوارئ قد تم من قبل السلطة التشريعية أو من قبل السلطة التنفيذية، مُعطياً تكييفاً مختلفاً له في الحالة الأولى عنه في الحالة الثانية.

ونحاول فيما يلي التعرض لموقف الفقه المقارن في الإجابة عن هذا التساؤل، فقد انقسم الفقه الفرنسي على نفسه إلى اتجاهين: يرى الاتجاه الأول أن قرار إعلان العمل بحالة الطوارئ يعد عملاً من أعمال السيادة، ومن ثم فهو يتحصن ضد رقابة القضاء، باعتبار أن هذا الإعلان تحيط به اعتبارات تبرر تخويل السلطة التنفيذية سلطة تقديرية واسعة في الظروف الاستثنائية، بغية تحقيق الصالح العام، والحفاظ على النظام والأمن العام وسلامته، ما يبرر سحب رقابة القضاء من التعقيب على ما تتخذه السلطة التنفيذية من إعلان العمل بهذا النظام.

أما الاتجاه الثاني من ذات الفقه فقد ذهب إلى اعتبار أن قرار إعلان العمل بحالة الطوارئ يعد عملاً إدارياً، يخضع لرقابة القضاء، ويخرج عن طائفة أعمال السيادة إعمالاً لمبدأ المشروعية.

لقد رأى مجلس الدولة الفرنسي، خلال الحرب العالمية الأولى، أن احترام مبدأ الشرعية لا يحمل المضمون ذاته في الحرب والسلام، في قرار قديم. وقد قرر المجلس أن الظروف الاستثنائية تسمح للحكومة باتخاذ مرسوم توقف بموجبه العمل بقانون. كما صرح مجلس الدولة، بموجب ذلك القرار، في مناسبة أخرى، بأنه في فترات الأزمات، كحالة الحرب في القضية المعنية، تكون للسلطة العامة صلاحيات استثنائية موسعة، من أجل ضمان استمرارية سير المرافق العامة.

ومن الجدير بالذكر أن الجنرال ديغول، الرئيس الفرنسي الأسبق، قد أشار في الجزء الأول من مذكراته إلى حادثين، معلقاً على احتلال فرنسا سنة 1945، ومشيراً إلى نظرية الضرورة: الحادث الأول وقع معه شخصياً، ويرى أنه كان له تأثير في وضع دستور فرنسا لسنة 1958، الذي تبني نظرية الضرورة في المادة (16) منه. ومن الجدير بالذكر أن النظام في ذلك الوقت لم يكن يسمح

لرئيس الحكومة الأخيرة في الجمهورية الثالثة بأن يتخذ أي إجراء استثنائي، لمواجهة حالة الاستثناء بصورها المختلفة، وأن اضمحلال الدولة كان في الواقع مأساة قومية. وقد أدى هذا الحادث إلى التنبيه إلى ضرورة منح رئيس الجمهورية الاختصاصات التي تمكنه من مواجهة الأزمات الوطنية. أما الحادث الثاني فيرجع إلى سنة 1851، حين قاد رئيس الجمهورية الثالثة لويس نابليون انقلاباً، أقام بعده نظاماً دكتاتورياً للحكم. وكان لذلك الحادث الثاني أثره في أهمية ضبط ممارسة رئيس الجمهورية لسلطاته في حالة الأزمة الوطنية بشروط شكلية وموضوعية معينة.⁴⁸ ويزرتب على المفهوم السياسي للنظرية عدة آثار:

أولاً- إخضاع نظرية الضرورة لعدد من الشروط والضوابط، منها:
الشرط الأول - أن يكون هناك ظرف استثنائي حقيقي، يتولد عنه خطر جسيم وحال، يهدد سلامة وأمن الدولة أو النظام العام، كالحرب أو العصيان المسلح أو الإضراب العام، بحيث لا تجد الإدارة أية فرصة للجوء إلى وسيلة أخرى لمواجهة.

الشرط الثاني - أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة ضرورية لمواجهة هذا الخطر، أي استحالة مواجهة هذا الخطر بالطرق العادية، وعن طريق المؤسسات الدستورية المختصة. وفحوى هذا الضابط أنه إذا وجدت وسيلة قانونية أو دستورية تستطيع أن تواجه المخاطر التي تهدد سلامة الدولة، فإنه يجب الرجوع في تلك الحالة إلى هذه الوسيلة، أما إذا كانت المخاطر لا تجدي معها هذه الوسائل نفعاً، بحيث تصبح عاجزة عن مجابقتها، فإن الرجوع إلى نظرية الضرورة وتطبيقاتها يكون أمراً لا مناص منه.

الشرط الثالث - أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة متناسبة مع حالة الضرورة، فلا تتجاوزها، لأن الضرورة تقدر بقدرها.

ثانياً - تخضع إجراءات وأعمال الإدارة الاستثنائية لرقابة القضاء، ولكل ذي مصلحة أن يطعن بإجراءات السلطات الاستثنائية أمام القضاء. ويضفي مجلس الدولة الفرنسي صفة المشروعية على الإجراءات التي تقوم بها الإدارة، من أجل التغلب على الظروف الاستثنائية، شريطة التقيد بالضوابط والشروط اللازمة.

ثالثاً - أن تتوقف السلطات عن هذه الإجراءات بمجرد انتهاء الظروف الاستثنائية.

رابعاً- استناداً لمبدأ مساواة المواطنين أمام التكاليف العامة، فإن لكل متضرر من جراء أعمال الضرورة الحق في الحصول على تعويض. وترتيب مسؤولية الدولة في هذا المقام يأتي خلاف الأصل المستقر في قواعد المسؤولية المدنية، التي تقوم على ثلاثة أركان هي: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما. إلا أن استعمال السلطات سلطاتها الاستثنائية، وفقاً للشروط والضوابط

48 - انظر بصدد هذه النظرية، د. احسان المفرجيو د. كطران زغير نعمة ، د. رعد ناجي ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، مصدر سابق ، ص 167 وما بعدها ويشير في هامش ص 167 إلى ان (وتستمد هذه النظرية مدلولها من القاعدة الرومانية القديمة التي تقول (ان سلامة الشعب فوق القانون)) وانظر كذلك د. محمود حافظ ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن ، دار النهضة العربية ، 1993 ص 52 وما بعدها . د. ابراهيم عبد العزيز شيجا ، القضاء الإداري - دعوى الإلغاء ، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية ، 2006 ، ص 14 وما بعدها. وانظر كذلك سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة وحالات الرقابة عليها ، منشأة المعارف ، ص 23 وما بعدها. د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، مصدر سابق ص 551 وما بعدها. أيضا انظر لمزيد من التفصيل ، Cassia, Contrel'état d'urgence . 2014 Dalloz ,Paul. page 15

الدستورية، لا يمكن أن يعد عملاً خاطئاً، لأن أساس الضرورة هو مخالفة الدستور والقانون. وهكذا أوجد القضاء نظام المسؤولية دون خطأ لتعويض المواطنين المتضررين، كمقابل للسلطات الاستثنائية الخطيرة التي تتمتع بها هذه السلطات في الظروف الاستثنائية، تطبيقاً لمبدأ مساواة المواطنين أمام التكاليف العامة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القضاء الإداري الفرنسي لم يأخذ بهذه النظرية على إطلاقها، لأن غاية القانون تعلق فيه على قوة أحكامه، ولأنه من غير المستساغ أن تنهار أحكام القانون انهياراً تاماً أمام القوة. كما أن الأخذ بهذه النظرية، في ظروف خطيرة مفاجئة، يعرض المصالح العامة المهددة إلى خطر إضافي، ويؤدي إلى الفوضى وعدم استتباب الأمن والسلامة.⁴⁹

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القانون الفرنسي الصادر في 3 نيسان 1955، المعدل بالمرسوم التنظيمي الصادر في 15/4/1960، قد نص على حق مجلس الوزراء في إعلان حالة الطوارئ أو حالة الاستعجال، بموجب مرسوم، ولا يجوز أن يمتد ذلك لأكثر من 12 يوماً. ولكن في حال تمديدتها أكثر من 12 يوماً يتعين سن قانون يحدد مدة هذه الحالة، علماً بأن هذا القانون يعد ملغياً حكماً بعد مرور 15 يوماً على استقالة الحكومة، أو حل الجمعية. ويجب أن يحدد المرسوم الأماكن التي تعقد فيها حالة الطوارئ وفترة سريانها. ووفقاً لهذا المرسوم يحق للمحافظ في المنطقة التي أعلنت فيها حالة الاستعجال ولو جزئياً أن يمنع، في الأوقات والأماكن التي يحددها، حق تجول الأشخاص والمركبات، وأن يمنع الإقامة في أماكن محددة، أو أن يبعد من المنطقة التابعة له كل شخص يحاول أن يعرقل سير المصالح العامة. كما يحق للوزير أن يحدد إقامة بعض الأشخاص، الذين يتبين أن في نشاطهم خطراً على الأمن العام والنظام العام. كما يحق للسلطات الإدارية ذاتها (الوزير أو المحافظ) إقفال صالات الاستعراض والمقاهي، وأماكن الاجتماع، ومنع الاجتماعات المؤدية إلى الفوضى. وتخضع كافة القرارات المتخذة في هذا الصدد للرقابة الإدارية وللرقابة القضائية، علماً بأن مجلس الدولة الفرنسي يعطي قراره في مهلة شهر واحد من تاريخ تقديم الطعن بالقرار الإداري المتخذ في حالة الاستعجال.⁵⁰

وقد عدّ مجلس الدولة الفرنسي قرار إعلان حالة الاستعجال قراراً إدارياً خاضعاً لاختصاصه، وذلك في قرار لهبتاريخ 22 أبريل 1965، أكد فيه على أن قرارات الاعتقال وتحديد الإقامة، المتخذة بموجب حالة الاستعجال، أثناء فترة الاضطرابات في أحداث الجزائر، كانت غير مشروعة، لأنها لم تستند إلى وقائع مادية محددة ثبتت في حق الشخص الذي حددت إقامته أو اعتقل.⁵¹

ويعمل القضاء رقابته بالتحقق من توفر مبررات العمل بهذا النظام، وذلك حماية للحقوق والحريات العامة، باعتبار أن إعلان العمل بها يترتب عليه تحويل السلطة التنفيذية لصلاحيات استثنائية، تشكل خطورة على الحقوق والحريات. ويكاد الفقه يتفق على مساندة هذا الاتجاه الأخير،

49 - د. محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، ط1- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 181 180
50 - د. محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري، المرجع السابق، ص 475، لمزيد من التفصيل أنظر أيضاً، Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues, L'état d'urgence, étude constitutionnelle historique et critique, 2016, LGDJ, page 138.
51 - د. محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري، المرجع السابق، ص 475

لما فيه من إعمال لمبدأ المشروعية، بخضوع جميع قرارات السلطة التنفيذية للرقابة القضائية، لاسيما أن قرار إعلان العمل بحالة الطوارئ يترتب عليه اتخاذ تدابير وإجراءات تشكل مساساً بالحقوق والحريات العامة.

وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الاتجاه في العديد من أحكامه؛ إذ ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى اعتبار أن قرار إعلان العمل بنظام حالة الطوارئ لا يعد من طائفة أعمال السيادة. وسارت محكمة التنازع فيالاتجاه ذاته، فقضت بأن هذا القرار ليس له حصانة أعمال سيادة، ولا يدخل في نطاقها، بل يجوز التصدي له، وخضوعه لرقابتها، لبحث المبررات الداعية لإصداره. ولم يخرج موقف مجلس الدولة الفرنسي عن اتجاه محكمتي النقض والتنازع، فبسط رقابته على إعلان العمل بنظام مواجهة حالة الطوارئ، باعتباره عملاً إدارياً يخضع لرقابة القضاء الإداري.

أما الفقه المصري فقد انقسم بشأن تكييف قرار إعلان العمل بنظام حالة الطوارئ، أيعد عملاً من أعمال السيادة، يمتنع على القضاء إعمال رقابته عليه، أم أنه عمل إداري، يخضع لرقابة القضاء، إلى فريقين: فاعتبر جانب من الفقه الدستور، لا سيما الفقه المصري، أن إعلان العمل بنظام حالة الطوارئ إذا صدر من جانب السلطة التشريعية (البرلمان)، بعد العرض عليها من جانب السلطة التنفيذية، يعد عملاً برلمانياً، يثنأ عن رقابة القضاء، ويمتنع عليه التعرض لفحص مشروعيته وملاءمته، باعتباره أن الأعمال البرلمانية تدخل في طائفة أعمال السيادة⁵². بل أكدوا على أن هذا الإعلان يعد عملاً من أعمال السيادة، لتعلقه بالأمن والنظام العام داخل الدولة، لما له من قوة تعادل قوة القانون، بل تخالفه، مما تنحسر عنه رقابة القضاء، وتخضع بالتالي للرقابة البرلمانية⁵³. أما أنصار الفريق الثاني فقد ذهبوا إلى اعتبار أن قرار إعلان العمل بحالة الطوارئ هو بمثابة قرار إداري، على أساس أن هناك بعض الدول لا تتضمن دساتيرها تنظيمًا لحالة الطوارئ، فيعد القرار الصادر من السلطة التنفيذية بإعلان العمل بحالة الطوارئ عملاً من أعمال السيادة، أما الغالب من الدول التي تتضمن تنظيمًا لممارسة نظام الطوارئ فتعده عملاً دستورياً، ما يوجب خضوعها لرقابة القضاء، إعمالاً لمبدأ الشرعية⁵⁴.

وعقب إنشاء مجلس الدولة لم يخرج اتجاه القضاء الإداري عن اتجاه القضاء العادي، فقضت محكمة القضاء الإداري بأن "مرسوم الأحكام العرفية، الذي أصدرته الحكومة في هذه الظروف الاستثنائية القاسية، التي أعلنت فيها الأحكام العرفية أخيراً في مصر، للقيام بواجبها الخطير في إقرار الأمن، وحماية النظام وصيانة الوطن، على أثر ما قام به دعاة الفتنة من أعمال الحرق والسلب والنهب، هو عمل من أعمال السيادة، وهو بهذا الوصف لا يخضع لرقابة القضاء"⁵⁵.

52 - د. رأفت فوده، الموازنات الدستورية لسلطات رئيس الجمهورية الاستثنائية في دستور 1971، المرجع السابق ص 477.

53 - د. عبد الحميد متولى، الوسيط في القانون الدستوري، 1956، دار منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 468.

54 - د. زكريا محفوظ، حالة الطوارئ، المرجع السابق ص 469، المستشار/ محمد عبد السلام، الحكم العرفي في مصر - مجلة مجل الدولة - السنة الرابعة - ص 69.

55 - أحكام محكمة القضاء الإداري، الصادر بجلسة 10 مايو سنة 1952، مجلة المحاماة، السنة الثانية والثلاثون - العدد التاسع ص 1266.

وهذا هو المسلك الذي انتهجته المحكمة الإدارية العليا فقضت بأن: "نظام الطوارئ، وإن كان نظاماً استثنائياً، إلا أنه ليس بالنظام المطلق، بل هو نظام خاضع للقانون، أرسى الدستور أساسه، وأبان القانون أصوله وأحكامه، ورسم حدوده وضوابطه، ومن ثم يجب أن يكون إجراؤه على مقتضى هذه الأصول والأحكام، وفي نطاق تلك الحدود والضوابط، وإلا كان ما يتخذ من التدابير والإجراءات مجاوزاً لهذه الحدود ومنحرفاً عنها، وسواء أكانت تدابير فردية أم تنظيمية، فإنها ينبغي أن تتخذ في حدود القانون، وتلتزم حدوده وضوابطه، وألا تتأى عن رقابة القضاء، ولا تجاوز دائرة القرارات الإدارية، التي تخضع لقضاء مجلس الدولة".⁵⁶

وهكذا يستفاد من هذا الحكم أن قرار إعلان حالة الطوارئ هو من أعمال السيادة، التي وضعت أو بينت التدابير التي يتخذها القائم على إجراء النظام العرفي، تنفيذاً لهذا النظام، سواء أكانت تدابير فردية أم تنظيمية لا تجاوز دائرة القرارات الإدارية التي تخضع لرقابة القضاء.⁵⁷

وقد ألزمت المحكمة العليا هذا الاتجاه فقررت أن هذا القرار عمل من أعمال السيادة، ينأى عن رقابة القضاء، وبينت أن الغاية من تحصين رقابة القضاء على أعمال السيادة، ومنها قرار إعلان العمل بحالة الطوارئ، أن فحص هذه الأعمال يتطلب توفر بيانات وعناصر وموازن تقديرية مختلفة ومتنوعة للقضاء، فضلاً عن أنه ليس من الملائم طرح هذه الأعمال علانية في ساحة القضاء.⁵⁸ وقد قضت المحكمة العليا (المحكمة الدستورية العليا حالياً) في عام 1977 بأن "القرار المطعون فيه، والخاص بإعلان حالة الطوارئ، يعد من أعمال السيادة، التي تنحسر عنها رقابة المحكمة العليا على دستورية القوانين..."⁵⁹. كما قضت في حكم آخر لها عام 1977 بأن "قرار رئيس الجمهورية بإعلان حالة الطوارئ، مما يدخل في نطاق الأعمال السياسية التي تنحسر عنها الرقابة القضائية...".

بيد أن هذا الاتجاه المستقر في القضاء المصري جوبه برفض من جانب أغلب الفقه الدستوري، الذي ذهب إلأن قرار إعلان حالة الطوارئ لا يعد من أعمال السيادة، وذلك على أساس أن هذا القرار نفسه ما هو إلا قرار يصدر من رئيس الجمهورية، باعتباره رئيساً للسلطة التنفيذية، لا صاحب سيادة، ما يجعله قراراً إدارياً، ويكون بالتالي محلاً للطعن فيه أمام القضاء. والقول بغير ذلك معناه تكريس الاستبداد، وإلغاء جميع ضمانات حقوق الأفراد التي لا بد من توفرها في نظام ديمقراطي.⁶⁰

وبناء على هذا فإن مرسوم إعلان الأحكام العرفية (حالة الطوارئ) هو وحده المعدود من أعمال السيادة، أما الإجراءات التي تتخذ تنفيذاً له فتعد أعمالاً إدارية تخضع دائماً لرقابة القضاء.

56 - حكم الإدارية العليا - الطعن رقم 20/83 - 1979/12/29 مجموعة 15 ص 38

57 - د. حمدي ياسين عكاشة - موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة - الجزء الأول سنة 2001 ص 175 ، 176

58 - د. فاروق عبد البر - دول المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات 2004 - ص 380

59 - مشار إليه في ، د. أحمد سلامة بدر : الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003 ، ص 675

60 - د. عبد الحميد الشواربي ، شريف جاد الله : شائبة عدم دستورية ومشروعية قرار إعلان ومد حالة الطوارئ والأوامر العسكرية ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2000، ص 148 . د. سامي جمال الدين : لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 1982 ، ص 340-

341. د. محمود أبو السعود حبيب : الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في الظروف الاستثنائية ، القاهرة ، دار الثقافة الجامعية ، 1990 ، ص 315-

316 ، د. أحمد سلامة بدر : المصدر السابق ، ص 673

أما في تونس فإن قرار رئيس الجمهورية بإعلان حالة الطوارئ يعد محصناً من الرقابة القضائية، فالمحاكم الإدارية في مجلس الدولة غير مختصة بنظر أي قرار يصدر من رئيس الجمهورية، وذلك وفقاً للقانون رقم 40 لسنة 1972 الخاص بالمحكمة الإدارية.⁶¹

وفي ليبيا يمكن القول إن المواد 64-70 من الدستور الملكي قد فرضت نوعاً من الرقابة البرلمانية على إعلان حالتها الطوارئ والأحكام العرفية، وذلك باشتراط عرض هذه المراسيم، حال صدورها في غير دورات انعقاده الرسمية، على البرلمان، وذلك في أول اجتماع له بعد صدورها وإقرارها. واستطردت أنه، في حال عدم عرضها أو عدم إقرارها من أحد المجلسين بعد عرضها، زال ما لها من قوة القانون.

أما عن الرقابة القضائية فيمكن القول إن القانون رقم 12 لسنة 1953، الخاص بإنشاء المحكمة الاتحادية العليا الليبية، قد نصت المادة 16 منه على أن "يجوز لكل ذي مصلحة شخصية مباشرة الطعن أمام المحكمة العليا في أي تشريع أو إجراء أو عمل يكون مخالفاً للدستور". وبناءً على هذا النص فإن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا مختصة بالنظر في الدعاوى التي تُرفع أمامها، ويكون موضوعها الطعن في دستورية:

1/ أي قانون صادر عن السلطة التشريعية وفقاً للدستور.

2/ المراسيم بقوانين المختلفة، ومن بينها تلك التي تضمنتها المواد 64-70 من الدستور، التي نظمت حالة مرور الدولة بظروف استثنائية، تتطلب تدابير عاجلة، ولم يكن مجلس الأمة منعقداً، فالملك الحق في أن يصدر بشأنها مراسيم، يكون لها قوة القانون، على ألا تكون مخالفة للدستور، لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية.

3/ أخيراً أي إجراء أو عمل: وقد ثار جدل فقهي كبير حول المقصود بهما، في إطار قانون تنظيم اختصاصات المحكمة العليا. ولعلنا نتفق مع الرأي الذي عرفهما بأنهما "التصرفات الصادرة من السلطة العامة، التي تمس بها شخصاً بعينه، أو مجموعة من الناس. وهما نوع من القرار الإداري، يصدر من السلطة التنفيذية محدثاً أثراً معيناً، سواء كان هذا الأثر عاماً أو خاصاً.⁶²

وقد أُتيح للمحكمة العليا في حكمها في الطعن الإداري رقم 3/1 ق، والصادر عن دائرة القضاء الإداري، بتاريخ 8 مارس 1970، أن تدلي بدلها حول التكييف القانوني للقرار بإعلان حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية. وقد تعرضت المحكمة في هذا الطعن لتعريف وتحديد المقصود بأعمال السيادة، التي لا يجوز الطعن فيها، وانتهت إلى أن أعمال السيادة "... بما لها من علو وسلطان وشمول، وضعت لها معايير وضوابط تحدها، فهي إما أن تصدر عن الدولة، بمقتضى وظيفتها السياسية، ويكون منطقياً ألا يراقبها إلا سلطة سياسية أخرى، أو تصدر عن الدولة بوصفها سلطة حكم، لا بوصفها جهة إدارة، أو تصدر تنفيذاً لنص الدستور، دونما صلة بتنفيذ القوانين العادية.

ولهذا فإن الأمثلة لأعمال السيادة المجمع عليها في الفقه والقضاء هي علاقة الحكومة بالمجلس النيابي، والتدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة، والمقصود منها قرارات إعلان الأحكام

⁶¹ - سالم كيرير المرزوقي : التنظيم السياسي والإداري بالبلاد التونسية ، ط6، تونس، مطبعة المنار ، 2000 ، ص191

⁶² - يحيى الجمل ، الرقابة على دستورية القوانين في المملكة الليبية ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الأول، السنة 34 ، مارس 1964 ، ص 255

العرفية أو حالة الطوارئ. أما ما عداها من قرارات، تصدر ضد الأفراد، فهي قرارات إدارية. وكذلك العلاقات السياسية والمسائل المتعلقة بالأعمال الحربية. ويتجه العالم الحديث إلى التضييق من أعمال السيادة، حتى لا يُضحي بمصلحة الفرد من أجل الجماعة.⁶³

هذا وفي مرحلة لاحقة، وبعد انقلاب سبتمبر، أُتيح للمحكمة العليا أن تدلي بدلها حول التكيف القانوني للتدابير الضرورية لحماية الثورة، كما نصت على ذلك المادة 18 من الإعلان الدستوري، الصادر في 11 ديسمبر 1969، وذلك في الطعن الدستوري رقم 19/3 ق، الصادر بتاريخ 20 مارس 1976 بقولها "... نص في المادة 18 من الإعلان الدستوري، الصادر في 11 ديسمبر 1969، على أن مجلس قيادة الثورة هو أعلى سلطة في الجمهورية، ويباشر أعمال السيادة العليا والتشريع ووضع السياسة العامة للدولة-نيابة عن الشعب-، وله بهذه الصفة أن يتخذ كافة التدابير التي يراها ضرورية لحماية الثورة والنظام القائم عليها، وتكون هذه التدابير في صورة إعلانات دستورية أو قوانين أو أوامر أو قرارات، ولا يجوز الطعن فيما يتخذه مجلس قيادة الثورة من تدابير أمام أي جهة.

وعلى ذلك فإن أعمال السيادة التي يباشرها مجلس قيادة الثورة تخرج عن رقابة القضاء، كما تخرج عن هذه الرقابة التدابير التي يتخذها مجلس قيادة الثورة في صورة إعلانات دستورية أو قوانين أو أوامر أو قرارات، يراها ضرورية لحماية الثورة والنظام القائم عليها، على أنه يُشترط لذلك أن يقرر القضاء أن هذه الأعمال لها صفة أعمال السيادة، أو أنها من التدابير التي رآها مجلس قيادة الثورة لازمة لحماية الثورة والنظام القائم عليها"⁶⁴.

ومما تقدم يتضح لنا جلياً أن ما يتخذه مجلس قيادة الثورة من تدابير لازمة لحماية الثورة هو فقط الذي لا يخضع لرقابة القضاء، سواء صدر في صورة قوانين أو أوامر أو قرارات، وأن المحكمة، في كل حالة على حدة، هي المرجع في تقدير وتقرير مدى كون التدبير الذي أمامها لازماً لحماية الثورة أم لا. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يتضح لنا جدية المحكمة العليا وموقفها من الرقابة على أعمال مجلس قيادة الثورة وموقفها كحامية للحقوق والحريات.

هذا وقد استمرت المحكمة العليا في ممارسة دورها الرقابي هذا، إلى حين صدور القانون رقم 6 لسنة 1982 والخاص بتعديل اختصاصات المحكمة العليا، الذي أعاد تنظيم اختصاصات المحكمة العليا، دون النص على الرقابة على دستورية القوانين وأبعادها المختلفة، من الرقابة على الشرعية وعلى أعمال السلطة الحاكمة والإدارة، كالمراسيم بقوانين والقرارات الإدارية، حال خروجها عن المبادئ الدستورية في البلاد. هذا وقد ذهب اتجاه في الفقه إلى أن المحكمة العليا، وإن سُحب منها اختصاصها بالنظر في دستورية القوانين والقرارات، إلا أنها تظل محتفظة بحقها في الامتناع عن تطبيق هذه القوانين والقرارات غير الدستورية أو المعيبة، انطلاقاً من أن وظيفة القاضي ليست تطبيق القوانين فقط، وإنما الامتناع عن تطبيقها حال التأكد من عدم دستورتها أو مخالفتها للقواعد

63 - مجلة المحكمة العليا السنة 6 إبريل 1970 ص 64 وما يليها

64 - مجلة المحكمة العليا، العدد الرابع، السنة 12، يوليو 1976، الصفحة 23

الدستورية والقواعد الأسمى للبلاد. وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 36/3ق، الذي جاء فيه أن "... المشرع، وأن نزع اختصاص المحكمة العليا رقم 6 لسنة 1982 في الرقابة على دستورية القوانين، إلا أنه لم يمنع القاضي من النظر في الدفع بعدم صحة تشريع معين في الدعوى الماثلة أمامه، إذا تعارض مع تشريع آخر، انطلاقاً من وظيفته الأصلية في تفسير القانون، وليس له في هذه الحالة أن يوقف النظر في الدعوى، انتظاراً لتشريع ثالث يُزيل التعارض بينهما، لأن وقف الدعوى في مثل هذه الحالة يُعد امتناعاً عن الفصل فيها، وهو ما يحرمه المشرع على القاضي، فضلاً عن أن الدعوى الماثلة لم يثبت فيها تعارض بين تشريعين، مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه لمخالفته القانون"⁶⁵

وقد عدل المشرع الليبي، في مرحلة لاحقة، من خلال القانون 19 لسنة 1994، عن موقفه تجاه الرقابة على التشريعات، كحامية للمنظومة القانونية، والحرص على مشروعيتها، وأعاد بهذا القانون ذات الاختصاص للمحكمة العليا.

المطلب الثاني

الرقابة على اختصاصات رئيس الدولة عند إعلان حالة الطوارئ

إعلان حالة الطوارئ من شأنه السماح للحكومة بفرض أشكال مختلفة من الرقابة على الحقوق والحريات، وتقييد عدد من الحقوق الأساسية للمواطنين، كمنع التجول، وتعليق حرية التجمع، ومحاكمة المدنيين أمام محاكم عسكرية أو استثنائية، ووقف الإجراءات القانونية بشكل خاص أو عام، واحتجاز المشتبه فيه بشكل تعسفي، ولفترات غير محددة من الزمن. ولا شك في أن كل ما سبق ذكره يمثل انتهاكات خطيرة لسيادة القانون. وقد وصف السيد (لياندروديسبوي) المقرر الخاص للأمم المتحدة المعني بمسألة حقوق الإنسان حالة الطوارئ هذه بقوله "في حالات كثيرة أصبحت حالات الطوارئ مجرد وسيلة قانونية لتقنين أسوأ أشكال الانتهاكات ومعظم أشكال التعسف الخبيث"⁶⁶. وهذا ما نحت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بقولها إنه "من المعلوم، وفقاً للدستور، أن نظام الطوارئ ليس نظاماً مطلقاً، بل هو نظام خاضع للقانون، أرسى الدستور أساسه وأبان القانون أصوله وأحكامه، ورسم حدوده وضوابطه، وأوجب أن يقوم وفق هذه الأحكام والأحكام وفي نطاقها، وإلا كان مخالفاً للقانون، وتنبسط عليه الرقابة القضائية، ذلك أن كل نظام أرسى الدستور أساسه، ووضع القانون قواعده، هو نظام يخضع بطبيعته، مهما كان نظاماً استثنائياً، لمبدأ سيادة القانون، ومن ثم لرقابة القضاء. وليس ثمة شك في أن الاختصاصات المخولة للسلطة القائمة على إجراء حالة الطوارئ سندها هو القانون، الذي عين نطاقها، فلا سبيل لها إلى تجاوزها"⁶⁷

⁶⁵ - مجلة المحكمة العليا، السنة 25، العددان الأول والثاني، أكتوبر 1989. 1988، ص 146.

⁶⁶ - تقرير المقرر الخاص للأمم المتحدة السيد لياندروديسبوي الخاص بمسألة الطوارئ. 1997.

⁶⁷ - حكم الإدارية العليا 88/3/6 مجموعة الأحكام س 331 ص 1048.

ويعد موضوع الرقابة على حالة الطوارئ والقرارات الصادرة بمقتضاها من أهم النقاط المتعلقة بهذا الموضوع، لتعلقه، من ناحية، بالسلطات الاستثنائية الممنوحة للسلطات السياسية في البلاد، على اختلاف أنواعها، ومن ناحية أخرى لمساسه بحقوق المواطن وحرياته.

وفي هذا الصدد استقر مجلس الدولة الفرنسي على فرض رقابته على جميع الإجراءات المتخذة في ظل قانون الاستعجال؛ إذ قرر بطلان جميع الإجراءات الاستثنائية المتخذة بموجب سلطة الاستعجال، من تاريخ مد حالة الاستعجال في 26 أكتوبر 1962 وحتى 31 مايو 1963، لعدم مشروعيتها مد حالة الاستعجال⁶⁸، وقد أصدر المجلس الدستوري في عام 1999 حكماً قرر فيه عدم دستورية مادتين من قانون إعلان حالة الاستعجال المطبق في بلدة كالدونيا الجديدة، وذلك لمخالفتها مبدأ ضرورة العقوبة. وقد صدر هذا القانون بالاستناد إلى قانون الاستعجال لعام 1955، ما أثار خلافاً فقهيًا، لأن المجلس الدستوري قد تصدى لبحث مدى دستورية قانون مطبق بالفعل، وهو القانون الصادر عام 1955.⁶⁹

أما في تونس فإن جميع الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية، في حالة إعلان الطوارئ، تعد محصنة من الرقابة القضائية، وفقاً للقانون رقم 40 لسنة 1972، السابق بيانه. وفي هذا الاتجاه إهدار فعلي لحقوق الأفراد وحررياتهم، لأن ليس كل ما يتخذه رئيس الدولة في هذا المجال يعد مشروعاً وغير مشوب بأي عيب من عيوب المشروعية. والأولى بالمشروع التونسي أن يعدل عن هذا المسلك غير الديمقراطي، وأن يأخذ بما هو مستقر في فرنسا ومصر، بكون جميع الإجراءات التي يتخذها رئيس الدولة في هذا المجال هي ذات طبيعة إدارية، ومن ثم فهي قابلة للطعن فيها أمام القضاء بالإلغاء والتعويض، وفي ذلك بالتأكيد حماية لحقوق المواطنين وحررياتهم من جهة، وتثبيت دعائم الدولة القانونية من جهة أخرى.

وفي مصر نجد القضاء الإداري والدستوري قد بسط رقابته على جميع الإجراءات المتخذة من رئيس الجمهورية، في ظل حالة الطوارئ. وتطبيقاً لذلك جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا في 1989/6/25 ما يلي: "... ولئن ساغ القول بأن قرار إعلان حالة الطوارئ من أعمال السيادة ... إلا أن التدابير التي يتخذها القائم على إجراء النظام العرفي، تنفيذاً لذلك، سواء أكانت تلك التدابير فردية أم تنظيمية، يتعين أن تتخذ في حدود القانون، ولا تتأى عن رقابة القضاء. وأساس ذلك أن هذه التدابير لا تجاوز دائرة القرارات الإدارية التي تخضع للاختصاص القضائي لمجلس الدولة"⁷⁰. ووفقاً لذلك قضت المحكمة ذاتها بقولها: "وحيث إن القرار المطعون فيه قد صدر في 25 أكتوبر 1967، بفرض الحراسة على بعض المواطنين من الأشخاص الطبيعيين، بسند من قانون الطوارئ رقم 162 لسنة 1958، الذي لم تجز نصوصه فرض الحراسة إلا على الشركات والمؤسسات، ولم يأت في نصوص التشريعات المعمول بها وقتئذ ما يسمح بفرض الحراسة على الأشخاص الطبيعيين، باستثناء ما يختص برعايا الدول المعادية والدول التي قطعت معها العلاقات السياسية... فإن القرار

⁶⁸ - لمزيد من التفاصيل أنظر: د. محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري المرجع السابق، ص 289، 474-475.

⁶⁹ - لمزيد من التفاصيل أنظر د. أحمد سلامة بدر: الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003، ص 707-708.

⁷⁰ - أورده د. عبد الفتاح مراد: شرح الحريات العامة وتطبيقات المحاكم بشأنها، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2002، ص 340.

المطعون فيه مشوب بالبطلان، الذي ينحدر به إلى مرتبة العدم، على وجه يفرض القضاء بإلغائه⁷¹. أما المحكمة الدستورية العليا فقد فرضت رقابتها على جميع القرارات والأوامر الصادرة من رئيس الجمهورية، في حالة الطوارئ، وأكدت أن هذه القرارات لا تعد محصنة من الرقابة القضائية، ولذا قضت في 1983/2/5 بـ "... اختصاصها بنظر دعوى موجهة ضد المادة الثامنة من الأمر رقم 1 لسنة 1967، الصادر من رئيس الجمهورية، استناداً إلى قانون الطوارئ، الذي حظر رفع أية دعاوى ضد الأعمال الصادرة عن السلطات التي تتولى الرقابة على الكتابات والمطبوعات والصور والطرود التي ترد إلى مصر أو ترسل منها أو تمر بها". وانتهت المحكمة إلى "عدم دستورية النص المطعون فيه لتعارضه مع الدستور، الذي يحظر في المادة 68 تحصين أي عمل من رقابة القضاء"⁷²

وفي ليبيا ذهبت المحكمة العليا إلى الاتجاه ذاته، وذلك في الطعن الإداري رقم 3/1 ق، الصادر عن دائرة القضاء الإداري بتاريخ 8 مارس 1970، فأدلت بدلها حول التكييف القانوني للقرار بإعلان حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية. وبعد أن تعرضت لتعريف وتحديد المقصود بأعمال السيادة، التي لا يجوز الطعن فيها، وانتهت إلى أن أعمال السيادة "... بما لها من علو وسلطان وشمول وضعت لها معايير وضوابط تحدها، فهي إما أن تصدر عن الدولة، بمقتضى وظيفتها السياسية، ويكون منطقياً ألا يراقبها إلا سلطة سياسية أخرى، أو تصدر عن الدولة بوصفها سلطة حكم، لا بوصفها جهة إدارة، أو تصدر تنفيذاً لنص الدستور، دونما صلة بتنفيذ القوانين العادية. ولهذا فإن الأمثلة لأعمال السيادة المجمع عليها في الفقه والقضاء، هي علاقة الحكومة بالمجلس النيابي، والتدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة، والمقصود منها قرارات إعلان الأحكام العرفية أو حالة الطوارئ. أما ما عداها من قرارات فتصدر ضد الأفراد في قرارات إدارية، وكذلك العلاقات السياسية والمسائل المتعلقة بالأعمال الحربية. ويتجه العالم الحديث إلى التضييق من أعمال السيادة، حتى لا يُضحى بمصلحة الفرد من أجل الجماعة"⁷³

71 - ذكره د. ماجد راغب الحلو : الدعاوى الإدارية ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2004 ، ص178

72 - ذكره د. أحمد سلامة بدر : المرجع السابق ، ص699-700

73 - مجلة المحكمة العليا السنة 6 ابريل 1970 ص 64 وما يليها

خاتمة

في ختام بحثنا هذا، الذي خصصناه لدراسة وتحليل حالة الطوارئ كصورة من صور حالة الظروف الاستثنائية التي تمر بها الدولة في ليبيا والنظم المقارنة، توصلنا إلى عدد من النتائج المهمة، التي تمثل خلاصة هذه الدراسة، نجملها فيما يلي:

1/ نستنتج مما سبق أن قانون الطوارئ هو قانون استثنائي، تصدره حكومات بعض الدول، عندما تتعرض لظروف تعد غير اعتيادية، مثل تعرضها لحرب أو كارثة أو فتنة، وأن تقييم هذه الظروف، من حيث إنها خطيرة وغير اعتيادية مسألة تكون إلى درجة كبيرة سياسية، أكثر من أي شيء آخر، فأغلب الدول، التي تذهب إلى إصدار قوانين للطوارئ، يكون قصدها الأساسي هو الحفاظ على مصلحة أخرى لم يعلن عنها.

2/ أن نظرية الظروف الاستثنائية، التي تعد واحدة من الأسباب المسوغة لفرض حالة الطوارئ، قد وُجدت لمواجهة الظروف الخطرة التي تمر بها الدولة، وتهدد أمنها واستقرارها، وبمقتضاها تُحول السلطة التنفيذية في البلاد من الصلاحيات ما يمكنها من الحفاظ على الأمن والاستقرار أو إعادة فرضه حال المساس به.

3/ أنه لا يوجد تعريف واضح ومحدد لحالة الطوارئ، لاختلاف شروطها ونطاقها في الدساتير والتشريعات المقارنة، التي استعرضناها في صلب هذا البحث، والتي تنظر لحالة الطوارئ من منظور مفهومها، الذي يقوم على أساس أنها منظومة قانونية معدة لمواجهة الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد.

4/ على السلطة التشريعية في ليبيا التصدي لحالة الطوارئ بالتنظيم من جديد، وإعادة النظر في المنظومة التشريعية التي تنظمها، وأن أي تشريع جديد يجب أن يتضمن تنظيمها، من حيث شروط الإعلان وتاريخ بدء سريانها ومدتها، كما يجب تحديد السلطة المختصة بإعلانها بشكل واضح، نوصي بأن تكون السلطة التنفيذية، إذ هي الأقدر، بحكم موقعها على هرم السلطة، على تقدير الأوضاع والظروف، والأكثر سرعة في اتخاذ تدابير سريعة، لا تحتمل التأخير، لمواجهة الظروف الاستثنائية وحالة الضرورة، وضرورة تحديد صلاحيات هذه السلطة بشكل دقيق، والابتعاد عن العبارات الفضفاضة القابلة للتفسير والتأويل.

5/ إن وجود رقابة قضائية على مشروعية تصرفات الإدارة يمثل ضمانه مهمة من ضمانات حقوق الأفراد وحررياتهم، لما في ذلك من تبني لشرعية دولة القانون. والقاضي هو مفتاح الالتزام بسيادة القانون، ويتوقف عليه احترامه بمعناه الواسع، الذي يتجاوز التقيد بالمجرد بالنصوص إلى احترام مضمون القانون، من حيث وجوب حمايته لحقوق الإنسان. فإذا عجز القانون عن توفير الحماية لم يصبح جديراً بأن تكون له السيادة.

لذلك يجب أن يكفل النظام القضائي في الدولة سيادة القانون، القائمة على احترام حقوق الإنسان، بما يوفره من عناصر تتمثل في تكوين جهات التقاضي واختيار القضاة وضمان استقلالهم وحيادهم.

وقد اقتضت وظيفة النظام القضائي تلك إيجاد قضاء، يعمل على ضمان احترام الحقوق والحريات في التشريعات الداخلية، من خلال الرقابة على أعمال الإدارة، وضمان مشروعية تصرفاتها؛ إذ إن وجود الإدارة طرفاً في علاقة قانونية مع الأفراد، بما تتمتع به سلطة وامتيازات كثيرة، يؤدي في كثير من الأحيان إلى ارتكاب الإدارة بعض الأخطاء، عندما تصدر قراراتها دون روية أو على عجل، كما قد يحدث أن تتجاهل الإدارة بعض القواعد القانونية التي سنّها المشرع، حفاظاً على مصلحة الأفراد.

ولما كانت الإدارة في اتصال مستمر مع الأفراد، فقد تؤدي هذه الأخطاء إلى الإضرار بهم، والاعتداء على حقوقهم. ومن مقتضيات العدالة ومقوماتها أن تخضع الإدارة لحكم القانون، وأن تكون كلمة القانون هي العليا. ولا بد لذلك من تنظيم رقابة قضائية على أعمال الإدارة تضمن سيادة حكم القانون.

وبينت الأحكام أن القاضي الإداري يباشر دوره في ترسيخ المشروعية، من خلال إدراكه أن المنازعات التي ينظرها تتصل بروابط القانون العام، التي إنما تتمثل في نوع من الخصومة العينية، مردّها إلى قاعدة المشروعية ومبدأ سيادة القانون، ويدور فيها الصراع بين مصلحة شخصية من جانب صاحب الشأن، ومصلحة عامة تمثلها الهيئات العامة، حين تباشر بصفتها إحدى السلطات العامة.

6/ القضاء الإداري هو المعني بحراسة مبدأ المشروعية وإنصاف الأفراد من تجاوزات السلطة الإدارية لحدود اختصاصاتها، أو مخالفتها لقواعد القانون العام. ولذلك فقد أعطت جميع الأنظمة الحديثة القاضي الإداري صلاحيات أوسع بكثير من صلاحيات القاضي العادي، وأجازت له التدخل في سير عملية التقاضي، وتوجيه إجراءات الدعوى بطريقة تحقق التوازن بين طرفي الدعوى، وذلك بخلاف القاضي العادي، الذي يجب عليه أن يقف موقفاً محايداً بين طرفي الدعوى، وسبب ذلك أن الفرد، في مخاصمته لجهة الإدارة، يكون غالباً في موقف الضعيف أمام جهة تمتلك وسائل كثيرة، تجعلها في موقف القوي المتحكم. وأهم أسباب ضعف الفرد أمام جهة الإدارة في الدعوى الإدارية أنها هي التي يمتلك وسائل الإثبات المؤثرة في الحكم.

7/ أن الموازنة العادلة بين حماية النظام العام ومكافحة الإجرام وبين احترام الحريات العامة وحقوق الإنسان، في الظروف الاعتيادية وفي الأحوال الطارئة، ضمانة ضرورية لمنع الظلم.

الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي

أ.فرج سالم الأوجلي
عضو هيئة تدريس بقسم القانون العام
كلية القانون – جامعة بنغازي

حدد المشرع الليبي طرق الطعن في الأحكام الصادرة من دوائر القضاء الإداري في الالتماس بإعادة النظر والنقض وفقاً للمادتين 19 و 2 من القانون الإداري الليبي رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري، على خلاف الأحكام المدنية والتجارية التي يتم الطعن فيها بالاستئناف والتماس إعادة النظر والنقض، والأحكام الجنائية التي تخضع للطعن بالطرق العادية وهما المعارضة والاستئناف، وطرق الطعن غير العادية وهما التماس إعادة النظر والنقض، كما إنه نص على تطبيق القواعد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية على الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية، رغم اختلاف التنظيم القانوني للمحاكم الإدارية عن المحاكم المدنية والتجارية، واختلاف طبيعة المنازعة الإدارية عن المنازعة المدنية، التي يختص بها القضاء المدني، فضلاً عن أن التوسع في أوجه الطعن بالتماس إعادة النظر وتداخلها مع الطعن بالنقض، يدعو إلى التساؤل حول إمكانية رفع الطعنين بالموازنة في ذات الحكم، ومدى صحة اقتضار الطعن بالالتماس على الأحكام النهائية بما يمنع الطعن بالالتماس في أحكام المحكمة العليا إذا ثبت إنها مبنية على أوراق مزوره أو على شهادة زور . وعلى ذلك سنتناول في هذه الورقة البحثية دراسة الطعن بالتماس إعادة النظر في القانون الإداري الليبي لما له من خصوصية وللإجابة عن التساؤلات المطروحة في أربعة مطالب على النحو الآتي:

- المطلب الأول : التعريف بالطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية .
- المطلب الثاني : أوجه الطعن بالتماس إعادة النظر .
- المطلب الثالث : إجراءات الطعن بالتماس إعادة النظر .

المطلب الأول

التعريف بالطعن بالتماس إعادة النظر

الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية يعد أحد طريقي الطعن في الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية في القانون الإداري الليبي رقم 88 لسنة 1971م، إذ تنص المادة 20 منه على " يجوز الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف منعقدة بهيئة قضاء إداري بطريق التماس إعادة النظر في المواعيد والأحوال المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً للإجراءات المبينة فيه " . وهذا الطريق من الطعن يختلف عن غيره من طرق الطعن في الأحكام

القضائية سواءً من حيث الأحكام الجائز الطعن فيها، أو من حيث و أوجه الطعن فيها وإجراءاته ومواعيده والمحكمة المختصة بنظره، ونظراً لطبيعة هذا الطريق وخصوصيته فإنه يلزمنا في هذا المطلب التعريف به من خلال دراسة الآتي:

الفرع الأول : تعريف الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية .
الفرع الثاني : تمييز الطعن بالتماس إعادة النظر عن غيره من طرق الطعن الأخرى .

الفرع الأول

تعريف الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية

إن التماس إعادة النظر طريق غير عادي في الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الإدارية، لم تضع له التشريعات القانونية تعريفاً، تاركة ذلك للفقه والقضاء، فعرفه البعض " بأنه طريق غير عادي في الأحكام الانتهائية أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لسبب أو أكثر من الأسباب التي نص عليها القانون "¹، و عرفه البعض الآخر " بأنه طريق استثنائي للطعن في الأحكام الإدارية الصادرة من المحاكم الإدارية، يرفع إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لكي تتدارك ما وقعت فيه من خطأ، متى وضح لها ذلك في الأحوال والمواعيد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية ووفقاً للإجراءات المبينة فيه"².

وعرفته المحكمة الإدارية العليا المصرية " التماس إعادة النظر هو طريق طعن غير عادي قصد به المشرع إتاحة الفرص أمام المحكمة التي أصدرت الحكم لتدارك ما اعتور الحكم وتصحيحه إن كان لذلك محل في حدود الحالة التي انبنى عليها الالتماس"³. ويذهب البعض في تحديد خصوصية الطعن بالتماس إعادة النظر بأنه طريق يهدف إلى مراجعة المحكمة ما ورد في أحكامها من خطأ في تقدير الوقائع، بمعنى إنه وسيلة لإصلاح أخطاء قضائية تتعلق بوقائع جديدة لم تكن تحت بصر المحكمة وقت الحكم، إذا كان هذا الخطأ قد أدى إلى التأثير على حكم القاضي، بحيث ما كان ليصدر على النحو الذي صدر به لو لم يقع في هذا الخطأ الذي أوقعه فيه أحد الخصوم⁴، وفي الحقيقة إن الطعن بالتماس إعادة النظر لا يقتصر على مراجعة المحكمة لحكمها مرة أخرى لخطأ في الواقع يتعلق بوقائع جديدة لم تكن تحت بصرها وقت إصدارها للحكم، إنما لمراجعة حكمها أيضاً من حيث

¹ . د . أحمد مليجي - التعليق مع قانون المرافعات بآراء الفقه وأحكام النقص - الجزء الخامس - طبعة نادي القضاة - الطبعة الثالثة - ص 8 .

² . د . رمزي سيف - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار النهضة العربية القاهرة - الطبعة الثالثة - 1961م ص 897 ، راجع أيضاً محمد عبد الوهاب العشموي - قانون المرافعات في التشريع المصري والمغاربي - الطبعة النموذجية - سنة 1978م ص 918 .

³ . المحكمة الإدارية العليا طعن 1102 ل 28 ق - بتاريخ 10 / 5 / 1986 م .

⁴ . د . رمزي سيف مرجع سابق ص 897 .

- يذهب البعض في تعريف التماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية هو طريق استثنائي للطعن في تلك الأحكام بقصد به الطاعن سحب الحكم عن طريق المحكمة التي أصدرته لما شابه من غلط في تقدير وقائع الدعوى ، فهو وسيلة لتمكين المحكمة التي أصدرت الحكم من إصلاح ما شاب حكمها من خطأ موضوعي حيث لا توجد وسيلة أخرى لهذا الإصلاح " راجع د . عبد العزيز عيد المنعم خليفة - المرافعات الإدارية في قضاء مجلس الدولة - منشأة المعارف بالإسكندرية سنة 2005م ص 322 .

- يقول البعض بأن الطعن بالتماس إعادة النظر يقابل طريق الطعن بالنقض، فالنقض لمواجهة الخطأ في القانون ، أما التماس إعادة النظر لمواجهة الخطأ في الوقائع " راجع في ذلك إبراهيم المنجي - المرافعات الإدارية - طبعة مستحدثة سنة 2013م ص 832 .

القانون لوقوعها دون تعمد في مخالفة لقاعدة قانونية وهذا ما نصت عليه المادة (593) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي

" le recours en re'vision tend a faire retracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit a' nouveau statue' en fait en droit "

ومن خلال ما تقدم نلخص بأن الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية يتميز بالخصائص الآتية:

أولاً - الطعن بالتماس إعادة النظر وسيلة للطعن في الأحكام النهائية

يقتصر الطعن بالتماس إعادة النظر على الأحكام الإدارية الصادرة من محكمة القضاء الإداري التي تعد دائرة من دوائر محكمة الاستئناف وفقاً للمادة 1 من القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري، التي تنص على أن " ينشأ بكل محكمة من محاكم الاستئناف المدنية دائرة أو أكثر للقضاء الإداري وتشكل الدائرة بقرار من الجمعية العمومية للمحكمة من ثلاثة مستشارين على أن يحضر جلساتها أحد أعضاء النيابة العامة " ولا يجوز الطعن بالتماس إعادة النظر في القرارات الصادرة من المجالس التأديبية والمجالس الإدارية ذات الاختصاص القضائي إذ تعتبر قراراتها قرارات إدارية يطعن فيها أمام محاكم القضاء الإداري⁵، وفي مصر يتم الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية والتأديبية ومحكمة القضاء الإداري، إذ نصت المادة 51 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972م " يجوز الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية بطريق التماس إعادة النظر في المواعيد والأحوال المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية أو قانون الإجراءات الجنائية – حسب الأحوال – بما لا يتعارض مع طبيعة المنازعة المنظورة أمام هذه المحكمة ".

وعلى ذلك فإن الطعن بالتماس إعادة النظر كطريق خاص بالطعن في المحاكم الإدارية يختلف عن الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام المدنية، إذ إنه لا يلجأ إليه في الأحكام المدنية إلا بعد استنفاد الطرق العادية، فإذا كان الحكم لازال قابلاً للاستئناف أو إذا ترك الخصم ميعاده ينقضي، فلا يجوز له اللجوء إلى التماس إعادة النظر لأنه أضعاف فرصة إصلاح الحكم عن طريق الاستئناف بإهماله فيتحمل مسؤولية خطئه⁶، أما الأحكام الإدارية في ليبيا، فهي في الأصل أحكام نهائية غير قابلة للطعن فيها بالاستئناف⁷، وبالتالي فإنه يجوز الطعن فيها بالالتماس إذا كانت فاصلة في الموضوع، إذ أن نطاق الطعن في الأحكام بصفة عامة ينحصر في الأحكام التي تنهي الخصومة،

⁵ أن مفاد نص المادة 20 من القانون رقم 71-88 بشأن القضاء الإداري – وحسب مفهوم المخالفة انه لا يقبل الطعن بطريق التماس إعادة النظر إلا في الأحكام لما كان ذلك وكان ما تصدره اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي من قرارات بشأن ما يعرض عليها من منازعات حتى ولو كانت شبيهة بالأحكام إلا أنها ليست بأحكام وإنما هي مجرد قرارات إدارية مما يقبل الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري فضلاً عن ذلك فإن الطعن بطريق الالتماس بإعادة النظر هو طريق طعن استثنائي غير عادي لا يجوز القياس عليه، كما أنه لا يقبل الطعن بطريق غير عادي مادام الطعن جائزاً حتى بالنسبة للأحكام. طعن رقم ق 37/42 إداري – بتاريخ 15/3/1998م.

⁶ د.محمد العشماوي، عبد الوهاب العشماوي – مرجع سابق – مارس 1987م – ص 918.

⁷ محكمة القضاء الإداري في مصر قد تصدر أحكاماً بوصفها محكمة أول درجة وقد تكون محكمة ثاني درجة تختص بالفصل في الطعون المرفوعة إليها في الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية راجع تفصيل ذلك د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة مرجع سابق ص 48 وما بعدها.

ويستثنى من ذلك الأحكام الوقتية الصادرة بوقف تنفيذ القرار الإداري، فمع أنها غير فاصلة في الموضوع إلا إنه يجوز الطعن فيها بالالتماس لأنه حائزة على حجية الشيء المقضي فيه⁸.

أما عن إمكانية الطعن بالتماس إعادة النظر في أحكام محكمة النقض ولقد حسم المشرع الليبي هذه المسألة، بأن نص في المادة 361 مرافعات " لا يقبل الطعن بالتماس إعادة النظر في أحكام محكمة النقض بالتماس إعادة النظر " وكذلك المشرع المصري إذ نص على منع الطعن بالتماس إعادة النظر في أحكام محكمة النقض في المادة 272 مرافعات⁹، وقد أستقر قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر على إنه " لا يقبل الطعن بالتماس إعادة النظر في أحكامها استناداً إلى المستفاد من مفهوم المخالفة من نص المادة 51 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 م الذي قضى بجواز الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية بطريق التماس إعادة النظر ... " ¹⁰، وتأييداً لذلك قضت المحكمة العليا الليبية " ... فإذا كان الحكم موضوع الالتماس صادراً من المحكمة العليا وهو حكم بات لا يجوز الطعن فيه أمام المحكمة العليا مرة أخرى، لأن الطعن لا يرد على الحكم في الطعن، فإن الحكم الصادر في الالتماس لا يجوز الطعن فيه أمام المحكمة العليا، وذلك حتى لا يتخذ الالتماس وسيلة للإخلال بقواعد الطعن في الأحكام عن طريق التماس إعادة النظر فيها ثم الطعن فيها بالنقض ... " ¹¹، ونرى بأن هذا المنع يفتح مجالاً للجدل إذا ما تبين إن الحكم الصادر من محكمة النقض قد بني على وثيقة مزورة أو شهادة زور أو أوراق حاسمة في الدعوى محتجزة عمداً لدى أحد الخصوم، وإن محكمة النقض تصدت للفصل في الدعوى كمحكمة موضوع، فإن القول بعدم جواز الطعن في هذا الحكم الذي يظهر جلياً عدم عدالته وتأباه العدالة ولا يقبله العقل والمنطق ولذا نرى بأنه يجب التمييز بين حالتين هما :

1. قبول الطعن بالنقض لخطأ في القانون :

إذا كان قبول الطعن بالنقض في الحكم الإداري مبنياً على الحالة الأولى المبينة في المادة 19 من القانون رقم 88 لسنة 1972م (مخالفة القانون أو الخطأ في طبيعته وتأويله)، والحكم فيه لا يتطلب التعرض لوقائع الدعوى التي أثبتتها الحكم المطعون فيه، فإن المحكمة في هذه الحالة تكون محكمة قانون ودورها في هذه الحالة تصحيح الخطأ والحكم فيه بمقتضى القانون، ولا محل بالتالي للطعن في هذا الحكم بالتماس إعادة النظر، إذ لا يوجد خطأ في الوقائع تستلزم التصويب بالطعن بالتماس إعادة النظر.

⁸ راجع في ذلك نص المادة 212 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

⁹ نصت المادة 272 من قانون المرافعات المصري " لا يجوز الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن " .

¹⁰ نقض إداري رقم 918 لسنة 29 من جلسة 30 / 11 / 1985 م .

¹¹ حكم المحكمة العليا الليبية – طعن إداري رقم 9/21 – بتاريخ 27/2/1972م خ5 .

2. قبول الطعن بالنقض لوقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثرت في الحكم :
إذا كان قبول الطعن بالنقض مبنياً على بطلان الحكم أو بطلان في إجراء أثر في حكم، فإن محكمة النقض في هذه الحالة تنتقض الحكم، وتعيده إلى المحكمة التي أصدرته لتحكم فيه من جديد من قبل قضاة آخرين، وذلك لتصحيح الخطأ الذي وقعت فيه، وإصدار حكم جديد في الدعوى، فإذا تم الطعن بالنقض مرة ثانية في هذا الحكم، فإن محكمة النقض تصبح في هذه الحالة محكمة قانون ووقائع، وهذا الحكم يكون قابلاً للطعن فيه بالالتماس إعادة النظر . ومؤدى ذلك إذا كان الحكم الذي أصدرته المحكمة قد بني على بطلان الحكم أو بطلان أثر في الحكم وفصلت فيه محكمة النقض بعد إعادته إليها مرة أخرى، فإنه ينبغي جواز الطعن فيه بالالتماس، إذ ليس من العدل إخراج هذا الحكم من نطاق الطعن فيه بالالتماس، فالأحكام القضائية يلزم أن تكون دائماً عنواناً للحقيقة ومحل ثقة أو اطمئنان الأفراد، ولا يجوز أن يمنع الطعن في أحكام محكمة النقض بالالتماس بحجة وضع حد للطعون، ذلك أن تحقيق العدالة فوق تلك الأسباب والاعتبارات.

ثانياً: الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية وسيلة للرجوع عن الخطأ في الوقائع أو في القانون على النحو الآتي:

1. إذا وقعت المحكمة في أخطاء متعلقة بوقائع جديدة لم تكن تحت بصر المحكمة عند الحكم ترجع إلى فعل أحد الخصوم، والجدة هنا ليست الواقعة ذاتها فحسب، بل لوجودها التالي لصدور الحكم، ومناطق الجدة هنا هو ظهور الواقعة وليس وجودها، فالحكم في ظل وقائع الدعوى التي عرضت على القاضي يعد حكماً سليماً، إذ أنه لم يخالف القانون ولم يخطئ في تطبيقه أو تأويله، ولكنه بني حكمه على وقائع غير صحيحة مصدرها أحد الخصوم، كصدور الحكم بناءً على ورقة مزورة أو على شهادة زور، أو في غياب وقائع كاحتجاز وثائق قاطعة في الدعوى. ففي هذه الحالة يسلك الطاعن طريق الطعن بالتماس إعادة النظر كطريق طعن خاص، كما يعبر عنه في فرنسا¹²، (voie de recours spe'ciale) لرجوع المحكمة عن حكمها، وليس لإصلاحه. ليعود بالطاعن إلى مركزه القانوني قبل صدور الحكم محل الالتماس.

2. إذا خالفت المحكمة عن سهو قواعد إجرائية قبل أو وقت صدور الحكم، فالمحكمة ذاتها خالفت قاعدة قانونية، كالحكم بشئ لم يطلبه الخصوم أو بأكثر منه، أو حدوث تناقض في منطوق الحكم الذي تثبت به، حجية الشئ المقضي به، أو عدم تمثيل ناقص الأهلية أو الشخص المعنوي تمثيلاً صحيحاً في الدعوى، ففي هذه الحالات الثلاث التي نصت عليها المادة 229 من قانون المرافعات المدنية الليبي، كأوجه للطعن بالتماس إعادة النظر لم تقع المحكمة في خطأ موضوعي، إنما في قاعدة قانونية، ولذا فإن الطعن بالالتماس في هذه الأوجه ليس مؤسساً على خطأ في الوقائع، إنما لمخالفة قاعدة قانونية يترتب على مخالفتها نقض الحكم، لذا لم يعتبرها قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسي في مادته 603 من قبيل أوجه الطعن في الأحكام المدنية والتجارية بطريقة التماس إعادة النظر، بل إنها تعد في قانون العدالة الإدارية الفرنسي في مادته R834-1 من قبيل أوجه الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية أمام مجلس الدولة .

¹² يطلق عليه أيضاً طريق طعن غير عادي une voie de recourse extraordinaire

ثالثاً : رفع الالتماس إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم :

يطرح الالتماس نظر الدعوى على نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الملتمس فيه، وهي محكمة القضاء الإداري لتعيد نظرها موضوعياً في الحكم على أساس الوقائع الجديدة التي لم تعرض أمامها، أو قانونياً لإزالة التناقض في منطوق الحكم الذي يستحيل تطبيقه بالحالة التي عليها أو لتعديل الحكم في الطلبات أو لتصحيح التمثيل القانوني في الدعوى والحكم فيها ، وهذا ما نصت عليه المادة 330 من قانون المرافعات المدنية الليبي¹³، ولهذا يعد الطعن بالتماس إعادة النظر نوعاً من مراجعة المحكمة لإحكامها والفصل فيها من جديد من حيث الخطأ في الوقائع أو مخالفة شروط صحة الأحكام أو عدم صحة التمثيل القانوني أمام المحكمة على خلاف الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الجنائية، إذ تختص بنظره المحكمة العليا وفقاً لنص المادة 406 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي . والجدير بالذكر بأنه لم ينص في قانون العدالة الفرنسي على خاصية رفع الالتماس إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم، لأن الطعن بالتماس إعادة النظر غير جائز في الأحكام الإدارية وفقاً للمادة 1- R834¹⁴، إلا في الأحكام الصادرة من مجلس الدولة، على عكس المشرع الليبي والمصري، وقد حدد المشرع الفرنسي في المادة 603 من قانون المرافعات المدنية حالات أوجه الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام المدنية، وتختص بنظرها المحكمة التي أصدرت الحكم .

رابعاً : اقتصار قبوله على وجه أو أكثر حدها القانون على سبيل الحصر :

أوجه الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية محددة على سبيل الحصر، وهي نفس أوجه الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام المدنية والتجارية التي نص عليها قانون المرافعات الليبي في مادته 328، وهي تختلف عن أوجه الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الجنائية التي نص عليها قانون الإجراءات الجنائية الليبي في مادة 402 بالنظر إلى الطبيعة الخاصة والمميزة للأحكام الجنائية عن الأحكام المدنية والتجارية، وإلى غاية الطعن بالتماس إعادة النظر، فهو في المسائل المدنية والتجارية والإدارية وسيلة لإصلاح الأخطاء القضائية، بينما يهدف الطعن بالتماس إعادة النظر في المسائل الجنائية إلى براءة المتهم¹⁵، أما المشرع المصري فقد أضاف إلى أوجه الطعن الواردة في المادة 328 مرافعات وجهاً آخر تحت بند 8 " لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط أثبات غش من كان يمثله أو توأطئه أو إهماله الجسيم " وكان قانون المرافعات المدنية المصري القديم يعتبر هذا الوجه طريقاً خاصاً للطعن، يطلق عليه اصطلاحاً اعتراض الخارج عن الخصومة، إلا إن قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968 م ألغى هذا الطريق وأدخله ضمن أوجه الطعن بالتماس إعادة النظر . والحقيقة بأنه رغم هذا التحديد لأوجه الطعن بالتماس إعادة النظر، ووجوب أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الالتماس، إذا لم يؤسس على أحد الأسباب المحددة حصراً، إلا أن الواقع العلمي يظهر وجود العديد من التداخل بين هذه الأسباب، بسبب التوسع فيها وعدم ملائمة بعضها لطبيعة المنازعة الإدارية .

¹³ . تقابلها المادة 243 مرافعات مصري .

¹⁴ . Code of administrative justice regulatory part council of state decree .

- تنص المادة 330 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي " يرفع الالتماس بتكليف بالحضور أمام المحكمة التي أصدرت الحكم..."

¹⁵ . د. مأمون سلامة - الإجراءات الجنائية الليبي - الجزء الثاني - الطبعة الأولى - سنة 1971م - ص 579 .

الفرع الثاني

تمييز الطعن بالتماس إعادة النظر عن غيره

من أوجه الطعن الأخرى

يتميز الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية عن أوجه الطعن الأخرى وهي المعارضة والاستئناف والنقض في عدة مسائل أهمها:

أولاً : التماس إعادة النظر والمعارضة :

1. المعارضة طريق للطعن في الأحكام الغيابية الجنائية سواء ابتدائية أو نهائية أو باتة¹⁶، وهي تعد من الطرق العادية للطعن في الأحكام الغيابية التي تهدف إلى تمكين الخصم الذي صدر الحكم في غيبته من إبداء ما فات أن يبديه من دفاع حتى يكون الحكم أقرب للصواب من ناحية، وتحقيق العدالة من ناحية أخرى، وقد قصره القانون على المتهم والمسؤول عن الحقوق المدنية دون غيرهم من الخصوم (م 361 إجراءات جنائية ليبي) أما المعارضة في الأحكام المدنية والإدارية فهي غير جائزة في القانون الليبي والمصري بينما في فرنسا فإن المعارضة كانت ترفع ضد الأحكام الإدارية رغم عدم وجود نص يقرر ذلك إلى أن صدر مرسوم 10 أبريل سنة 1959 م مقررًا المعارضة في الأحكام الغيابية الصادرة من مجلس الدولة، وغير جائزة في أحكام المحاكم الإدارية والأحكام الإدارية الاستثنائية¹⁷، بينما يعد الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية وسيلة للطعن في الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية بصفتها أحكاماً نهائية من ناحية وحضورية من ناحية أخرى، فإذا كانت في غيبة الخصوم فلها مواعيد خاصة للطعن فيها حددتها المادة 1/303 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي .

2. يتفق الطعن بالمعارضة l'opposition الذي نص عليه المشرع الفرنسي في قانون العدالة الفرنسي في المادة R 831-4 مع الطعن بالتماس إعادة النظر في إعادة طرح الدعوى على ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه¹⁸.

3. تختلف المعارضة عن التماس إعادة النظر في أن غياب المعارض عن الجلسة المحددة لنظر الدعوى تعتبر المعارضة كأن لم تكن¹⁹، كجزاء لتقاعس الطاعن عن متابعة طعنه وهو أثر قانوني يترتب بقوة القانون، وتلزم المحكمة بالحكم به بينما لم ينص قانون العدالة الإدارية الفرنسي على إن غياب الملتزم للجلسة المحددة لنظر الالتماس يترتب عليه اعتبار التماسه كأن لم يكن .

¹⁶ . يجوز الطعن بالمعارضة في أحكام المحكمة العليا إذا كان سبب غياب الخصم عدم إعلانه إعلاناً قانونياً م 391 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

- راجع تفصيل ذلك د. مأمون سلامة - مرجع سابق ص 368 وما بعدها.

¹⁷ . د. هاشم أحمد محمود - نحو قانون إجراءات إدارية - دار النهضة العربية سنة 2015 ص 774 .

¹⁸ . تنص المادة 361 إجراءات ليبي " تحصل المعارضة بتقرير في قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم ... " .

¹⁹ . المادة 364 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي .

ثانياً : التماس إعادة النظر والاستئناف :

1. الاستئناف هو طريق من طرق العادية في الأحكام المدنية الصادرة من محاكم الدرجة الأولى " جزئية أو ابتدائية " - في غير حدود نصابها الإنتهائي، ولا يخرج عن ذلك إلا الأحكام التي اتفق الخصوم على عدم استئنافها أما الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف الدائرة المدنية أو محكمة القضاء الإداري فلا يجوز الطعن فيها بالاستئناف، بينما الالتماس بإعادة النظر هو طريق غير عادي للطعن في الأحكام النهائية (الصادرة من محاكم الدرجة الثانية أو من محاكم الاستئناف) أو الأحكام الإنتهائية الصادرة من محاكم الدرجة الأولى في حدود نصابها الإنتهائي، أو كان المحكوم عليه قبل بها وارتضاها وفقاً لنص المادة 299 مرافعات ليبي، أو اتفق الخصوم قبل صدور مع عدم استئنافها وفقاً للمادة 1/306 مرافعات ليبي، في حين تأخذ التشريعات تأخذ بالاستئناف كطريق عادي في الأحكام الإدارية كما هو الحال في مصر، إذ تنص المادة 13 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 م باختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر الطعون التي ترفع إليها من الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية، ويعد أيضاً الطعن بالاستئناف (Le recours en appel) في فرنسا من طرق الطعن في الأحكام الإدارية منذ صدور المرسوم رقم 53 - 934 الصادر في 10 أبريل 1953 م، تأكيداً لمبدأ التقاضي على درجتين، وبصدور قانون المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافية رقم 57-1127 الصادر سنة 31 ديسمبر 1987 م أصبحت المحاكم الإدارية الاستئنافية صاحبة الاختصاص في الفصل في الطعون المرفوعة ضد الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية²⁰.
2. يترتب على الاستئناف إعادة طرح الدعوى على محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم²¹، بينما ينظر الالتماس أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم.
3. يعد الطعن بالاستئناف اعتراضاً على الحكم سواءً فيما يتعلق بالوقائع أو القانون، وعلته زيادة فحص الدعوى بنظرها على درجتين، وتجنب أخطاء القضاة، وتقيد المحكمة الاستئنافية بالوقائع التي طرحت أمام محكمة أول درجة وفصلت فيها بالحكم المستأنف، بينما حدد القانون حالات الطعن بالتماس إعادة النظر على سبيل الحصر سواءً كانت متعلقة بالوقائع أو بالقانون، تطرح فيها العيوب التي استند إليها الطاعن يعرض فيها وقائع جديدة ظهرت بعد الحكم الملتمس فيه²²، أي أن نطاق الدعوى في حالة الاستئناف لا يتجاوز نطاق الدعوى أمام أول درجة فهي، إما أن تكون هي ذات الدعوى أو بعضها، ولكن في مرحلة أخرى، بينما أن الدعوى في حالة الطعن بالالتماس ليست كل الدعوى المبتدئة بل بعضاً منها فالمحكمة لا تنظر الدعوى من جديد بكل وقائع وتفصيلها التي عرضت عليها في البداية الأمر، إنما في حدود ما ظهر من وقائع جديدة لم يسبق تقديمها إلى المحكمة أو تنظر في طلبات أو دفوع لم تبد أمامها من قبل .
4. القاعدة العامة في القانون أنه لا يجوز تنفيذ الأحكام الصادرة من محكمة أول درجة إلا إذا صارت نهائية ما لم ينص القانون على غير ذلك (م 421 من قانون الإجراءات الليبي والمادة (389) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي)، لأنه من الملائم التريث في تنفيذ الأحكام الابتدائية رعاية للمحكوم عليه، بينما لا يترتب على الطعن بالتماس إعادة النظر وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه، لأنها أحكام نهائية واجبة النفاذ، ولكن يجوز للمحكمة الحكم بوقف تنفيذه (م 331 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي) إلا أنه يزول الحكم المطعون فيه بالالتماس بمجرد قبوله .

²⁰ د . هانم أحمد محمود - مرجع سابق ص 731 .

²¹ المادة 373 إجراءات جنائية ليبي .

²² عبد الحميد التمشاوي - مرجع سابق - ص 1070 .

ثالثاً : التماس إعادة النظر والنقض :

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن في الأحكام النهائية أو الإنتهائية الصادرة من المحاكم المدنية، أو الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الجنائية و الإدارية، بناء على أسباب معينة حددها القانون على سبيل الحصر²³، وتتحصّر أسبابه في الأحكام الجنائية في مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله أو بطلان الحكم أو بطلان في إجراءات بطلاناً أثر في الحكم، أي أن أسبابه قانونية وليست موضوعية، وتختص بنظره المحكمة العليا، كما أن الطعن بالنقض في الأحكام المدنية أو الإدارية وردت أيضاً حالاته على سبيل الحصر في ثلاث حالات، هي مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه، وتأويله، ووقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم أو صدور الحكم خلافاً لحكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم فيه سواء دفع بهذا أو لم يدفع (م 19 من القانون رقم 22 لسنة 1972م بشأن القضاء الإداري الليبي) والمادة 336 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، وتختص بنظره محكمة النقض على خلاف الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية، الذي وردت أحواله على سبيل الحصر، وهي نفس الأحوال التي نص عليها قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي في مادته 328 " عملاً بالمادة 20 من القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري الليبي " وهو يختلف عن الطعن بالنقض في الأحكام الإدارية في حالاته، وفي أساسه والمحكمة المختصة بنظره، فإذا كان الطعن بالنقض في الأحكام الإدارية أساسه مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون أو الخطأ في تطبيقه وتأويله أو وقوع بطلان في الحكم أو إذا وقع في الإجراءات بطلان أثر في الحكم أو في صدور الحكم خلافاً لحكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم فيه، وهي حالات يتعلق بأسباب قانونية لا بالوقائع في حين أن الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية يتعلق بخطأ في الوقائع في بعض الحالات ومخالفة لقاعدة قانونية في حالات أخرى، وتختص بنظره المحكمة التي أصدرت الحكم ولا يرفع إلى المحكمة العليا.

أما في مصر فإنه على غرار مجلس الدولة الفرنسي تم إنشاء المحكمة الإدارية العليا بقانون رقم 165 لسنة 1955 م تختص بالتعقيب على الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية التأديبية في الأحوال الواردة في المادة 1/23 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 م وهي :

1. إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله .
2. إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم .
3. إذا صدر الحكم على خلاف حكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم فيه سواء دفع بهذا الدافع أو لم يدفع به .

ويقدم الطعن إلى المحكمة الإدارية العليا خلال ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه من قبل ذوي الشأن ومفوضي الدولة، ولا يحيل الطعن إلى المحكمة إلا بعد فحصه من قبل لجنة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا والموافقة على إحالته للمحكمة.

²³ حصر المشرع الليبي في المادة 381 إجراءات جنائية الطعن بالنقض في الأحوال الآتية :
أولاً: إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو على خطأ في تطبيقه أو في تأويله.
ثانياً: إذا وقع في الحكم بطلان أو إذا وقع في الإجراءات بطلان اثر في الحكم .

أما في فرنسا فإن المادة 1-821L من قانون العدالة الإدارية تنص على أن " الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية الاستثنائية، وبصفة عامة الأحكام الصادرة من محاكم آخر درجة يجوز الطعن فيها بالنقض، أمام مجلس الدولة²⁴، وهذا يعني أن الطعن بالنقض والطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية يختص بنظرهما مجلس الدولة .

المطلب الثاني

أوجه الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية

نصت المادة 20 من القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري الليبي " يجوز الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم استئناف منعقدة بهيئة قضاء إداري بطريق التماس إعادة النظر في المواعيد والأحوال المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً للإجراءات المبينة فيه²⁵، " وقد بينت المادة 328 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي أوجه الطعن بالتماس إعادة النظر حيث نصت " للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة نهائية في الأحوال الآتية :

1. إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير على الحكم.
 2. إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي أسس عليها أو قضي بتزويرها.
 3. إذا كان الحكم قد بني على شهادة شاهد قضي بعد صدوره بأنها مزورة.
 4. إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان الخصم قد حال دون تقديمها.
 5. إذا قضي الحكم بشئ لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه .
 6. إذا كان منطوق الحكم متناقضاً بعضه لبعض .
 7. إذا صدر الحكم على شخص ناقص الأهلية أو على جهة الوقف أو على أحد الأشخاص المعنوية ولم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى.
- وستتولى في هذا المطلب توضيح كل وجه من هذه الوجوه .

²⁴ . Code of administrative justice legislative part .

²⁵ حددت المادة 51 من قانون مجلس الدولة 47 لسنة 1972 م أحوال الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية - حددت المادة 1-834 R من قانون العدالة الإدارية الفرنسي أحوال الطعن بالتماس إعادة النظر في أحكام مجلس الدولة.

الفرع الأول

أوجه الطعن العائدة للخصوم

تنحصر أوجه الطعن في التماس إعادة النظر في سبعة وجوه الأربعة الأولى منها تعود إلى الخصوم ويرجع سبب الطعن فيها إلى خطأ في الوقائع وهي :

الوجه الأول : وقوع غش من الخصم أثر في الحكم :

القاعدة العامة بأن الغش يفسد كل شئ ولو كان حكماً قضائياً، ذلك أن الخصم يتعمد إخفاء الحقيقة عن المحكمة، فيأتي حكمها مخالفاً للواقع، ولا يعبر عن الحقيقة متأثرة بالغش الذي قام به الخصم وصور الغش كثيرة ومتعددة، لا يمكن حصرها، لذلك يخضع تقديرها لمحكمة الموضوع حسب ظروف كل حالة، فهو يشمل كل أفعال الغش والتدليس والاحتيايل، وكل عمل يعمد إليه الخصم ليخدع المحكمة ويؤثر في عقيدتها²⁶. وقد عرف البعض الغش الواردة في 328 مرافعات ليبي بأنه هو كل أعمال التدليس والمفاجآت الكاذبة التي يعمد إليها الخصم ليخدع المحكمة، وتؤثر بذلك في اعتقادها، فتصور الباطل صحيحاً، وتحكم بناءً على هذا التصور لصالح من ارتكب الغش²⁷، وعرفته المحكمة العليا الليبية " إن الغش الذي يجيز الالتماس إنما هو ذلك الغش الذي كانت واقعته خافية على الحكم طيلة نظر الدعوى بحيث لم تتح له الفرصة لتقديم دفاعه فيه أو إيضاح حقيقته للمحكمة فتأثر به حكمها ..."²⁸، ولا يعتبر غشاً مجرد الغبن أو مجرد إنكار الخصم لدعوى خصمه أو إنكاره وجود مستندات ما في حوزته أو عدم تقديمه هذه المستندات أو تفننه في أساليب دفاعه، ولا يعد الكذب غشاً إلا إذا كان متعمداً ومنصباً على وقائع هامة أو إخفاء الوقائع القاطعة المجهولة من الخصم الآخر²⁹، ويتحقق الغش بسكوت الخصم عن واقعة معينة بقصد الخداع³⁰.

ويشترط في الغش الذي يعد وجهاً للالتماس ثلاثة شروط هي :

1. أن يكون الغش صادراً من الخصم ويعتبر الغش صادراً من المطعون ضده إذا صدر من وكيله أو الأشخاص المسؤول عنهم أو هم مسؤولون عنه .
2. أن يكون الغش قد أثر في الحكم بحيث لولاه لتغير حكم المحكمة، أما إذا لم تعتمد المحكمة على الوقائع التي تناولها الغش³¹، فلا يقبل به الالتماس .
3. ظهور الغش بعد صدور الحكم أي يجب أن يكون الخصم قد أخفى حالة الغش طيلة سير الخصومة وحتى صدور الحكم³²، بحيث لم يكن في وسع الخصم الآخر من تقديم دفاعه وإيضاح حقيقة الأمر للمحكمة، فأثر ذلك به في حكمها، وتقدير عناصر الغش إثباتاً ونفياً تستقل به محكمة الموضوع مادامت تستند إلى اعتبارات سائغة لها أصلها الثابت تؤدي إلى النتيجة التي خلصت إليها³³.

²⁶ محمد العشماوي ، عبد الوهاب العشماوي - مرجع سابق - ص 927 + انظر أيضا د. احمد ابوزقيه - قانون المرافعات المدنية والتجارية - منشورات جامعة بنغازي - سنة 2008 - ص 352 .

²⁷ محمد العشماوي ، عبد الوهاب العشماوي - المرجع السابق - 1966\1\1 . الحميد المنشاوي - مرجع سابق - 1072 .

²⁸ حكم المحكمة الليبية - طعن رقم 25 لسنة 9 قضائية - جلسة 1966\1\1 .

²⁹ المجموعة المفهرسة - مرجع سابق ص 171 - رقم 1776 .

³⁰ قضاء إداري 11 مارس سنة 1953م - مجموعة أحكام المحكمة السنة 7 - ص 642 .

³¹ الطعن رقم 608 لسنة 56 جلسة 1992\6\21م .

³² حكم المحكمة العليا - طعن رقم 25 لسنة 9 قضائية - جلسة 1966\1\1م .

³³ الطعن رقم 1421 لسنة 57 في جلسة 1992\5\27م .

الوجه الثاني : بناء الحكم على ورقة مزورة :

تتحقق هذه الحالة للالتماس إذا كان الحكم قد بنى على ورقة مزورة سواء قام الخصم بتزوير هذه الورقة أو زورها غيره وهو يعلم بتزويرها، ولم يكشف أمر التزوير إلا بعد صدور الحكم، أما إذا لم يكن للورقة المزورة أثرٌ في تكوين عقيدة المحكمة في الحكم، فلا يقبل الالتماس في هذه الحالة، وكذلك إذا كانت الورقة المزورة أحد الأدلة التي قام عليها الحكم، وإنه يمكن تحميل الحكم على دليل آخر غيرها، فلا يتوفر هنا سبب للطعن بالالتماس لانقضاء رابطة السببية بين الحكم والورقة المزورة، ويثبت تزوير الورقة بإحدى الطريقتين هما بإقرار مرتكب التزوير بفعل التزوير أو بصدور حكم بتزوير الورقة وفي كلتا الحالتين يلزم أن يكون ذلك بعد صدور الحكم المطعون فيه، ويجب أن يثبت التزوير قبل رفع الالتماس، أي يتعين على الملتمس عند تقديمه للالتماس أن يكون بيده الدليل على حدوث التزوير، إذ يجوز أن يتخذ الالتماس وسيلة لإثبات التزوير³⁴، وعلى ذلك يلزم لقبول الطعن بالالتماس إعادة النظر استناداً على بناء الحكم على ورقة مزورة توافر الشروط الآتية :

1. أن يكون الحكم مبنياً على ورقة مزورة .
 2. أن يثبت التزوير بإقرار المذور أو تحكيم قضائي .
 3. أن يثبت التزوير بعد صدور الحكم وقبل رفع الالتماس .
- ويعد الطعن بناء على مستند مذور أحد أوجه الطعن بالالتماس التي نص عليها قانون العدالة الإدارية الفرنسي في المادة 1- R-834

" Le recours en re'vision contre une de'cision contradictoire du conseil d' Etat ne peut e'tre pre'sente' que dans trios cas !

- si elle a e'te' rendue sur pie'ce f ausses

الوجه الثالث : بناء الحكم على شهادة مزورة :

يقوم الالتماس في هذه الحالة على تأسيس الحكم المطعون فيه على شهادة زور، سواء كانت شفوية أو مكتوبة، ثبت بمقتضى حكم قضائي بعد صدور الحكم المطعون فيه بأنها مزورة (شهادة زور)، ذلك إن شهادة الشهود الشفوية أو المكتوبة وكذلك الشهادات الصادرة من الجهات الإدارية تعد من وسائل الإثبات المهمة أمام القضاء، وإن الشاهد ملزم بقول الصدق حتى لا يندفع القاضي بشهادته ويأتي حكمه متناقضاً لحقيقة الواقع أما إذا لم يؤسس الحكم على هذه الشهادة أو لم يثبت تزويرها بحكم قضائي، فلا يقبل الالتماس على أساسها³⁵، ولذلك يلزم لصحة قبول هذا الوجه من الالتماس توافر الشروط الآتية :

1. صدور حكم بتزوير الشهادة سواء صدر حكم هذا الحكم من المحكمة المدنية أو الجنائية .
2. أن يكون الحكم المطعون فيه مبنياً على الشهادة.
3. أن يصدر الحكم بتزوير الشهادة بعد صدور الحكم المطعون فيه وقبل رفع الالتماس.

الوجه الرابع : الحصول على أوراق قاطعة في الدعوى :

يتحقق هذا الوجه من الالتماس عندما تظهر ورقة أو أوراق قاطعة في الدعوى بعد صدور الحكم في الدعوى كان الخصم قد احتجزها أحوال دون تقديمها، فالطعن في هذه الحالة يتعلق بدليل

³⁴ رمزي سيف – مرجع سابق – ص 902 .

³⁵ د. خليفة سالم الجهمي – شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مكتبة الفضيل – 2013 – ص 433 .

كتابي مؤثره في الحكم في الدعوى، بحيث يكون من شأنه لو اطلع عليه القاضي قبل إصدار للحكم لأمكن إن يتغير تقديره لثبوت الوقائع، وعلى ذلك يلزم أن تتوافر في هذا الوجه الشروط الآتية :

1. يجب أن تكون الورقة أو الأوراق المحتجزة قاطعة في الدعوى، بحيث يترتب على تقديمها تغيير الحكم أما إذا كانت الورقة غير ذات أثر في الحكم الملمس فيه، أو تجردت من وصف جزؤها، بأن اقتصر سلوك الخصم الآخر في شأنها على السكوت عنها، أو عدم الإشارة إليها³⁶، فلا تصلح وجهاً للطعن بالتماس إعادة النظر.

2. أن يكون الخصم الآخر قد احتجز الورقة أو حوال دون تقديمها للمحكمة سواء كانت تحت يده مادياً واحتجزها أو منع من يحوزها دون تقديمها³⁷، وعلى ذلك قضت المحكمة العليا الليبية " لا يجوز التماس إعادة النظر بناءً على ظهور أوراق قاطعة في الدعوى، إلا إذا كانت هذه الأوراق قد حال الخصم دون تقديمها³⁸ .

3. يجب ألا يكون في وسع الخصم الذي خسر الدعوى الحصول على الورقة، كوجود أصلها في السجلات العامة أو تقديم صورة منها، فإذا كان الملمس قد حصل على تلك الورقة أو الأوراق قبل صدور الحكم، أو كان عالماً بها ولم يطلب تقديمها فيتحمل مسؤولية تقصيره ولا يقبل التماسه³⁹ .

ويعد إخفاء أحد الخصوم لمستندات فاصلة في موضوع الدعوى سبب للطعن في الأحكام الصادرة من مجلس الدولة، وفقاً للبند الثاني من المادة R834-1 من قانون العدالة الإدارية الفرنسي " si la partie a e'te' condamn'e faute d'avoin produit une pe'e'ce de'cisive qui e'tait retenue par son adversaire " (40)

كما اعتبر المشرع الجزائري في المادة 392 / 2 قانون المرافعات المدنية والإدارية رقم 8-9 لسنة 2008م في ثبوت احتجاز احد الخصوم عمداً بعد صدور الحكم أوراقاً حاسمة في الدعوى سبباً لالتماس إعادة النظر في الأحكام المدنية والتجارية .

³⁶ حكم المحكمة العليا الليبية – طعن إداري رقم 57 – جلسة 1961\5\6 م .

- نقض مدني 17 ابريل سنة 1952م مجموعة أحكام النقض السنة 30 ص926 .

³⁷ نقض 1962\2\7 س17 ص782 .

³⁸ حكم المحكمة العليا – مدني رقم 9\25 – جلسة 1996\1\11 .

- " أن الاستناد إلى الحالة الرابعة المنصوص عليها في المادة 328 مرافعات وهي حصول الملمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها لسلوك طريق الطعن بالتماس إعادة النظر ، يتعين في الورقة التي حصل عليها الملمس أن تكون محجوزة بفعل الخصم ومن شأنها حسم النزاع لمصلحة الملمس ويستحيل عليه الوقوف عليها لعدم علمه بوجودها فلا يكفي مجرد ظهور ورقة قاطعة في الدعوى لم تطرح على المحكمة بل يجب أن تكون قد حجزت بفعل صادر عن المحكوم له سواء كان هو الذي حجزها بنفسه أو بتحريض منه أو باتفاق معه وترتب على ذلك حجبها عن الملمس ، أما إذا علم بوجود مستند قاطع في الدعوى تحت يد خصمه فيجوز له أن يطلب إلزامه بتقديمه حتى يكون تحت نظر المحكمة فإن لم يفعل فلا يحق له بعد صدور الحكم ضده أن يطعن فيه بالالتماس إذ لم يكن للخصم شأن في حجبها عن المحكمة . طعن إداري رقم ق41\44 – تاريخ الطعن 2000\12\2 .

³⁹ د. احمد هندي وآخرون – قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – سنة 1998 – ص612 .

⁴⁰ Code of administrative justice regulatory part .

الفرع الثاني

أوجه الطعن العائدة للقاضي

تعود أوجه الطعن بالتماس إعادة النظر الثلاثة الأخرى إلى خطأ أو سهو من القاضي في الإجراءات يؤدي إلى بطلانها، أي أنها أخطاء في القانون وليس في الوقائع ويعد صدور الحكم دون مراعاة الإجراءات الجوهرية لإصداره سبباً للطعن في الأحكام الصادرة من مجلس الدولة وفقاً للبند الثالث من المادة 1-834 التي تنص

" Si la decision est intervenue sans qu ' aient e'te' observe'es les dispositions du pre'sent code relatives a' al formation de jugement a le tenue des audiences ainsi qu ' ata a la forme et au prononce' de la de'cision "⁴¹

وتجدر الإشارة بأن المشرع الفرنسي لم يحدد الإجراءات الواجب إتباعها أمام مجلس الدولة لصحة إجراءات الأحكام، التي يمكن إجمالها في تشكيل المحكمة وعلنيته ونظام الجلسات وكيفية إصدار الأحكام ومشتملاتها، وغيرها من⁴²، الشكليات الأساسية الواجب إتباعها أمام مجلس الدولة، ونبين فيما يلي أوجه الطعن التي نص عليها المشرع الليبي وتعود لأخطاء المحكمة وهي :

الوجه الأول : الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه :

يتحقق هذا الوجه من الالتماس إذا قضت المحكمة بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه عن سهو دون تعمد، إذ يتعين على المحكمة الالتزام بطلبات الخصوم وعدم الخروج عليها، وإلا كان حكمها وارداً على غير محل، أما إذا قامت بذلك استناداً إلى نصوص قانونية لم يبدها الخصم، فلا محل للطعن بالالتماس، إنما السبيل إلى ذلك هو الطعن بالنقض في هذا الحكم⁴³، كذلك لا يتحقق وجه الطعن بالالتماس إذا قضت المحكمة بأقل مما طلبه الخصوم أو رفضت طلباتهم⁴⁴. ونرى بأن الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه لا يتعلق بخطأ في الوقائع إنما خطأ في إجراء قانوني يجوز الطعن فيه بالنقض، وتذهب المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن الحكم بما لم يطلبه صاحب الشأن في المسائل الإدارية يعد من قبيل الخطأ في القانون، مما يجيز الطعن فيه أمام المحكمة الإدارية العليا مستندة في ذلك إلى اختلاف روابط القانون العام عن روابط القانون الخاص⁴⁵، وقضت برفض الدفع المؤسس على القول بأن الحكم المطعون فيه قضي للمدعي بأكثر مما طلبه، فما كان يجوز الطعن فيه إلا بطريق التماس إعادة النظر بالتطبيق للمادة 417 من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي أحالت إلى المادة 16 من القانون رقم 165 لسنة 1955 م بشأن تنظيم مجلس الدولة.

⁴¹ . Code of administrative justice regulatory part

⁴² د . هانم احمد محمود مرجع سابق ص 787 .

⁴³ نقض 1997\3\2م - س 48 ج 1 - ص 414 .

⁴⁴ طعن رقم 4095 - لسنة 66 ق - جلسة 2009\4\8 .

⁴⁵ المحكمة الإدارية العليا طعن رقم 1693 لسنة 2 ق . ع بتاريخ 16 - 3 - 1957 م .

الوجه الثاني : التناقض في منطوق الحكم :

منطوق الحكم هو الذي يحسم النزاع ويبلغ بالدعوى غايتها، ويحدد لكل خصم ما له وما عليه، وهذا الجزء هو الذي ينطق به القاضي، وينصب عليه طلب الطاعن بإلغائه أو تعديله، ويبني عليه الطعن بالالتماس إذا وجد تناقض في أجزائه، بشكل يمتنع معه تنفيذ الحكم، كأن تقضي المحكمة بعدم قبول الطعن شكلاً وتقضي في نفس الحكم بإلزام جهة الإدارة بعودة الموظف إلى سابق عمله، ولا يعد من قبيل هذا الوجه من الالتماس تناقض الأسباب مع بعضها أو تناقضها مع منطوق الحكم مادام المنطوق ذاته خالياً من التناقض⁴⁶، إذ أن التناقض بين منطوق الحكم وأسبابه أو في الأسباب ذاتها يعد من أحوال الطعن بالنقض، ولما كان الالتماس بطبيعته لا يتضمن طعناً في الحكم، إنما طلب إعادة النظر فيه لظهور وقائع جديدة بعد الحكم الأمر الذي يمنع اللجوء إلى الطعن فيه بالنقض، فإن مناقضة منطوق الحكم بعضه لبعض لا يعد وقائع جديدة ظهرت بعد الحكم، يمكن إصلاحه عن طريق التماس إعادة النظر فيه، ولهذا السبب لم يعتبره المشرع الفرنسي وجهاً للطعن بالالتماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة من مجلس الدولة، ولم يمتد المشرع الجزائري أيضاً للطعن فيه بالالتماس إعادة النظر⁴⁷.

الوجه الثالث : الحكم على ناقص الأهلية أو على شخص معنوي لم يمثل تمثيلاً صحيحاً :

يقصد بهذا الوجه من الطعن بالالتماس إعادة النظر حماية ناقص الأهلية والأشخاص المعنوية العامة من انعقاد الخصومة دون تمثيل قانوني صحيح، يؤدي إلى صدور أحكام ضدهم⁴⁸، ويلاحظ بأن هذه الحماية غير كافية، لأنها جاءت قاصرة على التمثيل الصحيح ولم تتناول القصور في الدفاع عن ناقص الأهلية والأشخاص المعنوية العامة⁴⁹. ومن الأمثلة على عدم التمثيل الصحيح في الدعوى حضور نائب عن الشخص المعنوي ليست له صفة للحضور عنه، أو إن يتولى الدفاع عن أحد الجهات العامة محام خاص، أو إعلان صحيفة الدعوى لغير الممثل القانوني للجهة، إذ يلزم لصحة الدعوى وانعقاد الخصومة أمام القضاء إعلان الصحيفة لصاحب الصفة في تمثيل المدعي عليه أو النائب عنه قانوناً أو اتفاقياً. فان لم يراع هذا الإجراء ترتب عليه بطلان إجراءات الدعوى وهذا البطلان لا يصلح سبباً للطعن في الحكم على أساس خطأ في الوقائع، إنما خطأ في إجراء من إجراءات الدعوى الذي يدخل ضمن حالات التماس النظر في الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي وفقاً للبند الثالث من المادة R 834-1 من قانون العدالة الفرنسي. وتجدر الإشارة بأن المشرع المصري نص البند 8 من المادة 241 من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أن طعن الخارج عن الخصومة يعد من أوجه الطعن بالالتماس إعادة النظر، في حين أن المشرع الليبي اعتبره طريقاً خاصاً للطعن في المادة 363 من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وكذلك اعتبر المشرع الفرنسي طعن الخارج عن الخصومة أو ما يطلق عليه بمعارضة الشخص الثالث La tierce opposition سبباً خاصاً للطعن في المادة R 832 من قانون العدالة الإدارية الفرنسي⁵⁰.

46. د. خليفة الجهمي – مرجع سابق – ص 436.

47. عبد الحميد المنشاوي – مرجع سابق – ص 1076.

طعن إداري رقم 1590 لسنة 6 قضائية جلسة 1956/4/1.

48. د. رمزي سيف – مرجع سابق – ص 908.

49. يذهب البعض إلى أن هذا الوجه يشمل أيضاً عدم تقديم الدفاع اللازم في النقاط الجوهرية وتنفيذها. عبد الحميد المنشاوي – مرجع سابق – ص 1076.

50. Code of administrative justice regulatory part.

المطلب الثالث

إجراءات الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية

يتم الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية من الطاعن عن طريق تقرير بالطعن في المواعيد التي نص عليها قانون المرافعات المدنية والتجارية ووفقاً للإجراءات المبينة فيه⁵¹، ولذا سنتناول في هذا المطلب إجراءات الطعن بالتماس إعادة النظر في أربعة فروع:

الفرع الأول: من له الحق في التقرير بالطعن بالتماس إعادة النظر.

الفرع الثاني: إجراءات التقرير بالطعن بالتماس إعادة النظر.

الفرع الثالث: ميعاد الطعن بالتماس إعادة النظر.

الفرع الرابع: الحكم في التماس إعادة النظر.

الفرع الأول

من له الحق في التقرير بالتماس إعادة النظر

(صفة الطاعن)

إن الطعن بطريق التماس إعادة النظر لا يثبت إلا للخصم الذي صدر ضده حكماً في الدعوى الإدارية، ولذا يجوز للطاعن والمطعون ضده أو من يمثلهما الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية الصادرة في المنازعات الإدارية الداخلة في اختصاص القضاء الإداري. وعلى ذلك فإن الأحكام الإدارية التي يجوز الطعن فيها بالتماس إعادة النظر هي الأحكام الصادرة في المنازعات المتعلقة بالوظيفة العامة والمنازعات المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية والتعويض عنها والمنازعات المتصلة ببعض العقود الإدارية ويشترط أن تتوفر لدى الطاعن الشروط الآتية:

1. أهلية التقاضي:

يجب أن يكون الطاعن بالتماس إعادة النظر متمتعاً بأهلية الأداء اللازمة للتقاضي وقت رفعه للالتماس، فإذا كان مفقراً لها فيكون طعنه باطلاً، ما لم يمثله في الطعن من يصح أن ينوب عنه كالولي أو القيم. أما إذا كان الطاعن شخصاً اعتبارياً فيتعين أن يرفع الالتماس من يمثله قانوناً في التقاضي.

2. الصفة:

يتحدد نطاق الصفة في الطعن بالتماس إعادة النظر في الأشخاص الذين كانوا خصوماً في الحكم محل الالتماس سواء كانوا أصليين أو خصوماً متداخلين⁵²، إذ أن خصومة الطعن بالتماس إعادة

⁵¹ المادة (20) من القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري .
⁵² د. نبيل إسماعيل عمر – الوسيط في قانون المرافعات – دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية – سنة 2006 – ص138.

النظر في الحكم المطعون فيه مكاملة لخصومة الدعوى التي صدرت فيها الحكم المطعون فيه، ذلك يتحدد نطاق الطعن بالتماس إعادة النظر بأطراف الخصومة وموضوعها بحدود الدعوى الإدارية التي صدر فيها الحكم المطعون فيه، وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا الليبية "الأصل في من يختصم في الطعن أن يكون خصماً للطاعن في الخصومة التي صدرت فيها الحكم المطعون فيه وبصفته التي كان يتصف بها"⁵³، ولا تثبت هذه الصفة إلا لمن توجه إليه طلبات في الدعوى أو يعترض سبيل طلبات خصمه وينازعه فيها وبقي على هذه المنازعة مع خصمه ولم يتخل عنها حتى صدور حكم في الدعوى⁵⁴، ويلزم أيضاً أن يكون الطعن مقدماً من المحكوم عليه، ومن ثم لا يقبل الطعن من لم يقض الحكم المطعون ضده بشئ وفي ذلك نصت المادة 299 من قانون المرافعات الليبية "لا يجوز الطعن في الأحكام إلا من المحكوم عليه، ولا يجوز ممن قبل الحكم أو من قضى له بكل طلباته".

ويعد طعن الخارج عن الخصومة في الأحكام الإدارية وهو الشخص الذي لم يكن خصماً في الدعوى التي صدر فيها الحكم ولكنه تضرر منه، من الموضوعات التي أثارت مناقشات عديدة وتذبذبت أحكام القضاء الإداري بمجلس الدولة حولها، وقد حسم هذا الخلاف بمبدأ قضائي لدوائر المحكمة الإدارية العليا بعدم جواز طعن الخارج عن الخصومة الإدارية أمام المحكمة الإدارية العليا وباختصاص المحكمة الإدارية التي أصدرت الحكم بنظر هذا الطعن في الحدود المقررة للتماس إعادة النظر، وقد أيد المشرع المصري هذا القيد وألغى طعن الخارج عن الخصومة كطريق خاص للطعن في الأحكام وإضافته كوجه جديد للطعن بالتماس إعادة النظر .

أما في فرنسا فقد أجازة المشرع الفرنسي كطريق خاص للطعن في الأحكام الإدارية وفقاً للمادة R8932-1 من قانون العدالة الفرنسي . على عكس المشرع الليبي الذي أبقى على اعتراض الخارج عن الخصومة كطريق لمنازعة الأحكام القضائية ولم يذكره كوجه من أوجه الطعن بالتماس إعادة النظر، ولذا فإن من لم يكن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها ولم يدخل أو يتدخل فيها لا يجوز له الطعن في الحكم الصادر في الدعوى بطريق التماس إعادة النظر لمنع امتداد آثار الحكم عليه والتقارير بأنه ليس حجة عليه ولا سبيل له إلا الاعتراض على تنفيذ الحكم سواء قبل التنفيذ أو بعده ويرفع هذا الاعتراض إلى المحكمة التي أصدرت الحكم (م364 مرافعات ليبي) .

3. المصلحة :

يقصد بالمصلحة بصفة عامة الفائدة التي يجنيها الشخص من رفع الدعوى، أو الطعن فلا يقبل الطعن في الأحكام إلا من صاحب المصلحة، عملاً بقاعدة لا دعوى ولا طلب بدون مصلحة، فالمصلحة هي مناط أي دعوى أو طلب، ولذا يتعين فيمن يرفع الالتماس أن تكون له مصلحة شخصية ومباشرة في إصلاح الحكم القضائي، وكما هو معروف بأن شرط المصلحة يختلف في دعوى الإلغاء عنه في دعوى القضاء الكامل، فإذا كانت الدعوى التي صدر فيها الحكم محل الطعن بالتماس إعادة النظر من دعاوى الإلغاء، فيكفي للطعن بالتماس إعادة النظر في الحكم الصادر في هذه الدعوى، بأن تكون له مجرد مصلحة في إلغاء الحكم محل الالتماس، طالما أثر في مركزه القانوني، ولو لم يضر بحق من

⁵³ د. احمد هندي وآخرون - مرجع سابق - ص496 .

⁵⁴ حكم المحكمة العليا الليبية - طعن مدني رقم 22\60 قق - بتاريخ 21\11\1976 .

حقوقه، على عكس ما إذا كانت الدعوى التي صدر بشأنها الحكم محل الالتماس من دعاوى القضاء الكامل، فإنه يلزم لقبول الطعن فيها بطريق التماس إعادة النظر أن يكون في هذا الحكم قد أضر بحق شخصي لرافعه وعلى هذا الأساس لا يقبل الطعن بالتماس إعادة النظر إذا رفع من شخص أو من جهة إدارية لم يقض الحكم الصادر في الدعوى ضدها بشئ أو إذا صدر في مواجهتها مادامت لم تنازع في الموضوع و اقتصر على طلب إخراجها من الدعوى بلا مصاريف، إذ لا تعتبر خصماً حقيقياً له حق الطعن في هذا الحكم لانتهاء مصلحتها في ذلك.⁵⁵

والطاعن بالتماس إعادة النظر قد يكون شخصاً طبيعياً كالطعون التي يرفعها موظفون عموميون في الأحكام الإدارية الفاضية برفض طلباتهم بإلغاء قرارات إدارية بتوقيع عقوبات إدارية عليهم، أو بإحالتهم للتقاعد أو نقلهم نقلاً تعسيفياً أو رفض طلباتهم بتعويضهم عن هذه القرارات، وقد يكون الطاعن بالتماس إعادة النظر شخصاً معنوياً، كالطعون التي تقدمها الإدارة في الأحكام الإدارية الفاضية بإلغاء قرارات إدارية أو بالتعويض عنها، والطعون التي تقدمها الشركات العامة أو الخاصة في الأحكام الإدارية الصادرة في منازعات عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد.

والطعن بالالتماس كغيره من طرق الطعن الأخرى ذو أثر نسبي، فلا يستفيد منه إلا الأشخاص الذين قدموا الالتماس، فالقاعدة العامة بأن لا يستفيد من الحكم الصادر في الالتماس إلا رافعه ولا يحتج به إلا على من رفع عليه، باعتبار أن غير أطراف الالتماس يعتبرون من الغير بالنسبة لخصومة التماس إعادة النظر، إلا إذا كان الحكم الموضوع الذي صدر فيه الحكم غير قابل للتجزئة أو إذا قضى الحكم بالالتزام تضامني.⁵⁶

الفرع الثاني

ميعاد الطعن بالتماس إعادة النظر

حددت المادة 329 من قانون المرافعات الليبي ميعاد الطعن بالتماس إعادة النظر بأن نصت " ميعاد الالتماس ثلاثون يوماً ولا يبدأ في الحالات المنصوص عليها في البنود الأربعة الأولى من المادة 328 إلا من اليوم الذي ظهر فيه الغش أو الذي أقر فيه بالتزوير فاعله أو حكم بثبوته أو الذي حكم فيه على شاهد الزور أو اليوم الذي ظهرت فيه الورقة المحتجزة ويبدأ الميعاد في الحالة المنصوص عليها في البند الأخير من المادة 328 من اليوم الذي يعلن فيه الحكم إلى من يمثل المحكوم عليه تمثيلاً صحيحاً"⁵⁷. وعلى ذلك فالأصل في ميعاد الطعن في الأحكام الإدارية بالتماس إعادة النظر هو ثلاثون يوماً من تاريخ إعلان الحكم طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة 301 من

⁵⁵ د. محمد عبد الله الحراري - الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي - المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية - سنة 2003 - ص 162.

⁵⁶ يتحدد نطاق حجية الحكم باتخاذ الخصوم في الدعوى بوحدة موضوعها وسببها فلا يجوز للخصوم أنفسهم أو وراثتهم أو خلفهم أن يعيدوا النزاع مجدداً حول نفس موضوع الدعوى والسبب التي تقوم عليه مرة أخرى التزاماً بحجية الحكم الصادر فيها من قبل وهذا ما عبرت عنه المحكمة العليا الليبية " أن الحكم يكتسب حجية الأمر المقضي به فيما فصل فيه بين الخصوم أنفسهم متى اتحدت الدعويان محلاً وسبباً ... " مجلة المحكمة العليا - س 1 ع 4 - ص 27.

⁵⁷ يختلف ميعاد الطعن بالتماس إعادة النظر باختلاف التشريعات أو جعله المشرع المصري في المادة 242 أربعين يوماً وجعله المشرع الجزائري في المادة 383 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية بشهرين . - وجعله المشرع الفرنسي بشهرين وفقاً للمادة R2-834 من قانون العدالة الإدارية .

المرافعات الليبي، فإذا لم يعلن الحكم إلى المحكوم فإن ميعاد الطعن بالتماس إعادة النظر يظل قائماً إلى حين سقوط الحكم بالتقادم وهو خمسة عشر عاماً، ولا يحتسب في المدة اليوم الذي يعلن فيه الحكم، كما يضاف إلى ميعاد الالتماس ميعاد المسافه وفقاً لما هو مقرر في المادة 17 مرافعات ليبي⁵⁸. ويوقف ميعاد الالتماس بما توقف به مواعيد الطعن الأخرى (م304 مرافعات ليبي). وحيث إن سبب التماس إعادة النظر يظهر غالباً بعد انقضاء الميعاد المحتسب من تاريخ إعلان الحكم، فإن المشرع أورد استثناءً على بداية ميعاد التماس إعادة النظر، فنص بأنه في الحالات الأربع الأولى يبدأ الميعاد من اليوم الذي يظهر فيه الغش أو الذي يقر فيه الفاعل بالتزوير أو يحكم فيه بثبوت التزوير، أو اليوم الذي يحكم فيه على شاهد الزور، أو اليوم الذي تظهر فيه الورقة المحتجزة، ورعاية للخصوم نص أيضاً على أن ميعاد الالتماس يبدأ من اليوم الذي يعلن فيه الحكم إلى أن يمثل المحكوم عليه تمثيلاً صحيحاً، وهذا يحدث عندما يكون الحكم صادراً على شخص ناقص الأهلية، أو على جهة وقف أو على أحد من أشخاص القانون العام، أو على أحد الأشخاص المعنوية ولم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى وبهذا فإن ميعاد الالتماس الذي يبدأ من تاريخ إعلان الحكم ينطبق على الحالتين الخامسة والسادسة، وهما إذا قضى الحكم بشئ لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، أو إذا كان منطوق الحكم مناقضاً لبعضه البعض، ففي هاتين الحالتين تطبق القاعدة المقررة في المادة 301 مرافعات التي نصت على بدء مواعيد الطعن من تاريخ إعلان الحكم.

وقد حدد المشرع الليبي في المادة 1/303 من قانون المرافعات أجلاً للطعن بالتماس إعادة النظر للأسباب الواردة في البنود 5،6،7 من المادة 328 مرافعات فلا يجوز الطعن في هذه الأحكام بعد مرور سنة كاملة من صدور الحكم، وقد أجازت الفقرة الثانية من هذه المادة الطعن في الأحكام القضائية (بالاستئناف أو النقض أو طلب التماس إعادة النظر) حتى بعد مرور سنة على صدورها، إذا أثبت الطرف المتغيب عدم إحاطته علماً بالحكم لبطلان ورقة التكليف بالحضور أو في الإعلان، كما قررت المادة 304 مرافعات ليبي بامتداد ميعاد الطعن المقررة للطعن في الأحكام الغيابية بالنسبة لجميع الخصوم في حالة موت أحدهم لمدة ستة أشهر اعتباراً من تاريخ صدور الحكم إذا حصلت الوفاة بعد مرور ستة أشهر على صدور الحكم⁵⁹.

الفرع الثالث

كيفية الطعن بالتماس إعادة النظر

بينت المادة 330 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي كيفية رفع الالتماس بأن نصت " يرفع الالتماس بتكليف بالحضور أمام المحكمة التي أصدرت الحكم بالأوضاع المعتادة لصحيفة افتتاح الدعوى، ويجب أن تشتمل صحيفته على ميعاد الحكم الملتمس فيه وأسباب الالتماس، وإلا كانت باطلة، ويجوز أن تكون هذه المحكمة مؤلفة من نفس القضاة الذين أصدروا الحكم ". ومؤدى هذه المادة أن الالتماس يرفع بصحيفة دعوى تشتمل على البيانات الأساسية التي يجب توافرها في صحيفة افتتاح الدعوى من حيث اسم الملتمس والملتمس ضده وأسباب الالتماس وتحديد

⁵⁸ تضمنت المادة 17 من قانون المرافعات الليبي مواعيد المسافة لغير القاطنين والقاطنين في مناطق الحدود والدواخل وفي الخارج .

⁵⁹ راجع في ذلك د. خليفة الجهمي - مرجع سابق - ص388 .

- راجع في ذلك أيضاً د. احمد ابوزقية - مرجع سابق - ص304 .

المحكمة المطلوب الحضور أمامها وموعد الجلسة وساعتها، على أن تعلن إلى الملتمس ضده أو من يمثله عن طريق أحد المحضرين وعلى ذلك فإن أي خطأ أو نقص في هذه البيانات يجعل صحيفة الطعن باطلة.

كما حددت المادة 330 مرافعات ليبي المحكمة التي يرفع إليها الالتماس، وهي المحكمة التي أصدرت الحكم الملتمس فيه، وهي محكمة القضاء الإداري في الطعن بالالتماس في الأحكام الإدارية، ولا يلزم أن يرفع الالتماس إلى ذات الدائرة التي أصدرت الحكم حتى ولو كانت لازالت قائمة، وإن كان لا مانع من أن تنظره، وإذا كانت المحكمة التي أصدرته قد ألغيت يرفع الالتماس إلى المحكمة التي تختص بنظر الدعاوى التي من النوع الذي صدر فيه الحكم⁶⁰. والغرض من الطعن بالتماس إعادة النظر هو مراجعة المحكمة لما صدر عنها من أحكام غير صحيحة (كالتغش في الحكم بني على وثائق أو اعترافات مزورة أو احتجاز وثائق مهمة في الدعوى) أو الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر منه، أو وجود تناقض في منطوق الأحكام أو عدم تمثيل ناقص الأهلية أو الشخص المعنوي تمثيلاً صحيحاً وإذا لم يرفع الالتماس في ميعاده، فإنه يتعين على المحكمة القضاء بعدم قبوله لأنه أمر متعلق بالنظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها⁶¹، ولا يترتب على رفع الالتماس وقف تنفيذ الحكم الملتمس فيه (م331 مرافعات ليبي)، إذ أن الأحكام محل الالتماس تعد أحكاماً نهائية تستلزم حتماً عدم وقفها إلا أنه يجوز لمحكمة الالتماس أن تحكم بوقف الحكم إذا طلب الملتمس ذلك في صحيفة دعواه وكان من شأن تنفيذ الحكم إلحاق أضرار جسيمة لا تعويض، أو يتعذر تداركها، ويكون حكمها في هذه الحالة غير قابل للطعن (م331 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي) ويرفع الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في مصر إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم أما في فرنسا فإن الطعن في الأحكام الإدارية بالتماس إعادة النظر مقتصر على الأحكام الصادرة من مجلس الدولة، وبالتالي هو المختص بمراجعة أحكامه وفقاً للمادة R2-834 من قانون العدالة الإدارية.

الفرع الرابع

الحكم في الطعن بالتماس إعادة النظر

نصت المادة 333 مرافعات ليبي " تفصل المحكمة أولاً في جواز قبول الالتماس بإعادة النظر ثم تحدد جلسة للمرافعة في الموضوع دون حاجة إلى إعلان جديد على إنه يجوز لها إن تحكم في قبول الالتماس وفي الموضوع بحكم واحد إذا كان الخصوم قدموا أمامها طلباتهم في الموضوع " وعلى ذلك فإن الالتماس يمر بمرحلتين هما :

⁶⁰ د. عبد الحميد المنشاوي – مرجع سابق – ص1079 .

- قد تكون هذه المحكمة في حالة الطعن بالتماس في الأحكام المدنية محكمة جزئية – ابتدائية – استئناف بشرط أن يكون حكمها نهائي .

⁶¹ نقض رقم 888 لسنة 88 – جلسة 1992\2\21 .

- " يرفع التماس إعادة النظر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم موضوع الالتماس ويجوز أن تكون مؤلفة من نفس القضاة الذين أصدروا الحكم على اعتبار أن المقصود منه هو مجرد تنبيه المحكمة لتصحيح الحكم الذي أصدرته عن سهو غير متعمد منها أو بسبب المحكوم له دون أن يتضمن تجريباً للحكم الصادر من المحكمة وعلى ذلك يتعين رفع الالتماس إلى نفس المحكمة التي أصدرته ولا يرفع إلى المحكمة وعلى ذلك يتعين رفع الالتماس إلى نفس المحكمة التي أصدرته ولا يرفع إلى محكمة أعلى منها كما لا يرفع إلى محكمة أخرى من نفس درجتها " طعن إداري رقم ق/9/21 – بتاريخ 1975\2\27 .

مرحلة قبول الالتماس :

تتظر المحكمة أولاً في مسألة قبول التماس إعادة النظر المرفوع من الملتمس، من حيث كونه مبنياً على وجه من الأوجه التي أوردها المشرع على سبيل الحصر في المادة 328 مرافعات ليبي، وأنه قدم في الميعاد ولم يسبق الطعن في الحكم بالالتماس، ورفع طبقاً للإجراءات الصحيحة فإذا ما تبين للمحكمة استيفاء الطعن لهذه الشروط تحكم بقبول الالتماس، ورفع طبقاً للإجراءات الصحيحة فإذا ما تبين للملتمس فيه، اعتباره كأن لم يكن في حدودها ما رفع عنه الطعن وهذا لا يعد فصلاً في موضوع الالتماس، إنما هو نتيجة منطقية لازمة لقبول الالتماس⁶²، فإذا لم يكن الخصوم قد أبدوا طلباتهم في الموضوع أمام المحكمة، ففي هذه الحالة تحدد جلسة للمرافعة في الموضوع دون حاجة إلى إعلان جديد، أما إذا اتضح للمحكمة بأن الالتماس لم يستوف الشروط السابق بيانها، فإنها تقضي برفضه وتحكم على الملتمس بغرامة قدرها أربعة دنائير وبالتضمينات إذا كان لها وجه (م334 من قانون المرافعات الليبي) وهذا الحكم غير قابل للطعن فيه بالالتماس من جديد وفقاً للمادة (م335 مرافعات ليبي) التي تنص " الحكم الذي يصدر برفض الالتماس والحكم الذي يصدر في الموضوع بعد قبوله لا يجوز الطعن فيه بالالتماس " وعملاً بالقاعدة الفقهية والقضائية لا التماس بعد الالتماس⁶³، إلا أنه إذا كان الحكم قد صدر بطلان صحيفة وليس برفض الالتماس، فإن هذا الحكم لا يمنع من الملتمس من إعادة رفع التماس جديد إذا كان ميعاد الطعن لازال قائماً.

إلا أننا نرى بأنه يجوز تقديم التماس جديد إذا كان مبنياً على سبب آخر غير الذي صدر فيه الحكم السابق، فإذا كان الملتمس في التماسه الأول قد بناه على شهادة زور وصدر حكم برفض الالتماس، فيجوز له رفع التماس جديد إذا أسسه على مستندات حجتها عنه خصمه، ذلك إنه لا يجوز التوسع في تفسير المادة (335) بشأن عدم جواز الطعن بالالتماس في الحكم الصادر في الالتماس، ولا يمكن تأسيس منع رفع التماس جديد، بمقولة ضرورة وضع حد للنزاع واستقرار الأحكام⁶⁴، بل يتعين إيجاد وسيلة لإلغاء الحكم المخالف للواقع أو القانون، كدعوى البطلان الأصلية أو حالة تجاوز السلطة (م401 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي) .

مرحلة الحكم في موضوع الالتماس :

إذا رأت المحكمة أن الالتماس مستوفياً لشروط الطعن بالتماس إعادة النظر وأن الخصوم قد أبدوا طلباتهم أمامها، فلها في هذه الحالة أن تحكم بقبول الالتماس وفي الموضوع بحكم واحد ويعتبر الحكم في هذه الحالة حكماً نهائياً يحل محل الحكم الملغى، ولا يجوز الطعن فيه بالالتماس وفقاً للمادة 334 مرافعات ليبي، إلا أنه يظل قابلاً للطعن فيه بالنقض إذا ما توافرت إحدى حالاته فيه⁶⁵، أما إذا

⁶² نقض 10\1\1991 - ص42 - ص156 .

- " أن الطعن بطريق التماس إعادة النظر لا يقصد به تجريخ الحكم الملتمس فيه وإنما يرمي الملتمس بالتماسه إعادة النظر في طلباته التي قدمها إلى المحكمة الملتمس في حكمها وقضت برفضها ، ويقبول الالتماس بزول الحكم فيه بقوة القانون واعتباره كأن لم يكن دون حاجة إلى النص عليه ، وبزواله تزول معه الحجية التي كانت له ويعود مركز الملتمس إلى ما كان عليه قبل صدور الحكم الملتمس فيه ، ويتمكن بذلك من مواجهة النزاع وإعادة طرحه من جديد " طعن إداري رقم 41/44 - بتاريخ 2\12\2000 .

⁶³ د. محمد العشماوي ، عبد الوهاب العشماوي - مرجع سابق - ص950 .

تنص المادة R4-834 من قانون العدالة الإدارية الفرنسي بأن الطعن الثاني بالتماس إعادة النظر ضد نفس الحكم يكون غير مقبول ⁶⁴ . أن الفقه والقضاء مجمع على قاعدة لا يرد التماس على التماس وهي قاعدة تحكمها طبيعة الأشياء وضرورة وضع حد للنزاع ومبناها أصل جوهري

قواعد المرافعات وهدفه استقرار الأحكام وحسم المنازعات - العشماوي - مرجع سابق ص951 .

⁶⁵ طعن رقم 92 لسنة 51 - جلسة 29\5\1984 .

قضت بقبول الالتماس ولم يكن الخصوم قد أبدوا طلباتهم في الموضوع أمام المحكمة فتأتي المرحلة الثانية، وهي الحكم في الموضوع ويعد الحكم أيضاً في هذه الحالة حكماً نهائياً لا يرد عليه التماس جديد⁶⁶، ويرى البعض بأن قاعدة عدم جواز الطعن بالالتماس في الحكم الصادر بالالتماس، قاعدة أساسية واجبة الإلتزام على إطلاقها ولو لم يرد بها نص في القانون، وتقوم على أصل جوهرى من قواعد المرافعات يهدف إلى استقرار الأحكام ووضع حد للتقاضي⁶⁷، ومع جواز الطعن فيه بالنقض إذا توافرت إحدى حالاته وميعاد الطعن فيه الالتماس والحكم الذي يصدر بعد قبوله لا يجوز الطعن فيها العليا الليبية " الحكم الذي يصدر برفض الالتماس والحكم الذي يصدر بعد قبوله لا يجوز الطعن فيها بالالتماس عملاً بالمادة 335 مرافعات، والقواعد العامة التي تقضي بأن الطعن لا يرد على طعن مثله فالالتماس لا يرد على التماس، إلا أن هذه المادة لا تمنع من الطعن بالنقض في الحكم الصادر في الالتماس بطريق النقض وشروط ذلك لازمة، بأن يكون الحكم المطعون فيه بطريق الالتماس مما يقبل بطبيعته الطعن بطريق النقض ... "68، وتقتيد محكمة الالتماس بالطلبات التي أباها الخصوم فلا يجوز لها أن تعيد النظر إلا في الطلبات التي تناولها الالتماس (م 332 مرافعات ليبي).

ويثور التساؤل حول إمكانية الطعن بالالتماس موازاة مع الطعن بالنقض، بمعنى هل يجوز الطعن في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بالتماس إعادة النظر وفي ذات الوقت يطعن فيه بالنقض أو يجب الخيار بينهما؟

هذه الإشكالية تحدث عندما تتداخل أوجه الطعن بالتماس إعادة النظر مع أوجه الطعن بالنقض كحدوث تناقض في منطوق الحكم، أو الحكم بما لم يطلبه الخصم أو بأكثر مما طلبوه أو عدم تمثيل ناقص الأهلية أو الشخص المعنوي تمثيلاً صحيحاً فهذه الحالات تعد من أوجه الطعن بالالتماس، وتشكل في ذات الوقت مخالفة لقاعدة إجرائية تدخل في الوجه الثاني لأوجه الطعن بالنقض في الأحكام الإدارية وفقاً للمادة 19 من القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري الليبي وهي (وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم) واعتقد بأنه في ظل أحكام قانون المرافعات الليبية المتعلقة بالطعن بالتماس إعادة النظر التي نصت المادة 20 من القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري على تطبيقها في أحوال الطعن بالالتماس في الأحكام الإدارية، لا يوجد ما يمنع من رفع الطعن في أن واحد أو بالتتابع تأسيساً على نفس الوجه مادامت إن مواعيد الطعن فيها قائمة، ونرى أنه من الأنسب أن يعاد النظر في أوجه الطعن بالالتماس، بحيث تقتصر على الأخطاء الموضوعية المبيّنة في الحالات الأربعة الأولى المتمثلة في الغش وتزوير الأوراق وشهادة الزور، واحتجاز ورقة قاطعة في الدعوى، وترك باقي أوجه الطعن الأخرى المتمثلة في الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه أو عدم تمثيل ناقص الأهلية أو الشخص المعنوي تمثيلاً صحيحاً والتناقض في منطوق الحكم للطعن بالنقض، وهذا ما فعله المشرع الجزائري بالمادة (392) من قانون المرافعات المدنية والإدارية، والمشرع الفرنسي في المادة (603) من قانون المرافعات المدنية وبذلك تصبح أوجه الطعن بالالتماس في الأحكام المدنية مستقلة عن أوجه الطعن فيها بالنقض، ولا يوجد أي تداخل بينها يسمح بالجمع بينهما وهذا الفصل بين أوجه الطعن

⁶⁶ نص المشرع الليبي في المادة 335 مرافعات بعدم جواز الطعن بالالتماس الحكم الصادر في الالتماس .

⁶⁷ نقض 1977\1\22 - رقم 385 لسنة 42 ق س 28 ج 1 - ص 289 .

- راجع أيضاً حكم المحكمة العليا - طعن إداري رقم 9/21 - بتاريخ 1975\2\27 .

⁶⁸ حكم المحكمة العليا الليبية - طعن إداري رقم 21/ق - جلسة 1975\2\27 .

بالالتماس والطعن بالنقض لا يمنع أن يتم الطعن في حكم واحد بناء على وجهين مختلفين، كأن يؤسس الطعن بالتماس إعادة النظر على أمر الحكم المطعون ضده صدر بناء على ورقة مزورة ويؤسس الطعن في ذات الحكم أمام محكمة النقض بأن الحكم المطعون فيه مخالفاً لحكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم به، وفي هذه الحالة قد يرفع الطاعن طعنه في أن واحد (بالموازنة) إلى محكمتين، أو أن يرفع احدهما ويرجئ الآخر إلى حين الفصل في الطعن الأول، وهذا يتوقف على سماح مواعيد الطعن بذلك، فالطعن بالتماس إعادة النظر يتم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الحكم ويبدأ في الحالات المنصوص عليها في القيود الأربعة الأخرى من المادة (328) من اليوم الذي ظهر فيه الغش أو اقر فيه بالتزوير فاعله أو حكم بثبوتيه أو الذي يقوم حكم فيه على شاهد الزور أو الذي ظهرت فيه الورقة المحتجزة أو من اليوم الذي يعلن فيه الحكم إلى من يمثل المحكوم عليه تمثيلاً صحيحاً، في حين أن الطعن بالنقض في الأحكام الإدارية يتم خلال ستين يوماً من تاريخ إعلان الحكم (م19 من القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري). وتجدر الإشارة بأن الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام المدنية في فرنسا يختلف عن الطعن بهذا الطريق في الأحكام الإدارية، إذ تخضع لقانون المرافعات المدنية نص عليها في المواد من 593 إلى 603، ويخضع الطعن في الأحكام الإدارية لقانون العدالة الإدارية الذي نظم الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في المواد من R1-834 إلى R4-834 وقصره على الأحكام الصادرة من مجلس الدولة⁶⁹.

⁶⁹ . Code of administrative justice regulatory part .

الخاتمة

تناولنا في هذه الورقة البحثية الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية وخلصنا فيه إلى نتائج وهي:

1. نص المشرع الليبي في المادة 20 من القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري على جواز الطعن التماس إعادة النظر في الأحكام النهائية الصادرة من دوائر القضاء، وأخضعه للمواعيد والأحوال والإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات الليبي، مسايرة لما قرره المادة 15 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972م وهذا الاتجاه نراه غير صحيح، ذلك أن الأحكام الصادرة من محاكم القضاء الإداري تصدر بشأن منازعات إدارية تختلف في طبيعتها عن المنازعات التي يختص بها القضاء المدني، فضلاً عن اختلاف أوجه الطعن بطريق الالتماس في الأحكام الإدارية عنه في المسائل المدنية والتجارية والمسائل الجنائية .

2. إن القاعدة السائدة فقهاً وقضياً وتشريعاً (م335 مرافعات ليبي) التي تقضي بأن لا يرد التماس على التماس بحجة استقرار الأحكام القضائية نراها محل نقد، إذا كان الالتماس الجديد مبنياً على سبب آخر غير الذي صدر فيه الحكم الأول، إذ إن بناء الأحكام على أسس صحيحة ومطابقة للواقع يعد أهم من الحفاظ على استقرار الأحكام المخالفة لحقيقة الواقع .

3. إن النص على أن الأحكام الصادرة من محكمة النقض لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن عملاً بالمادة (361) من قانون المرافعات الليبي والمادة (272) مرافعات مصري، محل نقد، ذلك إنه من غير المنطقي أن يمنع تصحيح حكم بحجة أنه صادر من محكمة النقض رغم مخالفته للواقع، فقد يكون حكم محكمة النقض قد بني على شهادة مزورة، فليس من المنطق والعدل أن يعطي هذا الحكم حجية باتة ونفرض على الكافة احترامه وتنفيذه .

4. يوجد تداخل بين أوجه الطعن بالتماس إعادة النظر والطعن بالنقض، بما يجعل الحكم الواحد قابلاً للطعن فيه في ذات الوقت الطعن بالالتماس والطعن بالنقض، كحدوث تناقض في منطوق الحكم أو الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه أو عدم تمثيل ناقص الأهلية تمثيلاً صحيحاً، الأمر الذي قد يؤدي إلى صدور أحكاماً متناقضة .

التوصيات

نخلص مما تقدم إلى جملة من التوصيات :

1. تضمين قانون القضاء الإداري الليبي رقم 88 لسنة 1971م إجراءات إدارية خاصة، تحدد فيها أوجه الطعن الأحكام الإدارية على غرار ما فعل المشرع الفرنسي، إذ نص على الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام المدنية في المواد من 595 إلى 603 وأصدر قانوناً خاصاً بالمسائل الإدارية أطلق عليه قانون العدالة الإدارية نظمت مواده من R1-834 إلى R4-834 الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية.

2. النص على جواز الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة في الالتماس إذا كان الالتماس الجديد مبنياً على سبب آخر .

3. إخضاع الأحكام الصادرة من محكمة النقض للطعن بالالتماس إذا توافرت إحدى حالاته.

المراجع

أولاً : الكتب:

- ابراهيم المنجي - المرافعات الإدارية - طبعة مستحدثة - سنة 2013م .
 د. أحمد ابوالوفا - المرافعات المدنية والتجارية - دار المعارف - القاهرة - سنة 1975م .
 د. أحمد ابوزقيه - قانون المرافعات المدنية والتجارية - منشورات جامعة بنغازي - سنة 2008م .
 أحمد هندي وآخرون - قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1998م .
 د. خليفة سالم الجهمي - شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - مكتبة الفضيل - سنة 2013م .
 أ.صالح بن محمد الجامودي - الطعن بالتماس إعادة النظر وفقاً لإحكام محكمة القضاء الإداري وقانون الإجراءات المدنية والتجارية .
 أ.عبد الحميد المنشاوي - كنوز المرافعات (الدفاع والدفع) - منشورات دار الجامع 1976. يدة - سنة 2015 .
 د.عبد العزيز خليفة - شرح قانون المرافعات الليبي - مكتبة غريب - القاهرة - سنة 1976م .
 د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة - المرافعات الإدارية في قضاء مجلس الدولة - منشأة المعارف الإسكندرية سنة 2005م .
 د. محمد العشماوي، د.عبد الوهاب العشماوي - قانون المرافعات في التشريع المصري والمقارن - الجزء الثاني - المطبعة النموذجية - مارس 1957م .
 د. محمد عبد الله الحراري - الرقابة على الأعمال الإدارية في القانون الليبي - المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية - سنة 2003م .
 د. رمزي سيف - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار النهضة العربية - الطبعة الثالثة - 1961م .
 د.مصطفى كامل كيره - قانون المرافعات الليبي - دار صادر بيروت .
 د. هانم احمد محمود - نحو قانون إجراءات أدارية - دار النهضة العربية سنة 2015م .

ثانياً : الموسوعات

- قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي
 قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968م وتعديلاته .
 قانون المرافعات المدنية والإدارية الجزائري رقم 8 - 9 لسنة 2008م .
 - Code of administrative justice regulatory part – council of state decree.
 - Code of administrative justice legislative part .

ثانِيًا: التعليقات

الاختصاص بتشكيل لجنة شؤون الأحزاب (تقويم فتوى صادرة عن إدارة القانون)

أ.د. الكوني علي أعبوده
عضو هيئة تدريس بقسم القانون الخاص
كلية القانون – جامعة طرابلس

الفتوى محل التقويم:

صدرت الفتوى بناء على طلب من وزارة العدل يحمل الرقم 9.70.3082 ومؤرخ في 5.10.2017 في شأن استصدار قرار بتسجيل حزب سياسي، وأرفق الطلب برأي قانوني انتهى (إلى أن لجنة شؤون الأحزاب بإدارة القانون هي المختصة بالموافقة على تسجيل الأحزاب السياسية وأن المادة 29 من قانون الأحزاب لم تحدد الجهة المختصة بتشكيل اللجنة، وأن هذه المادة رغم أنها قضت بتبعية اللجنة إلى إدارة القانون إلا أن المختص بتشكيل اللجنة -وفقا لاجتهاد الرأي- هو رأس السلطة التنفيذية (مجلس الوزراء).

وإدارة القانون بعد أن أشارت إلى فتواها السابقة رقم 1.13.132 المؤرخة في 15.4.2014 بخصوص قرار وزير العدل بالحكومة المؤقتة رقم 202 لسنة 2012 بتشكيل لجنة شؤون الأحزاب ومضمونها (الاختصاص بتشكيل لجنة شؤون الأحزاب لم تسند المادة 10.. من قانون الأحزاب -إلى وزير العدل؛ وأن قراره يضحى مفتقرا إلى ركن الاختصاص، وإن القول بإسناد الاختصاص إلى السلطة التنفيذية من شأنه أن يفقد اللجنة حيادها، وأن الحال تقتضي مخاطبة السلطة التشريعية؛ لتتولى تعديل نص المادة المذكورة بحيث تحدد الجهة المختصة بتشكيل اللجنة)؛ عادت الإدارة لتؤكد تلك الفتوى بالقول: (فالمادة 10 نصت على إنشاء لجنة شؤون الأحزاب ؛ وقررت إتباعها لإدارة القانون ، ولكن هذه المادة لم تبين ممن تشكل هذه اللجنة ، ولم تفوض وزير العدل بتشكيلها ، ولم تفوض غيره ، ولا يسعف في هذا المقام - القول بأن الاختصاص بتشكيل اللجنة ينعقد لمجلس الوزراء بحسبانه المختص بإصدار اللوائح التنفيذية للقوانين ؛ ..!!) وبررت رأيها بحجتين: الأولى أن قانون الأحزاب لم يقض بالإحالة على لائحته التنفيذية إلا في ثلاث مسائل وهي:

- 1- ضوابط وإجراءات صرف ما خصص للأحزاب في الميزانية العامة للدولة.
- 2- قواعد إمساك الدفاتر المنتظمة لحسابات الحزب.
- 3- القواعد المنظمة لامتلاك الحزب وسائل إعلام خاصة به، واستخدامه وسائل الإعلام المملوكة للمجتمع. وبالتالي تستنتج من ذلك: أن تفويض القانون المختص بإصدار اللائحة (مقصور نطاقه على هذه المسائل ، ولا يتعداها إلى غيرها) ! أما الحجة الثانية ، في تقدير الإدارة ، فمؤداها (أن لجنة شؤون الأحزاب تابعة لإدارة القانون -وهي هيئة قضائية ليست تابعة لوزارة العدل- وأن هيئة قضائية تشكلها المحكمة العليا هي من عقد بها اختصاص نظر الطعون على قرارات اللجنة

دراسات قانونية – العدد 20

رفض الأحزاب؛)، وبحسبانها هيئتان قضائيتان كلتاهما، وهو أمر تستنبط منه الإدارة (أن من ملامح قانون تنظيم الأحزاب إبعاد السلطة التنفيذية عما يتعلق بقيد الأحزاب أو نظر الطعون على قرارات رفض القيد؛) وتفسر الإدارة ما استنبطته (ولعل مرد ذلك أن السلطة التنفيذية - والسلطة التشريعية كذلك- قد يدخل في تشكيلها أعضاء من الأحزاب، ولا يستبعد أن يكون أغلب أعضائهما من حزب واحد؛ بل لا يستحيل أن يكون أعضاؤهما جميعهم من حزب واحد؛ فأقتضى المنطق ألا يعهد إلى أي من السلطتين بتشكيل اللجنة المختصة بتسجيل الأحزاب؛ تبديدا لمظنة تأثر المختص بتقرير الموافقة على طلبات التسجيل، فموجبات الحياد في هذه المسألة تحتم ذلك!!)

خلاصة فتوى إدارة القانون: إذا؛ فقانون الأحزاب قد غفل عن تقرير المختص بتشكيل لجنة شؤون الأحزاب، وأن مجلس الوزراء أو أي من أعضائه لا يملك التصدي لهذا الأمر دون تفويض تشريعي!

مما سبق يظهر أن إدارة القانون تعتبر أن تشكيل لجنة شؤون الأحزاب التي أوكل إليها القانون رقم 29-2012 لاختصاص بالتصريح للأحزاب بمزاولة نشاطها وتسجيلها (مادة 10) هو شأن يخرج عن مجال السلطة اللائحية، لا سيما وإن هذه السلطة لا تكفل لتلك اللجنة الحياد الذي أراد المشرع ضمانه لها من خلال النص على تبعية إدارة القانون وهي هيئة قضائية ومنح الاختصاص برقابة قرارات الرفض التي قد تصدر عنها لهيئة قضائية تشكلها المحكمة العليا لهذا الغرض (مادة 14)؛ ويبدو أن الحجة الأولى هي الحجة الأساسية، غير أن من الضروري التصدي لكتبتها بالتمحيص في إطار المبادئ الحاكمة وفي ظل قواعد التفسير المعمول بها وخطورة النتائج المستخلصة.

أ :- فتوى إدارة القانون في شأن لجنة شؤون الأحزاب والمبادئ الحاكمة
قراءة الفتوى بعناية تبين أن إدارة القانون في رأيها المذكور لم تلتزم بالمبادئ المسلم بها في قانوننا من عدة وجوه:

1. الفتوى ومبدأ تدرج التشريعات

اعتمدت إدارة القانون على قانون تنظيم الأحزاب والذي في رأيها قصر الإحالة على اللائحة التنفيذية في أمور محددة وبالتالي لا محل لإعمال السلطة اللائحية فيما يجاوزها! وهذا التأصيل لعمرى مردود لأنه يخالف مبدأ تدرج التشريعات ومبدأ إلزامية مبادئ المحكمة العليا ومبدأ التفسير الغائي للقانون.

1.1 إنكار إدارة القانون لاختصاص السلطة التنفيذية بسلطة إصدار اللوائح لا يستقيم والقواعد الدستورية النافذة؛ فالإعلان الدستوري المؤقت في مادته السادسة والعشرين صريحة في منح الاختصاص بالسلطة اللائحية للسلطة التنفيذية؛ (يتولى المكتب التنفيذي-أو الحكومة المؤقتة-تنفيذ السياسة العامة للدولة، وفق ما يرسمه المجلس الوطني الانتقالي المؤقت، كما يتولى إصدار اللوائح التنفيذية للقوانين الصادرة..!) وغني عن البيان أن قواعد هذا الإعلان تمثل قمة الهرم القانوني في المرحلة الانتقالية؛ يستنبط من ذلك أن هكذا اختصاص لا يحتاج إلى تأكيد في القانون أو تذكير من

دراسات قانونية – العدد 20

المشرع العادي، لأن الغرض من هذا النوع من اللوائح وضع الأحكام الجزئية والتفصيلية الضرورية لنفاذ أحكام القانون الصادر عن السلطة التشريعية¹. ولعل من المناسب لإقناع إدارة القانون بسلامة هذا التحليل اقتباس النص التالي من احد أعمدة القانون الإداري في الوطن العربي الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي والذي بعد أن أشار إلى فرضية معالجة الدستور للاختصاص محل البحث، يقرر(..) في مثل هذه الحالات، يعتبر حق السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح التنفيذية مستمدا من الدستور مباشرة، فهو حق لها تباشره دون حاجة إلى دعوة من مجلس الأمة. بل أن مجلس الأمة لا يمكنه أن يحرم السلطة التنفيذية منه². و يقرر، وأقر معه، بأن معظم القوانين التي تستلزم لوائح تنفيذية لا تكاد تخلو من دعوة المشرع الصريحة للقيام بذلك؛ غير أن المسلم به كذلك أن تلك الدعوة من قبل السلطة التشريعية لا تثبت حقا جديدا للسلطة التنفيذية: فمثل هذا الحق ثابت بمقتضى النص الدستوري³، فإن من مهام السلطة التنفيذية التقليدية هو قيامها بضمان تنفيذ القوانين.

1.2 قد يجادل واضع الفتوى، أن ذلك لا يكون عندما يحدد القانون، كما هو الحال هنا، الحالات التي يحيل فيها على اللائحة التنفيذية؟! هكذا اعتراض وإن كان يستقيم في ظل فقه مدرسة الشرح على المتون (أو التزام النص) ربما، فإنه لا يتمشى مع وظيفة اللائحة التنفيذية؛ فحتى لو صرفنا النظر عن الرأي الذي بدأ يشق طريقه بثقة ومؤداه أن اللوائح التنفيذية (ليست في حقيقتها عملا منفذا بقدر ما هي عملا مكملا ومساعد للقواعد التشريعية..)، شريطة الحفاظ على الغاية التي استهدفها الشارع⁴، أقول حتى ولو احتفظنا بالمفهوم التقليدي لللائحة التنفيذية كما قرره المادة 63 من دستور 51-الملك يضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها وإعفاء من تنفيذها، فإن ذكر حالات في القانون لا تعنى حتما حصر مجال السلطة اللائحية المطالبة بتنفيذ القانون كما هو الشأن هنا، فكيف ينفذ قانون تنظيم الأحزاب دون تشكيل لجنة شؤون الأحزاب وتشكيلها محوري؛ إذ لا يعقل أن يكون المشرع قد قفل الباب أمام نشاط السلطة التنفيذية هنا، خاصة وأنه قد وضع المبادئ العامة المتعلقة بصلاحياتها-أي اللجنة- ونظام عملها!!

1.3 ولكن إدارة القانون ربطت اختصاص السلطة اللائحية بالتفويض عندما قررت (..وان مجلس الوزراء أو أي من أعضائه لا يملك التصدي لهذا الأمر دون تفويض تشريعي..!) والتفويض وإن جاز استثناء في مجال التشريع (كان ملحوظا في ظل النظام السابق: تفويض القائد الأعلى للقوات المسلحة وتفويض اللجنة الشعبية العامة بإعادة تنظيم الأمانات دون التقيد بأحكام القوانين النافذة⁵، فإن مجاله هو المبادئ والأحكام العامة وليس الأحكام التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين؛ فإدارة القانون تخط بين تذكير المشرع للسلطة التنفيذية بما يحتاج إلى أحكام تنفيذية وتفويض هذه السلطة لكي تشرع عن طريق اللوائح في بعض المسائل؛ (ففي حالة التفويض تستقل الحكومة بالتشريع في مسألة معينة. أما هنا فيقتصر دورها على وضع الشروط اللازمة لتنفيذ قانون معين)⁶؛ ولعل مثال تفويض

¹ أد. الكوني على اعبوده، أساسيات القانون الوضعي الليبي، 1، القانون، طبعه 2003، ص 220.

² الدكتور سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط، 1966، 3، دار الفكر العربي، ص 472.

³ المرجع نفسه، نفس الصفحة. وانظر أستاذنا الدكتور خالد عريم، القانون الإداري الليبي، دار صادر، بدون سنة نشر، ص 131: فإن من مهام السلطة التنفيذية التقليدية هو قيامها بضمان تنفيذ القوانين.

⁴ نظر، بديرية جاسر الصالح، السلطة اللائحية في مجال تنفيذ القوانين، رسالة جامعة القاهرة، 1979، ص 278 وعبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية، منشأة المعارف، 2007، ص 195 وأنس جعفر، القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، 2004، ص 42.

⁵ كتابنا السابق، ص 216.

⁶ الطماوي، المرجع السابق، ص 473.

القائد الأعلى المشار إليه يؤكد بجلاء الفرق بين التفويض - التنازل عن سلطة التشريع - ودعوة السلطة التنفيذية لوضع الأحكام اللازمة لتنفيذ قانون تم سنه! وكما قالت محكمة النقض المصرية في الطعن الجنائي رقم 217-29ق، جلسة 30-3-1959 (ليس معنى الإذن العام المستمد من المادة 37 من دستور 1923 الملغى نزول السلطة التشريعية عن سلطتها في سن القوانين إلى السلطة التنفيذية ، بل هو دعوة إلى هذه السلطة لاستعمال حقها في وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين ... وهو حق تملكه السلطة التنفيذية بحكم المبادئ الدستورية)⁷.

2. فتوى إدارة القانون وإلزامية مبادئ المحكمة العليا

إدارة القانون ، وإن كانت هيئة قضائية مستقلة عن السلطة التنفيذية، إلا أنها ملزمة كأى جهة أخرى بمبادئ المحكمة العليا بحكم المادة 31 من قانون المحكمة المذكورة . ومن بين هذه المبادئ مبدأ تدرج التشريعات الذي قرره في ظل مبدأ وحدة السلطة الذي ساد في الفترة 1977-2011: (إن التشريع في الدولة درجات ثلاث يمثل التشريع الأساسي فيها الحكم الأعلى ويتلوه في المرتبة التشريع العادي أو الرئيس وهو ما يعرف بالقانون ، ثم يأتي التشريع الفرعي وهو ما يسمى باللوائح .. وأن هذا التدرج بين التشريعات في القوة يقتضى خضوع الأدنى منها للأعلى وذلك لأن كل تشريع يستمد قوته من مطابقته لقواعد التشريع الذي يعلوه ..)⁸؛ وفي مجال الفتوى لا يملك قانون تنظيم الأحزاب أن يعطل حكم الإعلان الدستوري المانع للاختصاص للسلطة التنفيذية بإصدار اللوائح التنفيذية اللازمة لإنفاذ القوانين ! ولعل إدارة القانون فهمت خطأ ما ورد في بعض المبادئ من ورود كلمة تفويض، كما في الطعن الدستوري رقم 3-6 جلسة 29-2-1964: (مادمت اللائحة قد صدرت تنفيذا للقانون وفي حدود التفويض الوارد به، فإنها تصبح صحيحة دستوريا ، ويكون تطبيقها واجبا)؛ فالأمر يتعلق هنا بتفويض فعلى بسن قاعدة موضوعية تتعلق بميعاد الطعون الدستورية ولهذا عبرت المحكمة عنها (بلائحة تفويضية)؛ وحتى على افتراض أن بعض المبادئ كما هو الشأن في الطعن الإداري 3-18 استعملت عبارة (.. إذ أن اللوائح التنفيذية تستمد قوتها التشريعية من تفويض المشرع في القانون ..)، فإن هذه العبارة يجب فهمها في سياق الواقعة التي صدر بشأنها الحكم : صدور لائحة تنفيذ لقانون معين تضمنت حكما ورد في ذلك القانون ثم عدل المشرع القانون وأسقط ذلك الحكم ، فهل يبقى ذلك الحكم الموضوعي؟ أجابت الدائرة الإدارية بالنفي لأن (مهمة اللوائح تنظيم تنفيذ الأحكام الموضوعية التي شرعها الشارع لا ابتداع الأحكام ، وذلك تطبيقا لنظرية تدرج التشريعات من حيث قوتها)! على أي حال ، أن حق السلطة التنفيذية في وضع الأحكام التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين ثابتة دستوريا ولا يملك المشرع -ولا أي جهة أخرى - تعطيله ؛ ولنتذكر حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 1-19: (. وسلطة الشارع في ذلك -أي تنظيم الحق في اللجوء إلى المحاكم- مقيدة لا تتعدى تحديد الاختصاصات وتوزيعها بين مختلف جهات القضاء، فإذا جاوز اختصاصه وأصدر تشريعا يهدر هذا الحق كان ذلك مخالفا للدستور).

⁷ مشار إليه في ، محمود عمر معتوق على، مبدأ المشروعية وتطبيقاته في النظام الجماهيري، جامعة عين شمس، 2001ص143.

⁸ طعن جنائي رقم 45-31 مجلة المحكمة س24 عدد1-2ص198.

3. فتوى إدارة القانون وقواعد التفسير

تفسير القانون هو وسيلة غايتها الوصول إلى حسن تطبيق القانون خدمة لمصالح العباد؛ ولهذا فإنه لا يجب أن يكون ميكانيكيا ووفق ظاهر النص وإن كان ذلك على حساب إرادة المشرع ولعل محكمة النقض المغربية في حكمها الصادر في قضية القاضي الهيني المعزول في قضية رأي والذي وجد نفسه محروما من ممارسة مهنة المحاماة بسبب تفسير بعيد عن قصد المشرع قالت المحكمة (... أن العبرة في النصوص بغاياتها ومقاصدها، وللوسائل حكم المقاصد، فيجوز قياس وسيلة على أخرى تماثلها إذا كان لهما نفس المقصد، وهذا يقتضى شمول النص للحالات المذكورة فيه وما يقايسها إذا اتحدت الغاية وانتفى الدليل على الحصر)⁹. ولما كان العزل لأسباب لا علاقة لها بالمروءة أو الشرف فإنه لا يدخل في عبارة القضاة المعزولين المحرومين من ممارسة مهنة المحاماة، بل يقتصر تطبيقه على من يعزل لأسباب تمس الشرف والاعتبار! وهكذا كان ينبغي على إدارة القانون فهم ذكر الحالات الواردة في قانون تنظيم الأحزاب لتمثل مجال اللاتحة، فهي ليست واردة على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال، لأن كل ما هو ضروري لتنفيذ القانون، وإن لم يذكر، يعد واجبا خاصة وإن المبادئ الخاصة بلجنة شؤون الأحزاب وضعت في القانون، أما الحكم التفصيلي الخاص بتشكيلها، والذي قد يتطلب التعديل مرارا، فهو حكم تفصيلي مكانه الطبيعي اللاتحة والسلطة التنفيذية هي الأقدر على معرفة من يصلح ومن لا يصلح للقيام بهكذا مهمة، ناهيك عن سهولة ومرونة التعديل والتخفيف على المشرع¹⁰.

ولعل ضعف الحجة الأولى التي أسست عليها إدارة القانون رأيها- أي غياب التفويض- هو الذى دفعها إلى اللجوء إلى حجة ثانية : موجبات الحياد !!

ب :- موجبات الحياد وإنكار الاختصاص بشأن تشكيل لجنة شؤون الأحزاب

ما تعلمناه هو أن الحياد مطلوب في القاضي والمحكم، أما حياد السلطة فيعوض بالحوكمة الرشيدة والشفافية ! وإدارة القانون لم تكتف في الفتوى محل التعليق بعدم حياد السلطة التنفيذية التي أسند إليها صاحب الرأي المحال مع الطلب إلى الإدارة المذكورة، فهي تقرر (..أن من ملامح قانون تنظيم الأحزاب إبعاد السلطة التنفيذية عما يتعلق بقيد الأحزاب أو نظر الطعون على قرارات رفض القيد، ولعل مرد ذلك أن السلطة التنفيذية - والسلطة التشريعية كذلك- قد يدخل في تشكيلها أعضاء من الأحزاب ، ولا يستبعد أن يكون اغلب أعضاؤهما جميعهم من حزب واحد ؛ فأقتضى المنطق ألا يعهد إلى أي من السلطتين بتشكيل اللجنة المختصة بتسجيل الأحزاب ..!! وهو فقه غريب يتنافى مع ما هو مألوف في تجارب الشعوب ولا يستقيم مع المبادئ السائدة في قانوننا ! بالتأكيد التجربة الحزبية والمخاوف التي تثيرها والتي قادت الى تجريم الأحزاب في ظل النظام السابق، حل محلها نظام -من الناحية النظرية على الأقل- يعتبر التعددية السياسية والحزبية من مقومات الديمقراطية (مادتان 5-15 من الإعلان الدستوري)، وبالتالي فإن الخشية من سيطرة حزب أو أحزاب لا تبرر تعطيل تنفيذ قانون ينظم الأحزاب، وإذا سلمنا جدلا بأن الحكومة غير مختصة لمظنة عدم الحياد، فإن

⁹ حكم بتاريخ 26-12-2017، قرار عدد 2-970.

¹⁰ كتابنا السابق ، ص 217.

دراسات قانونية – العدد 20

ذات الاعتبار يقوم بالنسبة للسلطة التشريعية ، فمن يشكل اللجنة في ظل قانون لم يبين جهة أخرى؟! ولا يجب أن يغيب عن البال أن الحياد يتعلق بالأشخاص وليس بجهة التعيين فقضائنا كانوا يعينون ويرقون بقرار من السلطة التنفيذية¹¹! والمشرع وضع ضمانات كافية لتلافي التأثير الذي أشارت إليه إدارة القانون بنصه على إنشاء اللجنة في إدارة القانون وبمنح الاختصاص بالطعن في قرارات الرفض -والتي يجب إن تكون مسببة- أمام هيئة خاصة تشكلها المحكمة العليا (مادتان 10-14)؛ ولا يجب أن ننسى أن حرية تشكيل الأحزاب مقرر في الإعلان الدستوري وأن دور اللجنة يقتصر على التحقق من توافر الشروط المقررة ، وليس أدل على ذلك من أن القانون يتحدث عن الحزب قبل التصريح له ، بل وفي حالة رفض التسجيل (: 3 يحق للحزب الطعن في قرار رفض التسجيل ..)! وعلى افتراض أن اللائحة لم تضع الضوابط المناسبة لحسن تشكيل اللجنة ، فإن القانون لا يعدم الوسائل وما دعوى الإلغاء عنا ببعيد!!

ج:-خطورة نتائج الفتوى محل التقويم

خصصت الإدارة ما يقارب الصفحتين لما اعتبرته نتائج بدأتها بإعادة طلب تسجيل الحزب الذي كان سببا في إصدار الفتوى إلى وزارة العدل وأمرها - ضمنا على الأقل- بعدم إحالة أي طلب من هذا القبيل على إدارة القانون!، وهي في ذلك محقة لأن طلبات التسجيل تقدم إلى اللجنة واللجنة لم تنشأ؛ فقرار وزير العدل بإنشائها سحب في وقت سابق ووزارة العدل تعلم ذلك! ثم تحولت الإدارة في فتواها إلى تأكيد انعدام قرار وزير العدل رقم 202-2012 بشأن تشكيل لجنة شؤون الأحزاب وانعدام التسجيلات التي تمت بموجب قرارات تلك اللجنة، والتسجيلات الحكيمة الناتجة عن عدم صدور القرار في الميعاد المقرر وهو خمسة أيام وما تعلق بذلك من تصاريح بممارسة العمل السياسي! وزوال الشخصية الاعتبارية للأحزاب-الجمعيات السياسية الموجودة حاليا- ، ولم يفت الإدارة أن تذكر بأن القرارات غير ملزمة ولا عاصم لها من كشف انعدامها مهما طاللت المدة! وبحرمانها من الشخصية المعنوية ، فإن تلك الجمعيات ليس لها امتلاك وسائل إعلان خاصة بها بصفتها أحزابا ، وليس لها استخدام وسائل إلا علام المملوكة للمجتمع بناء على تلك الصفة، كما يحظر الصرف لتلك الجمعيات مما خصص لدعم الأحزاب في الميزانية العامة. وبالنظر إلى أنها لا تملك سلطة إلا جبار، فإنها في البند ثامنا من الفتوى تقرر (على الجهات المعنية اتخاذ ما يلزم حيال الجمعيات المسجلة كأحزاب .. بحسبانها ليست أحزابا سياسية في نظر القانون)؛ لتستدرك في البند الموالي وتؤكد (النتائج السابقة لا ترتب مساسا بالحقوق المكتسبة في ظل القانون رقم 30 لسنة 2012 بشأن الكيانات السياسية)؛ وختمت بفتواها بمطالبة المختص بسن القوانين بمعالجة العيوب التي انطوى عليها قانون تنظيم الأحزاب !!

ولعل أول ما يتبادر إلى الذهن هو أن تقارير الإدارة ، وأي جهة أخرى في الدولة ليست محصنة عن رقابة القضاء ، فقط أعمال السيادة هي التي تخرج عن ولاية المحاكم في ظل النظام القانوني الحالي ، وبالتالي فإن من حق الجهات المعنية اللجوء إلى المحاكم ، وكون الفتوى صادرة عن هيئة قضائية مستقلة لا تحصنها خاصة وأن قانون تنظيم إدارة القانون لم يعط أي قوة إلزام لما يصدر عنها ، والإلزامية هي حكم موضوعي مكانه القانون! ورغم أن موضوع الطلب هو تحديد الجهة المختصة بتشكيل لجنة شؤون الأحزاب لأن الرأي المرفق بالطلب يتعلق بتلك المسألة ، فإن

¹¹ كتابنا ، قانون علم القضاء ، النظام القضائي ، ط3ص 160.

دراسات قانونية – العدد 20

الفتوى ذهبت بعيدا اعتقادا من واضعها أنه يريد حسم كافة المسائل التي لها صلة بها؛ ومهما يكن الأمر في ذلك ، فإن خطورة النتائج المستخلصة والمشار إليها تتطلب الوقوف عندها :
-من جهة أن اختصاص وزير العدل وهو جزء من السلطة التنفيذية غير وارد لأن المسلم به أن إصدار اللوائح التنفيذية هو اختصاص أصيل للسلطة التنفيذية ولا يكون لجزء منها أو لغيرها إلا بمقتضى نص صريح ولا نص هنا ، وهو ما يفسر سحب قرار وزير العدل بتشكيل اللجنة .
-من جهة ثانية، أنه رغم الانعدام أو البطالان، لا يمكن للقانون التضحية بالأوضاع الظاهرة وبالمراكز الفعلية التي بنيت على القرارات التي يتقرر أنها معدومة أو باطلة ؛ ولا يتعلق الأمر هنا بمجرد شطحات فقهية أو رؤى نظرية قد تكون صائبة أو خاطئة؛ فكلنا يعلم آثار الأوضاع الظاهرة وما الوكالة الظاهرة ونظرية الموظف الفعلي إلا بعضا من تطبيقاتها¹² . وبصدد الوكالة الظاهرة المرحوم السنهوري(ونظرية الوكالة الظاهرة نظرية صاغها القضاء-وتابعه فيها الفقه-ليواجه بها الضرورات العملية وليوطد استقرار التعامل ولو خرج في ذلك على المنطق القانوني وله مع ذلك سند تشريعي في بعض تطبيقاتها الهامة)¹³ ؛ فالقانون المدني يجيز الوفاء للدائن الظاهر، كما تصرفات الوكيل الظاهر تسرى في حق الموكل .. الخ؛

ولعل في قضاء المحكمة العليا ما يؤكد أن إغفال المراكز الواقعية واعتبارها في حكم العدم لا يخدم مصلحة العباد التي وجد القانون - والقانونيون-لتحقيقها! ولعل خير برهان على ذلك ما قرره المحكمة العليا في شأن الطعن الدستوري رقم 1-12 جلسة 11-1-1970 والتي بعد أن حكمت بعدم دستورية المادة 40 من القانون رقم 6-1960 في شأن الانتخابات أكدت (..وما تقررته المحكمة من عدم دستورية النص المشار إليه لا تتأثر به القوانين التي أقرها المجلس النيابي الذي جرى انتخابه في ظل ذلك القانون عملا بقاعدة الوجود الفعلي للقوانين ..): فالمحكمة العليا لم تجد بدا من احترام آثار أعمال مجلس النواب الذي حكم بعدم دستورية قانون انتخابه ، فهل تملك إدارة القانون سلطة أعلى من سلطة المحكمة الدستورية!؟

لذلك فإن ثبوت بطلان أو انعدام القرار المتعلق بتشكيل اللجنة موضوع الفتوى، على فرض وجوده، لا يعنى بالضرورة إغفال نتائجه،لما لذلك من نتائج خطيرة ،خاصة إذا تعلق الأمر بقرار غير فردي ؛ ولعل إدارة القانون أحست بخطورة ما قرره عندما أكدت في البند تاسعا(النتائج السابقة لا ترتب مساسا بالحقوق المكتسبة في ظل القانون رقم 30 لسنة 2012 بشأن الكيانات السياسية)!، وهو قانون صدر قبل قانون تنظيم الأحزاب أي في 24-4، وقانون الأحزاب صدر في 2-5-2012، مما يثير في الذهن أنه قانون -ربما-سقط ضمنا بإعادة تنظيم نفس الموضوع !!؛ مهما يكن الأمر ، فإن الإدارة في تحديدها للنتائج بالشكل الذي ذكرته لم تلتزم بما هو مسلم به في الفقه والقضاء خاصة:

في ظل المرحلة الانتقالية التي تمر بها ليبيا الحبيبة؛ فالكل يعلم حالة الانقسام و التنشيطي التي يعاني منها الوطن ، وهو ما يوجب على كل من لديه سلطة أن يفكر مليا في ما يقرر أو يكتب للحيلولة دون زيادة الزيت على النار ، لأن الزجاج عندما ينكسر يصعب إعادة تشكيله !

¹² انظر السنهوري، و المراغي، الوسيط في القانون المدني، الجزء 7، المعارف، 2004، ص565 وما يليها
¹³ المرجع السابق، بند 306

خلاصة التقييم:

إن الفتوى في إنكارها لاختصاص السلطة التنفيذية في شأن تشكيل لجنة شؤون الأحزاب خالفت صحيح القانون، ولم تخدم المرحلة الانتقالية التي يمر بها الوطن، لأن التفسير مهما كان مصدره يجب أن ينطلق من المقاصد والغايات وما الوسائل إلا. فاطرة تستعمل للوصول إلى ما يحقق مصالح العباد : هدف القانون .

ثالثاً: المتابعات

تقرير متابعة

للأنشطة الأكاديمية في الموسم الثقافي بالكلية خلال العام الجامعي 2017م

د. جازية جبريل شعيتير
عضو هيئة تدريس بقسم القانون الجنائي
كلية القانون – جامعة بنغازي

أعلن مجلس الكلية في اجتماعه الثالث للعام الجامعي المنصرم، في النصف الأول من شهر مايو 2017م برئاسة عميد الكلية د. طارق الجملي، عن انطلاق الموسم الثقافي، وشكل لجنة ثقافية للإشراف على الموسم الثقافي وتنظيمه وربطه بالأقسام العلمية، برئاسة الدكتورة هالة الأطرش من قسم القانون الدولي، وعضوية كل من: الدكتور رافع الفاخري من قسم الشريعة الإسلامية، الأستاذة نهلة الورفلي من قسم القانون الجنائي، الأستاذ فرج الأوجلي من القسم العام، الأستاذة لجين الأوجلي من القسم الخاص.

وقد انقسم الموسم الثقافي إلى جزئين مختلفين من حيث النطاق الزماني والمكاني : الجزء الأول كان في شهر مايو بالمقر المؤقت لكلية القانون، والجزء الثاني جرت فاعلياته في شهر يوليو بالمقر الأصلي للكلية.

وتميز شهر مايو بفاعليات أقيمت قبل عملية الانتقال إلى المقر الرئيس للكلية ولذلك كانت جميعها في مدرسة الخنساء الثانوية للبنات حيث المقر المؤقت، وهي الأنشطة الثلاثة البواكير:-

النشاط الأول : حلقة نقاش علمية بعنوان **"المخدرات : الظاهرة - المواجهة"** دارت صبيحة السبت بتاريخ 13 مايو. وقد تعددت محاور هذه الحلقة بحيث شملت : المحور القانوني، والاجتماعي، والإعلامي، والشرعي. وكان الهدف منها تسليط الضوء على تداعيات ظاهرة تعاطي المخدرات سواء منها: التداعيات الصحية الجسدية، والنفسية، أم التداعيات الاجتماعية . كما تم التركيز على آليات الوقاية من ظاهرة المخدرات سواء بالتوعية الدينية، أم التوعية الإعلامية، والثقافية، وبالإرشاد الصحي. أما عن آليات منع ظاهرة المخدرات فقد تم التركيز على تطوير التشريعات ذات العلاقة. أدارت الجلسة د. هالة الأطرش، وألقى كلمة الافتتاح السيد عميد الكلية د. طارق الجملي، وكانت الورقة العلمية ذات الطابع العملي والهامة جداً للعقيد محمد الكرغلي عن إدارة مكافحة المخدرات حيث عرض فيها واقع الحال الليبي سواء من الناحية التاريخية لبدء الظاهرة في ليبيا في التسعينيات وتفاقمها بعد أحداث 2011م ، أو من حيث نطاقها المكاني بدءاً من الحدود مع دول الجوار وصولاً إلى الدواخل كالمدارس على سبيل المثال. وذكر إحصائيات مرعبة داقاً ناقوس الخطر إزاء تغول هذه الظاهرة الفتاكة بين أبناء المجتمع الليبي. ثم كانت مداخلة الدكتورة ميرفت التارقي من قسم علم النفس كلية آداب جامعة بنغازي للحديث عن التأثيرات النفسية لتعاطي المخدرات، وخلصت إلى

أهمية البرامج التوعوية والبرامج العلاجية النفسية المتنوعة . أما التأثيرات الصحية البسيطة والجسيمة فقد تناولتها د. سميرة الجربوع وكيل كلية الصحة العامة جامعة بنغازي وجاوبت عن التساؤل المطروح بشأن مدى لزوم دخول المتعاطي للمصحة تحت إشراف طبي أما د. المبروك الفاخري فقد فصل في السياسة الجنائية للمشرع الليبي في مواجهة ظاهرة المخدرات والمؤثرات العقلية مع التركيز على ان تعاطي المخدرات هو عامل من عوامل الاجرام ود. جازية شعيتير سلطت الضوء على تمظهر جديد لظاهرة المخدرات ألا وهو المخدرات الرقمية والذي يعد استخدام خطيرا للتقنية الإلكترونية وللتواصل السيبراني سيما في غياب آليات المواجهة القانونية الشاملة والمواكبة لهذا النوع من الإجرام، وختاماً تفضل د. رافع الفاخري من قسم الشريعة الإسلامية بإبانه حقيقة الخمر، وحكمها، والعلاقة بين الخمر والمخدرات متسائلاً عن مدى إمكانية إعطاء حكم الأولى للثانية؟.

النشاط الثاني: يوم دراسي بعنوان "مسودة مشروع الدستور في الميزان" أقيم يوم الاثنين بتاريخ: 22 منه وقد كان بمساهمة كل الأقسام العلمية ؛ حيث شاركت د. هالة الأطرش عن قسم القانون الدولي بمدخلة حول مركز الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في مسودة الدستور. وأما عن قسم القانون الجنائي فقد تناول د. طارق الجملي تحليل القواعد الجنائية الدستورية في المسودة، ود. جازية شعيتير عدت مثالب ومناقب باب الجيش والشرطة . والأستاذ أسامة نصيب عن قسم القانون العام عرض فكرة صناعة الدساتير سيما في زمن الصراعات. وعن قسم القانون الخاص تناول بالنقد باب السلطة القضائية كل من : أستاذ أحمد القبائلي، وأستاذ عبدالقادر عون. أما د. لطيفة الفقهي عن قسم الشريعة فقد سلطت الضوء على المادة المحددة لمركز الشريعة الإسلامية في مسودة الدستور.

ضيف الشرف في ذلك اليوم الدراسي كان د. عبدالقادر اقدورة أستاذ القانون الدستوري بالكلية وعضو الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور، وتميزت الجلسة بتجاوب الحضور من الطلبة والأساتذة والمهتمين بالشأن الدستوري ، كما تميزت بالإدارة المثالية للدكتور رافع الفاخري.

النشاط الثالث: ندوة حول: "قانون مهنة المحاماة وتطوير الفكر القانوني" أقيمت مساء يوم الاثنين بتاريخ: 25 يوليو بإدارة د. جازية شعيتير وبحضور السيد عميد الكلية د. طارق الجملي. وقد تميزت الندوة بحضور نخبوي مميز فقد تصدر المنصة القاضي المميز خالد الشريف والسيد نقيب المحامين الأستاذ أحمد نشاد، كانت القاعة ممتلئة بحضور عدد كبير من المحامين الخواص منهم: الأستاذ سميح الأطرش، والأستاذ عادل حمودة، والأستاذ عمر بو عجيله علي، والأستاذ عبدالعزيز الترهوني. وعدد من القضاة المستشارين على سبيل المثال :المستشار سعد عقيلة، والمستشار إبراهيم بوشناف، والقاضي عز الدين الغرابي ، والقاضي عبد الكريم بوزيد المسماري.

هدفت الندوة إلى تقييم القانون رقم 3 لسنة 2014م بشأن مهنة المحاماة الصادر عن المؤتمر الوطني العام في يناير 2014م واللائحة الداخلية الصادرة بقرار رقم 1 لسنة 2015م بقرار عن نقابة المحامين.

وقد جاءت تلك الندوة تفعيلاً للمادة 59 من قانون مهنة المحاماة والتي تنص على أن من مهام النقابة: العمل على تطوير الفكر القانوني لخدمة المصلحة العليا للشعب الليبي وتنشيط البحث العلمي القانوني بجميع الوسائل ومن بينها المشاركة في الندوات والتنسيق مع كلية القانون بغية رفع مستوى المناهج الدراسية لطلبة القانون.

ولعل أهم النقاط التي نوقشت في تلك الندوة كانت حول التسجيل في قيد المحامين الخواص للسادة الأكاديميين والقضاة حيث ينص القانون محل الندوة على تسجيلهم بصفة محامي تحت التمرين وهو ما يراه أصحاب الشأن سياسة حمائية غير مبررة وغير متلائمة مع أحكام الدستور إذا تخالف مبدأ تكافؤ الفرص ومبدأ المساواة، ناهيك عن صدور القانون في مرحلة انتقالية وعدم طرحه للمشاركة المجتمعية في صنعه ولعل هذه الأسباب وجهية لإعادة النظر فيه تعديلاً أو إلغاءً.

أما شهر يوليو فقد تميز عن سابقه بأن الفاعليات قد أقيمت كلها في المقر الرئيس للكلية بالمدينة الجامعية قاريونس بعد أن نجحت القوات المسلحة العربية الليبية في تحريره من الإرهابيين وتمشيته من الألغام وقد تميزت مناشطه بمشاركة طلابية فعالة حيث كانت الأنشطة فيه على التوالي هي :-
النشاط الرابع : محاكمة صورية جنائية لطلبة الليسانس في القانون الجنائي بإشراف المدرب المميز د. طارق الجملي وكان ذلك يوم الاثنين 3 من شهر مايو وقد تميز هذا العمل بكونه أول نشاط يقام في المقر الرئيس للكلية وفي قاعة المحكمة الصورية تحديداً، كما تميز بما يمثله من عود حميد لتقليد أكاديمي قد انقطع منذ ما يزيد عن العشر سنوات، وما يمثله من باكورة الأنشطة الطلابية حيث شارك فيه مجموعة من الطلاب أغلبهم من السنة الرابعة، وبعضهم من السنوات الأولى الثلاث: حيث تمت الاستعانة بطلبة السنة الأولى والثانية في تجسيد أدوار المتهمين وأفراد الشرطة القضائية، وتميزت إحدى طالبات السنة الثالثة بتجسيد دور محامية بصيرة. كما أن التغطية الإعلامية - المحلية والدولية - كانت شاملة لإجراءات المحاكمة منذ بدئها وحتى منتهاها.

الحضور النوعي المكثف للسادة القضاة ووكلاء النيابة والمحامين، والأكاديميين من كليات جامعة بنغازي على اختلافها كان لافتاً جداً، وقد أثنى الجميع على الجهد المبذول من الأستاذ المدرب والذي انعكس على أداء الطلاب في تجسيد أدوارهم الإجرائية، وفي الإلقاء المميز لما كتبه لهم موضوعياً من اتهامات ودفوع ومدخلات، حيث دارت المحاكمة حول واقعة جنائية افتراضية متمثلة في جريمة سرقة وقتل المجني عليه فيها، وتثير القضية عديد المسائل الجنائية الموضوعية والإجرائية منها مثلاً: مسؤولية المساهمين عن الجريمة الاحتمالية، علاقة السببية، سلطات غرفة الاتهام، اختصاص محكمة الجنايات، قبول شهادة القاصر، القيمة الثبوتية للتسجيل الصوتي.

النشاط الخامس : محاكمة صورية دولية جنائية لطلبة الليسانس في القانون الدولي بإشراف المدرب المميز د. هالة الأطرش وكان ذلك يوم الخميس 6 من شهر يوليو. تميز العمل بالريادة ليس على مستوى الكلية فقط وإنما على مستوى كليات الحقوق بالجامعات الليبية، كما تميز بالجدة في الأسلوب؛ حيث اتخذت المحاكمة شكل مسابقة بين بعض طلبة السنة الرابعة الذين قسمتهم الدكتورة

المشرفة إلى فريقين متساوي العدد مع مراعاة التمثيل الجندري العادل. وقام الطلبة بتحليل دراسة قضية متخيلة حول جرائم حرب وانتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني. واتخذوا منها مواقف قانونية، ثم قسموا إلى مجموعات قامت بدور الادعاء، أو دور محامي الدفاع .

وتمت المرافعة الشفوية أمام لجنة تحكيم شكلت من السادة: أد. أحمد الجهاني، أد. سليمان الغويل، د. عبدالله العبيدي، د. طارق الجملي، د. جازية شعيتير، المستشار خالد الشريف . وبعد استماع اللجنة للمرافعة وبعد المداولة السرية، قامت اللجنة بتقييم أداء الطلبة المشاركين في المحاكمة وفق المؤشرات الآتية :- التقديم المنظم والمنطقي للحجج، الاستخدام الفعال للوقائع والاتفاقيات والسوابق، القدرة على الأداء شفويًا "الصوت، والتواصل البصري مع القضاة"، احترام الوقت المحدد، والقدرة على إدارته، واحترام قواعد اللباقة. ثم أعلنت اللجنة عن أفضل فريق في المحكمة السورية الدولية الجنائية، وأفضل إلقاء شفوي للنائب العام، وأفضل إلقاء شفوي لمحامي الدفاع .

النشاط السادس : يوم دراسي بعنوان " قضايا معاصرة في القانون الخاص " تقديم قسم القانون الخاص يوم الاثنين بتاريخ : 10 مايو، وتعدد المحاضرون بتعدد القضايا المثارة : حيث تناولت د. سألما الجازوي قضية التحكيم الإلكتروني، وتناول الأستاذ فتحي العرفي قضية تأمين الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، في حين تناول الدكتور الصالحين العيش قضية التمويل الجماعي، أما الأستاذ محمد نوح فقد تناول قضية مسؤولية المصارف عن أموال المودعين في القانون الليبي. وهي قضايا تتصف بالجدة والجدية، وكان طرحها ذو فائدة علمية وعملية في آن معاً، وقد تفاعل الحضور، من السادة أعضاء هيئة التدريس بالكلية ومن الضيوف، بالنقاش والمداخلات مع كل القضايا المثارة، وقد تميزت الجلسات بالإدارة الحكيمة لكل من: د. طارق الجملي في الجلسة الأولى، ود. مصطفى عمران في الجلسة الثانية.

النشاط السابع : محاضرة حول " القلق النفسي وأثره على تحصيل الطلاب قبل الامتحانات " أقيمت على حضور كبير من طلبة الكلية الدارسين بالسنوات الأربع المختلفة لمراحل الليسانس يوم الأحد بتاريخ 16 يوليو. وبحضور السيد عميد الكلية د. طارق الجملي، وقد ألقى محاورها المختلفة كل من الأساتذة :

السيد/ علي الرويعي أستاذ دكتور علم النفس ومدير مستشفى الأمراض النفسية بنغازي، السيد / نجيب الحصادي أستاذ دكتور الفلسفة كلية الآداب جامعة بنغازي، السيد / رافع الفاخري وكيل الكلية للشؤون العلمية وأستاذ بقسم الشريعة الإسلامية بالكلية.

ونذكر هنا الوصايا العشر التي قيلت للطلبة في تلك المحاضرة عساها تعين من يعانون من رهاب الامتحانات على التخفيف من حدته:

- المذاكرة ضمن جماع صغيرة من الأصدقاء. الجو الودي الذي يشيع بين الأصدقاء يقلل من الضغوطات النفسية ، والتعاون المتبادل بينهم سوف يكون في صالح الجميع. حتى التفاوت في القدرات الدراسية بينهم مفيد، للأكثر تمكناً من المادة قبل الأقل تمكناً منها، لأنه سوف يجد نفسه يمثل دور الأستاذ الذي يشرح لطلابه، ومن يشرح لغيره أدعى أن يطور مهارات تواصلية سوف يجني في النهاية المطاف ثمارها.

دراسات قانونية – العدد 20

- أبدأ بقراءة أسئلة الامتحان كاملة، وتأكد من فهمك الجيد لكل سؤال وأحسن اختيار الأسئلة إذا كان الامتحان اختيارياً ، و اشرع في الإجابة عن السؤال الذي تجده أيسر عليك من غيره، بحيث تعزز ثقتك بنفسك.
- ثالثاً، حدد مطالب كل سؤال، وافرد فقرة خاصة لاستيفاء كل مطلب، وعنونها بما يشير إلى متنها.
- قسم الوقت المتاح للإجابة على عدد الأسئلة آخذاً في الاعتبار أوزانها النسبية، وخصص وقتاً كافياً للمراجعة.
- تجنب استخدام الكلمات العامية، والأخطاء الإملائية، مهما قل شأنها، والأخطاء النحوية، خصوصاً الفاضح منها.
- أعط لعلامات الترقيم، الفواصل والنقاط تحديداً، العناية التي تليق بأهميتها. ففضلاً عن دورها في إيصال المعنى، فإنها تعطي انطباعاً جيداً حول حرص صاحبها على الدقة في الصياغة، وهذا أمر مهم بوجه خاص لكل متخصص في القانون.
- إذا كان وقت الامتحان كافياً ، لا تكتب إلا بعد التأكد مما كتبت، بحيث تتجنب شطب ما كتبت. الإجابة التي تحشد بالشطب لا تحدث انطباعاً جيداً لدى قارئها، وللاعتبارات الجمالية، التي تشمل الأسلوب أيضاً، أهميتها في رسم الصور، أياً كانت طبيعة هذه الصور.
- تخيل أثناء إجابتك أنك تكتب مقالة سوف تنشر في مجلة متخصصة. سوف تحتاج إلى تقديم عام، يتحدث عن أهمية المشكل قيد السؤال، وأسلوبك في مقارنته، كما تحتاج إلى كلمة ختامية تبلور فيها أهم ما ترغب في التأكيد عليه.
- لا تمنع في التفاصيل، ولا تسرف في التعميم. لا تقل كل ما تعرف و اعرف كل ما تقول.
- وأهم من كل ذلك، كن مختلفاً قدر الإمكان، بحيث تلفت انتباه المصحح، وتتعاطف مع حالة الضجر التي تنتابه وهو يصحح مئات الأوراق. وهذا لا يتأتى إلا بإعمال ملكاتك التحليلية والنقدية وحتى الأدبية عل ما تطرح من أفكار. حاول أن تضيف ما يقنع المصحح بأنه أمام إجابة جديرة بالقراءة المتأنية. إذا ضربت أمثلة، فنتق غير تلك التي استخدمت في المقرر. إذا عرضت رأياً، فحاول أن تستفسر عن مسوغاته، أو تعلق عليه، أو تعمل على توضيحه، أو تعترض عليه، أو تقارنه برأي آخر. وفي جميع الأحوال، حاول أن توظف رصيدك الثقافي في إثراء إجابتك. دع ما قرأت من قصائد وروايات يتحسس سبيله إليها ، ولن تعدم وسيلة في ذلك. لكن هذا يفترض أن لديك أصلاً رصيماً ثقافياً قادراً على أن يسعفك في مثل هذه الظروف. إذا كان مبلغ ما تطلع عليه هو ما يلقي عليك في قاعات الدرس، فإنك لا تعاني فحسب من رهاب الامتحانات، بل ترتكب خطايا لا تجدي معها وصايا".
- هذا وقد انتهى الموسم الثقافي بهذه المحاضرة الختامية التي ألقيت بمناسبة الاستعداد للامتحانات النهائية لطلبة الليسانس ،على أن يستأنف النشاط الثقافي الأكاديمي في موسمه التالي خلال العام الجامعي 2018م.

Consultative body:

- **Prof. Mussa Massoud Irhouma.**
- **Prof. Ahmed S. Gehani.**
- **Prof. Salem Mohammed Al-Aujali.**
- **Prof. Omar Mohammed ELsiwi.**
- **Dr. Saad Kh. ALbbar.**
- **Dr. Suliman Mohammed Ibrahim.**

Dr. Tareq Mohammed Al-Jamali
Dean of the Faculty of Law
General Supervisor of the Journal

Editorial Board:

- **Dr. Rafa Mahmoud Al-Fakhri - Vice Dean of the Faculty of Law for scientific affairs - Chairman of the editorial board magazine**
- **Dr. Jazayat Jibril Shu'aitir - Editor of the Journal**
- **Dr. Ashour Sulaiman Shawail.**
- **Dr. Saad Al-Abbar.**
- **Dr. Saad Suleiman Al-Hamdi.**
- **Dr. Abdullah Ali Al-Obeidi.**
- **Dr. Salehin Mohammed Al-Aish.**

Journal of Legal Studies

Published by the Faculty of
Law

Issued three times a year
About the Faculty of Law -
Benghazi University



Journal of Legal Studies

**Published By Faculty Of
Law Benghazi University**



BENGHAZI UNIVERSITY PRESS

NO:20

February 2018

www.journal-legal-studies.net