

مجلة المختار للعلوم القانونية

Al-Mukhtar Journal of Legal Science

Volume
Issue
2023

Published by OMU



Al-Mukhtar Journal of Legal Sciences

Peer-reviewed scientific journal, Volume One, Issue One, 2023

Published by Omar Al-Mukhtar University, Al-Bayda, Libya

Al-Mukhtar Journal of Legal Sciences

NL – LDN 487-2023

The Author(s) 2023. This article is distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>) , which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium , provided you give appropriate credit to the original author(s) and the source, provide a link to the Creative Commons license, and indicate if changes were made.

A peer-reviewed journal published by Omar Al-Mukhtar University, Al Bayda, Libya
Peer-reviewed scientific journal, Volume One, Issue One, 2023
Email: omu.j.leg@omu.edu.ly

Editorial Board

Prof. Dr. Saliha Ali Sadaga – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Ashour Suleiman Shawail – University of Benghazi

Prof. Dr. Mustafa Ahmed Al-Daraji – Omar Al-Mukhtar University

Prof. Dr. Saad Al-Hamdi – University of Benghazi

Dr. Faraj Abdullah Saad – Omar Al-Mukhtar University

Dr. Mohammed Ali Al-Tashani – Derna University

Dr. Al-Hasan Ali Al-Hadid – Omar Al-Mukhtar University

Technical Support

Mr. Essam Fathallah Al-Hain – Omar Al-Mukhtar University

Advisory Committee

Prof. Dr. Gilles Frioul – University of Bourgogne Franche-Comté, France

Prof. Dr. Raoul Sacha – Aix-Marseille University, France

Prof. Dr. Al-Koni Ali Abouda – University of Tripoli

Prof. Dr. Moussa Salem Arhouma – University of Benghazi

Prof. Dr. Saad Khalifa Al-Abbar – University of Benghazi

Prof. Dr. Mohsen Abdel-Hamid Afkirin – Omar Al-Mukhtar University

Prof. Dr. Imran Al-Safrani – University of Tripoli

Prof. Dr. Miftah Khalifa Abdel-Hamid – University of Benghazi

Prof. Dr. Mohammed Abdullah Al-Fallah – University of Benghazi

Papers	Pages
The Nature of the Legal Rules Governing the Work of the UN Security Council Abeer A. Almaorahi	1-24
Civil Liability of the State for Traffic Accidents Arising from Dilapidated Roads Esam F. Alhain	25-38
The Legal Nature of Drug Trafficking in Libyan Legislation Alhasan A. M. Abdalrahman	39-54
The Problem of Electoral Appeals in Libyan Legislation “An Analytical Study of Law No. 1 Of 2021 Ad Concerning the Election of the President of the State” Ezeddin B. A. Mohamed	55-78
The Constitutional Provision to Restrict the Freedom of the Accused in the Pre-Trial Stage Tarek El Gamli	79-102
Transitional Justice and National Reconciliation and Their Ability to Be an Alternative to Traditional Criminal Justice in Libya Kamal A. Hassan	103-125
The Concept of Fundamental Deprivation as an Element of Fundamental Breach Under the United Nations Convention On Contracts for The International Sale of Goods-1980 Imhimad F. Abdalhamid	126-139

Research Article

Open Access



The Nature of the Legal Rules Governing the Work of the UN Security Council

Abeer A. Almaorahi

*Corresponding author:

abeerabdallah1236789@gmail.com

Department of International Law,
Faculty of Legal, Omar Al-Mukhtar
University, Libya.

Received:

10 February 2023

Accepted:

12 June 2023

Publish online:

31 December 2023

Abstract: The term generality that characterizes the law is different in terms of its content within the branches of domestic law than in international law. If international rules bear this characteristic in their theoretical framework, then these rules are characterized by relativity when applied. As the rules contained in the international legal system are not general rules, what is regulated by international rules is consistent with the nature of international relations, that is, the relations between multiple international legal persons aim to achieve goals related to the public interest of the international community. The United Nations Charter, attempted to find the required balance, but these rules were characterized by ambiguity and absolute generality, which made the function of the Security Council incomplete, which is what we tried to highlight in this study.

Keywords: Charter of The United Nations; Security Council; International Peace and Defense; Legitimate Defense; Preventive Defense.

طبيعة القواعد القانونية التي تحكم عمل مجلس الأمن الدولي

المستخلص: إن مصطلح التجريد والعمومية التي يتصف بها القانون يختلف مضمونه داخل فروع القانون الداخلي عنه في القانون الدولي، فإذا كانت القواعد الدولية تحمل هذه الصفة في إطارها النظري فإن هذه القواعد تنقسم بالنسبة عند تطبيقه؛ إذ إن القواعد التي يتضمنها النظام القانوني الدولي ليست قواعد عامة، وإنما يختلف مضمونها ومداهما وما تفرضه من التزامات أو تقرره من حقوق من حالة إلى أخرى، فما تنظمه القواعد الدولية يتناسب مع طابع العلاقات الدولية، أي أن العلاقات بين أشخاص قانونية دولية متعددة ترنو إلى تحقيق أهداف تتعلق بالصالح العام للجماعة الدولية، وترتبط قواعد القانون الدولي بإرادة الدول، وتغلب الاعتبارات الموضوعية على الشكلية من أجل تمكين النظام الدولي من أداء وظائفه، حيث تتنوع القواعد الدولية في قيمتها بين القواعد القائمة حالياً والقواعد التي يؤمل الوصول إليها، مما يستدعي التنسيق بينها. وقد حاول ميثاق الأمم المتحدة فيما يتعلق بتنظيم عمل مجلس الأمن إيجاد التوازن المطلوب إلا أن هذه القواعد اتسمت بالغموض، مما جعلت وظيفة مجلس الأمن غير مكتملة وهو ما حاولنا تسليط الضوء عليه في هذه الدراسة.

الكلمات المفتاحية: ميثاق الأمم المتحدة؛ مجلس الأمن؛ السلم والأمن الدوليين؛ الدفاع الشرعي؛ الدفاع الوقائي.



المقدمة: كقاعدة عامة تأتي مجمل قواعد القانون الدولي والنصوص التي تتضمنها عامة ومرنة وغير محددة بدقة، وذلك مراعاة لمصالح الدول، وأيضاً عدم ثبات هذه المصالح من أجل الحصول على رضا الدول للنصوص فتأتي هذه النصوص مرنة وأكثر اعتداداً بالاعتبارات العملية، فيتم إيرادها على شكل مبادئ عامة تتضمن السلوك المطلوب، وهذا لا يعيب قواعد القانون الدولي، فهي سمة تمكن القواعد القانونية الدولية من معالجة أي وضع قانوني دولي حرج، وتأتي عمومية النصوص القانونية من أجل الحصول على موافقة الدول على النص محل التفاوض، لأن أغلب الدول تفضل النصوص التي تحتوي على المبادئ العامة على تلك المتضمنة قواعد قانونية محددة وتفصيلية؛ لأنها تتيح لها إبداء رأيها وتمنحها مساحة أكبر عند تطبيقها.

والقواعد القانونية الواردة في الميثاق فضلاً عن عموميتها، يوجد فيها شيء من الإفراط وخاصة في نصوص عمل الفصل السابع من الميثاق، وقواعد القانون الدولي الخاصة بالجزاءات الدولية وفي الاستثناءات الواردة على مبدأ تحريم استخدام القوة أو التهديد بها في العلاقات الدولية، وأمن حيث السلطة التقديرية لمجلس الأمن في ممارسة اختصاصاته سواء من حيث تقرير وجود أي حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 39 من الميثاق وأمن حيث نوع الإجراء اللازم اتخاذه لمواجهة الموقف أو النزاع.

وتبرز أهمية القواعد القانونية التي تحكم عمل مجلس الأمن عند توقيع الجزاءات الدولية، فهي التي تحكم قرارات مجلس الأمن من حيث تكييف الوقائع، وأسباب توقيع الجزاءات أو عدم توقيعها، أو عند تفويض مجلس الأمن غيره في ممارسة اختصاصاته بحفظ السلم والأمن الدوليين، لذلك فإن عمومية وغموض القواعد القانونية الخاصة بعمل مجلس الأمن تتطلب دراسة كاملة ووافية.

إشكالية الدراسة:

تكتسب القواعد القانونية التي تحكم عمل مجلس الأمن الدولي أهمية كبرى، فهي تحكم قرارات مجلس الأمن الدولي بتوقيع الجزاءات من حيث تكييف الوقائع وإدراجها ضمن الحالات التي تهدد السلم والأمن الدوليين أو الإخلال بهما، فالإشكالية تتمثل في عمومية وغموض بعض القواعد القانونية الخاصة بعمل المجلس، فضلاً عن عدم تحديد مفهوم بعض المصطلحات القانونية الضرورية لتكييف الوقائع حتى يصدر قرار مجلس الأمن مكتمل البناء القانوني.

أهمية الدراسة:

يعد مجلس الأمن الدولي المسؤول الأول عن تحقيق الهدف الرئيس للأمم المتحدة والمتمثل في تحقيق السلم والأمن الدوليين ولا يتحقق ذلك إلا في ظل وجود قواعد قانونية واضحة وغير غامضة مع أن مبررات اتخاذ مجلس الأمن غالباً ما تكون محددة لا تحتمل أكثر من معنى، لذلك رأينا أن مثل هذه الدراسة قد تلقي الضوء على بعض المفاهيم القانونية غير الواضحة في عمل مجلس الأمن الدولي.

منهج الدراسة:

اعتمدنا في الدراسة على عدة مناهج علمية معتمدة في الدراسات الإنسانية عامة والدراسات القانونية خاصة منها. المنهج التحليلي: فالتحليل طريقة تعبيرية يعتمد عليها الاستدلال، والمنهج المقارن: ويعتمد على تجميع ما تم تحليله وتجميع عناصر أولية متفرقة، وهو

المعتمد في الدراسة بعد جمع شتى الآراء والأفكار والمعلومات والقواعد القانونية، ومقارنتها بالقواعد الكلية. والمنهج الوصفي: وقد قمنا باتباع هذا المنهج عن طريق جمع الحقائق والمعلومات وتفسيرها للوصول إلى حقائق مقبولة.

خطة الدراسة:

فُسمت هذه الدراسة إلى:

المبحث الأول: غموض وعمومية القواعد القانونية الخاصة بعمل مجلس الأمن الدولي.

المطلب الأول: غموض مفهوم العدوان والتوسع في تطبيقاته.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على غموض وعمومية القواعد القانونية التي تحكم عمل مجلس الأمن الدولي.

المبحث الثاني: عدم تحديد مفهوم بعض المصطلحات القانونية التي تحكم عمل مجلس الأمن.

المطلب الأول: عدم تحديد المقصود بالقوة

المطلب الثاني: عدم تحديد مفهوم السلم والأمن الدوليين والإخلال بهما.

المطلب الثالث: فكرة الدفاع الشرعي والدفاع الوقائي.

الخاتمة: بها النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: غموض وعمومية القواعد القانونية الخاصة بعمل مجلس الأمن:

يُعد نص المادة (24) من الميثاق المثال الحقيقي على عمومية النصوص الخاصة بعمل مجلس الأمن حيث أنه يركز عليه عمل مجلس الأمن من حيث أنه يسمح لمجلس الأمن بممارسة عمله الأساسي وهو حفظ السلم والأمن الدوليين حيث تم الإشارة كثيراً في الميثاق إلى السلم والأمن الدوليين لكنه لم يتضمن في أية مادة من المواد تحديداً واضحاً أو تعريف لهذين المفهومين.⁽¹⁾

كما لم يضع معياراً مميزاً للتبعات الرئيسية لحفظ السلم والأمن الدوليين والتبعات الثانوية، كما لم يحدد الجهة المختصة بالتبعات الثانوية وترك ذلك للاجتهاد في ضوء نصوص الميثاق والتقارير الصادرة حول السلم والأمن الدوليين التي يتعين على مجلس الأمن رفعها إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة، بموجب المادة 3/24 لم يتركها على إطلاقها بل أضاف إليها عبارة "إذا اقتضى الحال" دون أن يحدد الحال الذي يتوجب فيه على مجلس الأمن رفع هذه التقارير⁽²⁾

كما أن تعهد الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بقبول قرارات مجلس الأمن وتنفيذها طبقاً للمادة 25 من الميثاق التي اشترطت لقبول القرارات وتنفيذها أن تكون وفقاً للميثاق، وهذا قيد غير مبرر على اعتبار أن القرارات الواجبة النفاذ على الكافة هي التي تكون مستوفية للشروط والأحكام المنصوص عليها في الميثاق.

وهو ما يجعل أمر حفظ السلم والأمن الدوليين وفقا لقواعد الشرعية الدولية معلقا على تقديرات الدول، دون أن يضع أي ضوابط لذلك، أو يحدد مرجعا للفصل فيما إذا كانت القرارات مستوفية شروط نفاذها أم لا، وبالتالي يصبح السلم والأمن الدوليين دون ضمان حقيقي للحفاظ عليه، أو يتعين على مجلس الأمن تدارك العيب الذي لحق بقراره ليتسنى تطبيقه.

وهذا الغموض في القواعد القانونية المحددة لعمل مجلس الأمن انعكس سلبا على نظام الجزاءات داخل الأمم المتحدة، فنظام الجزاءات ليس محكما، وليس واضحا ومحددا ومكتملا، ولا يزال يفتقر للتمييز الدقيق بين صور العنف المشروع وغير المشروع، كما أن أغلب أعضاء الجماعة الدولية غير فاعلين في نظام الأمن الجماعي، حيث يقتصر دورهم على مجرد الإسهام السلبي المتمثل في الامتناع عن خرق قواعد الجزاءات⁽³⁾

وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث على النحو التالي: -

المطلب الأول: غموض مفهوم العدوان والتوسع في تطبيقاته

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على عمومية وغموض القواعد القانونية التي تحكم عمل مجلس الأمن.

المطلب الأول: غموض مفهوم العدوان والتوسع في تطبيقاته:

لم يستثن مفهوم العدوان من الغموض وعدم الوضوح الذي شاب الكثير من المفاهيم الضرورية والمهمة في الميثاق، حيث لم تتضمن نصوصه تعريفا محددا للعدوان، فقد أورد بعض العبارات التي تمثل ركنا من أركانه أو شكلا من أشكاله فقط⁽⁴⁾. وقد حاولت الأمم المتحدة منذ مؤتمر سان فرانسيسكو إيجاد تعريف للعدوان، إلا أن تلك المحاولات باءت بالفشل⁽⁵⁾.

وعلى الرغم من تكرار هذه المحاولات إلا أنها كانت تصطدم بفكرة أن وضع تعريف للعدوان سوف يؤدي إلى تقييد سلطات مجلس الأمن والحد من مرونة الأمم المتحدة، ولكن تكلفت هذه المحاولات بالنجاح بموجب قرار الجمعية العامة رقم 2214 بشأن تعريف العدوان⁽⁶⁾.

وقد ثار جدلا فقهيًا واسعاً حول هذا القرار وما شابهه من انتقادات، إلا أنه يعد مساهمة جوهرية وفاعلة في دعم النظام القانوني الدولي، وخطوة مهمة في تطور القانون الدولي حتى يسد الفراغ الذي قد يظهر عند تطبيق نصوص الميثاق على أرض الواقع. ولعل أهم الملاحظات التي جاءت على قرار الجمعية العامة الخاص بتعريف العدوان ما يلي:

1- أنه يقصد بالعدوان وفقا للقرار هو قيام إحدى الدول باستخدام قواتها المسلحة ضد سيادة ووحدة الأراضي أو الاستقلال السياسي لدولة أخرى، أو على نحو لا يتفق مع مقاصد الأمم المتحدة. وقد أخذ التعريف بأسلوب التعريف المختلط فلم يكتف بتعريف عام ومرن من ناحية، كما لم يأخذ بتعريف جامد عن طريق تعداد الأعمال العدوانية على سبيل الحصر من ناحية أخرى، بل جمع بين التعريف العام في المادة الأولى وبين تعريف في المادة الثالثة منه يتضمن قائمة لأعمال العدوان دون أن يكون إحصاؤها جامعا مانعا، حيث اكتفت هذه المادة بذكر أكثر صور العدوان وقوعا لأنه من المستحيل حصر كافة صور العدوان وترك الأمر لمجلس الأمن ليقوم عن طريق القياس تحديد صور العدوان وهذا الأمر يؤدي إلى المرونة في التحديد ويتمشى مع متطلبات تطور وسائل استخدام القوة وتنوعها⁽⁷⁾.

2- إن المبادأة باستخدام القوة المسلحة من قبل دولة ما يُعد خرقاً للميثاق ويشكل دليلاً كافياً مبدئياً على ارتكابها عملاً عدوانياً، وإن كان لمجلس الأمن -طبقاً للميثاق- أن يخلص إلى أنه ليس هناك ما يبرر الحكم بأن عملاً عدوانياً، قد ارتكب في ضوء ملائسات أخرى وثيقة الصلة بالحالة المعروضة عليه، بما في ذلك أن تكون التصرفات محل البحث أو نتائجها ليست ذات خطورة كافية⁽⁸⁾، بمعنى أن المبادأة باستخدام القوات المسلحة تعد قرينة على أن الدولة معتدية وتضل هذه القرينة سارية المفعول ومرتببة لآثارها القانونية إلى أن يتوصل مجلس الأمن إلى قرار ينفي فيه صفة العدوان على استعمال القوة، فإذا لم يتوصل مجلس الأمن إلى إصدار مثل هذا القرار فإنه يحق للدولة المعتدى عليها أن تقوم برد العدوان وإزالة كافة آثاره وفقاً لنص المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة الخاصة بحق الدفاع الشرعي عن النفس.

وقد أثارت المادة الثانية من القرار جدلاً فقهيّاً كبيراً حيث انتقد بعض الفقهاء صياغة المادة الثانية من القرار تعريف العدوان وأنها جاءت تحتوي على كثير من الغموض وتفتح المجال أمام العديد من الشغرات وذلك لأنها جاءت كما يلي:

أ- أنه يفهم ضمناً من سياق المادة الثانية من قرار التعريف أن الاستخدام الأول للقوة المسلحة قد يكون مسموحاً به (طبقاً لتفسير المادة (51) من الميثاق) خصوصاً من وجهة نظر أصحاب التفسير الواسع لحق الدفاع الشرعي بما في ذلك حق الدفاع الشرعي الوقائي غير المحدد النطاق في ظل ميثاق الأمم المتحدة.

ب- أن تفسير الظروف المحيطة يعد تعبيراً واسعاً، ولا يضع معياراً محدداً فيمكن أن يكيف الاستخدام الأولي للقوة بأنه تدخل إنساني أو تدخل لمكافحة الإرهاب أو لإرساء دعائم الديمقراطية.⁽⁹⁾

ج- أن تحليل عبارة أن تكون التصرفات محل البحث ليست ذات خطورة كافية يؤدي إلى نتيجة هامة لا يمكن التسليم بها وهي استبعاد الحوادث الصغيرة والتهديد من أفعال العدوان وللأسف هو غالباً ما يكون من الأعمال التي تستخدم فيها القوة المخالفة للميثاق.

3- أخذ التعريف في المادة الثالثة منه بصورة واحدة من صور العدوان المسلح الذي يعد بالفعل أخطر صور العدوان، ولم تأخذ بالعدوان غير المباشر مثل العدوان الاقتصادي والعدوان الأيديولوجي، أي أنه لم يأخذ بفكرة العدوان غير المباشر الذي عرفته الجمعية العامة للأمم المتحدة بأنه كل عدوان يرتكب بصورة غير علنية مهما كانت الأسلحة المستخدمة فيه، أو يأخذ شكل التحريض على حرب أهلية في دولة أجنبية أو يرتكب بأي شكل آخر ويُعد جريمة من الجرائم الكبرى المرتكبة ضد سلم وأمن البشرية.⁽¹⁰⁾

وإذا كان القرار قد أخذ بالعدوان المسلح كصورة من صور العدوان إلا أن تعدد صور العدوان جاء على سبيل المثال لا الحصر، ومن ثم يستطيع مجلس الأمن أن يعتبر أفعالاً أخرى غير منصوص عليها من قبيل العدوان عن طريق القياس.

4- إن ما جاء بهذا القرار الخاص بتعريف العدوان لا يمكن أن يخل بحق الشعوب في تقرير مصيرها وحققها في الحرية والاستقلال⁽¹¹⁾ كذلك هذا القرار بتعريف العدوان لا يخل بمبدأ عدم الاعتراف باكتساب الأراضي عن طريق القوة وهو من المبادئ الجوهرية للقانون الدولي وأكده الأمم المتحدة في كثير من قراراتها.⁽¹²⁾

5- يؤخذ على هذا التعريف أنه تجاهل الإشارة إلى المسؤولية الدولية التي قد تنشأ على من تسبب بالعدوان، وهذه الثغرة أثرت ولا شك في مسيرة النظام القانوني الدولي ككل، وليس على تعريف العدوان وخير دليل على ذلك إلى أن عدم الإشارة في قرار التعريف إلى المسؤولية الشخصية عن العدوان كانت من أبرز العقوبات التي عرقلت إخضاع جريمة العدوان ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية⁽¹³⁾.

6- أكد القرار على السلطات الممنوحة لمجلس الأمن بموجب الميثاق، وهذا يتضح من نصوص المواد (2، 3، 4) من قرار التعريف، فالمادة الثانية قررت بأنه يحق لمجلس الأمن إهدار قرينة المبادأة باستخدام القوة المسلحة كدليل مبدئي على ارتكاب جريمة العدوان فله أن يعتبر أن الدولة غير معتدية حتى ولو كانت هي البادئة باستخدام القوة المسلحة إذا استخلص من الملابسات المحيطة بالحالة أن الاستخدام الأول للقوة كان له ما يبرره.

أما المادة الثالثة فقد أوردت بعض صور الأعمال التي تشكل عدواناً وذلك على سبيل المثال لا الحصر وأعطت لمجلس الأمن سلطة تكييف وتقدير صور أخرى للعدوان وهذا ما أكدته المادة الرابعة "أن الأعمال المحددة أعلاه ليست جامعة لكل أفعال العدوان وإن مجلس الأمن يستطيع أن يقرر أن أعمالاً أخرى تشكل عدواناً بمقتضى الميثاق.

وتجدر الإشارة إلى أن التعريف لم يضيف إلى اختصاصات مجلس الأمن سواء إيجابياً بالنص على اختصاصات جديدة أو استثنائية، أو سلبياً بحصر وظيفته أو تحديد دوره بل جاء كمرشد للمجلس وهو بصدد ممارسته لاختصاصاته طبقاً للميثاق.

وقد ثار جدل كبير حول القيمة القانونية للتوصيات الصادرة عن الجمعية العامة⁽¹⁴⁾، وقد استقر الفقه الدولي على أن ما يصدر عن الجمعية العامة من تصرفات خارج اختصاصها بإصدار القرارات المحددة في الميثاق يُعد من قبيل التوصيات، وعلى الرغم من التوصية ليس لها قوة إلزامية ولكن هناك بعض الحالات التي تكتسب فيها التوصيات الصادرة عن الجمعية العامة صفة الإلزام وهي التوصيات التي تشكل في جوهرها تفسيراً لأحد الالتزامات الواردة في الميثاق كالالتزام بحظر استخدام القوة في العلاقات الدولية، أو التهديد باستخدامها والالتزام بالتسوية السلمية للمنازعات الدولية، حيث تتمتع التوصيات في مثل هذه الحالة بالقوة الملزمة بالنظر إلى كونها مجرد تكرار لالتزام وارد في ميثاق الأمم المتحدة والذي سبق للدول الأعضاء الموافقة عليه، وكذلك الحال بالتوصية الكاشفة عن القواعد العرفية الدولية والتي تتمتع بالقوة الإلزامية استناداً إلى إلزامية القاعدة العرفية الدولية التي كشفت عنها التوصية⁽¹⁵⁾.

ويُعد قرار تعريف العدوان هو انعكاساً للنضج السياسي والقانوني للدول الأعضاء في المجتمع الدولي ويحقق إلى حد كبير الغرض الذي هدفت إليه الجمعية العامة وذلك للتأكيد على أهمية دور القانون، وهو محاولة التوفيق بين مفاهيم تقليدية وأخرى متطورة، وإذا كانت الأمم المتحدة قد أقرت تعريف العدوان فإن ذلك من منطق حقيقة هامة وهي أن هذا التعريف يعكس واقع المجتمع الدولي بما فيه من متناقضات وخلافات لعل أهمها هو حرص الدول وتفضيلها لمصالحها وأمنها القومي على صالح المجتمع الدولي.

وكان على الجمعية العامة أن تقوم بدور أكبر وأهم من تعريف العدوان بأن تعدل الميثاق وتضيف ملحق يضم قرار الجمعية العامة رقم 3314 لسنة 1974 الخاص بتعريف العدوان باعتباره جزء لا يتجزأ من الميثاق.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على عمومية وغموض القواعد القانونية التي تحكم عمل مجلس الأمن:

لقد اتصفت القواعد القانونية التي تحكم عمل مجلس الأمن والعمومية والغموض هو ما انعكس على قرارات مجلس الأمن لدرجة أن أغلب قراراته تتصف بالطابع السياسي أكثر من الطابع القانوني، وهذا التوظيف السياسي لقرارات مجلس الأمن وخاصة في فترة التسعينيات أدى إلى انحراف مجلس الأمن عن عمله الأصلي، وظهرت الانتقائية واضحة فيما يتصل بأعمال هذه القواعد القانونية وانحرفت عن الهدف الأساسي من وراء هذه القواعد⁽¹⁶⁾.

وأولى المبادئ التي تتأثر بهذه العمومية والغموض هو مبدأ المساواة بين الدول حيث يتم إفراغه من جوهره وخاصة فيما يتعلق بتوقيع الجزاءات حيث لا يحق لأي دولة أن تملي إرادتها بتوقيع الجزاءات دولية على دولة أخرى تامة السيادة، أو أن يخول مجلس الأمن دولة كبرى بالنيابة عنه في تنفيذها أو ممارسة الضغوط عليها فمبدأ المساواة بين الدول يقتضي أن تطبق قواعد القانون الدولي وخاصة قواعد الجزاءات تطبيقاً موحدًا لا يميز بين دولة أو أخرى لأن المساواة أهم ضمانات استقرار وفعالية أي نظام قانوني.⁽¹⁷⁾

ولعل عمومية وغموض القواعد التي تحكم عمل مجلس الأمن تظهر الازدواجية وخاصة عند تطبيق الفصل السابع من الميثاق حيث تحاول الدول الكبرى ذات المقاعد الدائمة في مجلس الأمن، ممارسة الضغوط على مجلس الأمن وأعضائه الآخرين من أجل إصدار القرارات الخاصة بالجزاءات الدولية تتوافق مع رغباتها وتخدم مصالحها لكي يتمكن من التدخل في الشؤون الداخلية لبعض الدول ولا يقتصر الأمر فقط على إصدار قرار مجلس الأمن بتطبيق أحكام الفصل السابع بل يتعداه في الغالب إلى تنفيذ الجزاءات المنصوص عليها في الفصل السابع في حالات كثيرة بتفويض من مجلس الأمن غيره بتنفيذ الجزاءات الدولية العسكرية بسبب عدم توافر الآليات القانونية المنصوص عليها في المادتين (46،47) من الميثاق وهو انتهاك للشرعية الدولية وإهدار لنظام الأمن الجماعي.⁽¹⁸⁾

وهذه العمومية والغموض التي تتصف بها القواعد القانونية المنظمة لعمل مجلس الأمن وخاصة قواعد الجزاءات الدولية العسكرية وخاصة فيما يتعلق بعدم توافر الآليات القانونية المنصوص عليها في الميثاق يجعل من مجلس الأمن مجرد هيئة تصدر تصاريح أو رخص للعدوان وليس جهازاً دولياً لإدارة العمليات العسكرية وفقاً لما تقتضيه متطلبات حفظ السلم والأمن الدوليين بل على العكس من ذلك هذه الرخص والتفويضات التي يقوم بها مجلس الأمن ويعطيها للدول الكبرى يجعل الأمم المتحدة تفقد هيمنتها ولا يجد هذا التصرف من النزاع بل على العكس يجعله متطوراً ومستمرّاً خاصة وأن هذه التفويضات تبقى مفتوحة غير محددة بأجل معين ولا بوقت معين. فالإصرار على تنفيذ الجزاءات الدولية المنصوص عليها في الفصل السابع من الميثاق دون رقابة وإشراف مجلس الأمن، تكون شرعيتها مشبوهة، لأن الفصل السابع يفترض أن أعمال القمع والتدابير العسكرية تتم تحت إشراف المجلس⁽¹⁹⁾

وكان حرياً بمجلس الأمن وهو يصدر قراراته الخاصة بتفويض غيره بتنفيذ الجزاءات الدولية أن يقنن هذا الأمر ويجعله في أضيق نطاق، وأن يحدد الوقت اللازم لإنهائه ونوعية الأسلحة المستخدمة والنطاق المكاني والزمني للقرار حتى لا يتم التوسع في تطبيق القرار لدرجة أنه يجعل النزاع الذي تدخل لإنهائه قائماً ومستمرّاً، بل وأحياناً يتطور بحيث تكون الأزمة التي يصنعها قرار بتطبيق الجزاءات الدولية أكبر وأطول من النزاع نفسه (العراق). ومن أخطر آثار العمومية والغموض على القواعد القانونية لعمل مجلس الأمن أن هذه العمومية تلغي وتحل محلها الانتقائية، وتغلب المعايير السياسية على المعايير القانونية، مما أضعف كثيراً من القيمة القانونية للنصوص المتعلقة بحفظ السلم والأمن الدوليين.⁽²⁰⁾

وجعل ذلك مجلس الأمن ينظر إلى أولويات عمل الأمن الجماعي وفقاً لمعايير سياسية ترتبت وأهمية وأولويات الأزمات والصراعات الدولية وفقاً لمدى مساس هذه النزاعات بمصالح الدول الكبرى فمثلاً ما يحدث في الصراع الدموي في سوريا يخرج عن اهتمام الدول الكبرى وخاصة أمريكا وبريطانيا وفرنسا ويكون في آخر اهتمامهم وليس من ضمن أولوياتهم لأن سوريا ليس بها مصلحة تسعى أمريكا لحمايتها.

وهذه الانتقائية في تطبيق نصوص الميثاق الخاصة بعمل مجلس الأمن جعل مجلس الأمن يمارس سلطات هي ليس من ضمن اختصاصه الأصلي بحفظ الأمن والسلم الدوليين مثل مراقبة الانتخابات والتحقق من احترام حقوق الإنسان وحماية الديمقراطية والتدخل في المجالات الإنسانية ومشاكل اللاجئين وكذلك التدخل في المجالات الاقتصادية والاجتماعية ومجال مكافحة الإرهاب تحت ذريعة أن عدم الاستقرار في هذه المجالات يشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين،⁽²¹⁾ فمثلاً يعالج مشكلة اللاجئين السوريين ولا يعالج الأزمة السورية.

وللعمومية والتجريد الذي صاحب القواعد القانونية الخاصة بالجزاءات الدولية أثر خطير من حيث أنه ابتدع مفاهيم جديدة لم يأت بها الميثاق، وتخالف المبادئ العامة للقانون مثل ابتداع قاعدة على المتهم أن يثبت براءته، وأنه قد أوفى بمتطلبات القرارات الدولية الصادرة تجاهه، واعتبار إدانته هي الأصل في العلاقة إلى أن يتمكن من إثبات العكس على عكس ما هو معروف في مبادئ القانونية العامة (الأصل هو البراءة) مثل ما حدث في (أزمة السلاح النووي العراقي). وبالتالي لا يمكن لهذه العمومية والتجريد أن تحول هذه القواعد القانونية إلى قواعد شرعية ويمكن تجزئتها بحسب المضمون، وبحسب التوقيت، وبحسب الجغرافيا، بل الأصل فيها العمومية وأنها لا تتأثر بالمصالح الذاتية للدول الكبرى وأن يتم تفسير وتطبيق هذه القواعد تحت قيادة مجلس الأمن وأن غير ذلك يعتبر انحرافاً عن المسار الطبيعي والأصلي الذي من أجله قام مجلس الأمن وهو حفظ السلم والأمن الدوليين.⁽²²⁾

المبحث الثاني: عدم تحديد مفهوم بعض المصطلحات القانونية:

إذا كان غموض القواعد القانونية التي تحكم مجلس الأمن وعموميتها، كما رأينا يثير إشكالاً عند تفسير وتطبيق هذه القواعد، وما ترتب عنها من عدم تحديد مفهوم بعض المصطلحات القانونية التي تحكم عمل المجلس مما أنتج ازدواجية في التطبيق في كل حالة على حدا؛ لأن صياغة القواعد القانونية عادة ما تأتي في شكل صيغة توافقية تخلق نوع من التوازن بين العديد من الآراء والاتجاهات التي تمثل السياسات الدولية والأفكار الأيدولوجية والعقائدية لدى الدول وبالأخص الدول الكبرى، وهناك عدة مفاهيم قانونية غير محددة في عمل مجلس الأمن نتناولها كالاتي :-

المطلب الأول: عدم تحديد المقصود بالقوة

المطلب الثاني: مفهوم السلم والأمن الدوليين والإخلال بهم

المطلب الثالث: فكرة الدفاع الشرعي والدفاع الوقائي

المطلب الأول: عدم تحديد المقصود بالقوة:

تشير مسألة تحديد المقصود بالقوة إشكالية كبيرة فالدوافع التي تدفع الدول إلى استخدام القوة كثيرة ومتعددة مما يجعلها لا تقع تحت الحصر، كما أن رغبة المجتمع الدولي في الحفاظ على توازنه واستقراره في ظل التغيرات الأيديولوجية التي تشهدها المجتمعات الداخلية جعلت من الصعوبة وضع معيار معين لمشروعية استخدام القوة.⁽²³⁾

ونجد أن ميثاق الأمم المتحدة ومن قبله عدة مواثيق دولية لم يحدد مفهوم القوة وهو ما فتح الباب أمام تفسيرات متعددة وآراء متضاربة فقد ورد لفظ القوة بالمادة 4/2 من الميثاق ورد عاما وغير مقيد بأي قيد فنصت على (يتمتع على الدول الأعضاء في الأمم المتحدة التهديد باستخدام القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي).

وقد ورد لفظ القوة مقيدا في عدة مواضع أخرى من الميثاق منها الديباجة والمادة 44 منه، الذي يثار هنا هو نوعية القوة المستخدمة هل المقصود القوة المسلحة في شكلها التقليدي أم يتسع المفهوم ليشمل جميع صور القوة كالقوة الاقتصادية والأيديولوجية أو السياسية وكذلك القوة النووية. وإن كانت المادة 4/2 من الميثاق حددت عدة اعتبارات قد تؤثر على تحديد مفهوم القوة:

أ- أن النص حرم استخدام القوة ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي للدول الأعضاء.⁽²⁴⁾

ب- أن التحريم ليس مقصورا على الاستخدام الفعلي للقوة أو القوة المادية بل يتسع مدلول القوة ليشمل كذلك التهديد باستخدام القوة.

ج- أنه لا يشترط توافر نية معينة من قبل الدولة حتى تعتبر مرتكبة للحظر الوارد في المادة 4/2 من الميثاق لصعوبة إثباتها.

وقد اختلفت الآراء حول تحديد نوعية القوة المقصودة في المادة (4/2) وانقسمت الآراء داخل الأمم المتحدة إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه أن لفظ القوة الوارد في المادة 4/2 من الميثاق يجب تفسيره تفسيراً ضيقاً طبقاً لما جاء بديباجة الميثاق، وأن مفهوم القوة هي القوة المسلحة فقط دون غيرها من الضغوط الاقتصادية أو السياسية، ويظهر ذلك باستقراء المواد الأخرى ذات الصلة المتصلة بالمادة 4/2 وهي المواد 1/1 المادة 3/2 المادة 24، 39، وكذلك ديباجة الميثاق حيث أكدت جميعها أن المقصود هو القوة المسلحة⁽²⁵⁾ ولا ينصرف إطلاقاً إلى أي مصدر للقوة آخر سواء كان عدواناً اقتصادياً أو عدواناً أيديولوجياً، وقد أكدت ذلك محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في قضية نيكاراغوا أن القوة المستخدمة والتي تبرر استخدام حق الدفاع عن النفس هي القوة المسلحة دون غيرها، ومدت هذا المصطلح يشمل المساعدات التي تقدم للثوار من بلد ثالث ليكون في حكم استخدام للقوة.⁽²⁶⁾

الاتجاه الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه أن مفهوم القوة الذي حظره الميثاق بموجب المادة 4/2 وهي جميع الأعمال الانتقامية والضغوط الاقتصادية وسائر أنواع الضغط، وأعمال القوة أيّاً كان شكلها سواء اتخذت شكلاً مسلحاً أو غير ذلك من أشكال القوة، تدخل في نطاق القوة المحظور استخدامها عملاً بالمادة 4/2 من الميثاق ويبررون ذلك بأن نصوص الفصل السابع من الميثاق تتحدث عن وسائل القمع وتميز بين الوسائل التي تقضى باستعمال القوة المسلحة وغيرها من الوسائل التي لا تقضى بذلك ويستخلص من ذلك أن اصطلاح القوة يعني كلا الصورتين من الضغوط، فإذا كان استخدام القوة بهذا المعنى أمراً مشروعاً خاصة إذا كان بقرار من مجلس الأمن فإنه لا يعد كذلك إذا تم بصورة فريدة ما لم يكن استعمال الدولة للقوة دفاعاً شرعياً.

وهذه الحجة يُرد عليها بأنه قياس مع فارق استخدام القوة المنصوص عليه في المادة 4/2 من الميثاق بين الالتزام المفروض على الدول الأعضاء بعدم اللجوء لاستخدام القوة، أما نصوص الفصل السابع فقد حددت سلطات واختصاصات مجلس الأمن في حفظ

السلم والأمن الدوليين وما يجب عليه عمله عند تعرض السلم والأمن الدولي للخطر وذلك من أجل المحافظة عليها أو على الأقل إعادة السلم والأمن الدوليين إلى نصابها. (27)

وإذا كان الفقه الدولي قد استقر على أن المقصود بالقوة المحظور استخدامها هي القوة المسلحة، إلا أن التطورات التي لحقت بالمجتمع الدولي انعكست على مفهوم القوة، فبعد أن كانت القوة مقصورة على القوة المسلحة، أصبحت القوى الأخرى كالإقتصادية والسياسية والدبلوماسية تحتل مكانة كبرى في العلاقات الدولية. (28)

وإذا ما نظرنا إلى التقدم التكنولوجي الحديث الذي أدى إلى التطور في معايير قياس قوة الدول في معيار القوة المسلحة إلى معايير أخرى إقتصادية وعملية كذلك القوة المسلحة نفسها لم تعد كما هي خاصة بعد التوصل إلى أسلحة الإبادة الشاملة والأسلحة البيولوجية.

ومصطلح القوى تطور كثيرا بحيث أصبح يشمل كل وسائل الضغط الإقتصادية، مثل الحظر الذي كان مفروضاً على ليبيا 1990، والحظر المفروض على إيران، وبالتالي فإن اقتصار مفهوم القوة على القوة المسلحة يتناسب فقط وقت وضع الميثاق، أما الآن فإن مفهوم القوة توسع وتطور وله انعكاساته الخطيرة على المجتمع الدولي، عند تحديد أن الوسيلة المستخدمة هي من وسائل القوة مما يترتب عليه من آثار كحق الدفاع الشرعي، وحق استخدام القوة من قبل مجلس الأمن. (29)

المطلب الثاني: مفهوم السلم والأمن الدوليين والإخلال بهما:

على الرغم من أنه لا يكاد يخلو نص في ميثاق الأمم المتحدة من الحديث عن السلم والأمن الدوليين، ومع ذلك لم يتم التعرض لوضع تعريف للمفهوم السلم والأمن الدوليين، واكتفى الميثاق بذكر عبارة تهديد السلم أو الإخلال به دون أن يحدد المقصود بمفهوم السلم والأمن الدوليين وما المراد بحفظهما، وكذلك لم يشير إلى الضوابط التي يمكن الاسترشاد بها لتحديد ما المقصود بتهديد السلم الدولي، وإنما اكتفى بذكر بعض الصور والحالات التي من شأنها تهدد السلم والأمن الدوليين. (30) وهذه الصور والحالات أصبحت من الأمور السلبية التي تخضع لتقدير كل دولة على حدة بمعنى أنها تختلف باختلاف الدولة الموجه إليها العدوان. (31)

وهذا السهو والترك من قبل وضعي الميثاق لتعريف السلم والأمن الدوليين وضع الهيئة في مأزق خطير وشائك، حيث ترك الأمر مطلق لمجلس الأمن في تحديد ماهية الأعمال التي تنطوي على تهديد السلم والأمن الدوليين والإخلال به وهو ما أوضحته المادة 39 من الميثاق حيث نصت على (لمجلس الأمن أن يحدد وجود أي تهديد للسلم أو أي خرق له أو وقوع عمل عدواني ويقدم توصياته أو يعين من الإجراءات المنصوص عليها في المادتين 41، 42 للمحافظة على السلم والأمن الدوليين) وبناء على ذلك توسع مجلس الأمن في تحديد مفهوم السلم والأمن وتوسع في العوامل التي تشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين ليشمل الحروب الأهلية، والأعمال التي توصف بأنها إرهابية، وعدم تطبيق حقوق الإنسان، وعدم إرساء دعائم الديمقراطية وما إلى ذلك من الصور التي تحدث كل يوم بسبب التطور في العلاقات بين الدول.

وقد عبر المجلس في القمة المنعقدة بتاريخ 1992/1/31، عن الفكرة الجديدة لتوسيع مفهوم تهديد السلم والأمن "إن غياب الحروب والمنازعات العسكرية بين الدول لا يكفي بالضرورة استتباب السلم والأمن، فقد أصبحت الأسباب غير العسكرية كعدم الاستقرار تشكل تهديدا فعليا للسلم والأمن، وتلك الأسباب تؤثر في المجالات الإقتصادية والاجتماعية والإنسانية

والبيئية".⁽³²⁾

ومن خلال نص المادة 39 تبين لنا أن الميثاق يعترف بوجود درجات مختلفة من الخطر الذي يمكن أن يعتبر تهديدا للسلام الدولي، ففي الخطر الحال يتعين على مجلس الأمن التدخل في الحالة الأولى وفقا للفصل السابع للميثاق واتخاذ إجراءات محددة لمواجهة ذلك الخطر، أما الخطر المحتمل فليس إلا مجرد تهديد محتمل للسلام الدولي ولمجلس الأمن اللجوء إلى أحكام الفصل السادس من الميثاق لمواجهة الخطر المحتمل.

وقد توسع مجلس الأمن في تحديد مفهوم السلم والأمن الدوليين ليشمل حالات كثيرة تدل على مدى التطور والتغير الذي طرأ على موقف الأمم المتحدة حيال مفهوم السلم والأمن الدوليين، وهذا التوسع لم يقابله وضع تعريف محدد لمفهوم الأمن والسلم أو وضع ضابط أو معيار لما يمكن أن يشكل تهديدا للسلم وما لا يُعد تهديدا للسلم والأمن الدوليين وما يدخل في إطار اختصاصاته وفقا للفصل السابع وما يدخل في نطاق سلطاته وفقا للفصل السادس من الميثاق.

والممارسة العملية لمجلس الأمن عكست هذا التطور والتوسع في مصادر تهديد السلم والأمن الدوليين فعلى سبيل المثال لا الحصر نجد المجلس عبر في قراره رقم (688) 1991، عن انزعاجه مما يتعرض له المدنيون العراقيون من قمع في أماكن متعددة، وفي المنطقة التي يسكنها الأكراد، وهو ما أدى إلى تدفق اللاجئين على نطاق واسع عبر الحدود الدولية وإلى حدوث غارات عبر الحدود، وهذا الوضع كما يرى مجلس الأمن تهدد نتائجه السلم والأمن الدوليين في المنطقة ككل وفي حالة ليبيا أكد المجلس في قراره رقم (748) 1992 أن وقف أعمال الإرهاب الدولي، بما فيها الأعمال التي تشارك فيها الدول بصورة مباشرة أو غير مباشرة ضروري لصون السلم والأمن الدوليين، وفي هايتي عدل المجلس في قراره رقم (841) 1993 بسبب تدهور الأزمة الإنسانية وما يترتب على ذلك من نزوح جماعي للسكان مما شكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين.

ومن القرارات الحديثة لمجلس الأمن قراره رقم (129) بتاريخ 17 ديسمبر 2013، الذي أكد فيه أن الإرهاب بشتى أشكاله ومظاهره يشكل واحد من أخطر التهديدات للسلم والأمن الدوليين، والتمتع بحقوق الإنسان والسلام والرخاء العالميين⁽³³⁾. والقرار رقم (2165) بتاريخ 14 يوليو 2014 والذي قرر فيه أن الحالة الإنسانية المتدهورة في سوريا تشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين⁽³⁴⁾.

وهذا التوسع مبني على عشوائية ومزاجية من قبل مجلس الأمن (تحديدًا الدول دائمة العضوية) فهو يتوسع أو يضيق مفهوم السلم والأمن الدولي حسبما يتوافق مع مواقف الدول الكبرى، كذلك التوسع في مفهوم السلم والأمن الدوليين مبني على عدم المساواة مع كل القضايا والنزاعات الدولية المتماثلة بنفس الجدية والاهتمام مما يزيد من حدة التوترات الدولية ويتسع نطاقها وبدل من أن يكون مجلس الأمن متصدي لحالات التي تهدد السلم والأمن الدوليين نجده يتصدر ليكون سبب في زيادة هذه للحالات أو مسببًا لها في بعض الأحيان.⁽³⁵⁾

ولما كانت صور تهديد السلم والأمن الدوليين ليست ذات طبيعة واحدة كما أنها ليست محددة على سبيل الحصر وليس لها معايير دقيقة تميزه، بحيث يجعلها متداخلة مع غيرها ويصعب تمييزها.

إن الصورة التقليدية لتهديد السلم والأمن الدوليين تكون عندما تهدد دولة ما باستخدام القوة ضد غيرها- أو تهديدها بالقيام بأي عمل من أعمال التدخل في شئونها، أو استخدام أحد صور العنف ضدها، وقد لا يقتصر تهديد السلم الدولي على العلاقة غير الودية بين الدول وغيرها، بل قد تتوافر في حالات أخرى لا تمثل بذاتها علاقة تصادمية بصورة مباشرة بين الدول، كحالة وقوع صدام

داخل إقليم الدولة نفسها، كما يُعد من قبيل الحالات التي تهدد السلم والأمن الدوليين أعمال القتال بين القوات العسكرية النظامية وجماعات الثوار حيث تعتبر تهديداً للسلم الدولي إذا وصلت إلى درجة تعرض أمن ومصالح الدول الأخرى للخطر، أو عندما تكون في وضع يؤدي إلى زيادة انقسام أعضاء المجتمع الدولي حول الصراع الدائر مما يُنذر بتدخل أطراف خارجية بصورة مباشرة أو غير مباشرة كتقديم الدعم المادي أو العسكري مثل ما يحدث في سوريا واليمن وهو ما يستوجب تدخل مجلس الأمن للحفاظ على السلم والأمن الدوليين. وكذلك تشكيل الجماعات المسلحة داخل حدود الدولة وإعداد معسكرات للتدريب كتكوين جيش الدولة الإسلامية في العراق والشام (داعش) يشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين⁽³⁶⁾.

وإذا كان ميثاق الأمم المتحدة لم يضع تعريفاً للإخلال أو ضابطاً مميزاً للسلم الدولي، وترك أ تحديده لمجلس الأمن، ومع ذلك يمكن فهم الموقف أو النزاع الذي يشكل إخلالاً للسلم الدولي بحسب ما ورد في المادة (39) من الميثاق على أنه كل أعمال العنف التي تصل إلى درجة من الجسامة والخطورة، ويخشى أن تتعدى آثارها نطاقها الإقليمي، ومن ثم يمكن القول أن خرق السلم مرحلة تتعدى مرحلة تهديده إلى أعمال مادية تعتبر بذاتها إخلالاً به⁽³⁷⁾.

ومن هذا القبيل الأعمال التي يقوم بها ثوار داخل إقليم دولة أخرى لتحقيق مصالح سياسية، وقد سبق لمجلس الأمن أن اعتبر بعض حالات نضال الشعوب، وممارسات السلطات الحاكمة إخلالاً بالسلم الدولي بحسب ما ورد في المادة (39) من الميثاق ومن ذلك نضال شعب جنوب أفريقيا ضد نظام الحكم العنصري، وأحداث البلقان بين الجمهوريات السابقة للاتحاد اليوغوسلافي. وكذلك يعتبر إخلال بالسلم الدولي كل صور العدوان غير المباشر، كالعدوان الاقتصادي وإذا كان الميثاق لم يضع أي ميعاد أو ضابط يميز فيها الحالات التي يجوز لمجلس الأمن الدولي اتخاذ تدابير قسرية وفقاً للفصل السابع من الميثاق، وهو أمر لم يكن عرضياً بل هو أمر مقصود والغاية منه هو تمكين مجلس الأمن من سرعة تصديه للمواقف والنزاعات الدولية بمرونة كافية دون عقبات قانونية يضعها الميثاق⁽³⁸⁾.

وهذا المبرر كان مقبولاً واقعياً، لأنه أعطى مجلس الأمن سلطة تقديرية مطلقة في تكييف الوقائع المعروضة عليه، ومن حيث أنها تشكل تهديداً للسلم الدولي أو إخلالاً به، إلا أنه جعل عمل مجلس الأمن بعيداً عن مقاصد الأمم المتحدة، حيث انحراف مجلس الأمن عن مساره وذلك بمطلق السلطة التقديرية الممنوحة له والتي أعطى الدول الكبرى مجالاً أوسع في توجيه مواقف المجلس وقراراته صوب رغباتها، أكثر من تمكينها للمجلس من التصدي للنزاعات بسرعة ومرونة⁽³⁹⁾.

وإذا كان هناك عوامل عدة تتدخل في تحديد نوع النزاع المعروض على المجلس ومدى ردة فعله، حيث نجد أن بعض هذه المؤثرات تحكمها عوامل موضوعية كجسامة التهديد للسلم والإخلال به بينما يحكم بعضها عوامل سياسية مرتبطة بمصالح ومواقف الدول الكبرى، ذلك أن مجلس الأمن لا يستطيع أن يتخذ أي خطوة تجاه ما قد يعتبر إخلالاً بالسلم الدولي دون موافقة الدول الكبرى وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية⁽⁴⁰⁾.

وإذا كان لا يمكن القول بوجود معيار ثابت وواضح لما يمكن أن يعتبر تهديداً للسلم والأمن الدوليين أو إخلال بهما ولكن يمكن الحكم على الأمن، وموقف الأطراف الفاعلة فيه، من خلال طبيعة تكييف مجلس الأمن للأمن للمسألة، مع قواعد الشرعية الدولية والتي يمكن الحكم على وجودها أو انتفاؤها أو تخلف بعض شروطها أو أركانها من خلال توافق هذه الإجراءات مع مقاصد وروح ميثاق الأمم المتحدة من الناحية الموضوعية، واستيفاء الشروط اللازمة للقرار وتنفيذه من الناحية الإجرائية.

المطلب الثالث: فكرة الدفاع الشرعي والدفاع الوقائي:

لقد كان مفهوم الدفاع الشرعي ذا أهمية متواضعة في ظل القانون الدولي التقليدي، نظراً لأن هذا القانون كان يعطى للدولة الحرية في شن الحرب فلم يكن شن الحرب بحاجة إلى مبرر، فكان للدفاع الشرعي مفهوم واسع فضفاض، حيث كانت الدول تتذرع به أياً كان الغرض الحقيقي للحرب⁽⁴¹⁾. وهذا ما سنعرضه في الفرعين التاليين :

الفرع الأول: مفهوم الدفاع الشرعي في القانون الدولي المعاصر:

لقد تطور مفهوم الدفاع الشرعي في القانون الدولي المعاصر فبعد أن كان يحظر استخدام القوة في العلاقات الدولية إلا في حالات الدفاع الشرعي طبقاً للمادة (51) من الميثاق، وحظر استخدام القوة في العلاقات الدولية أو حتى مجرد التهديد باستخدامها، ومع ذلك قيد ممارسة حق الدفاع الشرعي بقيود وشروط صارمة، كضرورة وقوع هجوم مسلح على الدولة *If An Armed Attack Occurs*⁽⁴²⁾. حتى ينشأ لها حق الدفاع الشرعي، وهذا هو -في نظرنا- مغزى استهلال المادة 51 من الميثاق بعبارة "الحق الطبيعي للدول *droit naturel - inherent right*"⁽⁴³⁾. إذ تنص المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة على أنه "ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينتقص الحق الطبيعي للدول - فرادى أو جماعات - في الدفاع عن أنفسهم إذا وقع هجوم مسلح على أحد أعضاء (الأمم المتحدة) وذلك أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدولي والتدابير التي اتخذها الأعضاء استعماراً لحق الدفاع عن النفس تبلغ إلى المجلس فوراً، ولا تؤثر تلك التدابير بأي حال فيما للمجلس - بمقتضى سلطته ومسئوليته المستمدة من أحكام الميثاق - من الحق في أن يتخذ في أي وقت ما يري ضرورة اتخاذه من الأعمال لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه".

فلا يتوافر حق الدفاع الشرعي في حالة الهجوم المتوقع الوشيك، وفي ذلك يختلف القانون الدولي المعاصر عن القانون الجنائي الداخلي، إذ في القانون الجنائي الداخلي يكفي الاعتداء الوشيك - الذي لم يقع بعد - لقيام حق الدفاع الشرعي، أما أغلب أحكام الدفاع الشرعي فتكاد تكون متمثلة في القانونيين، فالدفاع الشرعي طبيعة موحدة في القانونيين، وهي اعتباره حقاً عاماً للفرد وللدولة واستثناءً من المنع العام للجوء للقوة، كما أن الأساس واحد في القانونيين وهو ترجيح مصلحة المعتدى عليه على مصلحة المعتدي، وأيضاً شرطاً للزوم والتناسب يجب توافرها في فعل الدفاع في كل من القانونيين⁽⁴⁴⁾.

الفرع الثاني: غموض فكرة الدفاع الشرعي:

إن الدفاع الشرعي الوقائي فكرة شائكة ومحل خلاف في القانون الدولي المعاصر، وأن كان لها أساس في القانون الدولي العرفي، فهي فكرة جديدة على القانون الدولي التقليدي وكل جديد مستهجن ويحمل الكثير من التأويل على الرغم أن فكرة الدفاع الشرعي الوقائي كانت موجودة إلا أنها ليست بالمفهوم الحقيقي لها، حيث كانت جزءاً من المساعدة الذاتية، ولها مفهوم أخلاقي مرن في ظل العرف الدولي⁽⁴⁵⁾.

وقد اكتسبت فكرة الدفاع الشرعي الوقائي أهمية في الوقت المعاصر من حيث إنها فكرة موجودة فعلاً وتمارسها الدول ولها تطبيقات عدة في عصرنا الحديث، وبالتالي يمكن أن نقول أن الدفاع الشرعي الوقائي يستمد وجوده من قاعدة قانونية عرفية قديمة، تواترت الدول على استعمالها والعمل بها، وأن كان على استحياء في حالات معدودة وليست بالقاعدة المقبولة من الجميع فهي مع من تحقق مصلحته من خلاله.

ويُعد الفقه المصري من أشد المعارضين لفكرة الدفاع الشرعي الوقائي حيث يرى أن الأصل هو حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية باعتباره مبدأً عاماً لا يرد عليه استثناء إلا ما ورد في المادة (51) من الميثاق والخاص بالدفاع الشرعي.⁽⁴⁶⁾

وتثار فكرة الدفاع الشرعي الوقائي في الممارسات الدولية، حيث تلجأ إليها الدول الكبرى لتبرير بعض تصرفاتها، ودون الخوص في دراسة آراء المعارضين والمؤيدين لفكرة الدفاع الشرعي الوقائي، فإن الممارسات العملية التي جاءت كدليل على وجود هذه النظرية في القانون العرفي الدولي، لا تصلح كدليل دفاع بل هي دليل اتهام وإدانة وأن جميع الممارسات التي اتخذت من نظرية الدفاع الشرعي مبرراً لها غير صحيحة، وينطبق عليها مفهوم أعمال العدوان. وما يؤكد ذلك الأحكام القضائية الصادرة في الخصوص، وقرارات الشجب والتنديد التي أعلنها مجلس الأمن وأحكام الحاكم الدولية التي تدين جميعها هذه الأعمال العدوانية والهجنية⁽⁴⁷⁾.

وبالتالي فإن الأخذ بنظرية الدفاع الشرعي الوقائي يفقر إلى السند القانوني المناسب لأنها تتعارض مع نص المادة (4/2) من الميثاق والتي تحظر استخدام القوة في العلاقات الدولية، إلا ردًا على هجوم مسلح من ثم ليس هنا مجالاً للتوسع في تفسير هذا الاستثناء خاصة وإذا كان يتعارض مع مادة أصلية وأساسية من مواد الميثاق لأن ذلك يحكم العلاقات الدولية هو الميثاق وليست التفسيرات والشروح وآراء الفقهاء ففكرة الدفاع الشرعي لم يتم إقرارها كقاعدة قانونية إلا بعد إبرام ميثاق الأمم المتحدة عام 1945، ومجال تطبيقه الوحيد هو نص المادة (51) من الميثاق".⁽⁴⁸⁾

ولأسف يتزعم الفقه الأمريكي المؤيدين لفكرة الدفاع الشرعي الوقائي ويرون فيها المبرر الرئيس للكثير من الممارسات الدولية التي قامت بها الولايات المتحدة الأمريكية في معالجتها الكثير من النزاعات مثل (النزاع في كوسوفو- والحرب على العراق والحصار البحري لكوبا)⁽⁴⁹⁾ كذلك ممارسات إسرائيل سواء في الاعتداء على الأرض العربية في يونيو 1967، أو الاعتداء الإسرائيلي على المفاعل النووي العراقي عام 1981م.

وتجد الدول الكبرى وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية في فكرة الدفاع الشرعي غطاء قانوني أو شرعي لإضفاء الشرعية على أعمال العدوان التي ترتكبها، فهي لا يوجد لها أي سند قانوني لا في الميثاق ولا في أي من قواعد القانون الدولي العام، ولا يمكن اعتبار عجز منظمة الأمم المتحدة عن الاضطلاع بمهامها في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين التي حملها إياها الميثاق بموجب أحكام الفصل السابع واستغلال ذلك وتقديمه تبرير لأعمال القوة التي تتم خرقاً لمقتضيات الميثاق الأخرى، ثم أن ذلك لا يعطى الحق لدولة ما أو غيرها من الدول الحلول محل المنظمة في ممارستها لوظيفتها السلمية والأمنية في المجتمع الدولي.

فالمادة (4/2) من الميثاق مستقلة بذاتها ولا يتصور أي علاقة مباشرة بين احترام قاعدة التحريم العام والمطلق للجوء إلى القوة التي تنص عليها وبين فاعلية نظام الأمن الجماعي والعمل السلمي لآلياته وفاعليته، وقد أقرت هذا الرأي الجمعية العامة للأمم المتحدة ورفضت هذا النوع من الذرائع وأشارت في توصياتها رقم (377) والصادرة بتاريخ 1950/10/3 إلى أن عجز مجلس الأمن لا يدفع الدول ولا بالمنظمة الدولية وخاصة الجمعية العامة إلى التحلل من الالتزامات المفروضة عليها بموجب الميثاق.⁽⁵⁰⁾

الخاتمة: لقد قمنا بدراسة إشكالية العمومية والغموض في القواعد القانونية الخاصة بعمل مجلس الأمن خاصة في الحالات والنزاعات الدولية التي يجب أن يتصدى لها مجلس الأمن وفقاً لأحكام الفصل السادس من ميثاق الأمم المتحدة، والحالات التي يتصدى لها مجلس الأمن بموجب أحكام الفصل السابع، والحالات التي تختص بها المنظمات الإقليمية وتركت كل ذلك للسلطة التقديرية لمجلس الأمن، بل إن هناك عمومية شديدة أثرت على عمل مجلس الأمن وجعلت دوره سلبياً وأحياناً غير مجد، تتمثل

في بعض نصوص الميثاق في الفصلين السادس والسابع التي قد لا تسمح للمجلس التصدي لأي من النزاعات المحددة، الأمر الذي "جعل تدخله في النزاعات الدولية غير واضح المعالم ومعلق على مطلق تقدير المجلس مما يجعل معيار تدخله معياراً مرناً غير محدد يظهر ويختفى بحسب الأهواء بحسب كل حالة على حدة.

كذلك نجد لعمومية القواعد القانونية الخاصة بعمل مجلس الأمن أثراً كبيراً في تحديد كيفية تطبيق نص المادة (39) من الميثاق التي أعطت لمجلس الأمن مطلق التقدير، فما لو وقع تهديد للسلم أو إخلال به كأعمال العدوان، فهل يتصدى لهذا الوضع بقرار أو توصية؟ وكذلك إذا ما أقر مجلس الأمن أن هناك حالة من حالات تهديد السلم والأمن الدوليين أو أي عمل من أعمال العدوان، فهل سيطبق نص المادة 41 من الميثاق؟ وما هي حدود ذلك؟، أو أن يتصدى له بالمادة 42 وما هي ضوابط ذلك؟

إن العيوب الفنية في صياغة القواعد القانونية الخاصة بعمل مجلس الأمن من الأكيد أنه لم يقصدها واضعو الميثاق، والذي ساعد على وجود هذه الثغرات القانونية في تلك القواعد هي عملية التفسير التي واكبت تفسير النصوص والتي كانت في مجملها تفسيرات متباينة يطبق على كل حالة على حدة، مما يُعطى أحكاماً مغايرة لكل حالة من الحالات تخالف نظيرتها وهو ما يخول الدول المسيطرة (الدائمة العضوية) في مجلس الأمن من اتخاذها وسيلة لتفسير الأحكام التي يتضمنها النص تفسيراً يتوافق مع أهدافها السياسية ومصالحها ويصل الأمر أحياناً إلى التناقض في التفسير للنص الواحد.

ويزيد من صعوبة غموض القواعد القانونية خاصة فيما يتعلق بموضوع المحافظة على السلم والأمن الدوليين أنه لا يوجد تفسير واحد محدد ومتفق عليه لميثاق الأمم المتحدة مما يسمح بإعطاء مفاهيم متباينة للسلم والأمن الدوليين.

وهذا الغموض في المفاهيم القانونية أثر على وظيفة مجلس الأمن ومهمته والتي يجب أن يضطلع بها في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين، ولعل ذلك مرجعه عدم وضوح المفاهيم القانونية، لدرجة أن البعض يردد أن النزاعات الدولية في بعض أحوالها تحدث بسبب قواعد القانون الدولي التي تحكم مواضيع الخلاف، والغموض الذي يكشف قواعد حفظ السلم والأمن الدوليين تحديداً قصد به أن يصبح مجلس الأمن هو الجهة الوحيدة التي لها سلطة تقديرية كاملة سواء في تحديد طبيعة الممارسات الدولية وتكييفها وفقاً للمادة 39 من الميثاق أوفي تحديد طبيعة الإجراء أو التصرف الدولي المناسب والمطلوب للرد على هذه الممارسات أو التصرفات، ولا يمكن تحديد معالم مفهوم السلم والأمن الدوليين سواء من حيث الميثاق أو من حيث سوابق الممارسات الدولية التي يمارسها مجلس الأمن لأن ممارسته لم تكن تعتمد معايير محددة وواضحة ولم تتبع نهجاً واحداً تستطيع أن تحدد من خلاله مفهوم السلم والأمن الدوليين.

وفي راية المعارض في قضية ناميبيا، يرى القاضي جيرالد فيتزموريس "أن مجلس الأمن ليس حرّاً في ممارسته لاختصاصاته المقررة بموجب الميثاق نظراً لأن فرض القيود على المجلس هو أمر ضروري بسبب السهولة الكثيرة التي يستطيع من خلالها أن يصف أي حالة خلافية بأنها تشكل تهديداً للأمن والسلم الدوليين حتى ولو لم تكن في حقيقتها كذلك كما أكد القاضي جروس في راية المعارض في القضية ذاتها أن التوسع في اختصاصات مجلس الأمن دون قيود هو محاولة لتعديل ميثاق الأمم المتحدة فيما يتعلق بسلطات المجلس، حيث إن قرار المجلس بوصف حالة ما بأن لها تداعيات على حفظ الأمن والسلم الدوليين مهما كانت بعيدة غير كافٍ لأن يتحول المجلس إلى حكومة عالمية".

التوصيات

1. ضرورة اصلاح المنظومة القانونية لعمل مجلس الامن الدولي عن طريق تحديث نصوص الميثاق حيث تمت صياغة نصوص الميثاق منذ نهاية الحرب العالمية الثانية، وخلال هذه المرحلة لم يطرأ عليها أي تعديل جوهري على الرغم مما الغموض الذي يكتنفها.
2. ضرورة اعادة النظر في طبيعة عمل الاجراءات داخل مجلس الامن لأنها بها الكثير من الضعف وخاصة القواعد القانونية المنظمة لهذه الاجراءات وطريقة صدور القرار.
3. ضرورة تحديث المفردات القانونية المحددة في الميثاق خاصة وأنها لم يتم تعريفها بشكل يسهل التعرف عليها، وعند تفسيرها تأخذ أكثر من معني وعند تطبيقها تكون مرنة (الإرهاب، التدخل، العدوان الخ).

المراجع:

أولاً: - الكتب:

- ابراهيم العناني، القانون الدولي العام، القاهرة، دار النهضة العربية ، 1990
- أحمد الرشدي، المنظمات الدولية الاقليمية والدور الجديد للأمم المتحدة في النظام الدولي، الامم المتحدة ضروره الاصلاح بعد نصف قرن وجهه نظر عربية (بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية ، 1996)
- حامد سلطان، القانون الدولي وقت السلم، الطبعة الخامسة ، 1972
- حسن من نافعة، الامم المتحدة في نصف قرن دراسته في تطور التنظيم الدولي منذ 1945 سلسلة عالم المعرفة (المجلس الوطني للثقافة والفنون و الادب، الكويت، اكتوبر ، 1990)
- شريف أحمد خاطر، حق الدفاع الشرعي، عن النفس باستعمال الاسلحة النووية في القانون الدولي الجنائي
- مصطفى أحمد فؤاد، مفهوم انكار العدالة، دراسة مقارنة بين الشرعية الاسلامية والقانون الدولي مع الاشارة إلي اهم التطبيقات القضائية منشأة العارف، الاسكندرية ، 1989
- مصطفى سيد عبدالرحمن، قرارات مجلس الامن في مواجهة العدوان العراقي علي الكويت ((دراسة تحليلية)) ((القاهرة)) ، دار النهضة العربية ، 1992 .

ثانياً: - الدوريات:

- جميل محمد حسن ، التأثيرات القانونية و الاقتصادية و السياسية للعولمة ، علي مصر و العالم العربي بين العولمة و الامريكية ، ورقة عمل حوار حول العولمة المعاصرة الامريكية مقدمة للمؤتمر السنوي السادس ((كلية الحقوق - جامعة المنصورة ، القاهرة 26 - 27 - مارس - 2002))

- حسين عبدالخالق حسونة , توصل الامم المتحدة الي تعريف العدوان , المجلة المصرية للقانون الدولي المجلد (32) , 1976
 - سمعان بطرس فرج الله، تعريف العدوان، المجلة المصرية للقانون الدولي، القاهرة، 1968
 - صلاح الدين عامر , الامم المتحدة في عالم مضطرب , السياسة الدولية , القاهرة , مركز الدراسات السياسية و الاستراتيجية بالأهرام , العدد (153) المجلد 38 يوليو 2003
 - صلاح الدين عامر , الامم المتحدة في عالم متغيير , مجلة الامن و القانون , كلية الشرطة دبي , العدد الاول يناير 1998 .
 - نبيل العربي , بعض الملاحظات حول الاثار القانونية لقرارات الجمعية العامة , المجلة المصرية للقانون الدولي المجلد ((31)) , 1975 .
 - محمد عبد الشفيق عيسى، كشف الغطاء عن الشرعية الدولية، من البعد القانوني إلى البعد السياسي، المستقبل العربي، بيروت عدد 223، 1997/9
 - مفيد شهاب , الامم المتحدة بين الانهيار والتدعيم , المجلة المصرية للقانون الدولي المجلد (24) 1968
 - نجوي ابراهيم , دور الامم المتحدة في تطوير البات حماية حقوق الانسان السياسية الدولية , القاهرة ,مركز الدراسات السياسية الاستراتيجية، بالأهرام العدد (167) يناير 2007
 - وليد المحاميد، موقفه مجلس الامن من الارهاب في ضوء (القرارات 1373، 1368، 478، 1368)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (26) العدد الاول، 2010
- ثالثا: - الرسائل العلمية:**
- ابراهيم زهير الدراجي، جريمة العدوان ومدي المسؤولية القانونية الدولية عنها، رسالة دكتوراه "كلية الحقوق , جامعة عين شمس , القاهرة , 2002 "
 - دانة عطاالله عبدالعظيم , الدفاع الشرعي الوقائي في ضوء احكام القانون الدولي العام , رسالة الدكتوراه " كلية الحقوق , جامعة الزقازيق , 2009 "
 - علي ناجي صالح الاعواج، الجزاءات الدولية في الفصل السابع من ميثاق الامم المتحدة , رسالة دكتوراه , كلية الحقوق ،جامعة القاهرة
 - محمد محمود خلف، الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1974

- ممدوح علي محمد منبج ، مشروعية قرارات مجلس الامن في ظل القانون الدولي المعاصر ، رسالة ماجستير (كلية الحقوق) جامعة القاهرة ، 1998
- ياسين سيف عبدالله الشيباني، التضامن الدولي في مواجهة العدوان في القانون الدولي وفي سلوك الدول ، رسالة دكتوراه " كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1997

المواقع الالكترونية:

<http://www.un.org/partners/civil-society/m-peacehtm>

موقع المحكمة الالكتروني www.kj.ci.org

(¹) حسن منافعة ، الامم المتحدة في نصف قرن دراسته في تطورا لتنظيم الدولي منذ 1945 سلسلة عالم المعرفة (المجلس الوطني للثقافة والفنون والادب ، الكويت ، اكتوبر ، 1990) ص 159.

(²) نص الميثاق على بعض الأحكام الخاصة بعمل مجلس الأمن وتركها في نهاية الأمر لمطلق تقدير مجلس الأمن، مما يعني وجود هذه الأحكام وعدمها على السواء، وأن ورودها لا يعد أن يكون مصدر استرشاد للمجلس ويستلهم منها موقفه وقراراته، دون أن تكون ملزمة له، وفي هذا تكمن الخطورة على السلم والأمن الدوليين، لأنهما ليسا مبنيين على قواعد واضحة ومحددة، مما يترك أمر مصيرها لمطلق تقدير مجلس الأمن.

(³) هناك مدرستان لتفسير مواد أو ميثاق الأمم المتحدة أحدهما تؤمن بالتفسير الموسع وهي تؤدي فيما يتعلق بالسلم والأمن الدوليين إلى افتراض أن كل خرق للمبادئ والقواعد المنصوص عليها في الميثاق والخروج عليها أو العمل على عرقلة الأهداف التي تعمل الأمم المتحدة على تحقيقها ويشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين أما التفسير الضيق لهذه المواد فيقتصر على أعمال التهديد للسلم والأمن الدوليين على كل ما من شأنه تقويض سيادة الدول الأعضاء وسلامتها الإقليمية للخطر.

(⁴) تعود فكرة تعريف العدوان بجذورها التاريخية إلى الحلف الثلاثي عام 1815م ومؤتمر عام 1907 وبروتوكول جنيف عام 1924 والذي تضمن بعض جوانب العدوان حيث نص على اعتبار الدولة المعتدية إذا لم تلتزم بما ورد في الاتفاقية خاصة بما يتعلق بالحل السلمي للمنازعات الدولية وفي 6 فبراير 1933م تقدم الاتحاد السوفيتي السابق في مؤتمر نزع السلاح الذي عقد بلندن بمشروع تفصيلي يتضمن في صورته النهائية قائمة بالأعمال التي تشكل عدوانا وأخرى بالظروف التي لا تجعل هذه الأعمال من قبيل العدوان، وقامت لجنة خاصة بدراسة هذا المشروع، إلا أن الخلاف الذي صاحب هذا الاقتراح أدى إلى رفض المؤتمر لوضع تعريف للعدوان. راجع: ممدوح علي محمد منبج ، مشروعية قرارات مجلس الامن في ظل القانون الدولي المعاصر ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، 1998.

(⁵) كشفت الأزمة الكورية عن مدى الاضطراب الذي يمكن أن يصيب المنظمة الدولية في غياب المعايير الدقيقة التي يمكن على أساسها التفرقة بين المعتدي والضحية، ولأنه لا يوجد تعريف للعدوان في ظل انقسام الدول الكبرى تبادلت أطراف النزاع في كوريا الاتهام بالعدوان، وكان مجلس الأمن قد قرر في غياب مندوب الاتحاد السوفيتي السابق أن الهجوم الذي قامت به قوات كوريا الشمالية ضد كوريا الجنوبية يعد إخلالا بالسلم ودعا المجلس إلى انسحاب تلك القوات، في حين صرح الاتحاد السوفيتي السابق بأن قوات كوريا الجنوبية هي التي بدأت الهجوم دون سابق استقراز واتهم الولايات المتحدة الأمريكية بالعدوان. ياسين سيف عبد الله الشيباني ، التضامن الدولي في مواجهة العدوان في لقانون الدولي وفي سلوك الدول ، رسالة دكتوراه " كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1997 ، ص 28 وما بعدها.

(⁶) أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها رقم 29 التي عقدت في ديسمبر 1974 قرارها رقم 3314 بشأن تعريف العدوان ويتضمن قرار التعريف ديباجة مكونة من 10 فقرات توضح الدوافع والأسباب السياسية والقانونية التي دعت إلى تعريف العدوان ثم 8 مواد تحدد أحكامها مفهوم العدوان وأنواعه وآثاره.

(⁷) راجع النص الكامل لقرار تعريف العدوان رقم 3314 الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 14 ديسمبر 1974 في:

U.N doc resolution 3314 du 14 december 1974 reproduit aussien F.G.L.P, p.195- 28.

(⁸) يلاحظ أن هذه المادة كانت قبل إقرارها بشكلها النهائي - محل خلاف بين الدول حيث أكد مندوب اليابان على أهمية التوازن بين العنصر الموضوعي في التعريف وهو مبدأ الأسباب وبين العنصر الذاتي و العدوان وقرر المندوب الفرنسي أن تقرير الأسبقية في استخدام القوة المسلحة مبدأ تسليم كدليل مبدئي،

وأنه يمكن نفي صفة العدوان أمام مجلس الأمن فقط إلا أنه اعترض على عبارة *In Contravention Of The Charter*، وقرر بأنها متعارضة مع التعريف بسبب الغموض الذي سببته عند الاحتجاج بالنص كادعاء للمعتدي أن استخدامه للقوة كان طبقاً للميثاق وأكد مندوب الولايات المتحدة الأمريكية على أهمية الأخذ بالظروف المحيطة بكل حالة في الاعتبار، عند بحث مجلس الأمن في تقرير وجود العدوان، وأنه من غير الضروري الإشارة بشكل صريح إلى نية العدوان في ظل سياق نص المادة الثانية، أما المندوب السوفيتي فقد أكد على أن هذه المادة هي مفتاح التعريف، كما أكد على أهمية عبارة " خرقاً للميثاق " حيث قرر أنه ليس هناك أي مجال لسوء الفهم في وثيقة هامة مثل وثيقة تعريف العدوان وأضاف أنه بخصوص نية العدوان فإنه يجب البحث عنها بواسطة مجلس الأمن لكي يصل إلى تحديد سليم للمعتدي أما المندوب السوري، فقد تساءل عن الأسباب التي تمنع اعتبار الاستخدام الأول للقوة عدواناً بصفة مطلقة طالما تم ذلك بالمخالفة للميثاق واقترح حذف عبارة *Frima Fascia Evidence*. انظر: شريف أحمد خاطر، حق الدفاع الشرعي عن النفس باستعمال الأسلحة النووية في القانون الدولي الجنائي، ص 346.

(9) وتجدر الإشارة إلى أنه إذا توافرت الأركان المادية للعدوان فإن على مجلس الأمن أن يصدر قراراً بوجوده وأن مثل هذا القرار كاشف للعدوان وليس منشئاً له. انظر: حسين عبد الخالق حسونة، توصيل الأمم المتحدة الي تعريف العدوان، المجلة المصرية للقانون الدولي المجلد (32)، 1976، ص 58.

(10) قرار الجمعية العامة رقم 5/280 الصادر في 17 نوفمبر 1950.

(11) حرصت الجمعية العامة في مناسبات عديدة على التأكيد على مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها ومن بين هذه المناسبات إعلانها الصادر في 14 ديسمبر سنة 1960م بموجب التوصية رقم 1514 بمنح الاستقلال للشعوب والأقاليم المستعمرة، وإعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول طبقاً لميثاق الأمم المتحدة في التوصية رقم 2652/25 بتاريخ 4 نوفمبر 1970.

(12) منها القرار رقم 1625 لسنة 1970م، قرار الجمعية العامة رقم 2734 لسنة 1970م، بشأن تقرير الأمن الدولي، والقرار رقم 662 لسنة 1990م، بخصوص الحالة بين العراق والكويت الصادر عن مجلس الأمن.

(13) حامد سلطان وآخرون، مبادئ القانون الدولي العام، (دار النهضة العربية، القاهرة 1981)، ص 700.

(14) هناك عدة اتجاهات فيما يتعلق بتحديد القيمة القانونية لقرارات الجمعية العامة وذلك في ضوء قرارها بتعريف العدوان: الأول: يرى أن جميع قرارات الجمعية العامة بلا استثناء ليس له صفة إلزامية وبالتالي فإن مخالفتها لا تثير أي مسؤولية دولية. الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه أن جميع القرارات الصادرة عن الجمعية العامة تتمتع بقوة ملزمة. الثالث: وجوب الرجوع إلى ميثاق الأمم المتحدة لتحديد القيمة القانونية لما يصدر عن الجمعية العامة من قرارات وهو الاتجاه الراجح لأن ميثاق الأمم المتحدة هو الوثيقة الدستورية التي حددت لكل جهاز اختصاصاته ومهامه وقيمة ما يصدره من قرارات. انظر: نبيل العربي، بعض ملاحظات حول الآثار القانونية لقرارات الجمعية العامة، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 31 سنة 1975، ص 273.

(15) يمكن للتوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة أن تنشئ قاعدة عرفية ملزمة وذلك في حالة إذا ما صدرت عن الجمعية العامة توصية في موضوع معين وتكرر إصدار هذه التوصية في ذات الموضوع وبأغلبية كثيرة في كل مرة فإن هذا يؤدي إلى نشوء قاعدة عرفية جديدة تصبح ملزمة لأعضاء المجتمع الدولي. راجع: نبيل العربي، بعض ملاحظات حول الآثار القانونية لقرارات الجمعية العامة، مرجع سابق، ص 285.

(16) من أهم تطبيقات التسبب والانحراف بالسلطة في نطاق المجتمع الدولي منذ بداية عقد التسعينات من القرن الماضي الحالات الأربع التالية: الحالة الأولى: وفي حالة العراق منذ عام 1991، والإصرار على معاقبته سواء بفرض الحصار عليه، أو بإيجاد ما يسمى بالمناطق الآمنة داخل حدوده الدولية، أو تعمد تدمير البنية العسكرية، أو توجيه ضربات عسكرية عليه كل ما على السياسة الأمريكية القيام به، أو عند حدوث ظرف داخلي يريد كسب الرأي العام الأمريكي بخصوصه أو شغلهم عنه بشاغل خارجي. الحالة الثانية: هي حالة ليبيا عام 1992 والإصرار أيضاً على استمرار معاقبتها وفرض الحصار عليها رغم عدالة مطالبتها بضرورة إجراء محاكمة دولية عادلة للشخصين المتهمين بارتكاب حادث إسقاط الطائرتين، الأمريكية والفرنسية فوق لوكربي وصحراء النيجر بعد مثول المطلوبين ومحاكمتهم. الحالة الثالثة: التدخل في هايتي عام 1994 بموافقة شكلية من مجلس الأمن، لإعادة الرئيس المخلوع جان أرسنير إلى الحكم وهذا يطرح على نطاق البحث التساؤل عما إذا كانت الديمقراطية معيار للحكومة الشرعية في نظر القانون الدولي أو أنها أصبحت الحالة الرابعة لحالات تهديد السلم والأمن الدوليين أضيفت إلى حالات الثلاث المنصوص عليها في المادة 39 من الميثاق. الحالة الرابعة: هي حالة إسرائيل التي لا تقتأ في انتهاك القانون الدولي وأحكام ميثاق الأمم المتحدة وقراراتها ذات الصلة، ومع ذلك تقابل أعمالها بعجز المجتمع الدولي وخاصة في إطار مجلس الأمن، عن مجرد توجيه اللوم ولم نقل إدانة. د/ أحمد الرشيد: بعض الاتجاهات الحديثة في دراسة القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 98-99.

(17) مبدأ المساواة من المبادئ الكبرى في القانون الدولي العام، وهو ما جعل الدول تقف جميعاً في موقف التساوي من حيث اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات وفقاً لقواعد القانون الدولي، والدفاع عن المصالح المشروعة والأمن ضد الخطر والتهديد بالعدوان أياً كانت صورته أو مصدره.

Starke. J.C. introduction to international , butter worths, London, 1989, p.159.

(18) فهذا الأسلوب يُعد أسلوباً مأسوياً لمجلس الأمن وهو يمارس وظائفه المنصوص عليها في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة حيث تبذل الدول الكبرى وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية في الآونة الأخيرة جميع جهودها في التأثير على أعضاء المجلس، بالإرغام أو الإقناع وأحياناً بالضغط والابتزاز،

بالغش والتدليس، وتلعب الدبلوماسية المحترفة من أجل حمل المجتمع الدولي ومجلس الأمن على إصدار قرار معين، مدعية، أن إصدار مثل هذا القرار لدواعي حفظ السلم والأمن الدوليين، وما أن يصدر القرار حتى تبدأ التصريحات الملوثة بدماء الضحايا في أركان المحمودة. انظر: محمد عبد الشفيق عيسى، كشف الغطاء عن الشرعية الدولية، من البعد القانوني إلى البعد السياسي، المستقبل العربي، بيروت عدد 223، 1997/9- ص 261.

¹⁹) عندما يصدر مجلس الأمن قرارات الجزاءات الدولية، تحت ضغط الدول الكبرى فإن هذه القرارات لا تتضمن الإجراء أو الأسلوب الذي يمكن إتباعه في حال عدم التزام الدول المستهدفة بها بأحكام القرار، مما يفتح الباب على مصريه أمام التغيرات الواسعة لمضمون القرار، وما يجب اتخاذه لتنفيذه، مما يتيح للدول الكبرى فرض إرادتها باسم الجزاءات الدولية، وقد رأينا أن أمريكا وبريطانيا بررتا اعتداءهما المتكرر على العراق، أنهما تملكا التفويض من مجلس الأمن بموجب القرار رقم 978، وأن هذا التفويض مستمر لأن مجلس الأمن لم يسمه في قراراته اللاحقة.

(²⁰) حسن نافعة، الأمم المتحدة ضرورات الإصلاح بعد نصف قرن، مرجع سابق، ص 150.

(²¹) ممدوح على محمد منيع، مشروعية قرارات مجلس الأمن في ظل القانون الدولي المعاصر، رسالة ماجستير، (كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996)، ص 111، 136-185.

(²²) عدنان البكري، القانون الدولي والواقع السياسي، مجلة الحقوق، العدد 4، (كلية الحقوق، جامعة الكويت، ديسمبر 1984)، ص 45.

(²³) ذكر إعلان المبادئ الصادر في عام 1970 ذكر عدم استخدام أية وسائل عسكرية أو سياسية أو اقتصادية أو غيرها للضغط على دولة أخرى بما يناهز في سيادتها واستقلالها، وكذلك ميثاق الحقوق الاقتصادية والاجتماعية يؤكد نفس المعنى حيث تأكيد الجمعية العامة عام 1974. كذلك اللجنة السادسة للقانون الدولي المهمة بتطوير قواعد القانون الدولي أكدت في جميع أعمالها على حظر استخدام القوة دون أن تهتم بتحديد مفهومها.

V.S Mani: Basic principles of modern international law, op. cit , p.16.

(²⁴) سبق أن عبرت محكمة العدل الدولية عن القيمة القانونية لتحريم اللجوء إلى القوة في العلاقات الدولية في قضية مضيق كورفو، وهي أو لقضية يتصدى للفصل فيها عام 1949، وبعد 40 عاما، أكدت القيمة القانونية لذلك في الحكم الصادر منها في قضية الولايات المتحدة الأمريكية نيكاراغوا عام 1986 حيث جاء بالحكم:

"Le Droit de la charte concernant interdiction de le force—statue con en soi un exemple frappant danegle de droit international qui relevedujuscogens " rec des arrosts, ci. J 1986, p.14.

(²⁵) إن الأعمال التحضيرية للمادة 4/2 من الميثاق تؤكد أن مراد واضعي الميثاق من لفظ القوة هو القوة المسلحة، ذلك أنه كان من بين الاقتراحات التي عرضت بخصوص صياغة هذه المادة، الاقتراح الذي تقدمت به البرازيل في مؤتمر سان فرانسيسكو، ويهدف إلى اعتبار إجراءات الضغط الاقتصادي من قبيل الاستخدام الغير مشروع للقوة، غير أن هذا الاقتراح لم يوافق عليه واستبعد .

(²⁶) مصطفى فؤاد، قضاء محكمة العدل الدولية في النزاع من نيكاراغوا وأمريكا 1984، ضمن سلسلة دراسات في القانون الدولي العام - (الإسكندرية، منشأة المعارف، 2008).

(²⁷) يرى الدكتور إبراهيم العناني: حرب الشرق الأوسط ونظام الأمن الجماعي، مرجع سابق، ص 612، إن لفظ القوة يتسع ليشمل القوة المسلحة والضغط الاقتصادية والسياسية متى بلغت درجة من الجسامة تعادلها في مرتبة القوة المحظور استخدامها بموجب المادة 4/2 من الميثاق وذلك لكون لفظ التهديد باستخدام القوة قد جاء عاما مطلقا يشمل المعنى الواسع للقوة ويضيف أن ممارسة الضغوط الاقتصادية والسياسية ضد دول معينة قد يؤدي إلى نتائج مماثلة بل وبطريقة ملموسة.

(²⁸) أحمد رفعت، الفوارق القانونية بين الكفاح والسلم والإرهاب الدولي، ص 30.

(²⁹) Grigory Tankin: politice, law and force F.D.C, 1989 – IIv, P, 331- 332.

(³⁰) إن التهديد بالسلم في القانون الدولي يشبه إلى حد كبير الجريمة السياسية في القوانين الوطنية من حيث عدم التحويل على النية " القصد " كركن لازم لاكتمال الجريمة، حيث يكتفي فيها بالمظاهر المادية للأفعال دون التحويل على القصد، ومن ثم يتعذر القول بوجود ما يعرف بالشروع، لأن مثل هذا النوع من الجرائم إما أن تكون ناجزة بحدوث ركنها المادي، ومن ثم خروجها كاملة إلى حيز الوجود، وإما لا تكون طالما تحدث هناك أفعال مادية دالة على حدوث الفعل المجرم قانوناً. انظر: علينا جي صالح الأعوج ، الجزاءات لدولية في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة. رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ' جامعة القاهرة، ص 219.

(³¹) السلم الدولي في حده الأدنى يعني عدم الحرب وانتفاها، كما يعني في حده الأقصى توافر العلاقات الودية بين الدول، فإن ذلك لا يؤدي بالضرورة وكنتيجة حتمية إلى توافر الأمن الدولي، لأن الأمن يهدف إلى منع التهديدات الداخلية والخارجية الموجهة إلى الكيان السياسي وتكاملها الإقليمي، وحيث أنه من الممكن أن تكون هناك حالة من السلم بين دولتين في ظل وضع تهدد فيه أحدهما الأخرى وقد تطلب الميثاق ضرورة توافر الأمن حتى يحقق السلم الدولي. انظر: إبراهيم العناني، حرب الشرق الأوسط ونظام الأمن الجماعي، مرجع سابق، ص 607.

(32) حاولت الجمعية العامة في أكثر من قرار توسيع مفهوم السلم والأمن الدوليين ولعل أشهر هذه القرارات القرار رقم 77143 المؤرخ في 7 ديسمبر 1988، يعبر عن مدى تأثير السلم والأمن الدوليين بالاتجاهات الحديثة في العلم والتكنولوجيا في ظل التقدم العلمي والتكنولوجي يجب أن ينظر إلى السلم والأمن الدوليين نظرة متكاملة وأنه ينبغي لجهود المجتمع الدولي الرامية إلى بناء السلم والأمن الدوليين وإلى تحقيق العدالة والاستقرار والأمن أن تشمل إلى جانب المسائل العسكرية والجوانب السياسية والاقتصادية والاجتماعية والإنسانية والبيئية والإنمائية ذات الصلة القرار ثم اتخذه بناء على تقرير اللجنة الأولى (A/48/667).

(33) وكذلك نصوص القرارات المشار إليها ضمن وثائق الأمم المتحدة ذوات الأرقام:

S/RES/688(1991), S/RES/748(1992), S/RES/841(1993).

(34) وثيقة الأمم المتحدة رقم S/RES/2129(2013); S/RES/2165(2014)

(35) يرى الكثير وبحق أن مجلس الأمن لا يعبر عن إرادة المجتمع الدولي، لا من حيث تركيبته ولا نظام صنع القرار فيه حيث يمكن الجزم بأن لا تركيبة مجلس الأمن، ولا نظام صنع القرار فيه، يمكن أن يكون معبرا عن إرادة المجتمع الدولي، ذلك أن العمل أثبت أن الآمال التي كانت منعقدة على المثالية المجردة، التي كانت مفترضة في الدول المميزة في مجلس الأمن، قد تبددت من الأيام الأولى لممارسة مجلس الأمن العملية لسلطاته، وبالتالي أثبتت الأحداث أنه لم يكن في أي يوم معبرا عن إرادة المجتمع الدولي إلا في الحدود التي يكون فيها الأمر متوافقا مع مواقف ومصالح الدول الفاعلة فيه، وهو بالتالي لا يعتبر معبرا أمنيا عن الشرعية الدولية - كما سبق القول - ولا مصدر جديدا لها، وبالتالي لم يكن معبرا " كيكاف قانوني " عن الإرادة الدولية، ولم تكن كل قراراته متوافقة مع أحكام الميثاق، بل غالبا ما كانت تعبر عن إرادة ومصالح وقيم الدول الكبرى دائمة العضوية فيه، وأن بنية المجلس ونظام التصويت فيه غير صالحين للتعبير بجديده وتجرد عن الإرادة العالمية. انظر: على صالح ناجي الأعوج، الجزاءات الدولية في الفصل السابع للميثاق، مرجع سابق، ص 221.

(36) مجلس الأمن لا يسير على وتيرة واحدة في تعريف ما يهدد السلم الدولي وذلك وفقا لمتطلبات الدول الكبرى فنجد مثلا في الجلسة الاستثنائية التي عقدها مجلس الأمن على مستوى الدول والحكومات الأعضاء فيه في 1992/31م، عبر ملك المغرب (عضو غير دائم في مجلس الأمن) الحسن الثاني عن اعتقاده في أن حالة التخلف تشكل تهديدا للسلم، كما اعتبر رئيس وزراء بلجيكا أن انتهاك حقوق الإنسان ووجود أوضاع غير مقبولة إنسانيا تشكل تهديدا للسلم الدولي - لكن الرئيس الأمريكي ركز على الإرهاب الدولي واعتبره أحد الأسباب المؤدية إلى تهديد السلم. انظر: موقع الأمم المتحدة للسلم والأمن الدولي على الإنترنت:

<http://www.un.org/partners/civil-society/m-peace.htm>.

(37) مما لا شك فيه أن هذه الحقيقة لم تغب يوما - عن بال واضعي ميثاق الأمم المتحدة الذين حرصوا على إظهار العلاقة بين السلم والأمن بالنص في الميثاق على تهيئة الظروف التي تساعد على إرساء دعائم السلم، وأهمها الظروف الاقتصادية والاجتماعية؛ إيمانًا وقيئًا منهم بأن خروقات السلم والأمن أساسها مشكلات اقتصادية واجتماعية - المفهوم الإيجابي للسلم (الأمن) -، ولم يقتصر على = المفهوم السلبي القائم على مجرد غياب الحرب. فالأمن يتطلب أكثر من مجرد عدم وجود العمليات العسكرية، فوجود بعض القلاقل وبعض حوادث إطلاق النار على نطاق محدود قد لا يعنى أن السلم غير موجود، ولكنه يعنى بالتأكيد أن الأمن مفقود أو غير موجود، وناحية أخرى فإن ارتكاب أي جريمة يعنى الاعتداء على الأمن بينما لا يعد بالضرورة اعتداء على السلم، والأمن يتطلب تحقيق جملة مطالب منها: وجود الطمأنينة، وجود النظام وعدم الإخلال به، وجود شعور بالأمن مقابل انعدام الخطر، مما حدا بواضعي ميثاق الأمم المتحدة إلى أن يقرنوا كلمة الأمن بكلمة السلم إيماء منهم إلى أن السلم لا يمكن تحقيقه أو استعادته بدون مراعاة لظروف الأمن الدولي. ولعله من مطالعة ميثاق الأمم المتحدة يتضح لنا: اقتران الأمن بالسلم في العديد من نصوص ومواد الميثاق منها: الديباجية والمواد 1/1، 6/2، 1/10، 2/1/11، 2/13، 1/15، 1/23، 24، 26، 34، 2/37، 42، 43، 1/43، 1/48، (51)، 52، 73/ج، 84، 106. وهذا الاقتران بين كلمتي السلم والأمن في كثير من نصوص مواد ميثاق الأمم المتحدة دليل على الحقيقة - التي لا مراء فيها - التي أدركتها الأمم المتحدة منذ نشأتها وهي أن هناك علاقة وثيقة لا انفصام فيها بين كلمتي السلم والأمن فهما وجهان لعملة واحدة ولا يقبلان التجزئة. بمعنى أن السلم هو طريق الأمن إذا أراد العالم أن يخرج من دائرة العنف والشعور بالخوف من توقع المكروه في الزمن الاتي. فالسلم الذى لا يوفر الأمن - يعتبر سلما واهيا - سرعان ما يتلاشى، ويتحطم على أول عقبة تقابله. وهكذا كان الحال في الفترة ما بين الحربين الأولى والثانية، والتي أثبتت من الواضح أن مسائل الأمن أصبحت تشكل لب العلاقات الدولية، والاهتمام بها أصبح أمرا لا مفر منه بالنسبة للدول العظمى وكذلك الدول التي أدنى من ذلك. راجع على التوالي:

جميل محمد حسين، التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعولمة على مصر والعالم العربي بين العولمة والأمريكية"، ورقة عمل وحوار حول العولمة المعاصرة الأمريكية مقدمة للمؤتمر السنوي السادس، (كلية الحقوق جامعة المنصورة - القاهرة 26-27 مارس 2002)، ص 9.

(38) Piaiezgrafi, Robert L. & Anan, Urira, National Security policy, (Tranasia Publishers, New Belhi 1989).

(39) Goldin (Ian) & Reinert (Kenneth): globalization for development. The world bank, 2006, pp. 21-46.

(40) تجدر الإشارة إلى التسلسل التصاعدي في الحالات الواردة في نص المادة 39 من الميثاق والتي تخول مجلس الأمن اتخاذ إجراءات وتدابير قسرية وفقاً للفصل السابع من الميثاق حيث عمد وضعوا النص إلى التدرج من الأقل إلى الأشد فأثت هذه الحالات ابتداء بتهديد السلم ثم الإخلال به وصولاً إلى وقوع العدوان. انظر: صالح، دور العدوان المسلح في القانون الدولي، رسالة دكتوراه، (كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1975)، ص 588.

(41) انظر: ابراهيم زهير الدراجي، جريمة العدوان ومدي المسؤولية القانونية الدولية عنها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2002 " (42) فقد أكد غالبية الفقه أن الهجوم المسلح شرط لنشوء حق الدفاع الشرعي في ظل المادة 51 من الميثاق وأن المادة 51 من الميثاق تطبق فقط في حالة

واحدة وهي وقوع هجوم مسلح فعلى وهو صريح نص المادة 51 من الميثاق، انظر على سبيل المثال

KUNZ I., individual and collective self-defense in art. 51 the charter of the un., A. J. I. L., Tom. 41., 1947., p. 878

KELSEN H., recent trends in the law of the UN., A. J. I. L., 1951., p. 913.

ويكاد يجمع الفقه العربي على ضرورة وقوع هجوم مسلح فعلي ودخول القوات المسلحة إقليم الدولة الأخرى حتى يمكن الاستفادة من الاستثناء على حظر استخدام القوة الوارد في م/4، ويرون أن الدفاع الشرعي الوقائي هو أثر من آثار القانون الدولي التقليدي الذي لم يعد له مكان في ظل القانون الدولي المعاصر، انظر على سبيل المثال:

أ.د/ محمد حافظ غانم، المنظمات الدولية دار النهضة العربية، 1967، ص102-112.

أ.د/ عائشة راتب، بعض الجوانب القانونية للنزاع العربي الإسرائيلي، دار النهضة العربية، 1969، ص81.

أ.د/ محمد طلعت الغنيمي، الأحكام العام في قانون الأمم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971، ص889.

أ.د/ مفيد شهاب، المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، 1967، ص123.

د/ محمد محمود خلف، حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1973، ص202.

كما أكدت محكمة العدل الدولية في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا أن الدفاع الشرعي سواء أكان فردياً أم جماعياً لا يمكن ممارسته إلا رداً على هجوم مسلح، وقررت المحكمة أن مفهوم الهجوم المسلح لا ينطبق على قيام دولة بتقديم مساعدات للثوار على شكل توفير الأسلحة وغيره من أشكال الدعم:

"In the case of individual self-defense, the exercise of this right is subject to the state concerned having been the victim of an armed attack. Reliance on collective self-defense of course does not remove the need for this. There appears now to be general agreement on the nature of the acts which can be treated as constituting armed attacks. In particular, it may be considered to be agrees that an armed attacked must be understood as including not merely action regular armed forces across an international border, but also "the sending by or on behalf of a state of armed bands, groups = =irregulars or mercenaries which carry out acts of armed force against another state of such gravity as to amount to" (inter alia) an actual armed attack conducted by regular forces or its substantial involvement therein". Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua V. United State of America), Merits., Judgment of June 27, 1986., I. C. J. report14, 1986, p. 103.

(43) يوجد تفسيران للمادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة، التفسير الواسع، أو ما يطلق عليه النظرية الكاشفة أو النظرية الحافظة أو النظرية المقررة، وهناك التفسير الضيق أو ما يطلق عليه النظرية المنشئة، أما التفسير الواسع فمن القائلين به:

WALDOCK C. H. M., the regulation of the use of force by individual states in international law., R. C. A. D.I., 1952, TOM. 81, VOL.II, p.230

BRIELY J. L., the law of nations, Oxford, 1963, p.417.

أ.د/ سمعان بطرس فرج الله، تعريف العدوان، المجلة المصرية للقانون الدولي، القاهرة، 1968، ص233.

= إذ يقررون أن م51 قد تركت حق الدفاع الشرعي دون أن تمسه، فحق الدفاع الشرعي يبقى سارياً كما هو قبل الميثاق، حيث أن م51 لم تنتقص منه شيئاً، وبذلك يستمر حق الدفاع الشرعي ليدخل للدولة اتخاذ التدابير اللازمة لحماية حقوقها الجوهرية، حتى ضد الاعتداء الذي لا يصل إلى درجة الاعتداء المسلح على سيادتها الإقليمية، كحماية رعاياها في الخارج، أو حماية بعض الحقوق ذات الطبيعة الاقتصادية، أو ضد التهديد باستخدام القوة أو الهجوم الوشيك (الدفاع الشرعي الوقائي). والدليل على ذلك -في نظرهم- هو استخدام المادة 51 لعبارة "الحق الطبيعي للدول" للتعبير عن حق الدفاع الشرعي، فهذه العبارة تعني - وفقاً لرأيهم- حق الدفاع الشرعي الذي كان سائداً في ظل القانون الدولي التقليدي، فهم يرون أن حق الدفاع الشرعي التقليدي هو حق الدفاع الشرعي الطبيعي، الذي قررت صراحة م51 - بعبارة "الحق الطبيعي للدول" - الإبقاء عليه كما هو دون تعديل أو انتقاص، فالمادة 51 حافظة أكثر منها منشئة article 51 must be seen as a reservation rather than as a grant بل يذهبون إلى أبعد من ذلك، فيؤكدون أن حق الدفاع الشرعي التقليدي يظل كما هو حتى ولو أن هناك نصوصاً تمنعه في الميثاق، لأنه هو حق الدفاع الشرعي الطبيعي.

أما التفسير الضيق فهو تفسير أغلبية الفقه الحديث، ويتمثل هذا التفسير الضيق للمادة 51 في القول

بحق- بأن تلك المادة لا تبيح الدفاع الشرعي إلا في حالة واحدة فقط، وهي حالة وقوع هجوم مسلح، وبذلك تكون المادة 51 من الميثاق - وفقاً لهذا الاتجاه- ذات أثر قانوني منشئي، أي تكون قد أنشأت مفهوماً جديداً لحق الدفاع الشرعي يختلف عن مفهومه السابق في ظل القانون الدولي التقليدي.

JESSUP P. C., A modern law of nations: an introduction., New York: Macmillan, 1948, p. 166.

ومن ثم فالدفاع الشرعي في مفهومه المعاصر، وفقاً للمادة 51 لا يجيز استخدام القوة لحماية الحقوق الاقتصادية أو لحماية الرعاية في الخارج، أو في حالة ما يعرف بالدفاع الشرعي الوقائي، ومن ثم فإن القانون الدولي المعاصر لا يجيز استخدام القوة للدفاع عن النفس في كل الأحوال التي يعطى فيها القانون الدولي التقليدي هذا الحق للدولة.

"Armed attack as the only condition of the right of self-defense under Art.51 may, in conceivable circumstance, mean too little, for this right does not exist against any form of aggression which does not constitute armed attack, secondly this term means something that has taken place Art. 51 prohibit (preventive war) the threat of aggression does not collective self-defense in Article 51 of the charter of United Nations., A.J.I.L., vol. 41., 1947, p.878.

وأكد أنصار التفسير الضيق أن لفظ "طبيعي" ذو دلالة نظرية ولفظية وليست له أية قيمة علمية أو قانونية.

KELSEN H., collective security and collective self-defense under the charter of United Nations., A.J.I.L., VOL. 42, p. 784.

(⁴⁴) انظر: أ.د/ مصطفى سيد عبدالرحمن، قرارات مجلس الأمن في مواجهة العدوان العراقي على الكويت، دار النهضة العربية، 1992، ص 82 وما بعدها، أ.د/ محمد محمود خلف، الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1974، ص 459-460.

(⁴⁵) نجد فكرة الدفاع الشرعي الوقائي في القانون الدولي العرفي في حادثة الكارولين سنة 1837، وهي تمثل أقدم الأسانيد القانونية لتبرير مشروعية وقانونية حق الدفاع الشرعي الوقائي وتتلخص القصة في أن سفينة حربية تحمل اسم كارولين كانت تستخدم في نقل الأفراد والأسلحة من أرض الولايات المتحدة الأمريكية عبر نهر نياجرا، متجهة إلى إحدى الجزر التي كان يتواجد بها الثوار ورجال المقاومة الكندية وأثناء ذلك قامت قوات مسلحة كندية بعبور نهر نياجرا أو الدخول إلى الأراضي الأمريكية والتمكن من إشعال النيران في السفينة وتحطيمها ومن ثم إغراقها، فاعتضت حكومة واشنطن على هذا التصرف، فردت الحكومة الكندية عليها بأن تصرفها هذا مبني على حق الدفاع الشرعي الوقائي وأن هذا التصرف مشروع على أساس أنها تمثل دفاعاً شرعياً وقائياً ضرورياً لسلامة أمنها وجاء رد فعل الولايات المتحدة الأمريكية أنها لا تنفي فكرة الدفاع الشرعي الوقائي، بل أن اعتراضها على أن شروط هذا الدفاع غير متوافرة في هذه الحالة.

(⁴⁶) تنص المادة 31 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، والتي نصت على أن (يتم تفسير المعاهدة بحسن النية طبقاً للمعنى العادي لألفاظ المعاهدة في الإطار الخاص بها وفي ضوء موضوعها والغرض منها) وأن قواعد التفسير تقضي بأن الاستثناء لا يجوز = التوسع فيه أو القياس عليه، وما دام نص المادة (51) من الميثاق قد جاء استثناء من نص المادة (4/2) الذي يحظر استخدام القوة أو التهديد بها في العلاقات الدولية، فإنه لا يجوز التوسع في تفسيره لأن التوسع في تفسير المادة (51) سوف يؤدي إلى توسيع دائرة استخدام القوة المسلحة في العلاقات الدولية وسوف يؤدي إلى انتشار الفوضى وانتشار الحروب الذي تناقض تماماً مع صريح نص المادة (51) ويتعارض صراحة مع أهداف ومقاصد الأمم المتحدة. انظر: صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة قانون النزاعات المسلحة، (القاهرة، دار الفكر العربي، 1976)، ص 68 وما بعدها.

(⁴⁷) أكدت محكمة العدل الدولية على رفضها لفكرة الضربات الاستباقية أو الدفاع الوقائي وذلك من خلال حكمها الذي أصدرته في قصة الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية التي ارتكبتها الولايات المتحدة في نيكاراغوا وضدها عام 1986 عندما أكدت أن الدفاع سواء كان فردياً أو جماعياً لا يمكن ممارسته إلا رداً على هجوم مسلح فعلي حيث قررت أن (حق الدفاع الشرعي الفردي أو الجماعي يفترض وقوع هجوم مسلح فعلي وأن المساعدات تقدم للمتمردين على الدولة لا تشكل عدواناً أو هجوماً مسلحاً وأن تزويد المعارضة في دولة أخرى بالسلح لا يمكن اعتباره وفقاً للقانون الدولي العرفي هجوماً مسلحاً). كما أكدت المحكمة في رأيها الاستشاري الذي أصدرته في قضية الجدار العازل الذي بنته إسرائيل في الأرض الفلسطينية المحتلة والصادر في 9 يوليو 2004، وقررت المحكمة أنه لا يجوز لإسرائيل الاستناد إلى حق الدفاع الشرعي عن النفس لنفي صفة عدم المشروعية عن تشييد الجدار الفاصل وخلصت المحكمة إلى أن تشييد الجدار والنظام المرتبط به أمران يخالفان القانون الدولي. انظر: فتوى صادرة عن محكمة العدل الدولية في قضية الجدار العازل في 9 يوليو 2004، ص 71 (Ales - 10/273). موقع المحكمة الإلكتروني: www.kj.ci.org

(⁴⁸) Ago: " additive au. huitieme report sur la: responsabilite des etats le fait .

(⁴⁹) تحاول الولايات المتحدة الأمريكية إعادة هيكلة القانون الدولي العام، وأول هذه المحاولات تتمثل في مفهوم السيادة الوطنية بحيث تسعى إلى تغيير مفهوم فكرة السيادة حيث ترى أن السيادة في طريقها إلى الزوال تحت تأثير المتغيرات الجديدة لتحل محلها فكرة المصلحة العالمية، والدعوة إلى وجوب إخضاع مصلحة الدولة الخاصة للمصلحة العامة للمجتمع الدولي وتحرك ضمن حدود القانون الدولي، وتلتزم بأوامره وتتعرض للعقوبات عندما يصدر منها أمراً مخالفاً شأنها شأن الأفراد وهوما تقدم عليه الولايات المتحدة الأمريكية ضاربة عرض الحائط بمبدأ السيادة الوطنية وبالمساواة بين الدول وعدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول. وثاني هذه المحاولات حول استخدام القوة في العلاقات الدولية وذلك باستعمال فكرة الدفاع الوقائي الذي يستهدف إجهاد

الخطر الكامن قبل وقوعه والادعاء بأن قيود ميثاق الأمم المتحدة بشأن استخدام القوة لم تعد تتناسب مع التطورات الدولية الراهنة معلنين ذلك بأن النظام القانوني الذي أقام ميثاق الأمم المتحدة عملة في مجال تحريم استخدام القوة قد أخفق وليست له فاعلية وليس ذو كفاية للتصدي للدول الخارجة التي تدعي الإرهاب وتحمي الجماعات الإرهابية وترى ضرورة أن تعمل الأمم المتحدة على تجاوز الإطار القانوني القائم حالياً على النحو الذي يطلق يدها في التعامل مع هذه الدول. انظر: صلاح الدين عامر، القانون الدولي في عالم مضطرب، السياسة الدولية، العدد 153، يوليو 2003، المجلد 38 ص 80.

(⁵⁰) أكدت محكمة العدل الدولية في قرارها الصادر بخصوص نيكاراغوا " أن تجريم اللجوء إلى القوة في العلاقات الدولية لا يشكل قاعدة اتفاقية فحسب، بل قاعدة عرفية تفرض نفسها في استقلال تام عن ميثاق الأمم المتحدة".

Civil Liability of the State for Traffic Accidents Arising from Dilapidated Roads



Esam F. Alhain

*Corresponding author:

esam.allhain@omu.edu.ly

Department of Private Law,
Faculty of Legal, Omar Al-
Mukhtar University, Libya.

Received:

25 February 2023

Accepted:

04 June 2023

Publish online:

31 December 2023

Abstract: This research is based on clarifying the effects that may arise from traffic accidents due to the use of dilapidated public roads by individuals, thus resulting in a civil legal responsibility placed on the shoulders of the state and its administrative institutions towards the people affected as a result. This research aims to explain the responsibility of the Libyan state in establishing and maintaining the public road network, as well as its responsibility for the damage that befalls individuals as a result of walking on dilapidated roads, which are regulated by internal legislation. Where we will explain this by stating the nature and basis of the state's responsibility in particular, and explaining the elements of the tortious responsibility of the administration from the state's fault, the damage that befalls individuals, and the causal relationship between the state's error and the damage that befell individuals as a result of walking on dilapidated roads, as well as a statement of the effects of the establishment of the tortious responsibility of the state and its administration.

Keywords: Traffic accidents - Dilapidated roads - Administration - Tort Liability - Damage.

المسؤولية المدنية للدولة عن الحوادث المرورية الناشئة عن الطرق المتهاكلة

المستخلص: ارتكزت هذه الدراسة على تبيان الآثار التي قد تنشأ عن الحوادث المرورية بسبب استخدام الأفراد للطرق العامة المتهاكلة، مُنتجةً بذلك مسؤولية قانونية مدنية مُلقاة على عاتق الدولة ومؤسساتها الإدارية تجاه الأشخاص المُتضررين جراء ذلك. حيث تهدف هذه الدراسة إلى بيان مسؤولية الدولة الليبية في إنشاء وصيانة شبكة الطرق العامة وكذلك مسؤوليتها المدنية عن الضرر الذي يصيب الأفراد نتيجة السير على الطرق المتهاكلة والتي نظمها التشريعات الداخلية. وسنوضح ذلك من خلال بيان طبيعة وأساس مسؤولية الدولة بإنشاء الطرق العامة، وبيان المسؤولية التقصيرية وأركانها لجهة الإدارة من خطأ الدولة، والضرر الذي يصيب الأفراد، والعلاقة السببية بين خطأ الدولة والضرر الذي أصاب الأفراد نتيجة السير على الطرق المتهاكلة، وكذلك بيان الآثار المترتبة على قيام المسؤولية التقصيرية للدولة وجهة الإدارة التابعة لها.

الكلمات المفتاحية: الحوادث المرورية - الطرق المتهاكلة - جهة الإدارة - المسؤولية التقصيرية - الضرر.



المقدمة: تُودي الحوادث المرورية¹ بحياة أكثر من 1.2 مليون شخص سنوياً وتقدر تكلفتها بنسبة 3% من الناتج المحلي الإجمالي على مستوى العالم، فبالرغم من الأخطاء البشرية أثناء قيادة المركبات الآلية إلا أن الدولة في الجانب المقابل تُعد مسؤولة على كافة الطرق وتصميمها ونظامها بحيث تكون مُهيأة للاستخدام بشكل يلائم ويحاكي هذه الأخطاء البشرية. ناهيك عن نهج الأنظمة للسلامة على الطرق، الذي أيدته منظمة الصحة العالمية (WHO) ويُطبق في بلدان مختلفة منها النرويج والمملكة المتحدة وكندا والولايات المتحدة الأمريكية، حيث أصبح التعامل مع الحوادث من خلال هذه الأنظمة على أنها مشكلات جماعية وبالتالي إسناد المسؤولية لأطراف أخرى غير السائقين مثل الدولة ومؤسساتها المختصة بإنشاء وصيانة ومراقبة الطرق.²

وتأسيساً على ذلك، فإن ضعف البنية التحتية للبلاد وما يتبعها من طرق عامة قد يكون هو العامل الرئيس للحوادث المرورية مما يدعو لإلقاء المسؤولية المباشرة على الجهات المختصة، حيث احتلت البنية التحتية الليبية المرتبة الـ 154 من بين 160 دولة في عام 2018 م، بحسب مؤشر أداء الخدمات اللوجستية الذي يصدره البنك الدولي (LPI)، بينما تمثل نسبة وفيات حوادث الطرق 5.12% من إجمالي الوفيات في ليبيا، جاءت في المركز السابع والأربعون عالمياً في حوادث الطرق، بحسب تقرير منظمة الصحة العالمية لعام 2018 م.³

أهمية الدراسة:

فحوى هذه الدراسة هو بيان أحد الآثار المهمة الناشئة عن علاقة أو رابطة قانونية تقوم بين طرفين اثنين هما المواطن (المتضرر من حادث المرور) من جهة والدولة وما يمثلها من جهات أو مؤسسات إدارية مختصة بإنشاء الطرق ومراقبتها وصيانتها والإشراف على سلامتها من جهة أخرى، حيث أن تصرفات الدولة ومؤسساتها التابعة لها لا تتمتع جميعها بوصف السلطة العامة ولكن منها ما يُعد في منزلة تصرفات الأشخاص الطبيعيين وهو ما يترتب عليه جواز مطالبة الدولة ومؤسساتها بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن مثل هذه التصرفات القانونية، بالتالي فإن الجهات الإدارية المختصة بالطرق العامة تتحمل مسؤولية بناء وصيانة هذه الطرق بما يكفل سلامة وأمن مواطنيها من الحوادث المرورية وإلا عرضت نفسها للمسؤولية والمطالبة بالتعويض نتيجة لإهمالها وتقصيرها.

صعوبات الدراسة:

مما لا شك فيه أن تسليط الضوء على مسؤولية جهة الإدارة التابعة للدولة والمختصة بإنشاء وصيانة شبكة الطرق وفي تحميلها الخطأ أو التقصير أو الإهمال الناتج عن إخلالها بهذه المهام مما يترتب عليه التزامها بتعويض المتضررين من شبكة الطرق المتهاكلة يعتبر موضوعاً من الموضوعات الحديثة نسبياً، وبالتالي فإن من أهم الصعوبات التي واجهتنا ونحن نتجه إلى معالجة موضوع الدراسة هو ندرة المراجع العربية والأجنبية بالخصوص.

منهج الدراسة:

اعتمدت هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، حيث سيتم دراسة العديد من التشريعات المحلية بدولة ليبيا بجانب الأحكام القضائية التي تؤكد المسؤولية المدنية للدولة متمثلة في جهة الإدارة صاحبة الاختصاص في مواجهة المتضررين من حوادث

المروور جراء استعمالهم لطرق عامة مُتهالكة، كذلك تُوضح هذه الدراسة الأسس التي تُبنى عليها هذه المسؤولية، وطبيعتها، وأركانها، وكذلك آثار هذه المسؤولية.

خطة الدراسة:

وعلى هُدى ما تقدم قُمنّا بتقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول حيث سنتطرق فيه إلى نطاق مسؤولية الدولة بتوفير شبكة طرق عامة صالحة للاستخدام وذلك من خلال طبيعة هذه المسؤولية وأساسها القانوني، ومطلب ثانٍ والذي سنوضح فيه ما يترتب على إخلال الدولة بمسؤوليتها في إنشاء طرق عامة صالحة للاستخدام والذي يتمثل في قيام المسؤولية التقصيرية لجهة الإدارة، ومطلب ثالث نوضح فيه آثار هذه المسؤولية التقصيرية لجهة الإدارة عن الحوادث المرورية نتيجة استخدام الطرق المتهالكة.

المطلب الأول: نطاق مسؤولية الدولة بتوفير شبكة طرق عامة صالحة للاستخدام:

لا غرو أن هناك العديد من القوانين واللوائح والقرارات التي جاءت بتحديد مسؤولية جهة الإدارة التابعة للدولة ومهامها في مسألة توفير المرافق العامة والبنية التحتية والتي من بينها إنشاء الطرق العامة وصيانتها والإشراف عليها، ولكن ما هي طبيعة مسؤولية جهة الإدارة في توفير شبكة طرق صالحة للاستخدام؟ وما هو الأساس القانوني لهذه المسؤولية؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: طبيعة مسؤولية الدولة:

في هذا الفرع سنتناول طبيعة مسؤولية الدولة بتوفير طرق صالحة للاستخدام والإشراف عليها وصيانتها بشكل دوري ومستمر في مواجهة الجمهور وسائقي المركبات الآلية، وذلك بوصف الدولة جهة إدارة تتولى إدارة وتسيير وتنظيم "مرفق عام" ألا وهو شبكة الطرق العامة.

ويُعرف المرفق العام حسب المعيار العضوي بأنه مجموعة من الأشخاص والأموال التي تنشأ لإنجاز مهمة عامة معينة مثل المدارس والمستشفيات، ويعرف كذلك المرفق العام وفقاً للمعيار الموضوعي بأنه النشاط الذي يُلبّي حاجات عامة للمواطنين مثل الرعاية الصحية والبريد والمواصلات، وبالتالي تُعد شبكة الطرق الصالحة للاستخدام مرفقاً عاماً يقع من ضمن مسؤوليات الجهاز الإداري بالدولة وفقاً للمعيارين العضوي والموضوعي.⁴

وانطلاقاً من هذا المعنى، تُعتبر شبكة الطرق العامة إحدى أنواع المرافق العامة الإدارية التي تُدار بشكل مباشر من قبل إحدى الوزارات المتخصصة والتابعة للدولة، أي التي يرتبط عملها وتخصصها بشبكة الطرق العامة،⁵ وهي في دولة ليبيا تُسمى بوزارة المواصلات.

حيث نصت المادة الثانية من قرار مجلس الوزراء بحكومة الوحدة الوطنية رقم (496) لسنة 2021 م بشأن تنظيم وتحديد اختصاصات الجهاز الإداري لوزارة المواصلات وتقرير بعض الأحكام على أنه: "تتولى وزارة المواصلات لشؤون التخطيط والمتابعة والإشراف على تنفيذ كل ما يتعلق بنشاط المواصلات والنقل في ليبيا ووضع الخطط والبرامج اللازمة لذلك بما يتفق والأهداف الوطنية في إطار السياسة العامة للدولة... ولها على وجه الخصوص ما يلي: إجراء الدراسات اللازمة لمشروعات الطرق

واقترح إنشائها وإعداد التصميمات والتجهيزات الخاصة بها والإشراف على تنفيذها وصيانتها بمراعاة الاختصاصات المقررة للجهات المختصة داخل مخططات المدن والقرى".

إضافةً إلى ذلك، تم إنشاء مصلحة الطرق والجسور كجهة ذات صفة اعتبارية وذمة مالية مستقلة تابعة لوزارة المواصلات وذلك بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) رقم (143) لسنة 2005 م بإنشاء مصلحة الطرق والجسور، وقرار اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) رقم (273) لسنة 2010 م بشأن تعديل قرارها رقم (143) لسنة 2005 م، وقرار مجلس الوزراء رقم (137) لسنة 2013 م بتعديل حكم بالقرار رقم (273) لسنة 2010 م، أنشئت مصلحة النقل البري بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (353) لسنة 2013 م بإنشاء مصلحة النقل البري وتقرير بعض الأحكام، لتتولى هذه المصالح شؤون شبكة الطرق العامة والجسور والنقل بليبيا من حيث التخطيط والتنفيذ والصيانة وأوكلت إليها جملة من الاختصاصات لمراقبة شبكة الطرق وتجهيزها وتوفير وسائل الأمان لمستخدميها بما يحقق السلامة المرورية عليها.⁶

هذا الأسلوب في إدارة المرافق العامة وهو ما يسمى بـ (الاستغلال المباشر) تتحمل فيه الدولة، من خلال وزارتها المختصة، كافة التكاليف والأعباء المالية لتنفيذ المهام المطلوبة منها في سبيل سير عمل المرفق (شبكة الطرق العامة) إشباعاً لرغبة الجمهور.⁷

فهذا الأسلوب وتلك المهام الموكلة لجهة الإدارة المتخصصة في إنشاء وصيانة ومتابعة عمل شبكة الطرق العامة هما من تُحددان طبيعة مسؤولية الدولة في هذا المقام، فهي مسؤولية قانونية تقع على عاتق جهة الإدارة وفق تشريعات صريحة.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية الدولة:

أكدت العديد من التشريعات الليبية على اختصاص جهة الإدارة ومسؤوليتها القانونية في توفير طرق صالحة للاستخدام باعتبارها مرفقاً عاماً، حيث نصت المادة الخامسة من القانون الليبي رقم (46) لسنة 1970 م في شأن الطرق العامة على: "لإدارة العامة للطرق أن تتولى تنفيذ الأعمال الخاصة بإنشاء الطرق العامة ... وتعديلها ورصفها وصيانتها....".

كذلك نصت الفقرة الثالثة من المادة السابعة من ذات القانون على إمكانية تعويض الأفراد عن الأضرار التي تُصيبهم نتيجة عدم مراعاة الدولة وجهة الإدارة إقامة (الإشارات الضوئية والعلامات والمسافات) في الطرق العامة بالشكل الصحيح.

كما نص القانون رقم (3) لسنة 2001 م بشأن التخطيط العمراني بموجب المادة (21) منه على: "تتولى الجهات المختصة⁸ بتنفيذ المرافق المتكاملة طبقاً للمخطط التفصيلي تصميم شبكة المرافق المتكاملة داخل المخطط على أن تشمل شبكات الطرق وشبكات امدادات المياه". وكان قبل ذلك القانون رقم (11) لسنة 1984 م بشأن المرور على الطرق العامة مؤكداً على أهمية سلامة مُستخدمي الطرق العامة بالدولة الليبية بموجب نص المادة (33) منه، وذلك من خلال وضع الإشارات والقواعد المنظمة لحركة المرور على الطرق العامة عن طريق وزارة المواصلات كجهة اختصاص،⁹ ومن قبله قانون المرور الليبي لسنة 1954 م حيث نص على: "أ- إذا كان جزء من طريق عام واقع تحت مراقبة البلدية أو سلطة أخرى مغلقاً للمرور أو تحت التصليح أو لا يؤمن المرور فيه لأي سبب، فعلى تلك البلدية أو السلطة أن تنبه المارة إلى ذلك بواسطة علامات ولافتات ظاهرة وواضحة وكافية العدد. ب- يجب أن يذكر في تلك اللافتات بوضوح نوع وسائل المرور المعينة والقيود المفروضة كما يجب وضع مصابيح حمراء عليها في ساعات الظلام. ج- مع مراعاة الأحكام العامة السابقة يجوز للبلديات والسلطات الأخرى أن تأمر باتخاذ احتياطات إضافية في الأماكن الواقعة ضمن اختصاصها...".

كما جاءت قرارات وزارة المواصلات الليبية متوافقة في هذا السياق ومؤكدة على اختصاصها ومسؤوليتها القانونية في إنشاء شبكة الطرق العامة وصيانتها، منها ما جاء في قرار السيد وزير المواصلات رقم (661) لسنة 2021 م والذي نص في مادته الأولى على أنه: "يؤذن لمصلحة الطرق والجسور بطرح المشروع العاجل الخاص بالصيانة الطارئة للخفر والهبوطات والتشققات بطريق بني وليد / الزعرة ببلدية بني وليد بطول 15 كم...."¹⁰ كذلك قرار السيد وزير المواصلات رقم (718) لسنة 2021 م بشأن مشروع استكمال تنفيذ طريق القواسم العربان - ترهونة بطول 22 كم مفرد.¹¹

المطلب الثاني: اخلال الدولة بالتزامها في توفير شبكة طرق عامة صالحة للاستخدام:

من خلال استعراض نصوص التشريعات السابق ذكرها، لا مناص من تحميل وزارة المواصلات والجهات التابعة لها التزاماً يقضي قيامها بالمهام الموكلة إليها على أكمل وجه وإلا كانت محل مسؤولية ومخاصمة أمام القضاء، هذه المسؤولية تقضي وجوب قيام الدولة بتعويض المتضررين عن الحوادث المرورية بسبب استخدام الطرق الغير صالحة للاستخدام (المتهاكة) وهو ما سنأتي على تفصيله في هذا المطلب والذي ارتأينا أن نقسمه إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: المسؤولية التقصيرية للدولة:

إن طبيعة مسؤولية الدولة في إنشاء شبكة الطرق العامة وصيانتها (كما أسلفنا سابقاً) تقتضي أن الأخيرة تعتبر من ضمن المرافق العامة التي تتولى الدولة إدارتها بموجب تشريعات سبق ذكرها، فإن هذا يقتضي وجوب عدم اخلال جهة الإدارة بالتزاماتها القانونية من انشاء واشراف وصيانة لشبكة الطرق العامة حتى تكون صالحة للاستخدام، وإلا كانت جهة الإدارة قد أهملت وقصرت في أداء واجباتها إذا ما أدى ذلك بضرر للأفراد نتيجة الحوادث المرورية، وبالتالي قيام المسؤولية التقصيرية في مواجهة الدولة. ففي دولة ليبيا، شأنها شأن المملكة المتحدة وأستراليا ونيوزيلندا،¹² أكدت المحكمة العليا الليبية على المسؤولية التقصيرية لجهة الإدارة وإلزامها بدفع التعويض جبراً للضرر لارتكابها خطأً (بالإهمال) في أداء واجباتها ومهامها المحددة قانوناً، حيث قضت في قضية مُماثلة ضد الشركة العامة للكهرباء (باعتبارها أيضاً شخص اعتباري أهمل في القيام بواجباته المعتادة والمفروضة عليه قانوناً) قضت ضدها بدفع التعويض لأحد المواطنين المتضررين جراء تقصيرها وإهمالها.

إذ نص منطوق الحكم على: "أن السلك الكهربائي هو من الأشياء التي تتطلب عناية خاصة وقد كان في وضع يسمح عادة بحدوث ضرر، وأنه بالرغم من أن الغاء عمل أحد العوازل كان بسبب القاء مجهول سلك على السلك الحامل للتيار الكهربائي، إلا أن هذا الفعل وحده لم يكن هو سبب الحادث وإنما وقع الحادث بسبب عدم اتخاذ المؤسسة الطاعنة لأي وسيلة من الوسائل الفنية لدرء الخطر في حال حصول خلل مفاجئ بالأسلاك الأمر الذي يجعل المؤسسة مسؤولة عن تعويض الضرر الذي وقع".¹³

الفرع الثاني: أركان المسؤولية التقصيرية للدولة:

أولاً: ركن الخطأ (خطأ الدولة)¹⁴:

وهذا إذا ما أخلت جهة الإدارة وانحرفت عن التزاماتها المفروضة عليها قانوناً كما لو قامت جهة الإدارة ببناء طرق غير مطابقة للمواصفات الفنية أو إهمالها في متابعة وصيانة هذه الطرق بصفة مستمرة،¹⁵ أو عدم التزام الدولة بمراعاة الأسس المقررة لإنشاء الطرق العامة المنصوص عليها في مواد القانون رقم (46) لسنة 1970 م أو القانون رقم (11) لسنة 1984 م (السابق ذكرها)

فهذا الأمر من شأنه أن يستوجب خطأ جهة الإدارة.

حيث إن امتناع جهة الإدارة أو إهمالها أو تباطؤها في أداء أعمالها الموكلة إليها فيما يتعلق بشبكة الطرق العامة يُصنف على أنه من قبيل الأخطاء المرفقية أو المصلحية والتي تُعرف على أنها "الأخطاء التي تُشكل إخلالاً بالتزامات وواجبات سابقة عن طريق التقصير والإهمال الذي يُنسب إلى المرفق ذاته مما يترتب عليه مسؤولية جهة الإدارة".¹⁶

وبناءً على هذا المفهوم، يمكن القول إن الخطأ الشخصي يُنسب فيه الإهمال والتقصير إلى الشخص ذاته، وعلى النقيض من ذلك فالخطأ المرفقي يُنسب فيه الإهمال والتقصير إلى المرفق ذاته،¹⁷ ومن أمثلة الخطأ المرفقي الأضرار التي تُصيب الأفراد أو مركباتهم الآلية نتيجة الحفريات الجارية العمل بها في الطرق العامة¹⁸، أو قيام جهة الإدارة بحفر حفرة في الطريق العام دون وضع علامات أو إشارات تحذيرية للتنبيه على وجود هذه الحفرة.¹⁹

وبالتالي لا يمنع هذا بطبيعة الحال أن يتم مُسائلة الدولة وأجهزتها المختصة مدنياً وقيام حق للسائق المضروب في الاستناد على قواعد المسؤولية المدنية التقصيرية،²⁰ فالقاعدة العامة في القانون المدني الليبي تقضي أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم مُرتكبهُ بالتعويض وهذا ما نصت عليه المادة (166) من القانون المدني الليبي.

ثانياً: ركن الضرر (الضرر الذي يُصيب الأفراد):

الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية التقصيرية وهو عبارة عن كل واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة وسائل الإثبات، ويكون الضرر إما مادياً يصيب الشخص في ذمته المالية كحرق منزل الغير أو اتلاف مركبته الآلية أو يكون الضرر معنوياً كالآلم الذي يُصيب الآخرين من وفاة شخص ما.²¹

ولا يمكن تحقق المسؤولية التقصيرية للدولة وجهة الإدارة عن اخلالها بالتزاماتها القانونية بتوفير شبكة طرق صالحة للاستخدام إلا بتحقيق ركن الضرر أي أن يتضرر أحد الأشخاص نتيجة هذا التقصير والإهمال.²² كما لا يكفي في هذه الحالة وجود ضرر فقط بل لابد أن تتوافر بعض الشروط العامة لكي تقوم مسؤولية الدولة ويكون الضرر قابلاً للتعويض وأهم هذه الشروط أن يكون الضرر شخصياً ومباشراً وأن يكون مؤكداً وأن يمس حقاً أو مصلحة مشروعة.²³

1- أن يكون الضرر شخصياً ومباشراً:

أي أن يُصيب الشخص ضرراً في ماله أو جسمه أو شعوره وسُمعته؛ ويتحقق الضرر المالي بالاعتداء على ملكية الشخص المضروب كلياً أو جزئياً كهدم منزل أو تخريب سيارة مثلاً. والضرر الجسماني من أمثلته الأضرار الناشئة عن الأخطاء الطبية في المستشفيات أو الأخطاء المرفقية التي تؤدي إلى حوادث مرورية. والضرر المعنوي كما في مُطالبات الإخوة أو الزوجة أو الأبناء بالتعويض عن الضرر المعنوي بسبب وفاة شخص ما نتيجة حادث مروري.

2- أن يكون الضرر مؤكداً:

وهو أن يكون الضرر أكيد الوقوع وثابت الوجود وأن يكون واقعاً وحالاً فعلاً حتى وإن لم يكن بصورة كاملة وفورية، أما إذا كان الضرر مُحتملاً (غير أكيد) فلا مجال لقيام مسؤولية جهة الإدارة وبالتالي لا تعويض عنه.

3- أن يمس الضرر حقاً أو مصلحة مشروعة:

من أهم شروط الضرر كركن من أركان مسؤولية الدولة التقصيرية عن إهمالها إنشاء شبكة الطرق العامة هو أن يكون الضرر قد أخل بمركز للمضرور يحميه القانون، فلو كان شخص مثلاً يقوم بتهريب أشياء ممنوعة ثم صودرت منه وقامت جهة الإدارة بإتلافها فلا يمكن له هنا المطالبة بالتعويض وإن كان قد تضرر لأن الخطأ لم يُصب مالا مشروعا.²⁴

ثالثاً: ركن العلاقة السببية (بين خطأ الدولة والضرر الذي يُصيب الأفراد):

تعني العلاقة أو الرابطة السببية أن يكون الضرر نتيجة مباشرة للخطأ أو للإخلال بالواجبات المفروضة قانوناً في المسؤولية التقصيرية، فيتشكل بذلك علاقة ثلاثية فعل وفاعل ونتيجة، وفي بعض الأحيان قد تكون العلاقة السببية مُعقدة إلى حد ما؛ بحيث يتعين على قاضي الموضوع البحث عن السبب الحقيقي الذي أدى إلى حصول الضرر كأن يحصل الضرر نتيجة عدة أسباب، أو أن يحدد القاضي الضرر الذي يرتبط بعلاقة سببية مع الخطأ في حال إذا نشأ عن سبب واحد عدة أضرار، ويقع عبء إثبات العلاقة السببية على المضرور وله أن يُثبت ذلك بكافة وسائل الإثبات.²⁵ وبالتالي لا تتكامل عناصر مسؤولية الدولة عن سلوكها الخاطئ في إنشاء الطرق المُتهالكة بوقوع الضرر فحسب، بل يتعين أن يكون هذا الضرر ناتجاً عن هذا السلوك الخاطئ أو بسببه، وهذا الأساس هو ما نصت عليه المادة (166) من القانون المدني.

ولقد أكدت على هذا المعنى العديد من الأحكام القضائية الوطنية منها والأجنبية، حيث قضت المحكمة العليا الليبية على: "من البديهي أن المسؤولية التقصيرية تقوم على ثلاثة عناصر هي الخطأ و الضرر وعلاقة السببية بينهما فإذا وجد الخطأ ولم يترتب عليه مباشرة ضرر لأحد فلا مسؤولية على مرتكب الخطأ وكذلك الحال إذا لحق الضرر بشخص ما ولا تكون له علاقة مباشرة بخطأ الشخص وإنما ترتب على أمر آخر غير فعل المخطئ فلا مسؤولية على هذا الأخير أيضاً".²⁶ كما أكدت على مسؤولية جهة الإدارة في هذا السياق المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها: "أن مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية رهينة بأن تكون صدرت معينة بالمخالفة للقانون، وأن يترتب على ذلك ضرر، وأن تقوم علاقة سببية بين الخطأ وبين الضرر الذي أصاب المضرور طالب التعويض".²⁷

المطلب الثالث: أثر المسؤولية التقصيرية للدولة عن الحوادث المرورية نتيجة استخدام الطرق المُتهالكة:

بعد أن تناولنا المسؤولية التقصيرية للدولة اتجاه المُتضررين من الحوادث المرورية نتيجة استخدام الطرق المُتهالكة، وبعد أن وضعنا أركان هذه المسؤولية التقصيرية لجهة الإدارة، كان لزاماً علينا هنا تبين الأثر المُترتب على هذه المسؤولية التقصيرية (في حال توافر جميع الأركان السابق ذكرها)، هذا الأثر الذي يتمثل في التزام الدولة بتعويض المضرور من الحوادث المرورية نتيجة استخدام الطرق المُتهالكة وهو ما يكون عن طريق إقامة دعوى للمطالبة بالتعويض ضد الجهات المسؤولة.

الفرع الأول: أطراف الدعوى:

أولاً: المُدعي (المضرور):

والمُدعي هو كل شخص لحقه ضرر سواء كان مادياً أو معنوياً، وانطلاقاً من هذا المعنى، يستطيع المُدعي (المضرور) أن يُطالب

بحقه في التعويض وذلك عن طريق إقامة دعوى مدنية مُستقلة أمام دوائر القضاء المدني بالمحاكم الجزئية أو الابتدائية، كما يستطیع المضرور الدخول في الدعوى الجنائية المقامة من قبل النيابة العامة (ادعاء بالحق المدني) إذا ما كان فعل المُخطئ يرقى إلى مرتبة الفعل الإجرامي.²⁸ وقد يكون المُدعي شخصاً آخر غير المضرور، كأن يكون نائباً عن المضرور في المطالبة بالتعويض، كالولي أو الوصي أو القيم في حال عدم توافر أهلية التقاضي لدى المضرور، وقد يكون المُدعي خلفاً عاماً أو خاصاً للمضرور.²⁹

ويكون لكل من تضرر في نفسه أو في ماله نتيجة خطأ جهة الإدارة التابعة للدولة وإهمالها في توفير شبكة طرق عامة صالحة للاستخدام، أن يُقيم دعوى مُطالبة بالتعويض بناءً على أحكام المسؤولية المدنية التقصيرية³⁰، مع ضرورة توافر شرطي الصفة والمصلحة لدى المضرور.³¹ ومُطالبة المُدعي بالتعويض في هذا السياق تكون استناداً على نص الفقرة الثالثة من المادة السابعة من قانون الطرق العامة الليبي (السابق ذكره) والذي يقضي بإمكانية تعويض الأفراد عن الأضرار التي تُصيبهم نتيجة عدم مُراعاة الدولة وجهة الإدارة إقامة (الإشارات الضوئية والعلامات والمسافات) في الطرق العامة بالشكل الصحيح، مع الاستناد على بقية النصوص التشريعية الأخرى السابق ذكرها.

ثانياً: المُدعى عليه (الدولة):

وللمُدعى عليه شروط لابد من توافرها شأنه في ذلك شأن المُدعي ومن أهمها شرط الصفة؛ إذ يجب أن تُرفع الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض على الجهات والسلطات الإدارية المختصة والتي تملك الصفة القانونية للتقاضي باسم ولحساب الإدارة العامة في الدولة، وبالتالي فإن من مهام قاضي الموضوع أن يتأكد من وجود أو عدم وجود الصفة القانونية للتقاضي في الهيئات والمؤسسات الإدارية كمدعى عليه في دعاوى التعويض.³²

ولقد رأينا مُسبقاً في هذا البحث أن المؤسسة الإدارية المُختصة بإنشاء وصيانة ومراقبة شبكة الطرق العامة في دولة ليبيا وكذلك تطبيق وتوفير وسائل الأمان لمستخدميها بما يحقق السلامة المرورية عليها، هي وزارة المواصلات الليبية والجهات التابعة لها مثل مصلحة الطرق والجسور ومصلحة النقل البري، والذي جاء النص عليها وعلى اختصاصاتها بموجب العديد من اللوائح والقرارات منها قرار مجلس الوزراء بحكومة الوحدة الوطنية رقم (496) لسنة 2021 م بشأن تنظيم وتحديد اختصاصات الجهاز الإداري لوزارة المواصلات وتقرير بعض الأحكام.³³

عليه، فإن مجلس الوزراء وتتبعه؛ وزارة المواصلات، ومصلحة الطرق والجسور، ومصلحة النقل البري هي الجهات والمؤسسات الإدارية المسؤولة، وتكون بالتالي طرفاً ثانياً (مُدعى عليهم) في دعاوى المطالبة بالتعويض عن الحوادث المرورية نتيجة استخدام الطرق المتهاكة في ليبيا.

الفرع الثاني: الحكم في الدعوى:

الحكم في الدعاوى المرفوعة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي خلفتها الحوادث المرورية نتيجة استخدام الطرق المتهاكة يكون بالتعويض (إذا ما توافر لقاضي الموضوع الأركان والشروط السابقة). فالتعويض هو النتيجة الطبيعية لكل ضرر، باعتبار أن التعويض يدور وجوداً وعدمياً مع الضرر، حيث أن التنفيذ في دعاوى المسؤولية التقصيرية (بخلاف المسؤولية العقدية) يكون بمقابل أي عن طريق التعويض.³⁴ ولقاضي الموضوع دور إيجابي في حل هذا النوع من المنازعات عن طريق السلطة التقديرية

الممنوحة له في تقدير التعويض عن الأضرار، وذلك من خلال معايير منها معيار الخسارة التي لحقت بالمضرور ومعيار الكسب الفائت ومعيار الظروف الملائمة وهو ما نصت عليه المواد (173 - 174) من القانون المدني الليبي.³⁵

الخاتمة: كُنّا قد استعرضنا في البحث أوجه علاقة ورابطة قانونية في الجانب المدني، مُتمثلة في جواز لقاء المسؤولية المدنية التقصيرية على جهة الإدارة التابعة للدولة الليبية (وزارة المواصلات وما يتبعها من جهات عامة) وجواز مُطالبتها بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية والخسائر البشرية الناشئة عن الحوادث المرورية بسبب استخدام الأفراد للطرق المتهاكة.

كما قُمنّا ببيان وتحليل هذه المسألة في الأنظمة القانونية الداخلية المعمول بها في دولة ليبيا سواء كانت تشريعات أو لوائح وقرارات. بالإضافة إلى استنادنا على أحكام القضاء لاسيما أن موضوع البحث المتعلق بالمسؤولية المدنية التقصيرية وكذلك المطالبة أمام القضاء بالتعويض يُعد من صميم عمل المحاكم وعادةً ما يُثار داخل أروقتها وأمام قضااتها. وبناءً على ذلك توصلنا في نهاية بحثنا إلى النتائج الآتية:

1. جاء النص على التزام الدولة اتجاه مواطنيها في توفير طرق آمنة ومُهَيّأة وصالحة للاستخدام البشري في العديد من التشريعات الداخلية الليبية كما سبق بيانه.
2. تقوم السلطة التشريعية بإصدار القوانين المتعلقة بعمل واختصاص جهة الإدارة وتحديد مهامها لأدائها على أكمل وجه، ومن ضمن هذه المهام ما يتعلق بإقامة شبكة طرق صالحة للاستخدام وصيانتها وإصلاحها بوصف هذه الأخيرة مرفق عام تتولى الدولة إدارته وتشغيله.
3. وزارة المواصلات الليبية هي الجهة الإدارية ذات الاختصاص الموكّل لها مهام إنشاء وصيانة وتصميم شبكة الطرق العامة والإشراف عليها في ليبيا ويتبعها في ذلك عدد من الجهات ذات الصلة الاعتبارية والذمة المالية المستقلة مثل مصلحة الطرق والجسور ومصلحة النقل البري وذلك وفق ما استعرضناه من قوانين ولوائح وطنية توضح ذلك.
4. أكدت العديد من الأحكام القضائية في دولة ليبيا وبقية دول العالم المسؤولية المدنية التقصيرية لجهة الإدارة اتجاه مواطنيها، والناشئة عن خطأ غير عمدي (بالإهمال) في مهامها والتي من ضمنها إنشاء الطرق العامة وصيانتها مما يؤدي إلى الحوادث المرورية.
5. يتمثل الخطأ غير العمدي لجهة الإدارة في امتناعها أو إهمالها أو تباطؤها عن أداء أعمالها الموكلة لها فيما يتعلق بشبكة الطرق العامة، ويُصنف على أنه من قبيل الأخطاء المرفقية، كما لو خالفت جهة الإدارة المعايير والأسس المنصوص عليها بموجب القانون رقم (46) لسنة 1970 م والقانون رقم (11) لسنة 1984 م كما سبق بيانه.
6. للمضور من الحوادث المرورية نتيجة الطرق العامة المتهاكة أن يُطالب بالتعويض إذا ما توافرت فيه الشروط المذكورة آنفاً، وكذلك إذا ما توافرت جميع أركان المسؤولية التقصيرية السابق بيانها وذلك بموجب نصوص القوانين والقرارات السابق ذكرها ومنها على وجه الخصوص نص الفقرة الثالثة من المادة السابعة من قانون الطرق العامة الليبي رقم (46) لسنة 1970 م.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع العربية:

1/ الكُتب:

- أحمد عمر بوزقية، قانون المرافعات: دروس موجزة لطلاب القانون، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات جامعة بنغازي، 2003 م.

- محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 2003 م.

2/ المقالات والبحوث العلمية:

- إبراهيم احمد محمد الرواشدة، التعويض في المسؤولية التقصيرية وخضوعه لقانون الدولة التي حدث فيها الفعل المنشأ للالتزام، المجلة الأكاديمية للأبحاث والنشر العلمي، العدد 23، 2021 م.
- بومدين محمد، محاضرات في مقياس إدارة المرافق العامة، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ب س ن.
- تريحيب بن محفوظ العنزي، التعويض عن الأضرار الناتجة عن الأخطاء المرفقية والشخصية في النظام الإداري بالمملكة العربية السعودية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، 2016 م.
- فاطمة الزهراء روماني، مفهوم المرفق العام ودور الحكومة الالكترونية في خدمة الجمهور، المجلة القانونية: مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، ب س ن.
- قيدير عبد القادر صالح، فكرة الخطأ المرفقي، مجلة الرافدين للحقوق، العدد 38، 2008 م.
- مصطفى راتب حسن علي، المسؤولية المدنية للموثق، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشراف، العدد 23، 2021 م.

3/ الرسائل العلمية:

- عمر بن الزويبر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، جامعة الجزائر، 2017 م.
- أسماء موسى أسعد أبو سرور، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية: دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، جامعة النجاح الوطنية، 2006 م.
- اسيلين نصيرة وكركام مريم، التعويض عن الأخطاء الشخصية والمرفقية في القانون الإداري (مسؤولية المستشفى نموذجاً)، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2017 م.
- حسام الدين بورنان، مسؤولية المفاوض والمهندس المعماري، جامعة العربي بن مهيدي، 2014 م.
- قطوش طارق، الأضرار الناجمة عن الأخطاء المرفقية والشخصية أمام القضاء الإداري، جامعة المسيلة، 2021 م.
- محمد كامل مسلم الشوابكة، الفعل الضار (الخطأ السليبي) في المسؤولية التقصيرية، جامعة مؤتة، 2014 م.

- ياسر عيسى مطشر الغريزي، المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الأعمال المدنية المسببة للحوادث المرورية، جامعة الشرق الأوسط، 2020 م.

ثانياً: المراجع الاجنبية:

- Erik Hysing, Responsibilization: The case of road safety governance, School of Humanities, Education and Social Sciences, Örebro University, Örebro, Sweden, 2019.
- Louis de Villiers Roodt, Maintenance engineering standards to fulfil the legal duty of road authorities towards safe roads, Stellenbosch University, March 2016.

ثالثاً: التشريعات:

- القانون المدني الليبي.
- القانون رقم (46) لسنة 1970 م في شأن الطرق العامة في ليبيا.
- القانون رقم (3) لسنة 2001 م بشأن التخطيط العمراني في ليبيا.
- القانون رقم (11) لسنة 1984 م بشأن المرور على الطريق العام في ليبيا.
- قانون المرور الليبي الصادر بتاريخ 11-09-1954.
- قرار اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) رقم (143) لسنة 2005 م بإنشاء مصلحة الطرق والجسور.
- قرار اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) رقم (273) لسنة 2010 م بشأن تعديل قرارها رقم (143) لسنة 2005 م.
- قرار مجلس الوزراء رقم (137) لسنة 2013 م بتعديل حكم بالقرار رقم (273) لسنة 2010 م.
- قرار مجلس الوزراء رقم (353) لسنة 2013 م بإنشاء مصلحة النقل البري وتقرير بعض الأحكام.
- قرار مجلس الوزراء بحكومة الوحدة الوطنية رقم (496) لسنة 2021 م بشأن تنظيم وتحديد اختصاصات الجهاز الإداري لوزارة المواصلات وتقرير بعض الأحكام.
- قرار وزير المواصلات رقم (661) لسنة 2021 م.
- قرار وزير المواصلات رقم (718) لسنة 2021 م.

رابعاً: الأحكام القضائية:

- حكم المحكمة العليا الليبية، الطعن رقم 73 / 22 ق مدني، الصادر عام 1976 م.
- حكم المحكمة العليا الليبية، الطعن رقم ق 38 / 14 تاريخ الطعن 16-05-1993 م.

- حكم المحكمة العليا الليبية الطعن رقم ق 36 / 20 مدني لسنة 1990 م، سنة وعدد المجلة -2-1 / 27، رقم الصفحة 66.
- حكم المحكمة العليا الليبية، الطعن رقم ق 31 / 46 مدني لسنة 1985 م، سنة وعدد المجلة -4-3 / 23، رقم الصفحة 92.
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 6730 لسنة 44 ق. ع. جلسة 1 ابريل 2001 م.

خامساً: المواقع الالكترونية:

- <https://shmsprod.s3.amazonaws.com/media/editor/.docx>
- <https://www.who.int/ar/news-room/fact-sheets/detail/road-traffic-injuries>
- <https://www.alaraby.co.uk/investigations>
- https://www.raba.ly/about_us.php
- <https://www.libyaakhbar.com/business-news/1726347.html>
- [https://libyan-cna.net/news/economics-and business-](https://libyan-cna.net/news/economics-and-business-)

يُعرف الحادث المروري بأنه حدث اعتراضي يحدث دون تخطيط مسبق من قبل سيارة (مركبة) واحدة أو أكثر مع سيارات (مركبات) أخرى أو منشأة أو حيوانات أو أجسام على طريق عام أو خاص، وعادة ما ينتج عن الحادث المروري تلفيات تتفاوت من طفيفة بالممتلكات والمركبات إلى جسيمة تؤدي إلى الوفاة أو الإعاقة المستديمة، أنظر في ذلك: ، تاريخ الدخول: 15-4-2023 م، 8:00.

² أنظر في ذلك: منظمة الصحة العالمية، <https://www.who.int/ar/news-room/fact-sheets/detail/road-traffic-injuries>، تاريخ الدخول: 17-4-2023 م، 5:15.

³ أنظر في ذلك: فوزى-الطرق-الليبية-ضحايا-الحوادث-المرورية-يفوقون-الحرب <https://www.alaraby.co.uk>، تاريخ الدخول: 21-4-2023 م، 6:30.

⁴ فاطمة الزهراء روماني، مفهوم المرفق العام ودور الحكومة الالكترونية في خدمة الجمهور، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية)، ب س ن، ص 2458 وما بعدها. أنظر أيضاً ما جاءت به المحكمة العليا الليبية بقولها: " ... والمرفق العام هو كل مشروع يعمل باطراد وانتظام تحت إشراف الدولة لسد حاجة عامة مع خضوعه لنظام قانوني معين فإذا نص المشرع صراحة على الطبيعة القانونية للمشروع تعين النزول على حكم النص وإذا لم يفصح عن طبيعته فإنه يلزم استجلاء مقاصده من مجموعة القواعد التي تحكمه ...". حكم المحكمة العليا الليبية، الطعن رقم ق 38 / 14 تاريخ الطعن 16-05-1993 م.

⁵ بومدين محمد، محاضرات في مقياس إدارة المرافق العامة، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ب س ن، ص 17.

⁶ أنظر في ذلك: https://www.raba.ly/about_us.php، تاريخ الدخول: 8-5-2023 م، 4:16.

⁷ بومدين محمد، مرجع سابق، ص 17.

⁸ حيث استخدم المشرع هنا مصطلح الجهات المختصة أي الجهة التي يتولى مجلس الوزراء انشاؤها وتنظيمها وفقاً لما جاء في التعريفات بالمادة الأولى من هذا القانون، وبالتالي فإن الجهة المختصة بذلك في ليبيا هي وزارة المواصلات وفقاً لقرار مجلس الوزراء رقم (496) المذكور أعلاه والذي قام بتنظيم وتحديد اختصاصات هذه الوزارة.

⁹ ترى العديد من الدراسات أن مسؤولية سلامة الطرق تقع على عاتق الدولة، حيث تم اسنادها في كثير من الدول إلى جهة الإدارة المختصة، على سبيل المثال دولة السويد التي أسندت هذه المسؤولية إلى إدارة النقل السويدية وكذلك الإدارة الوطنية للسويدية للطرق، أنظر في ذلك:

Erik Hysing, Responsibilization: The case of road safety governance, School of Humanities, Education and Social Sciences, Örebro University, Örebro, Sweden, 2019 , p 5 •

¹⁰ أنظر في ذلك: <https://www.libyaakhbar.com/business-news/1726347.html> ، تاريخ الدخول: 20-7-2023 م، 4:00.

¹¹ أنظر في ذلك: <https://libyan-cna.net/news> ، تاريخ الدخول: 20-7-2023 م، 3:15.

¹² حيث دأبت المملكة المتحدة وأستراليا ونيوزيلندا وغيرها في تأسيس مسؤولية الدولة عن الضرر الناتج عن الطرق المتهاكلة على قواعد المسؤولية التقصيرية، فالمحكمة العليا الأسترالية أكدت على ذلك بقولها "أنه طالما تحصلت الجهات الحكومية على سلطة تشريعية تمكنها من السيطرة المادية على سلامة الأشخاص هنا ملزمة بمعالجة الخطر من أجل أداء واجب الرعاية والعناية المعقولة وعدم التقصير أو الإهمال بالخصوص انظر:

Louis de Villiers Roodt, Maintenance engineering standards to fulfil the legal duty of road authorities towards safe roads, Stellenbosch University, March 2016, p5

¹³ أنظر حكم المحكمة العليا الليبية، الطعن المدني رقم 73 / 22 ق الصادر عام 1976 م.

¹⁴ يُعرف الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية على أنه العمل المخالف للقانون أو العمل غير المشروع، كما يعرف بأنه كل إخلال بالتزام أو واجب قانوني سابق، وهذا الالتزام القانوني يتمثل في عدم تعدي الشخص، سواء كان طبعياً أو معنوياً، على الغير أو الإضرار به وذلك ببذل العناية اللازمة واتخاذ الحيلة والحذر اللازمين (عناية الرجل العادي) لتفادي وقوع ضرر للغير، وأن مثل هذا التعدي قد يكون بقصد وهو ما يُسمى بالخطأ العمدي وقد يكون بغير قصد أي يقع بمجرد الإهمال والتقصير. أنظر في ذلك: أسماء موسى أسعد أبو سرور، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية - دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، جامعة النجاح الوطنية، 2006 م، ص 66 وما بعدها. وانظر كذلك: عمر بن الزويعر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، جامعة الجزائر، 2017 م، ص 138 و139

¹⁵ ياسر عيسى مطشر الغريزي، المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الأعمال المدنية المسببة للحوادث المرورية، جامعة الشرق الأوسط، 2020 م، ص 45.

¹⁶ اسيلين نصيرة وكركام مريم، التعويض عن الأخطاء الشخصية والمرفقية في القانون الإداري (مسؤولية المستشفى نموذجاً)، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2017 م، ص 16.

¹⁷ مصطفى راتب حسن علي، المسؤولية المدنية للموثق، مجلة كلية الشريعة والقانون بتقنها الأشراف، العدد 23، 2021 م، ص 1745.

¹⁸ أقيدار عبد القادر صالح، فكرة الخطأ المرفقي، مجلة الرافدين للحقوق، العدد 38، 2008 م، ص 322.

¹⁹ محمد كامل مسلم الشوابكة، الفعل الضار (الخطأ السلبي) في المسؤولية التقصيرية، جامعة مؤتة، 2014 م، ص 82.

²⁰ أنظر في المعنى نفسه: حسام الدين بورنان، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري، جامعة العربي بن مهيدي، 2014 م، ص 25.

²¹ إبراهيم أحمد محمد الرواشدة، التعويض في المسؤولية التقصيرية وخضوعه لقانون الدولة التي حدث فيها الفعل المنشأ للالتزام، المجلة الأكاديمية للأبحاث والنشر العلمي، العدد 23، 2021 م، ص 243.

²² ياسر عيسى مطشر الغريزي، مرجع سابق، ص 47.

²³ قطوش طارق، الأضرار الناجمة عن الأخطاء المرفقية والشخصية أمام القضاء الإداري، جامعة المسيلة، 2021 م، ص 17 وما بعدها.

²⁴ تريحيب بن محفوظ العنزي، التعويض عن الأضرار الناتجة عن الأخطاء المرفقية والشخصية في النظام الإداري بالمملكة العربية السعودية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، 2016 م، ص 3923.

²⁵ إبراهيم أحمد محمد الرواشدة، مرجع سابق، ص 243، وانظر كذلك: حكم المحكمة العليا الليبية الطعن رقم ق 36 / 20 مدني لسنة 1990 م، سنة وعدد المجلة - 1-2 / 27، رقم الصفحة 66.

²⁶ أنظر حكم المحكمة العليا الليبية، الطعن رقم ق 31 / 46 مدني لسنة 1985 م، سنة وعدد المجلة - 3-4 / 23، رقم الصفحة 92.

²⁷ أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 6730 لسنة 44 ق. ع. جلسة 1 أبريل 2001 م.

²⁸ أحمد عمر بوزقية، قانون المرافعات - دروس موجزة لطلاب القانون، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات جامعة بنغازي، 2003 م، ص 59 وما بعدها.

²⁹ مصطفى راتب حسن علي، مرجع سابق، ص 1771 وما بعدها.

³⁰ ياسر عيسى مطشر الغريزي، مرجع سابق، ص 71.

³¹ أحمد عمر بوزقية، مرجع سابق، ص 103 وما بعدها.

³² قطوش طارق، مرجع سابق، ص 36.

³³ وقرارات أخرى سابقة (لم يتم إلغاؤها) مثل قرار اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) رقم (143) لسنة 2005 م بإنشاء مصلحة الطرق والجسور، وقرار اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) رقم (273) لسنة 2010 م بشأن تعديل قرارها رقم (143) لسنة 2005 م، وقرار مجلس الوزراء رقم (137) لسنة 2013 م بتعديل

حكم بالقرار رقم (273) لسنة 2010 م، وقرار مجلس الوزراء رقم (353) لسنة 2013 م بإنشاء مصلحة النقل البري وتقرير بعض الأحكام كما سبق بيانه سابقاً.

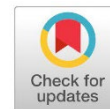
³⁴ إبراهيم احمد محمد الرواشدة، مرجع سابق، ص 244.

³⁵ محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 2003 م، 344 وما بعدها.

Research Article

Open Access

The Legal Nature of Drug Trafficking in Libyan Legislation



Alhasan A. M. Abdalrahman

*Corresponding author:

alhasan.abdalrahman@omu.edu.ly

Department of Criminal Law,
Faculty of Legal, Omar Al-
Mukhtar University, Libya.

Received:

02 March 2023

Accepted:

19 July 2023

Publish online:

31 December 2023

Abstract: The increase in the phenomenon of drug and substance trafficking is one of the most important security and legal challenges for all countries. What required the intervention of the penal legislator to reduce the rise of this phenomenon. One of the most striking manifestations of the rigor of the Libyan legislator in dealing with it is perhaps the adoption of a dual legal nature for the concept of trafficking: trafficking is criminal behavior _ trafficking as a particular criminal intent. All this was the reason for the contradictory opinions of jurists and court decisions on determining the elements necessary for the establishment of this concept, which varies according to its legal nature when considering each incident separately. This required a detailed study of this concept in order to know the particular character that the Libyan legislator and the Libyan justice gave to the concept of trafficking? And knowing the legal nature of this concept?

Keywords: Drugs, Traffic, Criminal Intent, Crimes.

الطبيعة القانونية للإتجار بالمخدرات في التشريع الليبي

المستخلص: يمثل ارتفاع ظاهرة الإتجار بالمخدرات والمؤثرات العقلية أحد أبرز التحديات الأمنية، والقانونية لكافة الدول، مما استتبع ضرورة تدخل المشرع الجنائي للحد من ارتفاع هذه الظاهرة، ولعل من أبرز مظاهر تشدد المشرع الليبي في مواجهتها تبني طبيعة قانونية مزدوجة لمفهوم الاتجار (الاتجار كسلوك إجرامي، الاتجار كقصد جنائي خاص)، كل ذلك كان سبب في تضارب آراء الفقهاء وأحكام القضاء حول تحديد العناصر اللازمة لقيام هذا المفهوم، والتي تختلف باختلاف طبيعته القانونية عند النظر في كل واقعة على حدة، مما تطلب دراسة هذا المفهوم بشكل تفصيلي لمعرفة مدى الخصوصية التي أعطاهها المشرع الليبي والقضاء الليبي لمفهوم الاتجار ومعرفة الطبيعة القانونية لهذا المفهوم.

الكلمات المفتاحية: مخدرات، اتجار، قصد جنائي، جرائم.

المقدمة: يعد الاتجار بالمخدرات والمؤثرات العقلية من أكثر التحديات التي تواجه جميع المجتمعات، حيث يشهد العالم معدلات قياسية من الانتاج العالمي من المواد المخدرة أو المؤثرة عقلياً، وهو ما أشار إليه تقرير مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والمؤثرات العقلية¹، ولهذا كان لابد للمشرع الليبي من اتباع سياسة صارمة في مواجهة هذه الظاهرة الاجرامية عن طريق التوسع في مدلول الاتجار بالمواد المخدرة.



The Author(s) 2023. This article is distributed under the terms of the *Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License* (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>)), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, *for non-commercial purposes only*, provided you give appropriate credit to the original author(s) and the source, provide a link to the Creative Commons license, and indicate if changes were made.

أهمية الدراسة:

تشكل دراسة الطبيعة القانونية للإتجار بالمواد المخدرة في التشريع الليبي أهمية كبيرة على الصعيدين الفقهي والقضائي، حيث يلاحظ المطلع على كتابات الفقهاء وأحكام المحاكم في الدولة الليبية وجود خلل في تحديد مدلول الاتجار والذي قد يشكل واقعة مادية لها مفهومها القانوني المستقل عن الوقائع المادية الأخرى الواردة في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي، في حين قد يشكل الاتجار باعثاً نفسياً يختلج نفسية من اتصل بشكل غير مشروع بإحدى المواد المحظورة في هذا القانون، مما يتطلب ضرورة دراسة هذا الموضوع من الناحية التشريعية ومعرفة الأحكام الخاصة التي نظم بها المشرع الليبي الطبيعة القانونية لهذا المصطلح.

إشكالية الدراسة:

بمجرد استقراء النصوص المتعلقة بمفهوم الاتجار الواردة في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية والخوض في السياسة الموضوعية للمشرع الليبي في مواجهة ظاهرة الاتجار بالمخدرات سنجد أن مفهوم الاتجار يثير العديد من الإشكاليات الهامة والتي تتمثل في معرفة مدى الخصوصية التي أعطاها المشرع الليبي والقضاء الليبي لمفهوم الاتجار؟، ومعرفة الطبيعة القانونية لهذا المفهوم؟، وهل يعد مفهوم الاتجار مفهوماً مادياً صرفاً أم أن له مدلولاً نفسياً مؤثراً على ماديات جرائم المخدرات التي توصف بالجنايات؟

نطاق ومنهجية الدراسة:

تعتمد هذه الدراسة على المنهج العلمي التحليلي عن طريق استخدام أدوات المسح المكتبي وتحليل قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي رقم 7 لسنة 1990 بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية وتعديلاته، من أجل الحصول على نتائج ومحاولة مناقشتها في ضوء القواعد العامة في القانون الجنائي، مع مقارنتها بعض التطبيقات القانونية والقضائية المقارنة كلما لزم الأمر ذلك.

خطة الدراسة:

لدراسة الطبيعة القانونية لمفهوم الاتجار في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية سيتم تقسيم هذا الموضوع إلى قسمين بحيث يتناول المبحث الأول الاتجار بالمخدرات والمؤثرات العقلية كجريمة مستقلة من جرائم المخدرات، في حين يتناول المبحث الثاني الاتجار كقصد جنائي خاص في جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية.

المبحث الأول: الاتجار بالمخدرات والمؤثرات العقلية كجريمة مستقلة من جرائم المخدرات:

وضع المشرع الليبي الشروط المتعلقة بالإتجار بالمواد المخدرة بموجب أحكام القانون رقم 7 لسنة 1990 وتعديلاته، حيث أشتراط لمزاولة عملية الاتجار بالمواد المخدرة الحصول على ترخيص من الجهة المختصة كما وضع الشروط المتعلقة بكيفية الحصول على ترخيص، وحضر قانون المخدرات الاتجار بالمواد المحظورة فنصت المادة السابعة منه على أنه (لا يجوز الاتجار في المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية، إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من اللجنة الشعبية العامة للصحة وبموافقة اللجنة الشعبية العامة للعدل. ولا يجوز منح هذا الترخيص إلى :

1. المحكوم عليه بعقوبة جنائية.
2. المحكوم عليه في إحدى الجناح المنصوص عليها في هذا القانون.

3. المحكوم عليه في سرقة أو إخفاء أشياء مسروقة أو خيانة أمانة أو نصب أو غش أو انتحال شخصية الغير أو إعطاء صك بدون رصيد أو تزوير أو استعمال أوراق مزورة أو شهادة زور أو هتك عرض أو فساد الأخلاق أو تشرد أو اشتباه أو أية جنحة مخلة بالشرف وكذلك المحكوم عليه للشروع في إحدى هذه الجرائم.

4. من سبق فصله تأديبياً من الوظائف العامة لأسباب مخلة بالشرف ما لم تنقض ثلاث سنوات على تاريخ الفصل نهائياً) ونصت المادة الثامنة على أنه (لا يرخص بالإتجار في المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية إلا في الأماكن التي تتوفر فيها الشروط التي تحدد بقرار من اللجنة الشعبية العامة للصحة بالاتفاق مع اللجنة الشعبية العامة للعدل)

في حين نصت المادة التاسعة على أنه (على طالب الترخيص أن يقدم إلي الجهة الإدارية المختصة طلباً متضمناً البيانات التي يصدر بها قرار من اللجنة الشعبية العامة للصحة ومرفقاً به الأوراق والرسومات التي يعينها ذلك القرار) كما نصت المادة العاشرة على أنه (يعين للمحل المعد للإتجار في المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية مهما كان نوعه صيدلياً يكون مسؤولاً عن إدارته، على ألا يكون قد حكم عليه في إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة السابعة من هذا القانون أو سبق فصله تأديبياً من الوظائف العامة لأسباب مخلة بالشرف ما لم تنقض ثلاث سنوات من تاريخ الفصل نهائياً)

إن جميع النصوص السابقة توضح الشروط والأحكام المتعلقة بإباحة الاتجار بالمواد المحظورة، وبالرغم من ذلك قد تشكل ممارسة الاتجار بهذه المواد صورة من صور جنایات المخدرات أو المؤثرات العقلية مستقلة عن الصور الأخرى للاتصال غير المشروع بهذه المواد وفيما يلي بيان أركان هذه الجريمة والجزاء الجنائي المقرر لها.

المطلب الأول: أركان جريمة الاتجار بالمواد المخدرة في غير الأحوال المرخص بها قانوناً:

يشترط لتحقيق جريمة الاتجار بالمواد المخدرة توافر ركنها المادي والمتمثل في فعل الاتجار والعنصر المفترض وهو وجود المادة المخدرة، بالإضافة إلى الركن المعنوي والمتمثل في القصد الجنائي العام وهو قصد الاتجار، وذلك وفقاً للتفصيل الآتي.

الفرع الأول: الركن المادي:

يتكون الركن المادي لجريمة الاتجار في المواد المخدرة من فعل الاتجار والذي يمثل السلوك الإجرامي لهذه الجريمة وكذلك اتصال الجاني بمادة مخدرة أو مؤثر عقلي أو نبات من النباتات الواردة في الجدول رقم 5 من قانون المخدرات وفيما يلي بيان ذلك.

أولاً: العنصر المفترض:

يتمثل العنصر المفترض لجنايات المخدرات في وجود مادة مخدرة أو نبات مخدر أو مؤثر عقلي أو حتى مال مكتسب منها، وذلك عن طريق اتصال الجاني بالمادة المخدرة أو النبات المخدر أو المؤثر العقلي اتصالاً غير مشروع، فإذا كان اتصال الشخص بالمادة المخدرة أو المؤثر العقلي اتصالاً مشروعاً، وهذا لا يكون إلا لمن أعطاه القانون هذا الحق، فإن ذلك لا يمثل جريمة جنائية كالطبيب والصيدلي وغيرهم ممن رخص لهم القانون هذا الحق.

وقد يتبادر للذهن أن مفهوم كلمة مخدر واضح ومحدد، إلا أنه عندما نحاول تحديد هذا المفهوم. نجد أنه لا يوجد تعريف واحد متفق عليه، سواء في الفقه أو القوانين التي تتناول الأحكام الخاصة باستخدام هذه المواد أو الاتجار بها وكذلك الاتفاقيات الدولية،

وربما يرجع ذلك إلى صعوبة حصر انواع المواد المخدرة أو المؤثرة عقليا² وإلى التحديث المستمر للمواد المخدرة أو المؤثرات عقليا ، والمصنعة أو المركبة كيميائياً أو بأي طريق آخر³.

وتجدر الإشارة الى أن المشرع الليبي لم يضع تعريفاً محدداً للمادة المخدرة أو المؤثر العقلي، ولكنه اكتفى ببيان هذه المواد على سبيل الحصر في جداول ملحقة بقانون المخدرات والمؤثرات العقلية حيث نصت المادة الاولى على انه (في تطبيق أحكام هذا القانون:

أ) يقصد بالمواد المخدرة المبينة في الجدول الملحق رقم (1)

ب) ويقصد بالمؤثرات العقلية المواد المبينة في الجدول الملحق رقم (2)

ج) وتستثنى مما تقدم المستحضرات الطبية المبينة بالجدول الملحق رقم (7).

ولفتح المجال امام امكانية وضع ما يستجد من مواد مخدرة او مؤثرة عقليا في دائرة التجريم، لاسيما وان التطور العلمي والتكنولوجي قد يؤدي إلى اعتبار مادة معينة من ضمن المواد المخدرة، كالمخدرات الالكترونية مثلا والتي لا يعد الاتصال غير المشروع بها جريمة جنائية في ليبيا، فقد نصت المادة 55 من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي على أنه: "اللجنة الشعبية العامة أن تعدل بقرار منها بالجدول الملحق لهذا القانون بالحذف أو الإضافة بتغيير النسب الواردة فيها وذلك على اقتراح اللجنة الشعبية العامة للصحة".

ويعد إلحاق قانون المخدرات والمؤثرات العقلية بجدول المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، والابتعاد عن وضع تعريف يحدد تلك المواد احد مزايا تطوير نظام الجداول⁴ الذي يحاول اتباعه تلافياً ما تعرض له من انتقادات، والذي اتبعه المشرع الليبي لكي يراعى كثرة المواد المخدرة وتشعبها والجدل القائم حول تحديدها.⁵

ثانياً: فعل الاتجار:

لقد حظرت المادة 35 من القانون رقم 7 لسنة 1990 في فقرتها الاولى فعل الاتجار بالمواد المخدرة في غير الاحوال المرخص بها قانوناً حيث نصت على أنه:

(يعاقب بالسجن المؤبد أو السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولأزيد على عشرين ألف دينار كل من حاز أو أحرز أو اشترى أو باع مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية أو نباتات من النباتات الواردة في الجدول الملحق رقم (5) هي أو بذورها أو سلمها أو استلمها أو نقلها أو نزل عنها أو تبادل عليها أو صرفها بأية صفة كانت أو توسط في شيء من ذلك وكان ذلك بقصد الاتجار فيها أو اتجر فيها بأية صورة وذلك في غير الأحوال المرخص بها قانوناً)، وعبرة أو اتجر فيها الواردة بالنص تدل على أن الاتجار قد يكون السلوك الاجرامي لإحدى جنايات المخدرات والمستقل عن جرائم الحيازة والإحراز او التعامل في المواد المخدرة ومستقلة كذلك عن قصد الاتجار والذي قد يتوافر عند ارتكاب الجاني لإحدى جنايات المخدرات، ولو لم يورد المشرع الليبي هذه العبارة عند صياغته لنص هذه المادة لكان الاتجار دائماً قصداً جنائياً خاصاً لإحدى جنايات المخدرات الواردة في هذا النص⁶.

وتجدر الإشارة الى أن المحكمة العليا الليبية في البداية قد أخذت عند تحديدها لمفهوم التاجر بمدلول المادة التاسعة من القانون التجاري حيث ذهب الى أن المقصود بالإتجار احتراف الجاني التعامل في المواد المخدرة وأن يتخذها نشاطاً معتاداً له، ويتحقق

ذلك إذا قام المتهم لحسابه الخاص بمزاولة عمليات تجارية متعددة، ولا يتحقق لثبوت جريمة الاتجار عملية واحدة أو عدة عمليات متفرقة في أوقات متباعدة، وإنما لابد للجاني من احتراف القيام بهذا العمل، حيث قضت في ذلك بقولها (إن الاتجار لا يتحقق إلا بقيام الشخص بمزاولة عمليات تجارية متعددة قاصداً أن يتخذها حرفة معتادة له فلا يكفي لثبوت الاتجار عملية واحدة ولا عدة عمليات متفرقة في أوقات متقطعة لا اتصال بينها)⁷، إلا أنها قد عدلت عن هذا المفهوم وأخذت بمعيار الربح دون اشتراط تكرار العمليات التجارية وقضت في ذلك بأنه (من المقرر أن الاتجار في المخدر يتحقق بكل تصرف فيه بمقابل بغية تحقيق ربح ولو مرة واحدة ولا يقبل الاحتجاج بمدلول المادة التاسعة من القانون التجاري لان تلك المادة تعرف التاجر وقانون المخدرات يعاقب على العملية التجارية وهي تتحقق بعملية واحدة)⁸.

ولعل معيار الربح الذي اعتمدت عليه المحكمة العليا في تحديدها لفعل الاتجار هو ما يميز مفهوم الاتجار باعتباره أحد جنایات المخدرات عن مفهومه كقصد جنائي خاص لإحدى جنایات المخدرات التي أوردها المشرع الليبي في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية، هذه الطبيعة المزوجة لمفهوم الاتجار بشكل عام هي ما أوقعت بعض فقهاء القانون الجنائي في الخلط بين المفهومين، فيتم تطلب عناصر الاتجار في وقائع لا تشكل جريمة أتعار بالمواد المخدرة وإنما يكون الاتجار فيها قصداً جنائياً خاصاً لا يتطلب عناصر فعل الاتجار والعكس صحيح.

وأخيراً، لا يشترط أن يكون الاتجار بالمواد المخدرة أو المؤثرة عقلياً هو المهنة الوحيدة للمتهم، فقد يمارس الجاني هذا النشاط بالإضافة إلى أنشطة تجارية أخرى أو وظيفة عامة، حيث لا يوجد ما يحول قانوناً من أن يكون الجاني تاجراً للمخدرات ومزارعاً أو صانعاً أو غير ذلك⁹.

الفرع الثاني: الركن المعنوي (القصد الجنائي):

تعد جنایة الاتجار بالمواد المخدرة جريمة عمدية، فيلزم إذاً أن يتوافر لدى الجاني القصد الجنائي العام، وهو العلم بعناصر الواقعة الإجرامية المكونة لنموذجها القانوني، وإرادة تحقيق هذه العناصر، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا بأن (القصد الجنائي في جرائم المخدرات بصفة عامة هو قصد عام يتوافر باتجاه إرادة مرتكبها إلى إثبات الفعل المادي لها، والعلم بأن الشيء من المواد المخدرة والممنوعة قانوناً)¹⁰.

ويتضح من ذلك أن القصد الجنائي العام في جريمة الاتجار بالمواد المخدرة يتطلب عنصرين لازمين لقيامه وهما، العلم و اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب فعل الاتجار.

فالعلم كعنصر لازم لقيام جنایة الاتجار بالمواد المخدرة، يقتضي علم الجاني أن المادة التي يطرحها للتداول هي من المخدرات المحظورة قانوناً، مع انصراف إرادته إلى ارتكاب النشاط الإجرامي وهو فعل الاتجار بها، والقاعدة أن العلم بكنه المادة لا يفترض وإنما يجب على النيابة العامة كخصم في الدعوى الجنائية اثباته وإلا انتفت الجريمة¹¹، والقول بغير ذلك فيه إنشاء لقريضة قانونية لا سند لها من القانون مبناها افتراض العلم من واقع الحياة¹²،

ولذلك فإذا تمسك المتهم في دفاعه بعدم علمه بأن المادة التي ضبطت معه هي من المواد المخدرة، فإنه يجب على المحكمة إذا رأت إدانته أن تظهر ما يبرز اقتناعها بعلمه أن المادة التي ضبطت معه هي من المواد المخدرة، ذلك أن هذا الدفع يعد من الدفع الجوهري لأن من شأن ثبوته نفي القصد الجنائي الذي لا يتحقق الجريمة بدونه، ولذا فإن على المحكمة إذا لم ترى الأخذ بهذا

الدفع أن ترد عليه بأسباب صحيحة لها أصلها الثابت في الأوراق، ولا حرج على القاضي في استظهار هذا العلم من ظروف الدعوى وملابساتها على أي نحو يراه¹³، وليس يلزم على الحكم التحدث استقلالاً عن توفر ركن العلم بحقيقة المادة ما دام يستفاد من مجموع ما أورده توفر هذا العلم عند المتهم¹⁴.

ويذهب البعض¹⁵ إلى أن القصد الجنائي في جريمة الاتجار بالمخدرات يتحقق إذا قصد الجاني احترام التعامل في المواد المحظورة، وبحيث يتخذ من هذا الاحتراف نشاطاً معتاداً له، وسواء باشر هذا النشاط أم لم يبدأ، إلا أن الراجح في الفقه يذهب إلى أن القصد الجنائي في هذه الجريمة يتحقق إذا ثبت أن اتصال الجاني بالمخدر كان بقصد تقديمه للغير بمقابل، سواء حصل فعلاً على هذا المقابل أم لا¹⁶.

وقد قضت بعض المحاكم الليبية بأن الاتجار في المواد المخدرة يتحقق ببيع قطعة من الحشيش بمبلغ أربعة دنائير¹⁷، كما أن تعدد عمليات البيع يعد كافياً لتحقيق جريمة الاتجار بالمخدرات بغض النظر عن اتخاذ الجاني لهذا النشاط حرفة معتادة له، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد أحكامها بأنه (إذا كان الحكم قد دان الطاعن بجريمة الاتجار بالمواد المخدرة بدون الحصول على ترخيص من السلطات المختصة استناداً إلى تعدد وقائع البيع، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً)¹⁸.

وتجدر الإشارة إلى أن علم الجاني بما يحمله هو من المواد المخدرة يعد حالة نفسية قائمة يُستدل عليها وتستظهرها المحكمة من ظروف الدعوى وملابساتها صراحةً أو ضمناً¹⁹، أما عدم علم الفاعل بأحكام القانون الجنائي لا يؤثر على توافر القصد الجنائي لديه إذا توافرت بقية عناصره²⁰.

المطلب الثاني: الجزاء الجنائي المقرر لجريمة الاتجار بالمواد المخدرة:

نص المشرع الليبي في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية على العديد من الجزاءات الجنائية والمقررة لجريمة الاتجار بالمواد المخدرة وتنقسم هذه العقوبات إلى عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية وتدابير وقائية بالإضافة إلى الظروف المشددة لهذه العقوبات ويمكن إيجاز هذه العقوبات فيما يلي:

الفرع الأول: العقوبات الأصلية:

نصت المادة 35 من القانون رقم 7 لسنة 1990م، المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1369 و.ر، على أنه (يعاقب بالسجن المؤبد أو السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار كل من: -

1. حاز أو أحرز أو اشترى أو باع مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية أو نباتاً من النباتات الواردة في الجدول الملحق رقم 5 هي أو بذورها أو سلمها أو تسلمها أو نقلها أو نزل عنها أو تبادل عليها أو صرفها بأية صفة كانت أو توسط في شيء من ذلك بقصد الاتجار فيها أو اتجر فيها بأية صورة وذلك في غير الأحوال المرخص بها قانوناً)، ويتضح من خلال هذا النص أن العقوبة الأصلية المقررة لجريمة الاتجار بالمخدرات في غير الأحوال المرخص بها قانوناً هي السجن المؤبد²¹ أو السجن²² مدة لا تقل عن عشرة سنوات وبما أن المشرع لم يبين الحد الأعلى لهذه العقوبة بالتالي سيكون الحد الأعلى لهذه العقوبة خمسة عشرة سنة إذا ما اختار القاضي عقوبة السجن بدلاً من عقوبة السجن المؤبد.

الفرع الثاني: الظروف المشددة:

يعد تشديد العقوبة في جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية سمة من سمات هذا القانون، ولهذا شدد المشرع العقوبة للجرائم المقررة في الفقرة الأولى من المادة 35 بند 1 وبند 2 وبند 3 وبند 4 ومن بينها الاتجار بالمواد المخدرة في حال توافر أحد الظروف المبينة في الفقرة الثانية بذات المادة فتكون العقوبة السجن المؤبد والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على خمسين ألف دينار. والظروف المشددة المقررة الفقرة الثانية من المادة 35 قبل تعديلها بالقانون رقم 23 لسنة 1369 و.ر هي كالتالي: -

أ . إذا كان الجاني عائداً أو محكوماً عليه نهائياً من إحدى المحاكم الأجنبية في جريمة مماثلة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون.

ب . إذا كان الجاني من الموظفين أو المستخدمين العموميين المنوط بهم مكافحة جرائم.

المواد المخدرة والمؤثرات العقلية أو الرقابة على تداول المواد وحيازتها.

ج . إذا اشترك الجاني في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها بفقرة الأولى من المادة 35 من القانون رقم 90/7، مع قاصر أو كان الشخص الذي قدمت اليه المادة المخدرة أو المؤثر العقلي قاصراً.

وبموجب تعديل المادة رقم 35 من القانون رقم 90/7 بالقانون رقم 23 لسنة 1369 و.ر أصبح عدد هذه الظروف المشددة ستة، وذلك بعد أن كان عددها بالمادة المذكورة ثلاثة فقط على النحو المبين سلفاً. وأضاف المشرع الى الفقرة الثانية من المادة 35 من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية ثلاثة بنود تحت أرقام د، هـ، و، نصها كالتالي: -

د . التغيرير بالقصر أو استغلالهم في ارتكاب جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية.

هـ . ارتكاب الجريمة في مؤسسة إصلاحية أو مؤسسة تعليمية أو في مرفق من مرافق الخدمات الاجتماعية أو في جوارها أو في أماكن أخرى لممارسة أنشطة تعليمية أو رياضية أو اجتماعية أو ترفيهية.

و . إذا ارتكب الفعل عن طريق الاشتراك في عصابة إجرامية منظمة على نطاق دولي أو محلي أو ارتكب الفعل باستخدام العنف أو التهديد أو السلاح.

الفرع الثالث العقوبات التكميلية:

نص تشريع المخدرات والمؤثرات العقلية على عقوبات تكميلية يحكم بها القاضي وجوباً في جنايات المخدرات وفيما يلي إيراد هذه العقوبات .

أولاً . عقوبة الغرامة:

نص المشرع الليبي في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية على الغرامة في جميع جنايات المخدرات كعقوبة تضاف للعقوبة الأصلية، وبالتالي فإن عقوبة الغرامة المنصوص عليها في جنايات المخدرات هي عقوبة تكميلية وجوبية تلحق بالعقوبات الأصلية المقررة لجنايات المخدرات والمؤثرات العقلية في المواد 34، 35، 36، 37، 38، 44 من القانون رقم 7 لسنة 1990م وتعديلاته. ويترتب على كون الغرامة عقوبة تكميلية وجوبية أن قواعد تخفيف العقوبة في حالة ظروف الرأفة المقررة في المادة 29 عقوبات لا تطبق على عقوبة الغرامة، فأثر هذه الظروف المخففة مقصور على العقوبات الأصلية فقط²³.

ثانياً . عقوبة المصادرة:

لقد أوجبت المادة 42 من القانون رقم 90/7، بصيغتها المعدلة بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم 23 لسنة 1369 و.ر. المشار إليها الحكم بمصادرة المواد المخدرة أو المؤثرة عقلياً، والنباتات المضبوطة، والأشياء المتحصلة أو المكتسبة من الجريمة ولو حولت أو بدلت أو اختلطت بها، ومصادرة وسائل النقل والأدوات المضبوطة التي استخدمت في ارتكاب الجريمة، والعقارات التي اتخذت مكاناً لزراعة أو لتخزين المواد، أو النباتات المذكورة، وذلك متى ثبت أن أياً مما تقدم مملوك للجاني متى كانت في حيازته ما لم يثبت العكس.

ووفقاً للقواعد العامة المقررة في قانون العقوبات فإن عقوبة المصادرة تكون عقوبة تكميلية في حالة ورودها على الأشياء المتحصلة من الجريمة أو المستعملة في ارتكابها، وهي تدبير وقائي في حالة ما يكون محلها أشياء يحظر التعامل فيها أو حيازتها²⁴.

والأصل أن الأموال المصادرة تؤول إلى ملكية الدولة بموجب الحكم الذي يقضي بالمصادرة، غير أن المشرع في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية خرج عن هذا الأصل حينما نص في السادسة منه على توظيف الأموال المصادرة وفقاً لأحكام هذا القانون في دعم أجهزة مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية وفي إنشاء وتطوير مؤسسات علاج المواطنين على تعاطيها، وكذلك في منح مكافآت تشجيعية للفائزين على متابعة وضبط المخدرات والمؤثرات العقلية، وذلك وفق الضوابط والأسس التي يصدر بتحديدتها مجلس الوزراء²⁵.

ثالثاً. عقوبة النشر:

أوجبت المادة 46 من القانون رقم 90/7 وتعديلاته، الحكم بنشر الملخص النهائي بالإدانة الصادر في إحدى جرائم المخدرات، حيث نصت على أنه: " تأمر المحكمة بنشر ملخص الحكم النهائي بالإدانة الصادر في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون مرتين متتاليتين في ثلاثة جرائد تعينها وعلى نفقة المحكوم عليه." وبذلك يتضح أن النشر عقوبة تكميلية وجوبية بالنسبة لجريمة الاتجار بالمواد المخدرة بدون ترخيص، أما إذا أغفل الحكم الصادر بالإدانة في هذه الجريمة الأمر بالنشر فإن ذلك من شأنه أن يعيبه ويستوجب نقضه جزئياً وتصحيحه وفق القانون²⁶.

الفرع الرابع: التدابير الوقائية الخاصة بجرائم المخدرات:

تعرف التدابير الوقائية بأنها مجموعة من الإجراءات التي يقرها المشرع لمواجهة الخطورة الإجرامية الكامنة في شخص الجاني من أجل علاجه وتأهيله بقصد توقي عودته إلى الاجرام مجدداً، وهي تعتبر مكملة للعقوبة، حيث يجري تطبيقها بمفردها في حالة امتناع العقوبة، أو مضافة لهذه الأخير متى كانت قاصرة أو غير كافية لدفع العودة إلى الإجرام مستقبلاً²⁷.

والمشرع في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم 90/7 وتعديلاته، افترض الخطورة الإجرامية في الجاني بأن نص في المادة 49 من القانون رقم 90/7م وتعديلاته، بأنه إذا ثبت إدانة شخص أكثر من مرة في إحدى الجنايات المنصوص عليها في هذا القانون، وجب اتخاذ أحد التدابير التالية ضده بقرار من المحكمة الجزئية المختصة. وهذه التدابير هي :

- 1 . الإيداع في إحدى مؤسسات العمل.
- 2 . تحديد الإقامة في أي جهة معينة.
- 3 . منع الإقامة في جهة معينة.
- 4 . الإبعاد.

5 . حظر التردد على محال أو أماكن معينة.

6 . الحرمان من ممارسة حرفة أو مهنة معينة.

وفي جميع الأحوال يجب ألا تقل مدة التدبير المأمور به عن سنة ولا تزيد على عشر سنوات، وفي حالة مخالفة الخاضع للتدبير لمقتضاه يعاقب بالحبس لمدة لا تقل عن ستة أشهر .

المبحث الثاني: الاتجار كقصد جنائي خاص في جرائم المخدرات:

بالإضافة الى اعتبار المشرع الليبي الاتجار في المخدرات صورة من صور الاتصال الغير مشروع بالمواد المخدرة او المؤثرة عقلياً، ويمثل بذلك جريمة مستقلة عن بقية جنائيات المخدرات، إلا أنه اعتبره أحد صور القصد الخاصة والتي يترتب عليها تغليظ العقوبة على مرتكب إحدى الجنائيات الواردة في قانون المخدرات رقم 7 لسنة 1990 وتعديلاته²⁸.

كما نظم المشرع الليبي هذا القصد بأحكام مغايرة تختلف عن الاحكام المقررة في القواعد العامة من قانون العقوبات، فنص على افتراض توافر هذا القصد في حالات لا تشير الى توافره، مما أثار جدلاً فقهيًا حول موقف المشرع الليبي من هذا الافتراض، وفيما يلي سنتناول تحديد مفهوم قصد الاتجار وموقف الفقه من تنظيم المشرع الليبي لأحكامه.

المطلب الأول: التطور التاريخي لمفهوم قصد الاتجار في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي:

بشكلٍ عام يتحقق قصد الاتجار كلما كان التصرف في المادة المخدرة للغير بمقابل أيًا كان نوع هذا المقابل نقداً أو عيناً أو منفعةً، وسواء حصل عليه الجاني أم لم يحصل عليه، وحتى ولو لم يستهدف الربح من وراء ذلك²⁹.

ومما تجدر الإشارة إليه أن قصد الاتجار في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي مر بعدة مراحل مختلفة يمكن تقسيمها الى مرحلتين، الأولى قبل صدور القانون رقم (23) لسنة 1369 و.ر، والمرحلة الثانية تأتي بعد صدور هذا القانون وسنتعرض فيما يلي للتطور التاريخي لمفهوم قصد الاتجار .

الفرع الأول: مفهوم قصد الاتجار قبل صدور القانون رقم 23 لسنة 1369:

نص قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (7) لسنة 1990م عند صدوره على قصد الاتجار كركن لازم لقيام الجرائم المبينة في المادة (34) بند 1و2، وكذلك المادة (35) 1بند1، حيث نصت المادة (34)/1 بند1، بأن، يعاقب كل من " 1. صدر أو جلب أو انتج أو استخرج أو فصل أو صنع أو روج مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية في غير الأحوال المرخص بها قانوناً، وكان ذلك بقصد الاتجار أو الترويج".

كما نصت المادة (34) 1/ بند2 من نفس القانون 90/7، بعقاب كل من " 2. زرع أو صدر أو جلب نباتاً من النباتات الواردة في الجدول المرفق رقم 5 في أي طور من أطوار نموها هي أو بذورها في غير الأحوال المرخص بها قانوناً، وكان ذلك بقصد الاتجار بها أو ترويجها".

وكذلك نصت المادة (35)/1 بند1 من القانون رقم 90/7، على عقاب " كل من حاز أو احرز أو اشترى أو باع مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية أو نباتات من النباتات الواردة في الجدول الملحق رقم 5 أو بذورها ... " إلا أنه بعد إصدار المشرع القانون رقم (19) لسنة 1425 ميلادية بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (7) لسنة 1990م بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية، فإن جميع

الجرائم المقررة في المواد (34) و(35) و(44) أصبح معاقباً عليها بالعقوبة المقررة في المادة (169) عقوبات، بحسب خطورة الجريمة، ولا يشترط توفر قصد الاتجار في تطبيق العقوبات المشار إليها.

غير أنه لا يخفى أهمية تحديد قصد الاتجار في جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية للقول بخطورة الجريمة، وتقدير العقوبة المناسبة التي يحكم بها القاضي على تجار المخدرات³⁰، وذلك عملاً بنص المادة (28) من قانون العقوبات التي تلزم القاضي بأن يستند في تقديره للعقوبة إلى غاية الجاني من الجريمة.

ولم تضع المحكمة العليا الليبية قبل صدور القانون رقم 23 لسنة 1369 بشأن تعديل و إضافة بعض الاحكام لقانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم 7 لسنة 1990، حيث كانت المحكمة العليا في بداية مسيرتها تتطلب لتوافر قصد الاتجار قيام الشخص بمزاولة عمليات تجارية متعددة قاصداً أن يتخذها حرفة معتادة حيث لا يكفي مجرد قيام الشخص بعملية تجارية واحدة أو عدة عمليات متفرقة في أوقات مختلفة لا اتصال بينها، غير أنها ما لبثت أن عدلت عن هذا المبدأ حيث أقرت بأن قصد الاتجار يتحقق بكل تصرف فيه بمقابل بغية تحقيق ربح مادي ولو لمرة واحدة، ثم عدلت محكمتنا العليا عن هذا المبدأ مرت أخرى وأقرت أن قصد الاتجار يتحقق كلما كان التصرف في المادة المخدرة للغير بمقابل أيا كان نوع هذا المقابل نقداً أو عينا أو منفعة و سواء حصل عليه الجاني أم لم يحصل عليه وحتى لو لم يكن يستهدف الربح من وراء ذلك وبغض النظر عن كمية المادة المخدرة المتعامل فيها وإن كان ذلك قد حصل لمرة واحدة أو قامت لدى الجاني نية التصرف فيه بمقابل³¹.

الفرع الثاني: مفهوم قصد الاتجار طبقاً للقانون رقم 23 لسنة 1369:

أضاف القانون رقم (23) المذكور، مادة جديدة إلى قانون المخدرات والمؤثرات العقلية، تحت رقم (35) مكرر، حيث أورد حكماً جديداً هو افتراض قصد الاتجار في الجرائم المنصوص عليها في المادتين (34) و (35)، ووفقاً لهذا النص لنص فإن قصد الاتجار يكون مفترضاً في إحدى الحالات الأربع التالية:

1. إذا ارتكب الفعل ولو لمرة واحدة:

إن قصد الاتجار يكون مفترضاً في الجرائم التي تطلب المشرع فيها هذا القصد، إذا ارتكب الجاني إحداها مرة واحدة³².

2. إذا ارتكب الفعل من شخص لا يمتثل للاتجار في المخدرات والمؤثرات العقلية:

إن قصد الاتجار يكون متوافراً، ولو ارتكبت الجريمة من شخص لا يتخذ الاتجار بالمخدرات والمؤثرات العقلية مهنة له، فهذا القصد يتوافر بقوة القانون عند ارتكاب الفعل، دون حاجة إلى اشتراط الاحتراف أو الاعتقاد في الجريمة المرتكبة التي يتطلب فيها هذا القصد.

3. ضالة الكمية المضبوطة من المخدرات والمؤثرات العقلية:

ووفقاً لهذا النص فإن قصد الاتجار يكون مفترضاً في حق الجاني مهما كانت الكمية التي يحرزها ضئيلة، إذ أن القانون لم يعين حد أدنى للكمية المعاقب على إحرازها.

4. عجز الجاني عن إثبات قصد آخر غير قصد الاتجار من ارتكابه الجريمة:

وفي هذه الحالة فإن عبء اثبات قصد الاتجار بموجب القانون رقم (23) لم يعد يقع على عاتق النيابة العامة كونه أصبح مفترضاً بحق المتهم الذي أعطي حق إثبات عكس ذلك، وذلك خلافاً للقاعدة العامة في الإثبات الجنائي التي تقضي بأن إثبات القصد الجنائي يقع على كاهل النيابة العامة بوصفها المدعي في الدعوى الجنائية، وليس على عاتق المتهم، ومن ثم فإنه بموجب المادة (35) مكرر، لم يعد يتعين على المحكمة كما كان في الماضي استظهار قصد الاتجار في الحكم إلا كان معيباً بالقصور في التسبب بما يوجب نقضه³³.

المطلب الثاني: الخلاف الفقهي حول أهمية افتراض المشرع لقصد الاتجار:

ان استخلاص القصد الجنائي سواء كان قصداً عاماً او قصداً خاصاً يتم من خلال ماديّات الجريمة المرتكبة وظروف ارتكابها³⁴، وبالتالي تكون الافضلية للركن المادي على الركن المعنوي للجريمة، أي أن هذا الأخير يتأثر بمحتوى الركن المادي، وهو ما يبرز بشكل واضح في التطبيق حيث يعد استنتاج القصد الجنائي من ماديّات الجريمة بمثابة استخلاص السبب من النتيجة، ولهذا قد نستغرب الحديث عن افتراض القصد الجنائي والذي يتميز دائماً عن الخطأ غير العمدي بوجوب إثباته، ولكن كما رأينا أن المشرع الليبي قد لجأ في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الى استخدام أداة الافتراض، الامر الذي طرح جدلاً فقهيًا حول مدى صحة اللجوء لافتراض في بعض المسائل الجنائية والتي أهمها القصد الجنائي، ونورد فيما يلي حجج المؤيدين والمعارضين لافتراض قصد الاتجار.

الفرع الأول: حجج المؤيدين لافتراض المشرع لقصد الاتجار:

يرى أنصار هذا الرأي والذي تؤيده كثيراً أن افتراض قصد الاتجار من أهم التعديلات التي أدخلها المشرع الليبي على قانون المخدرات والمؤثرات العقلية، وأن المشرع الليبي قد أحسن صنعا عند تقريره لهذا الحكم، حيث أن الضرورات العملية وحماية المجتمع تقتضي في بعض الاحوال الخروج على القواعد العامة المتعلقة بالإثبات³⁵، ذلك أن بعض المواقف المادية للمتهم تقتض صراحة توافر الركن المادي في حقه مما يتطلب في بعض الاحيان تعديلا في قواعد الإثبات³⁶، ومن أهم المزايا التي يحققها افتراض قصد الاتجار العديد هي:

- 1- أن المشرع الليبي أعفى النيابة العامة من عبء إثبات توافر قصد الاتجار وأعطى للمتهم الحق في إثبات أنه كان لديه قصداً آخر كالتعاطي او الاستعمال الشخصي، ويكون بذلك قد خرج على القواعد العامة التي تلقي بالإثبات على عاتق سلطة الاتهام كونها المدعي في الدعوى الجنائية.
- 2- أراح المحاكم الجنائية من ضرورة الرد على الدفوع التي تثار بشأن انتفاء قصد الاتجار أو عدم استظهاره في الحكم.
- 3- يهدف افتراض قصد الاتجار الى مواكبة التطور الذي طرأ على تشريعات المخدرات ويحقق انسجامها ومواكبتها للتطورات الاجتماعية والاقتصادية.
- 4- أن من أهم المميزات التي حققها افتراض القصد الجنائي هو إنهاء التضارب الذي كان موجودا بين أحكام المحكمة العليا الليبية حول تعريف قصد الاتجار وتوافر حالاته³⁷، وبالتالي سيؤدي هذا الافتراض الى توحيد أحكام القضاء في الدولة الليبية.³⁸

الفرع الثاني: حجج المعارضين لافتراض المشرع لقصد الاتجار:

يرى أنصار هذا الرأي أن ما ورد في نص المادة 35 مكرر من القانون رقم 7 لسنة 1990 وتعديلاته والمتعلقة بافتراض قصد الاتجار ينطوي على مخالفة صريحة للقواعد العامة المتعلقة بالإثبات الجنائي والتي تفرض على المدعي في الدعوى الجنائية إثبات دعواه³⁹.

كما ينتقد أنصار الاتجاه الرافض لمسألة افتراض القصد الجنائي هذا الاتجاه لكونه وأن كان مقبولا النص على بعض القرائن التي تقتض في المسؤولية او نقل عبء الاثبات في مجال القانون المدني فإنه ليس مقبولا للجوء لذلك في مجال القانون الجنائي، وذلك لتعارض هذا الأسلوب مع الركائز الأساسية التي تقوم عليها السياسة الجنائية المعاصرة، ومن أهم هذه الدلائل أصل البراءة، والذي ليس من العدالة في شيء أن يحرم المتهم منه كضمانة أساسية له فقط لصعوبة إثبات القصد الجنائي، وبالتالي فإن التزام سلطة الاتهام بإثبات المسؤولية الجنائية للمتهم لا يقوم على اعتبارات الملازمة بحيث تعفى من هذا الالتزام في كل مرة تصادفها صعوبة ما، بل أن ذلك يقوم على سند دستوري وهو قرينة البراءة، والتي يترتب على افتراضها أو التعارض معها الحكم بعدم الدستورية⁴⁰.

ويذهب أنصار هذا الرأي أيضا إلى أن لجوء المشرع الليبي إلى أسلوب الافتراض هو أمر منافي للعدالة، فإذا ما نظرنا إلى شدة الجزاء الجنائي وخطورته في الحالات التي يتوافر فيها قصد الاتجار، حيث سيكون المتهم عرضة لتطبيق عقوبة الإعدام أو السجن المؤبد في أسوأ الحالات، فأنا سندرك ما ينطوي عليه هذا الافتراض من خطورة ترفضها قواعد العدالة الجنائية⁴¹.

وبالرغم من منطقية الحجج التي أورده أنصار هذا الاتجاه لتعارض أسلوب الافتراض الجنائي مع طبيعة القانون الجنائي القائم على الواقع، نقول أن هناك حالات ضرورة تقتضي من المشرع الخروج على القواعد العامة بشكل استثنائي و ضرورة تحميل المتهم جانب من التزام سلطة الاتهام، لكي يزيل بنفسه كل موضع للريبة أو الشكوك حول وضعه المادي في الجريمة⁴²، والذي لا يعجز المتهم عليه ويستطيع التدليل على ذلك بكل يسر وسهولة، وأن القرينة القانونية التي يضعها المشرع بهذا الخصوص هي قرينة قابلة لإثبات العكس هدفها التخفيف من الأعباء الملقاة على عاتق سلطة الاتهام والمحاكم.

الخاتمة: بعد الانتهاء من بيان مختلف الأحكام التي نظم بها المشرع الليبي الطبيعة القانونية للإتجار بالمخدرات والمؤثرات العقلية، وما ترتب على هذا التنظيم من آثار ونتائج توصلت إليها هذه الدراسة، فإن ذلك يتطلب عرض مجمل هذه النتائج والتوصيات التي يمكن أن تطرح بالخصوص وهو ما سيتم إيراده فيما يلي:

أولاً: النتائج:

1-تبنى المشرع الليبي سياسة جنائية صارمة في مواجهة الاتجار بالمخدرات والمؤثرات العقلية عن طريق التوسع في مدلول الاتجار بالمواد المخدرة.

2-لإتجار بالمخدرات والمؤثرات العقلية طبيعة قانونية مزدوجة في التشريع الليبي، حيث قد يمثل واقعة مادية لها مفهومها القانوني المستقل عن الوقائع المادية الأخرى الواردة في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي، في حين قد يشكل الاتجار قصدا جنائيا خاصا يختلج نفسية من أتصل بشكل غير مشروع بإحدى المواد المحظورة في هذا القانون.

3-ترتب على الطبيعة المزدوجة لمفهوم الاتجار في قانون المخدرات وجود خلل واضح وتضارب في آراء الفقهاء وأحكام المحاكم حول مدى تطلب عناصر العمل التجاري فيه، فمفهوم الاتجار كجريمة مستقلة يتطلب وجود عناصر هامة كالاكتياد والربح لا يتطلبها هذا المفهوم إذا ما عُد قصداً جنائياً خاصاً لافتراضه من قبل المشرع.

4-طرح افتراض المشرع الليبي لقصد الاتجار جدلاً فقهيًا واسعاً حول مدى صحة اللجوء الى هذا الافتراض لاسيما لتعلقه بأحد أهم المسائل الجنائية وهي الإثبات الجنائي.

ثانياً: التوصيات:

- 1-زيادة الوعي الثقافي والقانوني عند كافة أفراد المجتمع بخطورة هذه الجريمة وخطورة الجزاء الجنائي المترتب عليها.
- 2-حث الجهات المختصة بتطبيق أحكام قانون المخدرات والمؤثرات العقلية على بذل مجهود أكبر للحد من زيادة هذه الظاهرة.
- 3-نوصي المشرع الليبي بتعديل نص المادة 35 من القانون رقم 7 لسنة 1990 بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية، بحيث ينص صراحة وبشكل لا يثير اللبس أو الغموض على تجريم الاتجار كأحد جنايات المخدرات أو المؤثرات العقلية وتوضيح العناصر اللازمة لتحقيق هذه الجريمة كعنصر الاكتياد أو الربح.
- 4-نوصي المشرع الليبي بالتوسع بتبني أسلوب الافتراض في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية وكافة التشريعات الجنائية، لاسيما في حالات الضرورة التي ترافق صعوبة الإثبات في بعض المسائل الجنائية وإمكانية إفلات الجناة من العقاب، وذلك كاستثناء من القواعد العامة.

المراجع:

أولاً: الكتب:

- احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، الطبعة الرابعة، 2006م.
- ادوارد غالي الدهبي، جرائم المخدرات في التشريع الليبي، المكتبة الوطنية، الطبعة الاولى، 1973م.
- رؤوف عبيد، شرح قانون العقوبات التكميلي، منشورات مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2015م.
- خالد حمد المهندي، المخدرات وآثارها النفسية والاجتماعية والاقتصادية في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، الدوحة - قطر، 2013م.
- عوض محمد، قانون العقوبات الخاص - جرائم المخدرات والتهرب الجمركي والنقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1966م.
- عبد الحكم فودة، أدلة الإثبات والنفي في الدعوى الجنائية في ضوء الفقه وقضاء النقض، الطبعة الاولى، مطبعة القدس، القاهرة، 2008..
- محمد محمود الشركسي، قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي معلقاً عليه بالفقه وأحكام القضاء، منشورات دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية. جمهورية مصر العربية، 2020م.
- محمد رمضان بارة، شرح أحكام قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي، مكتبة الوحدة، طرابلس، 2019م.

- موسى مسعود أرحومة، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي . الجزء الثاني، منشورات جامعة البحر المتوسط الدولية، بنغازي، 2017م.

ثانياً: البحوث والتقارير العلمية:

- دزوار أحمد عمر، إشكالية إثبات الصد الجرمي، مجلة جامعة دهوك، العلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد 22، العدد، 2، 2019م.

- وسام محمد خليفة، السياسة الجنائية للمشرع العراقي لمراجعة جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية في ضوء القانون رقم (50) لسنة 2017، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الثامن - العدد الثاني - 2019، ص 331/330.

- محمد حسن الجازوي، تعليق على القانون رقم 23 لسنة 1369 و.ر بتعديل وإضافة بعض الأحكام إلى القانون رقم 7 لسنة 1990م بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، العدد 2007/17.

- تقارير المخدرات العالمي لسنة 2018م وما بعدها، مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات.

ثالثاً: الأحكام القضائية:

- المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 240 لسنة 19 ق، 1973/3/27.

- المحكمة العليا، 1978/11/28، مجلة المحكمة العليا السنة 15/ العدد 4.

- المحكمة العليا جلسة 1986/5/21م. مجلة المحكمة العليا س24، ع 3 ، 4.

- المحكمة العليا، جلسة 1985/4/4م. س 22، ع 4 .

- المحكمة العليا، جلسة 1978/1/24م، مجلة المحكمة العليا س14، ع3.

- المحكمة العليا، جلسة 1984/3/6م، مجلة المحكمة العليا س 21، ع3.

- المحكمة العليا، جلسة 1971/02/02م، مجلة المحكمة العليا س7، ع2.

- المحكمة العليا، جلسة 1977/1/25م، مجلة المحكمة العليا س13، ع4.

- المحكمة العليا، جلسة 1978/1/24م، مجلة المحكمة العليا س24، ع3.

- المحكمة العليا، جلسة 1986/6/18م. مجلة المحكمة العليا س24 ع3 و 4.

- المحكمة العليا، جلسة 1986/4/9م.

- المحكمة العليا، طعن جنائي 43/1178ق، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الجنائي 2003، ج1.

- المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 240 لسنة 19 ق، 1973/3/27.

- المحكمة العليا، 1978/11/28، مجلة المحكمة العليا السنة 15/ العدد 4.

- دائرة جنايات درنة، 1972 /02/07 جناية رقم 32 لسنة 1971 نيابة درنة الكلية رقم 19 لسنة 1971.

¹ راجع تقارير المخدرات العالمي لسنة 2018م وما بعدها، مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات.

² محمد رمضان بارة، شرح أحكام قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي، مكتبة الوحدة، طرابلس، 2019، ص 27 .

3 من الناحية العلمية توجد العديد من التعريفات للمخدرات، واجتهد العلماء في تحديدها، ومن هذه التعريفات: أ. هي كل مادة طبيعية، أو مستحضرة، من شأنها، إذا استخدمت، في غير الأغراض الطبية والصناعية الموجهة، أن تؤدي إلى حالة من التعود، أو الإدمان، يضر بالصحة النفسية للفرد والمجتمع. ب. هي مواد تحتوي مكوناتها على عناصر، من شأنها، إذا استعملت بصورة متكررة، أن تأخذ لها في جسم الإنسان مكاناً، وأن تحدث في نفسيته، وجسده، تغييرات عضوية وفسولوجية ونفسية، بحيث يعتمد، ويعتاد عليها، بصورة قهرية وإجبارية، كما يؤدي إلى الإضرار بحالته الصحية والنفسية والاجتماعية، وهذا الضرر يلحق بالفرد نفسه، وبأسرته، وبالمجتمع، الذي يعيش فيه، كمدمن للمخدرات. ج. هي نوع من السموم، قد تؤدي، في بعض الحالات، خدمات جليلة،

لو استخدمت بحذر، وبقدر معين، وبمعرفة طبيب مختص للعلاج في بعض الحالات المستعصية، وتُستخدم في العمليات الجراحية لتخدير المرضى، ولكن الإدمان عليها يتسبب في انحلال جسماني، واضمحلال تدريجي في القوى العقلية، وقد يؤدي بالمدمن إلى الجنون، ويجعله فريسة الأوهام والأمراض. د. مجموعة من العقاقير، التي تؤثر على النشاط الذهني، والحالة النفسية، لمتعاطيها، إما بتنشيط الجهاز العصبي المركزي، أو بإبطاء نشاطه، أو بتسببها للهلوسة والتخيلات. وهذه العقاقير تسبب الإدمان وينجم عن تعاطيها الكثير من مشاكل الصحة العامة والمشاكل الاجتماعية خالد حمد المهدي، المخدرات وآثارها النفسية والاجتماعية والاقتصادية في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، النوحة - قطر، 2013، ص 23.

⁴ تختلف التشريعات الجنائية من حيث الأساليب المتبعة في تحديد ما يكون مخدر أو مؤثر عقلي ويمكن القول أن هذه الأساليب لا يمكن أن تخرج عن أحد هذه الاتجاهات: **الاتجاه الأول:** نظام التغطية الشاملة: يقوم هذا النظام على أساس لجوء المشرع الجنائي إلى الإقتصار على ذكر صفة المخدر التي تلحق بالمادة، وبموجب هذا النظام تقع على المحكمة المختصة حرية التقدير في تحديد طبيعة المادة على ضوء ما يثبت لديها من تحليلها عن طريق الخبراء، ويرى بعض الفقهاء أن هذه الطريقة يكتنفها الغموض حول كنه المادة المخدرة، وتؤدي إلى جدل طويل يثيره المتهمون حول علمهم بمفعول المادة المخدرة المضبوطة. **الاتجاه الثاني:** نظام الجداول: يتم بموجب هذا النظام إرفاق جداول مرفقة بالقانون الخاص بتجريم المخدرات أو المؤثرات العقلية وبالتالي فإن كل من يتصل بتلك المواد المدرجة في الجداول خلافاً للقانون يعد مرتكب الجريمة من جرائم المخدرات مستوجبة للعقاب وبالتالي لا تحتاج المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى المعروضة أمامها إثبات أن المادة تعد من المواد المخدرة لها كما كانت واردة بالجدول المرفق، أما إذا لم تكن المادة واردة بالجدول المرفقة فيجب عليها الحكم بالبراءة، وقد اتبع هذا النظام المشرع الليبي بموجب أحكام القانون رقم (7) لسنة 1990 وتعديلاته. **الاتجاه الثالث:** النظام المختلط: يحاول انصار هذا النظام تلافي عيوب كلا النظامين السابقين ويؤسس عن طريق قيام المشرع الجنائي بالجمع بين نظام الجداول ونظام التغطية الشاملة وذلك عن طريق وضع تعريف بالمواد المخدرة أو المؤثرة عقلياً وإدراج جداول ملحقة بالقانون تحتوي تلك المواد، وهذا الاتجاه الذي اتبعه المشرع العراقي في القانون رقم (50) لسنة 2017م حيث اتبع النظام المختلط إذ ورد تعريف للمواد المخدرة والمؤثرات العقلية بموجب نص المادة رقم (1) ثم إدراج جداول ملحقة بالقانون. وسام محمد خليفة، السياسة الجنائية للمشرع العراقي لمراجعة جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية في ضوء القانون رقم (50) لسنة 2017، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الثامن - العدد الثاني - 2019، ص 330/331.

5 انظر بنفس المعنى: محمد رمضان بارة مرجع سابق، ص 27.

⁶ ويرى بعض الفقهاء أن عبارة (أو اتجر فيها بأية صورة وذلك في غير الأحوال المرخص بها قانوناً) والواردة في نص المادة 35 من قانون المخدرات تتعلق بقصد الاتجار لا فعل الاتجار والتي تتيح تحقق هذا القصد ولو لم يحصل الجاني على مقابل، طالما ثبت إتصاله بالمواد المخدرة، الآن هذا الرأي لا يمكن التسليم به حيث أن عبارة (أترج) أنما تدل على فعل مادي لا مسألة نفسية يتحقق بها قصد الاتجار. أنظر في هذا الرأي: إدوارد غالي الذهبي، جرائم المخدرات في التشريع الليبي، المكتبة الوطنية، الطبعة الأولى، 1973، ص 95.

⁷ المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 240 لسنة 19 ق، 1973/3/27.

⁸ المحكمة العليا 1978/11/28، مجلة المحكمة العليا السنة 15/ العدد 4/ ص 181.

⁹ إدوارد غالي الذهبي، مرجع سابق، ص 94-95.

¹⁰ طعن جنائي 43/1178 ق، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الجنائي 2003، ج 1 ص 190، وأيضاً المحكمة العليا جلسة 1986/5/21م. مجلة المحكمة العليا ص 24، ع 3، 4 ص 191، وأيضاً جلسة 1985/4/4م. س 22، ع 4 ص 254.

¹¹ محمد رمضان بارة، المرجع السابق، ص 119.

¹² رؤوف عبيد، شرح قانون العقوبات التكميلي، منشورات مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية. جمهورية مصر العربية، 2015م، ص 77.

¹³ المحكمة العليا، جلسة 1978/1/24م، مجلة المحكمة العليا س 14، ع 3، ص 316.

¹⁴ المحكمة العليا، جلسة 1984/3/6م، مجلة المحكمة العليا س 21، ع 3، ص 263.

¹⁵ عوض محمد، قانون العقوبات الخاص - جرائم المخدرات والتهرب الجمركي والنقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1966.

¹⁶ إدوارد غالي الذهبي، مرجع سابق، ص 95.

¹⁷ دائرة جنابات درنه 1972/02/07 جنابية رقم 32 لسنة 1971 نيابة درنة الكلية رقم 19 لسنة 1971.

¹⁸ المحكمة العليا جلسة 1971/02/02م، مجلة المحكمة العليا س 7، ع 2، ص 211.

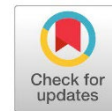
¹⁹ المحكمة العليا جلسة 1977/1/25م، مجلة المحكمة العليا س 13، ع 4، ص 156.

²⁰ المحكمة العليا، جلسة 1978/1/24م، مجلة المحكمة العليا س 24، ع 3، ص 216.

²¹ وعقوبة السجن المؤبد هي وضع المحكوم عليه في أحد الأماكن المعدة لذلك وتشغيله مدى الحياة في الأعمال التي تعينها لوائح السجون (مادة 20 من قانون العقوبات).

- ²² وعقوبة السجن هي وضع المحكوم عليه في السجن وتشغيله في الأعمال التي تعينها لوائح السجن ويجب ألا تقل عقوبة السجن عن ثلاث سنوات وألا تزيد على خمس عشرة سنة إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون (مادة 21 من قانون العقوبات).
- ²³ محمد محمود الشركسي، قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي معلقاً عليه بالفقه وأحكام القضاء، منشورات دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية . جمهورية مصر العربية، 2020م ، ص 139.
- ²⁴ موسى مسعود أرحومة، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي . الجزء الثاني، منشورات جامعة البحر المتوسط الدولية . بنغازي، 2017م، ، ص 113.
- ²⁵ محمد حسن الجازوي، تعليق على القانون رقم 23 لسنة 1369 و.ر بتعديل وإضافة بعض الأحكام إلى القانون رقم 7 لسنة 1990م بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، العدد 2007/17، ص 220.
- ²⁶ أنظر حكم المحكمة العليا الليبية جلسة 1986/6/18م. مجلة المحكمة العليا س 24 ع 3 و 4 ص 236.
- ²⁷ وتستخلص الخطورة الاجرامية طبقاً للمادة 135 عقوبات من الظروف المبينة في المادة 28 عقوبات التي تتخذ أساساً لتبرير العقوبة، وهي: طبيعة الفعل ونوعه والوسائل التي استعملت لارتكابه وغايته ومكان وقوعه ووقته وسائر الظروف المتعلقة به،، جسامة الضرر أو الخطر الناتج عن الفعل،، مدى القصد الجنائي سواء أكان عمدياً أم غير عمدي،، دوافع ارتكاب الجريمة وخلق المجرم، سلوك المجرم وقت ارتكاب الجريمة وبعده، ظروف حياة المجرم الشخصية والعائلية والاجتماعية.
- ²⁸ ومثال القصد الخاصة الواردة في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي، قصد الترويج والتعاطي والاستخدام الشخصي بالإضافة الى بعض القصد المختلف فقها في مدى تطلبها وهي قصد التقديم للتعاطي وتسهيله.
- ²⁹ المحكمة العليا جلسة 1986/4/9م.
- ³⁰ محمد رمضان باره، المرجع السابق، ص 127.
- ³¹ المرجع السابق، ص 115.
- ³² الجرائم التي يتطلب فيها المشرع الليبي قصد الاتجار هي (أولاً: الحياة أو الإحراز و الاتجار والترويج والجلب والتصدير و زراعة النباتات المخدرة و الانتاج والاستخراج والتعامل في المواد او النباتات المخدرة
- ³³ محمد حسن الجازوي، مرجع السابق، ص 213- 216.
- ³⁴ ذروار أحمد عمر، إشكالية إثبات الصد الجرمي، مجلة جامعة دهب، العلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد 22، العدد، 2، 2019، ص 95.
- ³⁵ أخذ المشرع الفرنسي بمبدأ الافتراض في العديد من التشريعات منها، المادة 227 من قانون العقوبات والمادة 357 الفقرة الثانية من قانون العقوبات والمادة 35 من قانون الصحافة الفرنسي.
- ³⁶ عبد الحكم فودة، أدلة الاثبات والنفي في الدعوى الجنائية في ضوء الفقه و قضاء النقض، الطبعة الأولى، مطبعة القدس، القاهرة، 2008، ص 26.
- ³⁷ أنظر على سبيل المثال الاحكام الآتية - المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 240 لسنة 19 ق، 1973/3/27 وكذلك حكم المحكمة العليا 1978/11/28، مجلة المحكمة العليا السنة 15/ العدد 4/ ص 181.
- ³⁸ محمد حسن الجازوي، مرجع السابق، ص 211-212.
- ³⁹ محمد رمضان باره، المرجع السابق، ص 120.
- ⁴⁰ احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، الطبعة الرابعة، 2006، ص 204-205. ومن الامثلة على عدم دستورية الافتراض ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن نص المادة 2/121 من قانون الجمارك الذي يفترض القصد الجنائي لدى المتهم في جريمة تهريب البضائع الاجنبية ويلزمه بإثبات دفع الرسوم والضرائب الجمركية. حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، جلسة 1997/02/01، ع 59، ج 8، س 18، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، قضائية دستورية، 1997، ص 86.
- ⁴¹ محمد رمضان باره، المرجع السابق، ص 120.
- ⁴² ومن قبيل الحالات التي لجأ فيها المشرع الليبي للافتراض ما نصت عليه المادة الثانية من القانون رقم (23) لسنة 1369 و.ر بتعديل وإضافة بعض الأحكام إلى القانون رقم (7) لسنة 1990 إفرنجي بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية على أنه (.... ويعاقب بذات العقوبة كل من حول أموالاً أو بدلها أو نقلها أو أخفاها أو موه حقيقتها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها مع علمه بأنها مستمدة من الجريمة أو من فعل يعد اشتراكاً فيها. وكان ذلك بقصد إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع. ويقع على الجاني عبء إثبات شرعية المصدر).

The Problem of Electoral Appeals in Libyan Legislation “An Analytical Study of Law No. 1 Of 2021 Ad Concerning the Election of the President of the State”



Ezeddin B. A. Mohamed

*Corresponding author:

ezeddin.abukrj@yahoo.com

Department of Public Law,
Faculty of Legal, Omar Al-
Mukhtar University, Libya.

Received:

11 April 2023

Accepted:

25 August 2023

Publish online:

31 December 2023

Abstract: There is no doubt that electoral disputes are a reflection of the stages that the electoral process goes through. Therefore, the research sought to accurately understand electoral disputes and the appeals against them by analyzing the texts of Law No. 1 of 2021 AD regarding the election of the President of the State. The research concluded that electoral appeals are an effective tool in granting legitimacy to general elections, including the correction they include, especially since the Libyan state is about to hold presidential elections for the first time in its history. This requires the establishment of a precise legal system for electoral appeals to ensure that the problems that marred Law No. 1 of 2021 are avoided.

Keywords: Electoral Dispute, Administrative Appeal, Judicial Appeal.

إشكالية الطعون الانتخابية في التشريع الليبي "دراسة تحليلية للقانون رقم 1 لسنة 2021م بشأن انتخاب رئيس الدولة"

المستخلص: لا مراء في أن المنازعة الانتخابية تعد انعكاساً للمراحل التي تمر بها العملية الانتخابية، فهي تشمل جميع الأعمال المادية والإجراءات القانونية الممهدة للانتخابات، والمرتبطة بسير العملية الانتخابية، انتهاءً بفرز الأصوات وإعلان النتائج؛ لهذا فقد سعى البحث إلى محاولة الفهم الدقيق للمنازعات الانتخابية والطعون الواردة عليها من خلال تحليل نصوص القانون رقم 1 لسنة 2021م بشأن انتخاب رئيس الدولة، لإبراز دور الرقابتين الإدارية والقضائية على العملية الانتخابية، وبيان الإجراءات المتبعة من قبل ذوي الشأن لتقديم الطعون، والجهات المختصة بنظرها. وقد خلص البحث إلى أن الطعون الانتخابية تعد الأداة الفاعلة في إضفاء المشروعية على الانتخابات العامة بما تتضمنه من تصحيح أو تعديل وصولاً إلى تحقيق العدالة الانتخابية المنشودة، لاسيما وأن الدولة الليبية مقبلة على انتخابات رئاسية لأول مرة في تاريخها. مما يستدعي وضع نظام قانوني دقيق وشامل للطعون الانتخابية يمتاز بالبساطة وسرعة البت فيها استناداً إلى نصوص قانونية واضحة تضمن تلافي المشاكل والتغرات التي شابت القانون رقم 1 لسنة 2021م.

الكلمات المفتاحية: المنازعة الانتخابية، الطعن الإداري، الطعن القضائي.



المقدمة: لا غرو أن الانتخابات تُعد من أهم الأساليب الديمقراطية المتبعة في اختيار ممثلي الشعب، ومن ثم وجب الحرص على مصداقيتها لضمان الاختيارات الواقعية للناخبين ونزاهة الآثار المترتبة عليها؛ وفي هذا السياق وضع المشرع الليبي قواعد قانونية تحكم العملية الانتخابية، وأوكل أمر تنفيذها والإشراف عليها، وقبول التظلمات والاعتراضات بشأنها إلى المفوضية الوطنية العليا للانتخابات¹.

إلا أنه نظراً لارتباط المنازعات الانتخابية بحقوق شخصية وأخرى موضوعية يتركز مجملها حول الفصل في صحة الوضع القانوني للناخب أو المترشح، والتأكد من توافر الشروط القانونية لإجراء الانتخابات، وتامها بطريقة سليمة معبرة عن إرادة الناخبين²؛ فقد يشكك البعض في نزاهة الانتخابات، الأمر الذي دعا المشرع الليبي إلى تحويل القضاء مراقبة العملية الانتخابية ومدى صحة ما تتخذه المفوضية من إجراءات، لضمان إجراء انتخابات حرة ونزيهة وشفافة³. ولئن كانت النظم القانونية المقارنة قد اختلفت حول تحديد المحكمة المختصة بنظر الطعون الانتخابية؛ فإن المشرع الليبي قد اتجه في جميع القوانين الانتخابية الصادرة بعد ثورة فبراير سنة 2011م إلى تركيز الاختصاص بنظر الطعون الانتخابية أمام المحاكم العادية⁴.

أهمية الدراسة:

تكتسي هذه الدراسة أهمية بالغة لكونها تنصب على دراسة النصوص القانونية المنظمة لسير العملية الانتخابية، مع إبراز دور الرقابتين الإدارية والقضائية عليها من خلال توضيح الإجراءات المتبعة من قبل ذوي الشأن لتقديم الطعون، وبيان الجهات المختصة بنظرها.

وسوف تقوم هذه الدراسة بلا شك إلى المساهمة في الفهم الدقيق للمنازعات الانتخابية والطعون الواردة عليها، بوصفها الأداة الفاعلة في إضفاء المشروعية على الانتخابات العامة بما تتضمنه من تصحيح أو تعديل وصولاً إلى تحقيق العدالة الانتخابية المنشودة، لاسيما وأن الدولة الليبية مقبلة على انتخابات رئاسية لأول مرة في تاريخها⁵.

إشكالية الدراسة:

تكمن إشكالية الدراسة في تبني المشرع الليبي في القانون رقم 1 لسنة 2021م، أسلوب الطعون الإدارية والقضائية للطعن على العملية الانتخابية، وهذا بالطبع يقودنا إلى طرح التساؤلات الآتية: ما المنازعات المحتمل وقوعها أثناء الانتخابات الرئاسية؟ وما طرق الطعن عليها؟ وهل ستحول الطعون المقدمة إلى لقضاء المدني دون رفع دعاوى بشأنها أمام دوائر القضاء الإداري؟

منهج وخطوة الدراسة:

سوف نتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي، والمنهج الوصفي للتعرف على المنازعات الانتخابية وكيفية الفصل فيها، وقد فرضت علينا الاعتبارات العملية التعرض إلى القواعد التي تحكم كل مرحلة من مراحل العملية الانتخابية، لتوضيح حدود المنازعات الانتخابية، قبل اللجوء إلى الأحكام القانونية المنظمة للطعون الانتخابية؛ وفي سبيل معالجة الإشكاليات المطروحة في هذه الدراسة، فقد رأينا تقسيمها وفقاً للخطوة الآتية:

المطلب التمهيدي: ماهية المنازعات الانتخابية

المطلب الأول: الطعون الإدارية

المطلب الثاني: الطعون القضائية

المطلب التمهيدي: ماهية المنازعة الانتخابية:

لا مرأى في أن المنازعة الانتخابية تعد انعكاساً للمراحل التي تمر بها العملية الانتخابية، فهي تشمل جميع الأعمال المادية والإجراءات القانونية الممهدة للانتخابات، والمرتبطة بسير العملية الانتخابية، وفرز الأصوات وإعلان النتائج، ويعد الناخب والمرشح والإدارة الانتخابية الأطراف الأساسيين في المنازعة الانتخابية.

وتكتسي المنازعة الانتخابية الطابع الإداري متى تم الفصل فيها عن طريق الجهة المشرفة على الانتخابات؛ أما إذا تطور الأمر وانعقد الاختصاص بشأنها للقضاء، فإننا نكون بصدد منازعة قضائية، وهي بهذا الوصف تختلف في جوهرها عن الجريمة الانتخابية التي يختص بنظرها القضاء الجنائي⁶.

ولقد تباينت الآراء حول تحديد المنازعة الانتخابية بين موسع لمدلولها ومضيق، ففي الوقت الذي حصرها البعض في الاعتراض على عملية اختيار المرشحين للانتخابات وفقاً للإجراءات والشروط المنصوص عليها في قانون الانتخاب، فقد توسع البعض الآخر في تحديدها حيث شملت سجلات الناخبين، مروراً بمرحلة الترشح وإجراءاته، وانتهاءً بإعلان النتائج النهائية للانتخابات⁷.

واستناداً إلى ما تقدم يتعين علينا التطرق إلى المنازعات الانتخابية بمدلولها الواسع بحيث تشمل السجلات الانتخابية، والمنازعات المصاحبة لباقي مراحل العملية الانتخابية، وصولاً إلى فرز الأصوات وإعلان النتائج، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: منازعات السجل الانتخابي:

تُعد عملية إعداد السجل الانتخابي، والقيد فيه، وإعلانه من الأعمال التحضيرية ذات الطابع الفني والتي تسبق عملية الاقتراع، فهي بمثابة حجر الزاوية في العملية الانتخابية لاحتوائها على أسماء وألقاب الناخبين، وتواريخ وأماكن ميلادهم، وموطنهم الانتخابي⁸، بالإضافة إلى أرقامهم الوطنية⁹. ولقد عرفت المادة (6/1) من لائحة تسجيل المترشحين لانتخاب رئيس الدولة قاعدة بيانات الناخبين بأنها "المنظومة التي تحوي جميع من قبلت طلباتهم للقيد في سجل الناخبين، وتضم البيانات ذات العلاقة بالتحقق من هوية الناخب، وتأهله لممارسة حق التصويت"¹⁰.

والجدير بالملاحظة أن القوانين الانتخابية المقارنة اختلفت في اعتماد طريقة التسجيل في السجلات الانتخابية، حيث تبنى بعضها أسلوب التسجيل التلقائي بقوة القانون دون الحاجة إلى تقديم طلب لغرض التسجيل، بينما اتجه البعض الآخر لاعتماد أسلوب التسجيل بناء على طلب يتقدم به المواطن إلى الجهة الإدارية المشرفة على الانتخابات. وهذا الأسلوب الأخير تبناه المشرع الليبي في القوانين الانتخابية الصادرة بعد ثورة فبراير 2011م حيث يتقدم المواطن بطلب إلى أحد المراكز التابعة للمفوضية الوطنية العليا للانتخابات للقيد في سجلات الناخبين¹¹.

وفي المجمل يترتب على عملية القيد في السجل الانتخابي إضفاء صفة الناخب على كل من توافرت فيه الشروط القانونية، مالم يكن ممنوعاً من ممارسة حقه السياسي بحكم قضائي¹². وتتوج هذه العملية بمنح الناخب بطاقة انتخابية تعد قرينة لإثبات صحة

عملية التسجيل، وتشتمل على البيانات الخاصة بالناخب، كالاسم واللقب، تاريخ الميلاد ومكانه، والعنوان الشخصي، والرقم الوطني، والمركز الانتخابي، وقد تكون هذه البطاقة صالحة للاستخدام في جميع الاستحقاقات الانتخابية أو بعض منها¹³.

وتكمن أهمية السجل الانتخابي في بيان حجم المشاركة السياسية لأفراد الشعب ومدى مساهمتهم في تحقيق انتخابات حرة ونزيهة؛ لأن صحة النظام الانتخابي ودقته تتوقف على مصداقية السجلات الانتخابية؛ التي حصرت الهيئة الناخبة في كل من بلغ سن الرشد السياسي ما لم يكن محروماً من مباشرة حقوقه السياسية¹⁴. ويتسم السجل الانتخابي بالآتي:

1/العمومية: يكتسب السجل الانتخابي صفة العمومية، لاستخدامه في الانتخابات التشريعية والرئاسية والاستفتاءات الوطنية، وهذا ما قرره المادة (5/3) من قانون إنشاء المفوضية الوطنية العليا للانتخابات رقم (8) لسنة 2013م التي حددت مهمتها على النحو الآتي: "تسجيل الناخبين وإعداد سجلات وقوائم بياناتهم ومراجعتها وفق ما تضعه المفوضية من إجراءات وآليات تمكنها من تنفيذ ذلك"¹⁵.

2/الديمومة: إن السجل الانتخابي لا يخضع للتعديل إلا بصفة دورية، ومن ثم لا يجوز شطب أو حذف اسم أي من الناخبين ما لم يفقد صفته كناخب، كأن يُحكم عليه بعقوبة جنائية، أو حرمانه من ممارسة حقوقه المدنية والسياسية¹⁶.

3/العلنية: إن هذه السمة مستمدة من إلزام المشرع المفوضية الوطنية العليا للانتخابات بإعلان السجلات الانتخابية، وإصدار بطاقات خاصة للناخبين، وتسليمها لهم قبل موعد الاقتراع¹⁷.

ولعل الحكمة من إعلان السجلات الانتخابية تتمثل في تمكين الناخبين من الاطلاع عليها، وابداء الاعتراضات أو الطعون بشأنها، فإذا قُبِل الاعتراض أو الطعن وجب على المفوضية تعديل السجل الانتخابي وفقاً للقرارات النهائية الصادرة عن الجهات المختصة؛ لأن الحرص على دقة السجلات الانتخابية، يُعد انعكاساً صادقاً للتعبير عن إرادة الأمة، فإذا تسرب لها الخلل بإضافة أسماء أشخاص لا يتمتعون بحق الانتخاب، أو حذف أسماء أشخاص يتمتعون بهذا الحق، فقد يتسبب ذلك في تشويه الانتخابات وتزييف إرادة الأمة¹⁸.

ومن نافلة القول أن المشرع الليبي لم يول عملية الإعلان عن السجلات الانتخابية قدراً كبيراً من الاهتمام، فكان من المفترض النص صراحةً عن نشر قوائم إلكترونية بأسماء الناخبين على الموقع الرسمي للمفوضية، مع التأكيد على حق كل ناخب في تقديم اعتراض حال عدم تمكنه من الحصول على بطاقته الانتخابية بسبب تعسف جهة الإدارة أو مماطلتها، خصوصاً في الحالات التي يعتمد فيها بعض موظفي الإدارة الانتخابية التأثير على مجريات العملية الانتخابية¹⁹.

الفرع الثاني: منازعات الترشح:

ترتبط هذه المنازعات ببداية إجراءات الترشح، وخوض غمار الحملات الانتخابية، وهذا ما دفعنا إلى طرق بابها على النحو الآتي:

أولاً: حق الترشح:

إن حق الترشح يُعد من أهم المبادئ التي حرصت معظم الدساتير على إرسائها وتحقيق مضمونها عبر الانتخابات العامة، حيث فتحت باب الترشح أمام الناخبين كافة²⁰، وتعتبر هذه المرحلة بمثابة الانطلاقة الفعلية للعملية الانتخابية بكل ما تحمله من مناورات سياسية يسعى فيها المرشح إلى الفوز على منافسيه، أو على الأقل التأثير عليهم عبر الوسائل القانونية المتاحة سواء بتقديم

الاعتراضات أو الطعون في إجراءات ترشحهم أمام الجهات المختصة²¹. وتبدأ مرحلة الترشح بمجرد قيام المفوضية الوطنية العليا للانتخابات بالإعلان عن فتح باب الترشح استناداً إلى القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية²².

ولئن كانت أغلب النظم القانونية المقارنة قد تبنت مبدأ عمومية الترشح القائم على المساواة بين المواطنين، إلا أن هناك بعض الاعتبارات القانونية والسياسية أملت عليها وضع بعض الشروط المستمدة من أسس ومعايير موضوعية ترتبط بتحديد سن الترشح، والمستوى التعليمي، ومواعيد تقديم طلبات الترشح²³. وفي هذا الصدد اشترطت المادة (10) من القانون رقم (1) لسنة 2021م بشأن انتخاب الرئيس - المعدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2021م -، فيمن يتقدم بطلب الترشح للرئاسة توافر الشروط الآتية:

- 1- أن يكون ليبيا مسلماً من أبوين ليبيين مسلمين.
- 2- ألا يحمل جنسية دولة أخرى عند ترشحهم ما لم يكن مأدوناً له من الجهات المختصة.
- 3- ألا يكون متزوجاً من غير ليبية أو متزوجة من غير ليبي.
- 4- ألا تقل سنه يوم الترشح عن خمس وثلاثين سنة ميلادية.
- 5- أن يكون حاصلًا على مؤهل جامعي أو ما يعادله.
- 6- أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية.
- 7- ألا يكون محكوماً عليه نهائياً في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة.
- 8- أن يكون لائقاً صحياً لممارسة مهام الرئاسة.
- 9- أن يقدم إقراراً بملكاته الثابتة والمنقولة له ولزوجته وأولاده القصر داخل ليبيا وخارجها.
- 10- ألا يكون موظفاً في المفوضية أو لجانها الانتخابية أو عضواً بإحدى لجان مراكز الاقتراع.

ومن جهتها فرضت المادة (11) من ذات القانون على المترشح تقديم ما لا يقل عن خمسة آلاف ترقية من الناخبين المسجلين في قاعدة بيانات الناخبين، بينما أكدت المادة (12) - المعدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2021م - على ضرورة ترك المترشح للرئاسة مهام عمله قبل موعد الانتخابات بقولها: " يشترط لصحة الترشح أن يتوقف المترشح مدنياً أو عسكرياً عن العمل وممارسة مهامه قبل موعد الانتخاب المقرر في 24/ديسمبر/2021م، بثلاثة أشهر وإذا لم يُنتخب فإنه يعود إلى سابق عمله وتصرف مستحقاته كافة ".

ولقد أثارت هذه المادة جدلاً واسعاً حول مدى انطباقها على السيد عبدالحميد الدبيبة رئيس حكومة الوحدة الوطنية، خصوصاً بعد قيام مجلس النواب بسحب الثقة منه بتاريخ 2021/9/22م، حيث اعتبر البعض استمراره في عمله لا يحول دون ترشحه؛ لأن نص المادة (194) من القانون رقم 4 لسنة 2014م منحه مكنة تسيير الأعمال إلى حين تكليف حكومة جديدة²⁴. وفي المقابل ظهر تفسير آخري قود إلى انطباق المادة المذكورة على السيد رئيس الحكومة، ومن ثم لا يحق له الترشح للانتخابات الرئاسية²⁵.

وقد انعكست هذه التفسيرات على الأحكام القضائية الصادرة في هذا الخصوص، حيث ذهبت لجنة الطعون القضائية بمحكمة طرابلس الابتدائية إلى عدم جواز ترشح السيد عبدالحميد الدبيبة لاستمراره في مزاولة عمله، بينما اتجهت محكمة استئناف طرابلس إلى إلغاء هذا الحكم بمقولة "... فإن هذا النص بتلك الصيغة لا يمكن إعماله وتطبيقه على وقائع الانتخابات الرئاسية؛ لأنه ورد في ذات التعديل في المادة الثانية منه على أنه يعمل به من تاريخ صدوره بتاريخ 20 أكتوبر 2021م، وفي ذات الوقت يشترط لصحة الترشح أن يتوقف المترشح عن العمل وممارسة مهامه قبل الموعد المحدد للانتخابات وهو 24 ديسمبر 2021م بثلاثة أشهر وباحتساب المدة من 20 أكتوبر 2021م إلى 24 ديسمبر 2021م نجدها لا تتجاوز أربعة وستون يوماً فقط بأقل من المدة المحددة بالنص المذكور وهي ثلاثة أشهر، وبالتالي فإن هذا النص معيب يستحيل تنفيذه، ويكون غير قابل للتطبيق طبق القاعدة الفقهية "لا

يكلف بمستحيل" وفضلا عن ذلك فإن المفوضية العليا للانتخابات قد أدرجت المستأنف وغيره من العاملين بالدولة، ولمتراع هذا الشرط لاستحالة تطبيقه، وحيث إنه ولما كان الأمر كذلك، وأن لجنة الطعون الانتخابية الابتدائية المطعون في قرارها قد خالفت هذا النظر وغفلت عن ملاحظة ما سلف فإنها تكون قد خالفت القانون بما يحتم إلغاء قرارها الطعين"²⁶.

ثانياً: الحملة الانتخابية:

يُقصد بالحملة الانتخابية جميع الوسائل المشروعة التي يتبناها المرشحون لعرض برامجهم الانتخابية في الفترة التي تسبق عملية الاقتراع، بهدف التأثير على الناخبين، والظفر بأصواتهم. فالدعاية الانتخابية على هذا النحو تُعد حقاً قانونياً يقوم على مجموعة من الأسس والمبادئ التي تضمن المساواة بين المترشحين²⁷.

وفي هذا السياق خول المشرع الليبي في القانون رقم 1 لسنة 2021م مجلس المفوضية الوطنية العليا للانتخابات وضع ضوابط للحملة الانتخابية، المتمثلة في الآتي:

1/ الالتزام بأحكام وآداب الشريعة الإسلامية.

2/ عدم مخالفة النظام العام أو مدونة قواعد السلوك الخاصة بالمرشحين.

3/ عدم التحريض على ارتكاب الجرائم، أو الإخلال بالأمن، أو الدعوة إلى الكراهية، أو التمييز، أو إثارة النزعات القبلية والجهوية، أو تهديد الوحدة الوطنية.

4/ يُحظر على المترشحين تنظيم الحملات الانتخابية داخل المساجد، والمؤسسات التعليمية والحكومية، أو استعمال أصول وممتلكات تلك الجهات في الحملات الانتخابية.

5/ شفافية تمويل الحملات الانتخابية للمرشحين، وعدم قبول أي تمويل أجنبي لحملاتهم الانتخابية

6/ يُحظر على المترشحين استعمال علم الدولة، أو الشعارات الرسمية في الاجتماعات أو الاعلانات، أو المنشورات أثناء الحملة الانتخابية.

7/ يُحظر على أي شخص استغلال سلطته أو مركزه الوظيفي في القيام بأي نشاط دعائي بقصد التأثير على إرادة الناخبين لصالح أحد المرشحين.

8/ إنهاء جميع أنشطة الحملة الانتخابية قبل يوم الاقتراع بـ(24) ساعة.

9/ يلتزم المرشح خلال عشرة أيام من يوم الاقتراع بتقديم بيان مالي يبين فيه إيرادات الحملة الانتخابية ومصروفاتها، معتمد من محاسب قانوني²⁸.

وعلى الرغم من الضوابط الحاكمة للحملة الانتخابية، إلا أنها قد لا تحول دون وقوع خروقات جسيمة، تؤثر في نتائج الانتخابات، كاستعمال المال السياسي لاستمالة الناخبين وشراء أصواتهم، أو تجاوز سقف المصاريف المحدد للحملة الانتخابية، أو استغلال

الرموز الوطنية للترويج لأحد المرشحين، أو عدم التقيد بوقت بداية الحملة الانتخابية ونهايتها، أو إلصاق الإعلانات داخل الأماكن العامة وخارجها، أو استغلال تجهيزات وإمكانات الدولة... إلخ²⁹.

وما يعزز من فرص ظهور مثل هذه الخروقات هو عدم تبني المشرع الليبي آليات محددة لمتابعة الحملات الانتخابية، كتشكيل لجان لرصد وضبط هذه الخروقات على غرار بعض القوانين المقارنة³⁰.

الفرع الثالث: منازعات الاقتراع وفرز الأصوات وإعلان النتائج:

لقد فتحت جل القوانين المقارنة باب الطعون الانتخابية على مصراعيه، للتثبت من مدى مشروعية عمليات الاقتراع وفرز الأصوات وإعلان النتائج؛ وكأن لسان حالها يقول إن أي خلل قد يلحق بها-ولو كان يسيراً- سوف يؤثر حتماً في الانتخابات ونزاهتها³¹.

والمشرع الليبي بدوره لم يخرج عن هذا السياق، حيث شدد في القانون رقم 1 لسنة 2021م واللوائح الصادرة بمقتضاه على أهمية مرحلة الاقتراع وفرز الأصوات وإعلان النتائج، كما استن أكثر من طريق للطعن على محاولات خرق الأطر التشريعية والتنظيمية المعتمدة في هذه المرحلة، وهو ما سنستعرضه على النحو الآتي:

أولاً: المنازعات المتعلقة بعملية الاقتراع:

يُعد إدلاء الناخبين بأصواتهم يوم الاقتراع من أهم مراحل العملية الانتخابية، لهذا فإن أغلب القوانين الانتخابية المقارنة اتجهت إلى إيجاد أنجع السبل الإجرائية التي تضمن التعبير السليم عن الإرادة الحرة للناخبين. وتطور المنازعات الانتخابية في هذه المرحلة حول مجموع العمليات التي يقوم بها الناخب تحت مراقبة الإدارة الانتخابية وممثلي المرشحين، وتبدأ من لحظة دخول الناخب قاعة التصويت، والإدلاء بصوته في مكان مغلق، وتنتهي بإيداع ورقة الاقتراع في الصندوق بسرية تامة³².

وقد حددت المادة (34) من القانون رقم 1 لسنة 2021م الاقتراع بيوم واحد يبدأ من الساعة الثامنة صباحاً إلى الثامنة مساءً، مع إمكانية تمديد الوقت المخصص للاقتراع في حال وجود بعض الناخبين في المركز الانتخابي ممن لم يتمكنوا من الإدلاء بأصواتهم، وبعد اتمام عملية التصويت يقوم رئيس المركز الانتخابي بالإعلان عن انتهاء عملية التصويت داخل المركز.

وتتركز أغلب الاعتراضات والطعون الانتخابية في هذه المرحلة على ما يدور يوم الاقتراع، كأن يدعي بعض المرشحين استعمال منافسيهم وسائل غير مشروعة للحصول على أصوات الناخبين، أو إضافة بعض أوراق الاقتراع التي تحمل أسماء بعض المتوفين، أو ممن تغيبوا يوم الاقتراع³³.

ثانياً: المنازعات المتعلقة بفرز الأصوات وإعلان النتائج:

إن عمليتي فرز الأصوات وإعلان النتائج لا تقل أهميتها عن مرحلة الاقتراع، فمن خلال الفرز يتم الكشف بشكل علني عن الإرادة الشعبية التي تضمنتها أوراق الاقتراع، وقد حرصت القوانين الانتخابية على وضع قواعد قانونية تحكم إجراءات الفرز، وإعلان النتائج الأولية تمهيداً لإعلان النتائج النهائية للمرشحين الذين ارتضاهم الشعب ممثلين عن إرادته³⁴. وهذا ما سنستعرضه على النحو الآتي:

1/ فرز الأصوات:

ترتبط عملية فرز أصوات الناخبين بنزاهة وشفافية العملية الانتخابية، فإذا حادت إجراءات الفرز عن الضوابط المقررة قانوناً، فإنها قد تتسبب في الحاق شبهة الفساد بالعملية الانتخابية³⁵.

ولهذا فقد اتجهت أغلب القوانين المقارنة إلى إلزام الإدارة الانتخابية عقب الانتهاء من عملية التصويت مباشرةً بفرز وإحصاء الأصوات، وإفراغ صناديق الاقتراع من الأوراق ومطابقة عددها مع مجموع الأوراق الصادرة للناخبين، وتدوين الأصوات الصحيحة التي تحصل عليها كل مترشح، ثم إعادتها إلى الصناديق بعد الانتهاء من عملية الفرز والعد. وبالإضافة إلى الأوراق الصحيحة ينتج عن عملية الفرز، أوراق تالفة³⁶ وملغاة³⁷، وباطلة³⁸، حيث يوضع كل منها في ظرف مستقل، ويتم الكتابة على ظهر الغلاف عدد الأوراق الملغاة، أو الباطلة، أو التالفة، وتعتمد من رئيس وأعضاء المركز الانتخابي. وفي جميع الأحوال يجب أن تتم إجراءات الفرز والعد في حضور المراقبين ووكلاء المرشحين، والممثلين الإعلاميين المعتمدين من المفوضية، تحت إشراف رئيس مركز الاقتراع الذي يستطيع بدوره تقليص عدد الحاضرين أثناء عملية الفرز، أو استبعاد من تثبت مخالفته للقواعد المعمول بها في المفوضية³⁹.

2/ إعلان النتائج:

بمجرد الانتهاء من عملية فرز الأصوات وعدها، يقوم رئيس مركز الاقتراع بإعلان النتائج الأولية⁴⁰، وتعتبر هذه النتائج الركيزة الأساسية في تحديد الفائز من بين المترشحين، إلا أنها ليست نهائية، فهي تتطلب إحصاء الأصوات على مستوى الدولة، للتأكد من مطابقتها أو عدم مطابقتها للأطر القانونية المعمول بها⁴¹. وبعد تمام عملية الإحصاء ومضي عشرة أيام على يوم الاقتراع، وانتهاء المواعيد المحددة للطعن تقوم المفوضية بالإعلان عن النتائج النهائية ونشرها في جميع وسائل الاعلام وعلى موقعها الالكتروني⁴².

ومن ثم يتعين على لجان الاعتراضات عدم قبول الاعتراضات المقدمة على النتائج المعلنة من قبل المفوضية، والاكتفاء بتوجيه المعارض إلى المحكمة المختصة المادة (9) من قرار المفوضية العليا للانتخابات رقم 62 لسنة 2021م⁴³.

المطلب الأول: الطعون الإدارية:

إن الهدف الأساسي للطعون الإدارية هو محاربة أوجه القصور في الإجراءات الانتخابية ومتابعة تنفيذها على الوجه الصحيح، حفاظاً على مصالح الناخبين وحقوقهم عن طريق توفير حماية شاملة ومتكاملة تتولاها الجهة المشرفة على الانتخابات، ويعد هذا النوع من الرقابة من أهم الآليات التي اعتمدتها القوانين المقارنة لضمان حسن سير الانتخابات، وردع محاولات خرق نصوصها⁴⁴.

ويُعرف البعض الطعن الإداري على أنه: "الطلب أو الشكوى التي يتقدم بها الشخص المتظلم إلى الجهة الإدارية المختصة لمنازعة عمل قانوني ألحق به أذى، ويكون الطعن في شكل رسالة مكتوبة مستوفية جميع بياناتها الرئيسية كالتاريخ، الموضوع، العنوان، والمرفقات المؤيدة للطعن"⁴⁵.

وقد تبني المشرع الليبي في القانون رقم 1 لسنة 2021م أسلوب الطعن الإداري، إلا أن استخدامه اياه لم يكن منضبطاً، فتارة ورد تحت مسمى الاعتراض، وتارة أخرى نعتته بالتظلم، وكان الأولى به استخدام مصطلح الطعن الإداري.

وهذا بالطبع قد فرض علينا تحديد مفهومي الاعتراض والتظلم، وشروطها والجهة المختصة بنظرها، مع التعرّيج على مسألة هامة تتعلق بسلطة المفوضية في اتخاذ قرارات الحجب والإلغاء والاستبعاد، ارتأينا إيرادها في هذا المطلب على النحو الآتي:

الفرع الأول: ماهية الطعن الإداري:

كما سبق القول فإن المشرع الليبي في القانون رقم 1 لسنة 2021م قد خلط بين مفهومي التظلم، والاعتراض، وكان الأولى به استخدام مصطلح الطعن الإداري لكي يشمل المصطلحين، فالتظلم في عمومه يعني عدم رضا صاحب الشأن (المتظلم) بالقرار الصادر في حقه -سواء كان إيجابياً أو سلبياً-، حيث يبادر إلى رفع تظلمه إلى مُصدر القرار (التظلم الولائي) أو يلجأ إلى الرئيس الأعلى لمُصدر القرار (التظلم الرئاسي)، ويحقق التظلم -بنوعيه- ما يعجز عن تحقيقه القضاء؛ لأن دور الأخير يقتصر على رقابة المشروعية، أما الجهة الإدارية المتظلم أمامها فإنها تملك صلاحية إلغاء القرار المتظلم منه أو سحبه أو تعديله بحسب الأحوال⁴⁶.

والجدير بالملاحظة أن قانون الانتخابات الرئاسية قد قصر تقديم التظلم على المرشح المستبعد من قائمة المترشحين إلى الرئاسة. بينما لم يحصر الاعتراض في المترشحين فقط، بل أجاز لكل ذي مصلحة تقديمه، وتناغماً مع السرعة التي تتمتع بها المنازعات الانتخابية، فقد فرضت المادة (19) من القانون رقم 1 لسنة 2021م على المفوضية إخطار المترشح المستبعد من قائمة المترشحين إلى الرئاسة، وأسباب استبعاده خلال الأربعة وعشرين ساعة التالية لصدور قرارا لاستبعاد، وللمترشح المستبعد تقديم تظلم على قرار الاستبعاد في اليومين التاليين لإخطاره⁴⁷.

وهذا ما أكدته قرار المفوضية الوطنية العليا للانتخابات رقم (62) لسنة 2021م بشأن لائحة الفصل في الاعتراضات والنزاعات في مادته الثانية بقوله: " يحق لأي طرف ذو مصلحة تقديم اعتراض إداري يتعلق بإجراءات تنفيذ إحدى مراحل العملية الانتخابية من قبل المفوضية خلال (72) اثنتين وسبعين ساعة من تاريخ حدوث الواقعة المقدمة في الاعتراض.. ". والمقصود بعبارة "لأي طرف ذو مصلحة" هم الناخب⁴⁸، والمترشح⁴⁹، المسجلين في سجلات المفوضية⁵⁰.

وتطبيقاً لذلك اشترطت المادة (3) من القرار المذكور لقبول الطعن أن يتضمن اسم مقدمه، وموضوعه، ووقت حدوث الواقعة ومكانه، وتاريخ تقديم الاعتراض، مع بيان طلبات المعارض، وإرفاق إقرار بعدم تقديم الاعتراض إلى المحكمة ففي ضوء هذه المتطلبات الشكلية فقد يتبادر إلى الذهن التساؤل الآتي: هل تقديم الاعتراض أو التظلم للجان الفرعية أو العليا يحول دون اللجوء إلى القضاء ؟

يتضح من خلال دراسة هذه الفرضية أن الأصل في الاعتراض على مراحل العملية الانتخابية، هو اتباع المسلك القضائي، ومع ذلك يجوز لذوي الشأن تقديم اعتراضاتهم إلى المفوضية قبل اللجوء إلى القضاء، خصوصاً وأن الفترة الزمنية الفاصلة بين تقديم الاعتراض والطعن القضائي قصيرة نسبياً، فقد لا تستجيب لجان الاعتراضات لطلباتهم، وحينها لا يجد الطاعن مناصاً من ارتداد المسلك القضائي. أما إذا بادر ذوو الشأن ابتداء بتقديم طعونهم إلى القضاء، فإن باب الطعون الإدارية ينغلق أمامهم؛ لأن المادة (6/3) اشترطت لقبول الاعتراض تقديم شهادة بعدم اللجوء إلى المحكمة.

الفرع الثاني: الجهة المختصة بالفصل في الطعون الإدارية:

لقد نص القرار رقم (62) لسنة 2021م بشأن لائحة الفصل في الاعتراضات والنزاعات على تشكيل لجان فرعية، ولجنة عليا للفصل في المنازعات الانتخابية، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: اللجان الفرعية للاعتراضات:

تطُرقت المادة الرابعة من القرار المذكور سلفاً إلى تشكيل لجان الاعتراضات الفرعية على النحو الآتي: " تُشكل لجنة فرعية بمقر كل مكتب إدارة انتخابية تتكون من رئيس المكتب وعضوين..."، ويلاحظ على هذا القرار عدم تحديده لآليات الفصل في الطعون المقدمة للجان الاعتراضات، حيث اكتفى بالتأكيد على أن تبت اللجنة في موضوع الاعتراض في أجل أقصاه (24) ساعة من تاريخ استلامه من اللجنة الفرعية وفقاً للسياق الآتي:

1/عدم قبول الاعتراض:

إذا خالف رافع الاعتراض الإجراءات التي تحكم تقديم الاعتراضات، كأن يقوم بتقديم الطلب على غير النماذج المعدة لذلك، أو لم يذكر مقدم الاعتراض اسمه أو تاريخ تقديم الاعتراض، أو تاريخ الاعتراض، فإن اعتراضه في هذه الحالات يكون مرفوضاً.

2/رفض مضمون الاعتراض:

إن عدم توضيح وقت ومكان حدوث الواقعة محل الاعتراض، أو عدم تحديد الطلبات، أو تقديم ذات الطلبات الواردة في الاعتراض أمام إحدى المحاكم، أو رفع الاعتراض من غير ذي مصلحة، تعد جميعها من الأسباب الموضوعية المقررة لرفض الاعتراض.

3/إحالة الاعتراض إلى اللجنة العليا للاعتراضات:

إذا ما تراءى للجان الفرعية أن الاعتراض ينصب على ما ورد في القوائم النهائية للناخبين أو المترشحين، أو استبعاد مرشحين أو حجب كل نتائج المراكز الانتخابية أو بعضها؛ قامت بإحالاته إلى اللجنة العليا للاعتراضات للاختصاص.

4/إحالة الجرائم الجنائية إلى الجهات المختصة:

إذا تبين للجان الفرعية من خلال دراسة الاعتراضات المقدمة إليها، انطواءها على جرائم جنائية تعين عليها إحالتها إلى الجهات المختصة بالتحقيق فيها.

ثانياً: اللجنة العليا للاعتراضات:

لقد نصت المادة الخامسة من القرار رقم (62) لسنة 2021م بشأن لائحة الفصل في الاعتراضات والنزاعات على تشكيل لجنة عليا للاعتراضات، يكون رئيسها أحد أعضاء مجلس المفوضية، وعضوان من موظفي الإدارة العامة للمفوضية، ويصدر بتسميتهم قرار من مجلس المفوضية. وتباشر اللجنة العليا عملها بمقر الإدارة العامة للمفوضية.

وتختص هذه اللجنة باستلام الاعتراضات المحالة إليها من قبل اللجان الفرعية، والفصل فيها بقرارات مسببة، تنشرها على الموقع الإلكتروني للمفوضية، ومكتب الإدارة الانتخابية ذات العلاقة. ولقد حصر القرار المشار إليه أوجه التصرف التي يتعين على اللجنة العليا اتخاذها حيال الاعتراضات في الآتي:

- رفض الاعتراض
- التوصية بإحالاته إلى الجهات المختصة، إذا تبين لها أن الاعتراض يتعلق بجرم انتخابي.

- احالة توصيات اللجنة العليا المتعلقة بحجب بعض النتائج، أو إلغائها، أو استبعاد اسم ناخب من سجل الناخبين، أو اسم مترشح من قائمة المرشحين، أو غير ذلك من المخالفات الإدارية ذات العلاقة بالعملية الانتخابية إلى مجلس المفوضية الوطنية العليا للانتخابات.

الفرع الثالث: الحجب والإلغاء والاستبعاد:

من خلال دراسة النصوص الواردة في القانون رقم 1 لسنة 2021م بشأن الانتخابات الرئاسية يتضح أن المفوضية الوطنية العليا للانتخابات تمتلك سلطة الحجب والإلغاء والاستبعاد، فما المقصود بهذه المصطلحات، وهل إجراء الحجب يعد أقلها أثراً بحيث يمكن التراجع عنه إذا انتهت دواعيه أم لا؟

في الواقع أن لفظ الحجب يُعد إجراءً مؤقتاً محدود الأثر، يتعين أن يعقبه إجراء آخر يتمثل في الاستبعاد أو الإلغاء، وهذا ما اتجهت إليه الفقرة (15) من المادة الأولى من القانون رقم 1 لسنة 2021م بقولها: " الحجب هو التحفظ على نتيجة التصويت في إحدى المحطات أو مراكز الانتخاب إلى حين التحقق من عدم وجود خرق أو تعطيل لإجراء سير عملية الانتخاب ". وفي جميع الأحوال ينبغي أن يصدر بالحجب قرار من مجلس المفوضية استناداً إلى قرائن دالة على وجود مخالفات أثرت على نتيجة الاقتراع، كأن يتم تعطيل عملية الاقتراع بعد انطلاقتها، أو بسبب تغيب رئيس مركز الاقتراع أو نائيه، أو عدم الانصياع لتنفيذ تعليمات المفوضية الصادرة في الأحوال الاستثنائية... إلخ⁵¹.

إما الاستبعاد، فيُقصد به استبعاد أي طرف من العملية الانتخابية سواء كان ناخباً أو مترشحاً أو مراقباً أو أي شخص تحت أي صفة أو منظمة- لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة بتنفيذ العملية الانتخابية-، من المشاركة في المراحل المختلفة للعملية الانتخابية بسبب مخالفة أحكام القانون واللوائح التنظيمية والإجراءات التنفيذية.

وقد حددت المادة (4) من قرار مجلس المفوضية رقم (67) لسنة 2021م بشأن لائحة الحجب والاستبعاد وإلغاء النتائج أحوال الاستبعاد -على سبيل المثال- على النحو الآتي:

- 1/ استبعاد الناخب الذي لم يستلم بطاقة الناخب من سجل الناخبين يوم الاقتراع.
 - 2/ المرشح الذي لا تتوافر فيه الشروط، أو لم يستكمل الوثائق الواجب إرفاقها بطلب الترشح.
 - 3/ يُستبعد كل من لم يلتزم بقواعد مدونة السلوك المعنية⁵².
- بينما يؤدي الإلغاء إلى اعتبار نتيجة التصويت باطلة في أحد المراكز الانتخابية، أو في إحدى محطاتها، بسبب وجود خرق أو تعطيل لإجراء الانتخابات. وهذا الإلغاء قد يكون جزئياً إذا اقتصر أثره على عرقلة سير العملية الانتخابية ونتائجها في إحدى المحطات الانتخابية دون غيرها. إما إذا حال الخرق دون إتمام العملية الانتخابية، أو إعادتها، أو امتد أثره إلى باقي المحطات الانتخابية ففي هذه الحالة يكون الإلغاء كلياً.
- ويجب أن يستند قرار الإلغاء على التقارير الواردة من المراكز الانتخابية، والجهات الأمنية، والغرفة المركزية المكلفة بالإشراف على سير العملية الانتخابية، والاعتراضات المقدمة من ذوي الشأن⁵³.

المطلب الثاني: الطعون القضائية:

تهدف الطعون القضائية إلى الفصل في صحة الوضع القانوني للناخب، أو المترشح، والتأكد من توافر الشروط القانونية للانتخابات، وتتم العملية الانتخابية بطريقة سليمة معبرة عن إرادة الناخبين دون ضغوط أو إكراه⁵⁴.

وتتميز الطعون الانتخابية بمجانييتها؛ فمن المعلوم أن لكل دعوى قضائية التزامات مالية يتعين على أطراف الدعوى سدادها مقابل السير في الدعوى والفصل فيها، حيث اتجهت أغلب القوانين الانتخابية المقارنة إلى إعفاء رافعي الطعون الانتخابية من الرسوم. وهذا ما تبناه المشرع الليبي في الطعون المقدمة على السجلات الانتخابية، إلا أنه عاد وأورد استثناءً على هذه القاعدة في المواد (53/48) من القانون رقم (1) لسنة 2021م بشأن انتخاب رئيس الدولة، حيث اشترط سداد الطاعن (100) دينار على الطعون المقدمة على إجراءات تسجيل المرشحين وإجراءات الاقتراع وجدوله النتائج والطعن على المخالفات المرتكبة لقانون الانتخابات الرئاسية واللوائح والقرارات الصادرة عن المفوضية.

فضلا عن ذلك فإن الطعون الانتخابية تتميز بقصر المواعيد المحددة لرفعها، بهدف تسريع وتيرة الفصل فيها، إلا أن هذه المواعيد تعد مجرد مواعيد تنظيمية بحسب ما يراه البعض؛ لأن المشرع قد أحال إلى تطبيق القواعد العامة الواردة في قانون المرافعات في أغلب الأوقات⁵⁵.

ونظرا لأهمية الفصل في الطعون الانتخابية، فإن الأمر يتطل بتحديد نطاقها ومعرفة الجهات القضائية التي تتولى هذه المهمة، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: نطاق الطعون الانتخابية:

إن تحديد نطاق الطعن الانتخابي يقتضي التعرّيج على جوانبه الشخصية والموضوعية على النحو الآتي:

أولاً: النطاق الشخصي للطعن:

لقد توسع القانون رقم 1 لسنة 2021م في تحديد صاحب المصلحة والصفة في الطعون الانتخابية، حيث أجاز لكل من له مصلحة الطعن على تسجيل الناخبين، ويتحقق هذا الشرط في الناخب المقيّد في الدائرة الانتخابية التي حدثت فيها الخروقات، وتبعاً لذلك فإنه لا يجوز لأي شخص لم يقيّد في السجلات الانتخابية، أو كان اسمه قد شُطب منها تقديم طعن ضد أي من الناخبين لعدم انطباق الشروط عليه⁵⁶. والنهج ذاته اعتمدته المشرع في المرحلة النهائية للانتخابات -معيّار المصلحة-، واستعمل عبارة "يحق لأي طرف ذي مصلحة تقديم طعن".

وحسناً فعل في عدم حصره مكنة الطعن في المرشح غير الفائز بالانتخابات أو المرشح الذي أضرت به نتائج الانتخابات؛ إذ من العيب نفي المصلحة على الناخب وحصرها في المتصارعين على السلطة⁵⁷، وتأسيساً على ما تقدم فإنه لا يمكن قبول الطعن استناداً إلى دعوى الحسبة، وذلك لعدم ارتباطها المباشر بمصلحة رافع الدعوى، فهي تؤسس على صفة المواطنة أو الإنسانية⁵⁸.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز لرئيس مجلس المفوضية أو من يفوضه تمثيلها والحضور أمام المحاكم المختصة بنظر الطعون المرفوعة ضدها مع مراعاة أحكام القانون رقم (87) لسنة 1971م بشأن إنشاء إدارة قضايا الحكومة⁵⁹، كما يجوز للمفوضية استئناف الأحكام الصادرة في الطعون الانتخابية.

وهذا ما انتهجته لجنة الطعون الاستئنافية بينغازي، حينما قبلت شكلاً الاستئناف رقم (2021/4م) المقدم من المفوضية الوطنية العليا للانتخابات ضد الحكم الصادر من لجنة الطعون الابتدائية بنغازي رقم (2021/3م) القاضي بإلغاء قرار المفوضية الوطنية

العليا للانتخابات رقم 79 لسنة 2021م بشأن استبعاد بعض المترشحين للانتخابات الرئاسية، ثم قامت برفضه في الموضوع والغاء الحكم المستأنف فيما قضى به مع اخطار المفوضية⁶⁰.

ثانياً: النطاق الموضوعي للطعن:

إن تحديد النطاق الموضوعي للطعون القضائية في الانتخابات الرئاسية، يتطلب التفرقة بين الطعون المقدمة على السجلات الانتخابية، والطعون المرفوعة على تسجيل المرشحين والنتائج أو مخالفة القانون والقرارات الصادرة بمقتضاه. فهذه التفرقة تعد المدخل الرئيس في تحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعة.

1/ الطعن في السجل الانتخابي:

يجوز لكل ذي مصلحة تقديم طعن ضد تسجيل أي ناخب لم يستوف شروط ومتطلبات الأهلية القانونية المنصوص عليها في قانون الانتخابات الرئاسية أمام قاضي الأمور الوقتية في المحكمة الجزئية في المنطقة التي يقع فيها مركز التسجيل خلال أربعة وعشرين ساعة من تاريخ نشر القوائم الأولية للناخبين، على أن يتم الفصل في هذا الطعن خلال يومين⁶¹.

وللمعتز إذا رُفض طلبه أو لمن صدر الأمر ضده، التظلم من الأمر خلال ثلاثة أيام من صدوره عن طريق تكليف الخصم بالحضور أمام رئيس المحكمة الابتدائية أو من يفوضه من قضاة المحكمة ممن لا تقل درجته عن درجة وكيل المحكمة، وعليه الفصل فيه خلال ثلاثة أيام ويكون قراره باتاً يتعين على المفوضية تنفيذه⁶².

2/ الطعن في إجراءات تسجيل المرشحين والنتائج والمخالفات الإجرائية:

يحق لأي طرف ذي مصلحة الطعن في إجراءات تسجيل المرشحين خلال (72) ساعة من نشر قوائم المرشحين، والطعن على إجراءات الاقتراع وجدوله النتائج في غضون (48) ساعة من نشر النتائج الأولية، والطعن على المخالفات المرتكبة بالمخالفة لقانون الانتخابات الرئاسية واللوائح والقرارات الصادرة عن المفوضية خلال (48) ساعة من وقوع المخالفة⁶³.

الفرع الثاني: القضاء المختص بنظر الطعون الانتخابية:

لقد نص القانون رقم 1 لسنة 2021م، في المواد (47/46) على تشكيل لجان الطعون، وجواز استئناف أحكامها أمام لجان استئناف، وقد خول المشرع السلطة القضائية أمر تنظيم هذه اللجان⁶⁴، حيث أصدر المجلس الأعلى للقضاء قراره رقم (142) لسنة 2021م اللائحة التنفيذية، لآليات تعيين وتحديد مهام لجان الطعون والاستئناف ووزع الاختصاص بينها على النحو الآتي:

أولاً: اختصاص قاضي الأمور الوقتية:

نصت المادة (45) من القانون رقم 1 لسنة 2021م على أنه: " لكل ذي مصلحة حق تقديم طعن ضد تسجيل أي ناخب لم يستوف شروط ومتطلبات الأهلية المنصوص عليها في هذا القانون أمام القاضي الجزئي للمحكمة المختصة التي يقع فيها مركز التسجيل في غضون (48) ثمان وأربعين ساعة من تاريخ نشر القوائم الأولية للناخبين...".

وتطبيقاً لذلك حددت المادة الأولى من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (142) لسنة 2021م القاضي المختص بنظر هذه الطعون بقولها: "يتولى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الجزئية التي يوجد بدائرتها مركز التسجيل المختص النظر في طلبات الاعتراض المتعلقة بتسجيل ناخب دون استيفاء الشروط"⁶⁵.

بينما أجازت المادة الثانية من القرار للمعتراض حال رفض طلبه، وللمعتراض ضده الذي صدر الأمر ضده التظلم أمام رئيس المحكمة الابتدائية أو من يفوضه من قضاتها ممن لا تقل درجته عن درجة وكيل المحكمة، على أن يتم ذلك بموجب تكليف بالحضور، مع إمكانية إعلان الخصوم لدى قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها التظلم، ويُفصل في التظلم خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديمه بتأييد الأمر أو الغائه، ويعد القرار باتاً يتعين على المفوضية العليا للانتخابات تنفيذه.

ثانياً: لجان الطعون:

لقد راعى المشرع الليبي عند تشكيل لجان الطعون امتدادها مع فروع المفوضية الوطنية العليا للانتخابات المخصصة لتقديم طلبات الترشح على كامل إقليم الدولة، حيث نصت المادة نص المادة (46) قانون الانتخابات الرئاسية - المعدلة بموجب القانون رقم 9 لسنة 2021- على أنه "...تقوم السلطة القضائية بإنشاء لجنة طعون خاصة في نطاق كل محكمة استئناف مؤلفة من قضاة المحاكم الابتدائية للنظر في الطعون المتعلقة بهذه المادة".

ومع ذلك فقد فرق المشرع بين هذه الطعون من حيث مواعيد وأماكن تقديمها، ففي الطعون المقدمة على المرشحين تُرفع خلال (72) ساعة من نشر قوائم المرشحين أمام لجنة الطعون الواقع في نطاقها الموطن المختار للطعون ضده أي محكمة موطن المدعي عليه. إما الطعون المتعلقة بعملية الاقتراع والنتائج، والإجراءات والقرارات الصادرة عن المفوضية، فيتم رفعها خلال (48) ساعة من نشر النتائج أو وقوع المخالفة أمام لجان الطعون التي يقع في نطاقها محل إقامة الطاعن أو موطنه المختار بحسب الأحوال⁶⁶. وفي جميع الأحوال يتعين على لجان الطعون الفصل في الطعون المقدمة إليها خلال (72) ساعة من تاريخ تقديمها⁶⁷.

ثالثاً: لجان الاستئناف:

لقد نصت المادة (47) من القانون رقم 9 لسنة 2021م بشأن تعديل القانون رقم 1 لسنة 2021م على أنه: "لغرض تنفيذ عملية الاستئناف على الطعون المتعلقة بالمادة اعلاه، تقوم السلطة القضائية بإنشاء ثلاث لجان استئناف خاصة في كل من محاكم استئناف طرابلس وبنغازي وسبها مؤلفة من قضاة تلك المحاكم".

وتنفيذا لهذا التعديل نصت المادة (9) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (142) لسنة 2021م على تحديد نطاق اختصاص لجان الاستئناف بقولها: " يتحدد اختصاص لجنة استئناف طرابلس بنظر الطعون المرفوعة عن الأحكام الصادرة عن اللجان الابتدائية بدوائر محاكم استئناف طرابلس، والزاوية، وغريان، ومصراته، والخمس، ولجنة استئناف بنغازي بنظر الطعون المرفوعة على الأحكام الصادرة عن اللجان الابتدائية بدوائر محاكم استئناف بنغازي، البيضاء، طبرق، ولجنة استئناف سبها بنظر الطعون المرفوعة على الأحكام الصادرة عن اللجان الابتدائية بدائرة محكمة استئناف سبها ". وتتألف لجان الاستئناف من ثلاثة مستشارين للنظر في الاستئنافات المقدمة من ذوي المصلحة في الأحكام الصادرة عن لجان الطعون الابتدائية الواقعة في نطاقها، خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدور الحكم، وتعد جلساتها بمقام محاكم الاستئناف ويُرفع الاستئناف إلى قلم كتاب لجان الطعون الابتدائية التي

أصدرت الحكم وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المواد (315/314) من قانون المرافعات المدنية والتجارية. وتحال الأحكام المطعون فيها إلى اللجان الاستئنافية خلال (24) ساعة مع إخطار المفوضية بما يصدر عنها من أحكام (المادة 6).

وتتولى اللجان الاستئنافية النظر في الطعون المقدمة إليها من ذوي الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ إيداع عريضة الطعن، ويكون حكمها باتاً وعلى المفوضية تنفيذه (المادة 10) من قرار المجلس الأعلى للقضاء، وبهذا خالفت المادة المذكورة ما ورد في المادة (50) من القانون رقم 1 لسنة 2021م التي جاء فيها "... ويكون الحكم نهائياً غير قابل للاستئناف ويتم تنفيذه من المفوضية". ولكن لنا أن نتساءل حول ما تثيره المادة العاشرة من تفسيرات، فهل قفلت باب الطعن على أحكام لجان الاستئناف أم لا؟

لقد تكفل أ.د. الكوني أعبودة بالإجابة على هذا التساؤل من خلال رجوعه إلى القانون رقم 1 لسنة 2021م الذي يحيل إلى تطبيق قانون المرافعات فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، وانتهى إلى أن الحكم النهائي متى كان محلة منازعة انتخابية، فإنه يجوز الطعن فيه إذا لم يستبعده المشرع صراحةً، سواءً عن طريق الالتماس بإعادة النظر أو النقض، أو الاعتراض الخارج عن الخصومة، ولا عبرة بالأوصاف الواردة في اللائحة التنفيذية⁶⁸.

الفرع الثالث: الطعون الخارجة عن المنظومة القضائية الواردة في قانون الانتخابات الرئاسية:

لئن كان المشرع قد وضع في هذا القانون نظاماً قضائياً خاصاً بالمنازعة الانتخابية، إلا أنه ترك الباب مفتوحاً أمام إمكانية اللجوء إلى دوائر القضاء الإداري، فضلاً عن توسعه في الإحالة إلى تطبيق القواعد العامة الواردة في قانون المرافعات. وبذلك تهيأت الظروف أمام المتقاضين لعدم التقيد بما ورد في القوانين الانتخابية. وهذا ما ستعرض له على النحو الآتي:

أولاً: الطعون المقدمة إلى دوائر القضاء الإداري:

قد تراءى للبعض أن دوائر القضاء الإداري تختص بنظر الطعون الانتخابية، استناداً إلى المادة (19) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الصادر عام 1953م، التي جاء فيها: (ينتقل بموجب المادة (111) من الدستور إلى محكمة الطعون الانتخابية الاختصاص بتقرير صحة انتخاب أعضاء مجلس الشيوخ والنواب، وتتألف هذه المحكمة من أحد مستشاري المحكمة العليا يكون رئيساً ومن عضوين من أعضاء المحكمة العليا، أو من أعضاء أي محكمة من محاكم الولايات ويعينون جميعاً بقرار من الجمعية العمومية للمحكمة العليا وتضع هذه الجمعية الإجراءات التي تتبعها المحكمة، ويتولى رئيس المحكمة إبلاغ قراراتها إلى وزير العدل لإبلاغها إلى رئيس مجلس الشيوخ أو رئيس مجلس النواب حسب الأحوال).

وبعد صدور القانون رقم (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري نُقلت اختصاصات دائرة القضاء الإداري بالمحكمة العليا إلى دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف، بما فيها الفصل في الطعون الانتخابية.

فضلاً عن ذلك فإن القرارات الصادرة من لجان الفصل في التظلمات تُعد قرارات إدارية، ولا ينال من طبيعتها أن المفوضية هيئة مستقلة تعمل على تنفيذ سياسات السلطة التشريعية لغرض إجراء الانتخابات، فهي لا تمارس أعمالاً تشريعية محضة بل أعمالاً إدارية. حيث تشتمل قراراتها على أركان القرارات الإدارية، -الشكل، السبب، المحل، المشروعية، الغاية-، وهذا ما يستشف من صراحة الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من القرار رقم 62 لسنة 2021م بشأن لائحة الفصل في الاعتراضات والنزاعات التي جاء فيها: "... وعليها إصدار قرارات مسببة، ونشرها على الموقع الإلكتروني".

ويلاحظ على هذا النص أنه جعل التسبب داخلاً في ركن الشكل؛ ومن المعلوم أن التسبب يقتضي وجود سبب مشروع وفقاً لأحكام هذا القانون بهدف تحقيق العدالة بين الليبيين، وفي ضوءهما يتحقق عنصراً الغاية، والمحل. وصفوة القول إن القرارات المتعلقة باستبعاد المترشحين، وحجب النتائج لا تعد قرارات نهائية قابلة للتنفيذ، إلا بعد اعتمادها من مجلس المفوضية، وحينها يجوز الطعن عليها أمام دوائر القضاء الإداري⁶⁹.

وعلى الرغم من تسليمنا بأن القرارات الصادرة عن المفوضية هي قرارات إدارية، إلا أنه يجب التفرقة بين نوعين من هذه القرارات، **أولهما:** القرارات الصادرة عن المفوضية في شؤون موظفيها، وتنظيم العمل داخل المفوضية تعد بلا شك قرارات إدارية تدخل في نطاق اختصاص دوائر القضاء الإداري. **ثانيهما:** قرارات المفوضية المرتبطة بالإشراف على العملية الانتخابية، فلا تدخل في نطاق اختصاص القضاء الإداري؛ لأن المشرع رسم طريقاً خاصاً للطعن عليها⁷⁰. وهذا يتطلب منه النص صراحةً على منع دوائر القضاء الإداري من نظر الطعون على هذه القرارات، مع إلزامها بالحكم من أول جلسة بانتفاء ولايتها.

وخلافاً لوجهة النظر المتقدمة، فقد تصدت دوائر القضاء الإداري لبعض الطعون الانتخابية، -لا يستبعد تكرارها- استناداً إلى أن القرارات الصادرة أثناء العملية الانتخابية تعد قرارات إدارية يمكن الطعن عليها أمام القضاء الإداري.

وهو عين ما اتجهت إليه محكمة استئناف البيضاء في قضية الطعن الإداري رقم 5 لسنة 2016م المرفوعة من قبل عضو الهيئة التأسيسية ضو المنصوري ضد رئيسها د. علي عبد السلام الترهوني، التي طالب فيها بإلغاء قرار المفوضية العليا للانتخابات جزئياً بشأن اعتماد نتائج انتخاب الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور فيما يتعلق بالسيد علي الترهوني، وكذلك إلغاء قرار الهيئة بشأن اختياره رئيساً لها مؤسساً طعنه على أن المعني يحمل الجنسية الأمريكية ومتزوج من أجنبية. وبتاريخ 2016/2/16م فصلت المحكمة في الشق المستعجل بوقف تنفيذ القرارين المشار إليهما.

وقد عادت المحكمة بتاريخ 2016/11/28م، وأصدرت حكمها في الموضوع معتبرة المعني فاقداً لشروط الترشح والانتخاب، استناداً إلى المادة (7/9) من قانون رقم 17 لسنة 2013م بشأن انتخاب الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور⁷¹. وتنفيذاً لهذا الحكم أصدرت المفوضية الوطنية العليا للانتخابات قرارها رقم (6) لسنة 2016م بشأن إيقاف العمل جزئياً بالقرار رقم (55) لسنة 2014م بشأن اعتماد نتائج انتخاب الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور⁷².

وعلى ذات المنوال سارت دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف مصراته عندما فصلت في الشق المستعجل في قضية الطعن الإداري رقم 2021/214 المرفوعة ضد قرار المفوضية العليا للانتخابات بشأن اعتماد القوائم الأولية للمرشحين للرئاسة، لاحتواءه على أسماء من لا تنطبق عليهم شروط الترشح، وانتهت إلى قبول الطعن شكلاً وإيقاف تنفيذ القرار المطعون فيه رقم 2021/80م لصدوره من غير مختص؛ فالمادة (8) من القانون رقم 8 لسنة 2013م اشترطت أن يتم تعيين رئيس المفوضية العليا للانتخابات من قبل السلطة التشريعية وهو ما لم يتحقق في حق السيد/عماد السايح، لأنه أحد أعضاء مجلس المفوضية، ورئيس المفوضية الفعلي قد استقال من منصبه بتاريخ 2014/4/17م وقُبلت استقالته بموجب قرار المؤتمر الوطني رقم 34 لسنة 2014م، وأصبح منصبه شاغراً، بل إن عدد أعضاء المفوضية يعد ناقصاً، وبذلك يكون السيد عماد السايح مغتصباً لسلطة رئيس المفوضية العليا للانتخابات⁷³.

ثانياً: اللجوء إلى القضاء المدني استناداً إلى القواعد العامة في قانون المرافعات:

لم يتبن المشرع الليبي في قوانين الانتخابات الصادرة بعد ثورة فبراير 2011م - بما فيها القانون رقم 1 لسنة 2021م بشأن انتخاب رئيس الدولة-، نظاماً قضائياً متكاملًا للمنازعة الانتخابية، حيث أحال إلى تطبيق القواعد العامة الواردة في قانون المرافعات، وجعلها الأصل في التطبيق، مما مهد الطريق أمام ذوي الشأن لرفع دعاوى قضائية بعد فوات المواعيد المقررة للطعون الانتخابية. وهذا ما دعا المترشحة إلى الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور عن الدائرتين الأولى والثانية في يناير 2016م إلى تقديم طلب لاستصدار أمر على عريضة من قاضي الأمور الوقتية بمحكمة طبرق الابتدائية، باعتماد نتائج الانتخابات.

وقد استندت الطاعنة إلى المادة (29) من القانون 17 لسنة 2013م التي أحالت على تطبيق قواعد قانون المرافعات فيما لم يرد بشأنه نص، ولما كانت حالة استحالة استكمال الانتخابات لم تُعالج في القانون، فما كان من القاضي إلا أن أصدر أمراً بالزام المفوضية باعتماد نتائج الانتخابات التي تمت في فبراير 2014م. وتنفيذاً لهذا الأمر أصدرت المفوضية الوطنية العليا للانتخابات قراراً باعتماد نتيجة المترشحة عن الدائرتين الأولى والثانية كفائزة بمقعد النساء⁷⁴.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن اعتماد المشرع الليبي قواعد الإعلان الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، كانت سبباً في تأخير الفصل في الطعون الانتخابية، وكان الأولى به وضع طرق خاصة للإعلان تتناغم مع حالتي السرعة والاستعجال المطلوبتين للفصل في الطعون الانتخابية، لاسيما وإن المفوضية تملك كماً هائلاً من المعلومات عن الناخب والمرشح، يمكن استغلالها في إجراءات الإعلان باستخدام الوسائل التقنية الحديثة، كالبريد الإلكتروني، وأرقام الهواتف الشخصية للمترشحين، أو أي وسيلة أخرى تترك أثراً كتابياً⁷⁵.

وهذا ما جعلنا نشاطر البعض الرأي في أن الإجراءات الاستثنائية التي تبناها المشرع الليبي في القانون رقم 1 لسنة 2021م لم تكن فعالة، ولم تؤت ثمارها عند التطبيق، حيث غلب عليها تطبيق القواعد العامة الواردة في قانون المرافعات⁷⁶.

الخاتمة: ها قد وصل البحث إلى منتهاه، ووجب علينا أن نُرجع إليه البصر مرة أخرى لاستعراض نتائجه والتأكيد على توصياته، على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

لئن كانت المنازعات الانتخابية والطعون الناشئة عنها الأداة الأساسية في تحقيق مشروعية الانتخابات العامة بما تتضمنه من تصحيح أو تعديل تحقيقاً للعدالة الانتخابية؛ إلا أن القانون رقم (1) لسنة 2021م بشأن انتخاب رئيس الدولة، قد طالته أوجه القصور الآتية:

✓ إن نظام الطعون الانتخابية يحتاج إلى إيجاد مزيد من التجانس والتكامل بين مكوناته، فهو يفتقد للدقة المطلوبة في الجوانب الإجرائية التي يفترض فيها ألا تكون محلاً للتأويلات القضائية.

✓ لم يفرق القانون بين التظلم والاعتراض، واستخدامهما كمترادفين، على الرغم من أن التظلم يتعلق باحتجاج صاحب الشأن على القرار الصادر ضده، والاعتراض يتعلق بالاعتراض على المترشح المنافس.

✓ لم يضع المشرع في هذا القانون نظاماً قضائياً متكاملًا للمنازعة الانتخابية، حيث أحال إلى تطبيق القواعد العامة الواردة في قانون المرافعات، وجعلها الأصل في التطبيق مما مهد الطريق أمام ذوي الشأن لرفع دعاوى بعد فوات المواعيد المقررة للطعن.

✓ سكت القانون عن معالجة الطعون الخارجة عن المنظومة القضائية المعتمدة فيه، كالطعون المقدمة إلى دوائر القضاء الإداري على القرارات الإدارية الصادرة عن المفوضية، فلم يتدخل صراحة بحجب الاختصاص عنها.

ثانياً: التوصيات:

يتعين على المشرع الليبي وضع نظام قانوني دقيق وشامل للطعون الانتخابية يمتاز بالبساطة وسرعة البت في الطعون استناداً إلى نصوص قانونية واضحة تضمن تلافي المشاكل والثغرات التي شابت القانون رقم 1 لسنة 2021م، وفي هذا الصدد فإننا نقترح تضمين قوانين الانتخابات الجديدة-أن وجدت-الآتي:

1-تشكيل لجان للاعتراضات في نطاق كل دائرة انتخابية، برئاسة قاض لا تقل درجته عن الثانية تختاره الجمعية العمومية للمحكمة التي يقع في نطاقها مقر الدائرة، وعضوية رئيس مكتب الدائرة الانتخابية الفرعية، ورئيس مكتب مفوضية المجتمع المدني الواقعة في نطاقها، وأمين سر تُعينه المفوضية. وتختص هذه اللجان بالفصل في الاعتراضات المقدمة إليها من ذوي الشأن حول إجراءات العملية الانتخابية ونتائجها.

2- تُشكل في نطاق كل محكمة ابتدائية بقرار من جمعيتها العمومية دائرة خاصة بالطعون الانتخابية، برئاسة قاض لا تقل درجته عن رئيس أو وكيل محكمة ابتدائية وعضوية قاضيين، تختص بالفصل في الطعون المقدمة على القرارات الصادرة من لجان الاعتراضات. وتكون أحكامها قابلة للطعن بالاستئناف أمام دائرة الطعون الانتخابية بمحاكم الاستئناف.

3- النص صراحةً على عدم اختصاص دوائر القضاء الإداري بنظر الطعون الانتخابية، مع إلزامها بالحكم من أول جلسة بانتفاء الولاية.

4- وضع طرق خاصة للإعلان تتناغم مع حالي السرعة والاستعجال المطلوبتين للفصل في الاعتراضات والطعون الانتخابية عن طريق استخدام الوسائل التقنية الحديثة، كالبريد الإلكتروني، وأرقام الهواتف الشخصية للمرشحين، أو أي وسيلة أخرى تترك أثراً كتابياً.

قائمة المراجع:

- د. الكوني أعبودة، نظرات في أحكام الطعون الانتخابية والاستئناف، بمناسبة القانون رقم 1 لسنة 2021م، ورشة عمل تنظيم مجلس التخطيط الوطني طرابلس، بتاريخ 8/يناير/2022م.
- أحمد بوعشيق، الدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، الجزء الثاني، سلسلة دلائل التسيير، العدد (16)، ط2004م.
- د. سعد مظلوم العبدلي، الانتخابات ضماناتها حريتها ونزاهتها، دار دجلة، الأردن، ط2009م.
- د. سعد الشراوي، د. عبد الله ناصيف، نظم الانتخابات في العالم ومصر، دار النهضة العربية، ط1984م.

- د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير المعاصرة، دار الفكر العربي، ط6.
- د. ناجي البكوش، المنازعات الانتخابية في القانون التونسي، المجلة القانونية التونسية، مركز الدراسات والبحوث والنشر، ط 1985م.
- نعمان الخطيب وآخرون، التشريعات النازمة لانتخاب مجلس النواب في ضوء الدستور الأردني والمعايير الدولية للانتخاب، المركز الوطني لحقوق الإنسان، الأردن، 2011م.
- هدى التوزري، سمية قنبرة، دليل النزاعات الانتخابية في تونس، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي - مشروع المساعدة الانتخابية في تونس، ط 2017م.
- د. فاروق خلف، الطعون الإدارية في العملية الانتخابية، مجلة البحوث والدراسات، ع (22) س (13)، صيف 2016م.
- د. شوقي يعيش تمام، الطعون في انتخابات المجالس النيابية في دول المغرب العربي (الجزائر، تونس، المغرب)، دكتوراه كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014م.
- رحمانى جهاد، الرقابة القضائية على العمل الانتخابية في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 2021م.
- د. ماهر جبر نصر، الطعون في الانتخابات التشريعية في قضاء مجلس الدولة المصري، دار النهضة العربية، ط 1999م.
- د. عز الدين أبوبكر اخريج، المنازعات الانتخابية في القانون الليبي، ورشة بعنوان القراءات النقدية للقوانين الانتخابية، تنظيم مجلس التخطيط الوطني طرابلس، بتاريخ 8/يناير/2022م.
- أ. عزة كامل المقهور، الطعون الانتخابية في التشريعات الليبية" النص والواقع والتقييم"، منشورات المفوضية الوطنية العليا للانتخابات، ديسمبر 2018م.
- د. زيد ناصر الخرينج، الطعون الانتخابية في الانتخابات التشريعية، دكتوراه كلية الحقوق جامعة المنصورة، ط 2019م.
- د. عثمان سعيد المحيشي، الأسس القانونية والعملية للطعون الانتخابية (دراسة تحليلية في ضوء المادتين 45 و 46 من مشروع ملحق الإعلان الدستوري المؤقت)، ورشة عمل حول الانتخابات البرلمانية والرئاسية القادمة برعاية المعهد العالي للقضاء متاح على الموقع الآتي : Eanlibya.com
- وسام يوسف عضوم، وليد عكل عرب، دور الطعون الانتخابية في إضفاء صفة المشروعية على الانتخابات العامة، المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، مج (6) ع (8) مارس 2022م ص 51. <https://www.ajsrp.com>
- تقرير النزاع الانتخابي في الانتخابات الرئاسية والتشريعية والبلدية الجزئية، المحكمة الإدارية التونسية، ط 2019م، متاح على الموقع الآتي: <http://www.jat.tn>
- مقال بعنوان " هل تؤثر عودة "الدبيبة" بقرار قضائي على سباق الانتخابات" منشور بتاريخ 2021/12/1م علي الموقع الآتي: <https://www..comarabi>

أحكام قضائية غير منشورة:

- حكم لجنة الطعون الانتخابية الاستئنافية طرابلس في الطعن رقم (9) لسنة 2021م (طعون انتخابية).
- حكم لجنة الطعون الابتدائية ببنغازي في الطعن الانتخابي رقم (3) لسنة 2021م بتاريخ 2021/11/29م.
- حكم محكمة استئناف مصراته، الدعوى الإدارية رقم (214) لسنة 2021م تاريخ الجلسة 2021.12.6م.

¹ لقد نصت المادة (3) من القانون رقم 8 لسنة 2013 بشأن إنشاء المفوضية الوطنية العليا للانتخابات على أنه "...تعد المفوضية هي الجهة الوحيدة التي تتولى تنفيذ عملية الانتخابات والإعداد لها والإشراف عليها ومراقبتها والإعلان عن نتائجها". منشور على الموقع الرسمي للمفوضية الوطنية العليا للانتخابات. الرابط الآتي: [/https://hnec.ly](https://hnec.ly)

² د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير المعاصرة، دار الفكر العربي، ط6، ص157.

³ أشارت المادة (30) من الإعلان الدستوري إلى علاقة السلطة القضائية بالعملية الانتخابية بقولها: "تتولى المفوضية الوطنية العليا للانتخابات (والتي يُعاد تشكيلها من قبل المؤتمر الوطني العام) إجراء الانتخابات العامة تحت إشراف القضاء الوطني وبمراقبة الأمم المتحدة والمنظمات الدولية والإقليمية".

⁴ تجدر الإشارة إلى أن بعض القوانين المقارنة منحت الاختصاص للمحاكم المدنية بنظر الطعون الانتخابية، والبعض الآخر ركز أمام المحاكم الإدارية، فعلى سبيل المثال ركز المشرع الفرنسي جل الطعون الانتخابية أمام المجلس الدستوري، ومنح القضاء المدني الاختصاص الكامل بنظر طعون القيد في السجل الانتخابي، إلا أن هناك بعض الحالات الاستثنائية ينعقد بشأنها الاختصاص للقضاء الإداري تتمثل في الآتي: 1/ مخالفة الشكل القانوني للجان الإدارية أو تجاوز لجان القيد والمراجعة سلطاتها القانونية 2/ مخالفة اللجان الإدارية للأوضاع الشكلية المقررة لإصدار قراراتها د. زيد ناصر الخرينج، الطعون الانتخابية في الانتخابات التشريعية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، 2019م، ص 90.

⁵ لقد أوصد الباب على الانتخابات الرئاسية التي كان من المقرر إجراؤها بتاريخ 2021/12/24م بموجب بيان مجلس المفوضية العليا للانتخابات قبل عقدها بأيام معدودة، حيث علل البيان عدم إجراء الانتخابات بسبب وجود قوة قاهرة أفضت إلى عدم تمكن المفوضية من استكمال الانتخابات التي كانت مقررة يوم 24 ديسمبر على الرغم من جاهزيتها الفنية الكاملة لإنجاز العملية الانتخابية في التاريخ المذكور. يُراجع بيان مجلس المفوضية بشأن تحديد يوم الاقتراع (الجولة الأولى) من الانتخابات الرئاسية الصادر بتاريخ 2021/12/22م منشور على موقع المفوضية الرابط الآتي: [/https://hnec.ly](https://hnec.ly)

⁶ يراجع بحثنا الموسوم بـ المنازعات الانتخابية في القانون الليبي، ورشة عمل بعنوان القراءات النقدية للقوانين الانتخابية، تنظيم مجلس التخطيط الوطني طرابلس، بتاريخ 1/8/2022م، ص10.

⁷ د. زيد ناصر الخرينج، المرجع السابق، ص 68.

⁸ سعد مظلوم العبدلي، الانتخابات ضماناتها حريتها ونزاهتها، دار دجلة، الأردن، ط 2009م، ص172.

⁹ ورد تعريف الرقم الوطني في الفقرة الأولى من القانون رقم (8) لسنة 2014م الصادر عن المؤتمر الوطني العام بشأن الرقم الوطني بأنه: " بيان رقمي ذو دلالة ومندخل إلى البيانات المعرفة بالفرد بقاعدة البيانات الوطنية".

¹⁰ لائحة تسجيل المرشحين الانتخاب رئيس الدولة المرفقة بقرار مجلس المفوضية رقم (73) لسنة 2021م. الصادرة بتاريخ 2021/11/7م. متاحة على موقع المفوضية الرابط الآتي: [/https://hnec.ly](https://hnec.ly)

¹¹ اذهب المشرع الليبي في الانتخابات الأخيرة إلى اعتماد وسيلة التسجيل بواسطة خدمة الرسائل الهاتفية حول التسجيل بواسطة الهاتف المحمول. يراجع موقع المفوضية الوطنية العليا للانتخابات بحسب الرابط الآتي: [/https://hnec.ly](https://hnec.ly)

¹² لقد ربطت (م6) من القانون رقم 1 لسنة 2021م بشأن انتخاب الرئيس أهلية الناخب بسن 18 سنة ميلادية يوم الاقتراع، وأن يكون حاصلًا على رقم وطني ومقيّدًا بسجل الناخبين.

¹³ ذهبت بعض الدول إلى إدخال نظام البطاقات الانتخابية المغنطة والتي تتميز عن البطاقات العادية باشتغالها على علامة معقدة تأخذ شكل سند خطي تساعد على إثبات شرعيتها وحمايتها من التزوير، وتساعد في تخفيف العبء عن الناخبين كونها تجعل من الاقتراع في مكان السكن أو الإقامة عملية ممكنة، فضلا على أنها تساعد بصورة فعالة في إزالة الثغرات الكثيرة في لوائح الشطب، وفي تلافي الأخطاء. د. شوقي يعيش تمام، الطعون في انتخابات المجالس النيابية في دول المغرب العربي (الجزائر، تونس، المغرب)، دكتوراه كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014م، ص 99.

¹⁴ د. سعد الشراقي، د. عبدالله ناصيف، نظم الانتخابات في العالم ومصر، دار النهضة العربية، ط1984م، ص 155.

¹⁵ ومن التطبيقات القضائية التي أظهرت أهمية القوائم الانتخابية، حكم محكمة القضاء الإداري المصرية حين ذهبت إلى القول: "سلامة وصحة قاعدة الناخبين هي أساس لسلامة جميع الانتخابات والاستفتاءات التي تجري مستندة إلى هذه القاعدة، وأن قاعدة بيانات الناخبين الواجب إعدادها وفقاً لأحكام الدستور والقانون تتضمن أسماء من لهم حق مباشرة الحقوق السياسية من المواطنين الذين استوفوا الشروط المقررة قانوناً، ولا يجوز أن يدرج بها أسماء المحرومين من مباشرة حقوقهم السياسية، أو من توافر عندهم سبباً من أسباب وقف مباشرة الحقوق السياسية ومن قرر المشرع إعفاءهم من أداء واجب الانتخاب وإبداء الرأي في الاستفتاء وتلتزم جهة الإدارة بتحديث قاعدة بيانات الناخبين بأن تعيد من تلقاء نفسها أسم كل مواطن توافرت فيه الشروط ولم يكن مقيّدًا بقاعدة بيانات الناخبين وبأن تحذف أسم مواطن لا يستحق القيد في قاعدة بيانات الناخبين " الطعن رقم (25478) لسنة 59 قضائية، جلسة 2013/5/7م.

¹⁶ د. ناجي البكوش، المنازعات الانتخابية في القانون التونسي، المجلة القانونية التونسية، مركز الدراسات والبحوث والنشر، ط 1985م، ص 41.

- ¹⁷ نصت المادة (6/2) من لائحة تسجيل الناخبين المرفقة بقرار المفوضية الوطنية العليا رقم (61) لسنة 2021م على أنه: " ستصدر المفوضية بطاقات الناخبين الذين أنوها عملية تسجيلهم بنجاح، وأدرجت اسمائهم في سجل الناخبين الأولي".
- ¹⁸ وسام يوسف عضوم ، وليد عكل عرب ، دور الطعون الانتخابية في إضفاء صفة المشروعية على الانتخابات العامة، المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث - مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، مج (6) ع (8)، مارس 2022م ص 51. متاح على الرابط الآتي: <https://www.ajsrp.com>
- ¹⁹ د. شوقي يعيش، المرجع السابق ، ص 100 وما بعدها
- ²⁰ د. ماهر جبر نصر، الطعون في الانتخابات التشريعية في قضاء مجلس الدولة المصري، دار النهضة العربية، ط 1999، ص 28.
- ²¹ عضوم، عرب، المرجع السابق، ص 56.
- ²² قرار المفوضية الوطنية العليا للانتخابات رقم (73) لسنة 2021م بشأن اعتماد لائحة تسجيل المترشحين لانتخاب رئيس الدولة.
- ²³ نعمان الخطيب وآخرون، التشريعات النازمة لانتخاب مجلس النواب في ضوء الدستور الأردني والمعايير الدولية للانتخاب، المركز الوطني لحقوق الإنسان، الأردن، 2011م، ص 33.
- ²⁴ نصت المادة المشار إليها أعلاه على أنه "إذا قرر مجلس النواب بأغلبية أعضائه سحب الثقة من الحكومة عدت مستقلة وتستمر في تسيير الأعمال إلى حين تكليف حكومة جديدة. وإذا كان القرار خاصاً بأحد الوزراء عد مستقيلاً. ولا ينظر مجلس النواب في طلب الاقتراح بسحب الثقة، إلا بطلب من ربع نواب المجلس، ولا يطرح هذا الطلب للمناقشة إلا بعد ثمانية أيام من يوم تقديمه، ولا تؤخذ الآراء عنه إلا بعد يومين من إتمام المناقشة".
- ²⁵ استطلاع آراء بعض القانونيين ضمنت لمقال بعنوان " هل تؤثر عودة "الدبية" بقرار قضائي على سباق الانتخابات" منشور بتاريخ 2021/12/1م علي الموقع الآتي: www.arabi.com
- ²⁶ حكم لجنة الطعون الانتخابية الاستئنافية طرابلس في الطعن رقم 9 لسنة 2021م (طعون انتخابية) غير منشور.
- ²⁷ د. زيد ناصر الخرينج، المرجع السابق، ص 58.
- ²⁸ تُراجع في هذا الصدد المواد (30/29/28/27/26/25) من القانون رقم (1) لسنة 2021م بشأن انتخاب رئيس الدولة. وقرار المفوضية الوطنية العليا للانتخابات رقم 82 لسنة 2021م بشأن اعتماد لائحة الدعاية الانتخابية لانتخاب رئيس الدولة ومجلس النواب.
- ²⁹ ومن تطبيقات القضاء المقارن قضت المحكمة الإدارية في تونس بأنه " أن ما وقع التمسك به من وجود خروقات وتجاوزات بمراكز ومكاتب الاقتراع لم يكن مؤيداً طالما لم يتقدم ممثلو القائمة الطاعنة بأي تحفظات إلى رؤساء مكاتب الاقتراع والفرز المعنية، ولم يطلبوا تدوين ملاحظاتهم في محاضر الفرز. كما لم يثبت ما تم التمسك به من قيام أحد الأحزاب تحميل سيارة بكمية من الأوراق الحمراء التي تحمل رقم الحزب وشعاره وصور مرشحيه والوقوف قرب مركز الاقتراع، ذلك لا يدل على أن السيارة أو مالكها له علاقة بالحزب المعني بالأمر ومرشحيه، وأن الأوراق المذكورة تم توزيعها يوم الصمت الانتخابي، فضلاً عن عدم معاناة رئيس مركز الاقتراع في شهادته المدلى بها لهذه المخالفة....." تقرير النزاع الانتخابي في الانتخابات الرئاسية والتشريعية والبلدية الجزئية، صادر عن المحكمة الإدارية التونسية، ط 2019م، ص 45، متاح على الموقع الآتي: <http://www.jat.tn>
- ³⁰ فعلى سبيل المثال سمح القانون رقم (45) لسنة 2014م بشأن مباشرة الحقوق السياسية بجمهورية مصر للجنة العليا للانتخابات بتشكيل (لجان رصد الوقائع) من خبراء مستقلين تتولى رصد المخالفات على مستوى المحافظات، وتقديم تقارير بشأنها وعرضها على اللجنة العليا للانتخابات. راجع قرار اللجنة العليا للانتخابات بجمهورية مصر رقم (21) لسنة 2014م بشأن تشكيل لجان رصد الوقائع.
- ³¹ رحمانى جهاد ، الرقابة القضائية على العملية الانتخابية في الجزائر، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر 2021م ، ص 242.
- ³² وفي هذا السياق يرى البعض أن عدم وجود مكان منعزل في المكتب المخصص للتصويت يُعد عيباً جسيماً ينال من الانتخابات ويسمها بعدم المشروعية حتى ولو افترضنا حسن النية، ومن ثم فإن دخول الناخب في المكان المنعزل للتصويت إجراء إجباري، يترتب على مخالفته بطلان الانتخاب. يراجع د. شوقي يعيش، المرجع السابق، ص 227.
- ³³ من تطبيقات القضاء المقارن ذهبت المحكمة الإدارية التونسية إلى القول: "وفيما يتعلق بتوزيع الأموال على الناخبين، أن الشهادات المدلى بها سواء المصورة أو المكتوبة لم تتضمن ما يفيد هوية الأشخاص المنسوب إليهم توزيع الأموال ولا ما يثبت علاقتهم بالقائمة المطعون في نتائجها وقيمة الأموال وعدد الأشخاص الذين تسلموها وهي بذلك لا تمثل حجة كافية لإثبات الواقعة في ظل عدم الإدلاء بما يفيد تتبع المعنيين بالأمر جزئياً من أجل هذه الجريمة الانتخابية.. وأن هذه الخروقات على فرض ثبوتها تظل معزولة وليس من شأنها التأثير في إرادة الناخبين، وفي صحة النتائج الانتخابية" يُراجع تقرير النزاع الانتخابي في الانتخابات الرئاسية والتشريعية المرجع السابق، ص 45.
- ³⁴ ماهر جبر نصر، المرجع السابق، ص 332
- ³⁵ د. شوقي يعيش ، المرجع السابق، ص 249

³⁶ ورقة الاقتراع التي استعملها الناخب بصورة خاطئة واستبدلها بورقة أخرى أو تمزقت أثناء فصلها من الرزمة أو متسخة لا يمكن استخدامها. وتعتبر ورقة الاقتراع تالفة في الأحوال الآتية 1/ تمزقها عند فصلها من رزمة اوراق الاقتراع. 2/ اتساخها 3/ إذا رجع الناخب من خلوة الاقتراع وبين انه اخطأ في تأشير ورقة الاقتراع. (م14) من قرار المفوضية العليا للانتخابات رقم (66) لسنة 2014م بشأن اعتماد الاقتراع والفرز والعد للانتخاب مجلس النواب للمرحلة الانتقالية.

³⁷ الورقة التي رفض الناخب تحبير اصبعه فاسترجعت منه أو وجدت ملقاة في المحطة وتعتبر الورقة ملغاة في الحالات الآتية: 1. إذا وجدت على الأرض أو في الخلوة أو في مكان آخر داخل المحطة عدا صندوق الاقتراع 2. إذا رفض الناخب تحبير إصبعه. (م 14) من قرار المفوضية لوطنية العليا للانتخابات رقم (66) لسنة 2014م.

³⁸ ورقة الاقتراع لا تحمل تأشير تبيين نية الناخب بانتخاب مرشح معين، أو تحمل أكثر من تأشير، أو لا تحمل أي تأشير، أو عليها توقيع الناخب أو كشط أو مسح أو إشارة أخرى، ولا تدخل في عملية العد.

³⁹ المادة (4) من قرار مجلس المفوضية الوطنية العليا للانتخابات (67) لسنة 2021م بشأن لائحة الحجب والاستبعاد وإلغاء النتائج .

⁴⁰ لقد دأبت المفوضية الوطنية العليا للانتخابات على تعريف النتائج الأولية بأنها (نتائج التنافس الانتخابي التي تعلنها المفوضية بعد جدولة نتائج محطة الاقتراع). المادة (1) من القرار رقم (92) لسنة 2014 بشأن اعتماد لائحة تجميع نتائج الاقتراع وجدولتها وإعلانها.

⁴¹ وتحقيقاً لهذا الهدف انشأت المفوضية الوطنية العليا للانتخابات مركز ادخال البيانات يتم فيه تجميع جميع النماذج الاصلية للنتائج الواردة من كافة محطات الاقتراع داخل الاراضي الليبية وخارجها لإعداد قاعدة بيانات للنتائج الرسمية، حيث تمر عملية الادخال بعدة مراحل لضمان جودتها ودقتها. (المواد 4/2 من قرار المفوضية رقم (92) لسنة 2014م بشأن اعتماد لائحة تجميع نتائج الاقتراع وجدولتها وإعلانها متاح على موقع المفوضية على الرابط الاتي:

<https://hnec.ly>

⁴² المواد (37/ 38) من القانون رقم 1 لسنة 2021م.

⁴³ ولقد اتيج لمحكمة استئناف الخمس التأكيد على أن اعلان النتائج لا يحول دون تراجع المفوضية عنها تنفيذاً لحكم قضائي ففي قضية تتلخص وقائعها في الطعن في فوز أحد المرشحين بمقعد في مجلس النواب الليبي فيعد أن رفض طعنه أمام المحكمة الجزئية قام مقدمه بالطعن فيه بالاستئناف أمام المحكمة الابتدائية التي ألغت نتائج الانتخابات دون أن تعلن الخصم المطعون في فوزه، وحيث لم يرتض المتضرر من الحكم وقام بالطعن فيه أمام محكمة الاستئناف التي اعتبرته معدوماً لخلوه من إعلان الخصوم، وعندما أراد الطاعن تنفيذ حكمه على المفوضية استشكلت منه لاستحالة تنفيذه، حيث انتهت محكمة الاستئناف إلى أنه: (على المفوضية أن تحترم أحكام القضاء ولا توجد استحالة في التنفيذ ولمراعاة قواعد الإنصاف والعدالة بإمكان المفوضية إجراء تعديل جزئي على المقعد المتنازع عليه والخاص بالدائرة العاشرة للانتخابات بالخمس المدنية بإعلانها الأول ليس قرأناً منزلاً وحتى يكون ذلك عبء لكل من تسول له نفسه مستقبلاً التلاعب بنتائج الانتخابات فتكون العدالة والقضاء والمفوضية له بالمرصاد ولا يحق إلا الحق خاصة وأن شعبنا لا يزال يحبوا أعوامه الأولى في الديمقراطية فلا بد أن تبنى على أساس سليم ومتين) حكم محكمة استئناف الخمس في الاشكال رقم 2017/488 بتاريخ 2017/11/1م.

⁴⁴ د. فاروق خلف، الطعون الإدارية في العملية الانتخابية، مجلة البحوث والدراسات ع(22) س(13)، صيف 2016م، ص 108 وما بعدها.

⁴⁵ د. شوقي يعيش تمام، المرجع السابق، ص 104.

⁴⁶ المرجع ذاته، ص 107.

⁴⁷ وتجدر الإشارة إلى أن القانون رقم 2 لسنة 2021م أثر زيادة المدة المقررة لإخطار المستبعدين من الترشح إلى مجلس النواب إلى أسبوع من تاريخ انتهاء تقديم طلبات الترشح المادة(8) من القانون رقم (2) لسنة 2021م بشأن انتخاب مجلس النواب.

⁴⁸ هو كل ليبي له الحق في الانتخاب، ومقيد في سجل الناخبين وفقاً لأحكام قانون الانتخابات. المادة (1) من باب تعريف المصطلحات في القانون رقم (2) لسنة 2021م، بشأن تنظيم انتخاب السلطة التشريعية.

⁴⁹ تثبت صفة المترشح لكل مواطن تتوفر فيه الشروط القانونية للترشح، وكان قد تقدم بطلب الترشح مرفقاً به المستندات المطلوبة إلى المفوضية، وتم قبول ترشحه بشكل رسمي وادرج اسمه في قائمة المرشحين.

⁵⁰ المادة(17/2) من قرار مجلس المفوضية الوطنية العليا للانتخابات رقم (73) لسنة 2021م بشأن اعتماد لائحة تسجيل المترشحين لانتخاب رئيس الدولة.

⁵¹ المادة (6) من قرار مجلس المفوضية الوطنية العليا للانتخابات (67) لسنة 2021م بشأن لائحة الحجب والاستبعاد وإلغاء النتائج.

⁵² لقد اتيج للجنة الطعون الابتدائية بنغازي، فرصة التعرض إلى بعض حالات الاستبعاد الواردة في قرار المفوضية العليا للانتخابات رقم 79 لسنة 2021م القاضي باستبعاد بعض المترشحين للانتخابات الرئاسية وعدم قبول ترشحهم طبقاً للمادة (1) على الرغم من تقديم الطاعن العدد المطلوب من الترتيبات والمستندات المطلوبة للترشح التي استلمها الموظف المختص وذيل الكشوفات بتوقيعه طبقاً للمادة (18) من القانون رقم 1 لسنة 2021م بشأن انتخاب رئيس الدولة، حيث لم تقم المفوضية في قرارها الطعين بتوضيح سبب الاستبعاد واكتفت بالقول بعدم انطباق المادة (11) من القانون المذكور على الطاعن

.. حيث انتهت لجنة الطعون إلى الآتي: "وحيث أن الطاعن قدم صورة من نموذج طلب الترشح لانتخاب رئيس الدولة مثبت بها تسليم نسخة ورقية والكترونية من نماذج التزكية،... وحيث أن اللجنة قد انتقلت إلى مقر المفوضية المطعون ضدها بمدينة بنغازي للاطلاع على ملف المترشح إلا أن العاملين بها ذكروا بأن الملف أحيل إلى مقرها الرئيسي بمدينة طرابلس، فأصدرت اللجنة قرارا بإلزام المطعون ضده بموافاتها ببيان مفصل حول أسباب عدم صلاحية قوائم التزكية، إلا أنه لم يمتثل وحيث أن القرار المطعون فيه جاء قاصرا إذ أنه استبعد الطاعن من قائمة المترشحين لعدم انطباق المادة 11 من القانون، إلا أنه لم يحدد بشكل مفصل أسماء وعدد المستبعدين من قائمة التزكية وسبب استبعاد كل واحد منهم الأمر الذي تنتهي معه اللجنة إلى إلغاء القرار المطعون فيه بالنسبة للطاعن إعمالا لحقه الدستوري في الترشح .." حكم لجنة الطعون الابتدائية بنغازي بتاريخ 2021/11/29م في الطعن الانتخابي رقم 3 لسنة 2021م غير منشور.

⁵³ أنظر المواد (8/7) من قرار مجلس المفوضية الوطنية العليا للانتخابات (67) لسنة 2021م بشأن لائحة الحجب والاستبعاد وإلغاء النتائج.

⁵⁴ د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 157.

⁵⁵ عزة المقهور، المرجع السابق، ص 44.

⁵⁶ هدى التوزري، سمية قنيرة، دليل النزاعات الانتخابية في تونس، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي-مشروع المساعدة الانتخابية في تونس، ط 2017م، ص 94.

⁵⁷ د. الكوني أعبودة، نظرات في أحكام الطعون الانتخابية والاستئناف، بمناسبة القانون رقم 1 لسنة 2021م، ورشة عمل بعنوان "القراءات النقدية للقوانين الانتخابية"، تنظيم مجلس التخطيط الوطني طرابلس، بتاريخ 1/8/2022م، ص 9.

⁵⁸ ومن تطبيقات القضاء المقارن فقد انتهت المحكمة الإدارية بالرباط إلى أنه: "وحيث إنه إذا كان لفظ "المصلحة" الوارد في المادة المذكورة أعلاه جاء عاما ومطلقا في صيغته، فإن اجتهاد الغرفة الإدارية حسب القرارات الصادرة عنها لا يعتبر مصلحة المدعي قائمة في الطعن إلا إذا ثبت ترشيحه لأحد المناصب موضوع الانتخاب المتنازع في نتيجته، وحيث إنه اعتبارا لعدم ثبوت ترشيح الطاعن لأحد المناصب موضوع الانتخاب المطعون فيه،... تكون مصلحته غير متوفرة في النزاع، وبالتالي يكون مآل الطعن عدم القبول". حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد (1311) بتاريخ 2003/11/4م. مشار إليه لدى أحمد بوعشيق، الدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، الجزء الثاني، سلسلة دلائل التفسير، العدد 16، ط 2004م، ص 248.

⁵⁹ المادة (52) من القانون رقم (1) لسنة 2021م بخصوص انتخاب رئيس الدولة وتحديد اختصاصاته.

⁶⁰ حكم لجنة الطعون الانتخابية بنغازي جلسة الأربعاء الموافق 2021/12/01م في الاستئناف رقم (4/2021م) غير منشور.

⁶¹ المادة (45) من القانون رقم (1) لسنة 2021م بشأن انتخاب رئيس الدولة وتحديد اختصاصاته.

⁶² قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (142) لسنة 2021م بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لآليات تعيين وتحديد مهام لجان الطعون والاستئناف.

⁶³ المواد (53/48) من القانون رقم (1) لسنة 2021م بشأن انتخاب رئيس الدولة وتحديد اختصاصاته.

⁶⁴ المادة (54) من القانون رقم (1) لسنة 2021م بشأن انتخاب رئيس الدولة وتحديد اختصاصاته.

⁶⁵ في العموم يختص قاضي الأمور الوقتية بنظر الطلبات الوقتية المقدمة إليه يقصد اتخاذ اجراء وقتي أو تحديد مركز الخصوم تحديدا مؤقتا لموضوع النزاع، إلى أن يتم الفصل فيه. المادة (293) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

⁶⁶ تجدر الإشارة إلى أن رفع الطعن أمام لجنة الطعون التي يقع في نطاقها محل إقامة الطاعن أو موطنه المختار يعد خروجاً على القاعدة العامة المتمثلة في اختصاص محكمة موطن المدعى عليه. د. الكوني أعبودة، المرجع السابق، ص 5.

⁶⁷ المواد (48/46) من القانون رقم (1) لسنة 2021م بشأن انتخاب رئيس الدولة وتحديد اختصاصاته.

⁶⁸ د. الكوني أعبودة، المرجع السابق، ص 8.

⁶⁹ د. عثمان سعيد المحيشي، الأسس القانونية والعملية للطعون الانتخابية (دراسة تحليلية على ضوء المادتين 45 و 46 من مشروع ملحق الإعلان الدستوري المؤقت)، ورشة عمل حول الانتخابات البرلمانية والرئاسية القادمة برعاية المعهد العالي للقضاء، متاح على الموقع الآتي: Eanlibya.com

⁷⁰ راجع بحثنا السابق، ص 9.

⁷¹ تجدر الإشارة إلى أن المادة (5) من القانون رقم 14 لسنة 2010 بشأن أحكام الجنسية نصت على أنه: "يفقد الجنسية الليبية من يكتسب باختياره جنسية أجنبية ما لم تأذن له بذلك اللجنة الشعبية العامة للأمن العام ..."

⁷² القرار منشور على موقع المفوضية الوطنية العليا للانتخابات بحسب الرابط الآتي: <https://hneec.ly/>

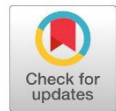
⁷³ حكم محكمة استئناف مصراته، في الدعوى الإدارية رقم 214 لسنة 2021م تاريخ الجلسة 2021.12.6م غير منشور.

⁷⁴ قرار المفوضية الوطنية العليا للانتخابات رقم (12) لسنة 2016م بسان اعتماد نتيجة الدائرتين الأولى والثانية (التنافس الخاص) لانتخاب التأسيسية لصياغة مشروع الدستور بتاريخ 2016/3/20م.

⁷⁵ وهذا عين ما أورده المشرع التونسي في قانون انتخاب مجلس النواب باستخدام عبارة الإعلام " بأي وسيلة تترك أثرا كتابيا" باعتبارها طريقة خاصة تخرج عن القواعد العامة في قانون المرافعات. وتطبيقا لذلك اعتبرت المحكمة الإدارية التونسية أن العلم بالبريد الالكتروني من الوسائل التي يعتد بها في انطلاق أجل الطعن في قرارات الهيئة باعتباره وسيلة تبلغ تترك أثرا كتابيا. حكم المحكمة الإدارية في القضية رقم 2023 بتاريخ 2019/8/23م . تقرير النزاع الانتخابي في الانتخابات الرئاسية والتشريعية والبلدية الجزئية، تقرير المحكمة الإدارية التونسية، ط 2019م، ص 34. متاح على الموقع

الآتي: <http://www.jat.tn>

⁷⁶ عزة المقهور، المرجع السابق، ص 44 وما بعدها



The Constitutional Provision to Restrict the Freedom of the Accused in the Pre-Trial Stage

Tarek El Gamli

*Corresponding author::

Tarek_aljmlly@yahoo.ie

Department of Criminal
Law, Faculty of Legal,
Benghazi University,
Libya.

Received:

02 May 2023

Accepted:

04 August 2023

Publish online:

31 December 2023

Abstract: Individual freedom has constitutional discretion, for which it receives special protection in the face of arbitrary authority. It should not be restricted except out of necessity, in terms of origin, except by a criminal ruling. However, for considerations related to detecting evidence of crime and combating it, this freedom may be temporarily restricted before a conviction is issued; However, due to the seriousness of this matter, balancing considerations of combating crime with the necessities of preserving individual freedom requires restricting the legislator's authority, to prevent abuse of power. There is no doubt that imposing restrictions on the legislator's authority can only be achieved through restrictions that exceed in their strength the texts of ordinary legislation. These are constitutional texts.

Keywords: Individual Freedom - Pretrial Detention - The Accused - Trial – Constitutional.

الضبط الدستوري لتقييد حرية المتهم في مرحلة ما قبل المحاكمة

المستخلص: إن الحرية الفردية تقدير دستوري، وهي تحظى لأجله بحماية خاصة في مواجهة تعسف السلطة؛ إذ لا يجب تقييدها إلا لضرورة، ولا يجوز سلبها، من حيث الأصل، إلا بحكم جنائي؛ ومع ذلك فإنه لا اعتبارات تتعلق بكشف أدلة الجريمة ومكافحتها، يجوز تقييد هذه حرية مؤقتا قبل صدور حكم بالإدانة، كما في حالات القبض على المتهم وحبسه احتياطيا؛ غير أنه لخطورة هذا الأمر، بحسبانه يفرض قبل الادانة، فإن الموازنة بين اعتبارات مكافحة الجريمة، وضرورات صيانة الحرية الفردية، يستوجب تقييد سلطة المشرع في فرض تلك القيود المؤقتة، منعا للتعسف في ممارسة السلطة، فالأمر لا يتعلق بالتعسف في استعمال مكنة التقييد من قبل سلطة التحقيق، وإنما بأساس ممارسة هذا القيد وشروط هذه الممارسة وفقا للقانون. لا شك أن فرض القيود على سلطة المشرع، لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال قيود تسمو في قوتها على نصوص التشريع العادي؛ وهو ما يعني أن فرض القيود على سلطة المشرع لا يتحقق إلا بنصوص أسمى، وهي النصوص الدستورية. ولهذا فإن هذه الدراسة تُعنى ببحث الموقف الدستوري من تقييد الحرية قبل المحاكمة بمناسبة دعوى جنائية؛ وذلك ببحث أساس ونطاق هذا التقييد في مطلبين؛ يخصص كل واحد منهما، وفق منهج تحليلي، لدراسة هذا الموضوع وذلك من حيث الأساس وأثره في التطبيق على النصوص.

الكلمات المفتاحية: الحرية الفردية - الحبس الاحتياطي - المتهم - محاكمة - دستوري.



المقدمة: إن الانسجام بين نصوص النظام القانوني الواحد، يعد ضرورة لا غنى عنها؛ ولذلك فإنه لا يمكن التسليم بوجود نصين متناقضين قابلين للتطبيق في نظام قانوني واحد، فإذا ما أثبتت مسألة التعارض، فإنه يتعين محاولة التوفيق بين النصوص، فإن لم يتيسر ذلك، فاعتبار أحد النصين ملغي هو السبيل الوحيد لدفع هذا التعارض، بعد أن يكون المطبق قد استنفذ طرق التوفيق الأخرى؛ فرفع التعارض، كما أسلفنا، أمر لازم للتطبيق، فما دام التعارض قائماً فلا سبيل لتطبيق أحد النصين إلا على حساب الآخر. ومع هذا فإن التعارض لا يتصور قيامه إلا بين قاعدتين قانونيتين متفقتين من حيث العمومية والخصوصية.

فإذا كان الأمر كذلك، وعلى ذلك فإن النصوص التي يتضمنها قانون الإجراءات الجنائية بشأن القبض والتفتيش والاستجواب والحبس الاحتياطي كنصوص مقيد للحرية، قد تتعارض مع نصوص دستورية تكفل ضمانات لا تتناسب مع تلك النصوص الإجرائية.

إن الإعلان الدستوري الليبي الصادر سنة 2011 لم يتضمن نصوصاً صريحة تكفل الحماية للحرية الشخصية من الانتهاكات التي قد تتعرض لها تحت ذريعة ممارسة إجراءات الاستدلال أو التحقيق، وإن الإشارات التي وردت في هذا الإعلان، كانت عامة، على نحو لا يمكن معه القول بوجود قاعدة تنظم أحكام تقييد الحرية في مرحلتي الاستدلال والتحقيق، على نحو يخالف أحكام قانون الإجراءات الجنائية؛ كما أن مشروع الدستور رغم ما حواه من قواعد يمكن أن تتضمن حماية في هذا الشأن، إلا أنه وبحكم صفته هذه، لم يدخل حيز التنفيذ بعد.

إلا أن الوضع القانوني في ليبيا يشير إلى أن التجربة شهدت صدور القانون رقم (20) لسنة 1991م بشأن تعزيز الحرية، وهو قانون أساسي، حوى ضمانات تعزز الحرية الفردية خلال مرحلتي الاستدلال والتحقيق، فقد نص في مادته (14) على وجوب الحصول على إذن قضائي للقيام بإجراء القبض والتفتيش والاستجواب، وهو ما ينشأ معه تعارض بين هذا الحكم وما هو منصوص عليه بقانون الإجراءات الجنائية بشأن هذه الإجراءات، حيث قيدت صلاحيات مأمور الضبط القضائي بموجب قانون تعزيز الحرية بشأن القبض، وذلك من حيث ضرورة الحصول على إذن قضائي قبل تنفيذ هذا الإجراء، خلافاً لما هو منصوص عليه بقانون الإجراءات الجنائية بالمادة (24) التي تجيز له، في حالات محددة، القيام بالقبض دون الحصول على مثل هذا الإذن.

كما أن هذا القانون أجاز لمأمور الضبط القضائي إجراء الاستجواب بعد الحصول على الإذن بذلك من جهة قضائية، على الرغم من أن قانون الإجراءات الجنائية يحظر، على غير سلطة التحقيق، القيام بهذا الإجراء (م54) فيما عدا حالة الضرورة المنصوص عليها بالمادة (55).

وإذا كان قانون تعزيز الحرية يُعنى بحماية الحرية الفردية، فإنه تجسداً لذلك نص في المادة (14) أيضاً على تقييد صلاحيات جهات التحقيق في الأمر بالحبس الاحتياطي من حيث تحديد مبرراته والمدد التي يجوز أن يستغرقها؛ فهل هذه الأحكام تقبل التطبيق ويترتب على مخالفتها البطلان، أم أن قانون الإجراءات الجنائية هو المرجع في هذا الشأن؟

يمكن القول إن المنظومة التشريعية الليبية، بمستويات التشريع المختلفة، لا تتضمن، عدا ما نص عليه قانون تعزيز الحرية، ضمانات في مواجهة إجراءات التحقيق الماسة بالحرية الشخصية؛ مع عدم إغفال أن مشروع الدستور الليبي، وإن تضمن بعض الضمانات، إلا أنه من ناحية مازال في طور المشروع غير القابل للتطبيق، ومن ناحية أخرى، فإن تلك الضمانات ليست كافية على فرض نفاذها، لتحقيق حماية في مواجهة كافة الإجراءات الماسة.

ولهذا، فإن قانون تعزيز الحرية يعد القانون الأوضح الذي تضمن نصوصاً تكفل الحماية للحرية الفردية خلال مرحلتي الاستدلال والتحقيق الجنائي؛ ولكن السؤال الذي يطرح هنا، هل يعد هذا القانون نافذاً بعد صدور الإعلان الدستوري لسنة 2011، حال كون هذا الإعلان نص في مادته 34 على إلغاء الوثائق ذات الطبيعة الدستورية النافذة وقت صدوره؟ وعلى فرض نفاذه، أي يمكن القول بوجود تعارض حقيقي بين نصي المادتين 14 من قانون تعزيز الحرية و24 من قانون الإجراءات الجنائية؟ وما الحكم في هذه حالة ثبوت هذا التعارض؟

إن الإجابة عن ذلك تقتضي بالضرورة تحديد القيمة القانونية لنص المادة (14) من حيث وجودها حتى يمكن التسليم بداية بقابليتها للتطبيق، ليتسنى بعد ذلك بحث مسألة التعارض، إذ التعارض - كما قدمنا - لا ينشأ إلا بين قاعدتين قانونيتين، فهل مضمون المادة (14) يعتبر قاعدة قانونية تقبل التطبيق المباشر؟

إن تحديد القيمة القانونية لهذا النص سوف تمكن من الفصل في مسألة التعارض بين أحكامه وما هو مقرر بقانون الإجراءات الجنائية، بشأن القبض والاستجواب والحبس الاحتياطي في إطار المنهج تحليلي، وصولاً إلى ما يترتب على ذلك من تحديد شروط المشروعية لاتخاذ هذه الإجراءات؛ ولذا سنتناول هذا الموضوع في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الأساس القانوني لضبط تقييد الحرية في مرحلتي الاستدلال والتحقيق.

المطلب الثاني: انعكاس القيد الدستوري على مشروعية تقييد حرية المتهم في مرحلة ما قبل المحاكمة.

المطلب الأول: الأساس القانوني لضبط تقييد الحرية في مرحلة الاستدلال والتحقيق:

أشرنا إلى أن النظام القانون الليبي لم يتضمن نصوصاً ذات طبيعة دستورية تعنى بالحماية القانونية في مواجهة الإجراءات الماسة بالحرية الفردية خلال مرحلتي الاستدلال والتحقيق، وأن هذا الحماية تضمنها فقط قانون تعزيز الحرية⁽¹⁾، الذي تضمن نص المادة 14 والتي نصت على أنه " لا يجوز سلب حرية أي إنسان أو تفتيشه أو استجوابه إلا في حالة اتهامه بارتكاب فعل معاقب عليه قانوناً وبأمر من جهة قضائية مختصة وفي الأحوال والمدد المبينة في القانون . ويكون العزل الاحتياطي في مكان معلوم يخطر به ذنوب المتهم ولأقصر مدة لازمة للتحقيق وحفظ الدليل " .

التساؤل الذي يطرح هنا ما القيمة القانونية لهذا النص؟ وبكلمة أوضح ألهذا النص قيمة تطبيقية تجعل من الحق المقرر بموجبها مما يجوز الاحتجاج به أمام المحاكم باعتباره حقاً يقرره القانون، وبكلمة أوضح أما زال هذا النص موجوداً من الناحية القانونية؟ وفي إطار الإجابة عن هذا التساؤل، سنقسم هذا المطلب فرعين، نتناول في الأول القوة الملزمة لهذا النص، وفي الثاني قيمته الدستورية، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: القوة الملزمة لنص المادة 14 من قانون تعزيز الحرية:

إن الإشكالية التي يثيرها نص المادة 14 من قانون تعزيز الحرية، لها خصوصية، حال كون هذا النص يثير التساؤل حول قابليته للتطبيق، لا من حيث محتواه، وإنما من حيث وجوده القانوني، وهو ما يثير سؤالاً محدداً، أيعد هذا النص ملغي بموجب المادة 34

من الإعلان الدستوري (أولاً)؟ ثم أن حسم هذه المسألة يثير سؤالاً ثانياً حول قيمة هذا النص من ناحية قابليته للتطبيق من حيث محتواه، أيعد من قبيل النصوص القانونية القابلة للتطبيق المباشر أم أنه مجرد توصية للمشرع بتطبيق حكمه (ثانياً)؟

أولاً: الوجود القانوني لنصوص قانون تعزيز الحرية:

من حيث المبدأ، فإن مسألة إلغاء النص القانوني، لا تعد من الإشكاليات التي تحتاج للبحث، حال كون الإلغاء التشريعي لا يكون إلا بتشريع وفقاً للمادة الثانية من القانون المدني، سواء كان الإلغاء صريحاً أم ضمناً؛ إذ يكفي للبرهنة على حصول الإلغاء، مجرد الاستشهاد بالنص الذي تضمن هذا الحكم؛ ومن ثم فإن الوضع ويزداد وضوحاً في حالة الإلغاء الصريح، حيث يتضمن النص حكم الإلغاء صراحة؛ ومن ثم أيعد التساؤل حول مدى إلغاء نصوص قانون تعزيز الحرية؟ بحسبان أن هذا القانون قد يكون قد ألغي بموجب نص صريح ورد في الإعلان الدستوري، حيث نصت المادة 34 من هذا القانون على أنه " تلغى الوثائق والقوانين ذات الطبيعة الدستورية المعمول بها قبل العمل بهذا الإعلان "

وإننا بداية، نعتقد أن نص المادة 34 من الإعلان الدستوري عندما نص على إلغاء الوثائق ذات الطبيعة الدستورية، كان يقصد الوثائق المرتبطة بالنظام السابق، ولهذا، فإنه بصرف النظر عن الطبيعة الدستورية لقانون تعزيز الحرية، وهي مسألة سنعرض لها لاحقاً، فإن هذا القانون يكون من مستهدفات الإعلان الدستوري فيما نصت عليه المادة 34، حال كونه يرتبط بالنظام السياسي قبل صدور الإعلان الدستوري، فهذا الأخير يقصد إلغاء الوثائق المرتبطة بهذا النظام وتؤسس لشرعيته، ومنها قانون تعزيز الحرية الذي صدر تجسيدا لأحكام الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان، التي تعكس فلسفة النظام السابق على صدور الإعلان الدستوري.

غير أن الجزم بكون النص القانوني ملغي بطريق الإلغاء التشريعي، يستلزم أن تتوافر شروط هذا الإلغاء، وفي مقدمة هذه الشروط، أن يكون الإلغاء تضمنه نص قادر على تحقيق هذا الأثر، وهو ما يستوجب أن يكون هذا النص، نصاً تشريعياً صحيحاً، صادراً وفقاً للقانون، عن الجهة التي تملك إصداره. فهل تتوافر هذه الشروط في نص الإعلان الدستوري الصادر سنة 2011؟
فهل تحقق شروط الإلغاء بموجب الحكم الذي تضمنته المادة 34 من الإعلان الدستوري؛ في الواقع أن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي أولاً تحديد ما إذا كان نص الإعلان الدستوري لسنة 2011 له القدرة على إحداث أثر الإلغاء أم لا، ثم نطرح سؤالاً آخر حول انطباق هذا النص على قانون تعزيز الحرية -على فرض قيام مكنة الإلغاء.

يبدو أن المسألة تحتاج لنظر وتفصيل؛ فالقول بإلغاء النصوص الدستورية القائمة قبل صدور الإعلان الدستوري لسنة 2011، لمجرد أن هذا الإعلان نص على إلغائها، قول يحتاج للمراجعة؛ فالإعلان الدستوري صدر في ظروف تفتقد فيها سلطة إصداره المشروعية التي تؤهلها لإصدار نصوص قانونية، فهو لا يعدو كونه مجرد إعلان عن سلطة أمر واقع، لا يكتسب صفة القانون التي تنتج أثرها في إلغاء النصوص القانونية العادية، التي لا تلغى إلا بتشريع صحيح، ومن باب أولى النصوص ذات المرتبة السامية.

يبدو لنا جلياً أن الوثائق الدستورية الصادرة في ظل النظام السابق، لم تلغ بهذا الإعلان، وأن أثر هذا الأخير يقتصر في أكثر الأحوال تأثيراً، على مجرد تعطيلها، وهو، أي التعطيل، هو المكنة الوحيدة التي تمتلكها الجهة التي تمارس زمام السلطة الواقعية بعد الانقلاب أو الثورة.

ولعل الحديث عن انهيار النظام الدستوري (كبناء فوقي) بمجرد قيام العمل الانقلابي أو الثوري، لا يعدو كونه طرحاً سياسياً لا قانوني؛ فالإلغاء لا يتحقق إلا بأداته، وهي التشريع الصادر عن سلطة إصدار بالطرق القانونية.

ولذلك يمكننا القول إن سلطة الانقلاب أو الثورة، لا تملك إلا إنشاء أوضاع انتقالية تقتضيها حالة الضرورة، ولكنها لا تملك سلطة إلغاء النصوص التشريعية، وهي وإن كانت تعطل تطبيقها بلا سند تشريعي مكتوب، إلا أن هذا التعطيل لا يعد إلغاء لها، وأنه - أي هذا التعطيل - يستند لفكرة الأمر الواقع، الذي يؤكد أن تلك السلطة، وإلى حين صدور الدستور الدائم، ليست مشروعة وأن أيدها الشعب وأعلن شرعيتها. وعلى هذا فإن نص الإعلان الدستوري بشأن إلغاء تلك الوثائق يجب أن يفسر على هدى هذا الفهم لا أكثر.

إلا إن النتيجة التي ننتهي إليها، بعيدا عن التصورات السياسية، أن كل القواعد التي وردت في قانون تعزيز الحرية الذي يعزز الحقوق الشخصية في مواجهة الإجراءات الماسة بها، تظل قائمة وإن عطلت أحكامها بموجب الإعلان الدستوري، لأن هذه القواعد، وكما يرى جانب من الفقه² تستند إلى فكرة المبادئ فوق الدستورية، التي لا يمكن إلغاؤها حتى بموجب قواعد دستورية مشروعية، فما بالك بقواعد الأمر الواقع. وهو ما يعني أن الأثر الذي أحدثته هذه الوثائق في مواجهة نصوص القانون الليبي قبل تعطيلها، يظل قائما، لأن التعطيل ينصرف للمستقبل، ولا يمس الأثر المترتب في الماضي؛ ولهذا من نتائج هذا الفهم، أن الأحكام التي قررتها المادة 14 من قانون تعزيز الحرية، تعد قائمة ومنتجة لأثارها، ولم ينلها حكم الإلغاء.

ولا نرى أنه يمكن الاحتجاج في مواجهة هذا الفهم، بالقول إن نص المادة 34 من الإعلان الدستوري، كان صريحا في إلغاء قانون تعزيز الحرية، بوصفه من الوثائق التي نصت هذه المادة على إلغائها، فيكون الاجتهاد بما يخالف هذا النص أمرا غير جائز، فهذا القول مردود عليه، بأن صراحة النص وحدها لا تكفي لترتيب حكم الإلغاء، طالما أن شروطه لم تكن متوافرة، فالنص الصريح الذي يقال إن لا اجتهاد مع صراحته، هو النص الصحيح الذي تتحقق فيه خصائص النص التشريعي القادر على الإلغاء، وبحسب رأينا، فإن نص الإعلان الدستوري، كنص أمر واقع على نحو ما قدمنا، لا تتوافر فيه هذه الخصائص.

وعمدتنا في هذا الفهم، ما نصت عليه المادة 2 من القانون المدني، والتي قررت أنه: " لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء..."، فالإلغاء وفقا لهذا النص، لا يترتب حكمه إلا بتشريع، وهذا التشريع لكي يكون منتجا لأثاره، يجب أن يصدر عن جهة تملك سلطة إصداره وفقا للقانون، وهو ما لا يتوافر في الإعلان الدستوري لسنة 2011 حال كونه وثيقة تقرير أمر واقع وليست نصا تشريعيا بالمفهوم الفني للكلمة.

وفوق ذلك، فإنه حتى على فرض أن نص المادة 34 من الإعلان الدستوري، يمكن أن يكون نصا ملغيا للنصوص التي أشار إليها، فإن ذلك يمكن أن يتقيد بما تضمنته المادة 35 من هذا الإعلان، والتي نصت على أنه: " يستمر العمل بجميع الأحكام المقررة في التشريعات القائمة، فيما لا يتعارض مع أحكام هذا الإعلان إلى أن يصدر ما لعدلها أو يلغيها...".

حيث إنه لا شك أن نص المادة 14 من قانون تعزيز الحرية لا يتضمن ما يخالف أحكام الإعلان الدستوري، بل أنها تتسق مع الأحكام العامة لهذا الإعلان بشأن صيانة الحقوق وحفظها وتعزيز وسائل حمايتها، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 7 من الإعلان الدستوري لسنة 2011 بقولها: "تصون الدولة حقوق الإنسان وحياته الأساسية وتسعى إلى الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الدولية والإقليمية التي تحمي هذه الحقوق والحريات وتعمل على إصدار موثائق جديدة تكرم الإنسان خليفة الله في الأرض". ولذلك فإن نص المادة 14 من قانون تعزيز الحرية يظل متقفا وفلسفة الإعلان الدستوري، وهو بذلك يكون بمنحى من الإلغاء بموجب الاستثناء الذي قرره المادة 35 من الإعلان الدستوري؛ حيث إننا نعتقد أن ما نصت عليه المادة 34 على فرض قيام مكنة الإلغاء، فهو لا ينصرف إلا للنصوص المخالفة للإعلان الدستوري.

إن هذا الفهم يجد أساسه فيما تضمنته المادة 35 سالف الذكر، والتي قررت بجلاء الاستمرار في تطبيق القوانين غير المخالفة للإعلان الدستوري، وهذا النص -أي نص المادة 35- يقيد عموم نص المادة 34 من ذات الإعلان. ذلك أن مكنة الإلغاء على فرض قيامها، وفق الفلسفة السياسية للإعلان الدستوري، يجب أن تقتصر على الأحكام المخالفة للنظام السياسي الجديد، وهذا يستوجب أن يفسر نص الإعلان الدستوري على هذا النحو، لا سيما أن هذا التفسير يجد أساسه في الإعلان نفسه بموجب نص المادة 35 سالف الذكر.

ونعتقد أن هذا التفسير لنصوص الإعلان الدستوري، هو الذي يعبر عن وضع هذه النصوص، وهو ما يعني -حسب قناعتنا، أن قانون تعزيز الحريز وإن كان معطلا بموجب الإعلان الدستوري- وفق الفهم الذي اعتمدناه- إلا أن هذا التعطيل إنما ينصرف للنصوص المتعلقة بالنظام السياسي والتي تتعارض وطبيعة المرحلة التي يقيمها الإعلان الدستوري لسنة 2011، أما باقي نصوص هذا القانون، فهي نافذة لا يطالها الإلغاء ولا التعطيل (باختلاف التفسير)، لكونها مستثناة بموجب المادة 35. فضلا عن كون نص المادة 14 يحوي ضمانات لحقوق كفلتها مبادئ فوق دستورية، فلا ينبغي أن يطالها الإلغاء حتى وإن وجهت إليها نصوص دستورية صحيحة وصريحة تقرر مثل هذا الحكم؛ وهو ما يعني بالخلاصة، أن حكم المادة 14 من قانون تعزيز الحرية نافذ ولم يلغ. وبقي لنا التساؤل عن قدرتها على التطبيق.

ثانيا: قابلية نصوص قانون تعزيز الحرية للتطبيق المباشر:

يميز الفقه الدستوري بصدد تحديده للقيمة القانونية للنصوص بوجه عام، بين نوعين، نوع يرد ذكره في متن وثيقة من وثائق حقوق الإنسان، ونوع يرد ذكره في متن وثيقة دستورية أو في شكل قانون بالمعنى الضيق. ووجهة النظر في ذلك أن النصوص التي ترد في متن ما يعرف بإعلانات حقوق الإنسان، تكون فاقدة لأي قيمة قانونية، فهي لا تعدو أن تكون مجرد إعلان عن مبادئ سامية تقدرها الجماعة الإنسانية، لتبدو تلك المبادئ باعتبارها مناهجاً يهتدى به، دون أن تكون تلك النصوص مستنداً يحتج به في مواجهة السلطة أمام القضاء، بل إن هذه المبادئ لا تلزم المشرع بأن يهتدي بها عند إصداره للقوانين⁽³⁾، ومن ثم فإن المبادئ التي يتضمنها إعلان حقوق الإنسان لن تجد طريقها للتطبيق، أو بالأحرى لن تصبح سنداً منشأً للحق إلا إذا صيغت في شكل نصوص قانونية تنسم بالطابع التطبيقي⁽⁴⁾.

فإذا كان هذا هو الشأن بالنسبة لنصوص إعلانات حقوق الإنسان بما في ذلك الوثيقة الخضراء الكبرى، فإن القيمة القانونية للنص إذن لا تتأتى إلا إذا ورد في متن وثيقة تأخذ شكل القانون، سواء كان دستورياً أو عادياً أو لائحياً، وهذا هو النوع الثاني من النصوص، فهذه فقط التي تتمتع بالقيمة القانونية، فإذا صدر النص في متن قانون اعتبر ذلك النص ذا قيمة قانونية. غير أن هذه القيمة قد لا تؤهله دائماً لأن يكون قابلاً للتطبيق أمام المحاكم، فمن النصوص القانونية ما يكون الخطاب فيه موجهاً للمشرع لا للقاضي، ومنها ما يكون الخطاب موجهاً فيه لهذا الأخير، فبعض نصوص الدساتير يوجه الخطاب فيها للمشرع، فلا شأن للقاضي بها، فلا تلزمه، وهو ما يطرح التساؤل حول المعيار الذي يمكن أعلى أساسه تحديد وجهة الخطاب في النص، ألمشرع أم للقاضي؟

يرى البعض إن النفاذ الذاتي للنص يتوقف على مدى اعتبار مضمونه ذا قيمة قانونية وفقاً لاجتهادات الفقه والقضاء⁵، ولذلك يرى البعض أن النص الذي يرد في الدستور بشأن اعتبار القرآن شريعة للمجتمع، يعتبر الخطاب فيه موجه إلى القاضي، بحيث يكون قابلاً للتطبيق بذاته أمام المحاكم، انطلاقاً من آراء الفقه والقضاء بشأن مثل هذا النوع من النصوص⁶.

غير أننا نرى أن مثل هذا المعيار لا يقدم حلاً للمشكلة، بقدر مصادرته على المطلوب، فدور الفقه والقضاء هو البحث عن المعيار الذاتي لا إنشاءه في شأن تحديد قابلية النص للتطبيق. ثم أن آراء الفقه والقضاء متغيرة وربما متعارضة في بعض الأحيان،

إن لم يكن هذا الغالب في شأنها، ولذلك فالالتكاء عليها لا يمكن أن يكون معياراً موضوعياً يحل المشكلة؛ فضلاً عن أن دور الفقه والقضاء هو تفسير القانون أو تطبيقه، لا إنشاء معايير متصلة بتطبيقه، ولهذا نرى أن هذا المعيار لا يمكن الاستناد إليه في وضع معيار قابل للتطبيق.

في تقديرنا إن مضمون النص نفسه هو الذي يحدد وجهة الخطاب ، فإذا كان مضمون النص يتعلق بتكوين القاعدة القانونية ، أي بمصادرها المادية ، فإن الخطاب لا يمكن فهمه إلا على أنه موجه للمشرع ، فالقاضي لا شأن له بصناعة القاعدة القانونية؛ ولذا فالنصوص التي تقضي باعتبار الشريعة الإسلامية مصدر التشريع ، نصوص تتعلق بالمصادر المادية للقاعدة القانونية ، فالخطاب فيها بالضرورة لا يكون موجهاً إلا للمشرع ، باعتباره المختص بصناعة التشريع، أما القاضي فلا شأن له بذلك؛ فهذا النوع من النصوص غير قابل بطبيعته للتطبيق أمام المحاكم ، فالخطاب فيه إذاً يكون موجهاً للمشرع لا للقاضي.

أما النصوص التي بطبيعتها وبحسب ما تضمنته من حقوق، يمكن أن تكون قابلة للتطبيق أمام المحاكم ، فإن الخطاب فيها لا يمكن أن ينصرف إلا للقاضي ، فيكون الأخير ممن يلزم بإعمالها بوصفها نصوصاً تطبيقية. إذن فالنصوص نوعان، نصوص فاقدة لأي قيمة قانونية، لتبدو باعتبارها إعلاناً عن مبادئ سامية غير ملزمة، وهي النصوص التي ترد في وثائق حقوق الإنسان، ونصوص ذات قيمة قانونية، وهذه تختلف قيمتها القانونية، فمنها نصوص يتوجه الخطاب فيها للمشرع ولا تلزم القاضي، وأخرى الخطاب فيها يكون موجهاً للقاضي. فإلى أي طائفة ينتمي نص المادة (14) من قانون تعزيز الحرية؟

هذا الشأن تبنت المحكمة العليا اتجاهاً ينزع عن قانون تعزيز الحرية قابليته للتطبيق الذاتي، وذلك في الطعن المدني رقم 53/399⁷ وذلك بمناسبة تقييمها للقدرة الذاتية لقانون تعزيز الحرية في التطبيق، حيث قررت المحكمة أنه: " ...ذلك أن الخطاب في القانون رقم 20 لسنة 1991 بشأن تعزيز الحرية موجه إلى المشرع ليقوم بتعديل القوانين المتعارضة...".

غير أن هذا القضاء للمحكمة العليا، لا يعبر - حسب رأينا - عن حقيقة واقع هذا القانون، فتحديد طبيعة القانون من حيث قابليته للتطبيق، يجب أن يتم وفق معايير موضوعية وشكلية، لم تشر إليها المحكمة، ولم تبين في حيثيات حكمها الأساس الذي نزعته به عن هذا القانون أهم خصائصه وهو قوته الملزمة لجهات تطبيقه؛ ثم إن القول بأن كل نصوصه موجه فيها الخطاب للمشرع، فيه استعجال وعدم دقة، ولذلك، فإن هذا الحكم للمحكمة العليا لا يقدم معياراً قابلاً للتطبيق يمكن الاستناد إليه تأييداً أو تقييماً لما انتهت إليه.

وبحسب رأينا، فإن تحديد القيمة القانونية لهذا لنص المادة 14 سالف الذكر، والتي تمثلت فيه إشكالية هذا البحث، يقتضي وفقاً للمنهج الذي اعتمدناه أن نحدد طبيعة القانون الذي ورد فيه ، فقانون تعزيز الحرية قد صدر تجسيداً للمبادئ التي وردت بالوثيقة الخضراء الكبرى في حينه ، لتكون تلك المبادئ قابلة للتطبيق ، فهو إذن قد صدر باعتباره قانوناً تطبيقياً لما ورد بالوثيقة الخضراء التي أكدت على حماية الحرية في مادتها (18) (8) ، فهو قانون تطبيقي ، ورد تطبيقاً للقانون رقم (5) بشأن تطبيق مبادئ الوثيقة الخضراء الكبرى ، وهو بهذه المثابة سوف يبدو قانوناً بالمعنى الفني للكلمة، لتتمتع النصوص الواردة في متنه بالقيمة القانونية. فعمدنا في وصف قانون تعزيز الحرية بالقانون، هو بكونه قد صدر تطبيقاً لما ورد بالوثيقة، فهو بذلك قانوناً تطبيقياً، فضلاً عن كونه قد صدر باسم قانون، حيث أدرج تحت اسم [القانون رقم (20) لسنة 1991 بشأن تعزيز الحرية]، فهذا دليل على طبيعته القانونية.

إذ ليس من المنطق القول إن قانون تعزيز الحرية لا يوصف بأنه قانون، فذلك تناقض لغوي قبل أن يكون تناقضاً قانونياً، وهو . أي قانون تعزيز الحرية . بهذه المثابة سوف يتمتع بكل خصائص القانون ، بما في ذلك إلغاء القوانين السابقة على صدوره متى كانت متعارضة معه، باعتبار تلك نتيجة قانونية تقرها نصوص القانون الليبي (المادة 2 من القانون المدني). ولكن ما تفسير الحكم القانوني الذي نصت عليه المادة 35 من قانون تعزيز الحرية عندما قررت: (أحكام هذا القانون أساسية، ولا يجوز أن يصدر ما يخالفها ، ويعدل كل ما يتعارض معها من تشريعات). ؟ فهل النص في متن قانون تعزيز الحرية على ضرورة تعديل القوانين النافذة وقت صدوره بما يتطابق وأحكامه ، دليل على أن نصوصه لم تلغها، وهو ما يعني أنها ليست قانونية ؟

في تقديرنا، إن ما ورد بالمادة (35) السالف بيانها ، لا قيمة له من الناحية العملية ، فالتعديل يرد على نص سار، أم النصوص الملغاة فلا قيمة لها، بل تعد هي والعدم سواء، فبصدور قانون تعزيز الحرية تكون النصوص المتعارضة معه ملغاة في حدود هذا التعارض، ما يعني شطبها من قائمة النصوص التطبيقية، ما يجعل من فكرة تعديلها مرفوضة من الناحية القانونية لعدم ورود التعديل على محل، فقابلية النص للتطبيق، تنبع من طبيعته الذاتية لا من مشيئة المشرع، فتوافر خصائص القانون في قانون تعزيز الحرية، يقتضي تمتعه بقوة التنفيذ الذاتية، وإحداث أثره الملغي فيما يتعارض معه من تشريعات سابقة على صدوره، دون أن ينال من هذه الفاعلية أي نص ناتج عن عيوب الصياغة ومخالفة أصول الفن التشريعي.

هذا المعنى أكدته محكمة النقض المصرية في مناسبة مشابهة لما نحن بصدد حيث قضت :[ما نصت عليه المادة 19 من الدستور من أن " كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحاً نافذاً، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور " لا ينصرف حكمها بداهة إلا إلى التشريع الذي لم يعتبر ملغياً بقوة نفاذ الدستور ذاته بغير حاجة إلى تدخل من الشارع]⁹.

بمجازة الفهم المتقدم، فإن قانون تعزيز الحرية سيبدو باعتباره قانوناً بالمعنى الفني للكلمة، ومن ثم فإن نصوصه ستتمتع بقيمة قانونية، ليكون بذلك نص المادة (14) من النصوص التي تتمتع بقيمة قانونية. ولكن ما حدود هذه القيمة؟ بمعنى هل الخطاب في هذه المادة موجه للمشرع أم للقاضي ؟

في حدود إشكالية هذا البحث نجد أن المادة (14) قد تناولت حكم كل من القبض والاستجواب والحبس الاحتياطي مبينة شروط هذه الإجراءات ، وهذا المضمون للنص لا يتعلق بصناعة القاعدة القانونية ، وإنما يتعلق بتطبيق القاعدة القانونية الخاصة بالقبض والحبس الاحتياطي والاستجواب؛ ولذا فإن الخطاب في هذا النص يجب أن يُفهم على أنه موجه للقاضي ، بوصفه نصاً تطبيقياً لا يحتمل توجه الخطاب فيه للمشرع؛ ولذا فإن القاضي ملزم بتطبيقه، هذا المعنى كانت أكدته محكمة النقض المصرية في مناسبة مشابهة حينما قضت : [... فإن ما قضى به الدستور في المادة (44) منه من صون حرمة المسكن وإطلاق حظر دخوله أو تفتيشه إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون، يكون حكماً قابلاً للإعمال بذاته ...]⁽¹⁰⁾، وعلى ذلك فإن هذا النص - أي نص المادة 14- يُعد نصاً قانونياً من النوع القابل للتطبيق أمام المحاكم، فلا يسوغ للقاضي تجاهله، وإلا كان حكمه معيباً لمخالفة القانون في حدود تلك المخالفة للنص كما سنرى تفصيله في المطلب الثاني .

ولكن ألها النص قيمة قانونية سامية؟ ، وبكلمة أخرى أعتبر هذا النص نصاً دستورياً يترتب على مخالفته حكمه الخروج عن هذا الدستورية ؟

الفرع الثاني: القيمة الدستورية لنص المادة 14 من قانون تعزيز الحرية:

صدر قانون تعزيز الحرية، في مناخ قانوني ذي طبيعة خاص، حيث كان يطرح تساؤلاً حول مدى قبول النظام السياسي في ليبيا لفكرة الدستور، ما دعا البعض إلى إنكار فكرة وجود دستور في ليبيا، بمقولة إن النظام السياسي آنذاك، يرفض وجوده ، وفي

المقابل كان البعض يرى، أن مثل هذا النظام وإن كان يرفض الدستور الشكلي ، إلا أنه يقبل بالدستور على الأساس الموضوعي (11) ، بحيث يكون النص نصاً دستورياً متى كان متضمناً لأحد الموضوعات ذات الطبيعة الدستورية ، ليطمئن مثل هذا النص بالسمو والرفعة في مواجهة نصوص القانون الأدنى (12) ، فالنص يعتبر - تبعاً لذلك - نصاً دستورياً إذا تضمن أحد الموضوعات الدستورية ، فما طبيعة نص المادة (14) من قانون تعزيز الحرية ؟ أيعتبر نصاً دستورياً طبقاً للمعيار الموضوعي ؟

لقد جاء هذا النص لصيانة حق الشخص في الحرية ، فقد قرر في جملة ما قرره أن القبض والاستجواب والحبس الاحتياطي كإجراءات ماسة بالحرية لا يجوز اللجوء إليها إلا بإذن من السلطة القضائية ، فبموجب هذا النص أضيف شرط من شأنه تأكيد الحرية الفردية ، فهل هذا النص بما تضمنه بهذا المعنى يصلح أن يكون نصاً دستورياً ؟

يتفق الفقه الدستوري على اعتبار الحريات العامة من قبيل المسائل الدستورية وفقاً للمعيار الموضوعي ، والتي تضيف على الوثيقة التي وردت بها طابعاً دستورياً ، وتعرف الحرية بأنها " القدرة التي تعود إلى كل فرد في ممارسة وتطوير نشاطه الجسماني والذهني والمعنوي من دون أن تستطيع الدولة أن تصيب مثل هذه القدرة بأي نوع من التغييرات إلا تلك التي تبدو ضرورية من أجل حرية الآخرين " (13) ، هذا تعريف الحرية ، فمتى تكون الحرية عامة ؟ أي ما المقصود بالعموم هنا ؟

يقصد بالعموم تدخل الدولة لتنظيم هذه الحرية ، فكلما كانت الدولة طرفاً منظماً لتلك الحرية ، اعتبرت من الحريات العامة ، ولما كانت الدولة تدخل لتنظيم سلوك الأفراد ، فإن الحرية بطبيعتها دائمة عامة ، سواء تعلق الأمر بعلاقات الأفراد فيما بينهم ، أو بعلاقاتهم بالدولة ، فالحرية دائماً عامة ، ولا وجود للحرية الخاصة (14).

ولذا فإن حق الإنسان في التنقل وحقه في عدم تقييد حريته ولو مؤقتاً هو بلا شك من قبيل الحريات العامة، ومن ثم فهو سيبدو باعتباره موضوعاً دستورياً ، وهو ما يصدق تماماً على ما تضمنته المادة (14) من قانون تعزيز الحرية بشأن ما أوردته بخصوص القبض والحبس الاحتياطي والاستجواب كإجراءات ماسة بالحرية ، إذن فهو نص دستوري وفقاً للمعيار الموضوعي؛ فالحرية كما قدمنا، هي قدرة الشخص على ممارسة وتطوير نشاطه الجسماني ، وهي بهذا الفهم دائماً عامة ، فحماية الحق في الحرية من خلال تقييد صلاحيات مأمور الضبط القضائي في ممارسة الإجراء الماس بالحرية ، هو حماية لهذه الحرية قررتها المادة (14) المذكورة ما يجعلها نصاً دستورياً .

إن الطبيعة السامية لنص المادة 14 من قانون تعزيز الحرية تستمد إذا من كونه نصاً يتضمن حقاً ذات طبيعة دستورية، وهو بذلك يتمتع بهذه الصفة من لحظة صدوره في ظل النظام القانوني السابق الذي صدر في ظلّه، دون أن تتعارض هذه الصفة مع طبيعة ذلك النظام.

بل أن البعض يرى إن وجود دستور في ليبيا خلال فترة النظام السابق بعد إعلان ما يعرف بسلطة الشعب، مسألة محسومة، على سند قوامه أن النظام القانوني الليبي يقر بوجود الدستور، فالمادة (1) من القانون رقم 17 لسنة 1994 ف بتعديل القانون رقم 6 لسنة 1986 بإعادة تنظيم المحكمة العليا، حينما نصت على اختصاص المحكمة العليا بالنظر في الطعون المتعلقة بأي تشريع يكون مخالفاً للدستور، إنما كان محتوى النص ينصرف للدستور القائم حالياً ، ما يعني أن هذا النص عند صدوره كان يقر بفكرة وجود دستور قائم في ليبيا، فهذا النص لا يمكن القول إنه يتناول حكماً مستقبلاً ، فهو ينصرف لحالة قائمة (15) ، مما يعني أن في ليبيا، آنذاك دستوراً يتمثل في مجموعة القوانين الدستورية ، ومنها قانون تعزيز الحرية بما تضمنه من موضوعات ذات طبيعة دستورية وفقاً للمعيار الموضوعي ، وليس في ذلك أي خروج عن المنطق الذي يسلم به الفقه الدستوري ، فالدستور ليس بالضرورة أن يكون صادراً في وثيقة واحدة ، فمن الممكن أن يصدر في عدة وثائق ومع ذلك يصح الاصطلاح عليه بالدستور (16) .

من كل ما تقدم نخلص إلى أن لنص المادة (14) المذكور قيمة قانونية تجعله مؤهلاً للتطبيق أمام المحاكم ، باعتبار نصاً يخاطب السلطتين القضائية والتنفيذية ، فالخطاب فيه ليس موجهاً للمشرع.

إن قيمة نص المادة (14) لا تقف عن حد القيمة القانونية التطبيقية، فهو نص دستوري لا يجوز للمشرع . مخالفته لكون مضمونه من قبيل الحقوق الطبيعية التي لم ينشئها النص القانوني، ولكن دوره اقتصر على مجرد الكشف عنها.

إن القيمة العملية لتأكيد الطبيعة الدستورية لنص المادة 14 من قانون تعزيز الحرية، تنعكس في أن الطبيعة السامية لهذا النص لا ترتبط بوجود النظام السياسي الذي صدر في ظله، حال كون مضمون النص يعبر عن مبادئ فوق الدستورية وجودها لا يرتبط بوجود الدستور نفسه، ومن باب أولى عدم ارتباطها بالنظام السياسي الذي صدرت في ظله.

والأثر الثاني لإقرار الطبيعة الدستورية لنص المادة 14 من قانون تعزيزي الحرية، يتمثل في أن هذا النص سيمتيز بالسمو والرفعة في مواجهة القوانين الصادرة قبل نفاذه، وكذلك تلك التي صدرت بعده، حيث يحدث أثره السامي في مواجهتها سواء بإلغاء تلك السابقة على صدوره والمعارضة معه، أو بتقييد ما يصدر لاحقاً، حال كونه لا يلغي بالقوانين العادية، كما أنه وبالنظر إلى كون ما يتضمنه من حقوق تستند لفكرة المبادئ فوق الدستورية، فإن النصوص الدستورية التي من الممكن أن تصدر في وقت لاحق، لا يمكن أن تمس هذه الحقوق ولا أن تلغي النص المتضمن لها؛ مما يضمن ديمومة تلك الحقوق والحريات والضمانات التي يستحدثها هذا النص- أي نص المادة 14 من قانون تعزيز الحرية-.

إذا كانت هذه هي القيمة القانونية لهذا النص، فما الأثر الذي أحدثه صدوره في النظام القانوني الليبي، وبكلمة أخرى، هل لهذا النص أثر فيما يتعلق بشروط القبض والاستجواب والحبس الاحتياطي كإجراءات ماسة بالحرية، فهذه الإجراءات قد نظمها المشرع الليبي بموجب قانون الإجراءات الجنائية، فما حقيقة التعارض بين ما هو مقرر في هذا القانون الأخير وما نصت عليه المادة (14) المعنية؟ إن هذا السؤال هو ما سنجيب عنه في المطلب التالي.

المطلب الثاني: انعكاس القيد الدستوري على مشروعية تقييد حرية المتهم في مرحلة ما قبل المحاكمة:

بعد أن انتهينا إلى أن المادة (14) موضوع البحث من المواد ذات القيمة القانونية التطبيقية الدستورية، فإن التساؤل الذي يطرح بعد هذه النتيجة، ما الأثر الذي أحدثه صدور هذه المادة في النظام الإجرائي الجنائي الليبي، فهذه المادة أشارت إلى أن القبض والاستجواب لا يكونان إلا ضد شخص متهم وبعد صدور إذن من السلطة القضائية، كما أشارت إلى أن الحبس الاحتياطي يجب أن يُلجأ إليه لغرض محدد وهو ضرورة التحقيق وحفظ الدليل وذلك بأقصر مدة.

فما أشارت إليه من ضرورة صدور إذن قضائي بالقبض والاستجواب واشترط كون الشخص متهماً لاتخاذ هذه الإجراءات ضده، يثير مسألة التعارض مع ما نصت عليه المادة (24) من قانون الإجراءات الجنائية، والتي تجيز لمأمور الضبط القضائي في حالات محددة سنعرض لها في حينه، أن يباشر القبض بغير إذن من السلطة القضائية، فما حقيقة هذا التعارض، وما الأثر المترتب عليه؟ وهل يجوز الاستجواب بمجرد الحصول على إذن لمأمور الضبط القضائي في غير الأحوال المحددة في المادة (55).

إن المادة (14) المذكورة قد جعلت للحبس الاحتياطي مبرراً لا يتخذ إلا في حالة توافره ، كما حددت له أمداً بحيث يكون لأقصر مدة ، فمادام لو أن جهة التحقيق قد تجاوزت هذا القيد ، وأمرت بالحبس تحقيقاً لغاية غير تلك التي توختها المادة (14) ، أو أن الحبس قد طال مداه دون مبرر ، أذلك أثر قانوني ؟

إن هذه التساؤلات هي ما سنحاول الإجابة عنها في الفروع التالية:

الفرع الأول: مشروعية القبض بمعرفة مأمور الضبط القضائي.

الفرع الثاني: مشروعية الاستجواب ومشروعية الحبس الاحتياطي.

الفرع الأول: مشروعية القبض بمعرفة مأمور الضبط القضائي:

في ظل **المادة (14)** من قانون تعزيز الحرية يثور التساؤل حول صلاحية مأمور الضبط القضائي في القيام بالقبض ، فبعد أن كان يملك القيام بهذا الإجراء دون حاجة للحصول على إذن بذلك من أي جهة قضائية في الحالات المحددة حصراً في **المادة (24)** والتي تخوله القبض على المتهم الحاضر إذا وجدت دلائل كافية على اتهامه في الأحوال الآتية :

1. الجنايات عموماً.

2. الجنح المتلبس بها ⁽¹⁷⁾ والمعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر.

3. إذا كانت الجريمة جنحة معاقباً عليها بالحبس وكان المتهم موضوعاً تحت مراقبة البوليس أو كان قد صدر إليه إنذار باعتباره متشرداً أو مشتبهاً به ، أو لم يكن له محل ثابت ومعروف في ليبيا.

4. في جنح السرقة والنصب والتعدي الشديد، ومقاومة رجال السلطة العامة بالقوة أو بالعنف والقوادة وانتهاك حرمة الآداب، والمواد المخدرة.

فإنه بصور **المادة (14)** أصبح القبض لا يجوز من قبل مأمور الضبط القضائي إلا بعد الحصول على إذن من النيابة العامة أو أي جهة من الجهات القضائية.

وقبل أن نستعرض المشكلة فإننا نرى ضرورة تحديد ما عنته **المادة (14)** بقولها " لا يجوز سلب أو تقييد حرية أي إنسان إلا في حالة اتهامه بارتكاب فعل معاقب عليه قانوناً ... " فهل القبض لا يجوز إلا ضد من اتهمته النيابة العامة بارتكاب الجريمة ، بحيث يمتنع قبل ذلك اتخاذ هذا الإجراء ؟

إذا كان الاتهام بالمعنى الفني للكلمة ، يعني مواجهة المتهم من قبل النيابة العامة بالتهمة المسندة إليه أو باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق ضده⁽¹⁸⁾، فإن اشتراط الاتهام في سياق **المادة (14)** قد يفرغ إجراء القبض من محتواه في كثير من الأحوال، فالمتهم المائل أمام النيابة قد يكون من العبث الأمر بالقبض عليه، فالقبض يكون ضرورة لمن عداه ممن لم يمثل طوعية أمامها ، والمتهم غير الحاضر لا يمكن عده متهماً إلا باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق وهو ما يستبعد القبض من دائرة هذه الإجراءات رغم أهميته في مثل هذه الحالة، لا شيء إلا لأن الشخص لم تثبت له صفة المتهم ، وهو ما من شأنه أن يفرغ إجراء القبض من محتواه .

وعلى ذلك نعتقد أن فهم عبارة الاتهام الواردة بالنص إنما يقصد بها الدلائل الكافية على ارتكاب الجريمة ، خصوصاً إذا علمنا أن **المادة (24)** إجراءات جنائية قد استعملت عبارة المتهم الحاضر الذي توجد دلائل على اتهامه، فلفظ المتهم هنا لم يختلف الفقه على أن قصد المشرع ينصرف به للمعنى العام ، أي الشخص الذي توجد دلائل على اتهامه ، ولذا فإننا نعتقد أن **المادتين 14 و 24** المذكورتين متفقتان بشأن هذا الشرط ، دون أن تفهم عبارة **المادة (14)** بأكثر من ذلك ، وإلا أفرغ النص من محتواه.

إذا كان هذا الشأن بالنسبة لهذا الجزء من النص ، فما حقيقة التعارض بين النصين ونطاقه وما الأثر المترتب على ذلك؟

1. حقيقة التعارض بين نصي **المادتين 14 . 24** المعنيتين ونطاقه في شأن إجراء القبض:

عرفنا مما سبق أن **المادة (24)** إجراءات تجيز لمأمور الضبط القضائي القبض على المتهم في حالات وردت حصراً ، وأن **المادة (14)** من قانون تعزيز الحرية أوجبت في العموم أن يصدر إذن بالقبض من جهة قضائية ، فهل هناك من تعارض بين النصين ؟

لقد أتيح لمحكمة النقض المصرية أن تقول رأيها في مسألة مشابهة أثرت بشأن التعارض بين نص **المادة 47** إجراءات جنائية مصري ، **والمادة 44** من الدستور المصري ، حيث تجيز المادة 47 لمأمور الضبط القضائي تفتيش منازل المتهمين في حالة التلبس بجناية أو جنحة وفق شروط محددة دون الحصول على إذن بذلك من أي جهة قضائية، وجاء الدستور فيما بعد مخالفاً لمقتضى هذا النص ، حيث قررت المادة (44) أن (للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون) ، فقررت المحكمة بشأن هذا التعارض أنه [ولما كان الدستور قد نص في المادة (44) منه على أن " للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون " وهو نص عام مطلق لم يرد عليه ما يخصه أو يقيد ما مؤاده أن هذا النص الدستوري يستلزم في جميع أحوال تفتيش المساكن صدور الأمر القضائي المسبب ... ولما كان مفاد ما قضى به نص المادة (47) من قانون الإجراءات الجنائية من تخويل مأمور الضبط القضائي الحق في إجراء تفتيش مسكن المتهم في حالة التلبس بجناية أو جنحة دون أن يصدر له أمر قضائي مسبب ممن يملك سلطة التحقيق ، يخالف حكم المادة (44) من الدستور على النحو السالف بيانه]⁽¹⁹⁾.

فالواضح من حيثيات هذا الحكم أن المحكمة قد اعتبرت أن عموم نص المادة (44) من الدستور كافٍ للقول إن نص المادة (47) إجراءات رغم صدره في شأن حالة التلبس، متعارض وأحكام الدستور .

فهل وفقاً لهذا الفهم يمكن القول إن نص المادة (14) من قانون تعزيز الحرية بعمومه سيكون متعارضاً مع ما قضت به المادة (24) إجراءات جنائية الليبي، رغم ورود النص فيها على حالة التلبس ، بحيث تكون هذه الحالة الأخيرة مخالفة لحكم المادة (14)؟

إن من المتفق عليه حتى يقال إن نصاً ما مخالفاً أو متعارضاً مع نص لاحق يجب أن يتساوى النصان من حيث العموم والخصوص ، فالنص مهما علا شأنه كنص دستوري لا يكون ما سبقه من النصوص متعارضاً معه إلا إذا كان كلا النصين قد تناولا حكماً واحداً من حيث العموم والخصوص ، وبتطبيق ذلك في شأن نص المادتين 14 . 24 موضع البحث ، نلاحظ أن المادة (14) قد أشارت في عمومها إلى عدم حواز القبض إلا بصور إذن قضائي، أما المادة 24/ ثانياً فقد أشارت إلى جواز القبض في حالة التلبس ، وبتقديرنا فإن التعارض بين النصين يكون فيما عدا هذه حالة، أي فيما عدا حالة التلبس ، فالقبض في الجنايات عموماً وفقاً للمادة (24) يكون متعارضاً مع حكم المادة (14) وكذلك ما ورد النص عليه بشأن المتهم الموضوع تحت مراقبة البوليس ... وجنح السرقة والنصب المادة (24) إجراءات.

فما ورد بهذا النص بشأن ذلك يكون متعارضاً مع نص المادة (14) من حيث وجوب الحصول على الإذن من الجهة القضائية ، ولكن متى كانت الجريمة جنحة متلبساً بها وكان القانون يعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر ، فإن القبض في هذه الحالة بمعرفة مأمور الضبط القضائي ولو دون الحصول على إذن بذلك من جهة قضائية ليس فيه مخالفة لنص المادة (14) ، فاشتراط حالة التلبس في مثل هذه الحالة وفقاً لما نصت عليه المادة (24)/ ثانياً ، يعتبر حكماً خاصاً في مواجهة نص المادة (14) فلا يقوم التعارض بينهما ، فالتلبس كظرف عيني يجعل من اشتراطه بمثابة صفة خاصة بالجريمة تميزها بالخصوصية في مواجهة الجرائم المعنية بالمادة (14) ، فالتخصيص عند الأصوليين من حالاته استلزام صفة معينة ، والتلبس صفة خاصة استلزمها المشرع في المادة (24) لتمييز بذلك عن الطائفة التي عنتها المادة (14) ، أما ماورد بالمادة (24)/ أولاً و ثالثاً ورابعاً ، لا يمكن اعتباره حكماً خاصاً في مواجهة نص المادة (14) فالعبرة دائماً بصفة الجريمة في تقرير حواز القبض من عدمه؛ ولذا حتى يقال إن هناك خصوصية للنص ، لابد أن يضافي شرط للجريمة ليتمكن القول بالخصوصية التي نعنيها لنفي التعارض بين

النصين ، ولذا فإن التعارض لا ينشأ بين نصي المادتين إلا في حدود ما نصت عليه المادة (24) أولاً ، ثالثاً ، رابعاً ، أما بشأن حالة التلبس فهي حكم خاص .

و لا هداية هنا بما قضت به محكمة النقض المصرية ، لاعتقادنا أن المحكمة لم توفق حينما تجاهلت خصوصية نص المادة (47) إجراءات لكونها تتعلق بحالة التلبس ، والدستور في المادة (44) قد ورد نصه عاماً ، ما كان يقتضي تجاوز فكرة التعارض واعتبار المادة (47) نصاً خاصاً يطبق كاستثناء في مواجهة نص المادة (44) ، دون أن يكون في ذلك انتهاك لحرمة الدستور ، فالنص يكون مارقاً على الدستور أو مخالفاً له إذا نشأ بينهما التعارض ، أما قيام صفة الخصوصية للنص الأدنى تمنع شبهة التعارض بينهما ، فالمحكمة حينما قررت في حكمها المذكور أن نص الدستور قد ورد عاماً لم يرد ما يخصه ، فإنها قد تجاهلت أن القيد على النص لا يشترط وروده في النص نفسه ، فالتقييد يتحقق بوجود نص مستقل يتمتع بالخصوصية ، ما من شأنه تقييد النص العام ، ولا يصح بتقديرنا القول إن النص الأدنى لا يقيد النص الدستوري ، إذ في ذلك خلط بين التقييد والتعارض ، فالتقييد يعني أن النص العام لا يتناول الحكم الذي نظمته النص الخاص ، وهذا فهم يبتعد عن معنى التعارض ، ما يُقبل معه وجود نص خاص لا يتعارض مع الدستور ولا يخضع في نفس الوقت لحكمه .

إذن ؛ في حدود فهم النص في ضوء القانون الليبي، فإنه لا تعارض بين نصي المادة 24 والمادة 14 فيما يتعلق بحالة التلبس بالنسبة للجنح وفقاً لما حدده النص.

ولكن هل يمكن الاعتراض على مثل هذا الفهم بأن المشرع في المادة (35) من قانون تعزيز الحرية حينما أراد أن يعتد بحالة التلبس بشأن تفتيش المنازل نص على ذلك صراحة ، فلو كان يريد استثناء حالة التلبس من لزوم الحصول على إذن بالنسبة للقبض ، لنص على ذلك كما فعل بالنسبة لتفتيش المنازل ، أما وأنه لم يفعل ، فإن ذلك يدل على أن المشرع لم يعتد بحالة التلبس بشأن إجازة القبض الذي يباشره مأمور الضبط القضائي دون إذن ؟

إن هذا الاعتراض يمكن الرد عليه بأن المشرع حينما أجاز تفتيش المنازل في حالة التلبس دون الحصول على إذن رغم خطورة هذا الإجراء بالقياس على القبض، فإن ذلك يؤكد أنه يعتد بحالة التلبس بالنسبة للقبض أيضاً ، فمادامت حالة التلبس تجيز تفتيش المنازل دون إذن وهو إجراء خطير ، فإن القبض يكون جائزاً في مثل هذه الحالة لكونه أقل خطورة ، فالنص على حالة التلبس بالنسبة لتفتيش المنازل، لا يقدح في الاعتداد بها بالنسبة للقبض رغم عدم النص عليها صراحة في قانون تعزيز الحرية بالنسبة لهذا الإجراء .

ولكن ما هو الشأن بالنسبة للجناية المتلبس بها ، فالمادة (24) / أولاً ، أشارت إلى حواز القبض في الجنايات عموماً دون تخصص لحالة التلبس ، فهل القبض على المتلبس بالجناية دون إذن قضائي يعد مخالفاً لنص المادة (14) ؟

لم يكن المشرع بحاجة للنص على حكم الجنايات المتلبس بها بصدد تحديده لحالات القبض بالمادة (24) ، باعتبار أن الجنايات عموماً يجوز فيها القبض سواء في حالة التلبس أو فيما عداها متى توافرت الشروط الأخرى المنصوص عليها بذات النص ، و ذلك خلافاً للجنح التي لا يجوز كأصل عام القبض على مرتكبيها بمعرفة مأمور الضبط إلا في الحالات المحددة في النص المذكور ، لذا كانت حالة التلبس من ضمن الحالات التي ورد ذكرها ، ومن ثم فإن مسلك المشرع في عدم اختصاص الجنايات المتلبس بها بحكم مرده عموم النص بشأنها بحيث يستوعب الحالتين دون تمييز، وبصدور القانون رقم 20 بشأن تعزيز الحرية قام التعارض بين النصين ، ولعلنا قد أشرنا آنفاً أن نص المادة (14) من هذا القانون هو نص عام في شأن القبض ، فلم يحدد نوع الجريمة ، ولذا فإننا نعتقد أنه لا يتعارض حكمه وصلاحيته مأمور الضبط القضائي في شأن الجنايات المتلبس بها ، إذ سيظل

حكمها حكماً خاصاً ، فإذا كان المشرع لم يعطيها حكماً خاصاً ، فإن ذلك مرده ما أشرنا إليه آنفاً ، ولذا فإن خصوصية الجناية المتلبس بها تستمد من مقتضي هذا الفهم.

فإن لم يكن مثل هذا التفسير مقبولاً، فإن القياس على ما ورد بشأن الجناح المتلبس بها يبدو لنا هو السند في استثناء الجناية المتلبس بها من حكم المادة 14، فإذا كنا قد انتهينا إلى أن نص المادة (24) إجراءات يعد نصاً خاصاً بشأن الجناح المتلبس بها في مواجهة المادة (14) أنفة الذكر، بحيث ينعدم التعارض بينهما، فإنه ومن باب أولى أن يعطى هذا الحكم للجناية في حالة التلبس، فيكون لمأمور الضبط القضائي صلاحية القبض على المتهم الحاضر دون حاجة للحصول على إذن بذلك.

ولا يقدح في هذا الفهم أن حكم المادة (24) بشأن الجناح المتلبس بها بصور المادة (14) من قانون تعزيز الحرية يعد حكماً استثنائياً ، بمقولة إن الأصل عدم جواز القبض إلا بإذن ، والاستثناء جواز في حالة التلبس ، بحيث يتمتع بذلك القياس ، إذ الاستثناء لا يقاس عليه ، فهذا يرد عليه بأن حظر القياس على الاستثناء ليس قاعدة مستقرة ، إذ شرطها ألا تكون العلة متعدية ، فإن كانت كذلك جاز القياس⁽²⁰⁾، أي حينما لا تكون العلة قاصرة على الحالة المستثناة، فإن القياس يكون جائزاً ، وهذا الفهم يمكن تطبيقه بشأن الجناية المتلبس بها ، فإجازة القبض بالنسبة للجناح المعنية علة حالة التلبس ، فإذا كانت هذه الأخيرة تجيز عند توافرها القبض على مرتكب الجناحة ، فإنه من باب أولى أن تجيز ذلك بالنسبة لمرتكب الجناية ، ولا يطعن في ذلك بالقول إن القياس لا يكون في مجال الإجراءات لغير مصلحة المتهم ، ذلك أن المتهم لا مصلحة له تستحق الرعاية في هذه الحالة ، بدليل أن القانون أجاز القبض عليه دون إذن في حالة تلبسه بجناحة ، ما يعني أنه في حالة التلبس لا يكون للمتهم مصلحة ترعى في مواجهة إجراء القبض ، ما يجعل من القياس في مثل تلك الحالة مشروعاً ، إذ في حالة التلبس تهدر مصلحة المتهم؛ ولذا فإن مأمور الضبط القضائي لا يحتاج لإذن قضائي للقبض على مرتكب الجناحة المعاقب عليها بالحبس مدة تزيد عن ثلاثة أشهر، وكذلك حال الجناية المتلبس بها من باب أولى.

إن إجازة القبض في حالة التلبس أساسه حالة الضرورة الإجرائية التشريعية ، والتي تقتضي التضحية ببعض حقوق المتهم ، دون أن يكون في ذلك خروج عن الشرعية الإجرائية ، أو لا مساس بالقيمة الدستورية للحق في الحرية⁽²¹⁾.
وخلاصة ما تقدم أنه لا تعارض بين نصي المادتين (24) إجراءات والمادة (14) من قانون تعزيز الحرية ، بشأن الجناية والجناحة عند التلبس بهما ، باعتبار أن نص المادة (24) بشأنهما يعد نصاً خاصاً⁽²²⁾ يقيد عموم نص المادة 14 ، فالتعارض إذن ينشأ بين المادتين في شأن الجنايات غير المتلبس بها ، والجناح المنصوص عليها في المادة 24 / ثالثاً، رابعاً ، باعتبار أن هذه الحالات لا تتمتع بخصوصية في مواجهة المادة (14). وعلى ذلك يجوز لمأمور الضبط القضائي في حالة التلبس القبض على المتهم إذا توافرت الشروط المنصوص عليها بالمادة 24 سالف الذكر .

2. الأثر المترتب على التعارض بين نصي المادتين 24، 14 المعنيتين :

كنا قد انتهينا إلى أنه لا تعارض بين هاتين المادتين بشأن القبض في حالتي الجناح المتلبس بها والمعاقب عليها بالحبس مدة تزيد عن شهر ، والجنايات المتلبس بها ، ولذا فإننا حينما نتناول الأثر المترتب على التعارض بطبيعة الحال نستبعد هاتين الحالتين ، ليكون البحث منصرفاً لما عداهما من حالات نصت عليها المادة (24) إجراءات ، فإذا كانت هذه المادة الأخيرة عند صدورهما موافقة للنظام القانوني القائم إلى أن صدر القانون رقم (20) لسنة 1991 م بشأن تعزيز الحرية بما تضمنه من أحكام تتعارض وإياها ، فإن ذلك يثير التساؤل حول أثر هذا التعارض ، فهل يترتب عليه فقدان المادة (24) في حدود التعارض لدستوريتها لتبدو نصاً غير دستوري نظراً لصدور نص دستوري لاحق عليها متعارض معها جزئياً ، أم أن صدور مثل هذا النص الأخير يترتب عليه إلغاؤها جزئياً في حدود التعارض ؟

لقد أتيحت للمحكمة الدستورية العليا المصرية فرصة الفصل في مثل هذه المسألة بمناسبة قضية مماثلة من الناحية القانونية لما نحن بصدد ، حيث قررت المحكمة أنه بصور الدستور تصبح القوانين القائمة قبل نفاذه والمتعارضة معه في الحكم قوانين غير دستورية ، بحيث تكون معطلة إلى أن يطعن فيها بعدم الدستورية لإلغائها ، ومما جاء في حيثيات حكمها في هذا الشأن [... لما كان ذلك وكانت المادة 47 من قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم 150 لسنة 1950 . المطعون فيها . تنص على أن لمأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية أو جنحة أن يفتش منزل المتهم ويضبط فيه الأشياء والأوراق التي تفيد في كشف الحقيقة إذا اتضح له من أمارات قوية أنها موجودة فيه ، ما مفاده تخويل مأمور الضبط القضائي الحق في إجراء تفتيش مسكن المتهم في حالة التلبس بجناية أو جنحة دون أن يصدر له أمر قضائي مسبب ممن يملك سلطة التحقيق ، وهو ما يخالف حكم المادة (44) من الدستور على ما سلف بيانه ، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم دستورية المادة (47) من قانون الإجراءات الجنائية]⁽²³⁾ .

فالملاحظ أن الدستور الذي تحدثت عنه المحكمة صدر سنة 1971 ف، وقانون الإجراءات الجنائية الذي تضمن المادة (47) صادر قبل نفاذ الدستور المعني، أي سنة 1950 ف ، ومع ذلك قررت المحكمة عدم دستورية هذا النص . ونحن من جانبنا لا نتفق مع المحكمة في فهمها هذا ، ذلك أنه يلزم لو صم القانون بعدم الدستورية أن يكون وقت صدوره جاء بأحكام مخالفة للدستور النافذ، أما إذا كان وقت ذلك متفقاً وأحكام الدستور ثم صدر نص دستوري مخالف له، فإننا في هذه الحالة لا نكون بصدد عدم دستورية، وإنما بصدد إلغاء ضمني للنص المخالف للدستور، ذلك أن مجازة المحكمة في فهمها هذا يؤدي إلى نتائج في غاية الشذوذ تتمثل في الآتي:

1. أن التسليم بفهم المحكمة يعني أن الدستور حينما يصدر لا يترتب على صدوره إلغاء القوانين النافذة قبله إذا خالف حكمها ، وإنما يقتصر أثر ذلك على مجرد وصمها بعدم الدستورية ، ما يعني أن إلغائها يقتضي تدخلاً قضائياً من خلال الطعن عليها بعدم الدستورية ، فقبل ذلك الإجراء تظل هذه القوانين نافذة ، وإن كانت غير قابلة للتطبيق لعدم دستورتها ، وفي ذلك . حسب رأينا . إنفاص من شأن النص الدستوري ، فإذا كان من المسلم به أن النص القانوني العادي اللاحق يلغي النص السابق المتعارض معه في الحكم . مع مراعاة العموم والخصوص . إلغاء ذاتياً ، فإن تجريد الدستور من هذه الخاصية التي يفترض تمتعه بها كتشريع له خصائص التشريع العادي وزيادة بوصفه الأسمى ، يعد فاقداً للسند القانوني والمنطقي ، لاسيما وأن الاكتفاء بالنصي على مثل تلك القوانين بعدم الدستوري فيه مجافاة للواقع ، إذ أنها وقت صدورها. وهو المعتد به . لم تكن مخالفة لأحكام الدستور النافذ.
2. أن ما تذهب إليه المحكمة من شأنه - لو سايرناه فيه - أن يؤدي إلى نتائج غير مقبولة ، فإذا قبلنا أن القانون النافذ قبل صدور الدستور سيصبح غير دستوري إذا خالف الدستور الجديد حكمه ، فإن ذلك يعني أن هذا القانون سوف يكون محلاً للطعن عليه بعدم الدستورية لأنه حسب فهم المحكمة . لم يلغ تلقائياً ، فيلغى بحكم قضائي، ومن المعلوم أن إلغاء القانون لعدم الدستورية يمتد أثره إلى إعدام التشريع من تاريخ صدوره²⁴ ، بحيث يعتبر هو والعدم سواء ، فلا يعتد بالمراكز القانونية التي نشأت في ظلّه مالم تكن قد تحصنت بالتقادم⁽²⁵⁾.

فإذا طبقنا هذا المعنى على ما تقدم فإن ذلك يعني إلغاء القانون السابق على صدور الدستور عند مخالفته لهذا الأخير لعدم الدستورية عن طريق القضاء ، ومن ثم عدم الاعتداد بجمع المراكز القانونية التي نشأت بالاستناد إليه ، حتى تلك التي نشأت في ظل الدستور الذي يوافق القانون أحكامه ، وهي نتيجة في غاية الشذوذ لا يمكن قبولها ، ومردّها في الواقع فهم المحكمة لفكرة عدم الدستورية على نحو يخالف معناها الصحيح ، فلكي تطبق أحكام عدم الدستورية يجب أن يكون القانون المخالف للدستور قد صدر في وقت لاحق لنفاذ هذا الأخير ، أما العكس ، أي حالة صدور الدستور متضمناً أحكاماً تخالف ما تضمنته القوانين القائمة ، فإن

ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إلغاء تلك القوانين إلغاءً ضمنيًا ، وبطريقة تلقائية ، تطبيقاً لأحكام الإلغاء الضمني ، بحيث تشطب تلك القوانين في حدود التعارض من قائمة القوانين النافذة.

إن هذا المعنى هو الذي تبنته محكمة النقض المصرية بشأن نظرها في مدى دستورية المادة (47) إجراءات . في مناسبة أخرى . مخالفة بذلك موقف المحكمة الدستورية ، حيث قضت: [... ولما كان مفاد ما قضى به نص المادة 47 من قانون الإجراءات الجنائية من تخويل مأمور الضبط القضائي الحق في إجراء تفتيش في حالة التلبس بجناية أو جنحة دون أن يصدر له أمر قضائي مسبب ممن يملك سلطة التحقيق ، يخالف حكم المادة (44) من الدستور على النحو السالف بيانه ، فإن حكم المادة (47) من قانون الإجراءات الجنائية يعتبر منسوخاً ضمناً بقوة الدستور نفسه منذ العمل بأحكامه ، دون تریص صدور قانون أدنى ، ويكون دخول المسكن وتفتيشه بأمر قضائي مسبب لا مندوحة عنه منذ ذلك التاريخ] (26) .

وعلى ذلك فإن صدور الدستور -أو النص الدستوري- يترتب عليه إلغاء القوانين النافذة وقت صدوره إلغاءً ضمنيًا في حالة التعارض، وهذا الحكم هو ما نرى تطبيقه بشأن التعارض بين المادتين 24 إجراءات و14 تعزيز الحرية، بحيث تعتبر المادة (24) ملغاة جزئياً في حدود التعارض، فلا يجوز لمأمور الضبط القضائي القبض إلا بإذن من جهة قضائية، ولا يستثنى من ذلك إلا حالة التلبس بجناية أو جنحة وفقاً لما قدمنا.

على أنه إذا صدر قانون لاحق لقانون تعزيز الحرية مخالف لمقتضاه، بأن يجيز لمأمور الضبط القضائي القبض دون إذن في جميع الأحوال، فإن هذا القانون سيبدو باعتباره قانوناً غير دستوري يستأهل الطعن عليه بالإلغاء لعدم الدستورية.

الفرع الثاني: مشروعية الاستجواب والحبس الاحتياطي:

يرتبط الحبس الاحتياطي كإجراء ماس بالحرية قبل الإدانة، بضمانات تكفل عدم التعسف في استعماله؛ وعلى الرغم من هذا التصور النظري لهذا الإجراء، إلا أن مثل هذه الضمانات التي نص عليها قانون الإجراءات الجنائية تظل غير كافية لتحقيق الحماية من التعسف في استعمال هذا الإجراء؛ ولذلك يُعد الحبس الاحتياطي من أكثر الإجراءات التي تتخذها سلطة التحقيق والحكم، أساساً بالحرية دون مبرر في كثير من التطبيقات، ومن هنا فإن ضمان الحبس الاحتياطي بقيود تحد من هذا التعسف نصت عليه المادة 14 من قانون تعزيز الحرية؛ ولأن الاستجواب يعد قيداً من قيود تطبيق الحبس الاحتياطي، بوصفه إجراء سابقاً ولزاماً لاتخاذ، فإن إirاده في نص المادة 14 سالف الذكر، يثير مشروعية اتخاذ من لدن مأمور الضبط القضائي، بحسبان أنه متى كان هذا الاستجواب ضماناً من ضمانات الحبس الاحتياطي، فإن إتاحة اتخاذ من مأمور الضبط القضائي، قد يمثل استنزالاً من هذه الضمانات، يمهّد لاتخاذ إجراء الحبس الاحتياطي دون توافر مقدماته التي عناهها المشرع في قانون الإجراءات الجنائية. ولفهم طبيعة القيود التي تضمنتها المادة 14 من قانون تعزيز الحرية، وعلاقتها بإجرائي الاستجواب والحبس الاحتياطي، نرى التعرض لواقع هذين الإجراءين وفقاً لما تضمنته هذه المادة من أحكام.

أولاً: مشروعية الاستجواب بمعرفة مأمور الضبط القضائي:

الذي نفهمه من نص المادة (14) من قانون تعزيز الحرية، إن ما ورد بشأن الاستجواب، الخطاب فيه موجهة لمأمور الضبط القضائي لا للنائب العامة، بدليل أن المشرع استعمل مصطلح الحصول على إذن من جهة قضائية، فالمشرع في المادة المذكورة حينما استلزم للقيام بالاستجواب الحصول على إذن من جهة قضائية، فإنه كان يخاطب جهة غير قضائية، حيث جاء في المادة (14) بهذا الشأن [لا يجوز أو استجوابه إلا في حالة اتهامه بارتكاب فعل معاقب عليه قانوناً من جهة قضائية مختصة] ما يعني أن ظاهر النص يعطي لمأمور الضبط القضائي صلاحية الاستجواب بشرط الحصول على إذن قضائي، وإذا كان

قانون تعزيز الحرية يهدف إلى حماية الحرية الشخصية، فإنه بهذا النص، وحسب الفهم الظاهر، قد يكون خالف أهدافه، لكونه وسع في صلاحيات مأمور الضبط القضائي في شأن الاستجواب.

إذ المستقر وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية أن مأمور الضبط القضائي لا يملك مباشرة إجراء الاستجواب حتى في حالة ندبه للتحقيق (م54)، فالاستجواب محظور على مأمور الضبط القيام به إلا في أحوال الندب متى كان يخشى فوات الوقت، و كان الاستجواب متصلاً بالعمل المندوب له ولازماً في كشف الحقيقة؛ ولاشك أن إجازة الاستجواب في هذه الحالة ما هي إلا تطبيق لحالة الضرورة الإجرائية التشريعية (27)، فمأمور الضبط القضائي وفقاً لنصوص قانون الإجراءات الجنائية، لا يجوز له القيام بهذا الإجراء إلا عند الضرورة²⁸، فهل يكون قانون تعزيز الحرية وسع من صلاحيات مأمور الضبط القضائي؟

في البداية علينا أن نؤكد أن الاستجواب لا يبدو فقط باعتباره إجراء ضد المتهم، فهو. أي الاستجواب. فضلاً عن كونه إجراء يقصد به إثبات الجريمة، فهو حق للمتهم ليثبت براءته من خلال الرد على الأدلة المطروحة ضده (29).

ولذا يجب ألا ينظر دائماً للاستجواب باعتباره ماساً بحرية المتهم، ولكن تبدو خطورة هذا الإجراء في كونه يتضمن مناقشة المتهم تفصيلاً في الأدلة المطروحة ضده، ما قد يسفر عنه اعترافه؛ ولذا فإن المشرع في قانون الإجراءات الجنائية، قصر القيام بهذا الإجراء على جهات التحقيق، دون مأمور الضبط القضائي، اللهم إلا في حالة الضرورة المنصوص عليها بالمادة (55 إجراءات)، ونظراً لهذه الخطورة، فإننا نتساءل مرة أخرى، هل وسّع قانون تعزيز الحرية من صلاحيات مأمور الضبط القضائي في الاستجواب، بحيث أصبح من الجائر له القيام به بمجرد الحصول على الإذن بذلك ولو في غير أحوال الضرورة، خلافاً لما تقضي به نصوص قانون الإجراءات الجنائية؟

إن الحكمة التي يتوخاها المشرع من نص المادة (14) هي الحد من صلاحيات مأمور الضبط القضائي، ولذلك فإن هذه الحكمة هي التي يجب أن تعتمد في تفسير هذا النص طبقاً لأحكام التفسير الغائي، ولذا يمكن القول إن المشرع في هذا النص لم يقصد فصم القيود الواردة في قانون الإجراءات الجنائية، وإنما هو يبتغي تأكيداً بوصفها تتسجم والحكمة التي وجد من أجلها النص في قانون تعزيز الحرية، ولذلك فإن التفسير الصحيح. في تقديرنا. لنص المادة (14) في شأن الاستجواب، هو أن المشرع عنى في هذا النص حظر الاستجواب على مأمور الضبط القضائي. حتى في الأحوال التي يجوز له القيام بذلك وفقاً لقانون الإجراءات. إلا بعد الحصول على إذن من جهة قضائية.

ولذلك فإنه إذا كان مأمور الضبط القضائي لا يملك إجراء الاستجواب وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية إلا في حالة واحدة، وهي حالة الخشية من فوات الوقت المناسب للحصول على دليل معين من خلال الاستجواب عند ندبه للتحقيق، فإن هذه الحالة هي التي أراد المشرع تقييدها بحصول الإذن بالاستجواب من الجهة القضائية المختصة، فهذا التفسير. بتقديرنا. هو الذي نراه أقرب للصواب في ضوء الحكمة التي توخاها نص المادة (14) على ما ذكرنا آنفاً، والقول بغير ذلك يؤدي إلى توسع دائرة اختصاص مأمور الضبط القضائي في إجراء الاستجواب رغم خطورته، خلافاً لما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات م (54)، وفي ذلك مخالفة للفلسفة التي وجد من أجلها قانون تعزيز الحرية، وهي صيانة الحريات.

وطبقاً لهذا الفهم فإن مأمور الضبط القضائي لا يملك إجراء الاستجواب إلا في حالة الضرورة المذكورة آنفاً، وفي هذه الحالة، يجب حصوله على إذن خاص بذلك من جهة قضائية، ولا يغني عنه مجرد الندب للتحقيق وحالة الضرورة.

ثانياً: مشروعية الحبس الاحتياطي:

يعد الحبس الاحتياطي من الإجراءات التي تنطوي على سلب للحرية، فتبدو خطورته من هذا الجانب، لكونه يتخذ بهذه المثابة ضد إنسان بريء⁽³⁰⁾، ولهذا فقد اهتم قانون تعزيز الحرية بالتعرض لهذا الإجراء، فنص في مادته (14) على أن [.... ويكون العزل الاحتياطي في مكان معلوم يُخطر به ذوو المتهم ولأقصر مدة لازمة للتحقيق وحفظ الدليل]، فبهذا النص حدد المشرع مبررات الحبس الاحتياطي بعد أن كان تحديدها يخضع لاجتهاد الفقه، حيث لم يتضمن قانون الإجراءات الجنائية بياناً لهذه المبررات، ولذا يرى البعض أنه أصبح القانون الليبي يعرف نظاماً للحبس الاحتياطي محدد الأهداف⁽³¹⁾.

إذن الحبس الاحتياطي وفقاً لما جاء به قانون تعزيز الحرية، يجب أن يكون لازماً للتحقيق ولحفظ الدليل ولأقصر مدة، فماذا لو تخلف هذان الشرطان، وهل يمكن أن يحكم بالتعويض عن الحكم الاحتياطي؟ نرى أن نتناول حكم تخلف هذين الشرطين وأثر ذلك، على النحو الآتي:

1. أثر تخلف مبررات اللجوء للحبس الاحتياطي:

فالحبس الاحتياطي وفقاً للمادة (14) يجب أن يتخذ من أجل غرض لازم للتحقيق وحفظ الدليل، فإذا مارست جهة التحقيق هذا الإجراء لغرض بعيد عن الذي حدده النص، فهناك من يرى إنها سوف تخرج بهذا الإجراء عن إطار الشرعية الإجرائية، لما ينطوي عليه ذلك من تجاوز لنص المادة (14) المذكورة⁽³²⁾.

ونحن وإن كنا لا نختلف مع هذا الفهم في كون أن الحبس الاحتياطي وفقاً للنص المذكور، يجب أن يكون في إطار المبررات المحددة، وتجاوز ذلك يعني مخالفة النص القانوني، إلا أننا نتساءل عن مدى تصور اتخاذ جهة التحقيق لهذا الإجراء على نحو يبتعد به عن غرضه، للقول بأنه غير مشروع، وما الجزاء المقرر في هذه الحالة؟

بداية ينبغي أن نشير إلى أن أمر الحبس الاحتياطي من قبيل الأوامر المحصنة من الطعن فيها، ولا يجوز للمتهم حتى الاعتراض عليها وفقاً لمقتضى المادة (139) إجراءات جنائية⁽³³⁾، بل ويرى البعض - وبحق - إن الرقابة القضائية التي تمارس من خلال قاضي التمديد، لا تبدو كافية لتحقيق غرضها، باعتبار أن القضاء الجالس درج على صعيد التطبيق العملي. في الغالب. على رفض طلب الإفراج من جانب المتهم، بحيث يمكن القول إن تلك الرقابة لا تعدو كونها رقابة نظرية فاقدة لأي معنى على صعيد الواقع⁽³⁴⁾، ومن ثم فإن رقابة قضائية تطبيقية تبدو مفقودة في سبيل مراقبة التزام جهة التحقيق بأغراض الحبس الاحتياطي، وربما يبدو من الصعب بمكان القول بإمكانية الفصل في كون جهة التحقيق قد تجاوزت مبررات الحبس الاحتياطي التي حددتها المادة (14)، فكل إجراء تتخذه جهة التحقيق فإنها ترى بالضرورة أنه لازم للتحقيق بما في ذلك الحبس الاحتياطي، لاسيما وأن تقدير قيام هذه المبررات هو من المسائل التي تخضع لسلطة التحقيق صاحبة الحق في اتخاذ الإجراء⁽³⁵⁾.

فضلا عن ذلك فإن حبس المتهم احتياطياً لضمان تنفيذ العقوبة عليه أو لبث الطمأنينة في النفوس مثلاً، قد لا يكون في الإمكان تحقيق الرقابة. التي هي قاصرة أصلاً. بشأنه على جهة التحقيق من حيث التزامها بمبررات الحبس الاحتياطي، لأن القانون لا يلزم جهة التحقيق بتسبب قراراتها في هذه الحالة.

لذا يبدو من الصعب جداً تحقيق رقابة على عمل جهة التحقيق في هذا الشأن، خصوصاً إذا علمنا طبيعة المهمة التي يمارسها القضاء الجالس في الرقابة على نحو ما قدمنا، ولذا فإننا نقول مرة أخرى يظل نص المادة (14) في هذا الشأن بعيداً.

من الناحية العملية. عن إلزام جهة التحقيق في الوضع الراهن للنصوص، لأنها سوف تحتج دائماً بأن الإجراء قد اتخذ لمصلحة التحقيق، بل إنه لا إلزام عليها في هذا الشأن بأن تفصح عن مبرراتها، فقرارها في هذه الحالة لا تلزم بتسببه كما قدمنا، فيظل إجراؤها صحيحاً طبقاً للقاعدة المستقرة، الأصل في الإجراء الصحة⁽³⁶⁾، ولذلك فإن الحديث عن توافر المبررات الواقعية للحبس

الاحتياطي، لا تتأتى له القيمة القانونية العملية ، إلا إذا ألزمت جهة التحقيق بتسببيه ، فإذا كان مثل هذا التسبب لم تكن الحاجة تدعو إليه في السابق، حينما كان يترك تحديد مبررات الحبس الاحتياطي لجهة التحقيق ، فإنه في ظل المادة (14) قد بات ضرورياً إلزام جهات التحقيق بتسبب أوامر الحبس الاحتياطي حتى يمكن مراقبتها في هذا الشأن⁽³⁷⁾ ، آنذاك يمكن القول إن تجاوز هذه المبررات يترتب عليه انعدام مشروعية الأمر بالحبس ، ومن ثم بطلان ما يتصل به من إجراءات.

مع ملاحظة أن البعض يرى أن تخلف المبررات الواقعية للحبس الاحتياطي . وهي ما نحن بصدد بحثه . ليس من شأنه المساس بصحة أمر الحبس ، باعتبار أن تلك المبررات متروك أمر تقدير توافرها لجهة التحقيق⁽³⁸⁾ ، غير أننا لا نتفق مع هذا الرأي في شأن الوضع في القانون الليبي ، ذلك أن تحديد مبررات الحبس الاحتياطي في نص قانوني يجعل منها مبررات قانونية لازمة لاتخاذ الأمر ، فإن تخلفت أصبحنا أمام إجراء أخذ دون توافر أسبابه ، فالحبس الاحتياطي ضرورة تقدر بقدرها ، ومن ثم فإن تجاوز هذه المبررات يعني الخروج عن الشرعية الإجرائية التي تعني موافقة الإجراء لنص القانون؛ فإصدار أمر الحبس بعيداً عن هذه المبررات، يعني مخالفة نص القانون ، غير أن إثبات هذه المخالفة مرهون بإلزام جهة التحقيق بتسبب أمر الحبس، ودون ذلك لا تنتسى فرصة مراقبتها في هذا الشأن.

2. أثر تخلف شرط المدة " الحبس الاحتياطي لمدة طويلة لا يقتضيها التحقيق ":

بموجب المادة (14) يجب أن يكون الحبس الاحتياطي لأقصر مدة ، و هذا الشرط يرتبط بسابقه ، أي بالمبرر من الحبس ، فإذا كان من الصعب الوقوف على حقيقة المبرر لعدم إلزام جهة التحقيق بالتسبب ، فقد يكون من الصعب أيضاً الفصل فيما إذا كان الحبس طويلاً أم قصيراً ، باعتبار أن ذلك يعد أمراً نسبياً يختلف باختلاف المبرر للحبس ، وعلى كل حال فإنه إذا أمكن إثبات أن الحبس الاحتياطي قد طال مدته على نحو لا تقتضيه ضرورة التحقيق ، فإن ذلك من شأنه أن يصم مدة الحبس الزائدة عن القدر المطلوب بعدم المشروعية لمخالفتها نص القانون ، ما يعني بطلان كل إجراء اتصل بهذه المدة⁽³⁹⁾ ، ويرى البعض أنه استناداً لنص المادة (14) يمكن القول إن القانون رقم 13 لسنة 1371 و.ر بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية حينما زاد في مدد الحبس الاحتياطي ، فإن هذا القانون يكون مخالفاً لما قضت به تلك المادة⁽⁴⁰⁾ .

وبتقديرنا إن المادة (14) فيما يتعلق بمدة الحبس ، الخطاب فيها ينصرف لجهة التحقيق لا المشرع، لكون مدة الحبس وملاءمتها لمجرى التحقيق وضروراته تدخل ضمن سلطة تقدير المحقق، وهي تختلف من واقعة لأخرى ، ما يعني أن المشرع وإن وضع مدداً طويلة في القانون المذكور ، إلا أن جهة التحقيق هي التي يجب أن تلتزم بشأن المدة بما تقتضيه ضرورة التحقيق ، لاسيما إن هذا القدر هو من المسائل النسبية التي تختلف من واقعة لأخرى كما أسلفنا ، ما يجعل من الصعب على المشرع تقدير الملاءمة بشأنها، وهو ما ينجي القانون رقم 13 المذكور من شائبة عدم الدستورية.

ونعتقد أن النص على تسبب أوامر الحبس الاحتياطي، يعد ضماناً مهمة للحد من تعسف جهة التحقيق في استعمال هذه المكنة؛ ولذلك نرى أن تبني هذا القيد وجعله شرطاً لسلامة أمر الحبس، سيساهم في الحد من الإفراط في استعمال أوامر الحبس الاحتياطي، ويبدو في هذا الشأن أن مشروع الدستور تضمن إشارة يمكن إذا ما اعتمد هذا المشروع، أن تؤسس لشرط تسبب أوامر الحبس الاحتياطي، حيث نصت المادة 63 من مشروع الدستور على أنه "...وعلى السلطات المختصة بتسبب الأوامر الماسة بالحقوق والحريات ...". فالضمانات الإجرائية متكامل، ولا يمكن أن تحقق أي ضمانات أثرها، متى ارتبطت بضمانة أخرى أساسية لم تتوافر لأن النظام القانوني لم ينص عليها.

3. التعويض عن الحبس الاحتياطي:

تأخذ بعض التشريعات بمبدأ التعويض عن الحبس الاحتياطي في حالة الحكم بالبراءة، وذلك بعد أن هُجر مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال سلطتها القضائية، ذلك المبدأ المتفرع عن مبدأ استقلال القضاء عن الدولة، فما هو موقف القانون الليبي من ذلك؟

ليس ثمة نص في القانون الليبي يجيز صراحة للمضروور اللجوء للقضاء لتعويضه عن مدة الحبس الاحتياطي التي قضاها دون مقتضى بعد أن ثبتت براءته، ولكن أبي قانون تعزيز الحرية ما يمكن الاستناد إليه في هذا الشأن ضمناً لتقرير حق المضروور في التعويض عن ذلك الحبس؟

لقد ورد بالمادة 30 من هذا القانون ما نصه " لكل شخص الحق في الالتجاء إلى القضاء وفقاً للقانون، والمحكمة تؤمن له الضمانات اللازمة بما فيها المحامي". لقد أكد هذا النص حق التقاضي، فهل يصلح أساساً للقول إن منع المضروور من الحبس الاحتياطي غير المشروع من اللجوء إلى قضاء للمطالبة بالتعويض يخالف هذا النص؟

قرر قانون تعزيز الحرية - كما قدمنا - بعض الضمانات في شأن الحبس الاحتياطي، ومن ثم فإن عدم احترامها من قبل جهات المعنية - متى أفلح المتهم في إثبات ذلك - سيضفي على مسلكها صفة عدم المشروعية، إلا أنه مع ذلك لا يمكن المطالبة بالتعويض نظراً لمبدأ عدم المسؤولية الذي تتحصن وراءه جهات التحقيق والقضاء، ولا يمكن الاستناد لنص المادة 30 سالف الذكر للقول بغير ذلك، لأن هذا النص قيد الحق في اللجوء إلى القضاء بما هو مقرر في القانون وذلك بقوله "... لكل شخص الحق في الالتجاء إلى القضاء وفقاً للقانون " ولذلك فما لا يجيز القانون اللجوء في شأنه للقضاء لا يمكن قبول الدعوى بشأنه أمام المحاكم، ولا يصح الاستناد إلى المادة 30 لأنها أحالت على القانون، فالحق في التقاضي الذي أراد النص تأكيده لا يلغي القيود التي يقرها النظام القانوني على ذلك الحق، كما هو الشأن بالنسبة لأعمال السيادة مثلاً، فضلاً عن ذلك فإن المادة 30 المذكورة تتناول الحق في اللجوء إلى القضاء، أي أنها تقتض نهيوض المسؤولية عن الفعل في جانب المدعى عليه، في حين أن الدولة غير مسؤولة أصلاً عن أعمال سلطتها القضائية، حال كون هذه السلطة تمارس نشاطها وفقاً للقانون، فلا مسؤولية عليها في ذلك، ومن ثم لا يمكن المطالبة بالتعويض عن الحبس الاحتياطي لا لحصانة أعمال السلطة القضائية فحسب، وإنما لأن الدولة ليست مسؤولة عن تلك الأعمال بما في ذلك الحبس الاحتياطي.

ومن هنا فإننا ندعو المشرع الليبي إلى ضرورة النص على مبدأ التعويض عن الحبس الاحتياطي أسوة ببعض الأنظمة القانونية، على أن لا يقتصر حق المضروور في التعويض على مجرد حالة مخالفة لمبررات اللجوء لنظام الحبس الاحتياطي المنصوص عليها في قانون تعزيز الحرية فحسب، بل يجب أن يمتد ذلك لحالة الحكم بالبراءة أيضاً رغم توافر تلك المبررات، مثل هذا الاتجاه تضمنه مشروع الدستور الليبي، إذ يتبنى مبدأ التعويض عن الحبس الاحتياطي وفق ما نصت عليه المادة 64 والتي نصت على أنه "... ولمن سلبت حريته احتياطياً أو تنفيذاً لحكم الحق في تعويض مناسب عند الأمر بالأوجه لإقامة الدعوى أو الحكم بالبراءة لعدم ثبام الجريمة أو عدم وجود الدليل ...". وهو ما يؤسس في المستقبل لقاعدة دستورية تكفل هذا الحق إذا ما أقر هذا المشروع؛ والواقع أن هذا التوجه في مشروع الدستور، يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار من المشرع الليبي، لاعتباره يبرز الحاجة لنصوص تكفل هذه الحماية، وهو ما ينبغي أن يستجيب له المشرع دون حاجة لتربص اعتماد هذا المشروع وصدر الدستور.

ويمكن أن نؤسس دعوة المشرع لتبني نظام مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، أو على الأقل فيما يتعلق بالحبس الاحتياطي على المبررات التالية:

أ. إن المشرع الليبي يأخذ بنظام المقاصة بين مدة الحبس الاحتياطي والعقوبة السالبة للحرية المحكوم بها، بمعنى أن المتهم الذي يقضي مدة في الحبس الاحتياطي، سوف يستفيد من احتسابها ضمن مقدار أية عقوبة سالبة للحرية سيحكم عليه بها، وهو ما

يأخذ حكم التعويض راجع المادة 25 من قانون العقوبات ، في حين أنه إذا ما صدر عليه حكم بالبراءة فلن يعوّض عن تلك المدة التي قضاها في الحبس الاحتياطي ، وهذه مفاضلة لا وجه لها ، إذ سيكون المحكوم عليه بالإدانة في وضع أفضل ممن حُكم عليه بالبراءة فيما يتعلق بتعويضه عن تلك المدة ، وهذا الوضع يفرض على المشرع التدخل لتسوية المركز القانوني بين الاثنين ، وربما ذلك يبدو باعتباره التزاماً دستورياً على عاتق المشرع تطبيقاً لمبدأ المساواة الذي نص عليه قانون تعزيز الحرية ذو الطبيعة الدستورية .

ب. إن إقرار مسؤولية الدولة عن التعويض عن الحبس الاحتياطي، عند قيام مقتضى ذلك، يتفق وفلسفة قانون تعزيز الحرية الذي صدر أساساً لحماية الحرية ، فإذا كان الحبس الاحتياطي ينطوي على معنى المساس بالحرية ، فإن اكتمال دائرة الحماية التي يهدف إليها ذلك القانون، يقتضي إقرار مبدأ التعويض ومسؤولية الدولة ، فإذا كانت المادة 14 موضوع البحث قد نصت على ضمانات تكفل ولو في الحد الأدنى حماية الحرية في مواجهة هذا الإجراء ، فإن التعويض هو السبيل لإزالة ما عسى أن تقع فيه السلطة القضائية من مخالفة لتلك الضمانات ، وبدون ذلك تكون تلك الضوابط غير ذات قيمة عملية، سيما إذا ما تذكرنا عدم قابلية هذا الإجراء " الحبس الاحتياطي " للطعن فيه عند اتخاذه ، فيكون التعويض هو السبيل لإزالة آثاره .

ومن ذلك نخلص إلى أن إقرار مسؤولية الدولة عن التعويض عن الحبس الاحتياطي في النظام القانوني الليبي ليست مطلباً أخلاقياً فحسب، فهي ضرورة تفرضها طبيعة تكوين نظامنا القانوني على ما قدمنا.

الخاتمة: إن دراسة نص المادة 14 من قانون تعزيز الحرية يؤكد إن هذه المادة لها قيمة قانونية تؤهلها للتطبيق أمام المحاكم، وتسمو بها على ما عداها من قوانين عادية، باعتبارها نصاً دستورياً وفقاً للمعيار الموضوعي.

أولاً / ومن نتائج تطبيق هذا النص:

أن مأمور الضبط القضائي ليس له اختصاص أصيل للقيام بإجراء القبض إلا في حالتين، الجنايات المتلبس بها، والجناح المتلبس بها والمعاقب عليها بالحبس مدة تزيد عن ثلاثة أشهر، وفيما عدا ذلك لابد له من إذن من جهة قضائية.

كما أن مأمور الضبط القضائي لا يملك القيام بإجراء الاستجواب إلا في حالة واحدة، وهي إذا ندب للتحقيق وخُشي فوات الوقت إذا ترك الأمر في ذلك لسلطة التحقيق، وحتى يكون له القيام بالاستجواب في هذه الحالة، لابد من حصوله على إذن من سلطة قضائية، فلا يغني ندبه للتحقيق وقيام الضرورة عن حصوله على إذن خاص بالاستجواب.

أما الحبس الاحتياطي فلا يجوز لجهة التحقيق اللجوء إليه إلا لتحقيق أحد غرضين: حفظ الدليل أو لضرورة التحقيق، ولأقصر مدة لازمة، فالإجراء الذي اتصل بمدة الحبس الزائدة عن الحد المعقول أو المخالف لشرط المبرر، يكون باطلاً، مع الإشارة إلى صعوبة إثبات مخالفة هذه الشروط في ظل نظام قانوني لا تلزم فيه جهة التحقيق بتسبيب أوامر الحبس الاحتياطي مع التأكيد على أنه لا مسؤولية للدولة عن التعويض عن الحبس الاحتياطي في القانون الليبي.

ثانياً / التوصيات:

1- ضرورة مراجعة النصوص الخاصة باختصاصات مأمور الضبط القضائي، وتقييد صلاحياته الخاصة بالإجراءات الماسة بالحرية، وجعلها مقصورة على أحوال التلبس دون غيرها؛ وذلك من خلال النص صراحة على هذه الأحكام منعا للتلبس وتداركا لأي غموض تحدّثه النصوص في ضوء نص المادة 14 من قانون تعزيز الحرية.

2- إخضاع أوامر الحبس الاحتياطي لنظام الطعن على الأوامر، إذ أن الرقابة القضائية المعمول بها في هذا الشأن تبدو غير كافية.

- 3- ضرورة النص على إلزام جهات التحقيق بتسبيب أوامر الحبس الاحتياطي، حتى تتسنى مراقبتها بشأن توافر مبرراته، ومدى التزامها بشرط المدة.
- 4- ضرورة النص على مبدأ مسؤولية الدولة عن التعويض عن الحبس الاحتياطي عند قيام مقتضى ذلك.

المراجع:

أولاً: الكتب:

1. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المجلد الأول، الجزء الأول والثاني، ط 4، 1981.
2. د. سلوي فوزي الدغلي، المبادئ فوق الدستورية بين الشرعية والمشروعية والديمقراطية، بحث منشور بمجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد الثاني، 2019/6/2، تصدر عن جامعة عمار ثلجي بالاعواظ، الجزائر.
3. د. حسن علام، قانون الإجراءات الجنائية، ط 2، منشأة المعارف.
4. د. سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002.
5. د. طارق محمد الجملي، إلغاء النص الجنائي الموضوعي لعدم الدستورية، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية، العدد 26، سنة 2021، تصدر عن كلية القانون جامعة بنغازي، ليبيا، ص 135 وما بعدها.
6. د. عبد الرحمن محمد أبوتوتة، دراسات قانونية في ضوء قانون تعزيز الحرية و حقوق الإنسان، ط الأولى، المركز العالمي لدراسات وأبحاث الكتاب الأخضر.
7. د. عبد الرضا حسين الطعان، التنظيم الدستوري في ليبيا بعد الثورة، ج 2، ط الأولى، 1995.
8. د. عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، ط الأولى، دار الفكر العربي، 1995.
9. د. عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، 1998.
10. د. محمد عبد الحميد أبو زيد، سيادة الدستور وضمان تطبيقه، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1989.
11. د. محمد عبد الواحد الجملي، آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، 2002.

ثانياً: البحوث:

1. د. عادل عمر شريف، مرتبة الشريعة الإسلامية في تدرج القواعد القانونية ومدى إمكان اعتبار هذه المبادئ مرجعاً للرقابة الدستورية، بحث منشور بمجلة المحامي، العددان 31، 32، السنة الثامنة، 1990.
2. أ. عزة كامل المقهور، القانون الدولي لحقوق الإنسان والتشريعات ذات العلاقة، تناغم أم تجاهل، بحث منشور بمجلة المحامي، العددان 61، 62، (السنة 16)، 2005.
3. د. الهادي علي أبو حمرة، نظرة في نظام الحبس الاحتياطي، بحث منشور بمجلة إدارة القضايا، العدد (11)، السنة (6)، 2007.
4. أ. المبروك الفاخري، العمل بنظرية الضرورة في ظل الشرعية الإجرائية، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية، المجلد السادس عشر، السنة السادسة عشر، 2007.
5. د. محمد عبد الله الحراري، القيمة العملية للمبادئ المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية، (دراسة تحليلية للواقع التشريعي والقضائي الليبي)، بحث منشور بمجلة الجديد للعلوم الإنسانية، عدد ممتاز 1. 2، 1997.

ثالثاً: أهم التشريعات:

1. القانون رقم 20 لسنة 91 بشأن تعزيز الحرية، الجريدة الرسمية، العدد 22، السنة 29.

2. القانون رقم (5) بشأن تطبيق المبادئ الواردة في الوثيقة الخضراء الكبرى، الجريدة الرسمية، العدد (20)، السنة (29).
3. القانون رقم (2) بتنظيم التفتيش والرقابة الشعبية، مدونة التشريعات، العدد الأول، السنة السابعة.

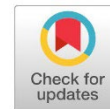
رابعاً: الوثائق:

مشروع الدستور الليبي 2017.

- (1) القانون رقم (20) لسنة 1991 ، بشأن تعزيز الحرية ، منشور بالجريدة الرسمية ، العدد 22 ، السنة 29.
- (2) راجع في هذا الشأن الآراء حول قيمة هذه المبادئ : د. سلوي فوزي الدغلي، المبادئ فوق الدستورية بين الشرعية والمشروعية والديمقراطية، بحث منشور بمجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد الثاني، 2019/6/2، تصدر عن جامعة عمار ثلجي بالاغواط، الجزائر ص42 وما بعدها.
- (3) د. عبد الرضا حسين الطعان ، التنظيم الدستوري في ليبيا بعد الثورة ، ج2 ، ط الأولى ، 1995 ، ص 269 . 279.
- (4) د. عبد الرضا حسين الطعان ، مرجع سبق ذكره ، ص 297.
- (5) حول الآراء التي طرحت في المسألة راجع ، د. عادل عمر شريف ، مرتبة الشريعة الإسلامية في تدرج القواعد القانونية ومدى إمكان اعتبار هذه المبادئ مرجعاً للرقابة الدستورية، بحث منشور بمجلة المحامي، العددان 31، 32 ، السنة الثامنة ، 1990 ، ص56.
- (6) د. عبد العزيز محمد سلمان ، رقابة دستورية القوانين ، ط الأولى ، دار الفكر العربي ، 1995 م ، ص 395
- (7) المحكمة العليا، طعن مدني رقم 339/53ق، جلسة 2008/12/3
- (8) الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير ، الجريدة الرسمية ، عدد خاص ، لسنة 26 .
- (9) محكمة النقض المصرية ، نقض رقم 1027 / 36 ق ، مشار إليه عند حسن علام ، قانون الإجراءات الجنائية ، ط2 ، منشأة المعارف ، ص 155.
- (10) مشار إليه عند / د. عند حسن علام ، مرجع سبق ذكره ، ص 155.
- (11) فقد طرح في الفقه معياران في التمييز بين الدستور والقانون العادي ، حيث يذهب أنصار المعيار الشكلي إلى اعتبار النص نصاً دستورياً إذا كان إصداره وتعديله يحاط بإجراءات خاصة غير تلك التي تتبع في شأن إصدار التشريع العادي ، أما أنصار المعيار الموضوعي فيرون أن النص سيكون دستورياً إذا كان موضوعه أحد الموضوعات الدستورية ، أي متى كان يعنى ببيان شكل الدولة ونظام الحكم فيها والمؤسسات الممارسة للسلطة ، والحريات العامة ، بصرف النظر عن جهة إصداره ، راجع د. عبد العزيز محمد سلمان ، مرجع سبق ذكره، ص 35 وما بعدها.
- (12) د. عبد الرضا حسين الطعان ، مرجع سبق ذكره ، ص 190.
- (13) نفس المرجع ، ص 299.
- (14) د. عبد الرضا حسين الطعان ، ص 310.
- (15) نفس المرجع ، ص 387 إلى 389.
- (16) فالوضع في ليبيا قبل ثورة السابع عشر من فبراير، ووقت صدور قانون تعزيز الحرية، يفترض وجود قوانين دستورية، تتمتع بصفتها هذه بالنظر إلى طبيعة الموضوعات التي تتضمنها، فالتمييز بين النص القانوني العادي، والنص الدستوري في ليبيا يكون بالنظر إلى طبيعة الموضوعات التي ينظمها كلا النصين، إذن، لا فارق إجرائي بين هذين النصين إلا من حيث طبيعة الموضوعات التي ينظمها كل نص، فتكون النصوص ذات الطبيعة الدستورية أسمى من تلك العادية، فلا يجوز أن تخالف الأخيرة مضمون ما قصت به النصوص الدستورية، وهذا التمايز لا تنفرد به النظم السياسية التي تنكر الدستور في صورته الشكلية كالنظام الليبي قبل ثورة فبراير، بل إن وجود تمايز بين القوانين العادية والقوانين الأساسية تعرفه حتى النظم ذات الدستور الشكلي، إذ في ظلها توجد إلى جانب الدستور قوانين تتميز عن القوانين العادية بموضوعات ذات طبيعة دستورية، مع ملاحظة أن تلك القوانين الأساسية تكون قيمتها القانونية في هذه الدول مساوية للقانون العادي، فلا تتميز بأي رفعة في مواجهته د. عبد العزيز محمد سلمان، مرجع سبق ذكره، ص 38.
- (17) عرفت المادة (20) من قانون الإجراءات الجنائية التلبس بأنه [تكون الجريمة متلبساً بها حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهنة يسيرة، وتعتبر الجريمة متلبساً بها إذا اتبع المجني عليه مرتكبها و تبعته العامة مع الصياح إثر وقوعها، أو إذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملاً آلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراقاً أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه فاعل أو شريك فيها، إذا وجدت به في هذا الوقت آثار أو علامات تقيد ذلك].
- (18) يُعد الشخص متهماً إذا وجه له الاتهام بواسطة تحريك الدعوى الجنائية ضده، د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المجلد الأول، الجزءان الأول والثاني، ط 4، 1981، ص 212.
- (19) محكمة النقض المصرية، طعن جنائي رقم 1027 / ق، جلسة 1985/11/20 م، مشار إليه عند، د. حسن علام، مرجع سبق ذكره، ص 155.
- (20) د. عوض محمد، قانون العقوبات والقسم العام، دار المطبوعات الجامعية، 1998، ص13

- ²¹ . حول مفهوم الضرورة الإجرائية راجع / أ. المبروك الفاخري ، العمل بنظرية الضرورة في ظل الشرعية الإجرائية ، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية ، المجلد السادس عشر ، السنة السادسة عشر ، 2007 ، ص 288.
- (²²) وهو ما يوافق ما نصت عليه المادة (41) من الدستور المصري ، والتي تجيز لمأمور الضبط القضائي القبض في حالتي التلبس بجناية أو جنحة ، دون الحصول على إذن قضائي .
- (²³) المحكمة الدستورية العليا بمصر ، طعن رقم (5) ، لسنة 4 ق دستورية ، مشار إليه عند د. حسن علام ، مرجع سبق ذكره ، ص 154.
- ²⁴ د. طارق محمد الجملي ، إلغاء النص الجنائي الموضوعي لعدم الدستورية ، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية ، العدد 26 ، سنة 2021 ، تصدر عن كلية القانون جامعة بنغازي ، ليبيا ، ص 135 وما بعدها.
- (²⁵) راجع في هذا المعنى ، د. محمد عبد الواحد الجملي ، آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، دار النهضة العربية ، 2002 ف ، ص 62 وما بعدها.
- لم يضع المشرع الليبي نصاً يقرر هذا الحكم خلافاً للمشرع المصري ، غير أن تطبيقه يتأتى بإعمال القواعد العامة للبطلان ، فإذا كان النص غير الدستوري يلغى لعدم الدستورية بوصفه قانوناً باطلاً ، فإن أثر هذا البطلان يمتد للماضي تطبيقاً للقواعد التي تحكم البطلان ، ما يعني اعتبار هذا القانون كأن لم يكن.
- (²⁶) محكمة النقض المصرية ، طعن رقم 7 102 ، 36 ق ، جلسة ، 20 . 11 . 1985 ، مشار إليه عند د. حسن علام ، مرجع سبق ذكره ، ص 155.
- (²⁷) أ. المبروك الفاخري ، مرجع سبق ذكره ، ص 288.
- ²⁸ ومع ذلك ، فقد قررت المحكمة العليا في حكم لها أنه : انه إذا كان قضاء هذه المحكمة قد جري على انه ولئن كان استجواب المتهم من قبل مأمور الضبط القضائي ومحاصرته ومواجهته بالأدلة محظوراً ، إلا أن ذلك مشروط ألا يكون الجاني قد اعترف بالتهمة المنسوبة إليه أمام مأمور الضبط القضائي " طعن جنائي رقم 56/2842 ق ، جلسة 2013/05/22 . غير أننا نعتقد أن هذا القضاء للمحكمة العليا يتضمن اجتهاداً يسمح بمنح مأمور الضبط القضائي اختصاصاً خطيراً في حالة اعتراف المتهم ، على الرغم من أن النصوص لا تستوعب هذا الفهم بل وتتعارض معه.
- (²⁹) د. أحمد فتحي سرور ، مرجع سبق ذكره ، ص 393 ، و الاستجواب نوعان ، حقيقي ، وهو يتمثل في توجيه التهمة ، ومناقشة المتهم تفصيلاً عنها ، ومواجهته بالأدلة القائمة ضده ، أما الاستجواب الحكمي ، فهو يتمثل في مواجهة المتهم بغيره من المتهمين أو الشهود ، نفس المرجع ، ص 392 ، 393.
- (³⁰) د. عبد الرحمن محمد أبو توتة ، دراسات قانونية في ضوء قانون تعزيز الحرية وحقوق الإنسان ، ط الأولى ، المركز العالمي لدراسات وأبحاث الكتاب الأخضر ، ص 51.
- ³¹ د. الهادي علي أبو حمرة ، نظرة في نظام الحبس الاحتياطي ، بحث منشور بمجلة إدارة القضايا ، العدد (11) ، السنة (6) ، 2007 ، ص 91.
- (³²) نفس المرجع ، نفس الصفحة .
- (³³) د. عبد الرحمن محمد أبو توتة ، مرجع سبق ذكره ، ص 51.
- (³⁴) د. عبد الرحمن محمد أبو توتة ، مرجع سبق ذكره ، ص 53 .
- (³⁵) د. سليمان عبد المنعم ، بطلان الإجراء الجنائي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2002 ، ص 212.
- (³⁶) سبق أن أوضحنا أن هذا النوع من الأوامر لا يقبل الطعن عليه ، ولكن إذا ما اعتوره بطلان نتيجة لتخلف أحد أسانيده القانونية ، كما لو أمر به في غير الأحوال المنصوص ، فإن من شأن ذلك بطلان ما اتصل به من إجراءات .
- (³⁷) إن خاصية عدم وجوب التسبب لقرار الحبس الاحتياطي تتفق وطبيعة النظام الذي وجد فيه النص ، حيث لم يحدد قانون الإجراءات الجنائية في حينه مبررات الحبس الاحتياطي ، كما أنه لم يجز الطعن في هذه الأوامر ، ما يعني أن الحاجة لتسبيبها كانت منعدمة.
- (³⁸) د. سليمان عبد المنعم ، مرجع سبق ذكره ، ص 210.
- (³⁹) نصت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في مادتها 3/5 على أن الحبس الاحتياطي لا ينبغي أن يتجاوز " مدة معقولة " ، وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على أهمية هذا الشرط وقضت ببطلان الحبس الذي تتجاوز مدته القدر المعقول ، راجع في ذلك نفس المرجع ، ص 213 ، 214 ، مشار في هامش هذه الصفحة الأخيرة إلى تطبيقات المحكمة في هذا الشأن.
- (⁴⁰) د. عبد الرحمن محمد أبو توتة ، مرجع سبق ذكره ، ص 54 ، 55.

Transitional Justice and National Reconciliation and Their Ability to Be an Alternative to Traditional Criminal Justice in Libya



Kamal A. Hassan

*Corresponding author:

kamalboshah@gmail.com

Department of Criminal
Law, Faculty of Legal,
Omar Al-Mukhtar Univer-
sity, Libya.

Received:

26 May 2023

Accepted:

26 September 2023

Publish online:

31 December 2023

Abstract: Proponents of transitional justice assert that this justice is exercised in exceptional periods of people's history, particularly when traditional criminal justice is unable to achieve its objectives. Transitional justice can fill this deficit occurring in the national justice system, especially if the crimes committed were of a very general, systematic and serious nature. This would raise a specific question about the capacity of this transitional justice to be an alternative to traditional criminal justice in order to eliminate the violations that occurred in Libya for more than half a century. This question, in turn, leads us to another question that we consider more important, linked to the extent of possibilities, the success of transitional justice tools to achieve reconciliation in a country like Libya in light of the events that have occurred and are occurring. This study attempts to answer the two aforementioned questions.

Keywords: Transitional Justice - Traditional Criminal Justice - National Reconciliation - Interest - Ubuntu - Racial Discrimination.

العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية وقدرتهما أن يكونا بديلا عن العدالة الجنائية التقليدية في ليبيا

المستخلص: يقول مناصرو العدالة الانتقالية بأنها الطريق الوحيد الذي من خلاله يتم ممارسة بعض صيغ العدالة خلال الفترات الاستثنائية في تاريخ الشعوب خاصة عندما تكون العدالة الجنائية التقليدية غير قادرة على بلوغ أهدافها، فالنظام القضائي الوطني نشأ في الأساس من أجل مواجهة الجرائم والانتهاكات التي تحصل في الظروف العادية وأوقات السلام والاستقرار، وعليه إذا تغيرت هذه الظروف فإن العدالة الانتقالية يكمن لها أن تغطي هذا العجز الذي حصل في النظام القضائي الوطني لا سيما إذا كانت الجرائم المرتكبة على قدر كبير من العموم الممنهج والجسامة. إن ذلك من شأنه أن يطرح سؤالا محددا حول قدرة هذه العدالة الانتقالية في أن تكون بديلا عن العدالة الجنائية التقليدية من أجل تصفية الانتهاكات التي حصلت في ليبيا على مدى أكثر من نصف قرن من الزمان وهذا التساؤل بدوره يقودنا إلى تساؤل آخر نراه أكثر أهمية يتعلق بمدى إمكانيات نجاح أدوات العدالة الانتقالية من الأساس في الوصول إلى المصالحة في بلد مثل ليبيا في ظل ما حصل ويحصل من أحداث. إن هذه الدراسة تحاول الإجابة عن السؤالين المذكورين.

الكلمات المفتاحية: العدالة الانتقالية - العدالة الجنائية التقليدية - المصالحة الوطنية - المصالحة - الأوبنتو - التمييز العنصري.



المقدمة:

العدالة الانتقالية هي مجموعة من الإجراءات والآليات التي يضعها مجتمع ما كي يحاول مواجهة الانتهاكات الجسيمة التي حصلت في الماضي وذلك من أجل تحديد المسؤولين عن هذه الانتهاكات وتحقيق العدالة بما يؤدي ذلك في النهاية للوصول إلى المصالحة الوطنية¹.

ووفقا لهذا التعريف فإننا هنا نتحدث عن مجموعة من الإجراءات السياسية والقضائية التي تسمح لأمة ما من مواجهة ماضيها الأليم بهدف الوصول إلى المصالحة والسلام والديمقراطية وذلك لن يتم إلا بمعالجة مشاكل الماضي بواسطة معايير تسمح بتحقيق العدالة والانصاف للجميع ، فنحن إذن أمام عدالة لا تتوقف عند الانتهاكات الجسيمة التي حصلت لقواعد القانون الدولي لحقوق الانسان وقواعد القانون الدولي الإنساني ، بل تتجاوز ذلك إلى معالجة الأسباب التي أدت إلى قيام هذه الانتهاكات الجسيمة، **بكلمة أوضح**، أننا أمام عدالة إصلاحية هدفها الوصول إلى المصالحة في الأوقات التي تعقب النزاعات المسلحة أو الانتهاكات الجسيمة للحقوق ، كما أنها عدالة وقائية هدفها المحافظة على السلام في حال وجود أخطار تهدد بزوال هذا السلام ،فهي عدالة تمثل خيارا وسطا بين العدالة الثورية والعدالة الجنائية التقليدية كما أنها وعاء قادر على احتضان المتناقضات نظرا لأنها تستوعب وتحقق الزخم الثوري وتعالج في الحاضر الماضي لتظهر أساخه والمستقبل لتبنيه بما يحول دون تكرار تجارب الماضي، ففي حالة العدالة الانتقالية نحن أمام وعاء لمتناقضات تتخبط داخلها فهي تتسم بعدم الاستقرار والتغير وفق الظروف لكنها تسعى لتحقيق الاستقرار وذلك بإخراج شحنة الاحتقان الموروثة من الماضي السحيق. **بكلمة أوضح مرة أخرى**، أننا نتحدث عن عدالة هدفها تسهيل الانتقال من نظام شمولي (كلياني) إلى نظام تعددي باستخدام أساليب الحوار الوطني.

لهذا نجد أن قوانين العدالة الانتقالية تقوم على توضيح الحقيقة التاريخية لبلد خضع لحكم شمولي أو لعنف سياسي محلي أو غير محلي أو لانتهاكات جسيمة وممنهجة وعامة لحقوق الإنسان من أجل تحقيق العدالة والوصول إلى **المصالحة الوطنية**، بمعنى أن الهدف من هذه القوانين هو الوصول إلى المصالحة الوطنية.

يؤكد مناصرو هذه العدالة أنها بمثابة الطريق الوحيد الذي من خلاله يتم ممارسة بعض صيغ العدالة خلال الفترات الاستثنائية في تاريخ الشعوب خاصة عندما تكون العدالة الجنائية التقليدية غير قادرة على بلوغ أهدافها، فالنظام القضائي الوطني نشأ في الأساس من أجل مواجهة الجرائم والانتهاكات التي تحصل في الظروف العادية وأوقات السلام والاستقرار، وعليه إذا تغيرت هذه الظروف فإن العدالة الانتقالية يمكن لها أن تغطي هذا العجز الذي حصل في النظام القضائي الوطني لا سيما إذا كانت الجرائم المرتكبة على قدر كبير من العموم الممنهج والجسامة².

ويدعم هذا الاتجاه وجهة نظره بما حصل في رواندا حيث أظهرت إحدى الدراسات أن ملاحقة ومحاكمة كل مرتكبي جرائم الإبادة من أغلبية الهوتو والذين قدر عددهم بنحو مئة ألف متهم ستستغرق مئة عام، وبالتالي كان عدم القدرة هو العامل الحاسم في اللجوء إلى العدالة الانتقالية بديلا عن العدالة الجنائية التقليدية في هذا البلد الأفريقي³.

وربما يمكن أن نجد أساسا لهذا الرأي في قواعد القانون الدولي الجنائي نفسه التي يمكن معها أن نقول، أنها باتت تشجع اللجوء إلى هذا النوع من العدالة، حيث تعفي المادة 53 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المدعي العام للمحكمة من فتح تحقيق إذا كانت الملاحقة الجنائية في هذه الحالة لا تخدم العدالة، وذلك بعد الأخذ في الاعتبار كافة الظروف المحيطة بما فيها درجة جسامة الجريمة ومصلحة الضحايا والمجني عليهم، بكلمة أوضح إذا تحققت العدالة

بوسائل تختلف عن وسائل العدالة التقليدية كالعدالة الانتقالية التي تقوم على فكرة الاعتراف بالخطأ وإظهار الحقيقة ومحاسبة المتسببين في الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان وجبر الضرر لضحايا هذه الانتهاكات وحفظ الذاكرة الوطنية، فإنه لن تكون هناك فائدة من إحالة الأوضاع إلى المحكمة الجنائية الدولية.

إشكالية الدراسة:

إذا كانت العدالة الانتقالية باعتبارها الطريق الذي يؤدي للمصالحة الوطنية وفق المفهوم الذي سبق بيانه تسعى لتحقيق العدالة للمتضررين وبما يضمن عدم تكرار حوادث الماضي الأليم، فإن ذلك من شأنه أن يطرح سؤالاً محدداً حول قدرة هذه العدالة في أن تكون بديلاً عن العدالة الجنائية التقليدية من أجل تصفية الانتهاكات التي حصلت في ليبيا على مدى أكثر من نصف قرن من الزمان وهذا التساؤل بدوره يقودنا إلى تساؤل آخر نراه أكثر أهمية يتعلق بمدى إمكانيات نجاح أدوات العدالة الانتقالية من الأساس في الوصول إلى المصالحة في بلد مثل ليبيا في ظل ما حصل ويحصل من أحداث.

خطة ومنهجية الدراسة:

في محاولة للإجابة عن السؤالين المذكورين، فإننا سنقوم بتحليل ومقارنة بعض تجارب الدول فيما يتعلق بالعدالة الانتقالية والمصالحة على المستويين الدولي والوطني، ولماذا نجحت التجارب في بعض الحالات وأخفقت في بعضها الآخر وذلك في (مبحث أول) منتهين إلى دراسة مدى إمكانية أن تكون هذه التجارب بديلاً عن العدالة الجنائية التقليدية في ليبيا وذلك في (مبحث ثان)، لنصل بعد ذلك إلى خاتمة تبين وجهة نظر الباحث حول هذا الموضوع، وللوصول إلى ذلك فإننا سننتهج المنهج التحليلي المقارن.

المبحث الأول: دراسة لبعض تجارب العدالة الانتقالية:

على المستوى المنهجي فإن دراستنا تستند على دراسة أربع حالات حصلت بخصوصها محاولات لتطبيق العدالة الانتقالية والمصالحة ومنها التي وصلت إلى تحقيق مبتغاها ومنها تلك التي لم تصل إلى تحقيقها حتى يومنا هذا، وهذه الحالات التي اخترناها تتمثل في حالة المصالحة الفرنسية الألمانية بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية في الثامن من مايو عام 1945 (مطلب أول)، والحالة الثانية تتعلق بالمصالحة الفرنسية الجزائرية بعد استقلال الجزائر عن فرنسا بموجب معاهدة إيفيان الموقعة في 18 مارس 1962 بين الحكومة الجزائرية المؤقتة وفرنسا في مدينة إيفيان الفرنسية الواقعة على الحدود الفرنسية السويسرية (مطلب ثان)، وأيضاً تلك المصالحة المتعلقة بدولة جنوب أفريقيا في (مطلب ثالث)، وتلك المتعلقة بالحالة الرواندية في (مطلب رابع).

المطلب الأول: الحالة الفرنسية الألمانية:

إن الحالة الفرنسية الألمانية تتعلق بنزاع مسلح عسكري بين دولتين حيث انتهت الحرب التي كانت قائمة بينهما بهزيمة ألمانيا النازية في الحرب العالمية الثانية في 8 مايو 1945 وبالرغم من حالة الكراهية التي كانت قائمة بين الدولتين وحالة الحرب المستمرة منذ قرن من الزمان، فإن ضباط الجيش الفرنسي لم يكونوا يخفون إعجابهم في مواجهة زملائهم من الضباط الألمان⁴.

حيث كان وصف هؤلاء الضباط الفرنسيين لنظرائهم من الألمان مزيجاً بين الحقد والكراهة والاعجاب⁵، وهو الأمر الذي كان مفقوداً فيما يتعلق بتقييم نظرائهم من الضباط الروس، ففي مواجهة هؤلاء الأخيرين فإن الأمر لم يكن مقترناً بأي نوع من أنواع الاعجاب أو الانبهار بل تم تغذية هذا الشعور بشكل مستمر مما جعل هذا الكره بمثابة جبل من الجليد يصعب تحطيمه⁶.

ففي الحالة الفرنسية الألمانية نلاحظ أن الاعجاب الثقافي تجاوز بكثير المحيط الخاص بالضباط والعسكريين، حيث نجد أن العديد من المثقفين والفنانين الفرنسيين كانوا قد أظهروا حماسهم في مواجهة الكتاب والموسيقيين الألمان وبالمقابل فإن العديد من الكتاب والشعراء الألمان كانوا يستوحون إبداعاتهم من الموهوبين والفنانين الفرنسيين، فهذا الانجذاب أو الاعجاب المتبادل القائم بينهما ضمن نوعاً أو صيغة من صيغ التناغم والانسجام بين هؤلاء الأعداء بالرغم من الاقتتال الفعلي بينهما وبالرغم من الهزيمة القاسية التي تعرض لها الألمان بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية، وهو الأمر الذي قوى ورسخ من فكرة التعاطف لدى البعض في مواجهة هذا المعسكر المهزوم، فمنذ وقت مبكر في فرنسا وصفت الناقدة الفرنسية الشهيرة مدام (جيرمين دي سياتل) ألمانيا كنموذج أو صورة مثالية كبلاد للشعراء وللكتاب الكبار، ففي دراستها التي قدمتها حول الثقافة الألمانية عام 1810 قدمت صورة إيجابية عن ألمانيا مما أدى إلى أن تعتبرها السلطات الفرنسية مناهضة لفرنسا وأصبحت تبعا لذلك مطاردة من قبل البوليس الفرنسي⁷.

ونفس الأمر كان قد حصل في ألمانيا فاعتباراً من عام 1871 فإننا نرى أن بعضاً من المثقفين الألمان كانوا يحيون وبشكل دائم الثقافة الفرنسية منتقدين في الوقت نفسه المادية التي كانت تميز المجتمع الألماني، إن هذا التطابق والتماثل كان قد أنشأ في آن واحد نوعاً من الكره والاحترام وهو ما أنشأ أيضاً نوعاً من التقارب والتعاطف في المرحلة اللاحقة من تاريخ الدولتين فكل الحروب والانتصارات والهزائم التي تعرضت لها هاتان الدولتان قوت من التشابه الثقافي بينهما.

ولهذا فإن الحوار الفرنسي الألماني بعد انتهاء هذه الحرب العالمية الثانية استند على فكرة نحن أخوة وأخوات وأخذ الحوار شكل تغيرات أساسية تمثلت في إنشاء مؤسسات مشتركة وأيضاً في إنشاء خطاب موحد مشترك، فالتغييرات المؤسساتية التي أجريت في إطار علاقات ثنائية في المجال السياسي والاقتصادي والعسكري والثقافي حيث قامت الدولتان بوضع حجر الأساس للاتحاد الأوروبي، وبتوقيع معاهدة الصداقة في الإليزيه يوم 22 يناير 1963 قطع الموقعان (شارل ديغول) والمستشار الألماني (كونراد أديناور)، خطوة جبارة في هذا التقارب المؤسساتي، حيث تعهدت الحكومتان أن تتشاورا بشكل مستمر قبل اتخاذ أي قرار سياسي يتعلق بالعلاقات الخارجية، كما أن الاتفاقية لم تنحصر فقط في العلاقات الرسمية، حيث أنشئ مكتب فرنسي ألماني خاص بالشباب سمح بالتقاء 180 شاب من شباب الدولتين فقط في عام 1964 ومنذ عام 1963 فإن ما يزيد عن 8 مليون من الشباب الفرنسي والألماني شاركوا في 300 برنامج من البرامة التبادلية⁸.

وعلى مستوى سرد ما حصل فإن هدف ممثلي الجانب الفرنسي والألماني كان الغرض منه تسهيل التواصل بين الدولتين وبدون البحث عن طريقة لإزالة ما حصل في الماضي فقد حاولوا العمل على إزالة الشعور بالكراهية وكل ما يتعلق به، فمن خلال هذه الخلفية وصف الرئيس الفرنسي الشعب الألماني بالأمة العظيمة وذكر الشعب الفرنسي في أنهم وفي بعض الظروف قاموا بأعمال ليست جيدة للشعب الألماني، ومنذ هذا الوصف الذي وصفه الجنرال ديغول فإن كافة المسؤولين الفرنسيين لم يقوموا بتقويت فرصة من أجل تكريم الجنود الألمان الذين سقطوا في المعارك.

وفيما يتعلق بالجانب الألماني، فإن جميع القادة الألمان كانوا يحثون على التزام الجميع بتحمل مسؤولياتهم عن الماضي النازي الأليم في ألمانيا والعمل على جعله ضمن الذاكرة الألمانية لإحياء الماضي هنا يتم مع محاولة التقليل من أثاره بين الأعداء

السابقين ومحاولة ادماجهم من جديد، فبالرغم من الجراح فإنه كان بالإمكان العيش كإخوة وأخوات⁹ وأفضل من وصف هذه الحالة هو السيد (جونجيرمي)، حيث كتب بعد أن تعرض للتعذيب من قبل النازية (إن الذي جرى قد جرى إن ما حصل لا يمكن الاستهانة به على الإطلاق لكن الجراح التي حصلت هي بكل تأكيد في طريقها نحو الشفاء)¹⁰.

إن وجود تصاعد في الموجة الأوروبية من أجل دعم تثبيت ألمانيا في العالم الغربي كان هو الآخر قد قلص المسافات بشكل كبير بين ألمانيا وفرنسا واعتبارا من الأعوام 1958 وحتى 1963 فقد تم دعم المشاركة بين البلدين وساعد في ذلك وجود قيادات أوروبية لا نجد مثلها في أيامنا هذه من طراز الجنرال (شارلديجول) في فرنسا والمستشار (كونرادأديناور) في ألمانيا.

إن المشروعية التاريخية التي يتمتع بها هذان الرجلان كانت حاسمة في خلق هذا التقارب وفي تقليص المسافات، فالأمر لم يكن يتعلق على الإطلاق بعملية مصالحة مع النازية، فقد أثنى (شارل ديغول) ومنذ اليوم الأول على المستشار الألماني (كونرادأديناور) وعن دوره في الوقوف في مواجهة الاجرام النازي فقد صرح قائلا (إن المستشار أديناور كان في الفترة التي وقعت بين الحربين العالميتين الأولى والثانية عمدة لכולون ورجل من النوع المهم وذلك عندما قام بإظهار فضائح هذا النظام النازي ووحشيته، ولهذا فقد تمت ملاحظته من النازية ولا يوجد شخص يستحق أكثر منه أن تصافح يدي يده ولا يوجد شخص أحق منه من أن يصافح يدي، فلقد كنت بالنسبة إليهم خصما متمرسا وصعب المراس، ولهذا فإنني الشخص الوحيد الذي ينتظرون منه مصافحتهم عن جرائم الحرب)¹¹.

وفي نفس هذا الإطار فقد وصف الفرنسيون تاريخ الثامن من مايو من عام 1945 وهو يوم الإعلان عن انتهاء الحرب العالمية الثانية (بمثابة انتصار مشترك في مواجهة البربرية النازية)¹² كما أن الجنرال ديغول نفسه كان قد صرح اعتبارا من شهر أكتوبر 1945 بأن (الوقت سيمضي) وأن (الجراح ستندمل) وأنا (سنعمل دائما بشكل مشترك) وبعدها بفترة وجيزة أكد في مدينة سترابورغ قائلا (إن نهر الراين كان يمثل حاجزا من الكراهية وحدودا وخطا للمواجهة)، لكن يجب أن يشكل من الآن فصاعدا (رباطا غربيا)¹³.

ولم يمض وقت طويل حتى وجدت هذه التصريحات لها تطبيقا فحجم المبادرات التي تم أخذها في اتجاه في هذه المقاربة الفرنسية الألمانية تشرح بشكل واضح فكرة البحث عن المصالح المشتركة فالظروف الوطنية والدولية في ذلك شجعت في تسريع وتيرة التقارب بين البلدين، حيث نجد أن المستشار الألماني (كونرادأديناور) كان قد شرح بشكل واضح (إن المصلحة هي الأمر الوحيد الذي يحدد السياسة الخارجية لأي بلد وليس الحب أو الكره، فالذي يلعب دائما دورا أساسيا هي المصلحة والتي تعتبر العامل الحاسم والقاطع وبحمد الله ... فإن المصلحة الفرنسية تلاقت أو تقاطعت مع المصلحة الألمانية)، ومن جانبه فقد أكد الرئيس الفرنسي شارل ديغول (بأن ألمانيا تحتاج إلينا بقدر ما نحن محتاجين إليها)¹⁴.

إن ألمانيا كانت تبحث وبكافة الوسائل عن صيغة لإعادة تأهيلها على المستوى الدولي فهزيمتها لم تكن فقط هزيمة عسكرية وإنما أيضا هزيمة معنوية، سيما بعد اكتشاف معسكرات الإبادة ومن أجل تطبيع علاقاتها مع جيرانها فأصبحت إقامة علاقة مع باريس مسألة ملحة بالنسبة إلى برلين.

وفيما يتعلق بفرنسا فإنها كانت ترى أن وجودها وحجمها في أوروبا محل نظر وشك منذ انتهاء الحرب العالمية الثانية فاقتصادها تراجع إلى النصف ومؤسساتها الصناعية كانت شبه مدمرة بالكامل وأصبحت تفقد وتتخلى عن مستعمراتها، لذلك فإن مسألة تقاربها مع ألمانيا لم تعد من الآن فصاعدا خيارا وإنما ضرورة.

وبالإضافة إلى الظروف والخلفية الخاصة بكل بلد من هذين البلدين فإن هناك عاملا خارجيا لعب دورا أساسيا في عملية التقارب الفرنسي الألماني وسرع من وتيرة هذا التقارب فقد كانت هذه هي المرة الأولى ومنذ حوالي القرن أن العدو لم يكن احدهما هذه المرة بمعنى أن العداء لم يعد بين فرنسا وألمانيا وإنما من الآن فصاعدا أصبح لهما عدوا مشتركا وهذا العدو المشترك هو الاتحاد السوفييتي سابقا وهذا العدو الشيوعي برر وشرح الدعم المحدود من جانب الولايات المتحدة وذلك من أجل مواجهة الانتشار الشيوعي عن طريق خلق أوروبا القوية الموحدة والتي كانت تتجسد في فرنسا وألمانيا .

المطلب الثاني: الحالة الفرنسية الجزائرية:

إن الحالة الفرنسية الجزائرية بعيدة كل البعد عن الحالة السابقة الكلاسيكية (الفرنسية الألمانية) والتي قامت على فكرة الاعتراف بالفائز والمهزوم والصديق والعدو والصحية والبطل، ففكرة الاحتلال الاستعماري تبتعد بطبيعتها عن جميع هذه الأنماط وتضع بنفسها الأنماط الخاصة بها ، فبالنسبة للبعض فإن هذه الحالة الفرنسية الجزائرية تنبع من الرغبة في محاولة تمدين وتطوير السكان الذين كانوا فريسة للفقر والبؤس وبالنسبة للخاصة لاحتلال فإنها كانت تعتبر نوعا من توظيف وإذلال أو امتهان أمة بأسرها وازدراءها ، وسنرى أن هذه النظرة المختلفة لمفهوم الاستعمار قد منعت من تحقيق المصالحة بين البلدين حتى يومنا هذا .

إن تاريخ الجزائر بين أعوام 1832 وهو العام الذي احتلت فيه فرنسا الجزائر وعام 1962 وهو العام الذي استقلت في الجزائر رسميا عن فرنسا، يؤكد أن العلاقات مع فرنسا كانت محكومة دائما بعدم المساواة وليس التنافس، فالمفاوضات التي قادت إلى توقيع اتفاقية (إيفيان) ، والتي نجم عنها استقلال إقليم كامل عن الإقليم الفرنسي وإخراج ما يقارب عن مليون فرنسي كانوا قد ولدوا في الجزائر وحوالي مليوني جندي فرنسي تعاقبوا على الجزائر وخمسة وعشرون ألفاً منهم ماتوا هناك، بينما كان هناك مئات الآلاف من الجزائريين من بينهم ثلاثة عشر ألف اختفوا وحوالي ألفين من الضحايا الأوروبيين لاقوا المصير نفسه ووراء هذه الأرقام المرعبة وبعد الخروج من الجزائر وانتهاء الحرب فيها، فإن هناك عدم وضوح وغموض فيما يتعلق بتحديد المنتصر والمهزوم وغياب الحد الأدنى من التوافق حول هذا الموضوع يشرح في جانب كبير منه استحالة طي صفحة هذا الاحتلال من الجزائريين وحتى الفرنسيين .

ولعل أول بداية انفتاح في طريق محاولات المصالحة بدأت بعد وصول (فرنسوا ميتران) إلى الرئاسة في فرنسا، حيث شرع بعد انتخابه مباشرة في محاولة قتل (صندوق الألم الجزائري) كما عبر عن ذلك نفسه منطلقا من فكرة أن الماضي هو الماضي ، وبعد عامين فقط من هذا التصريح قام الرئيس الجزائري (الشاذلي بن جديد) بأول زيارة لرئيس جزائري إلى فرنسا وطبقا لوجهة نظر الرئيس الجزائري، فإن هذه الزيارة تعتبر احتذاء بالنموذج الفرنسي الألماني فلماذا لا تكون هناك علاقات بين فرنسا والجزائر كالعلاقة القائمة بين فرنسا وألمانيا¹⁵.

وبالتوازي مع الموقف الجزائري صرح السيد (رونالد دوماس) الوزير الفرنسي المفوض للشؤون الأوروبية مبررا حضوره ممثلا عن الجمهورية الفرنسية إلى الجزائر للمشاركة في الاحتفال بالذكرى الثلاثين لبداية حرب الاستقلال عن فرنسا في الجزائر قائلا (كما حصل في الحالة الفرنسية الألمانية فإن المصالحة بين الأمم التي دمرتها الحروب هي ضرورة من ضرورات التاريخ)¹⁶، وفي عام 2003 أعلن الرئيس الفرنسي (جاك شيراك)، رغبته في توقيع اتفاق صداقة مع الجزائر على نمط معاهدة الاليزيه التي تم توقيعها مع الألمان¹⁷ .

لكن يبدو أن وجهات النظر هذه لم تعجب على الإطلاق الوزير الفرنسي السابق والمقرب من شارل ديغول السيد (آلانبييرفيت) ، حيث رد مبكراً على كل هذه الدعوات والمبادرات قائلاً إن هذه المقارنة لا تخلو من الأخطاء ، فإذا كان من السهل جداً الوصول إلى اتفاق مع ألمانيا نظراً لأن الجيشين الألماني والفرنسي قد تواجها بشكل نظامي وتقاتلا بطريقة لم ينقصها الشموخ والكرامة وهو الأمر الذي كان مفقوداً كلياً في الحالة الفرنسية الجزائرية ، فإن ذلك حسب وجهة نظره (لا يعدو إلا أن يكون أحياء لمذبحة حمقاء لم يتح للفرنسيين الوقت اللازم كي يقوموا بطي صفحتها)¹⁸ .

وأيضاً فإن السيد (لويسيتيجيلارست) كان قد انتقد جنرال فرنسي اسمه (سميث) ، لأنه قام بتعذيبه في شهر سبتمبر 1957 ، حيث طالب في كتابه المعنون (الجزائري) بالحقيقة الواضحة وكانت النتيجة أن تم اتهامه بالكذب من قبل الجنرال (سميت) الذي قام برفع دعوى قضائية في مواجهة السيد (لويسيتيجيلارست) وأصبحت هذه الدعوى بمثابة رأس حربة توجه لكل من ينتظر اعتذاراً رسمياً من الحكومة الفرنسية¹⁹.

وعلى النقيض من فكرة الاعتراف بالخطأ والاعتذار فإن القانون الصادر في فرنسا بتاريخ 23 فبراير 2005 أشار إلى الدور (الإيجابي للوجود الفرنسي فيما وراء البحار لا سيما في شمال أفريقيا) ، وقد أثار هذا القانون سخطاً كبيراً في الجزائر وترتب على إصداره أن معاهدة الصداقة الفرنسية الجزائرية قد تم التخلي عنها.

كما أن الأمر المتعلق بالقائمين على المصالحة كان محل نظر ، حيث نجد أنه في وقت من الأوقات كان الأشخاص المتحاورون هم أنفسهم أطراف المبادرة فالرئيس الفرنسي الراحل (جاك شيراك) كان ملازماً في سلاح الفرسان ولم يكن يتعد عمره 24 سنة فيما كان نظيره الرئيس الجزائري عبدالعزيز بوتفليقة أحد المجاهدين ، لكن المشكلة التي كانت مطروحة تكمن في شرعية الرئيس الجزائري (بوتفليقة) ، خاصة بعد انتخابه أربع فترات رئاسية متتالية ، وكذلك فإن القانون الصادر في 23 فبراير 2005 والمتعلق بالثناء على دور فرنسا الاستعماري في تطوير الشعوب ومنها شعوب شمال أفريقيا يشرح بشكل كبير فشل المشروع الخاص بالمصالحة والفشل في توقيع معاهدة الصداقة .

إن تعاقب الأوضاع المتعلقة بالعلاقات الفرنسية الجزائرية يشرح بشكل كبير التقدم والتراجع من سلطة هي أصلاً محل شك في الجزائر وأخذت في بعض الأحيان ذلك الطابع المتعلق بمكافحة الاستعمار وخارج المشهد الرسمي فإن هناك القليل من المبادرات الخاصة أو المدعومة من الخارج كانت تدعو نحو المصالحة فبعض اللقاءات الفردية تم عقدها لدى هذا الطرف أو ذاك من البحر المتوسط ، لكنها لم تكن في مستوى المبادرات التي حصلت على المستوى الفرنسي الألماني وبالتالي لم تسفر هذه المبادرات عن أي شيء في الخصوص.

كل ذلك كان يعني أن إحداث تغيير في العلاقات بين الأعداء القدامى لا يزال صعباً ويستغرق العديد من الأجيال ، ففي عام 1971 نجد أن الرئيس الجزائري (هواري بومدين) كان قد صرح بأنه سيكون من العبث بأن نكون غير صبورين حيث ذكر (بأن الشعب الفرنسي نفسه لم يعاني من الاستعمار النازي مثلما عانينا نحن في الجزائر من الاستعمار الفرنسي ومع ذلك فإن التقارب الألماني الفرنسي لم يحصل إلا في السنوات الأخيرة)²⁰ .

وحتى بعد مضي أكثر من 58 سنة من استقلال الجزائر فإنه لا يمكن أن نرى خطاباً واحداً رسمياً يمكن أن نقول عنه انه أورد نوعاً من التقارب أو التجانس فيما يتعلق بالحرب في الجزائر وحتى في فرنسا وخلال عقود فإن الجميع كان يريد النسيان أو على الأقل يبدو للناس انها كانت فقط ترغيب في النسيان²¹ .

وعليه فإنه كان من اللازم الانتظار حتى يأتي جيل آخر إلى السلطة، فكما أشرنا سابقا أنه وبعد وصول الرئيس الفرنسي شيراك إلى السلطة في فرنسا أصبح من الممكن الحديث عن التغيير في وجهات النظر، حيث أشار الأخير إلى ظاهرة الأجيال بقوله (ثلاثون سنة أو أربعون سنة ... لقد حان الوقت للذين تعرضوا للأذى أن يقوموا في الشروع بمحاولات النسيان.. لقد حان الوقت من أجل التسريع في عملية إزالة الاحتقان)²².

وهذا الخطاب الرسمي أتبع بالعديد من التدابير التي كان هدفها النظر إلى الأمام²³، وذلك بفتح البعض من الأرشيفات والاعتراف الرسمي بمصطلح الحرب من أجل وصف العمليات التي جرت في الجزائر وذلك باقتراح قانون من شأنه الاعتراف بالحرب في الجزائر وهو القانون الذي تم التصويت عليه بالإجماع في الجمعية الوطنية الفرنسية في 10 يونيو 1999

ولكن كل ذلك ظل في إطار المبادرات ولم يسفر عنها شيء ملموس على أرض الواقع، وهنا يجب أن نعرف أن تغير الأجيال لا يتضمن مع ذلك بالضرورة أخذ مسافة منتظمة مع الماضي إذ يقع لزاما علينا أن نذكر أن النائبة في البرلمان الفرنسي (ميشيل تاباروت)، ابنة أحد أعضاء المنظمة السرية الفرنسية في وهران والذي هرب من الجزائر خوفا من أن تطاله يد العدالة واختار اللجوء إلى إسبانيا وعاد بعدها عام 1968 إلى فرنسا بعد صدور قانون خاص بالعفو، فقد أشارت هذه النائبة إلى أن الفرنسيين الذين ولدوا وراء البحار قد عانوا كثيرا ومن ثم لا يجب أن يكونوا محلا للتوبة أو لتقديم الاعتذار²⁴.

إن هذه الكلمات الصادرة عن هذه البرلمانية أظهرت قوة الذاكرة للعائلات المضطهدة، بمعنى أن مرور الأجيال قد يقوى من العواطف المتوارثة ويؤججها ولا يضعفها على الإطلاق.

المطلب الثالث: حالة جنوب أفريقيا:

إن نموذج جنوب أفريقيا يمثل نموذجا ناجحا في تطبيق آليات العدالة الانتقالية للوصول إلى المصالحة الوطنية. إن تاريخ هذا البلد يشهد بأنه كان مسرحا لجرائم ذات طبيعة سياسية تتضمن انتهاكات منظمة لجميع الحقوق المتعلقة ببنية الإنسان، حيث جرى تطبيق نظام أو سياسة التمييز العنصري في هذا البلد الإفريقي ذات الأغلبية السوداء خلال السنوات من 1960 إلى 1994.

إن العديد من مواطني جنوب أفريقيا لا يمكن لهم أن ينسوا مذبة (شاربيغيل) التي جرت أحداثها في 21 مارس 1960 حيث تجمعهم مجموعة من مواطني جنوب أفريقيا من ذوي البشرة السوداء ضد قانون يحد من حرية مرور السود في بعض الأماكن، حيث قام البوليس القلق بإطلاق النار على المتظاهرين مما أدى إلى قتل معظمهم وجميعهم كان مصابا برصاصة في مؤخرة الرأس، مما يعني أن القتل حصل أثناء هروبهم ولم يكونوا في حالة مقاومة لرجال البوليس²⁵.

وقد عرفت مدينة (سويتو) في الفترة من 16 إلى 22 من شهر يونيو من نفس العام أسبوعا من المذابح الصامتة شملت هذه المذابح تلاميذ مدارس صغار في السن غير مسلحين كانوا قد تظاهروا ضد استعمال كلمة (أفريكانا) العنصرية في المدارس، حيث كان التلاميذ السود يعتبرونها كلمة عنصرية يستعملها مؤيدو سياسة التمييز العنصري كنوع من ازدراء السود. إن ذاكرة جنوب أفريقيا تحتفظ حتى هذا اللحظة بالذكريات عن بعض الأشخاص الذين تم تصفيتهم بشكل غامض أثناء اعتقالهم لدى الشرطة، وكذلك مذبة شارع الكنيسة في مدينة (بريتوريا) في شهر مايو 1983، وأيضا تم رمي قنبلة في شارع عام أمام مبني الخطوط الجوية لجنوب أفريقيا، مما ترتب عليه موت 20 شخصا وإصابة 200 منهم معظم جراحهم كانت خطيرة.

وقد بدأ تطبيق العدالة الانتقالية في جنوب افريقيا بقانون سمي بقانون التعويض في عام 1990 حيث قرر منح العفو لجميع الاشخاص الذين أشاروا أو قادوا أو أصدروا الأوامر أو ارتكبوا جرائم ذات طابع سياسي وهذا القانون يهدف إلى تحقيق هدفين وهما تسهيل عودة الناشطين السياسيين لحركة التحرر إلى جنوب أفريقيا وأيضاً إقناع أعضاء الحزب الوطني بالجلوس إلى طاولة المفاوضات²⁶.

ثم صدر القانون رقم 34 لسنة 1995 وبموجبه تم تشكيل لجنة تحقيق ومصالحة خلال فترة الرئيس (نلسون مانديلا) والذي وصل إلى السلطة في السنة السابقة لصدور القانون خلال فترة التحول الديمقراطي والتي تهدف الي إزالة نظام التمييز العنصري وإنهاء هيمنة الأقلية البيضاء في جنوب افريقيا ، وقد كانت مهمة اللجنة إنشاء بانوراما وصورة متكاملة عن الأحداث والانتهاكات خلال فترة نظام التمييز العنصري وهي مهمة تشمل تحديد هذه الأحداث أو الأعمال بشكل دقيق وبحث علاقتها بانتهاك الحقوق الأساسية للأفراد ، سواء أكانت من النظام الحاكم او المعارضين له ، وكذلك إطلاق عملية مصالحة وطنية شاملة عن طريق تعويض الضحايا تعويضا شاملا وعادلا، وكذلك إصدار عفو عن هذه الاعمال التي لها علاقة بالأحداث السياسية في جنوب افريقيا.

إن عمل لجنة الحقيقة والمصالحة هدف إلى خلق رابطة مباشرة بين المصالحة الوطنية وبين التأسيس لدولة القانون من خلال المرحلة الانتقالية نفسها ، فالمادة 3 من القانون رقم 34 لسنة 1995 حددت مهمة اللجنة في بناء صورة متكاملة بأقصى درجات الدقة لأسباب الأزمة وطبيعة الانتهاكات الخطيرة لحقوق الانسان التي تم ارتكابها خلال الفترة من 1 مارس 1960 وحتى 10 مايو 1994 وعلى اللجنة أن تأخذ في الاعتبار وجهة نظر المجني عليهم والمتضررين ووجهة نظر المسؤولين عن هذه الانتهاكات، كما أن لجنة المصالحة لديها الصلاحيات في إصدار قرارات بالعفو عن المسؤولين عن هذه الانتهاكات إذا قاموا بالاعتراف بهذه الانتهاكات وثبت أن هذه الانتهاكات لها علاقة بسياسة التمييز العنصري ، كما يقع علي اللجنة مهمة تحديد المتضررين والمجني عليه من أجل إعادة كرامتهم الانسانية والمدنية وذلك من خلال إعطائهم فرصة لإظهار معاناتهم وما تعرضوا له من انتهاكات ، كما يقع على عاتق اللجنة أيضا تقديم توصيات تتضمن كيفية تعويضهم ، وقد أنشأت هذه اللجنة ثلاث لجان فرعية أخرى ، الأولى وتختص بتحديد الانتهاكات المتعلقة بحقوق الانسان وعليها إعداد تقرير مفصل في الخصوص ، والثانية تتعلق بكيفية تحديد التعويضات وأنواعها ، واللجنة الثالثة وهي المكلفة بإصدار القرارات المتعلقة بالعفو²⁷.

وفيما يتعلق بالطلبات المتعلقة بمنح العفو فإنها يجب أن تكون مسببة وتحدد الانتهاكات على وجه الدقة، كما أن الإجراءات المتعلقة بالعفو تتضمن تحديد جلسات عامة وهذه الجلسات تقوم على مبدأ المواجهة بين المسؤولين والمتضررين من أجل تحديد أن الأفعال المرتكبة التي تدخل ضمن طائلة القانون رقم 34 لسنة 1994 وهي الأفعال والانتهاكات المتعلقة بالتمييز العنصري، وعمل هذه اللجنة ليس إصدار توصيات وإنما اتخاذ قرارات وهذه القرارات غير قابلة للطعن أمام أية جهة قضائية.

وقد بدأت هذه اللجنة أعمالها في ديسمبر سنة 1995 وأنهت أعمالها وجلساتها في عام 1998، وتمخضت عن خمسة مجلدات بعدد صفحات 3500 تمثل تقريرها النهائي الذي قدم إلي الرئيس مانديلا في أكتوبر من عام 1998، وقد بلغ مجموع الشهود الذين مثلوا أمام اللجنة 2000 شاهد من بينهم 1800 شاهد تم اختيارهم كي يدلوا بشهادتهم أمام العامة.

كما مثل أمام اللجنة أيضا أكثر من 7000 شخص من رجال القوي الأمنية وأعضاء من حركات التحرير ومناصري سياسة التمييز العنصري وقد طلبوا بإلحاح الحصول علي العفو، لكن اللجنة قررت التحقيق مع المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة المتعلقة بنظام التمييز العنصري وكذلك مع أعضاء المؤتمر الوطني الإفريقي متأثرة هذه اللجنة بفكرة ضرورة إنجاز المصالحة الوطنية، كما ان

اللجنة اعتبرت ان السبب العادل والذي قد تفرضه قواعد العدالة والذي من خلاله يعتقد الفاعل أن الباعث على ارتكاب هذا الفعل هو مشروع ليس له أية دور في تخفيف المسؤولية.

كما أنه لا يجب أن يفهم بأن العفو هو مساو للإفلات من العقاب أو مرادف له، بل إنه عفو مشروط بحضور المسؤول عن الانتهاكات الجسيمة أمام العامة والاعتراف بجرائمه بكافة التفاصيل وعليه إثبات الطابع السياسي لهذه الجرائم وأنها ارتكبت بباعث التمييز العنصري، والهدف من هذا الشرط هو تفادي ان يشمل العفو جرائم لا تتصل بهذا الباعث²⁸.

وهنا نلاحظ أن جنوب أفريقيا لم تتبع أسلوب المحاكمات الجنائية الدولية على النحو الذي جرى في نورمبرغ وطوكيو ويوغسلافيا وروندا، كما أنها لم تتبع أسلوب العفو المطلق، لكنها اختارت العفو المشروط بالاعتراف الكامل بكافة الجرائم ذات الطابع السياسي، فكان جنوب أفريقيا استعملت أسلوب الجزرة وهو الوعد بإخلاء سبيل المتهم ومنحه الحرية مقابل اعترافه الكامل، وقد استعملت أسلوب العصا وهو السجن لسنوات طويلة في حالة رفض هذا الاعتراف.

وفي هذا الصدد فإن هناك تساؤلاً يطرح نفسه وهو أن مثل هذا العفو من شأنه أن يشجع الغير علي ارتكاب جرائم من نفس النوع خاصة إذا كان مرتكبها يعرف في النهاية أنه سيتم العفو عنه، وفي صدد الاجابة عن هذا التساؤل نجد أن القس الجنوب الأفريقي (ديسموند توتو) يجيب عليه بقوله (إن العفو يتفق مع شعب جنوب أفريقيا وطبيعته والذي يميل إلى العفو أكثر منه إلى المطالبة بالعقاب ، وهذه النظرة لدى سكان جنوب افريقيا تسمى محليا أو علي المستوى المحلي بعملية (أوبونتو) وهي تعني تقاليد راسخة وتعني أيضا إظهار المعاني الانسانية بأقصى درجات الكمال، وتشمل هذه المعاني بأن يكون الشخص كريما وودوداً ومستعداً لقبول المشاركة في كل ما يملك، فهي فكرة تقوم على أنني انسان لأنك أيضا أنت انسان أو أنني إنسان لأنني أشكل جزء امن الانسانية وأشارك فيها ، فالعفو هنا يقوم على مبررات أخلاقية دينية مسيحية وحضارية غائلة في القدم قدم جنوب أفريقيا أكثر من كونه نظاما قانونيا يرد على العفو من ملاحقة جنائية أو عقوبة).

إن أي شخص يحمل القيم المذكورة أي قيم (الأبونتو) ، يجب أن يكون منفتحاً ويقدم القيم العليا علي كافة القيم السفلي دون ان يتأثر بالقيم السلبية إذا شعر أن تصرفه يمكن أن تترتب عليه نتائج إيجابية تتمثل في قيم العيش معا في سلام، فقيم العفو تعطي للإنسان القدرة في تحمل كل شيء في سبيل تحقيق معنى العيش معا في سلام²⁹.

والذي حصل في جنوب أفريقيا تطبيقاً لكل تلك القيم وترتب عليه حصول مشاهد يصعب تصديقها، حيث إنه بعد أي اعتراف يحصل من أحد الجلادين السابقين المسؤولين عن جرائم التمييز العنصري أمام العامة، فإن المجني عليه أو المتضرر الذي سمع هذا الاعتراف يسأل عن استعداده عن العفو ومسامحة جلاديه السابقين، فكانت المشاهد الغالبة أن هؤلاء الضحايا أو المتضررين أنفسهم يقومون بالتصفيق بل ويقومون أيضا بمعاينة جلاديهم أمام العامة وعلى شاشات التلفاز، فالدافع السياسي للعفو تم أخذه بالأساس من الخطاب الاخلاقي الموصوم بالقيم المسيحية الراسخة لدولة جنوب افريقيا ، وتم تأكيدها بواسطة رجل اسمه نلسون مانديلا ، أو كما يسميه شعب جنوب افريقيا القديس العلماني (Sainte laïc) وقد كتب (بيير هازان) في كتابه الشهير بعنوان (السلام في مواجهة العدالة) في هذا المعني يقول (إن العبقرية السياسية لنلسون مانديلا وللجنة الحقيقة والمصالحة تكمن في تحويل وتحويل عدم قدرة العدالة الجنائية التقليدية إلى تأكيد قيم الحقيقة نحو عدالة أكثر سموا ، إن رسالة جنوب أفريقيا واضحة في إرسال رسالة تتضمن أن عدالة البناء هي الأكثر فعالية وأكثر أخلاقية من العدالة الجنائية التقليدية لأنها تنتج في آن واحد القيم المشتركة وهوية جديدة جماعية وتوافق اجتماعي)³⁰.

إن العفو تم تكريسه لمحاولة إعادة الانسانية المفقودة إلى الجلادين التي فقدوها بسبب بطشهم بالآخرين ومن أجل خلق رابطة اجتماعية وإعادة إدماج المجرمين داخل المجتمع، ولعل تجربة مدام (غانيا نيقو) وهي والددة لشاب أسود تم اغتياله بواسطة رجال البوليس البيض تجسد تلك المعاني المذكورة عندما صرحت (إنني لا أريد أو أرغب في مقابلة الاساءة بالإساءة والشر بالشر، إننا نريد أن نثبت إنسانيتنا في مواجهة جلاديننا حتي تعود إلي هؤلاء الآخرين إنسانيتهم التي فقدوها بسبب أفعالهم وأعمالهم الشريرة)³¹

إن مهمة لجنة الحقيقة والمصالحة في جنوب افريقيا كانت تقضي أو تقوم علي إدارة العفو بما يكفل التقديس المدني للعفو كما عبر عن ذلك (قادر اسماعيل) وزير التعليم السابق في جنوب أفريقيا وعضو لجنة الحقيقة والمصالحة، فالعدالة الجنائية التقليدية تم التضحية بها والتخلي عنها من أجل إعادة بناء أمة قوس قزح³².

وهنا يجب أن نشير بأن إنشاء لجنة للحقيقة والمصالحة في جنوب أفريقيا خلال عدة سنوات لم يكن من شأن ذلك وحده حل كافة النتائج السياسية والاقتصادية والاجتماعية الناجم عن نظام التمييز العنصري، فعمل هذه اللجنة كان في أفضل الأحوال خلق الشروط اللازمة لقيام التقارب المحتمل³³.

والواقع فإن الملاحظين الدوليين كانوا قد وصفوا الانتقال الديمقراطي خلال سنوات التسعينيات في جنوب أفريقيا بمثابة انتصار مشترك ضد الهيمنة والظلم، فكما في الحالة الفرنسية الألمانية فإن المشروعية التاريخية للقادة الجدد من أمثال (نلسون مانديلا) و (ديسموندتوتو) لعبت هنا دوراً رئيسياً في الدفع بالحراك الوطني في اتجاه المصالحة، فمانديلا الذي قضى 27 من حياته داخل السجن لم تكن مصداقيته محل شك عندما دعا سكان جنوب أفريقيا من غير البيض إلى المصالحة وتم دعمه من أكبر الأشخاص احتراماً في جنوب أفريقيا كما أنه تحصل على دعم من كافة الجماعات المحلية في عموم جنوب أفريقيا، حيث وجدت لجان المصالحة في كل مكان من أجل دعم المصالحة وكذلك فإن الجانب الخارجي لعب دوراً حاسماً في القمة حيث وصم بالعار نظام التمييز العنصري لكن الدفع في اتجاه المصالحة لم يفرض على الإطلاق من الخارج.

بكلمة أوضح إن وجود مانديلا وكليك المتحصلين على جائزة نوبل للسلام في عام 1993 كان من شأن ذلك تسريع حركة التاريخ نحو المصالحة فالضغوطات الخارجية والمشاكل الداخلية خاصة في داخل المعسكر المناهض للتطهير العرقي داخل مجتمع الأقلية البيضاء والذي كان قلقاً بسبب الصعوبات الاقتصادية كل هذه العوامل قادت في النهاية إلى توقيع اتفاق بين المؤتمر الوطني الأفريقي والحزب الوطني، فسرعة العملية المتمثلة في المفاوضات الرسمية بين أعوام 1990 و 1993 والانتخابات التي حصلت في عام 1994 ولجنة الحقيقة والمصالحة عام 1996 شكلت أهم خطوات التقارب والمصالحة التي حصلت في هذا الصدد.

المطلب الرابع: الحالة الرواندية:

يرجع أصل الأزمة في روندا إلي سنوات الستينيات وبالتحديد إلى الأول من يوليو 1962 وهو اليوم الذي حصلت فيه روندا علي استقلالها عن بلجيكا واستولي فيه على الحكم أقلية التوتسي بعد أن قاموا بإزاحة وتهميش أغلبية السكان من الهوتو بمساعدة البلجيكيين، وقد حكم البلاد من عام 1961 وحتى عام 1973 الرئيس (كيباندا) وهو من قبلية التوتسي وخلفه في عام 1973 الرئيس (جوفينالهاياغيماننا) وهو من قبيلة الهوتو الشمالية.

وفي السادس من ابريل عام 1994 أسقطت الطائرة التي تقل الرئيس المذكور برفقة زميله الرئيس البوروندي (سيبيريننترايا ميغا) فوق مدينة كيغالي، وبعدها بساعات قليلة قامت الرئاسة بالتعاون مع الميليشيات الهوتية المتطرفة بإجراء عملية واسعة من الاستيقافات في طرق العاصمة وشرعوا في عمليات القبض على الأقليات من قبيلة التوتسي والقيام بتصفية عرقية واسعة في كافة أنحاء البلاد، وقدر عدد الاشخاص الذين تم تصفيتهم في الفترة من أبريل وحتى يوليو من عام 1994 من التوتسي بحوالي 800 ألف شخص أي ثمن عدد السكان البالغ 8 مليون نسمة تم إبادة فقط في ثلاثة أشهر³⁴.

وقد أجبر بعض الروانديين على قتل أزواجهم وأطفالهم وشوهدت وجوه كبار السن وأصبح كل شيء في رواندا يحمل آثار التطهير العرقي. إن الهوتو والتوتسي عاشا طيلة تاريخهم معا ويتشاركون لغة واحدة، وديناً واحداً ولكن فجأة خلال فترة وجيزة تحول أحدهم إلى أفعى سامة، والآخر مجرد صرصور يتعين دعه.

إن العديد من شهادات الشهود تصف هذه العمليات الوحشية حيث ذكرت هذه الشهادات أنه (قبل عمليات القتل والاجتثاث كنا نسميهم بالصراصير والافاعي أو الكلاب فبالنسبة لنا لم نعد نعتبرهم بشرا على الاطلاق)³⁵، إن تجريد الشخص من إنسانيته على هذا النحو هو الذي يبرر القيام بهذه الأفعال.

وفي 17 مايو 1994 أصدر مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة قرارا بنشر 2500 جندي فرنسي في روندا انطلاقا من زائير وقد سميت عملية نشر القوات هذه بعملية التركواز، وفي يوليو تمكنت قوات الجبهة الوطنية الرواندية من الاستيلاء على العاصمة الرواندية كيغالي لتنتهي عمليات التطهير العرقي بشكل نهائي في 17 يوليو 1994 بالاستيلاء على آخر مدينة من أيدي القوات الحكومية وهي مدينة (جيزنيا) شكلت حكومة وحدة وطنية، كما أنشئت محكمة دولية جنائية خاصة برواندا بموجب قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 955 لسنة 1994 لمحاكمة المسؤولين عن جرائم الإبادة، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، غير أن وجود هذه المحكمة في مدينة (أروشا) عاصمة تنزانيا وعدم متابعة الجمهور الرواندي لها أد إلى فشلها بل إنه في استفتاء حول المحكمة أجري عام 1998 تبين أن عدد كبير ممن شملهم الاستفتاء لم يسمعو بالمحكمة ولا يعرفون حتى مكانها، ولم يكن القضاء الوطني في وضع يسمح له بمحاكمة كافة المسؤولين عن هذه الجرائم.

بعد فشل الحلول الجنائية في روندا علي المستوى الدولي والوطني فقد تم التخلي عن العدالة الجنائية التقليدية لصالح العدالة الانتقالية من أجل حل النزاعات القائمة، وقد عرفت عملية التخلي هذه بعملية الـ Gacaca³⁶ والتي تتعلق قبل كل شيء بإخراج المذنبين من السجن ونقلهم إلى مكان ارتكاب الجريمة ووضعهم في مواجهة المجتمع وفي مواجهة الضحايا، ففي بلد حيث تعتبر الكثافة السكانية من أعلى نسب الكثافة في العالم³⁷، فإنه لا يوجد خيار آخر غير الدفع نحو إعادة الاندماج الاجتماعي المحلي، وقد وضع أسس عملية الـ Gacaca الرئيس الرواندي (بول كاجام) اعتبارا من عام 2001 كأساس للحوار الوطني مضافا إليها معايير العدالة الغربية، وهذا يعني بأن النظام غير الرسمي للمشاركة في عملية المصالحة الاجتماعية أستبدل بمؤسسات رسمية تحت سلطة الدولة بموجب قوانين مكتوبة وليست قواعد عرفية، فأصبحت عملية الـ Gacaca رسميا منظمة ومراقبة ومعترف بها من قبل الحكومة وأتت من فوق وبشكل رسمي فقواعدها محددة والأحكام الصادرة عنها مراقبة والقضاة اطلق عليهم Inyangamugayo وتعني بالفرنسية Ce qui détestent la malhonneté وبالعربية تعني الذين يكرهون خيانة الامانة وتم انتخابهم بواسطة الحكومة وموضوع الـ Gacaca يشمل المحاكمات عن جرائم القتل والتعذيب والقتل العادي والنهب، والاعتداء وكذلك شمل المساهمين والمعرضين على جرائم الإبادة في صورة التطهير العرقي والمذابح التي حصلت نتيجة لذلك.

وسعت حكومة الرئيس كاجام من خلال عملية الـ **Gacaca** إلى إنشاء هوية وطنية جديدة لرواندا من أجل إنهاء كل ما يتعلق بمشاكل الاثنية من خلال عملية مركزية تأتي من الأعلى نحو الأسفل لإعادة بناء الوطنية الرواندية وإعادة وصف الماضي لصالح الاقلية من الضحايا وفق وجهة نظر الحكومة، فأصبح العديد من الأشخاص لديهم انطباع بأن النخبة الموجودة في السلطة تتحكم في ذاكرة أحداث التطهير العرقي من أجل الاحتفاظ بموقعهم في السلطة على حساب إيجاد صيغة للتعايش لا تتناسب مع التناقضات الاجتماعية والعرقية في رواندا.

ولهذا السبب ولأن عملية **Gacaca** تم فرضها سلطويا من الأعلى إلى الأسفل، فحرية التعبير التي شجعها قضاة هذه العملية لم تؤت أكلها أو الغاية المرجوة منها، فالعديد من الهوتو رفضوا الحضور للإدلاء بالشهادة وظهرت جمعيات غير رسمية سمت نفسها بجمعيات (التزم الصمت)، أنشئت خصيصا من أجل تشجيع المجني عليهم على الحضور لرواية ما حصل، فهذا الصمت والانفتاح المحدود للمجتمع علي الحقيقة كانت مهمة في رواندا، ولهذه الحالة أسبابها في رواندا، فالضغط الاجتماعي والخوف من ملاحقة العار والانتقام الشخصي والفضائح حدث كثيرا من ميزة الاعتراف أمام العامة والمصالحة الاجتماعية.

فالعدالة الانتقالية كي تعطي نتائجها لابد أن تأتي من القاعدة أي من الشعب إلى الأعلى والتي تضمن إطلاق عملية حوار اجتماعي قاعدي يكسر الحواجز العرقية، وهذا لم يحصل في رواندا، فرفض الاعتراف بوجود الانقسام العرقي العميق، الموروث من الحقبة الاستعمارية، وبالرغم من أن الحكومة حاولت جاهدة كسر تلك التناقضات الاجتماعية وإنهاؤها، إلا أن عدم العدالة الاقتصادية بين المواطنين الروانديين والمتوارث من فترة الحقبة الاستعمارية كما سبق القول قد حال دون ذلك.

وخلال الفترة بين عامي 1996 و 1998 شهدت روندا عودة مئات الآلاف من الهوتو من المهجر فوجدوا أن مزارعهم وأراضيهم قد استولى عليها التوتسي وأصبحوا تبعاً لذلك دون أية ملكية، إن عدم العدالة في التوزيع الاقتصادي واستمرار التناقضات الاجتماعية والاقتصادية من شأنه أن يجعل من رواندا بلدا ليس في مأمن من عودة التطهير العرقي إليه مرة أخرى، وأن من يبحث عن السلام عليه أن يبدأ في حل التناقضات التي أدت إلى إنهاء حالة السلام.

والواقع وفيما يتعلق بالمشروعية التاريخية فإنها أخذت شكلا آخر في رواندا فعندما وصل إلى السلطة الرئيس (بول كاجام)، بعد الانتصار العسكري للجبهة الوطنية الرواندية بدأ في وضع حجر الأساس من أجل المصالحة الوطنية ومحاولة إعادة بناء وتركيب الأمة الرواندية مؤجلا اجراء العملية الانتخابية إلى أجل غير محدد³⁸، وترتبت على ذلك نتيجة مؤداها بأن دعوته إلى إجراء المصالحة تم النظر إليها من قبل معظم السكان ومن المراقبين من الخارج على أنها دعوة أتت من الأعلى أي أنها دعوة أتت من أعلى السلطة وقد صرحت أيضا العديد من المنظمات غير الحكومية التي تعمل علي التقريب ورفع الحواجز بين السكان في روندا بأن هذه الدعوات الرسمية إلى المصالحة مدعومة من الخارج ، فقد لعبت الحكومة البلجيكية دورا محوريا في هذا الصدد فعندما حصل العنف بين السكان قدمت الحكومة البلجيكية نفسها كأكبر الأطراف المانحين لرواندا خاصة في المجال المتعلق بالمصالحة الوطنية وبسبب الخوف من عودة العنف ودخول البلاد في الفوضى ومحاولة لطى صفحة الماضي قامت الحكومة الرواندية بدعم الجهود القضائية للمصالحة فأصبحت معظم مشاريع المصالحة تسمى (بالمصالحة المقترحة من المنظمات البلجيكية غير الحكومية).

المطلب الخامس: أسباب نجاح العدالة الانتقالية في بعض النماذج السابقة:

من خلال دراسة تجارب المصالحة السابقة نصل إلى هذه الاستنتاجات: -

أولاً) أن ما يعتبر عنصراً حاسماً لإنجاح العدالة الانتقالية هو وجود قائد شرعي تحترمه جميع الأطراف من أجل أحداث التقارب مع الأعداء السابقين، إن دراستنا للأمثلة السابقة أظهرت بأن التعاون المطلوب من أجل الوصول إلى المصالحة سيكون دائماً مقبولاً إذا قام قائد منتصر بأخذ موقف بطولي في مواجهة خصمه، فإذا كانت هذه الحالة فإن القادة المسؤولين يطلبون من السكان ألا يكونوا ضحية لمشاعر تتعلق بالكراهية هم في الأساس قاموا بتجاوزها. إن رجالاتنا في مستوي (شارل ديغول) في فرنسا (وكونراد أديناور) في ألمانيا ونلسون مانديلا في جنوب أفريقيا يعتبرون رموزاً تاريخية كانت فاعلة في الانتقال من وضع إلى وضع.

بكلمة أوضح إن وجود قيادة وطنية هو أمر جوهري في المرحلة التي تعقب النزاع مباشرة من أجل تحقيق التوازن بين الحاجة إلى ترسيخ الاستقرار السياسي، حسب الاقتضاء، وبين متطلبات حكم بلدانهم، من خلال التأثير على فكر وسلوك خصومهم وأتباعهم على حد سواء. ويتطلب ذلك التحلي بصفات القيادة الحازمة والاستعداد لتقبل واقع تباين المصالح وتقاسم التطلعات، ومراعاة الانضباط في سلوكهم وتصرفاتهم الشخصية، عوضاً من استخدام السلطة والقوة للتثبيت بكراسي الحكم. والأهم هي القدرة على تغيير عقليات الناس وطرائق تفكيرهم من أجل تحقيق السلام الدائم والتنمية المستدامة.

بكلمة أوضح مرة أخرى، إن أي شخص يصل إلى السلطة يجب أن يعرف أنه أمام ثلاثة تحديات رئيسية: أولاً، بناء مجتمع مسالم ومستقر وعادل يشمل الجميع، ثانياً: بناء القوة العاملة وتنمية قدراتها ومؤسسات قوية تتسم بالشفافية والمساءلة والفعالية، وثالثاً: تحقيق التقدم الاقتصادي والاجتماعي الذي يوفر لجميع السكان فرصاً متساوية للوصول إلى العدالة والحصول على التعليم والصحة والعمل. ولكي يحدث هذا، يجب أن تتغير عقلية وطريقة تفكير القادة والمواطنين معاً في بلدان النزاعات.

ثانياً) إن المحركات الأساسية لأي تعاون أو استجابة لفكرة العدالة الانتقالية بعد انتهاء النزاعات تعتمد بشكل أساسي على اعتبارات مصلحة وفي هذا الصدد فإن وجود تهديد مشترك يعتبر أمراً أساسياً من أجل خلق روابط جديدة وهو ما رأيناه بخصوص نجاح المصالحة الفرنسية الألمانية، حيث كانت مصلحة البلدين في التقارب لأسباب معنوية وسياسية واقتصادية هي العامل الحاسم في التقارب، فالمقاربة الألمانية الفرنسية لم تكن ممكنة من دون الأخذ في الحسبان العديد من العناصر مثل الازمة الاقتصادية التي عاشها البلدان والدمار الذي حل بهما وأيضاً وجود عدو مشترك للدولتين وهذا العدو هو الخطر الشيوعي الذي كان يقسم ألمانيا إلى نصفين. إن الخلفيات الوطنية والدولية كانت العامل الحاسم الذي سمح من إعادة تواجد هؤلاء الأعداء داخل نفس المخيم.

وفيما يتعلق بجنوب إفريقيا فإن الأزمة الاقتصادية التي كانت تتعرض لها الأقلية البيضاء في جنوب إفريقيا كانت هي العامل الحاسم في التسريع بعملية المصالحة داخل أمة قوس قزح فلم يكن البيض في وضع يسمح لهم في الدول في الدخول في عملية نقاش عميق فيما يتعلق بالمصالحة بل رجحوا مصالحهم الاقتصادية على كافة الاعتبارات، بكلمة أوضح إن الواقعية المصلحية هي أساس لا يمكن إهماله في تفسير نجاح المصالحة الوطنية، وهذا يعني أن العواطف المجردة والمتبادلة لا تصلح أساساً لقيام المصالحة الوطنية عندنا في ليبيا.

ثالثاً) هناك عامل آخر مهما من شأنه أن يسرع من وتيرة المصالحة أو يبطئ من وتيرتها ويتمثل هذا العامل في طبيعة الصراع الذي كان قائماً وكيف انتهى وكذلك إلى الطريقة التي لوحظ بها الآخر خلال فترة الحرب أو النزاع فهل كانت الحرب تقليدية أم عرقية أم إبادة؟، بكلمة أوضح أنه وباستثناء الحالة الفرنسية الألمانية والتي تميزت لفترة طويلة بعلاقة منافسة ضمنت هذه المنافسة نوعاً من التشابه والتطابق في العمق فالاختلاف هنا كان فقط ثقافياً وبالتالي يسهل تجاوزه. لكن جميع الحالات الأخرى موضوع الدراسة تميزت بالاختلاف العميق في الأساس المتعلق بكل منهم ففي جنوب إفريقيا كان الاختلاف بسبب الأجناس وفي

رواندا كان الاختلاف بسبب الاثنية والابادة والتي بطبيعتها تلغي الآخر وتبتلعه ونتائجها على المستوى العاطفي لا يمكن تجنبها وحزن الأشخاص المتبقين كثيرا ما يكيف بأنه لا يمكن انهاء أثاره.

وفي الحالة الفرنسية الجزائرية المتعلقة بالحروب الاستعمارية فإنها كانت ولا تزال خليطا من الخوف والاحتقار والاهانة وهذه المشاعر تطل بالضرورة جميع السكان، والواقع فإن هذه الاختلافات تشرح في جزء كبير منها قوة ومدة المقاومة التي تواجه عملية التقارب والمصالحة والتي في العادة قد تؤدي إلى افشالها.

المبحث الثاني: إمكانية أن تكون العدالة الانتقالية بديلا عن العدالة الجنائية التقليدية في ليبيا:

فيما يتعلق بالحالة الليبية فأول ما يمكن ملاحظته هو أن هناك تضخما تشريعيا فيما يتعلق بالقوانين والقرارات التي تتعلق بالعدالة الانتقالية وهي تلك القوانين المتعلقة بالعدالة الانتقالية باعتبارها تؤدي للمصالحة الوطنية، فمنذ عام 2011 صدر خمسة عشر قانوناً يتعلق بالعدالة الانتقالية، لكن السؤال الذي يطرح نفسه ما هي دلالة هذه القوانين على مستوى التطبيق العملي وهل لهذه القوانين مردود على أرض الواقع؟³⁹.

إن هذا يحتم علينا القاء نظرة على هذه القوانين ومحاولة تقييمها في (مطلب أول)، ثم محاولة البحث عن البدائل الممكنة للمصالحة الوطنية وذلك في (مطلب ثان).

المطلب الأول: نظرة تقييمية للتشريعات المتعلقة بالعدالة الانتقالية في ليبيا:

إن هذه التشريعات والقرارات يمكن الإشارة إليها على النحو الآتي

- قانون رقم 5 لسنة 2011 بشأن إنشاء المجلس الوطني للحريات العامة وحقوق الإنسان .
- قانون رقم 16 لسنة 2012 بإضافة بعض الأحكام إلى القانون رقم 10 لسنة 2012 بشأن صرف مبلغ مالي للأسر الليبية .
- قانون رقم 17 لسنة 2012 بشأن إرساء قواعد المصالحة الوطنية والعدالة الانتقالية .
- قانون رقم 35 لسنة 2012 بشأن العفو عن بعض الجرائم .
- قانون رقم 37 لسنة 2012 بشأن تجريم تمجيد الطاغية.
- قانون رقم 41 لسنة 2012 المعدل للقانون رقم 1 لسنة 2012 بشأن إرساء قواعد المصالحة والعدالة في ليبيا .
- قانون رقم 50 لسنة 2012 بشأن تعويض السجناء السياسيين .
- قانون رقم 51 لسنة 2012 بتعديل حكم في القانون 17 لسنة 2012 بشأن العفو عن بعض الجرائم .
- قانون رقم 52 لسنة 2012 بشأن وضع ضوابط لتقلد بعض الوظائف.
- قانون رقم 63 لسنة 2012 بإنشاء هيئة مكافحة الفساد .
- قانون رقم 10 لسنة 2013 في شأن تجريم التعذيب والإخفاء القسري والتمييز .
- قانون رقم 13 لسنة 2013 بشأن العزل السياسي والإداري
- قانون رقم 29 لسنة 2013 بشأن العدالة الانتقالية .
- قانون رقم 1 لسنة 2014 بشأن رعاية أسر الشهداء والمفقودين .
- قانون العفو العام رقم 6 لسنة 2015.

والواقع فإن عملية تحليل جميع هذه التشريعات هو امر تنوء به هذه الدراسة، لذلك سنكتفي هنا بتقييم أهم هذه القوانين المتعلقة بالعدالة الانتقالية، حيث سنقوم بإبداء ملاحظتنا عليها بشكل عام (فرع أول)، ثم نقوم بالتعليق على أهمها (فرع ثان)، وذلك على النحو الآتي .

الفرع الأول: الملاحظات العامة:

في البداية أود أن أشير أن الاسهاب في عملية اصدار القوانين على النحو المذكور يعطي الانطباع بالضرورة إلى أن التوجه العام للقادة السياسيين لدينا قائم على حتمية القيام بعملية المصالحة الوطنية، وهنا سنكون بحكم قوة الأشياء أمام معضلة، فعندما تتم عملية المصالحة بموجب قوانين وقرارات تأتي من الأعلى نحو الأسفل، فإننا أمام عملية سلطوية بامتياز، وهو الأمر الذي شكل قاسما مشتركا لفشل جميع محاولات المصالحة في التجارب المقارنة، لأن المصالحة الوطنية عندما تأتي من الأعلى فإنها تكون متهممة بعملية التسييس وانها تعبر فقط على وجهة نظر الموجودين في السلطة والقائمين وراء صدور هذا القانون، وبالتالي سنكون أمام مصالحة سياسية ضيقة وليست حقيقية شاملة. إن عملية المصالحة الوطنية يجب أن تنطلق من الأسفل نحو الأعلى وان تتبع من القاعدة وتعتبر عن رغبتها. بمعنى أن المصالحة عملية افقية وليست عمودية رأسية، إنالطابع العمودي في فرض المصالحة من شأنه أن يفرغها من مضمونها.

إن فشل المصالحة الوطنية في رواندا كان سببه اقتناع الشعب الرواندي بأن المشاكل الاثنية لا يمكن حلها من خلال عملية مركزية تأتي من الأعلى نحو الأسفل حيث أن غالبية الروانديين أصبح لديهم الانطباع بأن النخبة الموجودة في السلطة تتحكم في ذاكرة أحداث التطهير العرقي من أجل الاحتفاظ بموقعهم في السلطة على حساب إيجاد صيغة للتعايش لا تتناسب مع التناقضات الاجتماعية والعرقية في رواندا.

كما أن شرعية بعض السلطات التي أصدرت هذه القوانين المتعلقة بالمصالحة كانت محل نظر وهذا يضعف من فاعليتها، ففي فرنسا على سبيل المثال، يتردد الكثير من الساسة الفرنسيين والحقوقيين في إجراء المصالحة مع الجزائر بسبب أن شرعية الرئيس بوتفليقة كانت محل شك خاصة بعد انتخابه أربع مرات متتالية رئيسا للجزائر .

كما نلاحظ أيضا أنه حتى هذه اللحظة ليس لهذه القوانين أية دلالة أو مردود على أرض الواقع ولم نر تطبيقا لهذه العدالة ولا اعترافات ولا تقارير لهياة تقصي الحقائق والمصالحة بالرغم من مرور أكثر من عقد من الزمان على صدور بعض هذه القوانين، والسبب في ذلك يكمن في أن الحكومات المتعاقبة استنزفت وقتها وجهدها في التعامل مع إشكالات التشرذم السياسي وغياب الأمن والصراعات بين القبائل والأعراق المختلفة، فضلا عن توفير الحاجات الأساسية للمواطنين الأمر الذي أحدث تراجعاً في تطبيق هذه التشريعات المتعلقة بالمصالحة الوطنية وجعلها في آخر الأولويات .

الفرع الثاني: التعليق على بعض القوانين

كان أول التشريعات المتعلقة بالعدالة الانتقالية في ليبيا هو القانون رقم 17 لسنة 2012 م الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي بشأن إرساء قواعد المصالحة الوطنية والعدالة الانتقالية الذي عرف في المادة الأولى منه العدالة الانتقالية باعتبارها (مجموعة من الإجراءات التشريعية والقضائية والإدارية والاجتماعية التي تعالج ما حدث خلال فترة النظام السابق في ليبيا وما قامت به الدولة من انتهاكات لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية والعمل على إصلاح ذات البين بالطرق الودية بين بعض فئات المجتمع).

نلاحظ أن هذا القانون قد خلا من التحديد الزمني الواضح حيث نصت المادة الثانية منه بأن تسري أحكام هذا القانون على الوقائع التي حدثت منذ الأول من سبتمبر 1969 وإلى حين تحقق الأهداف المرجوة من هذا القانون.

وهنا نود أن نشير أن طول مدة تطبيق القوانين المتعلقة بالعدالة الانتقالية وعدم تحديدها بسقف زمني، يجعل المخاطبين بهذه القواعد لا يولوا لها الاهتمام اللازم أو حتى يتابعونها، بكلمة أوضح إن ذلك يفسر من جانبهم بعدم فاعلية هذا القانون في تحقيق الغاية المنشودة منه.

وقد أنشأ هذا القانون في الفصل الثاني منه هيئة لتقصي الحقائق والمصالحة، لكن هذا القانون لم يطبق ولم تصدر له لائحة التنفيذية ولم تستكمل آليات تطبيقه.

بعد ذلك أصدر المجلس الوطني الانتقالي القانون رقم 35 لسنة 2012 بشأن العفو عن الجرائم ونص هذا القانون على العفو عن الجرائم المرتكبة قبل دخوله حيز النفاذ وانقضاء الدعوى الجنائية بشأنها واسقاط العقوبة المحكوم بها والآثار الجنائية متى توافرت بعض الشروط

وفيما يتعلق بجرائم اختلاس المال العام حيث يجب القيام برد هذه الأموال المختلسة ويجب أيضا أن تتم عملية تصالح مع المجني عليه أو وليه أو عفو ولي الدم بحسب الأحوال كما يجب أن يقوم المحكوم عليه بتسليم الأشياء والأسلحة والادوات التي تستعمل في الجريمة اعلان التوبة، ونص القانون أيضا على استبعاد بعض هذه الجرائم من نطاق العفو وهي الجرائم التي ارتكبت من أسره القذافي وأصحابه وأعوانه وفي جرائم الحدود وجرائم الخطف وجرائم جلب المخدرات وجرائم تسميم المياه.

ثم صدر عن المؤتمر الوطني العام القانون رقم 29 لسنة 2013 بشأن العدالة الانتقالية، ويسري هذا القانون على الانتهاكات التي حصلت في الفترة الممتدة من 1 سبتمبر 1969 وحتى انتخاب المجلس التشريعي بناء على الدستور الدائم، وعليه فإن هذا القانون لا يزال نافذا.

كما نلاحظ أن هذا القانون قد وسع من نطاق تطبيقه بحيث شمل أيضا الجرائم والانتهاكات التي ارتكبتها الثوار وبذلك لم يقتصر هذا القانون فقط على معالجه انتهاكات النظام السابق وجاء هذا التطور لتلافي الانتقادات التي وجهت إلى التشريعات السابقة التي تنحصر فقط في انتهاكات النظام السابق. كما نص أيضا على إنشاء هيئة تقصي الحقائق والمصالحة تتبع البرلمان تختص بتقصي الحقائق حول انتهاكات حقوق الإنسان في الفترة التي حددها القانون والتوصية بخصوص ما يلزم من اجراءات بما في ذلك الإحالة الى القضاء للنظر فيها كما تلتزم هذه الهيئة بتقديم تقرير شامل يتضمن تفاصيل ما حققته من وقائع وما توصلت إليه من نتائج بما في ذلك تحديد المسؤولية عن تلك الوقائع وكذلك تفاصيل ما بذلته جهود التحقيق والمصالحة بين أطراف النزاعات واخيرا تقديم توصياتها بما يلزم اتخاذها من اجراءات.

كما أشار القانون إلى انشاء هيئة متخصصة في فحص مؤسسات الدولة الأمنية والقضائية والعسكرية والمالية ومنح القانون الهيئة صلاحية في إحالة ما تنظر فيه من وقائع إلى التأديب أو النيابة العامة أو مجلس الوزراء من أجل اتخاذ ما يلزم بخصوصها. كما استحدث القانون صندوقا لتعويض الضحايا وتحدد لائحته التنفيذية بقرار يصدر من مجلس الوزراء مقدار التعويض وطرق دفع هذا التعويض.

وبيتهم البعض بأن هذا القانون قد صدر القانون على عجل، من دون تبين توجه الرأي العام، ولم تتناوله وسائل الاعلام وتقدمه للمخاطبين به بالشكل الكافي، ما قوى الاعتقاد أن القانون كان نتاج ضغط الميليشيات المسلحة على أعضاء المؤتمر. وما دعم هذا التوجه انه لم يتم إشراك مؤسسات المجتمع المدني وضحايا الانتهاكات في السابق وفي أثناء الثورة في الحوار حول هذا القانون لإبداء وجهة نظرهم فيه، والمساهمة في اقتراح سن بعض نصوصه أثارت بعض مواد القانون جدلاً كبيراً لم ينته حتى الآن. فمثلاً، أثارت المادة التاسعة والعشرون من القانون المتعلقة بمراجعة منح الجنسيات الكثير من الإشكالات للأقليات العرقية، وبخاصة الطوارق والتبو.⁴⁰

بالرغم من أن هذه المراجعة لمنح الجنسيات تهدف إلى استظهار الحقائق وهو ما يتناسب مع القيم التي تقوم عليها العدالة الانتقالية. فالمدافعون عن هذا النص يشيرون إلى أن النظام السابق منح جمعاً غفيراً من المرتزقة غير الليبيين الجنسية، بهدف اجتذابهم للقتال في صفوفه، ولذلك فإن سحب الجنسية هو تصحيح لقرار غير مشروع. أما قادة الطوارق والتبو، فدافعوا عن أن من حصل على أوراق الجنسية مع اندلاع الثورة وبعدها هم لبييون أصليون، منعهم النظام السابق سنين عدة من الحصول على أوراق ثبوتية.

كما أن هذا القانون حمل في طياته بذور الاقصاء، وتفصيل ذلك أن المادة الثانية عشرة منه اشترطت في مجلس إدارة هيئة التقصي ألا يكون أعضاؤها ممن شملهم القانون رقم 13 لسنة 2013 بشأن العزل السياسي والاداري الذي أقصى كل من شغل مناصب ذات مكان في ظل نظام القذافي أي من تولي مناصب قيادية وسياسية مده عشر سنوات وتوسع القانون كثيرا في تحديد هذه الفئات بما تجاوز التجارب الدولية في هذا الصدد وشمل جملة واسعة من الوظائف وأحدث انقساماً عميقاً في المجتمع حيث شطره إلى قسمين منتصر له كل الحقوق ومهزوم ليس له أي حقوق مما عمق الصراع السياسي والعسكري وقلص من فرص نجاح برنامج متكامل للعدالة الانتقالية وقد قرر مجلس النواب في 2 فبراير 2015 تعليق العمل به⁴¹.

فنحن هنا أمام قانون يهدف للمصالحة ولكن بأدوات اقصائية.

كما أن هذا القانون أفرغ من محتواه بإصدار قانون العفو العام رقم 6 لسنة 2015، ذلك أن المصالحة هي نتيجة للعفو مقابل الاعتراف بالخطأ أو الانتهاكات، فإذا حصلت عملية العفو قبل الاعتراف بالخطأ فماذا بقي للمصالحة الوطنية؟

إن ذلك قد يدفعنا إلى القول إن فكرة المصالحة الوطنية لدينا قد عفا عنها الزمن. وتجدر الإشارة إلى أن هذا القانون تم النظر إليه من قبل المؤسسات الدولية على أنه قانون الغرض منه اغفاء بعض الجناة من مسؤوليتهم الجنائية دون محاكمة وهو الأمر الذي أشارت إليه المحكمة الجنائية الدولية بخصوص سيف الإسلام القذافي تحديدا واعتبرت أن هذا العفو لا أثر له في ملاحقته ومثوله أمام المحكمة وطالبت بتسليمه.

بالإضافة إلى ذلك أن الأوضاع في ليبيا تم إحالتها إلى المحكمة الجنائية الدولية عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة بموجب القرار رقم 1370 الصادر في 26 فبراير 2011 الصادر تطبيقاً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة المتعلق بالمسائل التي تهدد الأمن السلم الدوليين وهو الأمر الذي يطرح مسألة انتهاك ليبيا لالتزاماتها الدولية في مواجهة مجلس الأمن بإصدار البرلمان لقانون العفو.

ويمكن أن نضيف إلى ذلك تعارض هذا القانون مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003 والتي صادقت عليها ليبيا في عام 2005 وتضم في عضويتها 189 دولة والتي توجب العدالة وملاحقة الفاسدين واسترداد الأموال الناجمة عن عمليات الفساد، خاصة وأن الاتفاقية بمجرد المصادقة عليها تصبح أعلى من القوانين العادية وأقل مرتبة من القواعد الدستورية، مما يطرح سؤالاً حول مشروعية هذا القانون على المستوى الوطني من الناحية الدستورية.

كما أن عدم اكتمال عناصر الثورة في ليبيا ترتب عليه أن ظلت المنظومة القديمة متواجدة في مفاصل الدولة وهذا يجعلهم دائماً قادرين على إعاقة تنفيذ القوانين المتعلقة بالعدالة والمصالحة خاصة تلك التي تقوم على المحاسبة والعقاب، لأن الأخيرة ستطالهم بشكل مباشر.

المطلب الثاني: البدائل الممكنة للعدالة الانتقالية:

نود أن نقول هنا إن العدالة الانتقالية في الأساس هي فكرة غربية بدأت مع انشاء محكمة نورومبرغ عام 1945 من أجل محاكمة كبار مجرمي الحرب الألمان. إن الفلسفة التي قامت عليها محاكمات نورومبرغ هي أن محاكمة مجرمي الحروب سترتب عليها عدم قيام آخرين بتكرار نفس هذه الجرائم وبالتالي يعم السلام في العالم عن طريق العدالة، وهنا نقول إن الأساس لهذه الفكرة هو أمريكي غربي وهو الأمر الذي يطرح تساؤلاً حول إمكانية استعارتها وتطبيقها على مجتمع متخلف متجذرة فيه القبيلة والنزاعات الجهوية التي تقوم على إهانة الآخر والتقليل من شأنه.

لو أمعنا النظر في التجربة الرواندية سنجد أن هذا البلد لم يصل للمصالحة الوطنية للأسباب التي ذكرناها وحتى عندما تم انتخاب الرئيس الحالي وسار في طريق المصالحة حيث شكك هو نفسه في إمكانية نجاحها حينما أشار إلى أن **(ناخبه الآن هم عدد يقارب المليون من الأموات)**، لهذا توجه لإطلاق عملية تنمية ونجحت رواندا في تحقيق أعلى معدلات النمو في أفريقيا نتيجة لذلك.

أمام عدم قناعتنا بإمكانية نجاح المصالحة الوطنية في ليبيا لعدم توافر الظروف التي تؤدي إلى نجاحها، فإن ما نحتاجه اليوم هو السعي من أجل القضاء على الفقر وعدم المساواة في الفرص والاستجابة للحاجات الاجتماعية الملحة لا سيما في مجالي التعليم والصحة والحماية الاجتماعية وتوفير فرص العمل الحقيقية المنتجة عن طريق بناء القدرات واحترام المرأة وبناء الاقتصاد ذي الجودة وحماية البيئة وتوفير الطاقة النظيفة ومقاومة مشاكل التغير المناخي وتقوية أجهزة العدالة.

وحتى عندما اطلعنا على خطة الأمم المتحدة للتنمية المستدامة لعام 2030 التي تضمنت 17 هدفا للتنمية لا تخرج عن الأهداف التي ذكرنا في السابق يفهم منها أن الأمم المتحدة أصبحت تتخلى عن المصالحة الوطنية واليات العدالة الانتقالية لصالح الاهتمام بترسيخ التنمية اقتناعاً منها بأن الأخيرة هي التي تؤدي للمصالحة الوطنية.

وبكلمة أوضح، أن نجاح المصالحة الوطنية سيكون نتيجة لتنمية حقيقية في المجالات المذكورة وليست سبباً لها. أن الديمقراطية والتنمية هي الأساس الذي تقوم عليه المصالحة الوطنية، إن هذه التجربة حصلت خلال الحرب الكورية حيث تم اصلاح النظام التعليمي والمؤسسي في كوريا الجنوبية خلال فترة الحرب بين الكوريتين، وفي تيمور الشرقية خلال حرب 2006 حيث توافق القادة على نبذ مصالحهم الخاصة والسير في الطريق الذي اختارته شعوبهم وهي التنمية، فكانت المصالحة نتاج النقاء ارادتي الحاكمين والمحكومين.

كيف سيتم الأخذ بتلابيب التنمية المستدامة الحقيقية وفي أي اتجاه ومن يقوم بذلك ومتى؟ هذه هي التساؤلات المطروحة. الأمر المؤكد أن ذلك يحتاج إلى جسارة في الفعل وفي القول.

الخاتمة: من أجل أن تكون العدالة الانتقالية والمصالحة بديلا عن استخدام آليات العدالة الجنائية التقليدية في ليبيا، فإن الأمر يتطلب تحقق أو قيام الشروط اللازمة لنجاح آليات العدالة الانتقالية من الأساس بدءا من وجود مصالح سياسية اقتصادية في المقام الأول، ووجود قيادات لها شرعية تاريخية وكارزمية نضالية تكون مؤهلة لأن تقود عملية العدالة الانتقالية والمصالحة. لكن وقبل كل ذلك لابد من توافر موضوع هذه المصالحة وهو وجود المشكلة الاجتماعية. فهل توجد في ليبيا مثل هذه المشكلة الاجتماعية التي تشكل موضوعا للمصالحة الوطنية؟

إن الإجابة عن هذا السؤال بالنفي. ففي رواندا رأينا أن المشكلة الاجتماعية حيث كانت عمليات الإبادة التي مارستها أغلبية الهوتو على الأقلية من قبيلة التوتسي وفي جنوب أفريقيا كانت المشكلة هي سياسة الأبارتايد أو التمييز العنصري التي مارستها الأقلية البيضاء على الأغلبية السوداء على مدى أكثر من أربعين سنة وسواء فشلت تجربة المصالحة في رواندا أو نجحت في جنوب أفريقيا فإن القاسم المشترك بينهما كان يكمن في وجود المشكلة الاجتماعية التي تستوجب المصالحة.

أما في ليبيا فلا توجد من الأساس هذه المشكلة الاجتماعية فلا يوجد إبادة ولا تمييز عنصري ولا جرائم ضد الإنسانية مورست مجتمعيا من قبل فئة اجتماعية على أخرى. المشكلة في ليبيا في الأساس هي مشكلة سياسية نخبوية بامتياز، أي أن الصراع في حقيقته هو صراع سياسي على السلطة بين النخب الموجودة ضمن السياق، وأن الذي وصل إلى السلطة سواء بالانتخاب أو التعيين لم يعد يرغب في ترك منصبه أو وظيفته، وهذا الصراع لا يحل بأدوات العدالة الانتقالية أو المصالحة الوطنية وإنما يحل بأدوات سياسية عن طريق طرح تسويات سياسية بين المتصارعين على السلطة، بكلمة أوضح أن الصراع على السلطة يحل عن طريق تسوية سياسية وليس عن طريق المصالحة، فنقول إن المتصارعين على السلطة قاموا بتسوية خلافاتهم السياسية ولا نقول أبدا أنهم تصالحو. وهذا الذي نتمنى حصوله كوننا قد أصبحنا لا نملك سوى الأمنيات.

كما أن هناك مسألة أخرى لا يمكن إهمالها في هذه الدراسة وهو أن الانتهاكات التي حصلت في ليبيا خاصة في خلال العشر سنوات التي أعقبت فبراير عام 2011 شكلت في بعض الأحيان جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية وهي جرائم تم تجريدها وتجريمها بموجب قواعد قانونية أمرة في القانون الدولي مثل اتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1949 المتعلقة بجرائم الحرب والبروتوكولين الإضافيين الملحقين بهذه الاتفاقيات لعام 1977، وبالتالي فإن تطبيق العدالة الانتقالية بخصوصها يثير مشكلة، ذلك أن قوانين العدالة الانتقالية تقوم على احتمالية صدور العفو لصالح مرتكبي هذه الانتهاكات، وهو الأمر الذي من شأنه أن يطرح تساؤلا حول مشروعية مثل هذه القرارات المتعلقة بالعفو فيما لو صدرت تطبيقا للعدالة الانتقالية ومسألة احترام ليبيا لالتزاماتها الدولية الواردة في قواعد أمرة. إننا نقول إن هناك تعارضا واضحا وصريحا بين جسامه الجرائم المرتكبة في ليبيا وبين تطبيق آليات العدالة الانتقالية، وهو الأمر الذي يصعب من مهمتها أو في صلاحيتها في أن تكون بديلا عن العدالة الوطنية الجنائية التقليدية.

وفي النهاية فإننا نقول إن العدالة الجنائية التقليدية ستظل قائمة لمواجهة كافة الانتهاكات التي حصلت أو سوف تحصل في المستقبل ولا مجال لأن تكون العدالة الانتقالية بديلا عنها وربما يكون للقضاء الدولي الجنائي متمثلا في المحكمة الجنائية الدولية دور تكميلي في هذا الصدد أيضا، إذا لم تقم المؤسسات العدلية الوطنية بمسؤولياتها في التحقيق والملاحقة عن بعض الانتهاكات التي يمكن تكييفها بأنها تشكل جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية، وذلك تطبيقا لمبدأ التكامل بين المحكمة الجنائية الدولية والنظام

القضائي الوطني في ليبيا والذي مارسه المحكمة الجنائية الدولية بشكل فعلي في جزء من الأوضاع الخاصة بليبيا لا سيما فيما يتعلق بقضية سيف الإسلام معمر القذافي.

قائمة المراجع:

أولاً: مراجع باللغة العربية:

تقرير الأمين العام للأمم المتحدة المقدم إلى مجلس الأمن حول بناء دولة القانون وإدارة العدالة خلال الفترات الانتقالية في المجتمعات التي تقع فريسة للنزاعات المسلحة أو التي تلك خرجت حديثاً من النزاعات المسلحة 2004.616 بتاريخ 23 أغسطس 2004.

ثانياً: مراجع باللغة الفرنسية:

KAGENECK (A) , Examen de conscience, Paris, Perrin, 1996.

Peyrefitte (A) , C'était de Gaulle, I, Paris, Fayard.

Guichaoua (A) , *Rwanda de la guerre au génocide, les politiques criminelles au Rwanda (1990-1994)*, Paris, La découverte, 2010.

C. Terreurafricaine, Paris, Fayard, 1996.

Tutu (D) , Il n' y a pas d'avenir sans pardon, Albin Michel, Paris, 2000.

Amery (J) , Par-delà le crime et le châtime, Essai pour surmonter le mal, Paris, Actessud , 1995.

J. Unesaïson de machette, Paris, Seuil, 2003.

Andrieu (K) , La justice transitionnelle , de l'Afrique du Sud au Rwanda, Gallimard, 2012.

Hassan (K) , le Statut des tribunaux ad hoc en droit international pénal, thèse, Université de Tours, 2015 .

Ighilahriz (L) , Algérienne, Paris Fayrd-Clamann-Lévy, 2001.

Nora (P) , « L'Algérie fantôme » in L'Histoire, n° 43, mars 1982.

P. Hazan, La paix contre la justice ? Comment reconstruire un Etat avec des criminels de guerre, Bruxelles, GRIP, 2010.

Ricoeur (P) , « Entre mémoire et histoire », in Projet, n° 248, hiver 1996-1997.

Gartonash (T) , « La Commission vérité et réconciliation an Afrique du Sud », in Esprit, décembre , 1999 .

Valérie (R) , « Réconciliation post conflit : à la recherche d'un typologie », in : Revue internationale de politique comparée, 2015/4 , Vol.22.

Poidevenir (R) et Bariety (J) , Les relations franco-allemandes, 1815-1975 , Paris , Armand Collin, 1977.

Le Monde, 6 et 7 novembre 1983 .

Dumas (R) , La politique étrangère de la France, Paris , octobre , 1984.

¹ راجع في هذا الصدد تقرير الأمين العام للأمم المتحدة المقدم إلى مجلس الأمن حول بناء دولة القانون وإدارة العدالة خلال الفترات الانتقالية في المجتمعات التي تقع فريسة للنزاعات المسلحة أو التي تلك خرجت حديثاً من النزاعات المسلحة 2004.616 بتاريخ 23 أغسطس 2004 الفقرة الثامنة من التقرير صفحة 7.

² A. Rainaud, « La Commission bilatérale (vérité et amitié), une certaine conception de la justice en tant qu'instrument de la paix au Timor leste et en Indonésie », in Les juridictions pénales internationalisées, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 255.

³ . لمزيد من التفاصيل حول الخلفيات المتعلقة بهذه الأحداث الجسم يمكن مراجعة رسالتنا للدكتوراه باللغة الفرنسية بعنوان النظام القانوني للمحاكم المؤقتة في القانون الدولي الجنائي، دكتوراه جامعة تور، فرنسا، 2015، الصفحات من 350 وحتى 430.

HASSAN (K), Le statut des tribunaux ad hoc en droit international pénal, thèse, Université de Tours, 2015, pp. 350-430 .

⁴ 'Observateur des Nations Unies, in L , « X » : une nouvelle forme de justice La justice transitionnelle » (X), Philippe. 4 , p. 56 et ss. 2003-2014-Printemps-Eté

⁵ . مقابلة حصلت على التلفزيون الرواندي بتاريخ 18 أكتوبر 2005

⁶ . Voir A. KAGENECK, Examen de conscience, Paris, Perrin, 1996, p.186.

⁷ . Id, 189.

⁸ . A. KAGENECK, Examen de conscience, p. 190.

⁹ . P. RICOEUR « Entre mémoire et histoire », in Projet, n° 248, hiver 1996-1997, pp. 13-14 .

¹⁰ . J . AMERY, Par delà le crime et le châtiment, Essai pour surmonter le mal, Paris, Actesud , 1995, p.17 et p.20 .

¹¹ . A. PEYREFITTE ; C'était de Gaulle, I, Paris, Fayard, p. 153 .

¹² . Voir le discours prononcé par Richard von Weizsacker le 8 mai 1985 à ce sujet .

¹³ R . POIDEVENIR et J.BARIETY , Les relations franco-allemandes, 1815-1975 , Paris , Armand Collin, 1977. P.332.

¹⁴ . A. PEYREFITTE « C'était de Gaulle, I, Paris, Fayard, 1994, p.153 .

¹⁵ . Le Monde, 6 et 7 novembre 1983 .

¹⁶ . R. DUMAS, La politique étrangère de la France, Paris , octobre , 1984 , p . 118 .

¹⁷ . Elysée, interview accordée à la télévision algérienne du 1^{er} mars 2003 .

¹⁸ . Le Figaro, 22 octobre 1984 .

¹⁹ . L . IGHILAHIZ , Algérienne, Paris Fayard-Clamann-Lévy, 2001, p . 257 .

²⁰ . Alger , 29 mars 1971 .

²¹ . P. NORA, « L'Algérie fantôme » in L'Histoire, n° 43, mars 1982, p.9 .

²² . Paris, 11 novembre 1996 .

²³ . J. CHIRAC, Le Monde, 6 décembre 1997 .

²⁴ . Libération, 17 janvier 2013 .

²⁵ D . Tutu , Il n' y a pas d'avenir sans pardon, Albin Michel, Paris, 2000, p.23.

²⁶ 'exemple L ,? rogatoire ou justice d'exception régimé : « La justice dans les Constitutions de transition », X. Philippe .

²⁷ .p. 160 , 95 ° Pouvoirs, 2000, n° in, conciliation en Afrique du sud » érité et réde la Commission v

²⁸ . انظر التقرير النهائي للجنة الحقيقة والمصالحة لحكومة جنوب افريقيا العدد 6 الصادر في 16 مارس 2003 متاح علي شبكة

الانترنت [http:// www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/rep.pdf](http://www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/rep.pdf). Consulté le 09/12/2013 à 20h04.

²⁹ « : une certaine conception de la justice en tant vérité et amiti « érale » La Commission bilat , A. Rainaud 9. de Paris I, les juridictions in Université , « ésiequ'instrument de la paix au Timor Leste et en Indon . 255 . ée, 2006, p. gislation comparée lées, Paris, Société nales internationalisées p.

³⁰ D . Tutu , Il n' y a pas d'avenir sans pardon, p39.

? Comment reconstruire un Etat avec des criminels de guerre, Bruxelles, GRIP, ² P. Hazan, La paix contre la justice 2010 , p. 89.

³¹. انظر التقرير النهائي للجنة الحقيقة والمصالحة لحكومة جنوب افريقيا العدد 6 الصادر في 16 مارس 2003 متاح علي شبكة الانترنت <http://www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/rep.pdf>. Consulté le 09/12/2013 à 20h04.

³². R. ANTELME ; Vengeance, Paris , Figaro , 2005 .

³³. T . GARTONASH « La Commission vérité et réconciliation an Afrique du Sud », in Esprit, décembre , 1999, pp. 44-62 .

³⁴. A. Guichaoua, Rwanda de la guerre au génocide, les politiques criminelles au Rwanda (1990-1994), Paris, La découverte, 2010, p. 434 et ss .

³⁵. J. Unesaison de machette, Paris, Seuil, 2003, P. 160 .

³⁶. تقليديا وتعني Gacaca اجتماعاً عاماً يتم اجراؤه في ساحة كبيرة في القرية وذلك من اجل التحكيم في نزاع معين خاصة المنازعات العائلية البسيطة ، خاصة تلك التي تنشأ عن الاضرار التي تسببها الحيوانات نتيجة للرعي في أرض الغير ، أو تلك المتعلقة بتحديد المهور أو تلك المتعلقة بالزنا أو السحر ، وعادة تنتهي الاجراءات بتوقيع عقوبات مخففة ، كالزام احد الاطراف بان يقدم الي الطرف الاخر نوع معين من البيرة ، والفكرة الاساسية فيها أنها تسمح بحل النزاع من داخل المجتمع وعلي المستوي المحلي دون الحاجة الي تقديم استئناف الي السلطات المختصة ، وقد تم اجراؤها خلال فترة الاستعمار البلجيكي ، فهي عملية قائمة على الفلسفة الروائية وتشير في نفس الوقت الي الحوار والمناقشة العامة ، فالعدالة هنا تمارس من داخل المجتمع بشكل أفقي بحيث تكون منظورة في نفس الوقت الذي تمارس فيه . لمزيد من التفاصيل

K. Andrieu , La justice transitionnelle , de l'Afrique du Sud au Rwanda , op.cit. p. 175

³⁷. ففي عام 2011 قدرت نسبة الكثافة السكانية 451,7 في داخل كل كيلو متر مربع.

³⁸. C. Terreurafricaine, Paris, Fayard, 1996, P. 272 .

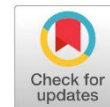
³⁹. يضاف إلى ذلك عدد هائل من القرارات ذات الصلة، نذكر منها: قرار المؤتمر الوطني العام رقم (1) لسنة 2012 بشأن إقرار مبدأ الإصلاح المؤسسي والعزل السياسي والإداري، وقرار المجلس الوطني الانتقالي رقم 18 لسنة 2012 بشأن تسمية رئيس وأعضاء هيئة تقصي الحقائق والمصالحة، وقرار الشؤون القانونية رقم 2 لسنة 2011 بشأن تشكيل لجنة التوثيق والتحقيق في جرائم النظام السابق، وقرار الشؤون القانونية رقم لسنة 2011 بشأن تشكيل لجنة توثيق ومتابعة شؤون المحتجزين والمرترقة والمفقودين، وقرار رقم 8 لسنة 2012 بشأن رعاية وتكريم أسر الشهداء والمفقودين، والقرار بشأن الأحداث الأليمة التي وقعت بمدينة بنغازي، والقرار رقم 9 لسنة 2011 بشأن واقعة مذبحه سجناء بو سليم. وقرار المؤتمر الوطني العام رقم 1 لسنة 2014م في شان تشكيل لجنة لتقصي الحقائق وتحديد مهامها، وقرار مجلس الوزراء رقم 119 لسنة 2014 بشأن معالجة أوضاع ضحايا العنف الجنسي، وقرار وزارة العدل رقم 904 لسنة 2014 بشأن تنظيم صندوق معالجة أوضاع العنف الجنسي .

⁴⁰. د محمود أحمد، العدالة الانتقالية في ليبيا، مجلة سياسات عربية، العدد 73، نوفمبر 2020 ، ص 85.

⁴¹. د محمود أحمد، المرجع السابق، ص 92.

Research Article

Open Access



The Concept of Fundamental Deprivation as an Element of Fundamental Breach Under the United Nations Convention On Contracts for The International Sale of Goods-1980

Imhimad F. Abdalhamid

*Corresponding author:

imhimad.abdalhamid@omu.edu.ly

Department of Private Law,
Faculty of Legal, Omar Al-
Mukhtar University, Libya.

Received:

26 June 2023

Accepted:

27 October 2023

Publish online:

31 December 2023

Abstract: The completion of this study requires extensive information gathering and research. In order to address the main research question effectively, this study will be relied on both analytical and critical methods. The focus of the analysis will be on the UN convention on contracts for the international sale of goods and its prospects for the concept of fundamental deprivation as an element of fundamental breach. This approach requires the assessment of both the positive and negative sides in this convention. However, some issues relating to the fundamental breach will not be discussed in this study, such as matters related to the avoidance. Finally, this topic has been subjected to development and codification by some scholars. Which means that the documents relating to these scholars on international sale of goods offer a wealth of information and often lead to a variety of response from scholars, which it will be an important resource in my work.

Keywords: Expectation Under the Contract - Aggrieved Party - Breaching Party - Illegitimate Expectation.

الحرمان الجوهري الذي تبني عليه المخالفة الجوهرية للعقد - دراسة تحليلية في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980

المستخلص: عالج البحث الحرمان الجوهري من المصلحة المرجوة من إبرام العقد، بوصفه عنصراً من عناصر قيام المخالفة الجوهرية التي تؤدي إلى فسخ العقد وفقاً لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، والتي تولت المادة (25) من الاتفاقية بيانها. وقد اتبعنا في إعداد هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي الذي يعتمد على تحليل نصوص الاتفاقية المتعلقة بالمخالفة الجوهرية في البيوع الدولية، وانصب التركيز على ما تقدمه نصوص الاتفاقية محل البحث من حلول لما قد يعتري العلاقة بين طرفي عقد البيع الدولي للبضائع من خلافات تتعلق بالواجبات التي يفترض أن يلتزم بها كل طرف من طرفي العقد في مواجهة الطرف الآخر والمسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بها. وقد تناولت الدراسة الحرمان الجوهري من المصلحة المرجوة من إبرام العقد في مطلبين خصص المطلب الأول لدراسة ماهية الحرمان الجوهري من المصلحة المرجوة من العقد وخصص المطلب الثاني لدراسة الضوابط التي تحكم تعيين المصلحة المرجوة من إبرام العقد.

الكلمات المفتاحية: مرتكب المخالفة - الطرف المضرور - المصلحة غير المنطقية - المصلحة المرجوة من العقد.



المقدمة

أقرت الأمم المتحدة مشروع الاتفاقية الذي تقدمت به مجموعة العمل التابعة للجنة الأمم المتحدة لتوحيد قواعد القانون التجاري الدولي UNCITRAL سنة 1980، ودعت الدول إلى التوقيع على الاتفاقية التي نظمت البيع الدولي للبضائع¹.

ويتحدد نطاق انطباق الاتفاقية بحكم عقود البعوض الدولية للبضائع المبرمة بين أطراف ينتمون لدول مختلفة ، على أن تكون هذه الدول دولاً متعاقدة، ما لم يستبعد الطرفان صراحة انطباق الاتفاقية على العقد المبرم بينهما، ويقتصر تطبيق الاتفاقية على تكوين عقد البيع والحقوق والالتزامات التي ينشئها هذا العقد لكل من البائع والمشتري، وأبرز الأفكار التي نظمتها الاتفاقية في هذا الشأن المخالفة الجوهرية التي أصبحت محل اهتمام كبير من قبل المهتمين بشؤون البيع الدولي للبضائع بسبب الخصوصية التي تميزت بها أحكامها من حيث عناصر قيامها، وأثرها على تنفيذ العقد.

أهمية الدراسة:

تبين المادة (25) من الاتفاقية مفهوم المخالفة الجوهرية بأنه: (تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين مخالفة جوهرية إذا تسببت في إلحاق ضرر بالطرف الآخر من شأنه أن يحرمه بشكل أساسي مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد، إلا إذا لم يكن الطرف المخالف يتوقع مثل هذه النتيجة، ولم يكن أي شخص سوي الإدراك من نفس الصلة يتوقع مثل هذه النتيجة في نفس الظروف).

ويؤكد نص المادة سالف الذكر أن الحرمان الجوهرية عنصر أساسي من عناصر قيام المخالفة الجوهرية، وأن القاعدة الخاصة التي تقررت بشأنها لا تنطبق إلا إذا ثبت أن الضرر قد حرم من الحصول على المصلحة التي كان يسعى إلى الحصول عليها بموجب العقد، ويشترط أن تكون هذه الأخيرة مصلحة منطقية، أي يحق للمتعاقد أن يتوقع الحصول عليها بموجب العقد.

إشكالية الدراسة:

تدور إشكالية البحث حول عناصر قيام المخالفة الجوهرية، لبيان الآراء المتباينة حول حقيقة ما تضمنه نص المادة (25) من أحكام تخص الحرمان الجوهرية من المصلحة المرجوة من العقد، ويجدر بنا التنويه منذ البداية أن خصوصية التجارة الدولية دفعت واضعي الاتفاقية إلى تقرير حكم خاص انفردت به دون غيرها بشأن أثر المخالفة الجوهرية على تنفيذ العقد بالاعتراف للضرر بالحق في فسخ العقد، وذلك بمقتضى نص المادة (49) ، في الأحوال التي يثبت فيها مخالفة بنود العقد مخالفة جوهرية بموجب إخطار يوجهه المضرور إلى مرتكب المخالفة، فيقع الفسخ دونما حاجة للجوء إلى القضاء، وهو الحكم الذي أشارت إليه صراحة المادة (26) من الاتفاقية التي تقضي بآلا يحدث إعلان فسخ العقد أثره إلا إذا تم بواسطة إخطار موجه إلى الطرف الآخر.

ولم نجد فيما اطلعنا عليه ما يشير إلى تنظيم المشرع الليبي للمخالفة الجوهرية، أو ما يكون أساساً يمكن الاستناد إليه في تنظيم هذه الفكرة بالمعنى المشار إليه في الاتفاقية، وهو ما دعانا لخوض غمار هذه الدراسة لتحديد عناصر المخالفة الجوهرية كفكرة تناولتها الاتفاقية والفقه الأجنبي، وسطرتها أحكام القضاء المقارن.

نطاق الدراسة:

يتحدد نطاق بحثنا في عناصر قيام المخالفة الجوهريّة، لبيان الآراء المتباينة حول حقيقة ما تضمنه نص المادة (25) من أحكام تخص الحرمان الجوهري من المصلحة المرجوة من العقد، وهي دراسة تستدعي منا البحث في عنصر التوقع وهو العنصر الثاني من عناصر المخالفة الجوهريّة، والذي يقضي بوجوب أن يتوقع مرتكب المخالفة وقوع الأضرار التي لحقت بالطرف الآخر؛ غير أنه بالنظر إلى طبيعة النشر في المجالات في حصر عدد أوراق البحث بعدد معين أثّرنا أن يكون حديثنا هنا عن الحرمان الجوهري بوصفه عنصراً من عناصر المخالفة الجوهريّة، لنرجئ الحديث عن عنصر التوقع والآثار التي تنشأ عن وقوع المخالفة الجوهريّة المتمثلة في الحق في إعلان فسخ العقد في دراسة مستقلة عن هذا البحث.

خطة ومنهجية الدراسة:

اتبع في إعداد هذا البحث طريقة الوصف التحليلي النقدي والمقارن الذي يعتمد على تحليل نصوص الاتفاقية المنظمة للمخالفة الجوهريّة التي تؤدي إلى فسخ العقد بالإضافة إلى المنهج التطبيقي الذي يعتمد على دعم الأفكار المشار إليها في البحث بالقضايا التطبيقية التي لها صلة بموضوع البحث، وينصب التركيز على ما تضمنته نصوص الاتفاقية من أحكام تنظم عنصر الحرمان الجوهري من المصلحة المرجوة من إبرام العقد الذي يتعين ثبوته لقيام المخالفة الجوهريّة التي تؤدي إلى فسخ العقد، ونتناول دراستنا لهذا الموضوع في مطلبين نخصص الأول لدراسة ماهية الحرمان الجوهري من المصلحة المرجوة من العقد، ونبحث في الثاني الضوابط التي تحكم تعيين المصلحة المرجوة من إبرام العقد.

المطلب الأول: ماهية الحرمان الجوهري:

يتعين أن يُحرم المضرور من الحصول على المصلحة المرجوة من إبرام العقد حتى تكون المخالفة التي ارتكبها الطرف الآخر مخالفة جوهريّة، ولا تخرج مخالفة أحد الطرفين لبنود العقد عن الحكم العام الذي يقضي بأن يتحمل مرتكب المخالفة مسؤولية تعويض المضرور إلا بمقتضى هذا الحرمان، غير أن ما يسترعي الاهتمام في هذا الشأن المؤشرات التي تؤكد وقوع حرمان جوهري وكيفية التحقق من وقوعه، وعلى هدى ما تقدم نبين المقصود بالحرمان الجوهري، والارتباط بينه وبين الضرر المادي، وكيفية التحقق من وقوعه.

الفرع الأول: التعريف بالحرمان الجوهري:

قررت الاتفاقية حكماً عاماً - بموجب نص المادة (74)² - يسري في جميع الأحوال التي يخالف فيها أحد الطرفين بنود العقد، يتحمل بمقتضاه الطرف المخالف مسؤولية تعويض المضرور عما لحقه من خسارة، وما فاتته من كسب، وخصت الاتفاقية المخالفة الجوهريّة بحكم خاص³ لا يسري إلا إذا توافرت الاشتراطات التي حددتها المادة (25) وأبرزها الحرمان الجوهري Substantial Diprevison والذي يعد عنصراً أساسياً من عناصر المخالفة الجوهريّة، ومؤشراً على مدى خطورة المخالفة والخسائر الاقتصادية التي تنشأ عنها⁴،

وتؤكد نصوص الاتفاقية أن للحرمان مفهومين أعم وأشمل من الضرر المادي، فهو يتجسد في ارتكاب أحد طرفي العقد مخالفة تحول دون حصول الطرف الآخر على مصلحة مشروعة كان يتوقع الحصول عليها بموجب العقد⁵، فيلحق هذا الأخير ضرراً جواً هذه المخالفة⁶، ويتوافق ما ذهب إليه الاتفاقية - في هذا الخصوص - مع ما أقرته مبادئ عقود التجارة الدولية (PICC)⁷ التي

تؤكد أن الحرمان من المصالح المنطقية التي يسعى الطرف المضرور إلى الحصول عليها بموجب العقد يلعب دوراً أساسياً في قيام المخالفة الجوهرية التي تؤدي إلى فسخ العقد، وأن الضرر في حد ذاته لا يعد مطلباً أساسياً لقيام هذه المخالفة التي تقتضي أن يحرم المضرور بشكل أساسي من المصلحة المرجوة من العقد⁸، وهذا الحرمان أعم وأشمل من الضرر الذي يعد أحد النتائج أو الآثار السلبية التي تنشأ عنه⁹.

وتشير مبادئ قانون العقود الأوروبي PECL¹⁰ صراحة - في هذا الصدد - إلى أن العبرة بحرمان المتعاقد من الحصول على المصلحة التي كان يسعى إلى الحصول عليها بموجب العقد دون الاعتداد بحجم الضرر الذي تعرض له، وبناءً على ما تقدم تنحصر المخالفة الجوهرية في الحالات التي يحرم فيها المتعاقد من الحصول على المصلحة المرجوة من إبرام العقد، ولو لم يلحق به ضرر جراء المخالفة التي ارتكبتها الطرف المخالف، ويعد الحرمان من المصلحة المرجوة في حد ذاته ضرراً حقيقياً، ويشكل هذا الأخير أحد الآثار السلبية التي تنشأ عن الحرمان الجوهرية، فكل حرمان من المصلحة المرجوة ينشأ عنه ضرر، ولا يؤدي كل ضرر إلى الحرمان من المصلحة المرجوة من العقد، لقد دفعت هذه الاعتبارات واضعي قانون العقود الأوروبي إلى التأكيد على ضرورة التمييز بين الحرمان الجوهرية والضرر المادي الذي يلحق بالمضرور، وأن ثبوت تعرض أحد الطرفين إلى ضرر مادي لا يكفي لقيام المخالفة الجوهرية ما لم يثبت أن من تعرض إلى هذا الضرر قد حرم حقيقة من الحصول على المصلحة المرجوة من إبرام العقد¹¹.

الفرع الثاني: الارتباط بين مفهوم الحرمان الجوهرية والضرر المادي:

تشير المادة (25) والأعمال التحضيرية التي سبقت صدور الاتفاقية صراحة إلى المصلحة المرجوة بوصفها أحد العناصر الأساسية التي تقوم عليها المخالفة الجوهرية، والتي تفوق من حيث الأهمية حجم الضرر المادي الذي تعرض له المضرور، ويلعب نوع الالتزام الذي تسبب الإخلال به في وقوع المخالفة دوراً حاسماً بشأن الحكم باعتبار المخالفة المرتكبة جوهرية إذا كان هذا الالتزام التزاماً رئيسياً، ويرجح ألا تكون كذلك إذا كان الالتزام الذي أخل به مرتكب المخالفة التزاماً ثانوياً¹².

ويؤكد اتجاه في الفقه صعوبة - إن لم تكن استحالة - وضع تعريف دقيق لمصطلح الحرمان الجوهرية من المصلحة المرجوة من العقد، وهو ما دفع واضعو مبادئ عقود التجارة الدولية إلى التأكيد على ضرورة تحديد المصلحة التي كان الطرف المتضرر يسعى إلى الحصول عليها بموجب العقد والمعايير الموضوعية المعتبرة لتقييم هذه المصلحة، والتي تمثل مؤشراً دقيقاً للتأكد من مدى تعرض الطرف المضرور إلى حرمان جوهرية من المصلحة المرجوة من إبرام العقد¹³.

ويستشهد جانب من الفقه ببعض الأحكام التي حسمت نزاعات أثّرت بشأن تنفيذ عقود بيع البضائع - التي خضعت لحكم الاتفاقية - لبيان حقيقة الحرمان الجوهرية من المصالح المرجوة من إبرام العقد، ويؤكد هذا الاتجاه أن القاعدة الأساسية التي يبنى عليها الحرمان الجوهرية تتمثل في الشروط الاتفاقية¹⁴ التي تحدد مدى جدية وأهمية المخالفة، وأن الفصل في مسألة قيام حالة من حالات الحرمان الجوهرية المشار إليه في نص المادة (25) من الاتفاقية مسألة واقع تخضع لتقدير القاضي في كل قضية على حدّتها، وليست محكومة بنصوص قانونية محددة¹⁵.

ويستعين القضاء بالضرر المادي الذي لحق بالمضرور - لسهولة إثباته - كمؤشر على وقوع الحرمان الجوهرية، ففي القضية الشهيرة باسم Doolim Corp. v. R Doll والتي تلخص وقائعها في عجز المشتري Doll عن سداد 80% من قيمة الصفقة المبرمة بين طرفي النزاع بخصوص شحنة من الملابس، اعتبرت المحكمة الضرر المادي الذي لحق بالبائع نتيجة عدم التزام

المشتري بسداد الثمن خلال الأجل المتفق عليه في العقد حرماناً جوهرياً من المصلحة المرجوة من إبرام العقد - وهي بيع البضاعة وقبض ثمنها بالكامل - يجيز للمضرور فسخ العقد¹⁶، وهو ما ذهب إليه - أيضاً - المحكمة الاتحادية في استراليا التي اعتبرت عجز المشتري عن السداد ووضعه تحت سلطة مدير مخالفة جوهريّة وفقاً لنص المادة (64) من الاتفاقية، لأنه يحرم البائع الذي لم يحصل على السداد مما كان يحق له أن يتوقعه بموجب العقد، وهو تسديد الثمن بالكامل¹⁷.

والجدير بالذكر في هذا المقام، أن القضاء في المملكة المتحدة يؤكد على أن الحرمان الجوهري من المصلحة المرجوة من العقد ليس العنصر الوحيد الذي تقوم عليه المخالفة الجوهريّة التي تؤدي إلى فسخ العقد¹⁸، فنصوص القانون الإنجليزي تجيز للمضرور فسخ العقد إذا خالف الطرف الآخر أحد الالتزامات الواردة في عقد تضمن بندا يقضي بذلك، ولو لم تؤد المخالفة إلى حرمان المضرور من الحصول على المصلحة التي كان يتوقع الحصول عليها بموجب العقد¹⁹.

ولما كان القانون الليبي لا يجيز للمتعاقد إعلان فسخ العقد بإرادته المنفردة ومن دون اللجوء إلى القضاء مهما كان حجم المخالفة التي ارتكبها الطرف الآخر، والضرر الذي نشأ عنها، وأنه يحق للطرفين الاتفاق على أن يعتبر العقد المبرم بينهما مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا أحل أحد الطرفين بالالتزامات الناشئة عن العقد، وفي جميع الأحوال لا يعفي - هذا الاتفاق - من توجيه إعدا بالفسخ إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه بحسب ما تقضي به المادة (160) من القانون المدني الليبي، غير أن ما ذهب إليه القانون الليبي في هذا الصدد يختلف عن الحكم الذي تقرره الاتفاقية بشأن إعلان فسخ العقد في الأحوال المتعلقة بالمخالفة الجوهريّة، فهذه الأخيرة تجيز للمتعاقد إعلان فسخ العقد بموجب إخطار يوجهه إلى مرتكب المخالفة التي ألحقت به ضرراً حرم بموجبه من المصلحة المرجوة من إبرام العقد، فالحق في المطالبة بفسخ العقد في القانون الليبي ينشأ عن مخالفة الالتزامات الناشئة عن العقد بغض النظر عن حجم الضرر الذي لحق بالمضرور، ومن دون اشتراط أن يحرم هذا الأخير من المصلحة المرجوة من إبرام العقد.

الفرع الثالث: كيفية التحقق من وقوع الحرمان الجوهري:

الأصل ألا تقع المخالفة الجوهريّة إلا بسبب الإخلال بأحد الالتزامات الرئيسية المنصوص عليها في العقد، وقد أكد القضاء أن التخلّف التام عن تنفيذ واجب تعاقدى أساسي يشكل مخالفة جوهريّة للعقد ما لم يكن لدى الطرف المخالف سبب يبرر الامتناع عن التنفيذ، ويسري هذا الحكم على عدم التسليم النهائي²⁰، وعدم التسديد النهائي²¹ غير أن عدم التنفيذ النهائي لجزء صغير من العقد كعدم تسليم دفعة واحدة من عدة دفعات من البضائع لا يرقى إلى مستوى المخالفة الجوهريّة²²، والأصل أيضاً ألا يكفي الإخلال في حد ذاته لقيام المخالفة الجوهريّة التي تجيز للمضرور فسخ العقد، فهذه الأخيرة تقتضي أن يتسبب الإخلال في حرمان الطرف المضرور من المصلحة المرجوة من إبرام العقد وهو ما اصطلح على تسميته بالحرمان الجوهري²³.

وللتحقق من وقوع الحرمان الجوهري يتعين الاستعانة بمعيار موضوعي The Reasonable Use of Criterion للتأكد من أنه لم يعد بمقدور المضرور الاستفادة من البضاعة بسبب العيوب التي شابت عملية تنفيذ العقد، لأنه من الضروري أن تكون المخالفة قد حرمت الطرف المتضرر من فائدة العقد الرئيسية وأن يكون بإمكان الطرف الآخر توقع هذه النتيجة²⁴، وقد استعان القضاء الألماني بهذا المعيار في نزاع أثير حول تنفيذ عقد بيع شحنة من الأحذية النسائية، ورفض القضاء حينها طلب المشتري فسخ العقد بسبب عدم احترام البائع للالتزام بالمطابقة وتقديمه أحذية مصنوعة من خامات لا تطابق ما اتفق عليه بموجب العقد المبرم بينهما، وقررت المحكمة آنذاك - بعد التأكد من إمكانية أن يستفيد المشتري من البضاعة - أنه لا يحق للمشتري فسخ العقد، لأن المخالفة التي ارتكبها البائع لا تحرمه من إعادة بيع البضاعة والحصول على نسبة مؤكدة من الأرباح، واعترفت له المحكمة بالحق في

المطالبة بخفض الثمن بسبب عدم احترام الطرف الآخر بالالتزام بالمطابقة²⁵، لأن عدم المطابقة فيما يتعلق بالنوعية يظل مجرد مخالفة غير جوهرية للعقد مادام المشتري يستطيع - دون ارهاق غير معقول - أن يستخدم البضائع، أو يعيد بيعها ولو بتخفيض السعر²⁶.

ويمثل الحكم المشار إليه أنفا قاعدة عامة لا يستثنى من الخضوع لها إلا الأحوال التي تقضي فيها العادات التجارية بأن يكون الزمن والجودة من المسائل الجوهرية للعقد، وأن عدم احترام الالتزام بالمطابقة بشأنها يشكل بحد ذاته مخالفة جوهرية تجيز للمضروور فسخ العقد، وهكذا يتبين أن المعيار الموضوعي - في القضية التي نحن بصدها - قد حال دون السماح للمشتري بفسخ العقد بعد أن ثبت للمحكمة أن عدم احترام البائع بالالتزام بالمطابقة لا يحول دون استفادته من البضاعة وإعادة بيعها²⁷ مجدداً.

وإذا لم يكن في الإمكان استخدام البضاعة غير المطابقة، أو إعادة بيعها بجهد معقول فإن ذلك يشكل مخالفة جوهرية ويعطي المشتري الحق في إعلان فسخ العقد²⁸، كأن يشوب البضاعة عيب خطير غير قابل للإصلاح رغم أنها ما تزال قابلة للاستعمال إلى حد ما (كالأزهار التي كان من المفترض أن تبقى مزهرة طوال فصل الصيف لكنها بقيت كذلك جزءاً منه فقط)²⁹.

وبحسب الأصل لا يشكل الإخلال بميعاد التنفيذ حرماناً جوهرياً من المصلحة المرجوة من العقد ويقضي فسخ العقد، ففي القضية التي عرفت باسم SARL Ego Fruits v. La Verja³⁰ والمتعلقة بعقد بيع التزم بموجبه البائع بتسليم البضاعة ضمن سلسلة شحنات تبدأ من شهر مايو، وتنتهي في شهر سبتمبر، اعتبر القضاء الفرنسي رفض المشتري استلام شحنة البضاعة المقرر تسليمها في شهر سبتمبر في نهاية شهر أغسطس غير مبرر، فقد تضمن العقد بندا يقضي بجواز ذلك على أن يحظى المشتري بتخفيض في الثمن، وقد أكد القضاء - بخصوص القضية التي نحن بصدها - أن البائع لم يرتكب مخالفة جوهرية، وأن ما قام به يعد تنازلاً عن حق تقرر له بموجب العقد³¹.

ولم يعتبر القضاء المتأخر مخالفة جوهرية للعقد³²، إلا إذا كان لوقت التنفيذ أهمية أساسية، إما لأن التعاقد تم عليه³³، أو نتيجة ظروف ظاهرة كما في حالة البضائع الموسمية³⁴، ففي مثل هذه الأحوال يصبح التأخير مخالفة جوهرية³⁵، غير أن التأخير لمدة قصيرة لا يعد بحد ذاته مخالفة جوهرية إذا لم تتضرر مصالح المشتري³⁶، وفي جميع الأحوال تجيز الاتفاقية للطرف المتضرر تحديد وقت إضافي للتنفيذ، وإذا لم يقم الطرف المخالف بالتنفيذ خلال ذلك الوقت جاز للطرف المتضرر أن يعلن فسخ العقد عملاً بنصوص المواد (1/49 - ب) و (1/64 - ب) من الاتفاقية³⁷.

وفي القضية التي اشتهرت باسم Pressure Cookers Case تضمن العقد - محل النزاع - بندا يقضي بأن يلتزم البائع بتوفير شحنة مطابقة للمواصفات المتفق عليها بموجب العقد وتحديد متطلبات السلامة والأمان؛ غير أن هذا الأخير لم يلتزم بما اتفق عليه، وقام بتسليم شحنة لا تطابق - من حيث المظهر الخارجي ومتطلبات السلامة والأمان - ما تضمنته بنود العقد، ما دعا محكمة استئناف باريس إلى الحكم بأن ما قام به البائع يشكل مخالفة جوهرية لبند العقد تجيز للمشتري فسخ العقد³⁸، بعد أن ثبت لديها يقينا عدم إمكانية استخدام البضاعة في الأغراض المخصصة لها بسبب خلل في متطلبات السلامة والأمان.

ولا حاجة لإعمال المعيار الموضوعي في الأحوال التي يثبت فيها أن الزمن والجودة والكمية وغيرها من المواصفات ضمن العناصر الأساسية للعقد، وأن أحد الطرفين لم يحترم الالتزام بالمطابقة - بشأن أحد أو بعض هذه العناصر - عند تنفيذ العقد،

ويصبح من حق المضرور فسخ العقد؛ لأن عدم احترام العناصر الأساسية الدافعة إلى التعاقد يشكل مخالفة جوهرية تجيز فسخ العقد³⁹ والتحلل من التزاماته.

وفي جميع الأحوال فإن الإخلال المتراكم بعدة التزامات تعاقدية يجعل المخالفة الجوهرية أكثر احتمالاً، ولكنه لا يشكل مخالفة جوهرية تلقائياً⁴⁰، ويعتمد وجود المخالفة الجوهرية على ظروف الحالة وكذلك على ما إذا كان قد نتج عن المخالفة فقدان الطرف المتضرر للفائدة الرئيسية من العقد أو لمصلحة في العقد⁴¹.

ونخلص إلى أنه إذا خالف أحد الطرفين أحد الالتزامات الأساسية التي دفعت المضرور إلى إبرام العقد، وتضمن العقد ما يشير صراحة، أو ضمناً إلى أهمية هذه الالتزامات بالنسبة له، فإن ذلك يثبت بيقين وقوع الحرمان الجوهري الذي يقتضي فسخ العقد، ولا تكون هناك حاجة إلى اللجوء إلى المعيار الموضوعي للتثبت من ذلك، أما في غير هذه الأحوال يتعين الاستعانة بالمعيار الموضوعي للتأكد من مدى وقوع الحرمان الجوهري.

المطلب الثاني: الضوابط التي تحكم تعيين المصلحة المرجوة من إبرام العقد:

من الثابت أن مسؤولية مرتكب المخالفة لا تتعقد إلا إذا كان يتوقع أو من المفترض أن يتوقع أن يتعرض الطرف الآخر لضرر يُحرم بموجبه من الحصول على المصلحة المرجوة من إبرام العقد حتى يحق لهذا الأخير فسخ العقد، وقد حرص واضعو الاتفاقية منذ البداية على توفير الوسيلة التي تكفل حسن استخدام الرخصة التي منحت للمضرور في هذا الخصوص وهي فسخ العقد، بتقرير حكم يحمى بموجبه الطرف المخالف من المفاجآت غير السارة، ويوفر هذا الحكم الذي تقرر بموجب نص المادة (25) وسيلة حماية مصدرها المضرور نفسه، وهي فكرة المصلحة المرجوة من إبرام العقد.

الفرع الأول: مفهوم المصلحة المرجوة من العقد:

تقوم المصلحة المرجوة من العقد على فكرة مقتضاها ألا يحق للمضرور فسخ العقد إلا إذا لم تتجاوز المصالح المرجوة من العقد القدر الذي يحق للمتعاقد أن يتوقع الحصول عليه بموجب هذا العقد، وهو ما يفهم من نص المادة (25)، وإن لم تشر صراحة إلى المصالح التي يحق للمتعاقد المتضرر أن يتوقع الحصول عليها بموجب العقد، فقد يختلف ما كان يحق للمتعاقد أن يتوقع الحصول عليه عما كان يتوقع فعلاً الحصول عليه⁴².

ويؤكد القضاء هذا المفهوم بالحكم بوجوب أن تكون المخالفة ذات طبيعة ووزن معينين، وأن يكون الطرف المتضرر قد عانى ضرراً يحرمه بصورة جوهرية مما كان يحق له أن يتوقعه بمقتضى العقد، ولذلك يجب أن تلغي المخالفة، أو تخفض بصورة جوهرية توقعات الطرف المبررة من العقد، وماهية التوقعات المبررة تتوقف على العقد المعين، وعلى توزيع المخاطر المتوخى في أحكام العقد، وعلى الأعراف المعتادة، وعلى أحكام الاتفاقية⁴³.

ولترسيخ المفهوم السابق نسوق المثال التالي: أبرم (س) عبر الهاتف عقداً - لغرض بيع عدد (15) وحدة من قطع غيار أجهزة الكمبيوتر - مع المشتري (ص)، وكان هذا الأخير يعتقد أن كمية البضاعة محل التعاقد (50) وحدة ولم يعر اهتماماً إلى فاكس الموافقة Confirmation Fax الذي تلقاه لاحقاً من البائع، والذي أشار صراحة إلى أن كمية البضاعة محل التعاقد (15) وحدة فقط، وتبين للمشتري بعد وصول البضاعة أنها معيبة بالكامل فرفض سداد قيمتها وأعلن فسخ العقد؛ لأن البضاعة لا تصلح للأغراض التي تعاقد من أجلها، وهو ما يعد إخلالاً من جانب مرتكب المخالفة ببيع للمضرور فسخ العقد، أما إذا كانت البضاعة

خالية تماما من العيوب فلا يكون الفسخ مبررا، ولو استند المطالب به إلى أن كمية البضاعة التي قام البائع بتسليمها لم تكن مطابقة لما كان يتوقع المشتري الحصول عليه، ويؤكد اتجاه في الفقه أن المصلحة المرجوة التي يسعى المتعاقد إلى الحصول عليها تتحدد - فقط - بما تم الاتفاق عليه صراحة، أو ضمنا بموجب العقد، وأن تحديد هذه المصلحة يتوقف أساسا على تفسير إرادة الطرفين التي ترجمت في بنود العقد المبرم بينهما، وأن القاعدة العامة التي تحكم تفسير إرادة الطرفين في هذا الشأن ما تقرره المادة الثامنة⁴⁴، التي أشارت إلى أنه:

1- في حكم هذه الاتفاقية تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين وفقا لما قصده أحد الطرفين متى كان الطرف الآخر يعلم بهذا القصد، أو لا يمكن أن يجهله.

2- في حالة عدم سريان الفقرة السابقة، تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين وفقا لما يفهمه شخص سوي الإدراك ومن نفس صفة الطرف الآخر إذا وضع في نفس الظروف.

ولتوضيح ما اشتمل عليه نص المادة الثامنة من الاتفاقية بشأن تفسير إرادة الطرفين نفترض أن العادة جرت بين طرفي العقد أن يطلب المشتري من البائع تزويده بألف وحدة من سلعة معينة كل شهر، وفي أحد الأشهر تضمن الفاكس الذي اعتاد المشتري أن يرسله إلى البائع طلب شراء عشرة آلاف وحدة دون أن يتلقى البائع إشعارا صريحا يشير إلى أي تغييرات بشأن آليات التعامل التي اعتاد عليها الطرفان، وتجاهل هذا الأخير التغيير الذي طرأ حول كمية البضاعة واعتبره مجرد خطأ مادي، واستمر في التعامل مع المشتري وفقا لما استقر عليه التعامل بينهما واكتفى بإرسال 1000 وحدة من البضاعة محل التعاقد، ويتفق ما ذهب إليه البائع في هذا الخصوص مع حكم الفقرة الأولى من المادة الثامنة التي أشارت إلى الأحوال التي يكون فيها المتعاقد عالما بقصد الطرف الآخر، أو لا يمكن أن يجهله، غير أنه يصبح من الصعب على البائع معرفة قصد المشتري إذا لم تكن بينهما معاملات سابقة، ولذلك تقرر الفقرة الثانية - في هذا الخصوص - وجوب أن تفسر التصرفات والبيانات التي تصدر عن أحد الطرفين وفقا لما يفهمه الشخص العادي الذي يتواجد في نفس الظروف⁴⁵.

الفرع الثاني: الآثار التي تنشأ عن الأحكام التي تقررها الفقرة الأولى من المادة الثامنة بشأن المصلحة المرجوة من العقد (معييار القصد الذاتي):

تضمنت المادة الثامنة من الاتفاقية قواعد تتوافق مع مبادئ مسلم بها في التجارة الدولية⁴⁶، تُعنى بتفسير البيانات والتصرفات الصادرة عن الطرفين بشرط أن تكون متعلقة بمسألة تحكمها الاتفاقية⁴⁷، وبناء عليه إذا تعلق بيان أو تصرف أحد الطرفين بمسألة تحكمها الاتفاقية فينبغي أن تستخدم المعايير التفسيرية المنصوص عليها في المادة الثامنة، سواء أكانت البيانات والتصرفات تتعلق بمسألة بشأن تكوين العقد أو حقوق والتزامات الطرفين، وهو ما استقر عليه العمل قضاءً عند تفسير البيانات والتصرفات المتعلقة بتكوين العقد⁴⁸، وتنفيذه⁴⁹، وفسخه⁵⁰.

وأبرز ما يثير الاهتمام بشأن الآثار التي تنشأ عن القاعدة التي تقررها المادة الثامنة من الاتفاقية هي الأحكام المتعلقة بتحديد المصلحة المرجوة من إبرام العقد، ولبيان هذه المسألة نسوق المثال التالي: أبرم البائع (س) المتخصص في إنتاج وتسويق قطع غيار الآلات عقدا مع المشتري (ص) شركة إنشاءات داخلية An Interior Construction Company وكانت البضاعة محل التعاقد عبارة عن عدد (500) ترس ذهبي بأشكال وأحجام محددة، وتبين للمشتري - بعد وصول البضاعة - أنها جميعها تحمل بقعة خفيفة لا يمكن إزالتها، تقلل من لمعانها، إلا أنها لم تكن تحد من استخدامها كقطع غيار للآلات؛ غير أن المشتري كان ينوي

استخدام هذه القطع كأجزاء من عرض زخرفة فنية في مدخل متجر متعدد الأقسام يمارس فيه نشاطه التجاري، وتأسيسا على هذا الغرض فإن وجود هذه الشوائب التي تحد من لمعان هذه التروس يشكل مخالفة جوهرية تقتضي فسخ العقد بالنسبة للمشتري؛ غير أن هذا الأخير لم يخطر البائع بهذه التفاصيل الدقيقة والجوهرية عندما تقدم بطلب شراء الكتروني عبر الموقع الالكتروني للبائع، ولم يتضمن هذا الطلب بندا يؤكد أن لمعان ونقاء المظهر الخارجي للتروس مسألة جوهرية بالنسبة له، فلم يكن البائع يعلم بأهمية لمعان التروس بالنسبة للمشتري⁵¹.

وأبرز ما يسترعي الاهتمام في هذا الصدد مدى أحقية المشتري في أن يتوقع بموجب هذا العقد أن تكون التروس محل التعاقد - التي من المفترض أن تستخدم كقطع غيار لنوع معين من الآلات - خالية من الشوائب التي تقلل من لمعانها، لأنه كان ينوي استخدامها في أغراض تتعلق بزخرفة فنية تعتمد على المظهر الخارجي لها، إن مفهوم ما ذهب إليه نص الفقرة الأولى من المادة الثامنة من الاتفاقية يقتضي ألا يحق للمشتري أن يتوقع الحصول على ذلك، فلم يكن البائع يعلم بحقيقة ما كان يسعى المشتري للحصول عليه، ولم يقدّر هذا الأخير بإخطاره بأهمية لمعان ونقاء المظهر الخارجي للتروس وأنه كان ينوي استخدامها ضمن أعمال الديكور الخاصة بمتجره، فقد تسلم البائع طلب الشراء عبر موقعه الالكتروني ضمن العديد من طلبات الشراء لقطع الغيار، وقد يدرك البائع المصلحة التي قصد المشتري تحقيقها إذا توافقت مع المصلحة التي من المفترض أن يسعى الشخص العادي سوي الإدراك إلى الحصول عليها بموجب العقد، وهو الحكم الذي أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة الثامنة من الاتفاقية؛ غير أن الشخص سوي الإدراك الذي يتواجد في نفس ظروف البائع من غير الممكن أن يدرك - بحسب المجرى العادي للأمور - أن المشتري كان ينوي استخدام التروس كجزء من أعمال الديكور الخاصة بمتجره، إذا تلقى طلب الشراء عبر موقعه الالكتروني دون أن يتضمن بندا صريحا أو ضمنيا يشير إلى الأغراض الخاصة التي يطمح المشتري إلى تحقيقها بموجب العقد⁵².

وبعبارة أكثر وضوحا، تلزم الفقرة الأولى من المادة الثامنة المحكمة بأن تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين وفقا لما قصده هذا الطرف، متى كان الطرف الآخر يعلم بهذا القصد، أو لا يمكن أن يجهله، وبناء عليه يتعين التحقق من القصد الذاتي لأحد الطرفين متى كان الطرف الآخر يعلم ذلك القصد⁵³، أو لا يمكن أن يجهله⁵⁴، ويؤكد القضاء أن المادة (1/8) من اتفاقية البيع تدعو، في تسليمها بمعايير ذاتية للتفسير، إلى التحقق من القصد الحقيقي للطرفين، وتستبعد استخدام تحقيقات علم النفس المتعمقة، وتعطي شروط العقد معناها الحرفي إذا كانت واضحة، ولا يمكن للطرفين أن يدعيا لاحقا أن قصدهما غير المعلن ينبغي أن يسري⁵⁵، ويتعين على الطرف الذي يدعي بوجود انطباق هذه المادة أن يثبت ذلك⁵⁶.

ويجدر بنا قبل مغادرة هذه المسألة التأكيد على أن انطباق الفقرة الأولى من المادة الثامنة يقتضي - وفقا لما ذهبنا إليه هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية - أن تكون بين الطرفين علاقة وثيقة، ويعرفان بعضهما معرفة جيدة، أو أن يكون مدلول البيانات، أو التصرفات واضحا ويفهمه الطرف الآخر بسهولة⁵⁷.

الفرع الثالث: وجوب أن تكون المصلحة المرجوة من إبرام العقد منطقية (التفسير الموضوعي):

لما كانت فكرة المخالفة الجوهرية تقوم أساسا على حرمان المتعاقد من الحصول على المصالح التي كان يتوقع تحقيقها بموجب العقد، إلا أنه يشترط - على الدوام - أن تكون هذه المصالح منطقية وألا تتجاوز حدود المصلحة التي من المفترض أن يتوقع المتعاقد الحصول عليها بموجب العقد⁵⁸، وبناء عليه لا تسري المادة (25) من الاتفاقية والحكم الذي تقرره بشأن المخالفة الجوهرية في الأحوال التي يرتكب فيها أحد الطرفين مخالفة يحرم بسببها الطرف الآخر من الحصول على المصلحة المرجوة من إبرام العقد، إذا كانت هذه الأخير غير منطقية Illegitimate Expectations وتتجاوز حدود ما يحق للمتعاقد الحصول عليه بموجب العقد.

وتأسيساً على ما تقدم ، إذا تعذر استخدام معيار القصد الذاتي المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة الثامنة من الاتفاقية بشأن تفسير بيانات أحد الطرفين، أو تصرفاته المتعلقة بالمصلحة المرجوة من إبرام العقد⁵⁹، تعين اللجوء إلى تحليل أكثر موضوعية على النحو المنصوص عليه في الفقرة الثانية من نفس المادة⁶⁰، والتي تتيح للمحكمة أن تحدد قصداً افتراضياً⁶¹، أو معيارياً⁶²، وبمقتضى هذا الحكم تفسر البيانات وغيرها من التصرفات الصادرة عن أحد الطرفين - في هذا الخصوص - طبقاً لما يمكن أن يفهمه شخص سوي الإدراك ومن نفس الصلة إذا وضع في الظروف نفسها⁶³، وتستند الفقرة الثانية من المادة الثامنة إلى قاعدة (تفسير الوثيقة تجاه منشئها بأقل التفسيرات ملائمة له) والتي يتعين بمقتضاها تفسير الشروط التعاقدية القياسية لصالح الطرف الذي تستخدم ضده⁶⁴، ويصف القضاء التفسير القائم على هذا المعيار بأنه تفسير معقول⁶⁵.

ولا حاجة للتحقق من أن البائع كان يتوقع حرمان المشتري من الحصول على المصلحة المرجوة من التعاقد ، إذا كانت هذه الأخيرة غير منطقية، ولا يحق للمضروب أن يتوقع الحصول عليها، فضايط التوقع يفترض أن يتوافر قصد الاضرار لدى من تجرأ على القيام بالأفعال التي تشكل مخالفة في الأحوال التي يكون فيها عالماً أو من المفترض أن يعلم النتائج المترتبة عن المخالفة التي ارتكبها، أما إذا لم تكن المصالح التي يسعى الطرف المتضرر للحصول عليها منطقية، ولا يحق له أن يتوقع الحصول عليها، فلا يرقى حرمانه من الحصول عليها إلى مستوى المخالفة الجوهرية التي تؤدي إلى فسخ العقد، فإذا لم تكن المصالح منطقية فلا يحق لمن حرم من الحصول عليها الاحتجاج على من كان سبباً في هذا الحرمان⁶⁶.

وتأسيساً على ما سبق، لا يصلح ضابط التوقع أساساً لقيام المخالفة الجوهرية التي تؤدي إلى فسخ العقد إلا إذا تضمن العقد بنداً صريحاً، أو ضمناً يشير إلى المصلحة التي كان المضروب يسعى إلى الحصول عليها، أو نجح هذا الأخير في إثبات أنه قد كشف للطرف الآخر مدى أهمية هذه المصلحة، وأنها كانت الدافع الأساسي للتعاقد أثناء المفاوضات التي سبقت إبرام العقد، ويؤكد اتجاه في الفقه نجاح واضعي الاتفاقية في تقرير حكم - بموجب نص المادة (25) - يوفر الحماية للبائع حسن النية من المفاجآت غير السارة، في الأحوال التي يسعى فيها المشتري للحصول على مصلحة لا يكشف عنها المجري العادي للأمر ، ولم يلق البائع إخطاراً صريحاً أو ضمناً بشأنها⁶⁷، للحد من مسؤوليته.

الخاتمة: يهدف مفهوم المخالفة الجوهرية - بحسب النهج الذي انتهجه واضعو الاتفاقية - إلى الحفاظ على العلاقة التي تنشأ بموجب العقد إلى الحد الذي يتوافق مع المصالح التي يحق للمتعاقد أن يتحصل عليها بموجب العقد، وتبين المادة (25) من الاتفاقية العناصر الأساسية للمخالفة الجوهرية، وتؤكد على وجوب أن يحرم المضروب من المصلحة المرجوة من إبرام العقد، وقد تبين لنا بعد دراسة عنصر الحرمان الجوهري اللازم لقيام المخالفة الجوهرية الآتي:

أولاً: النتائج: بعد الدراسة والبحث في مفهوم الحرمان الجوهري من المصلحة المرجوة من إبرام العقد اللازم لقيام المخالفة الجوهرية تبين لنا الآتي:

- 1 - تكون المخالفة جوهرية إذا حُرم المضروب بسببها من الحصول على المصلحة المرجوة من إبرام العقد، إلا إذا لم يكن مرتكبها، أو الشخص سوي الإدراك من نفس الصلة وفي نفس الظروف يتوقع وقوع الآثار السلبية للمخالفة.
- 2 - يقصد بالشخص السوي الإدراك التاجر المعتدل الذي يتواجد في نفس الظروف، ويتوافر لديه قدر معتدل من الخبرة والمعرفة بالشروط والأحكام - المحلية والدولية - التي تحكم مجال تجارته.

3 - لا يعد الضرر في حد ذاته حرماناً جوهرياً ما لم يتسبب في حرمان المضرور من المصلحة المرجوة من إبرام العقد، فليس كل ضرر حرماناً من المصلحة المرجوة، وكل حرمان ينشأ عنه ضرر، ويشمل الحرمان الجوهري عدم التنفيذ المطلق لأحد أو كل بنود العقد، والخلل في التنفيذ الذي يتسبب في عدم الاستفادة من البضاعة في الأغراض التي أعدت من أجلها.

ثانياً: التوصيات: تتجسد التوصية الأساسية لهذا البحث - الذي تركز حول مفهوم الحرمان الجوهري اللازم لقيام المخالفة الجوهريّة وفقاً للاتفاقية محل البحث - في الدعوة إلى تضمين الاتفاقية نصاً يقضي بأن يتضمن العقد المبرم بين الطرفين بنداً صريحاً يبين على وجه التحديد المصلحة المرجوة التي يسعى كل طرف إلى الحصول عليها بموجب العقد، لكي يصبح من السهل التحقق من مدى تعرض المضرور إلى حرمان جوهري من عدمه.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية:

1 - الاونسيترال: نبذة عن السوابق القضائية المستندة إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، إصدار عام 2016.

2 - بن زروق فتيحة: فسخ العقد طبقاً لاتفاقية فيينا لسنة 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014/2015.

3 - رشا مصطفى أبو الغيط: الإخلال المبرر لفسخ عقد البيع الدولي للبضائع - في ضوء أحكام اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا 1980)، مجلة القانون والاقتصاد - العدد (الرابع والتسعون)، يوليو 2021.

ثانياً: المراجع باللغة الانجليزية:

1 - Alysha Salinger: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): What is the Relevant Time of Foreseeability in Article 25?, MA Thesis, Faculty of Law, University of Technology Sydney, 2011.

2 - Amir Al-Hajaj: The Concept of Fundamental Breach and Avoidance under CISG, A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy, School of Law, Brunel University, 2015.

3 - Ana Paula S. C. Rizzo de Barros: Definition of Fundamental Breach under CISG's Art. 25 and Analysis of Recent Case Law, (L.L.M.) in American Law, Wake Forest University, May 2017.

4 - Bazhar Abdullah Ahmed and Hassan Mustafa Hussein: Avoidance of Contract as a Remedy under CISG and SGA: Comparative Analysis, Journal of Law, Policy and Globalization, Vol.61, 2017.

5 - Eric C. Schneider: Consequential Damages in The International Sale of Goods: Analysis of Two Decisions, U. Pa. J. Int'l Bus. L., Vol. 16:4, 1995.

6 - Larry A. Dimatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene and Virginia Maurer: The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen of CISG Jurisprudence, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Volume 24, Issue 2 Winter, 2004 .

7 - Sandra Ukneviute: The Concept of Fundamental Breach Of The Contract In A Comparative Perspective, MA Thesis, Faculty Of Law, Mykolas Romeris University, Vilnius, 2011.

8 - Ulrich Magnus, Hamburg: The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG - General Remarks and Special Cases, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25:423, 2005-06.

9 - Yasutoshi Ishida: Identifying Fundamental Breach of Articles 25 and 49 of The CISG: The Good Faith Duty of Collaborative Efforts To Cure Defects - Make The Parties Draw a Line in The Sand of Substantiality, *Michigan Journal of International Law*, Volume 41, Issue 1, 2020.

1 - هذه الاتفاقية قامت بإعدادها مجموعة العمل التابعة للجنة الأمم المتحدة لتوحيد قواعد القانون التجاري الدولي (UNCITRAL) ، ودعت الجمعية العامة للأمم المتحدة الدول إلى التوقيع على نسختها النهائية بتاريخ 11 نيسان / أبريل 1980، ودخلت الاتفاقية حيز النفاذ في 1 كانون الثاني / يناير 1988 ، وقد بلغ عدد الدول التي صادقت عليها خمس وتسعون دولة، ورغم الإقبال الكبير من قبل الدول في المصادقة على هذه الاتفاقية إلا أن دولة ليبيا لم تصادق عليها. انظر الموقع الرسمي لليونسيترال على شبكة الانترنت:

<https://uncitral.un.org>

2 - قضت المادة (74) من الاتفاقية بأنه: (يتألف التعويض عن مخالفة أحد الطرفين للعقد من مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت بالطرف الآخر والكسب الذي فاته نتيجة للمخالفة. ولا يجوز أن يتجاوز التعويض قيمة الخسارة والربح الضائع التي توقعها الطرف المخالف أو التي كان ينبغي له أن يتوقعها وقت انعقاد العقد في ضوء الوقائع التي كان يعلم بها أو التي كان من واجبه أن يعلم بها كنتائج متوقعة لمخالفة العقد).

3 - See for more details: Ulrich Magnus, Hamburg: The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG - General Remarks and Special Cases, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25:423, 2005-06, p 25.

4 - Article 25 CISG presents a complex definition of fundamental breach and it is frequently criticized for its wording, style and structure. In terms of its wording, the definition of Article 25 CISG is in 'extremely vague and ambiguous' language.³¹ It is also somewhat 'lacking in detail. See for more details: Amir Al-Hajaj: The Concept of Fundamental Breach and Avoidance under CISG, A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy, School of Law, Brunel University, 2015, p 85-87.

5 - See for more details Bazhar Abdullah Ahmed and Hassan Mustafa Hussein: Avoidance of Contract as a Remedy under CISG and SGA: Comparative Analysis, *Journal of Law, Policy and Globalization*, Vol.61, 2017, p 128.

6 - Larry A. Dimatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene and Virginia Maurer: The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen years of CISG Jurisprudence, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Volume 24, Issue 2 Winter, 2004, p 414.

7 - PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS.

8 - بن زروق فتيحة: فسخ العقد طبقا لاتفاقية فيينا لسنة 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015/2014 ، ص 17 .

9 - Sandra Ukneviute: The Concept of Fundamental Breach Of The Contract In A Comparative Perspective, MA Thesis, Faculty Of Law, Mykolas Romeris University, Vilnius, 2011, p 13.

10 - Principles Of Contract Law.

11 - Sandra Ukneviute, op. cit., p14.

12 - Ibid., p14.

13 - Ibid., p15.

14 - قد يتضمن العقد بندا صريحا يبين الغرض الأساسي من العقد والمنفعة التي قد تعود على المتعاقدين من إبرامه، ومثال ذلك أن يتم التعاقد على شراء صفقة من الورود أو النباتات النادرة ويتضمن العقد نصا يفيد بأن المستهدف هو العرض في أحد المعارض التي تقام في احتفالات الربيع مثلا، فإذا وقع تأخير في التسليم كان من شأنه فوات موعد إقامة المعرض غد ذلك مخالفة جوهرية بسبب فوات ما كان المتعاقد يسعى للحصول عليه من إبرام العقد. انظر: رشا مصطفى أبو الغيط: الإخلال المبرر لفسخ عقد البيع الدولي للبضائع - في ضوء أحكام اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا 1980)، *مجلة القانون والاقتصاد - العدد (الرابع والتسعون)*، يوليو 2021 ، ص 274 - 275.

15 - Sandra Ukneviute, op. cit., p15.

16 - 29 May 2009 United States District Court, Southern District of New York *Doolim Corp. v. R Doll, LLC, et al.*, No. 08 Civ. 1587(BSJ)(HBP). Ibid., p15.

17 - قضية كلاوت (نظام كلاوت هو نظام أنشئ لجمع السوابق القضائية المستندة إلى نصوص الاونسيترال وتعميمها) رقم 308 (المحكمة الاتحادية في استراليا، استراليا، 28 نيسان / أبريل 1995). الاونسيترال : نبرة عن السوابق القضائية المستندة إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، إصدار عام 2016، ص 115.

18 - Bunge Corp. v Tradax Export SA case (1981). See: Sandra Uknevičute, op. cit., p15.

19 - Lord Roskill opinion case. Ibid., p15

20 - قضية كلاوت رقم 90 (Pretura circondariale di Parma ، إيطاليا، 24 تشرين الثاني / نوفمبر 1989) (تسليم جزئي فقط ومتأخر للغاية)، قضية كلاوت رقم 136 (محكمة الاستئناف الإقليمية في سيلبي، ألمانيا، 24 أيار / مايو 1995). الاونسيترال ، مرجع سبق ذكره ، ص 114 .

21 - قضية كلاوت رقم 130 (محكمة الاستئناف الإقليمية في دوسلدورف ، ألمانيا ، 14 كانون الثاني / يناير 1994)، قضية كلاوت رقم 468 (هيئة التحكيم التجاري الدولي التابعة لغرفة الاتحاد الروسي للتجارة والصناعة، الاتحاد الروسي، 5 تشرين الأول / أكتوبر 1998)، قضية كلاوت رقم 578 (محكمة الولايات المتحدة لمنطقة لمنطقة ميتشيغان الغربية، الولايات المتحدة ، 17 كانون الأول / ديسمبر 2001) ، قضية كلاوت رقم 810 (اللجنة الصينية للتحكيم الاقتصادي والتجاري الدولي، جمهورية الصين الشعبية، 10 أيار / مايو 2005 ، الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 114.

22 - قضية كلاوت رقم 275 (محكمة الاستئناف الإقليمية في دوسلدورف ، ألمانيا ، 24 نيسان / أبريل 1997)، وكذلك: محكمة الاستئناف في براندينبورغ، ألمانيا، 18 تشرين الثاني / نوفمبر 2008 ، الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 114.

23 - Sandra Uknevičute, op. cit., p16.

24 - قضية كلاوت رقم 171 (المحكمة الاتحادية، ألمانيا، 3 نيسان / أبريل 1996). الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 115.

25 - Shoes case, Case No. 5U 15/93, The Oberlandesgericht Frankfurt am Main of Germany, January 18, 1994. See: Sandra Uknevičute, op. cit., p16.

26 - المحكمة الشعبية العليا، جمهورية الصين الشعبية، 30 حزيران / يونيو 2014 ، ThyssenKrupp Metallurgical Products GmbH v. Sinochem International (Overseas) Pte Ltd ، حكم منبني. قضية كلاوت رقم 171 (المحكمة الاتحادية، ألمانيا، 3 نيسان / أبريل 1996). قضية كلاوت رقم 248 (المحكمة الاتحادية ، سويسرا ، 28 تشرين الأول / أكتوبر 1998). الاونسيترال، مرجع سبق ذكره ، ص 115.

27 - Sandra Uknevičute, op. cit., p16.

28 - محكمة الاستئناف، فرنسا، 25 كانون الثاني / يناير 2012 ، النسخة الفرنسية الأصلية متاحة على الانترنت على الرابط: www.cisg-france.org ، ولدى الاستئناف، قضية كلاوت رقم 1505 (محكمة النقض، فرنسا، 17 كانون الأول / ديسمبر 2013). قضية كلاوت رقم 150 (محكمة النقض، فرنسا، 23 كانون الثاني / يناير 1996). قضية كلاوت رقم 79 (محكمة الاستئناف الإقليمية في فرانكفورت أم ماين، ألمانيا، 18 كانون الثاني / يناير 1994). محكمة منطقة لاندنوت، ألمانيا، 5 نيسان / أبريل 1995. المحكمة الاتحادية، سويسرا، 18 أيار / مايو 2009 (Internationales Handelsrecht) 2010. الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 115.

29 - قضية كلاوت رقم 107 (محكمة الاستئناف الإقليمية في انسبروك ، النمسا ، 1 تموز / يوليو 1994). للإطلاع على قضية مماثلة، انظر - أيضا - قضية كلاوت رقم 992 (المحكمة الجزئية في كوبنهاغن، الدنمارك، 19 تشرين الأول / أكتوبر 2007). الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 115.

30 - SARL Ego Fruits v. La Verja, RG 98\02700, Feb. 4, 1999.

31 - Larry A. DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene and Verginia Maurer, op. cit., p 412 - 413.

32 - المحكمة الاتحادية، سويسرا، 2 نيسان / أبريل 2015، www.servat.unibe.ch (التسليم المتأخر للوثائق، لا توجد مخالفة جوهرية)، محكمة الاستئناف في ميلانو، إيطاليا، 20 آذار / مارس 1998، يونيلكس (تسليم متأخر)، قضية كلاوت رقم 275 (محكمة الاستئناف الإقليمية في دوسلدورف ، ألمانيا ، 24 نيسان / أبريل 1997) (تسليم متأخر)، قضية كلاوت رقم 301 (هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، 1992 (قرار التحكيم رقم 7585) (سداد متأخر)، قضية كلاوت رقم 859 (المحكمة العليا في أونتاريو، كندا، 6 تشرين الأول / أكتوبر 2003) (تسليم متأخر، افتراض وقوع مخالفة جوهرية بناء على الوقائع). الاونسيترال، مرجع سبق ذكره ، ص 115 .

33 - قضية كلاوت رقم 277 (محكمة الاستئناف الإقليمية في هامبورغ، ألمانيا، 28 شباط / فبراير 1997) (اعتُبر التسليم المتأخر لبضائع ذات سوق متقلبة، في إطار بيع مع التسليم خالص التكلفة والتأمين وأجرة الشحن (سيف) ، مخالفة جوهرية للعقد .) الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 115.

34 - محكمة الاستئناف في ميلانو، إيطاليا، 20 آذار / مارس 1997، يونيلكس (طلب المشتري بضائع موسمية وأشار إلى الأهمية الجوهرية للتسليم في التاريخ المحدد، وإن كانت تلك الإشارة بعد إبرام العقد)، هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، فرنسا، كانون الثاني / يناير 1997 (قرار التحكيم رقم 7876) ICC International Court of Arbitration Bulletin (8786 ، 2000. الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 115.

35 - قضية كلاوت رقم 275 (محكمة الاستئناف الإقليمية في دوسلدورف، ألمانيا، 24 نيسان / أبريل 1997) (التسليم المتأخر يشكل مخالفة جوهرية للعقد حيث كان المشتري يفضل عدم التسليم بدلا من ذلك، وكان يمكن أن يكون البائع مدركا لذلك) قضية كلاوت رقم 759 (المحكمة العليا في أونتاريو، كندا، 6 تشرين الأول / أكتوبر 2003) (التسليم المتأخر يشكل مخالفة جوهرية لأن البائع كان يعلم أن المشتري اعتمد على الأداء في الوقت المناسب، وكان لابد له من أن يعتمد عليه، لكي يفي بعقد التسليم الخاص به مع أحد العملاء (غير أن المحكمة اعتمدت جزئيا على القانون الانغلو سكسوني). الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 115.

36 - قضية كلاوت 846 (محكمة الاستئناف في الولايات المتحدة (الدائرة الثالثة)، الولايات المتحدة، 19 تموز / يوليو 2007) (اعتُبر التأخير لمدة يومين الذي لم يمنع استعمال البضائع المسلمة مخالفة جوهرية). الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 115.

37 - انظر قضية كلاوت رقم 301 (هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، 1992 (قرار التحكيم رقم 7585). الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 115.

38 - France 4 June 2004 Appellate Court Paris (Pressure Cookers Case). See: Sandra Uknevičute, op. cit., p16 - 17.

39 - Sandra Uknevičute, op. cit., p17.

40 - المحكمة التجارية في كانتون زيوريخ، سويسرا، 26 نيسان / أبريل 1995. محكمة الاستئناف الإقليمية في كولونيا، ألمانيا، 14 تشرين الأول / أكتوبر 2002. قضية كلاوت رقم 937 (محكمة كانتون جورا، سويسرا، 26 تموز / يوليو 2007. الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 115.

41 - قضية كلاوت رقم 152 (محكمة الاستئناف، غرونوبل، فرنسا، 26 نيسان / أبريل 1995). قضية كلاوت رقم 282 (محكمة الاستئناف الإقليمية في كولبينتس، ألمانيا، 31 كانون الثاني / يونيو 1997. الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 115.

- Yasutoshi Ishida: Identifying Fundamental Breach of Articles 25 and 49 of The CISG: The Good Faith Duty of Collaborative Efforts To Cure Defects - Make The Parties Draw a Line in The Sand of Substantiality, Michigan Journal of International Law, Volume 41, Issue 1, 2020, p70.

43 - قضية كلاوت رقم 123 (المحكمة الاتحادية، المانيا، 8 آذار / مارس 1995). قضية كلاوت رقم 418 (محكمة الولايات المتحدة لمنطقة لويزيانا الشرقية، الولايات المتحدة 17 أيار / مايو 1999). وكذلك قضية كلاوت رقم 426 (المحكمة العليا، النمسا، 13 نيسان / أبريل 2000). وحكم محكمة غرينادا (اسبانيا، 2 آذار / مارس 2000). راجع: الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 114.

- Yasutoshi Ishida, op. cit., p 70 - 71. 44

- Yasutoshi Ishida, op. cit., p 71. 45

46 - قضية كلاوت رقم 303 (هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، 1994، قرار تحكيم رقم 7331). الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 54.
47 - انظر قضية كلاوت رقم 506 (المحكمة العليا، النمسا، 22 تشرين الأول / أكتوبر 2001). (المحكمة العليا، النمسا، 24 نيسان / أبريل 1997، متاح على الانترنت على الرابط: www.cisg.at). الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 54.

48 - قضية كلاوت رقم 429 (محكمة الاستئناف الإقليمية في فرانكفورت، المانيا، 30 آب / أغسطس 2000). وكذلك قضية كلاوت رقم 424 (المحكمة العليا، النمسا، 9 آذار / مارس 2000). ومحكمة منطقة تسفيكاو، المانيا، 19 آذار / مارس 1999. وقضية كلاوت رقم 189 (المحكمة العليا، النمسا، 20 آذار / مارس 1997). وقضية كلاوت رقم 176 (المحكمة العليا، النمسا، 6 شباط / فبراير 1996). وقضية كلاوت رقم 334 (محكمة الاستئناف في كانتون تورغا، سويسرا، 19 كانون الأول / ديسمبر 1995). الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 54.

49 - قضية كلاوت رقم 270 (المحكمة الاتحادية، المانيا، 25 تشرين الثاني / نوفمبر 1998). الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 54.

50 - قضية كلاوت رقم 282 (محكمة الاستئناف الإقليمية في كولبينتس، المانيا، 31 كانون الثاني / يناير 1997). الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 54.

- Yasutoshi Ishida, op. cit., p 71 - 72. 51

- Ibid., 72. 52

53 - قضية كلاوت رقم 222 (محكمة الاستئناف في الولايات المتحدة "الدائرة الحادية عشرة"، الولايات المتحدة، 29 حزيران / يونيو 1998)، راجع أيضا: حكم محكمة الولايات المتحدة لمنطقة نيويورك الجنوبية، الولايات المتحدة، 18 كانون الثاني / يناير 2011. وقرار هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، سويسرا، 2000 (قرار التحكيم رقم 10329). وقضية كلاوت رقم 268 (المحكمة الاتحادية، المانيا، 11 كانون الأول / ديسمبر 1996). الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 54.

54 - حكم محكمة الولايات المتحدة لمنطقة ماريلاند، الولايات المتحدة، 8 شباط / فبراير 2011، متاح على الرابط: www.cisg.law.pace.edu، وقضية كلاوت رقم 1034 (محكمة مقاطعة كاسيريس، اسبانيا، 14 تموز / يوليو 2010)، متاح على الرابط: www.cisgspanish.com، وقضية كلاوت رقم 851 (محكمة مقاطعة مدريد، الدائرة 14 أ، اسبانيا، 20 شباط / فبراير 2007)، وقرار معهد التحكيم الهولندي، هولندا 10 شباط / فبراير 2005. وحكم المحكمة التجارية في هاسيلت، بلجيكا، 26 أيار / مايو 2003. الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 54.

55 - حكم محكمة مقاطعة نافارا، الدائرة 3 أ، اسبانيا، 27 كانون الأول / ديسمبر 2007، الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 54.

56 - قضية كلاوت رقم 215 (حكم المحكمة الجزئية في سانت غالين، سويسرا، 3 تموز / يوليو 1997). الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 54.

57 - قرار هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، 1995 (قرار التحكيم رقم 8324)، يونيلكس. الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 55.

58 - Ana Paula S. C. Rizzo de Barros: Definition of Fundamental Breach under CISG's Art. 25 and Analysis of Recent Case Law, (L.L.M.) in American Law, Wake Forest University, May 2017, p 15.

59 - للإطلاع على قضية قُضي فيها بوجوب اللجوء إلى الفقرة الثانية من المادة الثامنة من الاتفاقية لتعذر إثبات القصد الذاتي، راجع: حكم محكمة الولايات المتحدة لمنطقة نيويورك الجنوبية، الولايات المتحدة، 18 كانون الثاني / يناير 2011. الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 55.

60 - قرار هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، 1995 (قرار التحكيم رقم 8324)، يونيلكس. راجع أيضا حكم محكمة الولايات المتحدة لمنطقة نيويورك الجنوبية، الولايات المتحدة، 18 كانون الثاني / يناير 2011. وحكم محكمة الولايات المتحدة لمنطقة كولورادو، الولايات المتحدة، 6 تموز / يوليو 2010. وحكم محكمة الاستئناف في مدينة بازل، سويسرا، 26 أيلول / سبتمبر 2008. وحكم محكمة الاستئناف الإقليمية في لينتس، النمسا، 23 آذار / مارس 2005. وحكم المحكمة العليا، هولندا، 7 تشرين الثاني / نوفمبر 1997، يونيلكس. الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 55.

61 - حكم المحكمة التجارية في أرغو، سويسرا، 26 تشرين الثاني / نوفمبر 2008. الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 55.

62 - حكم المحكمة التجارية في أرغو، سويسرا، 5 شباط / فبراير 2008. وقضية كلاوت رقم 931 (المحكمة الاتحادية، سويسرا، 5 نيسان / أبريل 2006). وقضية كلاوت رقم 877 (المحكمة الاتحادية، سويسرا، 22 كانون الأول / ديسمبر 2000). الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 55.

63 - حكم محكمة كانتون سانت غالين، سويسرا، 15 حزيران / يونيو 2010، وحكم محكمة أرنهيم، هولندا، 7 تشرين الأول / أكتوبر 2009. وقضية كلاوت رقم 1179 (محكمة العدل في ريو غراندي دي سول، البرازيل، 20 أيار / مايو 2009). وحكم المحكمة العليا في سلوفاكيا، 30 نيسان / أبريل 2008. الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 55.

64 - حكم المحكمة الاتحادية، المانيا، 28 أيار / مايو 2014. وقضية كلاوت رقم 1232 (محكمة الاستئناف الإقليمية في شتوتغارت، المانيا، 31 آذار / مارس 2008). الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 56.

65 - حكم محكمة الولايات المتحدة لمنطقة كولورادو، الولايات المتحدة، 6 تموز / يوليو 2010. وكذلك قضية كلاوت رقم 273 (محكمة الاستئناف الإقليمية في ميونيخ، المانيا، 9 تموز / يوليو 1997). وانظر أيضا حكم محكمة أرنهيم، هولندا، 11 شباط / فبراير 2009. الاونسيترال، مرجع سبق ذكره، ص 55.

- Yasutoshi Ishida, op. cit., p 72 - 73. 66

- Ibid., p 73. 67