

دولة ليبيا
المجلس الأعلى للقضاء
إدارة القضايا



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وَأَنَّ حَكْمَتَكُمْ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِأَقْسَطِ أِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ
صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمَ

مجلة إدارة القضايا

مجلة قانونية نصف سنوية تصدرها
إدارة القضايا بدولة ليبيا

العدد (27 - 28) السنة الرابعة عشر يونيو / ديسمبر 2015
العدد (29 - 30) السنة الخامسة عشر يونيو / ديسمبر 2016
العدد (31) السنة السادسة عشر يونيو — 2017

دولة ليبيا
المجلس الأعلى للقضاء
إدارة قضايا الحكومة



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وَأَنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِأَقْسَطِ أِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ
صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

مجلة إدارة قضايا الحكومة

مجلة قانونية نصف سنوية تصدرها إدارة قضايا الحكومة بدولة ليبيا

العدد (27 - 28) السنة الرابعة عشر يونيو / ديسمبر 2015
العدد (29 - 30) السنة الخامسة عشر يونيو / ديسمبر 2016
العدد (31) السنة السادسة عشر يونيو و 2017

إدارة القضيبي

مجلة

إدارة قضايا الحكومة

مجلة قانونية نصف سنوية تصدرها إدارة قضايا الحكومة بدولة ليبيا

رئيس هيئة التحرير

المستشار / د. خليفة سالم الجهمي

رئيس إدارة قضايا الحكومة

أمين الصندوق

المستشار / د. فريد إبراهيم الفتحي

مدير الشؤون الإدارية والمالية بإدارة قضايا الحكومة

أمين هيئة التحرير

المستشار / عبدالفتاح مختار بن صابر

وكيل إدارة قضايا الحكومة

الهيئة الاستشارية للمجلة

المستشار / هالة محمد التبو

عضو قسم النقص بإدارة قضايا الحكومة

الأستاذة / أمينة محمد الحسنوي

عضو قسم النقص بإدارة قضايا الحكومة

المستشار / خالد أبو عائشة البوعيشي

عضو قسم النقص بإدارة قضايا الحكومة

الدكتور / محمد علي خليفة الخربوشي

المصحح اللغوي

• مقر المجلة :

إدارة قضايا الحكومة - مجمع المحاكم - شارع السيدي - طرابلس / ليبيا

جميع المراسلات المتعلقة بالمجلة توجه باسم رئيس هيئة التحرير أو أمينها على العنوان المبين أعلاه

قواعد النشر بالمجلة :

- أن لا يكون العمل المقدم للنشر قد سبق نشره .
- تخضع المواد المقدمة للنشر للتقييم حسب الأصول المتعارف عليها .
- الأعمال المقدمة للنشر بالمجلة لا ترد إلى أصحابها سواء قبلت أم لم تقبل .
- يتعين أن يكون العمل المقدم للنشر مطبوعاً من أصل وصورة ومستوفياً لقواعد البحث العلمي ، ومنسوخاً على قرص مرن أو مضغوط CD بخط Traditional Arabic حجم 14 .
- على صاحب العمل المقدم للنشر إرفاق نبذة موجزة بسيرته وعنوانه .

الاشتراكات :

يتفق بشأنها مع هيئة تحرير المجلة .

الآراء التي تنشر بالمجلة تنسب لأصحابها ولا تعبر بالضرورة عن رأي هيئة التحرير أو الإدارة

المحتويات

البحوث والدراسات

- 9 حجية الأحكام الدستورية وأثارها (دراسة تحليلية مقارنة)
المستشار: د. خليفة سالم الجهمي
- 77 مركز الفرد في القانون الدولي العام وأثره في حماية حقوق الإنسان
الدكتور / عادل عبد الحفيظ كندير
- 109 تحديد أعمال المنفعة العامة في قرارات نزع الملكية الخاصة في القانون الليبي
الأستاذة : أمينة محمد الحسنوي

التعليقات على الأحكام

- 135 التطبيق للضرر والعيب
الدكتور / محمد الهادي زبيدة

الأحكام

- 189 الطعن الدستوري رقم (59/1 ق)
197 الطعن الدستوري رقم (42/2 ق)
205 الطعن الدستوري رقم (59/3 ق)
210 الطعن الدستوري رقم (59/8 ق)
219 الطعن الدستوري رقم (59/16 ق)
224 الطعن الدستوري رقم (59/25 ق)
233 الطعن الدستوري رقم (59/29 ق)

التشريعات

- 241 قانون رقم (1) لسنة 2013 ميلادية في شأن منع المعاملات الربوية
- 244 قانون رقم (11) لسنة 2014 ميلادية بإنشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد
- 255 قانون رقم (5) لسنة 2015 ميلادية بشأن تقاعد أعضاء مجلس النواب المؤقت ومجلس النواب الدائم
- 257 قانون رقم (6) لسنة 2015 ميلادية في شأن العضو العام
- 261 قانون رقم (7) لسنة 2015 ميلادية بتعديل القانون رقم (1) لسنة 2013م في شأن منع المعاملات الربوية

الوثائق

- 265 التقرير الختامي الصادرة عن الاجتماع الثاني عشر لرؤساء إدارات وهيئات قضايا الدولة في الدول العربية - المنعقد في بيروت خلال الفترة من 22 - 24.08.2016

تقديم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يستمر صدور مجلة إدارة قضايا الحكومة بفضل عزيمة وإصرار أبنائها المخلصين ، بعد تعثرها لبضع سنوات لظروف خارجة عن إرادة القائمين عليها . ولقد توالى صدور أعداد مجلة إدارة قضايا الحكومة عدداً بعد آخر منذ شهر ديسمبر عام 2002 حتى شهر ديسمبر 2010 وتبوأَت بذلك المكانة التي تستحقها من بين الدوريات القانونية في ليبيا ، لأهتمامها بنشر الأبحاث والدراسات والتعليقات في كل فروع القانون والشرعية الإسلامية ، وكذلك سبقها إلى نشر أحكام المحكمة العليا بما تتضمنه من مبادئ قانونية فور صدورها ، فضلاً على نشرها أهم التشريعات الصادرة أولاً بأول .

وهو ما ساهم بصورة لا تخفى على أحد في إنكاء روح المعرفة القانونية ، وإتاحة الفرصة أمام الباحثين لطرح أفكارهم ، وتوفير المادة العلمية للمشتغلين في مجال القانون لإثراء دراساتهم .

وإذ أقدم هذا العدد فإننا نرجو من الله تعالى أن ينتفع القارئ الكريم بما أحتواه من بحوث ودراسات وتعليقات .

كما أدعو الله العلي القدير أن تحافظ مجلة إدارة قضايا الحكومة على هذا المستوى العلمي الرفيع في إصداراتها القادمة ، لتلاحق بذلك كبريات الدوريات المتخصصة بهذا المجال في الدول الأخرى ..

وأخر دعوانا الحمد لله رب العالمين .

المستشار / د. خليفة سالم الجهمي

رئيس إدارة قضايا الحكومة

ورئيس هيئة تحرير المجلة

إدارة القضيبي

البحوث والدراسات

القضايا

إدارة القضيبي

حجية الأحكام الدستورية وأثارها (دراسة تحليلية مقارنة)

المستشار / د. خليفة سالم الجهمي
رئيس إدارة قضايا الحكومة

المقدمة

يترتب على صدور الحكم القضائي - أيا كان - عدة آثار من أهمها تمتعه بحجية الشيء المقضي به حيث تكون له الحجية فيما فصل فيه من الحقوق ، وهذا الأثر يترتب كقاعدة عامة اعتبارا من تاريخ صدور الحكم بما مؤداه أن الحكم يكتسب بمجرد صدوره الحجية كقرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ما دام قائما لم يبلغ وذلك فيما فصل فيه من الحقوق بين نفس الخصوم هذا ما قرره التشريعات في الدول محل الدراسة ، من ذلك ما نصت عليه المادة (1/393) من القانون المدني الليبي بأن ((الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم أو ورثتهم أو خلفهم دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بذات الحق محلا وسببا))⁽¹⁾.

(1) يشير استعمال المشرع لتعبير « الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي » الخلط بين حجية الشيء المقضي وقوة الأمر المقضي ، باعتبار أن حجية الشيء المقضي تثبت لكل حكم قطعي بمجرد صدوره ، أما قوة الأمر المقضي فهي وصف لا يكتسبه الحكم إلا إذا كان نهائيا أي غير قابلا للطعن فيه بأحد طرق الطعن العادية (راجع في ذلك رسالة الدكتور أحمد السيد صاوي ، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1971).

والمفترض الأولي الذي تقوم عليه هذه القرينة هو أن الحكم قد صدر صحيحاً من ناحية الشكل ، وأنه على حق من ناحية الموضوع ، حيث يقع على المحكمة التي أصدرته وغيرها من المحاكم واجب احترامه بعدم العدول عنه إلا بالطرق المقررة للطعن عليه ، كما يلتزم خصوم الدعوى بالامتناع عن طرح ما تم الفصل فيه مجدداً بدعوى مبتدأه ، وإلا ووجه ذلك بالدفع بعدم قبول الدعوى لسابقة الفصل فيها ، كل ذلك حرصاً من المشرع على وضع حد للمنازعات القضائية ، واستقرار الحقوق والمراكز القانونية ، والحيلولة دون تعدد الأحكام وتناقضها حول المسألة الواحدة ، باعتبار أن الحكم بصدوره يفترض أنه عنوان الحقيقة .

وعلى ضوء ذلك يمكن إجمال عناصر حجية الشيء المقضي في النقاط التالية :

1. أن يكون هناك حكم قضائي فاصلاً في خصومة صحيحة انعقدت أمام محكمة لها ولاية القضاء فيها⁽¹⁾.
2. أن يكون هذا الحكم متضمناً قضاءً قطعياً في موضوع الدعوى أو في شق متفرع عنه ، أي مشتملاً على تأكيد قضائي يتعلق بالحق أو المركز القانوني المتنازع عليه⁽²⁾.

(1) راجع حكم المحكمة العليا الليبية الصادر بتاريخ 1975.05.04 في الطعن المدني رقم 20/104 ق ومما جاء فيه « أن الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية في حدود ولايتها متى صارت نهائية غير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المقررة قانوناً ، فإنها تكون لها حجيتها أمام المحاكم المدنية » مجلة المحكمة العليا الليبية ، س12 ، ع2 ، ص22 .

(2) راجع حكم المحكمة العليا الليبية الصادر بتاريخ 2001.06.18 في الطعن المدني رقم 43/453 ق والذي جاء فيه بأن « حجية الأحكام التي تمنع من إعادة النزاع بين الخصوم بصورة نهائية إنما تقتصر على ما فصل فيه الحكم من أوجه المنازعة الموضوعية بين أطراف الدعوى ، أما إذا اقتصر قضاء الحكم على عدم قبول الدعوى لتخلف شرط =

3. أن يصدر الحكم في حدود طلبات الخصوم ، فإذا ما قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه ، فلا يحوز الحجية فيما تجاوز عما طلبه الخصوم⁽¹⁾.
4. الأصل أن الحجية لا تنصب إلا على المنطوق الصريح أو الضمني للحكم ، ولا تنصرف إلى الوقائع والأسباب الواردة به ، إلا إذا كانت هذه الأسباب مرتبطة ارتباطا وثيقا غير قابل للتجزئة بالمنطوق ، بحيث لا يكون له قوام بدونها وتعد بذلك مكملة له⁽²⁾.
5. تحدد نطاق حجية الحكم باتحاد الخصوم في الدعوى ، وبوحدة موضوعها وسببها ، فلا يجوز للخصوم أنفسهم أو ورثتهم أو خلفهم أن يعيدوا النزاع مجددا حول نفس موضوع الدعوى والسبب الذي تقوم عليه مرة أخرى التزاما بحجية الحكم الصادر فيها من قبل⁽³⁾.

= من الشروط اللازمة لقبولها ، فإن ذلك لا يمنع من رفع دعوى مرة أخرى بعد استيفاء ذلك الشرط ، إذا لم يكن قد سقط الحق في رفعها لأي سبب من الأسباب " (غير منشور) .

- (1) راجع حكم المحكمة العليا الليبية الصادر بتاريخ 17.05.1982 في الطعن المدني رقم 26/103 ق الذي قررت فيه بأن " لا تكون للحكم فيما خرج به عن نطاق الطلبات المقدمة في الدعوى الحجية ، ويكون لصاحب الشأن رفع الأمر إلى المحكمة المختصة - في حدود ذلك الخروج - دون أن يحتج عليه بهذا الحكم ، أو تدفع دعواه بسبق الفصل فيها " مجلة المحكمة العليا الليبية ، س19 ، ع3 ، ص70 .
- (2) راجع حكم المحكمة العليا الليبية الصادر بتاريخ 17.06.1967 في الطعن المدني رقم 14/6 ق والذي أوردت فيه القول بأن " الأصل في الأحكام ألا ترد الحجية إلا على منطوقها ، ولا يمتد أثرها إلى الأسباب إلا لما كان منها مكملا للمنطوق ومرتبطا به ارتباطا وثيقا غير متجزئ ، بحيث لا يكون للمنطوق قوام إلا بها " (مجلة المحكمة العليا الليبية ، س1 ، ع4 ، ص27) .
- (3) راجع حكم المحكمة العليا الليبية الصادر بتاريخ 04.12.1995 في الطعن المدني رقم 40/43 ق والذي قضت فيه بأن " الحكم يكتسب حجية الأمر المقضي فيما فصل فيه =

وهكذا فإن القاعدة العامة أن الحجية التي تتمتع بها الأحكام القضائية عموماً هي حجية نسبية تقتصر آثارها على أطراف الخصومة في نفس المسألة المقضي فيها بينهم (سواء من حيث السبب أو الموضوع) ولا تمتد إلى غيرهم، والمرد في ذلك إلى الطابع الذاتي التي تتسم به المنازعات حول الحقوق والمراكز الشخصية، ولا تخرج عن هذه القاعدة - على سبيل الاستثناء - سوى أحكام الإلغاء الصادرة من القضاء الإداري والتي تحوز حجية مطلقة في مواجهة الكافة في ذات المسألة المحكوم فيها ولو اختلف خصومها وذلك استناداً إلى الطابع العيني التي تصطبغ به المنازعات الإدارية حول الحقوق والمراكز الموضوعية حسبما هو مستقر عليه فقهاً وقضاءً .

والخلاصة أنه إذا كانت القاعدة التي تخضع لها الأحكام بصفة عامة - سواء أحكام القضاء العادي أو الإداري - هي الحجية النسبية، وأن الاستثناء هو أن أحكام الإلغاء الإدارية تحوز حجية مطلقة، فإن الفارق بين الحجية النسبية والحجية المطلقة للأحكام، هو أن الحجية النسبية تستلزم لإعمالها والتمسك بها ثلاثة شروط تتمثل في وحدة الخصوم والسبب والموضوع، أما الحجية المطلقة فلا يخضع إعمالها لأي شرط من هذه الشروط، إذ تعمل

= بين الخصوم أنفسهم متى اتحدت الدعويان محلاً وسبباً، ولا تجوز إثارة هذا النزاع بينهم مرة أخرى ولو بانلثة قانونية أو واقعية جديدة سواء أثرت في الدعوى السابقة أم لم تثر، وتقوم له هذه الحجية في المسألة الكلية الشاملة التي انطوى عليها قضاءه (غ. م) وراجع كذلك حكمها الصادر بتاريخ 1979.06.24 في الطعن المدني رقم 24/8 ق والذي قررت فيه بأن "حجية الأحكام التي تمنع من إعادة النزاع بين الخصوم في المسألة المقضي بها، لا تكون إلا إذا تعلقت المسألة بذات الحق محلاً وسبباً، فإن اختلف الموضوع أو السبب، فإنه لا يمتنع على الخصوم التنزع في الموضوع الذي لم يسبق الفصل فيه من هذه المسألة أو في السبب الجديد الذي نشأت عنه" مجلة المحكمة العليا النيبية، س16، ع2، ص106 .

أثرها في مواجهة الكافة وفي أية دعوى ولو اختلفت موضوعا وسببا عن الدعوى التي صدر بشأنها الحكم⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم يثور السؤال عن الحجية التي تحوزها الأحكام الدستورية ، والآثار المترتبة عليها ، وهو ما نتناوله في هذا البحث الموجز الذي نتبع فيه المنهج التحليلي المقارن بين الأوضاع المتعلقة بهذا الشأن في كل من ليبيا ومصر والكويت والبحرين ، وذلك من خلال مبحثين نخصص أولهما لبيان حجية الأحكام الدستورية ، ونعالج في ثانيهما الآثار المترتبة على الحكم بعدم الدستورية ، ونقدم لذلك بمبحث تمهيدي نوضح فيه السلطة التي يتمتع بها القضاء الدستوري حيال النصوص التشريعية غير الدستورية في الدول محل الدراسة .

مبحث تمهيدي

سلطة القضاء الدستوري بين الإلغاء والامتناع

يثور السؤال عن مدى السلطة التي يتمتع بها القضاء الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين أي ما هي الصلاحية المخولة له عندما يتبين له أن التشريع أو النص القانوني المطعون فيه مشوب فعلا بعيب عدم الدستورية ؟، وهل يبيح له ذلك الحكم بإلغاء هذا التشريع أو ذاك النص وما ترتب عليه من آثار ، أم مجرد الامتناع عن تطبيقه دون أن يمتد إلى الحكم بإلغائه ؟ .

لقد حاول الفقه الدستوري الإجابة على السؤال المطروح ، وذهب بهذا

(1) أ.د. رمزي الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، دراسة تحليلية مقارنة ، مطابع دار التيسير القاهرة ط/2004 ، ص525 .

الصدد إلى أكثر من مذهب ، وذلك في ظل عدم وجود نص صريح وواضح في الدستور أو القانون يحدد صلاحية أو سلطة القضاء الدستوري في الدول محل الدراسة .

حيث يذهب جانب من الفقه⁽¹⁾ إلى القول بأن عدم تعرض القواعد الدستورية إلى منح القضاء الدستوري سلطة إلغاء التشريعات المقضي بعدم دستورتها لا صراحة ولا ضمنا ، يؤدي إلى اعتبار الرقابة الدستورية التي يمارسها بهذا الخصوص هي رقابة امتناع وليست رقابة إلغاء ، فالحكم الصادر من المحكمة الدستورية بعدم دستورية تشريع أو نص قانوني معين ، يترتب عليه امتناع المحاكم الأخرى عن تطبيق ذلك التشريع أو ذلك النص من تاريخ صدور الحكم القاضي بعدم دستوريته تأسيسا على مبدأ التدرج القضائي ، ومعنى ذلك أن القضاء الدستوري لا يملك سلطة إلغاء التشريع المخالف للدستور ، ويبقى التشريع المقضي بعدم دستوريته قائما حتى تقوم السلطة التشريعية أو التنفيذية - بحسب الأحوال - بإلغائه ، وإن كان قد فقد قيمته العملية لأن المحاكم ستمتنع عن تطبيقه .

ويذهب جانب آخر من الفقه⁽²⁾ إلى القول بأنه بمجرد صدور حكم المحكمة الدستورية القاضي بعدم دستورية تشريع أو نص قانوني معين ، يصبح هذا التشريع أو ذلك النص غير قائم وكأن لم يكن ، وهذا ما يفهم من حرص

(1) أ.د. إسماعيل مرزة ، لقانون الدستوري ، منشورات الجامعة الليبية ، ط/1969 ، ص566 وما بعدها .

(2) أ.د. يحيى الجمل ، الرقابة على دستورية القوانين في المملكة الليبية ، مجلة القانون والاقتصاد حقوق القاهرة - مارس 1964 - ص 265 ، أ.د. خالد عبدالعزيز عريم ، القانون الإداري الليبي ، ج 2 ، منشورات الجامعة الليبية ، ط/1971 ، ص50 وما بعدها .

المشرع الليبي ومن بعده الكويتي على إباحة الطعن في تشريع أو نص قانوني معين بعدم الدستورية بواسطة الدعوى الأصلية المباشرة ، الأمر الذي يفصح عن كون الرقابة التي يمارسها القضاء الدستوري - لا سيما في ليبيا والكويت - على دستورية القوانين هي رقابة إلغاء وليست رقابة امتناع ، أي أن للمحكمة الدستورية سلطة إلغاء التشريعات غير الدستورية ضمانا لسمو الدستور وسيادة أحكامه .

بينما يذهب جانب أخير من الفقه⁽¹⁾ إلى محاولة التوفيق بين الرأيين السابقين حيث يقول بأن الحكم بعدم الدستورية يترتب عليه التزام كافة سلطات الدولة بعدم الاعتداد بالنص التشريعي المقضي بعدم دستوريته ، إذ يقع على السلطة المختصة بإصداره - التشريعية أو التنفيذية - القيام باستبداله بنص جديد إذا ما رأته موجبا لذلك تفاديا لحدوث فراغ تشريعي مع امتناع المحاكم عن تطبيقه ، أي أن النص التشريعي يظل من الناحية النظرية قائما حتى تلغيه السلطة المختصة بإصداره ، ولكنه يفقد قيمته من الناحية العملية ، لأن جميع المحاكم سوف تمتنع عن تطبيقه إذا ما دفع أمامها بعدم دستوريته في قضية أخرى إعمالا للحجية المطلقة للحكم الصادر بعدم الدستورية ، وموذي ذلك أن السلطة التي يتمتع بها القضاء الدستوري تتمثل في تقرير عدم دستورية النص التشريعي المعيب .

ويستفاد من استقراء بعض الأحكام الصادرة من المحكمة العليا الليبية ، أنها تأخذ بما ذهب إليه الرأي الثاني ، فعلى سبيل المثال جاء منطوق حكمها الصادر بتاريخ 1970.01.11 في الطعن الدستوري رقم 12/1 ق على النحو الآتي « حكمت المحكمة ... ثالثا: ببطلان نص المادة (40) من المرسوم

(1) أ.د. رمزي الشاعر ، المرجع السابق ، ص 554 وما بعدها .

بقانون رقم 1964/6 بشأن الانتخابات لعدم دستوريته واعتبار هذا النص لاغياً⁽¹⁾ كما ورد منطوق حكمها الصادر بتاريخ 14.06.1970 في الطعن الدستوري رقم 14/1 ق على الوجه التالي⁽²⁾ « حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وبعدم دستورية المادة الرابعة من المرسوم بقانون الخاص بتعديل بعض أحكام قانون نظام القضاء الصادر في 27.06.1967 وإلغاء ما ترتب عليها من آثار⁽³⁾».

وقد صرحت المحكمة الدستورية البحرينية بتبنيها لهذا الرأي في حكمها الصادر بتاريخ 26.04.2004 في القضية رقم د/3/1 لسنة 1ق بقولها: « إن قضاء المحكمة الدستورية بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة هو نوع من قضاء الإلغاء ، إذ يترتب على حكمها تجريد النص المقضي بعدم دستوريته من قوة نفاذه ليؤول عدماً ... حتى تتسق النصوص التشريعية في النظام القانوني جميعاً بحيث يجمعها إطار واحد ينتظمه الدستور⁽³⁾».

ومع ذلك يقرر أستاذنا الدكتور رمزي الشاعر في مؤلفه عن القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، بأن استخدام المشرع البحريني في المادة (31) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية لعبارة⁽⁴⁾ « ويمتنع تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم⁽⁵⁾ » مؤداه أن المحكمة الدستورية لا تملك الحكم بإلغاء النص المخالف للدستور ، وإنما تقضي فقط بعدم دستوريته ، أي بتقرير ما يشوبه من عيب عدم الدستورية ... فالحكم الصادر من المحكمة

(1) أحكام المحكمة العليا الليبية بدواورها مجتمعة ، منشورات المحكمة العليا طرابلس ، ط2/2008 ، ص102 وما بعدها .

(2) مجلة المحكمة العليا الليبية ، س7 ، ع1 ، ص9 وما بعدها .

(3) الجريدة الرسمية للبحرين الصادرة في 05.05.2004 ع2633 ص35 وما بعدها ، وراجع بنفس المعنى حكمها الصادر بتاريخ 13.06.2005 في القضية رقم د/3/3 لسنة 1 ق (الجريدة الرسمية للبحرين الصادرة في 22.06.2005 ، ع2692 ، ص13 وما بعدها) .

الدستورية بتقرير عدم دستورية نص معين يلزم محكمة الموضوع بالامتناع عن تطبيق هذا النص ولكنه يبقى من الناحية النظرية والمجردة قائما حتى تلغيه السلطة التي أصدرته ، إلا أنه يفقد قيمته من الناحية التطبيقية لأن جميع المحاكم سوف تمتنع عن تطبيقه ، إعمالا للحجية المطلقة للحكم الصادر عن المحكمة الدستورية بعدم دستوريته⁽¹⁾.

وفي تقديرنا الخاص أن الخلاف الذي نشب حول السلطة التي يتمتع بها القضاء الدستوري حيال النصوص التشريعية التي يقضي بعدم دستورتها وما إذا كانت سلطة إلغاء أم امتناع أم تقرير عدم الدستورية ، هو خلاف نظري بحث ، ذلك أن كل هذه التعابير تتضمن معنى واحداً وهو : أن القضاء بعدم دستورية النص التشريعي المشوب بمخالفة الدستور مؤداه إنهاء قوة نفاذه واعتباره كأن لم يكن ، وإخراجه من المنظومة التشريعية في الدولة سواء بأثر مباشر أم بأثر رجعي - بحسب الأحوال - بحيث لا يكون له مجال في التطبيق أو السريان كأثر للقضاء بعدم دستوريته ، وهو ما يجعله معدوماً من الناحية القانونية ، وهذا الأثر يتساوى من الناحية العملية مع إلغائه والامتناع عن تطبيقه وتقرير عدم دستوريته واعتباره كأن لم يكن وعدم الاعتداد به من سائر السلطات العامة في الدولة⁽²⁾

(1) أ.د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مطابع البحرين ، ط/2003 ، ص427 وما بعدها .

(2) ويشاطرنا في ذلك م.د. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية في مصر ، رسالة حقوق ، عين شمس 1988 ص470 ، د. عمر عبدالله عمر أمبارك ، الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا ، رسالة حقوق ، الإسكندرية ، 2013/2012 ، ص404 . ويعبر سيالته عن ذلك بقوله إن النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته يكون عبارة عن جثة قانونية مجردا من كل أثر قانوني ، لأن الحكم بعدم دستوريته قد سلبه كل آثاره وجزّده من قوته القانونية الملزمة وأصبح ينتظر في إجراءات ومراسم تشييع جثمانه إلى مثواه الأخير .

وذلك سواء أرتد هذا الأثر إلى الماضي أم أمتد إلى المستقبل .

ولا شك أن ذلك لا يعني حلول القضاء الدستوري محل السلطة التشريعية أو التنفيذية - بحسب الأحوال - في إلغاء التشريع المقضي بعدم دستوريته وإيجاد بديل له ، إذ أن ذلك مما يمتنع على القضاء الدستوري القيام به لإخلاله بمبدأ الفصل بين السلطات ، وإنما يلزم أن تتدخل السلطة المختصة بإصدار ذلك التشريع المقضي بعدم دستوريته ، إلى إلغائه أو تعديله وتنقيته من العيب الدستوري الذي شابهه وذلك وفقا لأحكام القانون ، فضلا عن المبادرة إلى تسوية ما ترتب عليه من آثار خلال فترة تطبيقه - إن كان لذلك مقتضى - مع مراعاة ما قضى به الحكم الصادر بعدم الدستورية فيما تسنه كل من السلطتين من تشريعات ولوائح مستقبلا ، حتى لا تقع في حومة مخالفة الدستور⁽¹⁾.

وهذا ما عبرت عنه المحكمة الدستورية البحرينية في حكمها الصادر بتاريخ 2007.03.26 في القضية رقم د/5/2 لسنة 3 ق بقولها إنه « ولئن كان بإبطال المرسوم بقانون المطعون فيه ، يستتبعه فراغ تشريعي يستدعي تدخل المشرع بإصدار نص جديد يملأ هذا الفراغ فإن ذلك لا يحول بذاته دون القضاء بعدم الدستورية ، ومن ثم يمتنع تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية طبقا لنص المادة (31) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية ، وعند هذا الحد تقف سلطة القاضي الدستوري بغير امتداد إلى البديل حيث يؤول ذلك إلى السلطة التشريعية التي تظل محتفظة بسلطة التقدير التي تملكها ، وهي تصدر قانونا جديدا ترفع فيه العوار الذي شاب النص

(1) أ.د. صبري محمد السنوسي ، آثار الحكم بعدم الدستورية ، دار النهضة العربية القاهرة ط/2013 ، ص 136 ، م.د. منير عبدالمجيد ، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ط/2001 ، ص 316 .

القديم ، ولا يجوز بالتالي حملها على التدخل في زمن معين أو على نحو معين⁽¹⁾.

المبحث الأول

حجية الأحكام الدستورية بين الإطلاق والنسبية

في ضوء التحليل النظري المجرد فإنه يمكن القول بأن الطبيعة العينية للدعوى الدستورية باعتبارها تخاصم النص التشريعي في ذاته المطعون بعدم دستوريته ، وتستهدف بذلك أساسا غايات الصالح العام أكثر من كونها تحقق مصلحة خاصة لرافع الدعوى ، فهي تماثل بهذه المثابة إلى حد كبير دعوى الإلغاء في القضاء الإداري والتي تنصب على مخاصمة القرار الإداري نفسه المشوب بعدم المشروعية ، إذ الفارق بين الدعويين يكاد ينحصر - من وجهة نظر مبدئية- في درجة الرقابة التي يمارسها كل من القضائين الإداري والدستوري حيالهما وليس في طبيعة هذه الرقابة ، مما يفترض معه الاعتراف للأحكام الصادرة بعدم الدستورية بذات الحجية التي تتمتع بها الأحكام الصادرة بإلغاء القرارات الإدارية لعدم المشروعية -تو الأحكام الصادرة بالرفض- وهي الحجية المطلقة قبل الكافة متى صارت نهائية ، وذلك وفقا لما قرره المشرع العربي صراحة بالقوانين المنظمة للقضاء الإداري⁽²⁾.

- (1) الجريدة الرسمية للبحرين الصادرة في 2007.04.12 ، ع 2786 ، ص 14 وما بعدها .
- (2) راجع نص المادة (21) من قانون القضاء الإداري الليبي رقم 1971/88 التي قضت بأن « تكون أحكام الإلغاء النهائية حجة على الكافة » ، وما تواترت على النص عليه كذلك قوانين مجلس الدولة المصري المتعاقبة وآخرها القانون رقم 1972/47 الذي يقرر في المادة (52) منه بأن « الأحكام الصادر بالإلغاء تكون حجة على الكافة » وهو ما نصت عليه أيضا المادة (2/15) من قانون إنشاء الدائرة الإدارية في الكويت رقم 1981/20 وينتقد بعض الفقه استعمال لفظ الكافة بقوله إنه ينبغي أن لا يفهم منه أنه يعني جميع الأفراد ، فهذا المفهوم لا تبلغه حتى القواعد التنظيمية ذاتها رغم تمتعها =

وهذا التحليل النظري المجرد قد لا يكون حاسماً أمام النصوص القانونية المنظمة للقضاء الدستوري في الدول محل الدراسة واجتهادات هذا القضاء بالخصوص ، فقد أثير البحث حول حجية الأحكام الدستورية بادئ الأمر -على الأقل بالنسبة للدول محل الدراسة- غداة استحداث المحكمة العليا المصرية التي حلت محلها فيما بعد المحكمة الدستورية العليا ، حيث خلا قانون إنشائها الصادر برقم 1969/81 من أي نص يتعلق بحجية أحكامها ، وتدارك المشرع ذلك عند إصداره القانون رقم 1970/66 بشأن الرسوم والإجراءات المقررة أمامها فنص في المادة (31) منه على أن « تنشر في الجريدة الرسمية قرارات تفسير النصوص القانونية ، وكذلك منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين ، وتكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء ».

ويعلق بعض الفقه على هذا النص بقوله إن المشرع قد أراد أن يقرر للأحكام الدستورية الصادرة عن المحكمة العليا حجية مطلقة قبل الكافة ، وذلك على خلاف ما توحى به نصوص قانون إنشائها رقم 1969/81⁽¹⁾.

وذهبت المحكمة العليا المصرية في أول فرصة تعرضت فيها لهذا الأمر ، إلى التفرقة بين الأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، وتلك الصادرة برفض الدعوى الدستورية ، حيث أضفت على الأحكام الأولى الحجية المطلقة في مواجهة كافة

= بصفة العمومية ، وإنما ينبغي أن يفهم ذلك اللفظ على أنه ينحصر في طائفة من الأفراد محدودة بصفاتهم لا بأشخاصهم وذواتهم ، هم أولئك الذين يفيدون من الحكم أو يضارون منه ، ولهذا فإنه ينتهي إلى تفضيل التعبير عن ذلك بأن أثر حكم الإلغاء يتعدى إلى غير من كانوا أطرافاً في الخصومة التي صدر فيها ، راجع م.د. مصطفى كمال وصفي ، أصول إجراءات القضاء الإداري ، ج 2 ، القاهرة ، ط/1964 ، ص 198 .

(1) أ.د. ثروت بدوي ، القانون الدستوري ، بدون دار نشر ، القاهرة ط/1971 ، ص 158 وما بعدها .

السلطات والجهات والأفراد باعتبار أن الخصومة فيها عينية تنصب على النص المعيب دستورياً ، بينما جعلت الأحكام الأخيرة ذات حجية نسبية لأن الحكم الصادر فيها لا يمس التشريع المطعون فيه الذي يظل قائماً منتجا لآثاره⁽¹⁾.

وهذا ما جسده في حكمها الصادر بتاريخ 11.12.1976 في الدعوى الدستورية رقم 3/8 ق ومما جاء فيه ((أنه لما كانت الدعوى الدستورية دعوى عينية توجه فيها الخصومة إلى التشريع ذاته ، فإن مقتضى ذلك أن الحكم الذي يصدر بعدم دستورية نص تشريعي يلغي قوة نفاذ هذا النص ويغدو معدوماً من الناحية القانونية ويسقط كتشريع من تشريعات الدولة ، ولما كان هذا الأمر لا يقبل التجزئة بطبيعته فإن حجية الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي لا تقتصر على أطراف النزاع في الدعوى التي قضي فيها فقط وإنما ينصرف أثر هذا الحكم إلى الكافة ويكون حجة عليهم ، والأمر يختلف بالنسبة إلى حجية الحكم الذي يصدر من المحكمة العليا برفض الطعن لعدم دستورية نص تشريعي ، فهذا الحكم لا يمس التشريع الذي طعن بعدم دستوريته فيظل هذا التشريع قائماً بعد صدور الحكم ولا يحوز الحكم المذكور سوى حجية نسبية بين أطراف النزاع ، لذلك يجوز أن يرد الطعن بعدم الدستورية على هذا التشريع القائم مرة أخرى ، ولا وجه للقول بأن المادة (31) من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم 1970/66 إذ تنص على نشر منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين وتكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء ، فإنها تعني التزام جهات القضاء بالأحكام الصادرة بالفصل في دستورية القوانين كافة يستوي في ذلك الأحكام الصادرة بعدم دستورية نص تشريعي

(1) أ.د. صبري محمد السنوسي ، آثار الحكم بعدم الدستورية ، دار النهضة العربية القاهرة ،

والأحكام الصادرة برفض الطعن وتكون لهذه الأحكام جميعها حجية على الكافة ، ذلك أن المادة (31) المشار إليها بنصها على التزام جميع جهات القضاء بالأحكام الصادرة من المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية إنما تعني بحكمها الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بعدم دستورية النصوص التشريعية فحسب إذ أن النص على التزام جميع جهات القضاء بهذه الأحكام مرده إلى الأثر الذي يترتب على صدورها ، ويتمثل في إنهاء قوة نفاذ النص التشريعي واكتساب الحكم حجية على الكافة نتيجة لإنهاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته ، وأما الأحكام الصادرة برفض الطعن بعدم دستورية نص تشريعي فإنها لا تمس التشريع المطعون فيه ولا يكون لهذه الأحكام سوى حجية نسبية بين أطرافها على ما تقدم ، لذلك تتفقي الحكمة والعلة من التزام جميع جهات القضاء بها ، ومن ثم فلا يعدو نشر الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية برفض الطعن في نص تشريعي في الجريدة الرسمية أن يكون إعلاناً لمنهج المحكمة في رقابة دستورية القوانين والتعريف بهذا القضاء والتبصير به كي يستهدى به عند إثارة الطعون بعدم الدستورية أمام جهات القضاء ولا يترتب عليه أن تكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء ، يؤيد هذا النظر أنه من المسلم به في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - وهي دعوى عينية تهدف إلى إلغاء القرارات الإدارية وإعدام آثارها فهي مماثلة في طبيعتها للدعوى الدستورية - أن الحجية مقصورة على الأحكام التي تصدر في هذه الدعوى بالإلغاء وذلك نتيجة لإعدام القرار الإداري في دعوى هي في حقيقتها اختصاص له في ذاته ، أما الأحكام الصادرة برفض الطعن فليس لها سوى حجية نسبية بين أطراف النزاع ، وعلى هذا تنص صراحة المادة (52) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم 1972/47 ... ومن حيث إنه لما تقدم فإن قضاء هذه المحكمة برفض الطعن بعدم دستورية القانون رقم 1969/15 ليس له حجية على الكافة ، ولا يحول دون الفصل في الدعوى القائمة المرفوعة

من مدعين لم يكن أيهما طرفا في الدعوى التي قضي فيها برفض الطعن بعدم دستورية التشريعين أنفي الذكر ، ومن ثم يكون الدفع باعتبار الخصومة منتهية غير قائم على أساس سليم من القانون متعينا رفضه⁽¹⁾.

وقد انقسم الفقه الدستوري بين مؤيد ومعارض لاتجاه المحكمة العليا المصرية الذي عبر عنه هذا الحكم ، وذلك على النحو الآتي:

أولا : الفقه المؤيد لاتجاه المحكمة العليا المصرية:

استند الفقه المؤيد لاتجاه المحكمة العليا الذي قصرته فيه الحجية المطلقة على الأحكام الصادرة بعدم الدستورية دون تلك الصادرة برفض الدعوى الدستورية ، على المبررات التالية :

- يعود هذا الاتجاه في أساسه إلى النظام المعمول به في إيطاليا حيث تتمتع الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية الإيطالية بعدم الدستورية بالحجية المطلقة قبل الكافة ، بينما لا تحوز أحكامها الصادرة برفض الدعوى الدستورية سوى حجية نسبية ، فليس هناك ما يمنع من إثارة المسألة الدستورية التي تناولتها هذه الأحكام مجددا ولو من نفس الخصوم في نزاع آخر يكون بينهم⁽²⁾.

- يقوم هذا الاتجاه على الاعتبارات التي أدت إلى تقرير الحجية النسبية للأحكام الصادرة من القضاء الإداري برفض طلب إلغاء القرار الإداري ، والتي مبناها أن احتمالات الخطأ في حالة رفض دعوى الإلغاء أقوى

(1) الجريدة الرسمية المصرية الصادرة في 1977.01.27 ، ع 4 .

(2) المستشار محمد السيد زهرن ، لرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا ، مجلة إدارة قضايا الحكومة المصرية (هيئة قضايا الدولة حاليا) 1970 ، س 14 ، ع 1 ، ص 142 .

بكثير من حالة قبولها والحكم بإلغاء القرار الإداري ، وعند الرفض يبقى القرار قائماً ، ولا يعني الرفض أكثر من أن المحكمة لم تقتنع بالأسانيد التي أسس عليها المدعي دعواه بطلب إلغاء القرار ، في حين أنه قد تكون هناك أسانيد أخرى لا تملك المحكمة إثارتها من تلقاء نفسها تقطع بعدم مشروعية القرار⁽¹⁾.

- مما يدعم هذا الاتجاه من الناحية العملية ما قد يحدث عملاً من تفويت الطاعن أو إغفاله - سواء أكان محامياً أم فرداً عادياً - تقديم أوجه طعن كافية أو صحيحة في التشريع المطعون فيه بعدم الدستورية ، فإذا ما انتهت المحكمة الدستورية إلى رفض تلك الأوجه وبالتالي تقرير دستورية النص التشريعي المطعون فيه ، فإن الأمر الذي يترتب على ذلك تحصينه ضد الطعن بعدم الدستورية مجدداً ربما على غير الواقع لمجرد خطأ أو لبس وقع فيه الطاعن⁽²⁾.

- يجد هذا الاتجاه ما يعززه من الناحية الفنية في الدول التي يقوم نظامها الانتخابي على وجود أحزاب سياسية ، حيث قد يعتمد الحزب الذي يتولى السلطة على دفع البرلمان إلى إصدار قانون يخدم مصالحه ، واستباقاً لأي تحرك للطعن بعدم دستورية هذا القانون يوعز الحزب لبعض أنصاره بالطعن فيه استناداً إلى أسباب غير جديّة مما يؤدي بالمحكمة الدستورية إلى رفض الطعن ، وبالتالي انغلاق الباب أمام أية طعون جديدة فيه

(1) م.د. عبدالمنعم عبدالعظيم جيرة ، آثار حكم الإلغاء ، رسالة نكتوراه حقوق القاهرة 1970 ، ص 99 .

(2) م.د. محمد ماهر أبو العينين ، الدفع في نطاق القانون العام - الكتاب الثاني - دار أبو المجد للطباعة بالهرم ، ط/2004 ، ص 235 .

تمسكا بالحجية المطلقة لحكم الدستوري ، وهكذا يتحصن هذا القانون بصفة نهائية بالمخالفة لمبدأ المشروعية الدستورية⁽¹⁾.

- أن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية هي التي تأتي بجديد يتمثل في وقف قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته وبالتالي عدم جواز تطبيقه ، وهذا الجديد هو علة التزام سلطات الدولة والكافة بهذه الأحكام ، أما الأحكام الصادرة بالرفض فإنها لا تأتي بجديد يتعين الالتزام به ، لأن النص المقضي بدستوريته هو نص قديم ملزم للكافة من تاريخ العمل به والحكم بدستوريته لا يحدد ميلاد ، ولا يحدد له موعدا جديدا لسريانه ، ولا يضيف إليه شيئا من الإلزام لم يكن له من قبل ، ومن ثم لا تكون لهذه الأحكام إلاحجية نسبية قاصرة على أطرافها⁽²⁾.

ثانيا : الفقه المعارض لاتجاه المحكمة العليا المصرية:

وجه الفقه المعارض⁽³⁾ سهام النقد للتفرقة التي أجرتها المحكمة العليا

- (1) أ.د. نبيلة عبدالحليم كامل ، الرقابة على دستورية القوانين ، دار النهضة العربية القاهرة ، ص 236 .
- (2) م.د. عبدالله ناصف ، حجية وأثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل ، دار النهضة العربية القاهرة ، ط/1998 ، ص 28 .
- (3) أ.د. رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1983 ، ص 608 وما بعدها ، وكذلك مؤلفه : رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص 532 وما بعدها ، أ.د. يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، دار النهضة العربية القاهرة ، ط/2011 ، ص 274 وما بعدها ، أ.د. شعبان أحمد رمضان ، ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين ، رسالة حقوق أسبوط ، 2000 ، ص 590 ، م.د. عادل عمر شريف ، رسالته السابقة ص 465 ، أ.د. صافي أحمد قاسم ، حجية الأحكام الصادرة برفض الطعن في دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية في النظام القانوني المصري ، دار النهضة العربية القاهرة ، ط/2011 ، ص 107 وما بعدها .

المصرية من حيث الحجية بين الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية وتلك الصادرة بعدم الدستورية ، تأسيساً منه على الحجج التالية :

- إذا كانت الحكمة من الحجية النسبية للأحكام الصادرة من القضاء الإداري برفض طلب إلغاء القرار الذي تقاس عليه أحكام الرفض من القضاء الدستوري ، أنه قد توجد أسانيد أخرى مما لا تملك المحكمة الإدارية إثارتها من تلقاء نفسها تقطع بعدم مشروعية القرار عدا تلك المتعلقة بالنظام العام ، فإن هذه الحجة لا وجود لها بالنسبة للحكم الصادر من المحكمة الدستورية برفض الطعن بعدم الدستورية موضوعياً ، فالمحكمة الدستورية لا تقتصر على الأسباب التي أداها الطاعن في طعنه ، وإنما تسترد كامل سلطتها بالنسبة للتشريع المطعون فيه بما لها من حق التصدي من تلقاء نفسها للنص التشريعي غير الدستوري فللقاضي الدستوري أن يستظهر أسباباً أخرى ويبسط رقابته كاملة في هذا الشأن ، بينما لا يستطيع قاضي الإلغاء أن يتعرض لأسباب لم ترد في صحيفة الدعوى الإدارية باستثناء تلك المتعلقة بالنظام العام ، وبالتالي فإذا قضت المحكمة الدستورية برفض الدعوى الدستورية فإنها تكون قد حسمت الموضوع برمته وفحصت التشريع المشكوك في دستوريته سواء في إطار الأسباب الواردة بصحيفة الدعوى أو أي سبب آخر تراه مؤدياً للفصل في الدعوى وانتهت إلى مطابقته للدستور⁽¹⁾.

- لأن كانت الدعوى الدستورية تشترك مع دعوى إلغاء القرار الإداري في الانتماء إلى القضاء العيني ، إلا أن الفروق تظل بينهما قائمة ومستندة في الأساس إلى تعلق الأولى بقضاء الدستورية واتصال الثانية بقضاء

(1) أ.د. رمزي الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص 532 وما بعدها .

المشروعية ، ومن شأن هذا الخلاف أن تختلف آثار الحكم في كل دعوى من الدعويين بالنظر إلى طبيعتها وإلى تحديد المشرع لهذه الآثار⁽¹⁾ ذلك أن القرار الإداري قد يكون صحيحا بالنسبة لفرد ما ولا يكون صحيحا في الوقت نفسه بالنسبة لفرد آخر ، بينما النص التشريعي العام المجرد إذا كان معيبا فإن هذا العيب يلحقه في ذاته ولا يختلف هذا الأمر من فرد إلى آخر⁽²⁾.

- يتعارض المسلك الذي انتهجته المحكمة العليا المصرية مع صريح نص المادة (31) من قانون الإجراءات والرسوم أمامها الصادر برقم 1970/66 الذي جاء مقررا الحجية المطلقة للأحكام الصادرة منها بالفصل في دستورية القوانين دونما تفرقة بين أحكام الرفض والأحكام بعدم الدستورية ، ومن ثم فلا محل لتخصيص عموم النص وقصره على الأحكام بعدم الدستورية⁽³⁾.

- ما ذهب إليه المحكمة العليا المصرية في حكمها سالف الذكر بأن نشر الأحكام الدستورية في الجريدة الرسمية لا يعدو أن يكون إعلانا لمنهج المحكمة كما لو كانت المحكمة الدستورية تعلن عن مناهج ولا تصدر أحكاما ، وكما لو كانت الجريدة الرسمية كتابا في الفقه ، وكل هذا غير صحيح⁽⁴⁾.

(1) م.د. عادل عمر شريف ، رسالته السابقة ، ص 465 .

(2) أ.د. يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، مرجع سابق ، ص 274 وما بعدها .

(3) أ.د. عزيزة الشريف . دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مطبوعات جامعة الكويت ، ط/1995 ، ص 229 .

(4) أ.د. يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، مرجع سابق ، ص 275 وما بعدها .

- أنه إذا كان الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي يلغي قوة نفاذه ، فإن الحكم الصادر برفض الدعوى الدستورية إنما يقرر صحة النص التشريعي وسلامته من أي عيب دستوري ، ومن ثم فإن القول بتمتع هذا القضاء بحجية نسبية بين أطراف النزاع لا تمنع من الطعن عليه بعدم الدستورية مرة أخرى ، وهو ما يضحى معه الطعن على الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية جائزا ، على نحو يخالف ما نص عليه القانون من أن أحكام المحكمة الدستورية وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن⁽¹⁾.

ولم تساير المحكمة الدستورية العليا المصرية التي حلت محل المحكمة العليا بموجب قانون إنشائها الصادر برقم 1979/48 هذا الاتجاه حتى بالنسبة للأحكام التي صدرت عن المحكمة العليا نفسها ، رغم التماثل القائم بين نص المادة (31) من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا رقم 1970/66 (الملغي) على النحو المتقدم ذكره ، وبين نص المادة (1/49) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا المشار إليه الذي يقضي بأن « أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة ، وتُنشر في الجريدة الرسمية بغير مصروفات خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها » ، وبذلك تكون المحكمة الدستورية العليا المصرية قد انتصرت للرأي الفقهي المعارض للاتجاه الذي تبنته من قبلها المحكمة العليا المصرية وأقامت من خلاله التفرقة بين حجية الأحكام بعدم الدستورية وحجية الأحكام برفض الدعوى الدستورية .

وهذا ما أعربت عنه المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها

(1) م.د. حمدان حسن فهمي ، اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية أحكامه وتنفيذها وآثارها ، دار أبو المجد للطباعة بالهرم ، ط/2009 ، ص 328 .

الصادر بتاريخ 1982.02.06 في الدعوى الدستورية رقم 2/39 ق بقولها « إن الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم 1969/81 كانت تنص على أن (تختص المحكمة العليا دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين) كما نصت المادة (31) من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا الصادر برقم 1970/66 على أن « ينشر في الجريدة الرسمية منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين ، وتكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء » ومؤدى ذلك أن الأحكام الصادرة في دعاوى الدستورية - وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص المطعون عليها بعيب دستوري- تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدرت فيها ، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم بها جميع جهات القضاء ، سواء أكانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس ، وذلك لعموم نص المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا والمادة (31) من قانون الإجراءات والرسوم أمامها المشار إليهما ، ولأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي اختصت بها المحكمة العليا دون غيرها هي رقابة شاملة تمتد إلى الحكم بعدم دستورية النص فتلغي قوة نفاذه ، وإلى تقرير دستوريته وبالتالي سلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان»⁽¹⁾.

وهكذا فقد تواتر قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية على أن الأحكام الصادرة في دعاوى الدستورية - فيما فصلت فيه من ناحية العيوب

(1) الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على شبكة المعلومات الدولية « الإنترنت » ، وراجع بنفس المعنى أيضا حكمها الصادر بتاريخ 1983.11.05 في الدعوى الدستورية رقم 3/49 ق (الموقع السابق) .

الشكلية أو المطاعن الموضوعية - تحوز حجبية مطلقة تحول بذاتها دون المجادلة فيها ، أو إعادة طرح ما تضمنته من جديد على هذه المحكمة لمراجعته ، ذلك أن الخصومة في الدعوى الدستورية - وهي من دعاوى العينية - إنما توجه إلى النصوص التشريعية المدعى مخالفتها للدستور ، ولا يعتبر قضاء المحكمة باستيفاء النص التشريعي لأوضاعه الشكلية التي يتطلبها الدستور أو بتوافقه أو تعارضه مع الأحكام الموضوعية في الدستور منصرفاً فحسب إلى الخصوم في الدعوى التي صدر فيها بل متعدياً إلى كافة ، ومنسحباً إلى كل سلطة في الدولة بما يردها عن التحلل منه أو مجاوزة مضمونه⁽¹⁾ ومما يجدر ذكره في هذا المقام أن المشرع الدستوري المصري قد كرس الحجبية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا مؤخراً بنصه على ذلك صراحة في المادة (1/195) من

(1) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر بتاريخ 18.04.1992 في الدعوى الدستورية رقم 12/55 ق (الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية على شبكة المعلومات الدولية " الإنترنت ") ، وراجع بنفس المعنى أيضاً حكمها الصادر بتاريخ 16.05.1992 في الدعوى الدستورية رقم 4/65 ق (الموقع السابق) ومن قضاءها الحديث بهذا الخصوص ما أورده في حكمها الصادر بتاريخ 02.06.2013 في الدعوى الدستورية رقم 34/112 ق الذي جاء فيه ((أن المحكمة الدستورية العليا كانت قد قضت بجلسة 14.06.2012 في القضية الدستورية رقم 20 لسنة 34 قضائية بعدم دستورية نص المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 123 لسنة 2011 وسقوط مادته الثانية ، ومؤدى ذلك أن كامل أحكام ذلك المرسوم بقانون صار لا وجود لها منذ تاريخ صدوره إعمالاً لمقتضى حكم المادتين (48) و(49) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 وهو قضاء له حجبه المطلقة في مواجهة كافة ، وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة باعتباره قولاً فصلأ في المسألة المقضي فيها ، وهي حجبية تحول بذاتها دون المجادلة فيه ، أو إعادة طرحه من جديد لمراجعته ، بما تضحى معه الخصومة بالنسبة لهذا النص منتهية)) (الموقع السابق).

الدستور المصري الحالي لسنة 2014⁽¹⁾.

وقد شايحت المحكمة الدستورية الكويتية ما استقرت عليه المحكمة الدستورية العليا المصرية من قضاء في هذا الخصوص ، وذلك بإسباغها الحجية المطلقة على أحكامها الصادرة في الدعاوى الدستورية سواء انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى تقرير دستوريته ورفض الدعوى⁽²⁾.

وهو ما قررته في حكمها الصادر بتاريخ 16.01.1999 في الطعن رقم 1998/8 بقولها « إن نص المادة الأولى من القانون رقم 1973/14 بإنشاء المحكمة الدستورية على أن تنشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية ، وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بالقوانين واللوائح ، وفي الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم ويكون حكم المحكمة ملزماً للكافة ولسائر المحاكم » والنص في المادة (19) من مرسوم لائحة المحكمة الدستورية على أن « تنشر في الجريدة الرسمية جميع الأحكام والقرارات التي تصدر من المحكمة مشتملة على أسبابها ومرفقاتها خلال أسبوعين من تاريخ صدورها » مؤداها أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدرت فيها الأحكام ، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة فتلزم بها جميع جهات القضاء سوا أكانت هذه الأحكام قد انتهت إلى

- (1) تنص المادة (1/195) من الدستور المصري لسنة 2014 على أن « تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا ، وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة ، وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم ».
- (2) أ.د. عادل الطبطباني ، المحكمة الدستورية الكويتية ، مجلس النشر العلمي ، الكويت ، ط/2005 ، ص 473 .

عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس ، ذلك لأن الدعوى الدستورية هي بطبيعتها دعوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النص التشريعي المطعون عليه بعيب دستوري ، ولعمومية نص المادة الأولى من قانون المحكمة الدستورية ، فإن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي اقتصت بها المحكمة الدستورية دون غيرها هي رقابة شاملة تمتد إلى الحكم بعدم دستورية النص فتلغي قوة نفاذه أو إلى تقرير دستوريته وبالتالي سلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان⁽¹⁾.

وقد اعتقت كذلك المحكمة الدستورية البحرينية ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية بشأن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في دعاوى الدستورية ، بحيث لا تقتصر تلك الحجية على أطراف الدعوى الدستورية ، وإنما تنصرف إلى جميع سلطات الدولة والكافة ، يستوي في ذلك الأحكام الصادرة بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه ، أو تلك الصادرة بدستوريته ومن ثم براءته من جميع المثالب وأوجه البطلان⁽²⁾.

وهذا ما أفصحت عنه في حكمها الصادر بتاريخ 2011.11.30 في القضية رقم د/8/2 لسنة 6 ق بقولها « إن الفقرة الأولى من المادة (106) من الدستور المعدل قد نصت على أن « تنشأ محكمة دستورية تختص بمراقبة دستورية القوانين واللوائح » كما قضت الفقرة الأولى من المادة (31) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم 2002/27 على أن « أحكام المحكمة وقراراتها

(1) أشار إليه أ.د. عادل الطيباني ، المرجع السابق ، ص 472 .

(2) أ.د. شعبان أحمد رمضان ، الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني - دراسة مقارنة - المجلة الإلكترونية المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية - (مارس 2014) ع 1 ، ص 203 .

الصادرة في المسائل الدستورية تكون ملزمة لجميع سلطات الدولة والكافة ، وتنتشر في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها)) ومؤدى ذلك أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية - وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري - تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها ، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم به جميع سلطات الدولة سواء أكانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس ، وذلك لعموم نص المادة (106) من الدستور ونص المادة (31) من قانون إنشاء هذه المحكمة المشار إليهما ، ولأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح التي اختصت بها المحكمة الدستورية دون غيرها هي رقابة شاملة تمتد إلى الحكم بعدم دستورية النص فيمتنع تطبيقه ، أو إلى تقرير دستوريته وبالتالي سلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان⁽¹⁾.

استثناءات الحجية المطلقة لأحكام الرفض الدستورية :

إذا كان مقتضى الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية - حسبما أستقر عليه القضاء الدستوري في مصر والكويت والبحرين - أنها تشمل جميع الأحكام الصادرة برفض الطعن بعدم الدستورية موضوعاً ، بما يتضمنه ذلك من عدم جواز إثارة المسألة الدستورية المحكوم فيها من جديد أمام

(1) الجريدة الرسمية للبحرين الصادرة في 2011.12.08 ، ع3029 ، ص22 وما بعدها ، وراجع كذلك بنفس المعنى حكمها الصادر بتاريخ 2002.11.28 في القضية رقم د/9/11 لسنة 9 ق (الجريدة الرسمية للبحرين الصادرة في 2012.12.13 ، ع3082 ، ص71 وما بعدها) .

المحكمة الدستورية ، فإن ثمة حالتين يمكن أن يتم فيهما إعادة عرض النصوص التشريعية المطعون فيها مجددا على المحكمة الدستورية ، لتقول كلمتها الفاصلة فيها مرة أخرى ، بما يعد معه ذلك بمثابة استثناء على الحجية المطلقة للحكم الصادر برفض الدعوى الدستورية موضوعا ، وتتمثل هاتين الحالتين فيما يلي :

الحالة الأولى :

وهي تتحقق عندما يصدر دستور جديد أو يعدل الدستور القائم ويصبح النص التشريعي الذي سبق للمحكمة أن قررت دستوريته مخالفا للدستور الجديد أو التعديلات المستحدثة ، إذ أن الأصل العام أن المرجع في الحكم على دستورية نصوص تشريعية معينة من جوانبها الموضوعية لا الشكلية ، يكون بالنظر إلى أحكام الدستور الذي صدرت هذه النصوص التشريعية في ظلها طوال فترة سريان هذه الأحكام ، فإذا استبدلت بها أحكام دستورية جديدة ، فإن الأحكام المستحدثة تكون هي المرجع في دستورية تلك النصوص التشريعية ، وهو ما تقتضيه سيادة أحكام الدستور القائم على ما عداها⁽¹⁾.

(1) أ.د. رمزي الشاعر ، المرجع السابق ، ص 535 وما بعدها ، م.د. حمدان حسن فهمي ، المرجع السابق ، ص 327 ، وراجع في تطبيق هذه الحالة حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر بتاريخ 2013.05.12 في الدعوى الدستورية رقم 33/37 ق وما جاء فيه « أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين من حيث مطابقتها للقواعد الموضوعية التي تضمنها الدستور إنما تخضع لأحكام الدستور القائم بغيره ، إذ أن هذه الرقابة إنما تستهدف أصلاً - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - صون الدستور لقائم وحمايته من الخروج على أحكامه باعتبار أن نصوص هذا الدستور تمثل دائماً القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها أسمى القواعد الآمرة ، وبالبناء على ما تقدم فإن هذه المحكمة تباشر رقابتها على النص المطعون فيه من خلال أحكام الدستور =

الحالة الثانية :

وهي تتجسد فيما إذا اقتصر توجيه الطعن بعدم دستورية نص تشريعي معين على ما يشوبه من عيب في جوانبه الشكلية أو الإجرائية فقط ، ثم تقضي المحكمة الدستورية برفض الطعن على هذا النص التشريعي لانتفاء أي مخالفة دستورية في جوانبه الشكلية ، وعملا بالأصل المقرر بأن الحكم برفض المطاعن الشكلية لا يعني تطهير النص التشريعي من المثالب الموضوعية ، فقد قبلت المحكمة الدستورية العليا المصرية توجيه الطعن مجددا على نفس النص التشريعي من جوانبه الموضوعية دون اعتداد بحجية حكمها السابق برفض الطعن على النص المذكور في جوانبه الشكلية⁽¹⁾.

مدى تمتع الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع بالحجية المطلقة :

قد يحول بين المحكمة الدستورية وبين فصلها في موضوع الدعوى الدستورية عارض أو عائق ، كما لو كان ما هو معروض عليها لا يدخل في اختصاصها ، أو أن لا تتوافر في الدعوى الشروط اللازمة لقبولها ، أو أن تكون المسألة المطروحة

= الحائي الصادر في 2012.12.25 « (الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على شبكة المعلومات الدولية « الإنترنت ») .

(1) م.د. حمدان حسن فهمي ، المرجع السابق ص 329 ، وراجع كذلك حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر 1991.12.07 في الدعوى الدستورية رقم 10/31 ق وما جاء فيه « أن العيوب الشكلية تفرض نفسها على المحكمة دوما إذ لا يتصور أن تتجاهلها عند مواجهتها لأي مطاعن موضوعية ، والأمر على نقيض ذلك حين يكون نطاق الطعن منحصرًا في المطاعن الشكلية ، إذ يكون قرار المحكمة بشأنها متعلقًا بها وحدها ولا يعتبر حكمها برفض هذه المطاعن مطهرًا للنصوص المطعون عليها من مثالبها الموضوعية أو مانعًا كل ذي مصلحة من طرحها على المحكمة وفقًا لقانونها « (الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على شبكة المعلومات الدولية « الإنترنت ») .

عليها قد سبق حسمها بحكم في موضوعها مما تعتبر معه الخصومة فيها منتهية ، ففي كل هذه الفروض هل من المتصور أن يكتسب الحكم الصادر في الدعوى الدستورية الحجية المطلقة رغم عدم تطرقه لموضوعها ؟ يبدو لأول وهلة أن الإجابة على هذا السؤال لا تستدعي كثير عناء ، ويمكن تقرير قاعدة موحدة حيالها مؤداها أن الحجية المطلقة للأحكام الدستورية تنصرف للأحكام التي تقضي في موضوع الدعوى بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أو بدستوريته ورفض الدعوى ، أي أن الحجية المطلقة تدور وجودا وعدما مع حسم النزاع في موضوع الدعوى الدستورية ، بما يؤدي إليه ذلك من امتناع العودة إليه أو تجديده مرة أخرى التزاما بالحجية ، ومع هذا فإن الأمر يحتاج إلى شرح وإيضاح بعض الأحكام الصادرة بهذا الشأن والتي قد تثير عدة إشكاليات ، وذلك على النحو الآتي :

1) الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص بنظر الدعوى الدستورية:

تقضي المحكمة الدستورية بعدم اختصاصها بنظر الدعوى الدستورية كلما كانت المسألة المطروحة عليها تخرج عن حدود ولايتها القضائية ، كما لو كانت تلك المسألة مما يندرج في مفهوم الأعمال السياسية أو أعمال السيادة ، أو كانت تتعلق بقرار إداري فردي ، أو كانت تدور حول مدى مشروعية اللائحة لا عدم دستورتيتها ، أو كانت تنصب على عمل من الأعمال البرلمانية ، ففي كل هذه الحالات يحوز الحكم الصادر من المحكمة الدستورية بعدم اختصاصها بنظر الدعوى لانتفاء ولايتها الحجية المطلقة أمام الكافة ، إذ يقيد جهات القضاء على اختلافها ، وكذلك الناس جميعهم فضلا عن كل سلطة أيا كان موقعها⁽¹⁾ والمرد

(1) راجع في ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر بتاريخ 2005.05.08 في الدعوى الدستورية رقم 19/159 ق (الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على شبكة المعلومات الدولية « الإنترنت »).

في ذلك أن السلوك الإجرائي للخصوم لا شأن له بانعدام ولاية المحكمة ، لأن هذا الانعدام مقرر بحكم الدستور ، ومن ثم يحوز الحكم الصادر بعدم الاختصاص حجية مطلقة أمام الكافة من حيث تحديد الطبيعة القانونية للمسألة محل الطعن بعدم الدستورية⁽¹⁾.

2) الأحكام الصادرة بعدم قبول الدعوى الدستورية:

ينبغي التفرقة داخل الأحكام الصادرة بعدم قبول الدعوى الدستورية من حيث الحجية ، وذلك بناءً على الأسباب التي أقيم عليها الحكم بعدم القبول ، فالحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية استناداً إلى انتفاء الصفة أو المصلحة في الدعوى أو لعدم مراعاة المواعيد المقررة لرفعها ، لا يحوز سوى حجية نسبية تقتصر على الخصوم في الدعوى ولا تتعداه إلى غيرهم ، لأن ما بني عليه الحكم بعدم القبول لعدم توافر الصفة أو المصلحة بالنسبة لشخص معين ، ليس من شأنه أن يحجب توافر تلك الصفة أو المصلحة لدى شخص آخر ، فضلاً على أن الحكم بعدم القبول في هذه الحالة لا يكون له أثر قاعدي لأنه لم يتعرض للنص التشريعي المطعون بعدم دستوريته سواء من حيث المطابقة أو المخالفة⁽²⁾ والأمر على خلاف ذلك إذا كان الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى الدستورية قد تعرض في أسبابه لمسألة دستورية جعلها دعامة لمنطوق حكمه بعدم القبول ، ففي هذه الحالة يكتسب الحكم بعدم القبول الحجية المطلقة قبل الكافة في ضوء ما ورد

(1) أ.د. أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة ، دار الشروق القاهرة 2000 ، ص 319 ، أ.د. عادل الطبطباني ، المحكمة الدستورية الكويتية ، مرجع سابق ، ص 455 وما بعدها ، م.د. حمدان حسن فهمي ، اختصاصات القضاء الدستوري ، مرجع سابق ، ص 348 وما بعدها .

(2) أ.د. صبري محمد السنوسي ، المرجع السابق ص 106 وما بعدها ، أ.د. عادل الطبطباني ، المرجع السابق ، ص 457 وما بعدها .

به من أسباب موضوعية ترتبط ارتباطا وثيقا بمنطوقه ، وتكون معه وحدة واحدة وكلا لا يتجزأ تجعل منه قضاء له مضمون محدد ، مما يلزم أن تثبت له الحجية المطلقة فيما انطوى عليه من قضاء لا يعد بحال قضاء شكليا ، وإنما يكون قد تضمن حسما لمسألة دستورية محددة بين دفتيه⁽¹⁾.

3) الأحكام الصادرة باعتبار الخصومة المنتهية:

يتعين التفرقة داخل الأحكام الصادرة بانتهاء الخصومة في الدعوى الدستورية ، بين الأحكام التي تعتمد في قضائها بانتهاء الخصومة على سابقة الحكم بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه ، فتكون له في هذه الحالة الحجية المطلقة لارتباطه بحجية الحكم السابق عليه الذي بني عليه في حسمه للمسألة الدستورية المثارة في الدعوى المقضي فيها بانتهاء الخصومة⁽²⁾، وبين تلك التي تستند في قضائها بانتهاء الخصومة على زوال المصلحة بعد رفع الدعوى الدستورية سواء لتعديل المدعي طلباته أمام محكمة الموضوع ، أو لإلغاء النص التشريعي المطعون فيه بأثر رجعي ، فلا يحوز الحكم بانتهاء الخصومة في هذه

(1) م.د. حمدان حسن فهمي ، المرجع السابق ص 309 ، وراجع أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية التي أشار إليها سيادته في الهامش رقم 1 من صفحة 323 ، وكذلك حكم المحكمة الدستورية البحرينية الصادر بتاريخ 2013.05.16 في القضية رقم م/ت/1/2013 لسنة 11 ق (الجريدة الرسمية للبحرين الصادرة في 2011.05.23 ع 3105 ، ص 33 وما بعدها).

(2) راجع حكم المحكمة الدستورية البحرينية الصادر بتاريخ 2016.01.27 في القضية رقم د/5/2014 لسنة 13 ق وما جاء فيه أنه « إذا ما أثير طعن في دعوى تالية بشأن عدم دستورية نص سبق للمحكمة الدستورية القضاء بعدم دستوريته ، أو بتقرير دستوريته وسلامته بالتالي من جميع العيوب وأوجه العوار ، كانت هذه الدعوى غير مقبولة لسابقة الفصل في المسألة الدستورية محلها » ، (الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية البحرينية على شبكة المعلومات الدولية « الإنترنت »).

الحالة سوى حجية نسبية قاصرة على أطراف النزاع ولا يتعداه إلى غيرهم⁽¹⁾.

والواضح مما تقدم أن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية سواء انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى ، قد أمتت قاعدة مستقرة وثابتة في القضاء الدستوري في الدول محل الدراسة - عدا ليبيا - مع بعض الاستثناءات السالف بيانها .

أما بالنسبة لتنظيم القضاء الدستوري الليبي ، فإنه بالرغم من أن النصوص التشريعية التي أسندت عليها القضاء الدستوري في مصر والكويت والبحرين بشأن حجية الأحكام الدستورية تكاد تكون متطابقة مع ما هو منصوص عليه في القانون الليبي ، حيث تنص المادة (31) من القانون رقم 1982/6 بإعادة تنظيم المحكمة العليا وتعديلاته على أن " تكون المبادئ القانونية التي تقرها المحكمة العليا في أحكامها ملزمة لجميع المحاكم وكافة الجهات الأخرى في الدولة " ، كما تقضي المادة (20) من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا بأن " تنشر الأحكام الصادرة بعدم الدستورية في الجريدة الرسمية " ، فإن الملاحظ أن القضاء الدستوري الليبي ممثلا في دوائر المحكمة العليا مجتمعة لم يساير ما تبناه القضاء الدستوري في الدول الأخرى محل الدراسة من إسباغ الحجية المطلقة على الأحكام الدستورية - كقاعدة عامة - سواء أكانت قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس .

(1) م.د. حمدان حسن فهمي ، المرجع السابق ص 343 وما بعدها ، ويرى سيادته أنه إذا رفعت دعوى جديدة بعدم دستورية نص تشريعي مقضي بعدم دستوريته في دعوى سابقة وذلك قبل نشر الحكم الصادر بعدم الدستورية في الجريدة الرسمية فإن الحكم باعتبار الخصومة منتهية يكون متعينا ، أما إذا رفعت تلك الدعوى بعد ذلك فإن الحكم يكون بعدم قبول الدعوى بحسبان أن النشر في الجريدة الرسمية يفترض علم الكافة بهذا الحكم .

فباستقراء أحكام المحكمة العليا الليبية الصادرة بهذا الخصوص يتبين لنا أنها قد أعادت إنتاج الاتجاه الذي اعتنقته المحكمة العليا المصرية وتخلت عنه كلية من بعدها المحكمة الدستورية العليا المصرية التي حلت محلها ، من تفرقة بين حجية الأحكام الصادرة بعدم الدستورية وتلك الصادرة برفض الدعوى الدستورية ، حيث أسيغت على الأحكام الأولى الحجية المطلقة قبل الكافة ، بينما جعلت الأحكام الأخيرة ذات حجية نسبية قاصرة على أطرافها ، وذلك قياسا منها على حجية الأحكام الصادرة في دعوى إلغاء القرارات الإدارية أمام القضاء الإداري .

وهذا ما عبرت عنه بوضوح المحكمة العليا الليبية بدوائرها مجتمعة في حكمها الصادر بتاريخ 2013.02.19 في الطعن الدستوري رقم 59/1 ق الذي جاء فيه ⁽¹⁾ أن هذه المحكمة سبق لها وأن قضت برفض الدعوى في الطعن الدستوري رقم 55/1 ق بشأن عدم دستورية القانون المطعون فيه ... ولما كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي تمارسها المحكمة العليا من خلال الفصل في الدعاوى الدستورية تهدف إلى حماية الدستور وصونه عن طريق إنهاء قوة نفاذ القانون المخالف للدستور ، وكانت الدعوى الدستورية دعوى عينية توجه الخصومة فيها إلى التشريع ذاته ، فإن مقتضى ذلك أن الحكم الذي يصدر بعدم دستورية نص أو قانون يلغي قوة نفاذ هذا النص أو ذلك القانون ويجعله معدوما من الناحية القانونية ، ولما كان هذا الأثر لا يقبل التجزئة بطبيعته فإن حجية الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي لا تقتصر على أطراف النزاع في الدعوى التي قضي فيها ، وإنما ينصرف أثره قبل الكافة ويكون حجة عليهم وتلتزم به كافة سلطات الدولة ، والأمر يختلف بالنسبة لحجية الحكم الذي يصدر عن المحكمة العليا برفض الدعوى بعدم دستورية نص أو قانون معين فهو لا يمس

التشريع الذي طعن فيه بعدم الدستورية ، حيث يظل هذا التشريع قائما بعد صدور الحكم ولا يجوز سوى حجية نسبية بين أطرافه وفي حدود ما قدم من أسباب ، ولذلك يجوز أن يرد الطعن بعدم الدستورية على هذا التشريع - مرة أخرى - إذا ما أثبتت أسباب جديدة (1).

وفي الحقيقة فإن المحكمة العليا الليبية لم تكن بحاجة إلى إقامة هذه التفرقة بين حجية الأحكام الصادرة بعدم الدستورية وتلك الصادرة برفض الدعوى الدستورية وقصر الحجية المطلقة على الأولى دون الأخيرة في واقعة هذا الطعن بالذات ، ذلك أن الحكم السابق الصادر في الطعن رقم 52/1 ق والقاضي برفض الطعن بعدم دستورية نفس القانون المطعون عليه في هذا الطعن ، قد اقتصر على بحث المناعي الشكلية المنسوبة إليه والمتمثلة في إصداره من غير السلطة المختصة بذلك - وهي المؤتمرات الشعبية وقتذاك وليس القائد الأعلى للجيش - وقد تناولت المحكمة الرد على هذا المنعي بما مفاده أن هناك تفويض تشريعي صادر ممن يملكه لقائد الجيش يخوله الحق في إصداره وهو ما يجعله صحيحا من هذه الناحية فقط ، ودون أن تخوض المحكمة في أية مناعي موضوعية عساها تكون قد شابته ، ومن ثم فإن الحجية التي يحوزها الحكم الصادر في ذاك

(1) حكم غير منشور ، وقد انتهى في منطوقه إلى القضاء بعدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم 1988/3 بتعديل المادة (20) من القانون رقم 1974/43 في شأن تقاعد العسكريين لانتهاكه مبدأ المساواة المقرر في الإعلان الدستوري وإقامته تمييزا تحكما لا مبرر له بين من تماثلت مراكزهم القانونية ، وذلك بعد أن كانت قد رفضت الطعن بعدم دستورية نفس القانون المطعون عليه في طعن سابق يحمل رقم 52/1 ق وذلك بناء على أسباب مغايرة تتعلق بمدى اختصاص القائد الأعلى للقوات المسلحة بإصداره في ضوء سلطة المؤتمرات الشعبية (راجع الحكم الصادر في هذا الطعن بأحكام المحكمة العليا الليبية بدواترها مجتمعة ، مرجع سابق ، ص 180) .

الطعن حتى ولو كانت مطلقة ، تقتصر على العيوب الشكلية المنسوبة للقانون المطعون فيه وحدها ، إذ أن الحكم برفض المطاعن الشكلية لهذا القانون لا يعتبر مطهرا له مما قد يشوبه من مثالب موضوعية ، وبالتالي فإن حجيته تتعلق بهذه المطاعن دون سواها ، ولا يمكن أن تطال بأي حال العيوب الموضوعية التي قد توجه إلى القانون المذكور إذ ليس من شأن الحكم المذكور أن يمنع كل ذي مصلحة من عرض المطاعن الموضوعية المتعلقة بهذا القانون على المحكمة العليا مجددا مرة أخرى طبقا للأوضاع المرسومة لذلك ، لما هو مقرر في القضاء الدستوري المقارن بأنه حين يكون نطاق الطعن منحصرا في المطاعن الشكلية ، فإن قرار المحكمة بشأنها يكون متعلقا بها وحدها ، ولا يعتبر حكمها برفض هذه المطاعن مطهرا للنصوص المطعون عليها من مثالبها الموضوعية ، أو مانعا كل ذي مصلحة من طرحها على المحكمة الدستورية وفقا لقانونها⁽¹⁾.

ويبدو أن المحكمة العليا الليبية قد استشعرت بأن التفرقة التي أجرتها بصدد حجية الأحكام الدستورية بين الأحكام الصادرة بعدم الدستورية وتلك الصادرة برفض الدعوى الدستورية قد لا تستجيب لكل الفروض التي يمكن أن تواجهها من خلال ما يعرض عليها من منازعات دستورية ، فحاولت الخروج على تلك التفرقة عن طريق إقامة نوع من التمييز داخل الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية حيث مدت الحجية المطلقة لأحكام الرفض التي تفصح فيها عن دستورية النص التشريعي المطعون فيه ، وقصرت الحجية النسبية على أحكام

(1) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1991.12.07 في الدعوى الدستورية رقم 10/31 ق (الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على شبكة المعلومات الدولية « الإنترنت »).

الرفض التي لا تفصح فيها عن دستورية النص التشريعي المطعون فيه ، ومؤدى ذلك تقليص نطاق دائرة الحجية النسبية لأحكام الرفض الموضوعي للدعوى الدستورية ، مع ما تحمله عبارة أحكام الرفض التي تفصح أو لا تفصح فيها عن دستورية النص التشريعي المطعون فيه ، من مفاهيم قد يصعب الاتفاق حولها ويتعذر بالتالي تحديدها وفق معيار منضبط ، ذلك أن أحكام رفض الدعوى الدستورية موضوعا ، إنما تعني سلامة وصحة النصوص التشريعية المطعون فيها من العيوب الدستورية المنسوبة إليها ، أي دستورتها سواء صرحت المحكمة بذلك أم لم تصرح⁽¹⁾.

وقد جسدت المحكمة العليا الليبية التمييز الذي أجرته داخل الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية موضوعا من حيث الحجية ، في حكمها الصادر بتاريخ 2013.12.23 في الطعن الدستوري رقم 60/1 ق الذي جاء فيه أن « الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا في الطعون الدستورية التي تكون لها الحجية المطلقة ولا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت بشأنها ، هي الأحكام التي تقضي بدستورية أو عدم دستورية نص تشريعي معين ، فإن اقتصر الحكم على رفض الطعن في مسألة دستورية دون أن يفصح عن دستورتها من عدمه ، فلا تكون له هذه الحجية ولا يمنع من إثارة النزاع مجددا

(1) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1996.05.18 في الدعوى الدستورية رقم 17/13 ق ومما جاء فيه أن « أحكام رفض الدعوى الدستورية إنما تعني براءة النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور مما يعيبها دستوريا ، لأن المحكمة لا تنفع بالمخالفة التي نسبها الخصم إليها أو التي أثارها محكمة الموضوع في شأنها ، بل تجبل بصرها في النصوص الدستورية جميعها على ضوء النظرة المتكاملة لأحكامها ، لتحدد على ضونها توافق النصوص المطعون عليها معها أو تعارضها » ، (الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على شبكة المعلومات الدولية « الإنترنت »).

من قبل خصوم آخرين أو بناء على أسباب مغايرة⁽¹⁾.

وإزاء الاضطراب الذي صاحب مسالك المحكمة العليا الليبية بدواثرها المجتمعة في تحديد الحجية التي تتمتع بها أحكامها الدستورية على نحو قاطع ، ذهبت إحدى دوائر النقض المدني بها إلى إسباغ الحجية المطلقة على جميع الأحكام الصادرة في موضوع الدعوى الدستورية سواء أكانت بالرفض أم بعدم الدستورية ، تأسيسا منها على القول بأن الرقابة التي تباشرها المحكمة العليا على دستورية القوانين هي رقابة شاملة⁽²⁾ وذلك حسبما ورد في الحكم الصادر بتاريخ 2013.04.24 في الطعن المدني رقم 56/2102 ق ومما جاء فيه ((أن الأحكام الصادرة في الطعون الدستورية - وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري - تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها ، بل يمتد هذا الأثر للكافة وتلتزم بها جميع سلطات الدولة ، لأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي اختصت بها المحكمة العليا دون غيرها وفقا للقانون رقم 1994/17 بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 1982/6 بإعادة تنظيم المحكمة العليا هي رقابة شاملة تمتد إلى الحكم بعدم دستورية أي تشريع أو

(1) حكم غير منشور ، وقارن د. عمر عبدالله أمبارك ، هيث يرى سيادته أن جميع الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية موضوعا تكتسب الحجية المطلقة شأنها في ذلك شأن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، لأن رفض الدعوى موضوعا يتم بعد بحث مسألة مدى مطابقة النص التشريعي محل الطعن لنصوص الدستور ، وينبغي الحكم الصادر بالرفض على أساس أن النص التشريعي المطعون فيه لا يخالف أحكام الدستور (راجع رسالته: الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا ، مرجع سابق ص 401).

(2) يلاحظ أن عبارات هذا الحكم قد تم اقتباسها حرفيا من أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية التي تتخذ من الرقابة الشاملة منهاجا لممارسة رقابتها الدستورية على القوانين .

إجراء أو عمل مخالف للدستور فتلغي قوة نفاذه ، أو أن تقرر دستوريته وسلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان⁽¹⁾.

والخلاصة أنه يمكن القول بأن الاتجاه العام للقضاء الدستوري الليبي هو إضفاء الحجية المطلقة على الأحكام الصادرة بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه⁽²⁾ وكذلك على الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية التي تفصح فيها المحكمة العليا عن دستورية النص التشريعي المطعون فيه ، وبالتالي فإن آثار هذه الأحكام تتعدى الخصوم في الدعوى ، وتمتد إلى الكافة وتلتزم بها جميع سلطات الدولة ، بما يتمتع معه تجديد النزاع حول دستوريته مستقبلا إلا في الحالات الاستثنائية التي سبق بيانها فيما سلف .

أما فيما يتعلق بالأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية التي لا تفصح فيها المحكمة العليا عن دستورية النص التشريعي المطعون فيه ، فإنها لا تكتسب سوى حجية نسبية تقتصر على أطرافها ولا تمتد إلى غيرهم وذلك في حدود ما أثير فيها من أوجه الطعن بعدم الدستورية ، وينصرف ذلك أيضا من باب أولى - وفقا لهذا الاتجاه - إلى الأحكام الصادرة بعدم قبول الدعوى الدستورية لعدم تعرضها لموضوع الدعوى أصلا واقتصرها على شروط قبولها فقط إما لانتهاء المصلحة أو الصفة أو لخلو صحيفة الطعن من بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته أو ما شابه ذلك⁽³⁾ ففي هذه الأحوال جميعا لا يحول الحكم بعدم

(1) حكم غير منشور .

(2) راجع حكمها الصادرين بتاريخ 2010.10.10 في الطعين الدستوريين رقمي 56/2 ق ،

56/4 ق ، وكذلك أحكامها الصادرة بتاريخ 2013.12.23 في الطعون الدستورية أرقام

58/1 ق ، 59/26 ق ، 60/1 ق .

(3) يستثني أ.د. أحمد فتحي سرور من ذلك الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص لانعدام ولاية

القضاء الدستوري بنظر الدعوى حيث تتمتع بحجية مطلقة قبل الكافة باعتبار أن =

قبول الدعوى الدستورية دون قبولها مستقبلا إذا ما توافرت الشروط المقررة لذلك .

تقديرنا الخاص لحجية الأحكام الدستورية:

يتفق الاتجاه العام الذي تجرى به أحكام القضاء الدستوري في الدول محل الدراسة على تمتع الأحكام الصادرة بعدم الدستورية بالحجية المطلقة قبل الكافة وجميع سلطات الدولة بما يحول دون المجادلة في المسألة الدستورية محلها مرة أخرى ويمنع إعادة طرحها من جديد ، والمرد في ذلك إلى ما تحدته الأحكام بعدم الدستورية من تأثير في الأوضاع القانونية القائمة باعتبارها تؤدي بالنتيجة إلى إعدام النص التشريعي المطعون فيه وزواله من عالم القانون ، وهو ما يستتبع انصراف آثارها إلى جميع سلطات الدولة وإلى الكافة حتى يتسنى لهم ترتيب أوضاعهم على ضوء ذلك .

بينما يبرز الخلاف لدى القضاء الدستوري في الدول محل الدراسة حول الحجية التي تحوزها الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية موضوعا ، ففي حين أجمع القضاء الدستوري المصري والكويتي والبحريني على إضفاء الحجية المطلقة على أحكام الرفض الموضوعية ، انفرد القضاء الدستوري الليبي بالتمييز داخل أحكام الرفض الموضوعية من حيث الحجية ، بين أحكام الرفض التي تفصح فيها المحكمة العليا عن دستورية النص التشريعي المطعون فيه ، وأحكام الرفض التي لم تفصح فيها المحكمة العليا عن دستورية النص التشريعي المطعون عليه ، فجعلت أحكام الرفض الأولى ذات حجية مطلقة ، ومن ثم انصراف آثارها إلى الكافة شأنها في ذلك شأن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية بما يحول دون

= انعدام الولاية القضائية لا علاقة له بالسلوك الإجرائي للخصوم وإنما هو مقرر بحكم الدستور (راجع مؤلف سيادته : الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة ، مرجع سابق ، ص 319) .

المجادلة فيها أو إعادة طرحها من جديد ، بينما اعتبرت أحكام الرفض الأخيرة ذات حجية نسبية تقتصر على أطرافها ولا تتعدى آثارها إلى الغير بما لا يمتنع معه الطعن على ذات النص التشريعي المقضي فيه بدعوى جديدة بناء على أوجه طعن أخرى لم يتم إثارتها من قبل أو من غير الخصوم السابقين⁽¹⁾.

وإذا كان لنا من رأى نبديه في هذا المقام ، فإن المنطق القانوني المجرد يقودنا إلى التسليم بالحجية المطلقة للأحكام الدستورية الصادرة في موضوع الدعوى الدستورية على وجه العموم سواء أكانت بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم برفض الدعوى ، بحسبان أن الرفض يعبر عن دستورية النص التشريعي المطعون فيه ، سواء أعلنت المحكمة الدستورية عن ذلك صراحة أم لم تعلن ، إذ أن طبيعة الحكم الموضوعي واحدة ، فدور القاضي الدستوري عند الفصل في موضوع الدعوى الدستورية هو بحث مدى مطابقة النص التشريعي المطعون فيه للدستور ، فإذا توصل إلى مطابقته - أي دستوريته - فإنه يقضي برفض الدعوى موضوعاً ، وإذا انتهى إلى عدم مطابقته فإنه يقرر عدم دستوريته .

(1) يلاحظ أن ذلك قد يتناقض مع ما تنص عليه المادة (31) من قانون إعادة تنظيم المحكمة العليا الليبية من إلزام كافة المحاكم والجهات الأخرى بما تقرره من مبادئ في أحكامها ، ومن تطبيقات نص هذه المادة ما جاء في حكم المحكمة العليا الليبية الصادر بتاريخ 1987.05.26 في الطعن الجنائي رقم 43/105 ق بأن « مقتضى نص المادة (31) من القانون رقم 1982/6 بإعادة تنظيم المحكمة العليا أنه على كافة المحاكم والجهات الأخرى في الدولة الالتزام بما تقرره المحكمة العليا من مبادئ في أحكامها فلا يحق لها أن تهدر ما تتضمنه تلك المبادئ من قواعد قانونية أو تعارضها أو تقضي على خلافها لما تتمتع به تلك المبادئ من قوة مصدرها وأساسها القانون » مجلة المحكمة العليا الليبية س 32 ع 1 ، 2 ، 3 ، 4 ، ص 123 وما بعدها .

ومع ذلك فإن الاعتبارات العملية قد تدفعنا إلى الاعتراف بالحجية النسبية للأحكام الدستورية الصادرة في موضوع الدعوى بالرفض ، ولو في نطاق الإطار الضيق الذي سارت عليه المحكمة العليا الليبية ، على تقدير أن الاعتراف بالحجية النسبية لأحكام رفض الدعوى الدستورية موضوعا ، لا يخلو من فائدة في ظل ما يعكسه واقع الرقابة على دستورية القوانين من المزاجية بين القانون والسياسة ، فهذه الرقابة لدى غالبية الفقه الدستوري ليست ذات طبيعة قانونية بحتة ، وإنما هي رقابة ذات طبيعة قانونية وسياسية معا ، وإذا كان الحديث عن دور سياسي للقضاء الدستوري يبعث على الحساسية ، فإن هذا الدور لا ينكره وضعه كسلطة من سلطات الدولة الثلاث ، بما يفرضه ذلك من تحديد موقفه تجاه القضايا التي تصطبغ بالطابع السياسي المعروضة عليه ، وهو في ذلك لا شك أنه يكون عرضة للتأثر بالمناخ السياسي السائد والحالة التي عليها الرأي العام في البلاد ، ليقوم اجتهاده على الموازنة بين القانون والواقع في ظل سلطان الضمير والعقل ، وفي نطاق الالتزام بالإطار الاجتماعي والسياسي والاقتصادي في الدولة ، فحياد القاضي الدستوري حيال العوامل المذكورة هي فكرة نظرية أكثر منها واقعية⁽¹⁾.

وهذا ما عبر عنه أحد الفقهاء الذين يفضلون الأخذ بالحجية النسبية للأحكام الدستورية الصادرة بالرفض حيث يقول : ⁽²⁾ « إن القضاء الدستوري يقوم بدور قانوني مشوب بالسياسة بحسبان أن قضاءه له آثار سياسية واقتصادية واجتماعية ، إذ هو لا يعمل بمنأى عن الظروف السياسية والاقتصادية

(1) راجع أ.د. محمد صلاح عبدالبديع ، الدور السياسي للقاضي الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط/2010 ، أ.د. يسري محمد العصار ، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري ، دار النهضة العربية القاهرة ، ص45 وما بعدها .

والاجتماعية القائمة ، والمناخ الديمقراطي أو الديكتاتوري السائد ، وما قد يحيط بالنظام السياسي من أزمات قد تهدده ، فهذه العوامل وأمثالها هي عوامل ضاغطة عليه بلا جدال فقد يرى أن الحكم في قضية بعدم دستورية نص تشريعي معين في ظروف معينة ، قد يؤثر على كيان الدولة أو كيان إحدى مؤسساتها ، فيركن إلى الحكم برفض الطعن مؤثرا حماية الدولة أو إحدى مؤسساتها على حماية الدستور ذاته وفقا للمبدأ القائل بأن (حماية الدولة مقدمة على حماية الدستور) وتقرير الحجية النسبية للأحكام الصادرة بالرفض في مثل هذه الحالة يكون ملائما وأجدي في رعاية حقوق الأفراد على المدى البعيد ، لأنه يسمح بإعادة طرح المنازعات المرفوضة مرة أخرى من أطراف آخرين - أو بناء على أسباب مختلفة - وقد يتغير وجه الرأي فيها إذا ما تغيرت الظروف الضاغطة التي قضى من أجلها بالرفض⁽¹⁾.

المبحث الثاني

آثار الحكم بعدم الدستورية بين الفورية والرجعية

تقوم آثار الأحكام القضائية - بصفة عامة - في فقه قانون المرافعات على فكرتين أساسيتين: (الأولى) أن الأحكام تحسم النزاع على أصل الحق المتنازع فيه ، فيمتنع على سائر المحاكم - بما فيها المحكمة التي أصدرته - إعادة النظر فيما قضى به (الثانية) أن الأحكام القضائية لا تنشئ - كقاعدة عامة - حقوقا للمتنازعين ، وإنما هي تبين ما كان لهم من حقوق نشأت قبل رفع الدعوى وبمقتضى السبب الذي أنشأها ، ومن ثم لا ينشئ الحكم حقا جديدا لم

(1) م.د. عبدالله ناصف ، حجية وأثار أحكام المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص 31 وما بعدها .

يكن موجودا وليس من شأنه أن يجنده ، وإنما هو يقويه وينشئ لصاحبه بعض المزايا⁽¹⁾.

وبالرغم من بساطة هاتين الفكرتين بالنسبة لآثار الأحكام القضائية عموما ، حيث تشير الأولى إلى تمتع الحكم بالحجية ، وتعتبر الثانية عن الأثر الكاشف للحكم ، فإنه فيما يتعلق بآثار أحكام القضاء الدستوري الصادرة في موضوع الدعوى الدستورية قد أثير حولها الجدل ، وذلك بالنظر إلى أهمية التشريعات وما تتضمنه من قواعد قانونية عامة ومجردة تطبيقاتها مترامية ، ودائرة المخاطبين بها غير متناهية ، والآثار المترتبة على إبطالها - إذا تم إهدارها من القضاء الدستوري لمخالفتها للدستور - بعيدة في مداها ، وزاد من أتساع هذا الجدل عدم وضوح النصوص التشريعية التي تناولت هذه المسألة في تنظيمات القضاء الدستوري .

ونعالج في هذا المطلب آثار الحكم بعدم الدستورية وتحديد نطاق سريانه الزمني ، أي الوقوف على ما إذا كانت آثار هذا الحكم ذات أثر مباشر يقتصر سريانه على المستقبل فقط ، أم أن له أثر رجعي يرتد بسريانه إلى الماضي ، ومن البديهي أن هذه المسألة لا تثور إلا بالنسبة للأحكام الصادرة بعدم الدستورية بحسبانها تعلن عن العيوب الدستورية التي تشوب النص التشريعي المطعون فيه ، أما غير ذلك من الأحكام الدستورية الصادرة برفض الدعوى الدستورية - ومن باب أولى عدم قبولها - فإنها لا تمس النص التشريعي المطعون فيه حيث يظل هذا النص التشريعي - بعد الحكم كما هو قبل الحكم - كتشريع قائم ونافذ من تشريعات الدولة ، باعتبار أن الحكم برفض الدعوى بعدم دستوريته لا يعدو أن يكون تأكيدا لصحته منذ إقراره والعمل به ، ولا يمس الحكم ما جرى من تطبيقاته

(1) أ.د. أحمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، منشأة المعارف الإسكندرية ،

ط3/1977 ، ص 739 وما بعدها .

سواء في الماضي أو في المستقبل إذا كان لا يزال ساريا ، وبالتالي فإن تلك الأحكام لا تثير أي إشكالية قانونية أو عملية مما لا محل لبحث آثارها أو نطاقها الزمني⁽¹⁾.

ففيما يتعلق بتنظيم القضاء الدستوري المصري ، فإنه بناء على تفويض الدستور المصري لسنة 1971 المشرع في تحديد ما يترتب على الحكم بعدم الدستورية من آثار⁽²⁾ نص قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 1979/48 في المادة (3/49) - قبل تعديلها - على أنه « يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن ، ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه ».

وأوردت المذكرة الإيضاحية لقانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا المصرية تفسيرا لنص هذه المادة جاء فيه أن « القانون تناول أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ، فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ، وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب ، وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص ، على أن

(1) م.د. عادل عمر شريف ، رسالته السابقة ، ص 471 ، م.د. حمدان حسن فهمي ، المرجع السابق ، ص 500 .

(2) تنص المادة (2/178) من الدستور المصري لسنة 1971 بأن « ينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار » وهو ما رده الدستور المصري الحالي لسنة 2014 في المادة (2/195) منه .

يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم⁽¹⁾.

وذهب جانب من الفقه المصري إلى القول بأن ظاهر نص المادة (3/49) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا المصرية ، يفهم منه أن الحكم الصادر بعدم الدستورية يسري بأثر فوري ومباشر من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية ولا يسري بأثر رجعي ، أي لا ينطبق على الوقائع والعلاقات السابقة على صدوره ونشره ، ومما يؤكد هذا الفهم الاستثناء الذي أورده النص المذكور في الفقرة الرابعة منه والمتعلق بالأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة واعتبارها كأن لم تكن ، فلو كان للحكم أثر رجعي لما كان المشرع بحاجة إلى هذا الاستثناء ، ولهذا فإن المحكمة الدستورية لا تملك سوى الحكم بعدم دستورية النص أو إلغاء قوة نفاذه بالنسبة للمستقبل فقط ، وذلك باستثناء الحكم بعدم دستورية نص جنائي حيث تعتبر الأحكام الصادرة استنادا إلى هذا النص كأن لم تكن⁽¹⁾.

ولقد انبرى بعض الفقه إلى تنفيذ هذا الرأي مستندا في ذلك على الحجج الآتية⁽²⁾:

- أن المشرع الدستوري فوض المشرع العادي في تحديد آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية دون أن يقيد بقاعدة ما في هذا الصدد ، وأورد المشرع

(1) أ.د. صبري محمد السنوسي ، آثار الحكم بعدم الدستورية ، مرجع سابق ، ص 155 وما بعدها ، وراجع كذلك أ.د. مصطفى محمود عفيفي رقابة الدستورية ، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول لكلية حقوق حلوان عن دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري 1998 ، ص 65 ، حيث يقرر سيادته بأن أثر الحكم بعدم الدستورية يعد منشئا لحالة عدم الدستورية وليس كاشفا عنها ، إذ لا أثر رجعي لإعماله .

(2) م.د. عبدالله ناصف ، المرجع السابق ، ص 56 وما بعدها .

العادي تنظيمه لهذه الآثار على نحو ما جاء في المادة (3/49) سالفه الذكر دون أن يحظر الأثر الرجعي للأحكام المذكورة ، ولم يقيد رجوعيتها لا بمدة معينة لا يمكن أن تزيد عليها ، ولا بحالات معينة لا يجوز فيها تقرير هذه الرجعية كليا أو جزئيا .

- أن عبارة عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم ، لا تعدو أن تكون أمرا ملزما لسلطات الدولة وللکافة بالتوقف عن تطبيق النص اعتبارا من ذلك التاريخ ، ولكنها لا تعني أنه ليس للحكم أثر رجعي يترتد إلى الماضي ، لأن حظر هذا الأثر يستوجب النص عليه صراحة باعتباره يخالف الأصل المقرر في آثار الأحكام ، وطالما لم يحظر هذا الأثر فإن الحكم بعدم الدستورية ينطبق على الوقائع والعلاقات السابقة على صدوره .

- أن تنظيم وسائل إثارة المسألة الدستورية أمام محكمة الموضوع والتزامها بوقف الدعوى لحين الفصل في هذه المسألة ، يوجب على قاضي الموضوع تطبيق الحكم الصادر بعدم الدستورية بأثر رجعي على وقائع النزاع في الدعوى الموضوعية التي أثرت فيها المسألة الدستورية .

واتجه بذلك غالبية الفقه المصري إلى تقرير قاعدة الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، باعتبارها كاشفة لحالة عدم الدستورية الناتجة عن مخالفة التشريع المطعون فيه للدستور وليست منشئة لها ، وذلك استنادا إلى أن الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة ، وأن عدم التسليم بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية أمر يباه المنطق لأنه يؤدي إلى عدم تطبيق هذا الأثر على من دفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية التشريع المقضي بعدم دستوريته ، والعدالة تقضي بضرورة استفادته من دفعه ، بل أن إنكار الأثر

الرجعي للحكم بعدم الدستورية قد يشكك في دستورية المادة (49) ذاتها على أساس أن تحصين القوانين المقضي بعدم دستورتها بعدم سريانها على الماضي يتعارض وخضوع جميع سلطات الدولة للقانون ، على المنازعات المطروحة عليها من قبل ، فضلا على ذلك فإن المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا جاءت عبارتها حاسمة في سريان الأحكام الصادرة بعدم الدستورية بأثر رجعي⁽¹⁾.

وقد انتصرت المحكمة الدستورية العليا المصرية لهذا الرأي الأخير ، وتواترت أحكامها عليه ، من ذلك ما قرره في حكمها الصادر بتاريخ 1990.05.19 في الدعوى الدستورية رقم 9/37 ق بأن ((الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة ، إذ هي لا تستحدث جديدا ولا تنشيء مراكز أو أوضاعا لم تكن موجودة من قبل ، بل هي تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء ، وترده إلى حكمه الصحيح الذي يلزمه منذ صدوره ، الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة ، بيانا لوجه الصواب في دستورية النص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره ، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقا للدستور وفي حدوده المقررة شكلا وموضوعا ، فتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه ، أو أنه صدر متعارضا مع الدستور ، فينسلخ عنه وصفه وتندم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره))⁽²⁾.

- (1) م.د. حمدان حسن فهمي ، المرجع السابق ، ص528 ، أ.د. صبري محمد السنوسي ، المرجع السابق ، ص157 وما بعدها .
- (2) الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على شبكة المعلومات الدولية ((الإنترنت)) وهو ما جرت عليه أحكام القضاء المصري بفرعية العادي والإداري وعلى رأسهما محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا .

وهكذا فإنه من المستقر عليه في تنظيم القضاء الدستوري المصري أن النطاق الزمني للحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي هو الرجعية المطلقة كقاعدة عامة ، وتبلغ هذه الرجعية أقصى مداها إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي حيث تعتبر الأحكام الصادرة بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن ، وهو ما يعني سقوطها بكل آثارها ولو صار الطعن فيها ممتنعا وأمسّت باتة⁽¹⁾.

وقت إعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية في بعض الفروض:

إذا كانت الرجعية المطلقة هي القاعدة العامة بالنسبة لآثار الأحكام الصادرة بعدم الدستورية - في ظل تنظيم القضاء الدستوري المصري - فإن هذه القاعدة قد لا تستقيم في بعض الفروض ولهذا يميز الفقه الدستوري⁽²⁾ بين أكثر من فرض لتحديد الوقت الذي يبدأ منه إعمال تلك الرجعية حسب ما يلي :

(1) راجع في ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1996.11.30 في الدعوى الدستورية رقم 18/22 ق ومما جاء فيه أنه « إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي ، فإن أحكام الإدانة الصادرة استنادا إليه تعتبر كأن لم تكن ، وهو ما يعني سقوطها بكل آثارها ولو صار الطعن فيها ممتنعا ، لتفارقها قوة الأمر المقضي ، وتلك هي الرجعية الكاملة التي أثبتها قانون المحكمة الدستورية العليا لأحكامها الصادرة بإبطال النصوص العقابية ، وهي بعد رجعية لا قيد عليها ولا عاصم منها بل يكون أثرها جارفا لكل عائق على خلافها ولو كان حكما باتا » ، (الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على شبكة المعلومات الدولية « الإنترنت »).

(2) راجع في ذلك أ.د. رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص 619

وما بعدها ، م.د. عبدالعزيز سالم ، نظم الرقابة على دستورية القوانين ، بدون دار نشر أو طبعة ، ص 104 وما بعدها .

الفرض الأول :

وهو يواجه حالة عدم الدستورية التي تشوب التشريع أو النص القانوني من الناحية الموضوعية بمناسبة صدور دستور جديد أو تعديل الدستور القائم ، بما مؤداه أن ذلك التشريع أو ذلك النص كان مطابقا للدستور المعمول به وقت صدوره وبالتالي فهو يعد صحيحا عند ولادته ، ولكن عيب عدم الدستورية الموضوعي قد طرأ في وقت لاحق عن وجوده بمناسبة صدور الدستور الجديد أو بما أدخل من تعديل على الدستور القائم ، ومن ثم فإنه من غير المنطقي أن يرتد الأثر الرجعي للحكم بعدم دستوريته إلى يوم وجوده ، لأنه ولد صحيحا وفقا للدستور الذي صدر في ظله ، الأمر الذي ينبغي معه تحديد وقت إعمال رجعية الحكم بعدم دستوريته إلى التاريخ الذي صدر فيه الدستور الجديد أو تعديل الدستور القائم ، إذ اعتبارا من هذا التاريخ فقط يغدو مخالفا للدستور ، أما قبل ذلك فإنه يبقى صحيحا مرتبا لكافة آثاره⁽¹⁾.

(1) يلاحظ أن أ.د. رمزي الشاعر يقيم تفرقة داخل العيوب الموضوعية بين العيب الأصلي المصاحب للنص التشريعي منذ ولادته في ظل الدستور الذي كان قائما عند صدوره ، وبين العيب الطارئ الذي يشوب النص التشريعي بمناسبة صدور دستور جديد أو تعديل الدستور القائم بما يجعله مخالفا له ، ويرى أن القاعدة بهذا الخصوص تقضي بأنه في حالة العيب الأصلي فإن الرجعية ترتد إلى تاريخ صدور النص التشريعي المعيب ، أما في حالة العيب الطارئ فإن الرجعية ترتد إلى تاريخ صدور النص الدستوري الذي أدى إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته (راجع مؤلف سيانته: رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص 594) .

الفرض الثاني :

وهو يواجه الحالة العكسية لفرض السابق بحيث يكون التشريع أو النص القانوني المطعون بعدم دستوريته قد صدر معييا من الناحية الموضوعية طبقا للدستور الصادر في ظله ، ولم يتم بحث دستوريته وقت العمل بأحكامه ، وتراخى ذلك إلى حين صدور الدستور الجديد أو تعديل الدستور القائم بما يكون منه صحيحا في ظل سريانه ، أي أن الدستور الجديد أو التعديل الذي أجري على الدستور القائم قد أزاح عنه ما علق به من عوار دستوري مضرعي ، ولكن لا يتصور أن ترتد هذه الإزاحة إلى ما قبل تاريخ صدور الدستور الجديد أو تعديل الدستور القائم وحتى وقت نفاذ ذلك التشريع أو ذلك النص ، الأمر الذي ينبغي معه في هذه الحالة إعمال الأثر الرجعي المطلق للحكم بعدم دستوريته باعتباره كان مخالفا للدستور الصادر في ظله منذ وجوده وولادته ، بصرف النظر عما أزاحه عليه الدستور القائم مما شابه من عيب دستوري موضوعي .

الفرض الثالث :

وهو يواجه حالة صدور أحكام باتة⁽¹⁾ في غير المواد الجنائية تولد لأصحابها مراكز وحقوقاً من خلال تشريع أو نص قانوني مشوب بعدم الدستورية ، ففي هذه الحالة لا مناص من احترام تلك الأحكام باعتبارها عنوانا للحقيقة وعدم إهدار ما انتهت إليه من قضاء ، والمحافظة على

(1) جدير بالذكر أن الحكم البات هو الحكم غير القابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية إما باستفادها أو بفوات مواعيدها ، وذلك خلافاً للحكم النهائي الذي لا يقبل الطعن فيه بالطرق العادية فحسب إما لاستفادها أو لانقضاء مواعيدها ، ولكنه يكون قابلا للطعن عليه بالطرق غير العادية .

المراكز والحقوق المكتسبة بمقتضاها لذوي الشأن وذلك بتقييد الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية ذلك التشريع أو النص بحيث لا ينصرف الأثر المذكور إلى تلك الأحكام مراعاة لاستقرار الأوضاع القانونية ، أي عدم انسحاب الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية - في غير المواد الجنائية - إلى ما أستقر من أوضاع وعلائق كانت قد ترتبت - عند صدوره - على النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته بناء على حكم قضائي بات⁽¹⁾.

وإذا كان الأمر قد استقر في تنظيم القضاء الدستوري المصري على الأخذ بقاعدة الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية في الحدود المتقدم ذكرها ، فإن المشرع المصري قد أدخل تعديلا جوهريا على نص الفقرة الثالثة من المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية بموجب القرار بقانون رقم 1998/168 حيث أصبح نصها يجرى على النحو الآتي: « ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ، ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر ، على أن الحكم بعدم دستورية بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر ، وذلك

(1) راجع في ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1996.11.30 في الدعوى الدستورية رقم 18/22 ق الذي جاء فيه « أن قضاء هذه المحكمة إذا كان مبطلا لنص غير جنائي فإن أثره الرجعي يظل جاريا ومنسجبا إلى الأوضاع والعلائق التي اتصل بها مؤثرا فيها ، حتى ما كان منها سابقا على نشره في الجريدة الرسمية ما لم تكن الحقوق والمراكز قد استقر أمرها بناء على حكم قضائي توافر فيه شرطان: أولهما- أن يكون باتا وذلك باستفاذه لطرق الطعن جميعها ، وثانيهما- أن يكون صادرا قبل قضاء المحكمة الدستورية ومحمولا على النصوص القانونية عينها التي قضى بطلانها » ، (الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على شبكة المعلومات الدولية « الإنترنت »).

دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص .»

وبينت المذكرة الإيضاحية لهذا التعديل دواعي تقريره بقولها: « جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا - في مجال تفسيرها لنص المادة (49) من قانونها - على أن الحكم الذي تصدره بعدم دستورية نص تشريعي يكون له أثر يمتد إلى الماضي برجعية تحكم الروابط السابقة على صدور الحكم كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة ، وقد أدى الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي لأحكام المحكمة - في غير المسائل الجنائية - إلى صعوبات متعددة في مجال التطبيق يندرج تحتها الإخلال بمراكز قانونية أمتد زمن استقرارها ، وتحميل الدولة بأعباء مالية تنوء بها خزانتها بما يضعفها في مجال تحقيق مهامها التنموية والنهوض بالخدمات والمرافق العامة التي تمس مصالح المواطنين في مجموعهم ، وعلاجاً لمشكلات الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي في مثل هذه الحالات التي كشفت عنها التجربة ، وتحقيقاً للموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع ، والحفاظ على أمنه اجتماعياً واقتصادياً ، وهي أمور يرتبط كل منها بالآخر برابطة وثقى ، فقد رؤى تعديل حكم الفقرة الثالثة من المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر برقم 1979/48 .»

وعلى ضوء هذا التعديل - الذي يعمل به اعتباراً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية وهو 1998.07.11 - أصبح هناك استثناءان من قاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية التي رسخت أقدامها في تنظيم القضاء الدستوري المصري ، أحدهما تترخص في تقريره المحكمة الدستورية العليا بحسب مقتضى الحال ، والآخر تلتزم المحكمة بإعماله والتقيد به في حدود الأحكام الصادرة عنها بعدم دستورية النصوص الضريبية ، وذلك مع عدم الإخلال باستفادة المدعي من

الحكم بعدم الدستورية ، أي أن المشرع بهذا التعديل قد خرج على قاعدة الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية على سبيل الاستثناء ، بما مؤداه أنه إذا لم يتوافر أي من الاستثنائين المذكورين ، فإن الأصل هو إعمال قاعدة الأثر الرجعي وذلك على النحو الآتي :

الاستثناء الأول: رخص المشرع للمحكمة الدستورية العليا في تحديد تاريخ سريان الحكم بعدم الدستورية - في غير المواد الجنائية والضريبية - خروجاً على قاعدة الأثر الرجعي المقررة لأحكامها الصادرة بعدم الدستورية ، وذلك بقصر أثره على المستقبل فقط ، ويعود للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في تحديد ذلك التاريخ الذي يكون لاحقاً لصدور الحكم بعدم الدستورية في ضوء العناصر والظروف والمخاطر التي تتصل بموضوع الدعوى ، وما تقتضيه اعتبارات الأمن الاجتماعي والاقتصادي واستقرار المراكز القانونية في المجتمع ، دون إخلال بطبيعة الحال من استفادة المدعي من الحكم بعدم الدستورية⁽¹⁾.

وقد عملت المحكمة الدستورية العليا المصرية الرخصة المخولة لها بمقتضى هذا الاستثناء في العديد من القضايا التي قدرت فيها خطورة إطلاق

(1) م.د. حمدان حسن فهمي ، المرجع السابق ص 563 وما بعدها ، ويشير سيادته إلى أن المحكمة الدستورية العليا المصرية قد حددت المقصود بالمدعي الذي يستفيد من الحكم الصادر بعدم الدستورية وفقاً للمادة (49) من قانون إنشائها - بعد تعديلها - بأنه كل من اتصلت دعواه بالمحكمة مستوفية أوضاعها القانونية وقت صدور الحكم بعدم دستورية ذلك النص .

الأثر الرجعي ، وخاصة عندما يكون من نتائج إطلاق هذا الأثر الرجعي تحميل الدولة بأعباء مالية قد تؤثر على القيام بدورها الاقتصادي والاجتماعي⁽¹⁾، من ذلك ما قرره في حكمها الصادر بتاريخ 2003.03.16 في الدعوى الدستورية رقم 21/124 ق بأن «إعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية قرار وزير الصحة رقم 1989/41 ... مؤداه رد المبالغ السابق تحصيلها من طالبي تسجيل المستحضرات الدوائية والبيطرية والتجميلية الجديدة أو التي يعاد تسجيلها منذ تاريخ العمل بالقرار في 1989.03.06 بعد أن آلت هذه المبالغ إلى صندوق تحسين الخدمة ودعم البحوث المشتركة وتم صرفها فعلا في أغراض هذا الصندوق ، وهو ما يؤدي حال إعمال الأثر الرجعي إلى تحميل الدولة بأعباء مالية إضافية في ظل ظروف اقتصادية تقتضي تجنبها هذا العبء»⁽²⁾.

الاستثناء الثاني: جعل المشرع الأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص الضريبية أثر مباشر حتمي في جميع الأحوال خروجا على قاعدة الأثر الرجعي للأحكام بعدم الدستورية ، أي أن النطاق الزمني للأحكام بعدم الدستورية في المواد الضريبية يكون بأثر مباشر من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية ، ومن غير أن يحول ذلك دون استفاضة المدعي من الحكم الصادر

- (1) أ.د. رجب محمود طاجن ، ملاح عدم الرجعية في القضائين الدستوري والإداري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية القاهرة ط/2011 ، ص289 ، ويقرر سيادته أن إعمال هذه الرخصة هو نوع من ممارسة القضاء الدستوري لرقابة التناسب ، وذلك من خلال الموازنة بين إطلاق الأثر الرجعي لحكمه بما ينتج عنه من أضرار بالمصلحة العامة ، وبين إعمال الأثر المباشر بما يحققه من منافع ومزايا تعود بالفائدة على المصلحة العامة .
- (2) الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على شبكة المعلومات الدولية «الإنترنت».

بالخصوص رجوعا إلى القاعدة العامة في آثار الأحكام بعدم الدستورية ألا وهي الرجعية⁽¹⁾.

ولقد تعرضت المحكمة الدستورية العليا المصرية لهذا الاستثناء في أكثر من مناسبة نذكر منها ما أورده في حكمها الصادر في الطعن بعدم دستورية تعديل الفقرة الثالثة من المادة (49) من قانون إنشائها ، والصادر بتاريخ 2002.07.07 في الدعوى الدستورية رقم 22/76 ق بأنه «لما كان نص الفقرة الثالثة من المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا بعد تعديلها ، جاء قاطعا في أن الحكم بعدم دستورية أي نص ضريبي يرتب اثرا مباشرا فقط ، إلا أن النص المذكور قرن ذلك بعدم الإخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بهذا الشأن ، بما مؤداه إطلاق صفة المدعي لتشمل كل من اتصلت دعواه مستوفية أوضاعها القانونية بالمحكمة الدستورية العليا وقت صدور الحكم بعدم دستورية ذلك النص ، وهو الإطلاق الذي يعصم النص من عدم الدستورية ، وبذلك يكون المشرع قد مارس حقه في المغايرة بين مراكز اختلفت أسس قيامها ، واتخذ ما يراه كفيلا بدرء أخطار تهدد مقومات المجتمع الاقتصادية ، وإذا كان الدستور يؤسس النظام الضريبي على العدالة الاجتماعية وفقا للمادة (38) إلا أن هذه العدالة تتوخى بمضمونها التعبير عن القيم والمصالح الاجتماعية السائدة في مجتمع معين خلال فترة زمنية محددة ، ومن ثم تتباين معانيها ومراميها تبعا لتغير الظروف والأوضاع ، ويتعين بالتالي أن تتوازن علائق الأفراد ومصالحهم ، بمصالح المجتمع في مجموعه ، توصلا إلى عدالة حقيقية تتفاعل مع الواقع وتتجلى قوة دافعة لتقدمه ، وإذا كان العدل مهيمنا على الضريبة التي توافرت لها قوالبها الشكلية وأسسها الموضوعية ، فإن ذلك يشكل ضمانا توافر الحماية

(1) أ.د. صبري محمد السنوسي ، المرجع السابق ، ص 172 وما بعدها .

القانونية التي كفلها الدستور للمواطنين جميعا ، وينبني على ما تقدم أن ما أتخذه المشرع من تعديل للفقرة الثالثة من المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا كان سبيلا للحفاظ على مصالح الجماعة ، ومن ثم تتقي عنه حالة مخالفة الدستور (1).

وذهب بعض الفقه (2) في تقييمه لما أحدثه التعديل الذي جاء به القانون رقم 168/1998 على الفقرة الثالثة من المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية ، فيما يتعلق بحجية الأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، إلى أنه لم تعد جميع أحكام المحكمة تتمتع بالحجية تجاه سلطات الدولة والكافة في تاريخ واحد بل أصبح الحكم الواحد يتمتع بحجية مطلقة بالنسبة للبعض وبحجية نسبية بالنسبة للبعض الآخر ، وذلك على النحو الآتي :

1. فالأحكام التي يكون لها أثر رجعي مطلق تثبت لها الحجية المطلقة من تاريخ صدور النص المقضي بعدم دستوريته .
2. والأحكام التي تحدد لها المحكمة تاريخا آخر لسريانها - في غير المواد الضريبية - تثبت لها حجية مزدوجة: أ- حجية مطلقة بالنسبة للغير إعتبارا من التاريخ الذي تحدده المحكمة. ب- حجية نسبية بالنسبة للمدعي من تاريخ صدور النص المقضي بعدم دستوريته .

(1) الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على شبكة المعلومات الدولية « الإنترنت » .

(2) م.د. عبدالله ناصف ، حجية وأثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل ، مرجع سابق ، ص 125 وما بعدها ، وقد أشار سيادته في هذا الخصوص إلى مقال أ. عبدالعزيز محمد ، المنشور بجريدة الوفد المصرية بتاريخ 16.07.1998 .

3. والأحكام التي تصدر بعدم دستورية النصوص الضريبية تكون لها حجية مزدوجة: أ- حجية مطلقة بالنسبة للغير من اليوم التالي لتاريخ نشرها في الجريدة الرسمية . ب- حجية نسبية بالنسبة للمدعي من تاريخ صدور النص الضريبي المقضي بعدم دستوريته .

أما بالنسبة لآثار الأحكام الصادرة بعدم الدستورية في تنظيم القضاء الدستوري الكويتي ، فإنه أمام صراحة ووضوح النصوص القانونية المتعلقة بهذا الأمر ، لم يكن هناك بد من التسليم بالآثر الرجعي لهذه الأحكام كقاعدة عامة دون إيراد أية استثناءات عليها ، ذلك أن المادة (173) من الدستور الكويتي تنص على أنه في حالة تقرير المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن ، كما أن المادة السادسة من قانون إنشاء المحكمة الدستورية الكويتية تقضي بأنه « إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة أو عدم شرعية لائحة من اللوائح الإدارية لمخالفتها لقانون نافذ ، وجب على السلطات المختصة أن تبادر إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لتصحيح هذه المخالفات وتسوية آثارها بالنسبة للماضي ».

ويستفاد من هذه النصوص تبني تنظيم القضاء الدستوري الكويتي قاعدة الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم دستورية التشريعات دون أية استثناءات ، باعتبارها أحكاما كاشفة عن العوار الدستوري الذي لحق بالنصوص التشريعية منذ إصدارها وولادتها ، وهو ما يوجب على السلطات المختصة المبادرة إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لتسوية آثارها بالنسبة للماضي .

وبالرغم من أن النصوص التشريعية التي قررت قاعدة الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية في الكويت جاءت على إطلاقها دون أن يرد

عليها أي قيد ، فإن المحكمة الدستورية الكويتية قد حدثت من إطلاق هذه القاعدة وقيدتها بعدم المساس بالحقوق والمراكز القانونية التي استقرت بناء على أحكام قضائية باتة تكون محمولة على النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته⁽¹⁾.

وهو ما قرره لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية الكويتية في حكمها الصادر بتاريخ 2004.12.24 في الطعن رقم 2004/4 بقولها: « إنه ولئن كان إبطال النص التشريعي لعدم دستوريته هو تقرير بزواله ووجوده منذ نشأته ، وبما مؤداه امتناع تطبيقه بعد إبطاله ، إلا أن أثر ذلك لا ينسحب على الحقوق والمراكز القانونية التي استقرت بناء على أحكام قضائية متى كان هذا القضاء محمولا على النص الذي يقضي بإبطاله⁽²⁾».

وصفوة القول أن تنظيم القضاء الدستوري الكويتي يتوافق مع تنظيم القضاء الدستوري المصري في اعتناقه قاعدة الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم دستورية التشريعات ، والقيد الوارد عليها المتعلق بالأحكام القضائية الباتة ، وذلك دون الأخذ بالاستثناءات التي استحدثها المشرع المصري عام 1998 على تلك القاعدة .

أما فيما يتعلق بالقضاء الدستوري الليبي فإن القوانين المنظمة له ، لم تحدد الآثار المترتبة على الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بدوائرها المجتمعة بعدم دستورية النصوص التشريعية المطعون فيها ، الأمر الذي يثير التساؤل عما

-
- (1) أ.د. عادل الطبطبائي ، المرجع السابق ، ص 485 وما بعدها ، وقد انتقد سيادته تقييد قاعدة الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية تأسيسا على اتقاء السند المؤيد لهذا التقييد في القانون الكويتي .
- (2) الجريدة الرسمية للكويت - الكويت اليوم - الصادرة في 2004.12.12 ، ص 51 ، ع 695 .

إذا كان لتلك الأحكام أثر مباشر يقتصر على المستقبل فقط ، أم أن لها أثر رجعي يترد إلى الماضي .

ولعل أول من تصدى للإجابة على هذا السؤال أستاذنا الدكتور يحيى الجمل في مقاله الشهيرة التي نشرها عام 1964 عن رقابة دستورية القوانين في ليبيا ، حيث أشار سيادته في البداية إلى القاعدة المقررة بهذا الشأن بالنسبة للأحكام القضائية بصفة عامة ، وهي أنها كاشفة للحقوق والمراكز القانونية وليست منسئة لها ، ثم ذكر بأنه من الناحية المنطقية المجردة فإن القضاء الدستوري حين يقضي ببطلان نص تشريعي معين فهو لا ينشئ هذا البطلان بحكمه ، وإنما هو يقرر شيئاً كامناً في التشريع ذاته ، وهو بطلانه ومخالفته للدستور منذ وجوده ، أي أنه ولد باطلاً ، وعندما يعلن القضاء الدستوري هذا البطلان ، فإنه لا يفعل شيئاً أكثر من أنه يكشف عن شيء موجود من قبل ، وهو البطلان أو عدم الدستورية الملازم للتشريع من لحظة ولادته ، وينتهي سيادته إلى التقرير بأن آثار الحكم القاضي ببطلان التشريع أو عدم دستوريته ، يترد إلى تاريخ وجود وولادة النص التشريعي الباطل وإعدامه بأثر رجعي واعتباره كأن لم يكن من تاريخ صدوره ، بحيث لا ينشئ مراكز ولا يرتب حقوقاً ولا يسبغ حماية⁽¹⁾ وهذه هي النتيجة الطبيعية التي يفرضها إعمال مبدأ تدرج القواعد القانونية في الدولة وسمو الدستور عما عداه من قواعد قانونية .

ويشايح الفقه الليبي الناشئ هذا الرأي ، ويضيف إلى ذلك القول - تحت تأثير الأوضاع السائدة في تنظيم القضاء الدستوري المصري- بإعمال قاعدة الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية على إطلاقها بالنسبة للنصوص

(1) أ.د. يحيى الجمل ، مقاله السابقة ، ص 269 وما بعدها .

الجنائية⁽¹⁾ حتى ولو كانت الأحكام الصادرة بالإدانة نهائية ، مع تقييد تلك الرجعية بعدم انسحابها إلى الحقوق والمراكز القانونية التي استقرت بناءً على أحكام قضائية باتة متى كان هذا القضاء محمولاً على النص الذي قضى بعدم دستوريته⁽²⁾.

ويمكن أن نستخلص اعتناق المحكمة العليا لليبية لقاعدة الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، مما أورده إحدى دوائر النقض المدني بها في حكمها الصادر بتاريخ 2013.04.24 في الطعن المدني رقم 56/2102 ق بأنه **«** متى قضت المحكمة العليا بعدم دستورية نص تشريعي ، تعين على جميع المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها الامتناع عن تطبيقه على الوقائع والمراكز القانونية المطروحة عليها ، حتى ولو كانت سابقة على صدور هذا الحكم بعدم الدستورية ، باعتباره قضاء كاشفاً عن عيب لحق النص منذ نشأته بما ينفي ترتيب أي أثر من تاريخ نفاذه ، وهو ما تمليه الطبيعة العينية للدعوى الدستورية بما

(1) مما يعزز ذلك - عن طريق القياس - أن الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الثانية من قانون العقوبات الليبي تنصان على أنه **«** ومع ذلك (إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره ، وإذا صدر بعد الحكم النهائي قانون يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه أوقف تنفيذ الحكم وانتهت آثاره الجنائية **»** .

(2) د. عمر عبدالله عمر أمبارك ، رسالته السابقة ص 410 وما بعدها ، وقد دلل سيادته على الأخذ بقاعدة الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية في ليبيا بما قامت به اللجنة الشعبية العامة للمالية - سابقاً - من إجراءات لتنفيذ حكم المحكمة العليا الصادر في الطعن الدستوري رقم 53/2 ق القاضي بعدم دستورية نص المادة (8) من القانون رقم 1986/1 بشأن مساهمة الليبيين في الشركات العامة ، والمتمثلة في رد المبالغ المستقطعة وفقاً لأحكام هذا القانون إلى مستحقيها وبأثر رجعي من تاريخ دفعها .

يقتضي إسباغ الحجية المطلقة على أحكامها⁽¹⁾.

وهذا ما يستفاد أيضا مما جاء في حكمها الصادر بتاريخ 2015.08.27 في الطعن المدني رقم 57/1314 ق بأنه « يترتب على الحكم بعدم دستورية قانون أو نص فيه عدم جواز تطبيق ذلك القانون أو النص المحكوم بعدم دستوريته على الوقائع المطروحة ، واعتبار ذلك النص أو القانون بمثابة العدم مع مراعاة ما سبق بخصوص المراكز المستقرة بموجب أحكام باتة أو حقوق تقادمت⁽²⁾».

ونخلص مما تقدم إلى أن خلو تنظيم القضاء الدستوري الليبي من أي نص صريح يقرر آثار الأحكام الصادرة بعدم الدستورية - رغم أهمية ذلك - لم يمنع الفقه والقضاء من أن يجتهد نحو تبني قاعدة الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية في النطاق والحدود المرسومة لها في القضاء الدستوري المصري خارج الاستثناءات التي أدخلت عليها عام 1998 ، وحسما لأي جدل قد يثور حول آثار الأحكام الصادرة من المحكمة العليا الليبية بعدم الدستورية نأمل من المشرع الليبي التدخل ومعالجة هذا الأمر بنصوص صريحة لا تقبل التأويل والاجتهاد⁽³⁾.

(1) حكم غير منشور .

(2) حكم غير منشور .

(3) تحاول المحكمة العليا الليبية سد هذا النقص التشريعي في بعض أحكامها من خلال الإشارة في أسبابها (إلى تلك الآثار ، من ذلك ما جاء في حكمها الصادر بتاريخ 1970.01.11 في الطعن الدستوري رقم 12/1 ق بأن « ما تقرره المحكمة من عدم دستورية النص المطعون فيه لا تتأثر به القوانين التي أقرها المجلس النيابي الذي جرى انتخابه في ظل ذلك القانون عملا بقاعدة الوجود الفعلي للقوانين ») أحكام المحكمة العليا بدواتها مجتمعة ، مرجع سابق ، ص 102 وما بعدها (وراجع كذلك من أحكامها الحديثة الطعن الدستوري =

ويتفرد القضاء الدستوري البحريني عن نظرائه في الدول محل الدراسة ، بتنظيم آثار الأحكام الصادرة بعدم الدستورية على نحو خاص ومختلف ، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة (106) من دستور البحرين المعدل لسنة 2002 على أنه ⁽¹⁾ " ويكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة أثر مباشر ، ما لم تحدد المحكمة لذلك تاريخا لاحقا ، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن ⁽¹⁾ .

وحرصا من المشرع الدستوري البحريني على بيان كيفية تطبيق هذا النص توكيفا لأي خلاف قد يثور بشأنه مستقبلا ، أورد في المذكرة التفسيرية للدستور بأنه ⁽¹⁾ " ومقتضى هذا النص أن ما صدر من تصرفات أو قرارات تنفيذيا للقانون الذي حكم بعدم دستوريته يظل قائما حتى تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية أو التاريخ اللاحق الذي حددته المحكمة لسريانه ، ولا يؤثر ذلك على حق من نفع بعدم الدستورية في الاستفادة من الحكم الصادر بعدم دستورية القانون في دعواه

= رقم 59/25 ق بتاريخ 2012.12.23 الذي جاء فيه " ... ويتعين من ثم القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه ، دون أن يؤثر ذلك على صحة الإجراءات التي تمت في ظله " ويلاحظ أن النص المطعون فيه هو نص المادة الثانية من القانون رقم 2004/7 بإلغاء محكمة الشعب الذي يقضي بأيلولة الاختصاصات والسلطات التي كانت مسندة إلى كل من محكمة الشعب ومكتب الادعاء الشعبي بموجب القانون رقم 1988/5 بإنشاء محكمة الشعب إلى المحاكم والنيابات المختصة أو التخصصية (حكم غير منشور) .

(1) يلاحظ أن المادة (103) من دستور البحرين لسنة 1973 قبل تعديله عام 2002 كانت تنص على أنه ⁽¹⁾ " وفي حالة تقرير الجهة القضائية الموكول إليها الفصل في المنازعات الدستورية عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن " وهو ما يماثل نص المادة (73) من الدستور الكويتي ، وذلك نتيجة مساهمة ذات الخبير الدستوري - أ.د. عثمان خليل عثمان - في وضع دستور الدونتين .

الموضوعية ، وقد استثنى النص من قاعدة الأثر المباشر للحكم ، الأحكام الجنائية التي تكون قد صدرت بالإدانة استنادا إلى القانون الذي قضى بعدم دستوريته ، واعتبر هذه الأحكام كأن لم تكن بحيث يلغى تلقائيا ما ترتب عليها من آثار ، وإذا كان النص قد اقتصر على ذكر الأحكام الجنائية التي صدرت ، فإنه من باب أولى يسري ذات الحكم على كل الدعاوى التي لم يكن قد صدر حكم فيها عند صدور حكم المحكمة الدستورية ، إذ تعتبر هذه الدعاوى كأن لم تكن⁽¹⁾.

ونزولا على ما نصت عليه المادة (106) من دستور البحرين المعدل لسنة 2002 قرر المشرع البحريني في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (38) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية في البحرين بأنه ⁽¹⁾ ويكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة في جميع الأحوال أثر مباشر ، ويمتنع تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم ، ما لم تحدد المحكمة تاريخا لاحقا لذلك ، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن ، ويقوم الأمين العام بتبليغ المدعي العام بالحكم فور النطق به لتنفيذ ما يقتضيه⁽¹⁾.

ومؤدى ذلك أن تنظيم القضاء الدستوري في البحرين قد تبنى فكرة الأثر المباشر للحكم الصادر بعدم دستورية قانون أو لائحة - كقاعدة عامة - أي أن الحكم بعدم الدستورية يسري بأثر فوري ومباشر من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية ، ويقتصر نطاقه الزمني على المستقبل فقط ، وذلك على أساس أن الحكم بعدم الدستورية يعد منشئا لحالة عدم الدستورية وليس كاشفا عنها⁽¹⁾.

(1) أ.د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مرجع سابق ، ص 429 .

وهذا ما جسده المحكمة الدستورية البحرينية في حكمها الصادر بتاريخ 2007.11.05 في القضية رقم د/5/3 ق لسنة 3 ق بقولها ((إن الحكم الصادر من المحكمة الدستورية بعدم دستورية قانون أو لائحة يعد - كقاعدة عامة - منشأ لحالة عدم الدستورية وليس كاشفا عنها ، ومن ثم فإن هذا الحكم يسري بأثر مباشر وفوري من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية ، ما لم تحدد المحكمة الدستورية تاريخا لاحقا يبدأ منه نفاذ هذا الحكم ، فلا يسري بأثر رجعي ولا ينطبق على الوقائع والعلاقات السابقة على صدوره ، إلا إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي))⁽¹⁾.

بل إن تنظيم القضاء الدستوري البحريني قد ذهب إلى أبعد مدى في تبني قاعدة الأثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية على النحو المتقدم ، وذلك بالترخيص للمحكمة الدستورية بأن تحدد تاريخا آخر لاحقا لليوم التالي لتاريخ نشره بالجريدة الرسمية - قد يطول أو يقصر - يبدأ منه نفاذه وسريان أثره ، ويبرر البعض⁽²⁾ هذه الرخصة بإعطاء السلطة التشريعية والتنفيذية الوقت لسن القانون الصحيح أو إصدار اللائحة أو تعديلها بما يتفق مع نتيجة الحكم الصادر بعدم الدستورية .

وقد أعملت المحكمة الدستورية البحرينية هذه الرخصة في حكمها الصادر بتاريخ 2005.06.13 في القضية رقم د/3/3 لسنة 1 ق الذي جاء فيه أن ((أعمال الأثر المباشر للحكم بعدم دستورية القرار المطعون فيه مؤداه إحداث نتائج مالية مفاجئة يترتب عليها الإخلال بتنفيذ الموازنة العامة للدولة ، الأمر الذي

-
- (1) الجريدة الرسمية للبحرين الصادرة في 2008.01.17 ، ع 2826 ، ص 41 وما بعدها .
(2) أ. يوسف عيسى الهاشمي ، رقابة دستورية القوانين والنوائح في مملكة البحرين ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ط/2014 ، ص 536 .

يصيب المواطنين في جملتهم بالضرر نتيجة الأثر المترتب على ذلك من نقص الإيرادات العامة اللازمة للإتفاق على المشروعات والمرافق العامة ، إذ كان ذلك فإن المحكمة ترى إعمال الرخصة المخولة لها بنص الفقرة الثانية من المادة (31) من قانون إنشائها ، ومن ثم تحدد لسريان هذا الحكم تاريخ الأول من يناير 2006 وهو يمثل تاريخ بدء السنة المالية التالية ... بما مؤداه استمرار تطبيق القرار المطعون فيه إلى ما قبل هذا التاريخ في شأن المخاطبين به ⁽¹⁾.

ولقد وضعت المذكرة التفسيرية لدستور البحرين المعدل حدا لقاعدة الأثر المباشر للأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، وقيدتها بعدم مجاوزة نطاقها حق من دفع بعدم الدستورية في الاستفادة من الحكم الصادر بعدم الدستورية في دعواه الموضوعية ، بحسبان أن هذه الاستفادة هي الفائدة العملية للخصومة القضائية التي يجب أن يجنيها كل ذي شأن فيها من أطرافها ، ضمانا لفاعلية حق التقاضي ، ومن مقتضى ذلك أن يستفيد المدعي في الدعوى الموضوعية من الحكم الصادر بعدم الدستورية في جميع الأحوال وبأثر رجعي مطلق يرتد إلى تاريخ صدور النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته ، وأن هذه الاستفادة تتم بقوة القانون وليس بناء على إرادة المحكمة الدستورية⁽²⁾.

وتطبيقا لذلك جاء في حكم المحكمة الدستورية البحرينية الصادر بتاريخ 2014.01.29 في القضية رقم د/2013/1 لسنة 11 ق بأن « الأثر المباشر للحكم لا يؤثر على حق من دفع بعدم الدستورية في الاستفادة من الحكم الصادر بعدم دستورية القانون في دعواه الموضوعية ، ذلك أن الفائدة العملية للخصومة القضائية يجب أن يجنيها كل ذي شأن فيها ، ضمانا لفاعلية حق التقاضي ، ولأن

(1) الجريدة الرسمية للبحرين الصادرة في 2005.06.22 ، ع 2692 ، ص 13 وما بعدها .

(2) أ.د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مرجع سابق ، ص 432 .

الترضية القضائية هي الغاية النهائية لكل خصومة قضائية ... وإذ كان المدعيان قد أقاما دعواهما الماثلة أمام المحكمة الدستورية قبل صدور الحكم القاضي بعدم دستورية النص المطعون فيه ، فإنهما يستفيدان من ذلك الحكم في دعواهما الموضوعية بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ صدور النص المقضي بعدم دستوريته⁽¹⁾.

وقد استثنى تنظيم القضاء الدستوري في البحرين من تطبيق قاعدة الأثر المباشر للأحكام الصادرة بعدم الدستورية التي تبناها ، الأحكام الصادرة بعدم دستورية نص جنائي بصفة مطلقة حيث جعلها ذات أثر رجعي يرتد إلى تاريخ صدور النص حتى ولو كان قد صدرت بالاستناد إليه أحكام بالإدانة وصارت بائنة ، إذ تعتبر كأن لم تكن ويلغى تلقائياً ما ترتب عليها من آثار ، ويسري ذلك من باب أولى على جميع الدعاوى الجنائية المتعلقة بذلك النص ، والتي لم يكن قد صدر حكم فيها عند صدور الحكم بعدم الدستورية .

ومن تطبيقات هذا الاستثناء في قضاء المحكمة الدستورية البحرينية ما أوردته في حكمها الصادر بتاريخ 2009.12.21 في القضية رقم د/7/4 لسنة 5 ق بأن⁽²⁾ مقتضى المادتين (30) و (31) من المرسوم بقانون رقم 2002/27 بإنشاء المحكمة الدستورية ، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة ، وبالنسبة إلى الدولة وسلطاتها المختلفة ، على أن يكون للحكم الصادر بعدم الدستورية - كقاعدة عامة - أثر مباشر ، ما لم يكن متعلقاً بنص جنائي ، وهو ما يسري في شأن هذه الدعوى ... مما مؤداه استفادة كافة المخاطبين بالنص التشريعي المقضي فيه بعدم دستوريته من الحكم الصادر في الدعوى الماثلة فور النطق به ، وذلك إعمالاً لنص الفقرة الأخيرة من المادة (31) سالفة البيان ، والتي تنص على أن يقوم الأمين العام للمحكمة

(1) الجريدة الرسمية للبحرين الصادرة في 2014.02.06 ، ع 3142 ، ص 44 وما بعدها .

الدستورية بتبليغ النائب العام بالحكم بعدم الدستورية المتعلق بنص جنائي فور النطق به لتنفيذ مقتضاه⁽¹⁾.

الخاتمة

مما لا شك فيه أن تنفيذ الحكم يعد مظهرا من مظاهر قوة نفاذه التي يستمدّها من السلطة التي يتمتع بها مصدره ، وهو ما يؤدي بنا إلى بلورة الأفكار المتعلقة بحجية الأحكام الدستورية وأثارها من خلال الدور الذي تضطلع به السلطات العامة في الدولة إزاء تنفيذ الأحكام الدستورية ، وذلك على النحو الآتي :

- دور السلطة القضائية :

يتمثل دور السلطة القضائية في تنفيذ الأحكام الصادرة من القضاء الدستوري بعدم دستورية النصوص التشريعية ، في التزام المحاكم بمختلف درجاتها وأنواعها بالنتيجة التي انتهى إليها القضاء بعدم الدستورية ، وإعمال مقتضاه على المنازعات المعروضة عليها ، وذلك بالامتناع عن تطبيق النصوص التشريعية المقضي بعدم دستورتها على تلك المنازعات ، فضلا عما يوجب القانون على النائب العام بوصفه صاحب الدعوى العمومية والموكول إليه الإشراف على تنفيذ الأحكام الجنائية ومؤسسات الإصلاح والتأهيل العقابية ، من اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص الجنائية فور إخطاره بها ، سواء فيما يتعلق بالدعاوى القائمة أو أحكام الإدانة التي تستند عليها حتى ولو

(1) الجريدة الرسمية للبحرين الصادرة في 2009.12.31 ، ع 2928 ، ص 18 وما بعدها ، وراجع بنفس المعنى أيضا حكمها الصادر بتاريخ 2009.03.30 في القضية رقم د/7/1 لسنة 4 ق (الجريدة الرسمية للبحرين ، الصادرة في 2009.04.02 ، ع 2889 ، ص 66 وما بعدها) .

كانت باثة ، من إفراج عن المحكوم عليهم وإسقاط للجريمة أو العقوبة المقضي بها أيا كان نوعها واعتبارها كأن لم تكن⁽¹⁾.

- دور السلطة التشريعية :

تقوم السلطة التشريعية بدور هام في تنفيذ الأحكام الصادرة من القضاء الدستوري بعدم دستورية النصوص التشريعية ، وذلك من خلال تدخلها في الوقت المناسب بإقرار وإصدار نصوص تشريعية جديدة تكون موافقة لأحكام الدستور بدلا من النصوص التشريعية المقضي بعدم دستورتها درءا لوقوع فراغ تشريعي ، وتدخل السلطة التشريعية بهذا الخصوص لا يعتبر حتميا في كل الأحوال ، فقد يكون لازما في بعضها ، وغير لازم في بعضها الآخر ، استصحابا لسلطانها التقديرية في تنظيم الحقوق ما لم يقيدوا الدستور في ذلك بقيود معينة⁽²⁾.

- دور السلطة التنفيذية :

للسلطة التنفيذية بفروعها المختلفة الدور الأعظم في تنفيذ القوانين بصفة عامة ، وتنفيذ الأحكام القضائية بصفة خاصة وفي مقدمتها الأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص التشريعية - باعتبارها الجهة القوامة على تسيير المرافق العامة في الدولة وفقا للمبادئ والأسس المقررة قانونا- ويمثل دورها في هذا المقام دور السلطة التشريعية حيال تنفيذ الأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص التشريعية ، لاسيما ذات الصفة اللائحية الصادرة عنها ، حيث تتدخل لإحلال نصوص لائحية جديدة بدل النصوص اللائحية المقضي بعدم دستورتها ، واتخاذ الإجراءات الكفيلة بمعالجة ما ترتب عليها من آثار .

(1) م.د. حمدان حسن فهمي ، المرجع السابق ، ص 418 وما بعدها .

(2) المرجع السابق ، ص 429 وما بعدها .

إدارة القضيبي

مركز الفرد في القانون الدولي العام وأثره في حماية حقوق الإنسان

الدكتور / عادل عبد الحفيظ كندير
مهاضر بكلية القانون، جامعة طرابلس

مقدمة :

عرف الإنسان منذ نشأة علم القانون وتطور فلسفته مجموعة من المصطلحات القانونية الوضعية، أفرد لكل منها مفاهيم خاصة للتمييز بين جوهرها وأثرها في مركز الفرد في النظام القانوني التابع له ، كمصطلح ((الشخصية القانونية أو أهلية الوجوب أو أهلية الأداء أو النظام اللانحي أو النظام التعاقدية)) إلى غير ذلك من المصطلحات التي ابتدعها العقل البشري لتشكل في مجملها نظاماً قانونياً وضعياً داخلياً كان أو دولياً .

لكن العقل البشري يقف أحياناً تجاه هذه المصطلحات مواقف مختلفة من حيث المفهوم أو تفسيره أو تأويله⁽¹⁾، ودون الخوض في تفاصيل هذه الاختلافات، فإن الفكر الإنساني - ضمن إطار القانون الوضعي - وفيما يخص مصطلح ((الشخصية القانونية)) قدم للبشرية مفهوماً يختلف من الاتساع إلى الضيق حسب النظام القانوني التابع له ، أي بحسب انتمائه للنظام القانوني الدولي أو الداخلي . إذ الاتفاق حول انطباق مفهوم هذا المصطلح على الفرد في القانون الداخلي يقابله

(1) الباش ، حسن مصطفى ، حقوق الإنسان بين الفلسفة والأديان ، منشورات جمعية لدعوة الإسلامية العالمية ، 1997 ، ص7 .

اختلاف الفقه⁽¹⁾ حول مدى انطباقه عليه - أي على الفرد - في إطار القانون الدولي العام .

عليه ، فإن الإشكالية القانونية التي تعالجها هذه الدراسة تكمن في تحديد ما إذا كان الفرد يتمتع بشخصية قانونية دولية ، لأجل الوصول إلى بيان مركزه القانوني في النظام الدولي ، بالنظر لأهمية الآثار القانونية المترتبة على منح شخصية قانونية دولية للفرد ، بما في ذلك توفير حماية قانونية دولية فعّالة لحقوقه وحرياته الأساسية .

فإذا كان الأصل هو تبيعة القواعد القانونية المتعلقة بحماية حقوق الفرد للنظام القانوني الداخلي ، لأن الفرد هو شخص اعتيادي متفق عليه من أشخاص القانون الداخلي ، وأن حماية حقوقه شأن داخلي لا علاقة للقانون الدولي بها مباشرة ، إلا أنه وفي ضل الانتهاكات التي قد تمارس من قبل السلطات المحلية والتي تتصف بشدة تدخل الدولة في الشؤون الشخصية للفرد⁽²⁾، فإن هذه الانتهاكات تكون سببا لتدخل القانون الدولي⁽³⁾. الأمر الذي يخرج مسألة حماية

(1) يشير الفرد جدلا فقها واسعا بصدد اعتباره ضمن دائرة أشخاص القانون الدولي أو كونه خارج هذه الدائرة . انظر: ضوي ، علي عبد الرحمن ، القانون الدولي العام ، الجزء الأول ، المصادر والأشخاص ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، الطبعة الثالثة ، 2008 ، ص357 وما بعدها .

(2) لاسيما الإجراءات التي تتخذها سلطات الدولة في ظل الاضطرابات السياسية والمنازعات المسلحة الداخلية (غير الدولية) والتي قد تستدعي تدخل عسكريا دوليا على نحو ما وقع في ليبيا في الفترة ما بين 17 فبراير إلى 20 أكتوبر 2011 .

(3) الحسيني ، زهير عبد الكريم، الرقابة السياسية الدولية لحماية حقوق الإنسان، ندوة الأبعاد الجديدة لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، كلية القانون ، جامعة بنغازي (قاريونس) ، المركز القومي للدراسات القانونية وبحوث حقوق الإنسان ، 2000 ، ص222 - 223 .

حقوق الإنسان من النطاق الداخلي إلى النطاق الدولي⁽¹⁾، لاسيما إذا ما تم الاعتراف بأن الفرد هو غاية أي نظام قانوني سواء كان دولياً أم داخلياً⁽²⁾.

وعليه ، فهل يترتب على تدخل القانون الدولي لمعالجة جوانب معينة متعلقة بالفرد (يختص بها القانون الداخلي) تمتع الفرد بشخصية قانونية دولية ؟.

الإجابة عن هذا التساؤل ، وإن كانت ليست سهلة إلا أنها تكتسب أهمية بالغة في مجال حماية حقوق الإنسان، لأن المشكلة الأساسية في مجال الحماية الدولية لحقوق الإنسان - على الرغم من التطور المطرد للقواعد القانونية الدولية المهتمة بحقوق الإنسان - تتمثل في الضمانات القانونية الدولية لهذه الحماية بسبب وجود صعوبات قانونية تحول دون منح الفرد مكنة اتخاذ كافة الإجراءات القانونية المتاحة على الصعيد الدولي للمطالبة بحماية حقوقه من تعسف السلطة التابع لها ، أي بمعنى أن أطراف النزاع في مجال حماية حقوق الإنسان ليسوا في علاقة قانونية متكافئة ، مما يدفع للتساؤل حول مدى تمتع الفرد بمركز مساوٍ لمركز الدولة ، وخاصة فيما يتعلق بكونه شخصا من أشخاص القانون الدولي العام شأنه في ذلك شأن الدولة ، وبعبارة أخرى مدى تمتعه بالشخصية القانونية الدولية .

مما تقدم نجد أن دراسة مركز الفرد في القانون الدولي وأثره في حماية حقوق الإنسان تتطلب التعرض لمناقشة المسائل التالية :

المبحث الأول : مفهوم الشخصية القانونية

المبحث الثاني: مدى تمتع الفرد بالشخصية القانونية الدولية

(1) وهو ما يطلق عليه تدويل المسألة .

(2) انظر: نظرية الوضعية الاجتماعية أو التضامن الاجتماعي التي قال بها نوجي Duguit وسيل

Scelle في مواجهة نظرية الوضعية الإدارية أو المذهب الإرادي، وسيتم التعرض لهما لاحقا .

المبحث الأول مفهوم الشخصية القانونية

يعبر عن الإنسان الفرد بالشخص في لغة القانون ، فالفرد شخص من أشخاص القانون الداخلي ، وهو الشخص الطبيعي الذي يعترف له بالشخصية القانونية في النظام القانوني الداخلي ، ولما كانت الشخصية القانونية تعني: « صلاحية كائن للمساهمة في الحياة القانونية سواء بنسبة الحقوق إليه أو بتحمل الالتزامات⁽¹⁾ أو بقدرته على القيام بتصرفات قانونية⁽²⁾، فإن نطاق الشخصية القانونية لا يقتصر فقط على صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق وأن تتقرر عليه التزامات (أهلية الوجوب)⁽²⁾، بل يمتد هذا النطاق ليشمل صلاحية الفرد لإجراء تصرفات قانونية مختلفة (أهلية الأداء)⁽³⁾.

إن العامل الهام الذي يتوقف عليه تحديد من يدخل في نطاق الشخصية القانونية في ظل نظام قانوني معين ، هو ما يعرف بالأهلية⁽⁴⁾ بنوعها الوجوب والأداء . والمهم هنا هو أن مصطلح الشخصية القانونية - على خلاف النظم القانونية الداخلية - يطرح جدلاً فقهيًا على صعيد النظام القانوني الدولي بالنسبة للدول والفرد على السواء ، فقد تساءل فقهاء القانون الدولي العام⁽⁵⁾ عن السبب

- (1) الكوني ، علي عبودة ، أساسيات القانون الوضعي الليبي ، المدخل إلى علم القانون ، الحق 2 ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، الطبعة الأولى ، 1997 ، ص 96 .
- (2) المرجع السابق ، ص 132 .
- (3) المرجع السابق ، ص 136 .
- (4) الأهلية ، لغة : الصلاحية للأمر ، حسب ما ورد في قاموس المنجد في اللغة والأعلام ، انظر: الكوني ، المرجع السابق ، ص 132 ، هامش رقم 1 .
- (5) ضوي ، المرجع السابق ، ص 48 وما بعدها ، ولطاني ، عادل أحمد ، القانون الدولي العام ، التعريف - لمصادر - الأشخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط 1 2009 ، ص 43 وما بعدها .

الذي يجعل ليس الفرد فقط بل والدولة أيضا شخصا من أشخاص القانون الدولي العام ، وتساءلوا عن الأهداف والغايات وعن الأسس التي بنيت عليها هذه الأحكام⁽¹⁾، وهي تساؤلات لا تتدرج جميعها في علم القانون ، فهي أقرب إلى علم الفلسفة منه إلى ذلك .

وعلى الرغم من أن الإجابة على مثل هذه التساؤلات الفلسفية تشكل أهمية لا يستهان بها بالنسبة للمشتغلين أو المهتمين بعلم القانون إذ تساعد في أغلب الأحيان على فهم القواعد القانونية وتفسيرها ، فإنها أسهمت في ظهور عدد من النظريات الفقهية المتباينة حول الموضوع (المطلب الأول)، ويظل مهما هنا بيان موقف العمل الدولي من هذه الآراء الفقهية للخلوص إلى تحديد مفهوم الشخصية القانونية الدولية في النظام القانوني الدولي (المطلب الثاني) .

المطلب الأول النظريات الفقهية

يتنازع الفقه القانوني الدولي عدة نظريات حول مكونات المجتمع الدولي ، وبالتالي حول من يشكل أشخاص هذا المجتمع ، تتوزع بين المذهبين الإرادي والموضوعي ، هذا الاختلاف الفقهي⁽²⁾ صاحبه انقسام حول مدى تمتع الفرد

(1) إذا كان النظام القانوني الداخلي من خلال التشريع يمكنه الإجابة على أغلب هذه التساؤلات ، إذ يستطيع المشرع في أي دولة أن يعبر عن اختياراته الفلسفية والاجتماعية التي تكمن وراء سن القواعد القانونية الواردة في التشريعات والتي تعبر عنها هذه الأخيرة بطريقة صريحة ، فإن ذلك لا يتوفر بنفس الطريقة في النظام القانوني الدولي .

(2) يعود هذا التنازع في أصله إلى الخلاف حول الأساس القانوني الذي تستند إليه الصفة الإلزامية لقواعد القانون الدولي وعلاقته بالقانون الداخلي ، حيث تتوزع الآراء الفقهية بين المذهبين (الإرادي والموضوعي) فيما يتعلق بتحديد الأساس الذي تقوم عليه قواعد القانون الدولي ، وما يترتب على ذلك من احتمال وقوع تنازع بينه وبين القانون الداخلي .

بالشخصية القانونية الدولية بين منكر لها ومؤيد لمنحه إياها وحده دون سواه مع كل ما يترتب على ذلك من نتائج . وليبيان هذه النقطة بشكل أكثر تفصيلا، سيتم التعرض لمذهب الوضعية الإرادية (أولا)، ثم لمذهب الوضعية الاجتماعية (ثانيا)⁽¹⁾.

أولا : مذهب الوضعية الإرادية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الدول هي وحدها أشخاص القانون الدولي العام ، فالمجتمع الدولي هو مجتمع الدول فقط ولا شيء غير الدول ، فالدول - شأنها شأن الأفراد في المجتمع الداخلي - تحتاج إلى التعاون فيما بينها بإقامة علاقات متبادلة تقتضي تنظيمها بقواعد قانونية دولية ملزمة ، وبذلك يتحدد مفهوم القانون الدولي العام بأنه: مجموعة القواعد العرفية والاتفاقية الملزمة للدول في علاقاتها المتبادلة⁽²⁾.

فالدول وحدها تمتع بالشخصية القانونية الدولية باعتبارها ليس فقط مخاطبة مباشرة بأحكام القانون الدولي ، بل وكذلك بسبب مساهمتها سواء بشكل منفرد⁽³⁾ أو بشكل جماعي⁽⁴⁾ في إنشاء القواعد القانونية الدولية ، فالإرادة هي مصدر القانون ، وأن القانون الدولي لا تضعه إلا إرادة الدول⁽⁵⁾، وبالتالي فهي

(1) لمزيد التفصيل راجع ، ضوي ، المرجع السابق ، ص 13 وما بعدها ، وأيضا الطاني ، المرجع السابق ، ص 323 وما بعدها.

(2) Oppenheim L., International Law, vol. 1, 8th, ed. By Louterpacht, London, Longmans, 1963, p. 4.

(3) نظرية لتقييد الذاتي (أو نظرية الإرادة المنفردة) التي قال بها الفقيه الألماني جنينك Jellinek ، انظر: ضوي ، المرجع السابق ، ص 51 . وأيضا الطاني ، المرجع السابق ، ص 44 .

(4) نظرية تلاقي الإرادات (أو نظرية الإرادة المشتركة) التي قال بها الفقيه الألماني تريپيل Triepel . انظر: ضوي ، المرجع السابق ، ص 52 ، وأيضا الطاني ، المرجع السابق ، ص 44 .

(5) يأخذ أصحاب هذا المذهب في الحسبان أن علاقات المجتمع الدولي تختلف عن علاقات =

الشخص الوحيد لهذا القانون .

وعليه ، فإن النتيجة المترتبة على ذلك هي إنكار الشخصية القانونية الدولية للفرد، فهو لا يحظى في ظل هذا المذهب بأي صلاحية في أن تثبت له حقوق وأن تقرر عليه التزامات، وبطبيعة الحال لا يحظى بأي صلاحية في إبرام أي تصرفات قانونية دولية .

ويؤخذ على هذا المذهب تجاهله للتطورات الحديثة في القانون الدولي العام ، لاسيما بعد الحرب العالمية الثانية وتأسيس منظمة الأمم المتحدة ، وبصفة خاصة وضع قواعد قانونية دولية تخاطب الفرد داخل دولته بشكل مباشر ، فلا جدال اليوم في أن القانون الدولي الوضعي يخاطب الفرد فعلا من خلال قواعد قانونية دولية لا شك فيها ، عرفية كانت أم اتفاقية ، تمنحه حقوقاً وتقرر عليه التزامات ، فلقد ولّى الزمن الذي كان فيه القانون الدولي لا يهتم إلا بالدول .

ومن خلال ما تقدم ، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه الآن هو الفرد بعد أن صار مخاطبا بشكل مباشر بأحكام القانون الدولي. ألا يكفي ذلك للقول بتمتع الفرد بشخصية قانونية دولية؟ ستتم الإجابة عن هذا التساؤل لاحقا .

ثانيا : مذهب الوضعية الاجتماعية

ينكر أصحاب هذا الاتجاه وجود شخصية معنوية لكائن آخر غير الإنسان الفرد ، فالإنسان وحده هو من تثبت له الشخصية القانونية ، أما الكيان المعنوي (الشخص المعنوي) فلا شخصية قانونية له ، لأنه ليس شخصا حقيقيا

= المجتمع الداخلي ، فالأولى علاقات أفقية بين أشخاص متساوية لا فرق فيها بين شخص القانون وصانع القانون ، بينما تبدو علاقات المجتمع الداخلي مبنية على التمييز بين علاقة أفقية بين أفراد (أشخاص القانون الطبيعيين) ، وعلاقة عمودية بينهم وبين الدولة (صانع القانون) . انظر: ضوي ، المرجع السابق .

بل هو شخصٌ مفترضٌ من صنع القانون الوضعي⁽¹⁾، ومن ثمّ ينقصه الإرادة والإدراك اللذان يشكلان مقومات وجود الشخص الحقيقي المُعترف له بالشخصية القانونية⁽²⁾.

والنتيجة المنطقية المترتبة على هذا القول هي إنكار وجود الشخصية المعنوية لأي كيان معنوي بما في ذلك الدولة ، وبالتالي إنكار تمتعها بأي شخصية قانونية، فلا يوجد عند دوجي⁽³⁾ Duguit إلا شخصية قانونية واحدة هي شخصية الإنسان الفرد (الشخص الطبيعي) ، فالمجتمع الدولي ليس أكثر من مجتمع أفراد طبيعيين⁽⁴⁾، فالقانون الدولي العام عندما يضع التزامات على عاتق الدول إنما يضعها في النهاية على عاتق أفراد طبيعيين⁽⁵⁾. فالأشخاص المعنوية

(1) يقر جانب لا بأس به من الفقه بالشخصية القانونية للكيان المعنوي عن طريق نظرية الحلية القانونية أو الافتراض القانوني *Théorie de la fiction* فيكون وجود الكيان المعنوي مفترضا وليس حقيقيا ومن صنع القانون الوضعي . لمزيد التفصيل ، انظر:

Duguit L., *Théorie de droit constitutionnel*, T.1, Paris, 1921, p. 550.

(2) بعد من نظريات مذهب الوضعية الاجتماعية: نظرية تدرج القواعد القانونية التي قال بها الفقيه الألماني كلسن *Kelson* ونظرية التضامن الاجتماعي التي قال بها الفقيه الفرنسي دوجيه *Duguit* .

(3) *Op. cit.*

(4) يذهب الفقيه الفرنسي سيل *Scelle* إلى تأييد الاتجاه القائل بعدم الاعتراف لغير الفرد بالشخصية القانونية ، لمزيد التفصيل ، انظر: ضوي ، المرجع السابق ، ص 13 ، والطائي ، المرجع السابق ، ص 46 و 47 . فقد حاول سيل أن يصور التقاء مجموعات الأفراد في مجتمع جماعات على أنه حدث اجتماعي أنتجته ضرورات الحياة المبنية على تولد = شعور بالتضامن لمواجهة تلك الضرورات . فالدولة إذن حدث اجتماعي لأنها تجمع أفراداً ، والجماعة الدولية هي حدث اجتماعي لأنها تجمع لمجموعة تجمعات محلية .

(5) هم الحكام باعتبارهم ممثلين لدولهم أو المحكومون باعتبارهم العنصر الأساس (البشري) في كل دولة . انظر: ضوي ، المرجع السابق ، ص 14 .

بما ذلك الدول وإن كانت تكوّن جوهر المجتمع الدولي ليس لها وجود حقيقي إلا لكونها تمثل أفراداً بشريين ، ولا إرادة لها خارج إرادة الأفراد الذين تتكون منهم .

والخلاصة هي أن مذهب الوضعية الاجتماعية يؤدي إلى أن يصبح الفرد هو الشخص الوحيد المتمتع بالشخصية القانونية في كل النظم القانونية وليس فقط في النظام القانوني الداخلي أو النظام القانوني الدولي⁽¹⁾.

ويؤخذ على مذهب الاجتماعيين تجاهله الواقع العملي لتركيبية المجتمع الدولي في ظل القانون الدولي العام بإنكاره إسباغ الشخصية القانونية على الدولة ، فالدولة شخص معنوي (رئيس) معترف له بالشخصية القانونية الدولية حيث ساهم هذا الاعتراف في حل الكثير من المعضلات القانونية ، فالقانون الدولي العام لا يعبر فقط عن تضامن بين الأفراد أو الجماعات ، بل يعبر أيضا عن إرادة سيادات وطنية تتجاوزها مصالح وغايات متضاربة ومتعارضة .

المطلب الثاني

الشخصية القانونية الدولية

بالنظر إلى التعريف المتقدم للشخصية القانونية ، يمكن القول بأن الشخصية القانونية الدولية هي: صلاحية كائن للمساهمة في الحياة القانونية الدولية سواء بنسبة الحقوق الدولية إليه أو بتحمل الالتزامات الدولية أو بقدرته على القيام بتصرفات قانونية دولية . فهي إذن صفة⁽²⁾ يكتسبها كائن معين في علاقته مع النظام القانوني الدولي الذي يخاطبه بقواعد قانونية دولية .

(1) وذلك على اعتبار أن الفرد هو غاية أي نظام قانوني داخليا كان أم دوليا .

(2) صداقة ، صليحة علي ، المؤسسات الدولية (عوامل تطورها وأنواعها) ، دار الفضيل للنشر والتوزيع ، 2008 ، ص 60 .

وتطبيقاً لما تقدم فإن النظام القانوني الدولي هو من يتولى تحديد الأشخاص المخاطبين بقواعده. وبذلك يتحدد شخص القانون الدولي بصلاحيته (أهليته) لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات الدولية ، وبصلاحيته (أهليته) للقيام بتصرفات دولية كالقدرة على الإسهام في إرساء قواعد القانون الدولي ورفع الدعاوى أمام القضاء الدولي .

وعليه ((يمكن القول: بأن الشروط اللازمة لثبوت الشخصية القانونية الدولية لكائن معين تتمثل في شرطين أساسيين هما:

1. القدرة على التمتع بالحقوق ، وتحمل الالتزامات التي يقررها النظام القانوني الدولي .

2. القدرة على التعبير عن إرادة ذاتية في ميدان العلاقات الدولية وفي مجال إنشاء قواعد القانون الدولي . فهذه القواعد تتكون من مساهمة كيانات مكونة للمجتمع الدولي عن طريق ما تبرمه من اتفاقيات دولية ، أو ما تتعارف عليه من قواعد تسمى بالعرف الدولي . والكيانات القادرة على هذه المساهمة في إنشاء القانون الدولي هي التي تكون أهلاً للمخاطبة بهذه القواعد وتوصف حينئذ بالشخصية القانونية⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن الشروط السابق ذكرها تجد حضوراً لها في الدولة الشخص الرئيس والفعال في النظام القانوني الدولي (أولاً) ، بالإضافة إلى توافرها في أشخاص ثانوية أخرى كالمنظمات الدولية وحركات التحرر (ثانياً) .

(1) المرجع السابق ، ص 61 .

أولاً : الأشخاص الرئيسيون (الدول)

الدولة هي شخص القانون الدولي العام الأول ، وسيقتصر هنا على بيان أن الدول هي من أشخاص القانون الدولي العام الرئيسيون دون التعرض لغير ذلك من الأحكام والقواعد ذات الصلة بالدولة⁽¹⁾. أي الاهتمام (فقط) بكون أن الدول تتمتع بالشخصية القانونية الدولية بالنظر لتوافر الشروط اللازمة لثبوت هذه الشخصية فيها . وأعمال القضاء الدولي تتجه جميعها نحو تأييد هذا القول ليس أقلها أهمية الرأي الاستشاري (الفتوى) الصادر عن محكمة العدل الدولية عام 1949م، بشأن قضية التعويضات عن الأضرار التي لحقت ببعض العاملين بمنظمة الأمم المتحدة أثناء أداء مهامهم⁽²⁾ والذي سيتم التعرض له لاحقاً .

وتتميز الشخصية القانونية الدولية للدول تامة السيادة بالعمومية ، وعلى ذلك فالدول تثبت لها صلاحية ممارسة كافة الحقوق الدولية المعترف بها في النظام القانوني الدولي وتحمل كافة الالتزامات الدولية (أهلية الوجوب)، فالدول وفقاً لذلك تستطيع أن تدخل في كافة صور العلاقات الدولية ، وتأكيداً لهذا القول

(1) لا يهتم في هذه الدراسة التعرض لتعريف الدولة وأركانها ، وإنما المهم فقط هو التلويح على أنها تتمتع بشخصية قانونية دولية .

(2) طلبت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1948.12.03 بمناسبة مقتل مبعوث الأمم المتحدة « الكونت برنادوت » أثناء أدائه لمهام نصالح المنظمة في فلسطين على يد العصابات الصهيونية المتطرفة ، من محكمة العدل الدولية رأياً استشارياً في الموضوع لرفع الجدل حول ما إذا كان لمنظمة الأمم المتحدة الحق في رفع دعوى المسؤولية الدولية عن الأضرار التي لحقت موظفيها والمطالبة بالتعويض ، فتعرضت المحكمة في فتواها لموضوع الشخصية القانونية الدولية . لمزيد التفصيل حول الموضوع والفتوى الصادرة بشأنه ، انظر :

- للباحث ، الأمين العام للأمم المتحدة (مركزه القانوني ومهامه في حل المنازعات الدولية)،

رسالة ماجستير ، كنية لقانون ، جامعة بنغازي (قاريونس)، 1999 ، ص 226 .

- صداقة ، المرجع السابق ، ص 113-114 .

عملت لجنة القانوني الدولي منذ انعقاد أعمال دورتها الأولى عام 1949م على إعداد مشروع إعلان بحقوق الدول وواجباتها ، وإحالاته للجمعية العامة للأمم المتحدة ، تضمن وضع مبادئ عامة لحقوق الدول وواجباتها ، تمثلت في أربعة مبادئ عامة للحقوق⁽¹⁾، وعشرة مبادئ للواجبات⁽²⁾، كما أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم 3281 بتاريخ 12 ديسمبر 1974م بشأن حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية⁽³⁾، وهو ما يفيد بتوافر الشرط الأول اللازم لثبوت الشخصية القانونية الدولية .

كما تثبت للدول صلاحية ممارسة كافة صور التصرفات القانونية الدولية (أهلية الأداء)، فالدول تملك القدرة على التعبير عن إرادة ذاتية في ميدان العلاقات الدولية وفي مجال إنشاء قواعد القانون الدولي ، ليس أقلها أهمية أهليتها لإبرام المعاهدات الدولية⁽⁴⁾، وهو ما أكدته اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 المادة (1) التي عرفت المعاهدة بأنها: اتفاق دولي يعقد كتابة بين دولتين أو أكثر . كما يثبت للدول صلاحية رفع دعوى قضائية أمام المحاكم الدولية ، بل وتقتصر هذه الصلاحية فيما يتعلق بمحكمة العدل الدولية على الدول فقط بحسب

- (1) الحق في الاستقلال ، والسيادة ، والمساواة أمام القانون الدولي ، والدفاع المشروع عن النفس . انظر: قرار الجمعية العامة رقم 375 (رابعا) بتاريخ 6 ديسمبر 1949 .
- (2) واجب عدم التدخل ، وعدم إثارة الحروب الأهلية ، واحترام حقوق الإنسان والحريات الإنسانية ، وعدم الإخلال بالسلم ، وتسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية ، وعدم استخدام القوة أو التهديد بها ، وعدم مساعدة الدول المعتدية ، وعدم الاعتراف بالاحتلال ، وتنفيذ المعاهدات ، والتقيّد بأحكام القانون الدولي العام . انظر: <http://untreaty.un.org> .
- (3) انظر: يونس ، منصور ميلاد ، مقدمة لدراسة العلاقات الدولية ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، الطبعة الثالثة ، 2008 ، ص 296 .
- (4) تشكل المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية بحسب المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية مصدرا رئيسيا من مصادر القانون الدولي العام .

المادة (1/93) من ميثاق الأمم المتحدة والمادة (1/34) من النظام الأساسي للمحكمة . وهو ما يفيد بتوافر الشرط الثاني والذي سبقت الإشارة إليه⁽¹⁾.

ويتمثل الأساس القانوني لتمتع الدول بالشخصية القانونية في كون الدولة بمجرد تكون أركانها المادية الثلاثة (إقليم وشعب وسلطة سياسية حاکمة ذات سيادة)⁽²⁾ تشكل واقعة قانونية: أي واقعة يرتب عليها القانون الدولي العام آثاراً قانونية بمجرد وقوعها⁽³⁾ لأسباب ، تبعية أو بسبب إرادة الإنسان ، ومن أهم هذه الآثار القانونية تمتعها بالشخصية القانونية الدولية بما يترتب على ذلك من نتائج⁽⁴⁾.

- (1) لمزيد التفصيل حول حقوق الدول وواجباتها ، انظر: الفتلاوي ، سهيل حسين ، وحوامد ، غالب عواد ، القانون الدولي العام ، الجزء الثاني ، حقوق الدول وواجباتها - الإقليم - المنازعات الدولية - الدبلوماسية ، دار الثقافة ، 2009 ، ص 17 - 88 .
- (2) يرى جانب من الفقه بأن تمتع الدولة بالشخصية القانونية الدولية يعد أثراً من آثار تمتعها بالسيادة ، فكل دولة ذات سيادة تعد شخصاً قانونياً دولياً ، غير أن هذا الاتجاه قد يجافيه الصواب لوجود كيانات معنوية دولية أخرى تتمتع بالشخصية القانونية الدولية وتعد بالتالي شخصاً قانونياً دولياً دون تمتعها بالسيادة كالمنظمات الدولية الحكومية عالمية كانت أم إقليمية. انظر: صدافة ، المرجع السابق ، ص 61 .
- (3) وبهذا تختلف الواقعة القانونية عن الواقعة المادية التي هي في الأساس واقعة طبيعية ، لا يرتب القانون على وقوعها أثراً قانونياً ، ولكنها تصبح واقعة قانونية عندما يتعامل بها أشخاص القانون الدولي . وتختلف عن الواقعة السياسية التي هي واقعة فعلية ، لا يرتب القانون الدولي عليها أي أثر قانوني قبل الاعتراف بها ، بحيث ينقلها الاعتراف من واقعة سياسية إلى واقعة قانونية . وتختلف عن الواقعة المجردة التي يرتب القانون أثراً على مجرد وقوعها دون أن يابها بالإرادية أو النية إن وجدتا ، لمزيد التفصيل ، انظر: صدافة ، المرجع السابق ، ص 63 - 64 و 94 .
- (4) يرتب على تمتع الدولة بالشخصية القانونية الدولية ما يلي: (أ - أن الأعمال التي يقوم بها ممثلو الدولة ، ترجع إلى هذه الأخيرة ، والتي تتحمل وحدها كافة الآثار القانونية والمادية الناتجة عنها ، طالما أن هؤلاء مفوضون من طرفها للتصرف باسمها. ب - أنها تعني استمرارية الدولة بالرغم من التغيرات : فقد ينقلص حجم الإقليم بسبب حرب أهلية أو =

ثانيا : الأشخاص الآخرون (الثانويون)

تُعدُّ الدول الفاعل الأصلي في المجتمع الدولي ، ولكنها ليست الفاعل الوحيد لوجود أشخاص آخرين فاعلين في المجتمع الدولي يمنحها القانون الدولي الوضعي صلاحية المساهمة في الحياة القانونية الدولية سواء بنسبة الحقوق الدولية إليها أو بتحمل الالتزامات الدولية أو بقدرتها على القيام بتصرفات قانونية دولية ، كالمنظمات الدولية (أ) ، وحركات التحرر (ب) .

أ . المنظمات الدولية : هي كيان دائم تُنشئها مجموعة من الدول بموجب اتفاقية دولية للإشراف على بعض شؤونها المشتركة وتمنحها اختصاصات ذاتية في المجال الدولي على المستوى العالمي أو الإقليمي ، وتتمتع بشخصية قانونية ، ويادارة مستقلين عن أطرافها⁽¹⁾.

وحسنت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري الصادر في قضية التعويضات عن الأضرار التي تلحق بالعمالين بمنظمة الأمم المتحدة أثناء قيامهم بأداء مهامهم بتاريخ 1949.12.03م الجدل حول مدى تمتع المنظمات الدولية

= عنوان خارجي ... وقد يتسع بعد استرجاع أجزاء كانت خاضعة للاحتلال الأجنبي. ج- إن التغيير الحاصل على رأس الدولة أو في نظام حكمها أو في صفة ممثليها وسواء كان بشكل دستوري أو غير دستوري (انقلاب أو ثورة) لا يؤثر في جوهر الدولة ووجودها . مادام أن السلطة الجديدة استطاعت فرض فعاليتها. د- المسؤولية الدولية: وهذا يعني أن العلاقات من وجهة النظر الدولية في مجال المسؤولية هي علاقة دولة مع دول أخرى، وحتى حينما تكون الأضرار المطالب بالتعويض عنها قد تسببت بفعل أفراد ، فإن للدولة وجوداً يمكنها من استخدام وسائل الحماية الدبلوماسية لرعاياها⁽¹⁾. انظر: يونس ، المرجع السابق ، ص 41 .
(1) انظر: ضوي ، المرجع السابق ، ص 321 ، وأيضا : صداقة ، المرجع السابق ، ص 104 .

بالشخصية القانونية الدولية⁽¹⁾، فلقد جاء في فتاها ما يلي :

« ... إن الأشخاص في نظام قانوني معين ليسوا بالضرورة متماثلين في طبيعتهم وفي نطاق حقوقهم . وفي إطار القانون الدولي ، ليست الدول وحدها أشخاص القانون الدولي ، إذ قد تتمتع بالشخصية القانونية الدولية كيانات أخرى إذا ما قضت ظروف نشأتها وطبيعة الأهداف المنوط بها تحقيقها الاعتراف لها بهذه الشخصية ... فالمنظمة هي شخص دولي ، ولكن لا يعني هذا أنها دولة ، كما أن حقوقها وواجباتها ليست ذات حقوق وواجبات الدولة ، وإنما يعني ذلك أنها صاحبة حق دولي ، وأن لها الأهلية لتملك الحقوق وتحمل الالتزامات الدولية ، وبأن لها أن تطالب بحقوقها بطرق المطالبة الدولية ... »⁽²⁾.

وبناءً على ما تقدم تختلف طبيعة الشخصية القانونية الدولية للمنظمات الدولية عن تلك التي تتمتع بها الدولة ، فإذا كانت شخصية الأخيرة ذات طبيعة عمومية فإن شخصية الأولى ذات طبيعة وظيفية ، أي أن الشخصية القانونية الدولية للمنظمة محدودة بـ « مبدأ الوظيفة La fonctionnalité » أو مبدأ التخصص ، خلافاً لشخصية الدولة غير المحدودة⁽³⁾، إذ تقتصر صلاحية المنظمات الدولية على ممارسة تلك التصرفات القانونية اللازمة لمباشرة وظائفها التي استهدفتها الدول الأطراف في وثيقة التأسيس⁽⁴⁾. وبناءً على ذلك فإن الدول

- (1) كان تمتع المنظمات الدولية بالشخصية القانونية الدولية مثار جدل في فقه القانون الدولي العام حتى منتصف القرن العشرين ، حيث كان الفقهاء أصحاب الاتجاه التقليدي ينكرون على المنظمات الدولية صفة الشخصية القانونية ، لأنهم يربطون بين هذه الصفة وصفة الدولة ، انظر : صداقة ، المرجع السابق ، ص 113 وما بعدها .
- (2) المرجع السابق ، ص 113 - 114 .
- (3) انظر : ضوي المرجع السابق ، ص 330 .
- (4) « وأشارت محكمة العدل الدولية عام 1949 في فتاها السابق الإشارة إليها ، أن القدر =

لها صلاحية ممارسة كل صور العلاقات الدولية ، أما المنظمات الدولية فإن صلاحيتها محدودة المجال ومقيدة بالوظائف المنصوص عليها في وثيقة تأسيسها⁽¹⁾.

فالمنظمات تثبت لها (فقط) صلاحية ممارسة الحقوق ، وتحمل الالتزامات المنصوص عليها في وثيقة تأسيسها (أهلية الوجوب) ، كما تثبت للمنظمات صلاحية ممارسة صور التصرفات القانونية الدولية المنصوص عليها في وثيقة التأسيس (أهلية الأداء) ، إذ تملك المنظمات الدولية القدرة على التعبير عن إرادتها الذاتية في ميدان العلاقات الدولية وفي مجال إنشاء قواعد القانون الدولي وفق وثيقة تأسيسها⁽²⁾ ، وليس أقلها أهمية أهلية المنظمات لإبرام المعاهدات

= من الحقوق والالتزامات الذي ينبغي الاعتراف به للمنظمة يتوقف أولاً وأخيراً على أهدافها ووظائفها المنصوص عليها ، صراحة ، أو المفهومة ، ضمناً ، من الاتفاقية المنشئة لها⁽³⁾ ، انظر: المرجع السابق ، ص 114 .

- (1) ولهذا فإن نطاق الشخصية القانونية الدولية للمنظمات الدولية يختلف من منظمة لأخرى .
- (2) على أنه يجب التمييز بين الشخصية القانونية الدولية للمنظمة ، وبين شخصيتها الداخلية بالنسبة لقوانين الدول الأعضاء ، فبالنظر إلى أن المنظمات الدولية ليس لها إقليم فهي تمارس نشاطها في أقاليم الدول الأعضاء وهذه الممارسة تتطلب إنشاء علاقات قانونية أحد أطرافها المنظمات الدولية مثل إبرام عقود إيجار أو استخدام أو بيع وأهلية تقاضي أمام القضاء المحلي ، فهذه العلاقات القانونية وما يترتب عليها من آثار تدخل ضمن نطاق الشخصية القانونية الداخلية التي يعترف بها القانون الداخلي لأشخاص القانون الدولي الخاص والمتعلق بالأجانب ، والتي تتضمن بالضرورة الاعتراف بامتيازات خاصة للمنظمة تطورها من أن تطبق عليها بعض الاختصاصات الإقليمية لدولة المقر ، وبذلك تختلف الشخصية القانونية الداخلية للمنظمة عن الشخصية القانونية الدولية التي تثبت لها بصفتها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام، وسبب الاختلاف هو أن الثانية تجد أساسها في القانون الدولي العام أما الأولى فتجد أساسها في القانون الداخلي . لمزيد التفصيل ، انظر: ضوي ، المرجع السابق ، ص 328 - 329 .

الدولية⁽¹⁾ ورفع دعوى أمام القضاء⁽²⁾.

ب. حركات التحرر: هي عبارة عن جماعات أو تنظيمات من الأفراد تتولى الكفاح المسلح أو السلمي بشكل منظم ضد الوجود الاستعماري أو الأجنبي أو ضد التمييز العنصري بهدف تكوين دولة مستقلة أو الانضمام إلى دولة قائمة مستقلة⁽³⁾.

وعلى خلاف الدول والمنظمات الدولية الحكومية فإن الواقع الدولي يكشف عن أن تمتع حركات التحرر بالشخصية القانونية الدولية يكون وفقاً على الاعتراف لها بهذه الصفة من جانب الدول والمنظمات الدولية. ومن هنا فإن مسألة تمتع حركات التحرر بالشخصية القانونية الدولية هي مسألة نسبية وليست مطلقة في النظام القانوني الدولي، بحيث يتوقف الأمر فيها على الاعتراف. والأخير هو تصرف قانوني يقع على واقعة معينة هي موضوع أو محل

(1) انظر: اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المبرمة بين دول ومنظمات دولية أو بين منظمات دولية لعام 1986.

(2) بالرغم من أن حق التقاضي أمام محكمة العدل الدولية مقفل في وجه المنظمات الدولية الحكومية، فإن باب التحكيم الدولي مفتوح أمامها. ومن آثار تمتع المنظمات الدولية الحكومية بالشخصية القانونية: «أ- المساهمة بسلوكها بين أجهزتها أو في تعاملها مع الدول والمنظمات الأخرى في تكوين العرف الدولي. ب- حق التقاضي... ج- إيفاد واستقبال البعثات الدبلوماسية الدائمة المؤقتة. د- تكون مسئولية دولها عن أعمالها المخالفة للقانون الدولي، كما تمكن مطالبة أية دولة أو شخص دولي آخر إذا قام أو قامت بانتهاك القانون الدولي تجاهها. هـ- تمتع المنظمة وموظفوها والفراد بعثاتها بالحصانات والامتيازات. و- تمتع باستقلال مالي تجاه الدول المساهمة في ميزانيتها».

انظر: ضوي، المرجع السابق، ص 331.

(3) انظر: يونس، المرجع السابق، ص 95 - 96.

الاعتراف⁽¹⁾، وحركات التحرر هي من الوقائع السياسية (واقعة فعلية) التي لا يرتب القانون الدولي العام عليها أي أثر قانوني قبل الاعتراف بها⁽²⁾، بحيث ينقلها الاعتراف من الواقعة الفعلية إلى الواقعة القانونية⁽³⁾.

وعليه ، وبسبب من أن حركة التحرير هي واقعة فعلية لا تنتقل إلى واقعة قانونية إلا بالاعتراف ، فإن الجدل القانوني حول الطبيعة القانونية للاعتراف بشأن الدول⁽⁴⁾ لا يثور بالنسبة لحركات التحرر ، فلا جدال في أن الاعتراف هنا له دورٌ إنشائي لا كاشفٌ يسهم في تحديد المركز القانوني لحركة التحرر في النظام القانوني الدولي ، والنتيجة المترتبة على هذا القول أن الإقرار لحركة التحرر بالشخصية القانونية الدولية - ومن ثم بوجودها كشخص من أشخاص القانون الدولي العام - متوقف على الاعتراف بها، وبدون هذا الأخير لا تصبح الحركة شخصا من أشخاص النظام القانوني الدولي، وهو ما يفيد بأن حركة التحرر لا تكتسب الشخصية القانونية الدولية إلا في حدود إعلان الاعتراف الصادر عن الدول المعترفة بها⁽⁵⁾، وبالتالي فهي تتمتع بحقوق وتحمل التزامات وتتولى القيام بتصرفات محددة لا مطلقة⁽⁶⁾.

- (1) وموضوع أو محل الاعتراف يمكن أن يكون أية واقعة ، قانونية كانت أو سياسية أو مادية ، انظر: صداقة ، المرجع السابق ، ص 63 .
- (2) وذلك بخلاف الدول والمنظمات الدولية اللتين تشكلان وقائع قانونية منذ نشأتها .
- (3) المرجع السابق .
- (4) هناك جدلا قانونيا بين فقهاء القانون الدولي العام حول التكييف القانوني بالنسبة للاعتراف بالدول هل هو اعتراف كاشف أو منشى .
- (5) بسبب من أن حركة التحرير واقعة سياسية فإن البحث في المركز القانوني لها يتأثر بعوامل سياسية ، إذ تترك هذه العوامل أثرها بشكل واضح في إعلان أو تصريح الاعتراف الصادر عن الدول والمنظمات الدولية بالحركة ،
- (6) يعد من النتائج المترتبة على الاعتراف بالشخصية القانونية الدولية لحركات التحرر: =

فعلى سبيل المثال ، تؤكد الممارسات الدولية الاعتراف لعدد من حركات التحرر بإبرام الاتفاقات الدولية⁽¹⁾، إلا أن هذه الممارسة كانت بقيدين: الأول - إن إبرام الاتفاقات الدولية لم يكن مفتوحا أمام جميع حركات التحرر ، وأن الأمر كان مقتصرًا على تلك المعترف بها . الثاني - أن الممارسة كانت تقتصر على نوع معين من الاتفاقات يمكن حصرها في ثلاث : الاتفاقات المتعلقة بالاستقلال⁽²⁾، الاتفاقات المتعلقة بسير الكفاح المسلح⁽³⁾، الاتفاقات المؤسسة للمنظمات الدولية⁽⁴⁾.

والخلاصة ، هو أن واقع تركيبة المجتمع الدولي في ظل النظام القانوني الدولي الوضعي القائم أميل إلى مذهب الوضعية الإرادية مع تعديل بسيط ،

- = « أ - اعتبار الحروب التي تخوضها من قبيل النزاعات الدولية وليست حروباً أهلية ، مما يعني وجوب التعامل مع عناصرها على أساس القانون الدولي باعتبارهم محاربين من أجل الاستقلال ، وليس على أساس القانون الداخلي بوصفهم خارجين عنه. ب - أهلية إبرام المعاهدات. ج - التمتع بالحصانات والامتيازات الدبلوماسية لممثلي الحركة أو العاملين فيها أو مكاتبها. د - اكتساب مركز المراقب في المنظمات الدولية. هـ - التمثيل الدبلوماسي ». لمزيد التفصيل ، انظر: الطائي ، المرجع السابق ، ص 319 وما بعدها .
- (1) انظر: أمثلة لإبرام اتفاقات بين دول وحركات تحرير في مؤلف الدكتور منصور ميلاد يونس ، المرجع السابق ، ص 115 - 116 .
- (2) اتفاقات الجزائر المعقودة بين الحكومة البرتغالية والحزب الأفريقي لاستقلال غينيا بيساو وجزر الرأس الأخضر في 26.08.1974 ، والتي تنص على وقف إطلاق النار وإعلان استقلال غينيا بيساو وجزر الرأس الأخضر .
- (3) مجموعة الاتفاقات الدولية المعقودة ما بين منظمة التحرير الفلسطينية وعدة دول ، نذكر منها اتفاقية القاهرة المعقودة مع الحكومة اللبنانية عام 1969م ، وعدة اتفاقات دولية مع حكومة الأردن منها اتفاقية القاهرة وعمان عام 1970م .
- (4) مثل ميثاق جامعة الدول العربية، حيث تعد منظمة التحرير الفلسطينية عضواً في الجامعة (طرفاً في الميثاق) وفي المنظمات التابعة للجامعة .

فالدول هي الشخص الرئيسي (الفاعل الأصلي) ولكنها ليست الشخص الوحيد ، لوجود أشخاص ثانوية (فاعلون ثانويون) تتمثل إما في مؤسسات قانونية تنشئها الدول وتسبغ عليها الشخصية القانونية الدولية كالمنظمات الدولية ، وإما في حركات تحرر تعترف لها الدول بشخصية قانونية دولية في حدود معينة . وهذا الاختلاف في الدور الذي تلعبه هذه الأشخاص (بين رئيسي وثانوي) أدى إلى اختلاف في نطاق الشخصية القانونية الدولية الممنوحة لكل من الدول والمنظمات الدولية وحركات التحرر ، وهذا الخلاف يشبه إلى حد ما الخلاف في مجال القانون الداخلي بين الشخصية القانونية للشخص الطبيعي والشخصية القانونية للشخص المعنوي (الاعتباري) ، فالدولة في النظام القانوني الدولي تعتبر بمنزلة الشخص الطبيعي القادر على التمتع بشخصية قانونية دولية كاملة ، أما غيرها من الفاعلين الثانويين فهم أشخاص معنويون (اعتباريون) ذات مجال وظيفي محدود، طبقاً لمبدأ تخصص الأشخاص الاعتبارية⁽¹⁾. ولكن التساؤل المهم الآن هل الفرد شخص رئيس أو ثانوي أو هو غير ذلك مطلقاً ؟ سيتم الإجابة عن هذا التساؤل في المبحث التالي .

المبحث الثاني

مدى تمتع الفرد بالشخصية القانونية الدولية

تمت الإشارة عند دراسة مذهب الوضعية الإرادية إلى أن القانون الدولي الوضعي يخاطب الفرد فعلاً من خلال قواعد قانونية دولية لا شك فيها، عرفية كانت أم اتفاقية ، تمنحه حقوقاً ، وتقرر عليه التزامات ، وأنه قد ولى الزمن الذي كان فيه القانون الدولي لا يهتم إلا بالدول .

(1) انظر: صداقة ، المرجع السابق ، ص 115 .

عليه ، وبعد أن صار الفرد مخاطبا بشكل مباشر بأحكام القانون الدولي ، هل يكفي ذلك للقول بتمتع الفرد بالشروط اللازمة لثبوت الشخصية القانونية الدولية ، وذلك بأهليته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات (المطلب الأول) . وأهليته في إبرام تصرفات قانونية دولية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول أهلية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات الدولية (أهلية الوجوب)

تحدد دراسة نطاق أهلية الفرد في اكتساب حقوق وتحمل التزامات دولية في مجالين ، **الأول**: اكتساب حقوق تتمثل في وجود حماية دولية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية. **والثاني**: فرض التزامات تتمثل في المسؤولية الجنائية الدولية .

أولا : الحماية الدولية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية

ينص ميثاق الأمم المتحدة في المادة (3/1) على ((تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا والتشجيع على ذلك إطلاقا بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء)) كما قضت المادة (55) منه على أن ((تعمل الأمم المتحدة على ... ج- أن يشجع في العالم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء ومراعاة تلك الحقوق فعلا)) . وتطبيقا لهذه الأحكام أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة⁽¹⁾ الإعلان العالمي

(1) بالإضافة إلى الجمعية العامة المادة (13) يختص المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع لمنظمة الأمم المتحدة وفقا للمادة (62) من الميثاق ، بإشاعة احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية واحترامها ، وفي هذا الاتجاه أنشأ المجلس لجنة حقوق الإنسان =

لحقوق الإنسان في 10.12.1948⁽¹⁾، ثم أعقبته بإقرار العهدين الدوليين لحقوق الإنسان في عام 1966. الأول: متعلق بالحقوق المدنية والسياسية⁽²⁾. والثاني: متعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁽³⁾، هذا فضلا عن العديد من المعاهدات والاتفاقات الدولية الأخرى التي عقدت في ظل الأمم المتحدة في مجال الحماية الدولية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية⁽⁴⁾.

وتحمي القواعد القانونية الدولية حقوق وحریات الفرد في مواجهة تجاوزات أو تقصير دولته أو أية دولة أجنبية ، وتتميز بكونها حقوقاً موضوعية أي أن انتهاكها من قبل دولة طرف لا يسمح لدولة أخرى طرف بالرد بعدم احترامها إعمالاً لمبدأ المعاملة بالمثل ، كما أنها تدخل ضمن القواعد الأمرة ، وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة -تراكشن عام 1970م⁽⁵⁾، والأثر المترتب على ذلك أن أحكام هذه القواعد تتجاوز قيمة النصوص الاتفاقية الواردة فيها ، وتكسب قيمة عرفية عامة تلزم من ليس طرفاً في الاتفاقيات الخاصة بها .

= في 16.02.1946 ، والتي تحولت الآن إلى مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة. هذا فضلا عن إنشاء وظيفة « المفوض السامي لحقوق الإنسان » في جهاز الأمانة العامة للأمم المتحدة لتنسيق جهود الأمم المتحدة في هذا المجال .

- (1) ثار جدل قانوني حول القيمة القانونية للإعلان باعتباره توصية غير ملزمة فهو ليس معاهدة أو اتفاقاً دولياً ملزماً ، مما دفع بالجمعية العامة إلى العمل على صقل قواعد حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في اتفاقات دولية ملزمة كالعهدين الدوليين عام 1966م .
- (2) دخل هذا العهد حيز التنفيذ في 23.03.1976 ، وتعد نيبيا طرفاً فيه منذ 15.05.1970 .
- (3) دخل هذا العهد حيز التنفيذ في 03.01.1976 ، وتعد نيبيا طرفاً فيه منذ 15.05.1970 .
- (4) مثل ما يخص حقوق المرأة والطفل وما يتعلق بمكافحة الرق والتمييز العنصري وتجريم التعذيب والإبادة الجماعية والفصل العنصري ، وحماية ضحايا المنازعات المسلحة دولية كانت أو غير دولية .
- (5) انظر: ضوي ، المرجع السابق ، ص 116 .

حيث يفيد الأخذ بمفهوم القاعدة الأمرة في مجال حقوق الإنسان وحرياته الأساسية أن القواعد المنظمة لهذه الحقوق والحرريات لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وأنها تفرض نفسها على الدولة حتى وإن لم تقبلها⁽¹⁾.

والخلاصة ، هو أن الفرد يتمتع بحقوق دولية ملزمة لأشخاص القانون الدولي ولا جدال في ذلك. والسؤال المطروح الآن هل تقرر عليه التزامات دولية ؟

ثانيا : المسؤولية الجنائية الدولية للفرد

فرضت الأحداث التي شهدتها العالم عقب ظهور النظام الاستعماري ، وخلال الحربين العالميتين الأولى والثانية تجريم بعض الأفعال على المستوى الدولي (القانون الجنائي الدولي) ، تستهدف حماية حياة الفرد وحرية وأخلاقه ، ومعاقبة مرتكبي هذه الأفعال ولو كانوا أفراداً عاديين . ويهدف التجريم الدولي هنا إلى حماية مصلحة عامة للمجتمع الدولي ، ويحرم القانون الدولي العام على الأفراد ارتكاب الأفعال التالية :

- القرصنة في أعالي البحار⁽²⁾.

- تجارة الرقيق⁽³⁾.

- الاتجار بالمخدرات⁽⁴⁾.

- (1) تجدر الإشارة إلى أن مفهوم القاعدة الأمرة يتعارض مع مسلمات مذهب الوضعية الإرادية .
- (2) حرمت بموجب مؤتمر باريس 1856 ، وباتفاقية جنيف لقانون البحار عام 1958 ، وباتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 .
- (3) حرمت بموجب اتفاقية برلين 1885 ، واتفاقية جنيف 1926 ، واتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 .
- (4) حرمت بموجب اتفاقية لاهاي 1912م ، واتفاقية جنيف 1936 ، والاتفاقية الموحدة حول المخدرات في 1961 ، والمكملة باتفاقية فيينا 1971 ، وبرتوكول 1972 ، وباتفاقية فيينا 1998 .

- الإرهاب الدولي⁽¹⁾.
- جرائم الحرب⁽²⁾.
- الجرائم ضد السلم⁽³⁾.
- الجرائم ضد الإنسانية⁽⁴⁾.

وتتم مساءلة الأفراد على مثل هذه الأفعال إما وطنيا: إذ يتولى القانون الدولي تجريم أفعال معينة ، ثم تقوم الدول بتجريم تلك الأفعال في قوانينها العقابية ويتحدد مقدار العقوبة . وإما دوليا: فاستثناء على الاختصاص الوطني يتولى القضاء الدولي مساءلة الأفراد في حالة عجز الأول عن القيام بمهامه ، ولتحقيق هذه الغاية أنشئت آليات دولية لتطبيق القانون الجنائي الدولي بدأت بآليات مؤقتة كمحكمة نورمبرغ الجنائية الدولية ومحكمة طوكيو لمحكمة كبار مجرمي الحرب العالمية الثانية من النازيين وغيرهم عام 1945 ، والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا المنشأة بموجب قرار مجلس الأمن رقم 1993/808 ، والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا المنشأة بموجب قرار مجلس الأمن رقم 1994/955⁽⁵⁾. وانتهت بإنشاء آلية دائمة وعامة هي المحكمة الجنائية الدولية⁽¹⁾

- (1) على الرغم من عدم وجود تعريف دولي محدد للإرهاب ، فإنه توجد اتفاقات تعمل على تحديد الأفعال التي تعد إرهابا مثل اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بجريمة أخذ الرهائن 1979 ، واتفاقية قمع الهجمات الإرهابية باستعمال المتفجرات 1997 وغيرها .
- (2) يختص القانون الدولي الإنساني بمثل هذه الجرائم وأهمها اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949 .
- (3) وتتمثل في جريمة العدوان وقد حرم ميثاق الأمم المتحدة استعمال القوة المسلحة أو التهديد بها ضد سلامة الإقليمية للدول .
- (4) وتشمل جريمة القتل والإبادة الجماعية والتعذيب والاعتصاب والدعارة القسرية ، والسجن والاضطهاد لأسباب عرقية أو دينية وجريمة الفصل العنصري وغيرها .
- (5) وتتمثل خصوصية هذه المحاكم ليس فقط في المجال الجغرافي باعتبارها متعلقة بجرائم =

الدولية⁽¹⁾ بموجب نظام روما الأساسي بتاريخ 17.07.1998 .

والخلاصة ، هي أن قواعد القانون الدولي العام تحتوي على نصوص تنظم المسؤولية الجنائية الدولية للفرد - موظفا عاما كان أو شخصا عاديا - وهذه القواعد تمثل نموذجا عمليا لالتزامات دولية تقع على الفرد ، وهو ما يفيد بتوافر أهلية الوجوب للفرد في ظل النظام القانوني الدولي (حقوق والتزامات دولية) ، فهل تتوافر بالنسبة له أهلية الأداء في هذا النظام ؟ هذا ما سيتم الإجابة عنه في المطلب التالي:

المطلب الثاني

أهلية إبرام التصرفات القانونية الدولية

(أهلية الأداء)

تعتبر قدرة التعبير عن إرادة ذاتية في ميدان العلاقات الدولية ولاسيما القدرة على إنشاء قواعد القانون الدولي العام (أولا) ، والقدرة على رفع دعوى أمام القضاء الدولي (ثانيا) ، أهم التصرفات القانونية الدولية التي يتولى القيام بها أشخاص القانون الدولي العام ، وتمثل في مجموعها الشرط الثاني لاكتمال الشخصية القانونية في النظام القانوني الدولي ، فهل يجد هذا الشرط حضوراً له في الفرد ؟

= مرتكبة في دول معينة ، بل وبالمجال الزمني الذي ارتكبت فيه هذه الجرائم ، فعلى سبيل المثال اختصت محكمة يوغسلافيا بالنظر في الأفعال التي ارتكبت منذ العام 1991 ، ومحكمة رواندا بالنظر في الأفعال التي ارتكبت في العام 1994م. انظر: الطائي ، المرجع السابق، ص 330 .

(1) بسبب محدودية الاختصاص الجغرافي والزمني للمحاكم المؤقتة ، تم إنشاء محكمة جنائية دولية عامة الاختصاص ودائمة الوجود بموجب معاهدة موقعة في روما عام 1998 ، كما سبق بيانه .

أولاً : القدرة على إنشاء قواعد القانون الدولي العام

يحتوي القانون الدولي العام على العديد من القواعد القانونية الاتفاقية والعرفية التي تنظم حقوق الإنسان وحرياته الأساسية - في ظل منظمة الأمم المتحدة كما سبق القول - إلا أن الفرد لا يملك من وضع هذه القواعد شيئاً ، فحقوق الفرد والتزاماته الدولية التي سبق تناولها تتقرر بإرادة الدول - الشخص الرئيس في المجتمع الدولي - من خلال المعاهدات والاتفاقيات التي تبرمها فيما بينها أو من خلال القواعد العرفية التي تنتجها الدول في علاقاتها الدولية .

والنتيجة المترتبة على ما تقدم هي: أن تمتع الفرد بحقوقه الطبيعية وكذلك فرض التزامات دولية عليه في ظل النظام القانوني الدولي ، يتحدد صراحة أو ضمناً في تلك القواعد القانونية التي تضعها الدول وحدها ، فالفرد وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1969 بشأن قانون المعاهدات ، واتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المبرمة بين دول ومنظمات دولية أو بين منظمات دولية لعام 1986 ، لا يملك صلاحية (القدرة) إبرام معاهدات دولية في أي شأن من الشؤون الدولية بما في ذلك تلك المتعلقة بحقوق الإنسان على الصعيد الدولي .

ثانياً : القدرة على رفع دعوى أمام القضاء الدولي

يمثل القضاء ضماناً أساسية من ضمانات حماية حقوق الإنسان على الصعيدين الداخلي والدولي ، إلا أنه على مستوى هذا الأخير فليس للفرد الصلاحية (القدرة) على الدفاع عن حقوقه أمامه بنفسه فهو مضطر للاستعانة بدولته ، لأنه - أي الفرد - لا يستطيع إقامة دعوى حقوقية أمام القضاء الدولي⁽¹⁾ ، ويستعاض عنها بتقديم شكوى أمام أجهزة سياسية معينة مختصة بهذا النوع من

(1) الحسيني ، المرجع السابق ، ص 237 .

المنازعات⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم ، فإن الفرد وفق النظام القانوني الدولي يجد نفسه محجوبا عن مخاطبة قواعد القانون الدولي العام مباشرة ، فلا يستطيع المثول أمام القضاء الدولي كمدع ضد الحكومة المتهمه بانتهاك حقوقه ، وإنما تتولى دولته نيابة عنه تلك المهمة ، فعلى سبيل المثال لو تعرض ((فرد أجنبي إلى الضرر ، يعمل على أن يحصل على حقوقه أمام القضاء الداخلي ، فإن تعذر عليه ذلك فإنه يملك حق الحماية الدبلوماسية التي تتولاها حكومته . فإذا أقيمت دعوى المسؤولية الدولية ، فإن العلاقة القانونية القائمة بين الأجنبي والسلطات المحلية ، تنتقل من نزاع داخلي إلى دولي ، حيث يحتج الأجنبي المتضرر لتتوب عنه حكومته للتقدم بالمتطلبات القانونية ، وتحميل الدولة المضيقة بإصلاح الضرر الذي تعذر إصلاحه داخليا⁽²⁾)). وحتى على صعيد الفرد المواطن فإنه لا يستطيع مقاضاة دولته دوليا بنفسه ، وإنما تتولى هذه المهمة نيابة عنه عدد من الأجهزة السياسية الدولية لاسيما الإقليمية منها - بعد استيفاء طرق الانتصاف المحلية - كـ لجان حقوق الإنسان الإقليمية⁽³⁾ المختصة برفع الشكوى أمام المحاكم الإقليمية

- (1) نظام الشكوى أو العرائض هو: نظام يتم بموجبه رفع الشكوى بخصوص انتهاك حقوق الإنسان وحرياته الرئيسية أمام جهاز غير قضائي من أجهزة القانون الدولي العام « كـ اللجان الدولية أو الإقليمية المختصة بحقوق الإنسان ». ويتم بحث النزاع أو الشكوى من قبل الجهاز المذكور بعد استيفاء طرق الانتصاف الداخلية أو الدولية التي يمكن من خلاله التوصل إلى حل وسط بالطرق الدبلوماسية، وتختلف وظيفة هذا الجهاز في التعامل مع النزاع المرفوع أمامه، بحسب نوع الخلاف أو نوع الجهاز الذي تولاه . انظر: المرجع السابق ، ص 301 .
- (2) المرجع السابق ، ص 238 .
- (3) هذه الأجهزة أنشئت بموجب معاهدات دولية متخصصة بحقوق الإنسان . كـ لجنة حقوق الإنسان سابقا (وحاليا مجلس حقوق الإنسان) التي أنشأتها الجمعية العامة استنادا إلى ميثاق الأمم المتحدة ، أما اللجان الإقليمية كاللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان واللجنة الأفريقية لحقوق

ذات الاختصاص بدعاوى حقوق الإنسان⁽¹⁾.

والخلاصة ، هو أن الفرد لا يملك أهلية إبرام التصرفات القانونية الدولية (أهلية الأداء) ، مما يدفع إلى القول بأنه لا يتمتع بالشخصية القانونية الدولية. وعليه ، يمكن تكييف مركز الفرد في النظام القانوني الدولي بأنه يتحدد في مخاطبة أحكام القانون الدولي العام له ليس أكثر ولا يمثل وفقا لذلك شخصا من أشخاصه .

الخاتمة

لا جدال في أن الإنسان الفرد - في عصر التنظيم الدولي - أضحي مخاطبا بقواعد القانون الدولي العام الاتفاقية منها والعرفية ، إذ تقرر هذه القواعد على الفرد حقوقا وتفرض عليه التزامات ، إلا أنه ومع ذلك فإن الفرد لا يمتلك صلاحية (أهلية) أعمال تلك الحقوق والدفاع عنها بنفسه أمام القضاء الدولي ، وهذا القول الأخير هو السبب الأهم للقول بعدم تمتعه بالشخصية القانونية الدولية ، وهو التكييف الصحيح لمركز الفرد في النظام القانوني الدولي .

لكن هذه النتيجة لها أثر سلبي على توفير حماية قانونية دولية فاعلة لحقوق الإنسان وحيثياته الأساسية ، تتمثل في ضعف الضمانات القانونية الدولية المتوفرة للفرد ، بسبب وجود صعوبات قانونية تحول دون منح الفرد مكنة اتخاذ

= الإنسان والشعوب وواجباتها، واللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان سابقا ، فقد استندت كل منها إلى المعاهدات الإقليمية المتعلقة بحقوق الإنسان في كل قارة .

(1) حتى على صعيد القارة الأوروبية كانت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان هي من يتولى رفع الدعوى القضائية نيابة عن الفرد أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى مطلع العام 2000 .

كافة الإجراءات القانونية الدولية (لاسيما القضائية) للمطالبة بحماية حقوقه من تعسف السلطة التابع لها ، وأن ما يتوافر في إطار القانون الدولي الاتفاقي من تقديم عرائض وشكاوى أمام بعض الأجهزة الدولية أو الإقليمية المختصة بحماية حقوق الإنسان ، فإنه لا يعدو أن يكون رقابة سياسية تتشد الأجهزة من ورائها تجميع المعلومات عن انتهاكات ، حقوق الإنسان لكي تمارس هذه الأجهزة عن طريقها محاولات للضغط على الدول المتهمه بهذه الانتهاكات لتوفير الضمانات الداخلية لاحترام حقوق الإنسان فيها ، وبالتالي لا يؤدي هذا الإجراء إلى تمتع الفرد بالشخصية القانونية واعتباره شخصا من أشخاص القانون الدولي العام لأنه لا يشكل تصرفا قانونيا دوليا .

وعليه ، فإن العمل على منح الفرد صلاحية القيام ببعض التصرفات القانونية الدولية بإقامة دعوى حقوقية بنفسه أمام القضاء الدولي ، سيعمل على منح الفرد مجالا واسعا للدفاع عن حقوقه في النظام القانوني الدولي ، على نحو يمكنه من أن يلعب دورا إيجابيا في الرقابة الدولية على حقوق الإنسان ، وليس فقط دورا سلبيا مقتصرنا على تقديم الشكوى وانتظار الحلول التي تقدمها الرقابة السياسية .

وقد استشر الأوربيون الخلل السابق ، فتم اعتماد البرتوكول رقم 11 الملحق بالاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان الذي دخل حيز النفاذ في 01.11.1998 ، فألغى اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان ، وكلف المحكمة الأوربية وحدها بحماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية في أوربا ، وتتمثل الخطوة الأهم التي جاء بها البرتوكول في السماح للمحكمة بقبول الشكوى مباشرة من الأفراد دون الحاجة لموافقة مبدئية للدول الأطراف (المادة (34) من البرتوكول) وفق شروط معينة ، أهمها استيفاء طرق الانتصاف المحلية .

وبالرغم من أن الاتجاه الأوربي يمثل عملاً محدداً (استثناء على القاعدة) ومحصوراً بالقارة الأوربية ، بل ومحصوراً في الدول الأطراف بالبروتوكول رقم 11 ، فإن هذا الاتجاه يؤكد بأن مركز الفرد في النظام القانوني الدولي هو في تطور مضطرب . فالفرد الآن ليس شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام ، ولكنه من أول المرشحين للحصول على الشخصية القانونية الدولية في النظام القانوني الدولي وهو ما سيكون له عظيم الأثر (إيجاباً) على حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في النظام القانوني الدولي .

المصادر والمراجع

1. الكتب :

- الباش ، حسن مصطفى ، حقوق الإنسان بين الفلسفة والأديان ، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية ، 1997 .
- الحسني ، زهير ، التدابير المضادة في القانون الدولي العام ، منشورات جامعة بنغازي (قاريونس) ، 1988 .
- الحسيني ، زهير عبدالكريم ، الرقابة السياسية الدولية لحماية حقوق الإنسان ، ندوة الأبعاد الجديدة لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، كلية القانون ، جامعة بنغازي (قاريونس) ، المركز القومي للدراسات القانونية وبحوث حقوق الإنسان ، 2000 .
- صداقة ، صليحة علي ، المؤسسات الدولية (عوامل تطورها وأنواعها) ، دار الفضيل للنشر والتوزيع ، 2008 .
- ضوي ، علي عبدالرحمن ، القانون الدولي العام ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، الطبعة الثالثة ، 2008 .
- الطائي ، عادل أحمد ، القانون الدولي العام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009 .
- الفتلاوي ، سهيل حسين ، وحوامد ، غالب عواد ، القانون الدولي العام ، الجزء الثاني ، حقوق الدول وواجباتها - الإقليم - المنازعات الدولية - الدبلوماسية ، دار الثقافة ، 2009 .
- الكوني ، علي اعبودة ، أساسيات القانون الوضعي الليبي ، المنخل إلى علم القانون ، الحق 2 ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، الطبعة الأولى ، 1997 .
- يونس ، منصور ميلاد ، مقدمة لدراسة العلاقات الدولية ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، الطبعة الثالثة ، 2009 .

2. لرسائل العلمية :

- كندير ، عادل عبدالحفيظ ، الأمين العام للأمم المتحدة (مركزه القانوني ومهامه في حل المنازعات الدولية) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بنغازي (قاريونس) ، 1999 .

3. الوثائق :

- البروتوكول رقم 11 المنحق بالاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان .
- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 .
- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المبرمة بين دول ومنظمات دولية أو بين منظمات دولية لعام 1986م .
- العهد الدولي الأول للحقوق المدنية والسياسية .
- العهد الدولي الثاني للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية .
- ميثاق الأمم المتحدة .
- ميثاق جامعة الدول العربية .
- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية .

4. المراجع الأجنبية :

- Oppenheim L., International Law, vol. 1, 8th, ed. By Louterpacht, London, Longmans, 1963.
- Duguit L., Théorie de droit constitutionnel, T.1, Paris, 1921.

تحديد أعمال المنفعة العامة في قرارات نزع الملكية الخاصة في القانون الليبي(*)

الاستاذة / أمينة محمد عمر الحسناوي
عضو قسم النقض بإدارة قضايا الحكومة

المقدمة

يقول أرسطو: (إن الإنسان قد جبل بطبيعته على الحياة السياسية ، والدولة منطقياً توجد فوق الأفراد ، وفوق العائلة ، لأن الكل بالضرورة يوجد فوق الجزء).

إن المصلحة العامة هي مبرر قيام الدولة ، و إليها يرجع أصل نشأتها ، كما أن تدخل الدولة وممارسة سلطاتها العامة لا يكون إلا باسم المنفعة العامة باعتبارها مبرراً للمساس بحريات الأفراد ، لذلك كان لابد من تحديد ما تشمله عبارة المنفعة العامة لضمان احترام مصالحهم .

موضوع البحث :

لقد ترتب على ازدياد تدخل الدولة في العديد من المجالات ، أن توسعت فكرة المنفعة العامة وارتبطت بالسياسة الاقتصادية ، و خاصة في المجال العقاري واقتترانه بحركة التقدم العمراني و مستلزمات التنمية التي يحتاج تنفيذها إلى أراض وعقارات مملوكة للأفراد .

* ورقة بحثية مقدمة إلى : المؤتمر الأول للتسجيل العقاري و أملاك الدولة في ليبيا خلال الفترة من 10 - 11 ديسمبر 2012م.

وفي سبيل حماية حق الملكية للأفراد وضع المشرع العديد من الضمانات ، وأرسى مجموعة من الأسس والضوابط التي على الإدارة مراعاتها عند نزع الملكية وإلا اعتبر عملها عرضة للإلغاء ، إلا أن تعدد المنافع محل الاعتبار وتداخلها أدى إلى البحث عن معيار أو ضابط للمنفعة العامة ، يحقق قدرأ من الضمانات للأفراد ، ويوازن سلطة الإدارة . ولذلك كان عنوان بحثنا : (تحديد أعمال المنفعة العامة في قرارات نزع الملكية الخاصة في القانون الليبي) .

أهمية الموضوع :

من هنا جاءت أهمية الدراسة في كونها تبحث عن عنصر المنفعة العامة كضابط لسلطة الإدارة عند نزع الملكية الخاصة ، حيث لا يخفى ما قد يرتكب من أخطاء تحت ستار المشروعية التي تتستر بها الإدارة ، مما يؤدي إلى المساس بحقوق وممتلكات الأفراد ، لذلك لابد من وجود قانون يرسم للملكية حدودها ، ويحدد وظيفتها الاجتماعية .

إشكالية البحث :

إلا إن تناول هذا الموضوع يثير إشكالية كيف يتم تحديد أعمال المنفعة العامة بالنص التشريعي أو بالحكم القضائي .

خطة البحث :

وتم تقسيم البحث إلى مبحثين على النحو التالي :

- المقدمة .
- تمهيد : حول قرار نزع الملكية .
- المبحث الأول : مفهوم المنفعة العامة .
- المبحث الثاني : تحديد أعمال المنفعة العامة في قرارات نزع الملكية .
- الخاتمة .

تمهيد

إن تزايد الحاجة إلى المرافق العامة في ظل التطور الحاصل بمختلف المجالات ، وتزايد عدد السكان في الدولة ، أدى إلى رغبة الإدارة في مجارات التيار العمراني ، بتنظيم المدن ، وتجميلها وتزويدها بالطرق الحديثة الواسعة ، أو بتوسيع الطرق المفتوحة قديما ، أو توسيع الساحات العامة و الحدائق العامة ، وإنشاء المستشفيات ، والحدائق العامة ، والأسواق إلى غيرها من المشاريع الحيوية المتعلقة بالمنافع العامة .

ومن أجل تحقيق المصلحة العامة أجازت القوانين المساس بحق الملكية ، ونزعه من صاحبه في سبيل تحقيق المنفعة العامة .

أي أن ، تحقيق المنفعة العامة هو مبرر قيام الدولة ، بل إن تدخلها وممارسة سلطتها العامة لا يكون إلا باسم المنفعة العامة ، ولذلك ترتبط فكرة المنفعة العامة بشكل وثيق بحريات الأفراد ، فهي المبرر للمساس بهذه الحريات ، ولذلك كان من الضروري تحديد ما تشمله عبارة « المنفعة العامة » .

كل ذلك يضطر السلطة أحيانا إلى المساس بالملكية الفردية ، وانتزاع العقارات ، أو جزء منها لضمها إلى الأملاك العامة ، لقاء تعويض عادل ، وهذا ما يعرف قانونا بقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة ، وهو يمثل نموذجا للامتيازات التي تتمتع بها السلطة العامة في إطار القانون العام .

فقرار نزع الملكية⁽¹⁾ هو قرار إداري لا يصدر إلا من جهة إدارية مختصة ، ويجب أن تتوافر فيه كل الأركان القانونية من حيث : الغاية ، والسبب ، والمحل ، والشكل ، حتى يحقق أثاره القانونية ، ويكون صحيحاً خالياً من العيوب التي تجيز الطعن فيه لدى دوائر القضاء الإداري بوصفها تختص بالنزاعات التي تكون الدولة طرفاً فيها .

لذلك سوف نتعرض الدراسة إلى مفهوم المنفعة العامة في (المبحث الأول) ، وتحديد أعمال المنفعة العامة في القانون الليبي (المبحث الثاني) .

المبحث الأول فكرة المنفعة العامة

المنفعة العامة تعني كل ما يتم تخصيصه لانتفاع جمهور كبير من الناس مثل : الطرق ، والمدارس . والأسواق ... الخ ، ويطلق على هذه المنفعة ، المنفعة الراجحة نظراً لترجيحها على المنفعة الخاصة عن التعارض ، ومن هنا نجد إن فكرة المنفعة العامة فكرة واسعة ، بحيث تتضمن النفع العام سواء مادياً أو معنوياً ، لجميع الناس أو لعدد محدود منهم وهذا المفهوم متطور حسب تطور وظيفة الدولة ، ومختلف حسب ما تعتقه الدول من أفكار سياسية واقتصادية واجتماعية .

(1) من الجدير بالذكر أن نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة ، لا يكون في المنقولات كالثقود ، وإنما ينحصر بالعقارات سواء بالطبيعة أو بالتخصيص أما الحقوق العينية العقارية فلا يرد نزع الملكية عليها بالذات ، وإنما لابد من نزع الحق العقاري نفسه ، وفي حال وجدت أي حقوق عينية تبعية كالرهن فإن العقار يتم تطهيره من هذه الحقوق . أ. جود عصام خليل الأثرية ، نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في التشريع الفلسطيني ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين ، ص 114 .

ولتسهيل تحديد مفهوم المنفعة العامة لابد من التعرف على :

- ماهية المنفعة العامة (المطلب الأول)
- تطور فكرة المنفعة العامة (المطلب الثاني)

المطلب الأول

ماهية المنفعة العامة

لقد عبر الفقه العربي عن المنفعة العامة بألفاظ عدة منها ((النفع)) ، أو ((المصلحة)) ، أو الفائدة ، و استخدمها كترادفات ، كما استخدم بعض الفقهاء ((الصالح العام)) كمرادف لعبارة خير الجماعة⁽¹⁾.

وعرفها البعض بأنها اللذة تحصيلاً أو إبقاءً والمراد بالتحصيل جلب اللذة والمراد بالإبقاء المحافظة عليها ، والمنفعة بصيغة مفعلة ، تستعمل لمكان أكثر فيه الشيء المشتقة منه ، فالمنفعة هي الشيء شديد النفع ، والمنفعة هي ما كان فيه نفع مشترك بين الناس⁽²⁾.

لذلك فإن كلمة المنفعة - لغوياً - تطلق على الشيء كثير النفع ، وهو تعبير يبرر اعتداء الإدارة على حق الملكية الخاصة التي تحاط بقدر كبير من الحماية ، وذلك تمييزاً لها عن النفع العام الذي يجب أن يكون هدف الإدارة في كل تصرفاتها ، كما أن تعبير ((المنفعة العامة)) هو الذي استخدمه القانون

(1) د. أحمد أحمد المواقف ، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، كلية الحقوق ، ص 47 (في مجلس الدولة الفرنسي ، فإنه درج على أن يميز بين صفة النفع العام التي يجب أن توجه أعمال الإدارة عموماً ، وبين التخصيص أو الإعلان للمنفعة العامة في مجال نزع الملكية) .

(2) الرقابة القضائية على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة في القانون الليبي ، رسالة ماجستير ، أ. فاطمة المذكور على عريقيب ، جامعة الغاتح ، كلية القانون ، ص 7 .

المدني وقانون نزع الملكية للمنفعة العامة .

ورغم أن فكرة المنفعة العامة تحتل مكانة هامة في القانون الإداري نظرا لان النشاط الإداري في مجموعه يهدف إلى تحقيق الصالح العام ، أو النفع العام ، فإنه لا يوجد تعريف مكتوب لمصطلح ((المنفعة العامة)) ، فمجموع النصوص التي أشارت إليه كمصدر لفكرة المنفعة العامة اكتفت بالنص عليها دون أن تضع تحديدا أو تعريفا لها .

أي أن التشريع قد خلا من وضع تعريف لفكرة المصلحة العامة ، فالمصلحة العامة لا تعرف لكن تلاحظ فقط .

أما أحكام القضاء فقد أشارت للمنفعة العامة على اعتبار أنها تمثل الإطار القانوني والقضائي لسلوك أو تصرف الإدارة المشروع ، ولكنها لم تعرف المنفعة العامة بشكل محدد ((... أن قيام المنفعة العامة هو الركن الأساسي الذي يقوم عليه قرار نزع الملكية ، وهذا القرار هو الذي يحدد المنفعة العامة وإن مشروعيتها تتحدد عند صدوره - شأنه في ذلك شأن أي قرار إداري - ولا تتأثر بما قد يستجد من ظروف بعد صدوره ...))⁽¹⁾.

رغم أهمية فكرة المنفعة العامة فإنها ظلت دون معيار واضح من جانب القضاء وتدخل المشرع بالنص على حالات معينة يمكن نزع الملكية بصدها بنصوص عامة و متسعة ، وترك تقديرها في غير ذلك للإدارة مما جعل منها فكرة غير محددة أدت إلى تزايد السلطة التقديرية للإدارة في مجال تحديدها لتبرير نزع الملكية ، وأصبحت وسيلة لتطبيق فلسفة الدولة ، والتدخل في النشاط الفردي لارتباطها بالسياسة الاقتصادية وحركة التنظيم العمراني

(1) طعن إداري رقم 44/55 ق ، جلسة 2000.12.31 م .

والزراعي . وأدى ذلك إلى انحسار الاحترام الواجب لحق الملكية⁽¹⁾.

الأمر الذي دفع بعض الفقهاء إلى طرح عدة معايير لتحديد معالم فكرة المنفعة العامة منها ، معيار المنفعة العامة هي مجموع المنافع الخاصة ، ومعيار سمو المنفعة العامة ، ومعيار نوع النشاط ، ومعيار المنفعة العامة هي المنفعة الأرحح⁽²⁾.

المطلب الثاني

تطور فكرة المنفعة العامة

وحيث أن المشرع لم يضع تعريفا محددًا لمعنى المنفعة العامة ضمن قوانين نزع الملكية العقارية التي حددت حالاتها والكيفية التي تتم بها ، وإنما تضمنت القوانين قواعد عامة تستند إلى اعتبار الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز المساس بها إلا للمنفعة العامة .

ونظرا للتطور الاقتصادي والاجتماعي الحاصل ، وما يفرضه من حاجة الدولة للمرافق العامة وإنشائها ، أصبحت الضرورة تقتضي تطور فكرة

(1) هناك من يرى أنه لم يعد ملائما اليوم في ظل المتغيرات التي يشهدها العالم أن تفرض الدولة مفاهيمها للمنفعة العامة ، لان مصلحة الدولة شأنها شأن الأفراد ، يتعين أن تتحكم في أهوانها وتقيد سلطانها لتكون محققة فعلا للمنفعة العامة التي تدعي حمايتها ، فتوفق بين سيادتها وسلطانها وبين احترامها للقانون وما يكفله من حقوق للأفراد ، فالحقيقة أن اعتبارات المصالح المحسوبة اقتصاديا وحضاريا وسياسيا هي التي تحكمنا ، ليس فقط داخل الدولة ، وإنما حتى على مستوى النظام العالمي ككل . فالمنفعة العامة يتزايد شأنها ويتسع ، ولكن تشارك في صنعها كل الأطراف و ليس الدولة وحدها . د. أحمد أحمد الموافي ، المرجع السابق ، ص 43 .

(2) في شرح هذه المعايير ونقدها يمكن مراجعة د. أحمد أحمد الموافي ، المرجع السابق ، ص 31 .

المنفعة العامة⁽¹⁾، حيث لجأ القضاء إلى فكرة الموازنة بين المصالح المتعارضة لتحديد المنفعة العامة تطورا منه لرقابته على سلطة الإدارة ، لأنها - الإدارة - تستطيع تجاوز خصائص حق الملكية ووجوب احترامه ، وهو ما يؤدي إلى التعارض بين نشاط الإدارة وحقوق الأفراد وحررياتهم إذا ما ترك أمر تقرير المنفعة العامة إليها وحدها دون معقب على مدى ملاءمة تصرفها فعليا لمعنى المنفعة العامة لوقوعه ضمن سلطتها التقديرية .

إلا أن هذا التطور الذي طرأ على فكرة المنفعة العامة ليس واحدا في كل الدول وإنما يختلف حسب ما تتبناه كل دولة من مفاهيم وأفكار ، اقتصادية واجتماعية وسياسية .

لذلك ندرس مراحل تطور مفهوم المنفعة العامة (أولا) ، ثم موقف القضاء الليبي من نظرية الملاءمة (ثانيا) .

أولا : مراحل تطور مفهوم المنفعة العامة :

إذا كان شرط المنفعة العامة يعد الأساس الجوهرى الذي يبرر نزع الملكية فإن مضمون هذا الأساس شهد تطورا كبيرا انعكس في مجال التشريع ، ووجد القضاء نفسه مضطرا إلى إعادة تقييم سلطته في مجال الرقابة على هذا العنصر ((المنفعة العامة)) حتى يظل القضاء يقوم بدوره في حماية الحقوق

(1) إن جوهر وظيفة الإدارة العامة هو تنفيذ إرادة المشرع وإشباع الحاجات العامة . غير أن هذه الوظيفة التي تباشرها الإدارة العامة وإن كانت ثابتة من حيث جوهرها فهي متغيرة ومتطورة من حيث نطاقها . فبعد أن كانت وظيفة الإدارة تقتصر على مجالات محددة ضيقة للغاية أصبحت تتسع لتشمل شتى مجالات الحياة في المجتمع ، إذ تحولت الدولة من حارسة إلى دولة متدخلة ثم في بعض المجتمعات إلى دولة خادمة أي ضامنة . الفاطمة المنكور علي عريقيب ، رسالة ماجستير ، مرجع سابق ، ص 18 .

الفردية ، وخاصة الملكية ، وأن يوازن بين ما تتمتع به الإدارة من سلطه تقديرية في سبيل المصلحة العامة من مساس بحقوق وحريات الأفراد⁽¹⁾.

ويبدو هذا التطور واضحا في مسلك القضاء الفرنسي الذي يحصره البعض في ثلاث مراحل وهي⁽²⁾:

1. مرحلة الضرورة العامة.

حيث كان القضاء يشترط أن يكون نزع الملكية للضرورة العامة تمشيا مع وصف المشرع ، أي لا تتوفر - المنفعة العامة - إلا بنص القانون ، وإذا ثبت خلاف ذلك فإن قرار المنفعة العامة يلغى لان الإدارة لا تتمتع بأية سلطة تقديرية في القول بوجود الحالة الواقعية⁽³⁾.

2. مرحلة فكرة المرفق العام.

فالمنفعة العامة تكون متحققة في كل مرة يتطلب فيها الأمر تنفيذ أنشطة المرفق العام ، إلا أن فكرة المنفعة العامة بدت أوسع من فكرة المرفق العام في

(1) وبذلك اتسعت سلطة القاضي من نطاق بحث مدى « مشروعية القرار » أي فحص القرار للتأكد من سلامته من الناحية القانونية ، إلى مكان فحص مدى ملاءمة القرار وهو بلا شك تطور هام ، أفرد القضاء الإداري الفرنسي ... د. د. نبيلة عبدالحليم كامل ، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1993م ، ص 6 .

(2) يراجع د. عبدالحמיד جبريل حسين آدم ، التنفيذ المباشر الإداري تطبيقاته والرقابة القضائية عليه في التشريع الليبي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2007م ، ص 292 .

(3) حيث ارتبطت فكرة المنفعة العامة بفكرة النظام العام متأثرة بمبادئ الثورة الفرنسية التي ساد فيها المذهب الفردي إذ اقتصر دور الدولة على حفظ النظام العام دون إشباع الحاجات مما أدى إلى تضيق نطاق الملكية فاقصر على الأعمال اللازمة لإضافتها إلى الدومين العام . المرجع السابق ، ص 292 .

قضاء مجلس الدولة ، لاتساع نشاط الدولة ، وتدخلها في الحياة اليومية ، واستنادها على أسس أخرى غير المرفق العام لتحقيق المنفعة العامة ، وبذلك اتجه القضاء الفرنسي لمعيار النفع العام .

3. مرحلة رقابة الملاءمة .

حيث قرر القضاء الفرنسي أن شرط المنفعة العامة لا يعتبر الأساس في نزع الملكية بل إنه يعتبر متوافقاً كلما كان القصد تحقيق مصلحة عامة ، حتى ولو كانت غير مباشرة .

فلم تعد الرقابة مقصورة على صحة الوقائع المادية التي يستند إليها قرار نزع الملكية ، وإنما تقييم المنفعة التي تدعي الإدارة توافرها استناداً إلى اعتبارات المصلحة العامة ، بالموازنة بين المصالح المتعارضة مما أدى إلى توسيع هذه الرقابة بحيث لا يكتفي القاضي بالنظر إلى المنفعة العامة التي يحققها قرار نزع الملكية نظراً مجردة ، وإنما إتباع الموازنة بين ما تحققه نزع الملكية من فائدة وبين المصالح التي يمسها بالنظر إلى فكرة المنفعة العامة بشكل أعم وأوسع⁽¹⁾.

(1) حيث كان لرأي مفوض الدولة التأثير المباشر في موقف الدولة عندما قال « إن الوضع أصبح مختلفاً عما كان عليه من قبل . بل ربما أصبح معكوساً . فلم يعد هناك السلطة العامة والمصلحة العامة في جانب ، والملكية الخاصة في جانب آخر ، ذلك أنه شينا فشيناً ، غالباً ما نجد منافع عامة لكل من نازع الملكية والمنزوع ملكيته ، وقد يحدث أن تكون المنافع الخاصة التي يمسها القرار لها ثقل أكبر من النواحي الاقتصادية والاجتماعية من المنفعة العامة التي يدعيها القرار المطعون فيه ، وهو ما يقتضي عدم الوقوف عند حد التأكد أن القرار المزمع تنفيذه يحقق بذاته مباشرة « منفعة عامة » بل يتعين في كل حالة على حدى الموازنة بين مساوئ القرار ومزاياه ، إن هدم مائة منزل يتم من أجل إنشاء طريق جديد يخدم منطقة كاملة تضم ما يقرب من 120 ألف نسمة =

ورغم أن هناك من يرى أن نظرية الموازنة قد ابتعدت عن القانون وأعطت فرصة للتقدير الشخصي للقاضي ، إلا أنها شهدت تطبيقات في مجالات متعددة وذلك ليس إلا نتيجة تطور إجراء نزع الملكية نفسه ، وازدياد حالاته وتنوع صوره ، نتيجة لتطور المجتمع ، وظهور النظريات الحديثة في التخطيط والتوسع العمراني ، بل وحتى في تجميل المدن ، وما يستلزمه أيضا حماية البيئة ، مما ترتب عليه في الآونة الأخيرة ازدياد الحالات التي تلجأ الإدارة فيها إلى نزع الملكية ، مستندة في ذلك إلى ((المنفعة العامة))⁽¹⁾.

ثانياً : موقف القضاء الليبي من نظرية الملائمة .

اتجه القضاء الليبي في رقابته على قرارات نزع الملكية إلى ترك تقدير المنفعة العامة في المشروعات العامة إلى سلطة الإدارة دون معقب عليها إذ ((أن تقدير المنفعة العامة من قبل جهة الإدارة لا معقب عليه لأنه يدخل ضمن اختصاصها التقديري مادام قد خلى من عيب الانحراف بالسلطة))⁽²⁾.

فرقابة القضاء الإداري الليبي لم تتعد الرقابة على صحة الوقائع وصحة تكييفها القانوني ، ولم تمتد إلى رقابة ملائمة عنصر المنفعة العامة

= بالإضافة إلى المدينة الجديدة التي تضم 30 ألف طالب ، لذلك فاهمية هذا المشروع ينبغي النظر إليها وموازنتها في ضوء عدد المنازل التي سيتم إزالتها لذلك فمن غير المعقول هدم مائة منزل من أجل خمسين منزلاً ، و لكن من الطبيعي أن نسمح بإزالة مائة مسكن من أجل إقامة آلاف المساكن الجديدة أي موازنة التكلفة والعائد من وراء ذلك⁽¹⁾. راجع د. عبد الحميد جبريل حسين أمم ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 296 .

(1) راجع د. نبيلة عبد الحليم كامل ، المرجع السابق ، ص 8 .

(2) طعن إداري رقم 20/4 ق ، جلسة 14.03.1974 ، م . م . ع ، العدد الرابع ، السنة العاشرة ، ص 47 .

الذي ظل من المسائل التقديرية لجهة الإدارة استناداً لمفهوم المنفعة العامة الذي يفضل الملكية العامة على الملكية الفردية التي حددت بنطاق معين على أنها ملكية مقدسة في ظل التشريعات الاشتراكية الجديدة ، الأمر الذي جعل رقابة القضاء حيوية المفهوم التقليدي للمنفعة العامة دون أن ترتقي إلى رقابة الملائمة للقرار والموازنة بين المصالح .

فموقف القضاء الليبي بداية كان موقف رافض لتطبيق نظرية الموازنة ، ومستتباً بمبادئه السابقة عند ممارسته للرقابة على قرارات نزع الملكية⁽¹⁾.

(1) فُهِدَ المحكمة العليا تؤكد في حكمها بجلسة 1988-05.25 : « إن القانون المدني إذ نص في المادة (814) منه بأنه لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل ، وإذا نص القانون رقم 116 لسنة 72 في المادة (17) والمواد التي بعدها على إجراءات نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة ، والتي يجب اتباعها في حالة تقرير ذلك ، فإن جهة الإدارة إذا استوتت على عقار جبراً عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات التي يوجبها القانون رقم 72/116 فإن ذلك يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسؤوليتها عن التعويض ، ويكون صاحب العقار عند مطالبته بالتعويض شأن المضرور من أي عمل غير مشروع ، له أن يطالب بتعويض سواء في ذلك ما كان قائماً وقت الغصب أو استمر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم ، والتعويض سالف الذكر هو تعويض عن ضرر نشأ من عمل غير مشروع وهو غير التعويض الذي قرره المشرع في المادة (28) من القانون رقم 116 / 72 . وحتى رُتت جهة الإدارة تازعة الملكية ضرورة الاستيلاء على العقار المطلوب نزع ملكيته قبل التقضاء المهلة المعطاة لصاحبه لإخلائه فيصير قرار من اللجنة الشعبية العامة بالاستيلاء عليه ، ويكون لصاحب العقار في هذه الحالة الحق في تعويض مقابل عدم الانتفاع بهظاره من تاريخ الاستيلاء الفعلي لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية » ظعن مدني رقم 33/29 ق ، م.ج.ع ، العدان 3 و4 ، السنة 25 ، ص 117 .

وهو ما يعكسه حكم المحكمة العليا الحديث بجلسة 2004.1.11م في الطعن الإداري 27/5 ق[»] ولما كان الواقع في الدعوى أن جهة الإدارة قامت بنزع ملكية أرض النزاع لتنفيذ مشروع عام وفقاً للإجراءات التي حددها القانون رقم 116 لسنة 72 بشأن التطوير العمراني ولم يثبت أنها قد انحرفت أو أساءت استعمال سلطتها ولا يغير من ذلك أن مسار الطريق سبق تحديده منذ مدة لأن ذلك لا يمنع جهة الإدارة من اتخاذ الإجراءات التي يتطلبها تنفيذ المشروع ، والتي من بينها نزع ما يلتزم نزعاً لتنفيذ المشروع على الوجه الصحيح مادام ذلك يحقق المصلحة العامة[«].

إلا أن الحركة العمرانية التي نراها تتزايد كل يوم ، وما يرافقها من سيل كبير من قرارات النزع قد تكون أحيانا غير مدروسة بالإضافة إلى ما تتمتع به جهة الإدارة من سلطة تقديرية كبيرة في هذا المجال ، يتعين مقابلتها برقابة الموازنة بين المنافع والمضار ، لإحداث نوع من التوازن بين المصالح العامة والخاصة .

الأمر الذي جعل القضاء الإداري الليبي مؤخرًا يسير نحو تطبيق مضمون نظرية الموازنة في أحكامه الحديثة ، من ذلك ما جاء في حكم المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1994.1.22 في الطعن الإداري رقم 39/44 ق[»] لما كان الثابت من المستندات المقدمة في الدعوى أمام المحكمة المطعون في قضائها ، أن جهة الإدارة قد انحرفت في تحديد مسار الطريق موضوع القرارين المطعون فيهما بشكل يغير المصلحة العامة التي يهدف إليها مشروع إنشاء الطريق ، حيث أن الثابت من المستندات وخرائط الموقع أن مسار الطريق جاء ملتويا مارا بوسط المزارع مما يسبب أضرارا للمواطنين والمزارع المشجرة ، في الوقت الذي توجد في نفس الموقع أحراش وغابة عامة

كان بالإمكان شق الطريق بها و بشكل مستقيم وبأقل التكاليف و أكثر أمنا للمواطنين، مما تكون معه الإدارة قد انحرفت بإصدار القرارين المطعون فيهما فيما يتعلق بهذه الطريق بما يخالف المصلحة العامة التي يهدف المشروع إلى تحقيقها ((1).

المبحث الثاني

تحديد أعمال المنفعة العامة في قرارات نزع الملكية

ترتبط الإدارة ارتباطاً وثيقاً بالنظام السياسي القائم في المجتمع . فالأيديولوجية السائدة في المجتمع والبنية السياسية والاقتصادية التي يركز عليها لها تأثير بالغ على الدور الوظيفي للإدارة فالإدارة تتفاعل مع العمليات والظروف السياسية السائدة في البلاد تؤثر فيها وتتأثر ، بها وكان من الطبيعي أن تختلف الإدارة حسب تطور وظيفة الإدارة العامة لذلك ندرس في هذا المبحث :

- تطور التشريعات المحددة للمنفعة العامة (المطلب الأول)
- أسلوب المشرع الليبي في تحديد أعمال المنفعة العامة (المطلب الثاني) .

(1) راجع مجلة إدارة القضايا ، بحث بعنوان " ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة " د. خليفة سالم الجهمي ، العدد 17 ، السنة التاسعة ، يونيو 2010 ، ص 60 .

المطلب الأول

تطور التشريعات المحددة للمنفعة العامة

إن تطور الوظيفة الإدارية في ليبيا ، انعكس على التشريعات المحددة للمنفعة العامة والخاصة فيما يتعلق بنزع الملكية حيث مرّ تدخل الإدارة في المجالات الاقتصادية بمراحل عدة⁽¹⁾ ومن هذه التشريعات :

(1) مرحلة تأميم القطاع الأجنبي لتحرير الاقتصاد القومي من التبعية والنفوذ الأجنبي وتحوله إلى اقتصاد وطني إنتاجي تديره الدولة بنفسها ، وأصبحت وحدها المسؤولة عن إشباع الحاجات التي تقتضيها المصلحة العامة مثل تأميم شركات النفط والمصارف . مرحلة إنشاء القطاع العام بإنشاء الشركات العامة في المجالات الزراعية والإنتاجية والصناعية عهد إليها تنفيذ الخطط الاقتصادية والسياسية العامة وتقديم الخدمات التي تقتضيها المصلحة العامة . مرحلة تأميم القطاع الخاص والوطني بتأميم الأنشطة الخدمية مثل التجارة الخارجية والنقل العام والفنادق ، بإنشاء شركات عامة تديرها الدولة . مرحلة تأسيس معالم المجتمع الاشتراكي الجديد المبني على العمل الإنتاجي وعلى تحريم الاستغلال والأجرة والاتجار ، وترتب على ذلك أن تقلص نشاط القطاع الخاص ، ومن ثم إلى تعاظم مسؤولية الإدارة في المجالات الاقتصادية وأصبحت الإدارة الأداة الرئيسية التي يقع على عاتقها مهمة تنفيذ السياسة الاقتصادية للمجتمع وإشباع الحاجات المادية والمعنوية الفردية . مرحلة الانتقال من الاشتراكية (الحكومة) إلى الاشتراكية الشعبية بتمكين المواطنين أنفسهم من إدارة المرافق الخدمية والاقتصادية مباشرة وبشكل جماعي ودون استغلال الغير .

ولهذا الغرض صدرت عدة تشريعات تم بمقتضاها السماح للمواطنين بمزاولة بعض المهن التي كانت محرمة عليهم في السابق . كإقامة التشاركيات ، ونقل ملكية المنشآت الزراعية والصناعية والخدمية إلى المواطنين لإدارتها لإشباع حاجاتهم وإنشاء شركات عامة من نوع جديد (الشركات الاشتراكية) حيث أصبح بإمكان الأفراد المساهمة في رأس مالها وفي إدارتها . د. محمد عبدالله الحراري ، أصول القانون الإداري الليبي ، الجزء الأول ، ص 124 .

- ما جاء بالقانون المدني في مادته (87) المعدلة بالقانون رقم 1970/138م التي تبنت معيار المنفعة العامة لتحديد مدلول الأموال العامة ، فلم يعد يقتصر على المجالات الإدارية السياسية ، وإنما شمل جميع المجالات الاقتصادية والاجتماعية وحتى الثقافية . فالسلطة الإدارية ممثلة في مجلس الوزراء (اللجنة الشعبية العامة سابقا) أو الأمين (الوزير حالياً) إصدار قرار باعتبار مال ما من الأموال العامة المخصص للمنفعة العامة .

- القانون رقم 32 لسنة 1977م بتعديل بعض أحكام القانون رقم 5 لسنة 1969م بشأن تخطيط وتنظيم المدن والقرى ، الذي جاء بمادته (22) مكرر :

« 1- لا يجوز سواء داخل المخططات أو خارجها الترخيص بالبناء على الأراضي المتاخمة لشواطئ البحر على بعد يقل عن مائة متر من حدود هذه الشواطئ ، ويستثنى من ذلك الترخيص بإقامة المنشآت التي تخصص لأغراض سياحية والتي تنشأ من قبل الحكومة أو الهيئات والمؤسسات والشركات العامة .

2- مع مراعاة الفقرة السابقة تؤول إلى البلدية كل في دائرة اختصاصها ملكية الأراضي الفضاء الواقعة في حدود المسافة المشار إليها في الفقرة السابقة ، وكذلك المنشآت المقامة داخلها ويتم تعويض مالكيها وفقاً لأحكام القانون رقم 116 لسنة 1972م بتنظيم التطوير العمراني ... ».

- القانون رقم 4/1978م بشأن بعض الأحكام الخاصة بالملكية العقارية والذي وضع قاعدة عامة عندما قرر أن حرية الأفراد في الملكية مقصورة على عقار واحد وأن ما يزيد على ذلك يعتبر قد آل للدولة بقوة القانون .
 - القانون رقم 11 لسنة 1992م بتقرير بعض الأحكام الخاصة بالملكية العقارية⁽¹⁾. الذي جاء بمادته الأولى « المسكن حاجة ضرورية للفرد والأسرة ، وتعتبر ملكيته مقدسة لا يجوز المساس بها ، كما لا يجوز أن يحرم أحد من ملكية مسكنه إلا في الأحوال التي يقرها القانون وبالطريقة التي يرسمها ».
 - وجاء بمادته الثانية « لكل مواطن الحق في تملك مسكن أو قطعة أرض صالحة للبناء عليها كما يحق له بناء مساكن ، أو تملك أراضي تصلح لبناء مساكن عليها لأولاده ، وفي جميع الأحوال يجب أن تكون تلك المساكن مطابقة للمخططات المعتمدة للمدن والقرى ».
 - كذلك القانون رقم 3 لسنة 1369 و.ر (2001) بشأن التخطيط العمراني الذي جاء بمادته (22) أنه « ... تعتبر الأراضي الواقعة داخل نطاق المخططات التفصيلية بعد اعتمادها والتي تتطلب إجراءات قانونية لنزع ملكيتها منزوعة الملكية تلقائياً دون الحاجة لاتخاذ هذا الإجراء ».
- وفيما يتعلق بالتشريعات الخاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة فقد صدر عن المشرع الليبي :
- المرسوم بقانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة الصادر في 1961م

- القانون رقم 116 لسنة 1972م بتنظيم التطوير العمراني .
- القانون رقم 6 لسنة 1973م بتعديل بعض أحكام القانون رقم 116 لسنة 1972م سالف الذكر .
- القانون رقم 21 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بتقرير المنفعة العامة والتصرف في الأراضي المتعلقة بالتعويض عن العقارات منزوعة الملكية للمنفعة العامة .
- قرار اللجنة الشعبية العامة (سابقا) رقم 84 لسنة 1374 (2006) بتقرير بعض الأحكام في شأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة . والذي حدد الجهة صاحبة الاختصاص بتقرير المنفعة العامة ، وغيرها .

فالتطور الهائل لوظيفة الإدارة أدى إلى اتساع مفهوم المنفعة العامة حيث إشباع الحاجات العامة للمجتمع لم تعد كما كان عليه الأمر في العهد الملكي من مسئولية الدولة والبلديات والمؤسسات والهيئات العامة وحدها وإنما أصبح أيضاً من مسئولية أشخاص اعتبارية جديدة لم تكن معروفة مثل الشركات العامة والمنشآت العامة والشركات الاشتراكية⁽¹⁾.

المطلب الثاني :

أسلوب المشرع الليبي في تحديد أعمال المنفعة العامة

وقد أخذ المشرع الليبي بأسلوبين عند تحديده للأعمال التي تعد من المنفعة العامة في نزع الملكية متأثراً في ذلك بتطور وظيفة الإدارة العامة ، حسب الإيديولوجية التي تعتنقها البلاد والتي تغيرت بتغير وظيفة الدولة من

(1) المرجع السابق ، ص 208 .

دولة حارسة إلى دولة متدخلة ثم دولة ضامنة ، فكان أسلوب المشرع يتراوح بين أسلوبين أعطى فيهما للإدارة سلطة تقديرية في تحديدها للأعمال التي تعتبرها من المنفعة العامة إلى أسلوب حدد المشرع بنفسه الأعمال التي يعتبرها محققة للمنفعة العامة ، كما حدد العناصر المحققة لها وذلك على النحو التالي :

1. **الأسلوب الأول :** وهو الذي أتى به المرسوم بقانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة الصادر في 3 يوليو سنة 1961م⁽¹⁾، حيث اتجه المشرع في هذا المرسوم إلى عدم تحديد المشاريع التي تعتبر من أعمال المنفعة العامة تاركاً أمر تحديدها لمجلس الوزراء ، حيث عهد أمر تقرير المنفعة العامة إليه . وسلطة المجلس في هذا الشأن هي سلطة تقديرية خاصة فيما يتعلق بتحديد المساحات اللازمة لتحقيق الغاية التي من أجلها تم نزع ملكية العقار .

2. **الأسلوب الثاني :** وهو الأسلوب الذي أتبعه القانون رقم 116 لسنة 1972م بتنظيم التطوير العمراني المعدل بالقانون رقم 6 لسنة 1973م ، حيث نص صراحة على الأعمال التي يعتبرها محققة للمنفعة العامة ، فقد جاء بمادته الأولى ما يلي « يجوز تقرير المنفعة العامة طبقاً للمادة السابقة لمشروعات الإسكان أو التطوير العمراني أو الصناعة الآتي بيانها :

(1) منشور في الجريدة الرسمية ، بتاريخ 18.07.1961 ، العدد 13 .

- أ . بناء الدولة للمساكن وما تتطلبه من مرافق ومباني وخدمات .
- ب . قيام الشركات التي تملك الدولة أكثر من نصف رأسمالها التي تمارس نشاطاً عقارياً بإنشاء المباني سواء لتأجيرها أو تملكها ، تنفيذاً للسياسة العامة للدولة في مجال الإسكان .
- ج . تقسيم أو إعادة تقسيم الأراضي تمهيداً لبيعها إلى المواطنين للبناء عليها .
- د . تخصيص الأراضي أو تقسيمها تمهيداً للأغراض الصناعية .
- هـ . إعادة تخطيط المناطق الخربة والمتخلفة طبقاً للمادة (52) من القانون رقم 5 لسنة 1969م بشأن تخطيط وتنظيم المدن والقرى .

ورغم أن التحديد الذي أتى به القانون رقم 6 لسنة 1973م للأعمال المحققة للمنفعة العامة جاءت عباراته مرنة وعامة ، إلا أن المشرع نص على جواز نزع الملكية للمنفعة العامة لصالح الشركات العامة التي تمارس نشاطاً عقارياً فقط ، وهو قصور تشريعي يتعين معالجته .

ويلاحظ إن المشرع الليبي حدد الأعمال المحققة للمنفعة العامة على سبيل الحصر ، ولم يعط مجالاً لإضافة أعمال أخرى من شأنها تحقيق المنفعة العامة ، فهذا التحديد لا يواكب التطور الذي تشهده الحياة الاقتصادية والاجتماعية في البلاد ، والذي أدى بدوره إلى تطور مفهوم المنفعة العامة ، وتوسعه في المجالات كافة .

وكنتيجة للتحديد التشريعي للأعمال المحققة للمنفعة العامة قررت المحكمة العليا في العديد من أحكامها بأن نشاط الإدارة لا يعد من أعمال المنفعة العامة إلا إذا كان من الأعمال المنصوص عليها بالقانون ، كبناء

الدولة للمساكن وما تحتاجه من مرافق ومباني وخدمات ، وإذا كانت الجهة القائمة بالنشاط شركة عامة فيشترط فيها أن تملك الدولة أكثر من نصف رأسمالها ، وأن تمارس نشاطها عقارياً⁽¹⁾.

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة فكرة المنفعة العامة في القانون الإداري ، وكيفية تحديدها في قرارات نزع الملكية الخاصة ، وهي فكرة فضفاضة ومرنة ومتغيرة ومفرداتها لا تقع تحت حصر ، ومفهومها متطور حسب تطور وظيفة الدولة وحسب ما تعتنقه من أفكار سياسية واقتصادية واجتماعية .

وتبين من خلال هذه الدراسة الآتي :

- عدم تحديد فكرة المنفعة العامة والنص على حالات معينة مما أدى إلى تزايد السلطة التقديرية للإدارة في مجال تحديدها ، وأصبحت وسيلة لتطبيق فلسفة الدولة .

(1) ففي حكمها الصادر بجلسة 2002.11.03 تقول المحكمة العليا : « إن ما اشترطه المشرع في الشركة التي يجوز تقرير المنفعة العامة لها يتعلق بمكنية رأسمالها وبأغراضها ، ويتحقق الشرط الأول إذا كانت الدولة مالكة لأكثر من نصف رأسمال الشركة ، ويتحقق الشرط الثاني إذا كان نشاط الشركة عقارياً بإنشاء المباني لتأجيرها أو تملكها ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (18/ ب) من القانون رقم 116 لسنة 1972 بتنظيم التطوير العمراني المعدل بالقانون رقم 6 لسنة 1973م بقولها : « يجوز تقرير المنفعة العامة طبقاً للمادة السابقة لمشروعات الإسكان أو التطوير العمراني أو الصناعي الآتي بيانها :- ب- قيام الشركات التي تملك الدولة أكثر من نصف رأسمالها والتي تمارس نشاطاً عقارياً بإنشاء المباني سواء لتأجيرها أو تملكها ، تنفيذاً للسياسة العامة للدولة في مجال الإسكان ... ».

- إن التطور الذي طرأ على فكرة المنفعة العامة ليس واحداً في كل الدول وإنما يختلف حسب ما تتبناه كل دولة من مفاهيم ، ويبدو تطور هذه الفكرة واضحاً في مسلك القضاء الفرنسي الذي قرر أن تقييم المنفعة العامة يتم بالموازنة بين ما تحققه نزع الملكية من فائدة وبين المصالح التي يمسهها أي النظر لفكرة المنفعة العامة بشكل أعم وأوسع (نظرية الموازنة) .

- إن القضاء الليبي اتجه في رقيبته على قرارات نزع الملكية إلى ترك تقدير المنفعة في المشروعات العامة إلى سلطة الإدارة دون معقب ، مما جعل رقيبته حبيسة المفهوم التقليدي للمنفعة العامة دون أن ترتقي إلى رقابة الملاءمة و الموازنة بين المصالح .

لذلك كان لا بد من طرح بعض التوصيات :

1. ضرورة إصدار قانون خاص ينظم مسألة نزع الملكية للمنفعة العامة ، حتى يتم مراعاة الخطوات التي على الإدارة مراعاتها عند قيامها بالنزع حماية لحقوق الأفراد و حرياتهم ، باعتبار أن فكرة المصلحة العامة فيها مساس بحق الملكية الخاصة .

2. وبما أن الرقابة القضائية تعد ضماناً حقيقية لحقوق الأفراد و حرياتهم ، فالمأمول من القضاء مراعاة الاتجاه الحديث الذي ينادي بالحد من سلطة الإدارة في قرارات نزع الملكية الخاصة ، والترجيح بين المنفعة العامة التي يرمي القرار إلى تحقيقها والمصالح الخاصة التي يمسهها القرار ، لأن الوقت قد حان لتطبيق هذا النوع من الرقابة ، إذ في ظل تزايد نشاط الإدارة ولجوءها إلى

إصدار قرارات نزع الملكية لحاجتها المتزايدة للعقارات ، قد تتعسف في استعمالها لهذا الحق ، ولا يخفى ما قد يرتكب من أخطاء تحت ستار المشروعية التي تتستر بها الإدارة ، مما يؤدي إلى المساس بحقوق وممتلكات الأفراد . التي وجدت التشريعات لإقرارها وضمان وجودها واستمرارية تفعيلها .

والله ولي التوفيق ،،،

إدارة القضايا

قائمة بأهم المراجع

1. د. محمد عبدالله الحراري ، أصول القانون الإداري ، الجزء الثاني ، وسائل مباشرة الإدارة الشعبية لوظائفها ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، الطبعة الخامسة ، السنة 2003 .
2. د. نبيلة عبدالحميد كامل ، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزاع الملكية ، دار النهضة العربية ، سنة 1993.
3. د. عبدالحميد جبريل حسين آدم ، التنفيذ المباشر الإداري ، تطبيقاته والرقابة القضائية عليه في التشريع الليبي ، رسالة دكتوراه ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة 2007 .
4. د. أحمد أحمد الموفي ، فكرة المنفعة العامة في نزاع الملكية الخاصة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، سنة 1992 ، غير منشورة .
5. فاطمة المذكور علي عريقيب ، الرقابة القضائية على قرارات نزاع الملكية للمنفعة العامة ، رسالة ماجستير ، جامعة الفاتح ، كلية القانون ، العام الجامعي 2010/2011م.
6. جود عصام خليل الأثير ، نزاع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في التشريع الفلسطيني ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس ، فلسطين ، 2010 م .

التعليقات على الأحكام

القاضي

إدارة القضيبي

التطبيق للضرر والعيب

الدكتور / محمد الهادي زبيدة

تطبق على حكم : محكمة بنى وليد الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية
2005.04.25 الدعوى رقم 2004/67 (غ . م) .
موضوع الدعوى : التطبيق للضرر والعيب .

الوقائع :

« إن الواقعة تخلص في تقدم المدعية ... بصحيفة دعوى ضد المدعى عليه ... أعلنت له بالطرق القانونية تقول فيها إن المدعى عليه تزوجها بتاريخ 1995.01.01 وأنجبت منه طفلين ... إلا أنها ورغم إحسانها إليه إلا أنه بدا في الإساءة إليها ، وذلك منذ ثلاث سنوات ، وذلك لكونه يعاني من مرض نفسي ، حيث أصبح يدخل إلى المنزل في حالة غثيان ، وأصبحت الحياة الزوجية معه مستحيلة . مما جعلها تلجأ إلى القضاء لطلب التفريق بينهما للضرر ، وتطلب كل حقوقها الشرعية ... حدد لنظر الدعوى جلسة 2004.12.13 ... حضرت المدعية وحضر وكيل المدعى عليه ... بموجب تفويض رسمي أرفق بالأوراق ، وذكرت المدعية أنها تضررت من زواجها بالمدعى عليه لأنه مريض نفسي ، ويخرج في كل الأوقات . ويقوم بإخراجها من المنزل في كل الأوقات ، ولا يقوم بالإففاق عليها ، وذكرت أن لديها شهود على ذلك ، ووكيل المدعى عليه ذكر بأن المدعية تزوجت منه وهي تعلم بأنه مريض نفسي ، وقبلت بذلك ، وأمضت معه (6) سنوات وأنجبت منه أطفال ، وأنه لم يقصر معها فيما يتعلق بالإففاق .

... وحضرت الشاهدة الخاصة بالمدعية ... والمحكمة استمعت لشهادتها بعد حلفها اليمين القانونية ، حيث شهدت بأن ابنتها المدعية تعرضت للأذى من

قبل زوجها وذلك بطردها من المنزل في كل الأوقات ، ويقوم بضرب أبنائها ، ويرمي عليها يمين الطلاق باستمرار ، كما شهدت بأن المدعى عليه يقوم بالنوم خارج المنزل ، وأنه مريض عقلياً . والمدعية تقول إنها تضررت من زوجها ، وأنها تطلب تطبيقها مع احتفاظها بحضانة أطفالها ، وهي متنازلة عن كل حقوقها المترتبة على عقد الزواج .

ودفاع المدعى عليه يقول إن أقوال المدعية والشاهدة لا أساس لها من الصحة .

... قررت المحكمة تكليف حكّمين لمحاولة الإصلاح بين الزوجين ... وأرفق تقرير الحكمين ، وطلب دفاع المدعى عليه التأجيل للإطلاع على تقرير الحكمين ... وإحضار شهود النفي ، والذي سبق أن طلب الاستماع إليهم ... وحضر الشاهدان ، والمحكمة قررت الاستماع لشهادتهما ، حيث ذكرا بعد حلفهما اليمين القانونية أنهما من جيران المدعى عليه ، وأنهما لم يلاحظا أنها تضررت منه ، وأنهما لم يشاهدا المدعى عليه يضرب المدعية ، أو يخرجها من المنزل ، وأنه حسب علمهما مقيم ببيت الزوجية ، ونكر الشاهد الثاني ... بأن المدعية ذكرت له أن زوجها طردها من المنزل وحضرت لبيته بعد طردها من زوجها .

ودفاع المدعى عليه تقدم بصحيفة طلبات مقابلة سلمت منها صورة للمدعية ، وقررت رفضها وعدم الاعتراف بما جاء فيها ، وأنها متضررة من زوجها . وخلص دفاع المدعى عليه إلى طلب إعادة المدعية إلى بيت الزوجية ، واحتياطياً إلزام المدعية بدفع مبلغ ... تعويضاً شاملاً عن تضرره من التفريق ، مع إلزامها بترجييع مقدم الصداق ، وإسقاط كافة حقوقها المترتبة على عقد الزواج بما فيها النفقة ومؤخر الصداق والحضانة))

الحكم :

« إن المدعية قد طلبت من المحكمة تطبيقها للضرر ، وذكرت أن المدعى عليه يقوم بطردها من المنزل ، ويقوم بالإساءة إليها وضربها ، وحيث إن شاهدة الإثبات لم تثبت حصول الأضرار من قبل المدعى عليه لزوجته سواء القيام بطردها من المنزل التي هي ذبه ، كما لم يثبت للمحكمة أيضاً ، وذلك لكون الشاهدة استندت في أقوالها إلى حضور المدعية لبيتها كدليل على طردها من منزل زوجها ، كما أنها لم تشهد المدعى عليه يقوم بطرد زوجته أو ضربها مما يجعل المدعية قد أخفقت في إثبات دعواها .

كما أن تقرير الحكمين خلص إلى أن المدعية هي من ترغب في الانفصال ، وأن وكيل المدعى عليه قد عرض عليها الإقامة ببيت الزوجية ، وتعهد لها بكل متطلباتها الحياتية إلا أنها رفضت ذلك ، وأصررت على الطلاق ، كما أنها بجلسة 2005.02.07 أمام المحكمة أقرت بالتنازل عن كافة حقوقها المترتبة على عقد الزواج عدا الحضانة مقابل التتطبيق .

وحيث إن المادة (39) من القانون رقم 10 لسنة 84 بشأن الزواج والطلاق وتعديلاته بالقانون رقم 22 لسنة 1991 نصت على أنه « إذا عجز طالب التفريق عن إثبات دعواه واستمر الشقاق بين الزوجين بما يستحيل معه دوام العشرة حكمت المحكمة بالتطبيق مع إسقاط حقوق طالب التفريق ».

وحيث إن المدعية أخفقت في إثبات دعواها ، كما أنها مصممة على الطلاق مهما كانت النتائج ، وحيث إن الإسلام لا يحول بين المرأة وما تريد من انفصال ، وحيث إنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، وحيث إن الضرر الأكبر يزال بالضرر الأصغر وحيث إن الحياة الزوجية تقوم على الألفة والمودة والرحمة والتعاون ، وفي حالة فقد هذه المعاني فمن الأفضل للطرفين الانفصال بالمعروف

إذ لا تكليف بغير المستطاع . وحيث إن القانون في المادة (39/ ب) قد قرر إسقاط حقوق طالب التفريق الذي يعجز عن إثبات دعواه فإنه يكون قد وافق الصواب .

فالعدالة تقتضي إسقاط حقوق المتأبى من الزوجين عن الآخر بدون عذر شرعي ، وإذا كانت المدعية قد ذكرت بأن زوجها يعاني من مرض نفسي وعقلي فالأولى بها أن تصبر عليه لعل الله أن يجعل لها مخرجاً ، خاصة وهي التي قبلت به ، وهي التي تعلم أنه يعاني من مرض نفسي وعلى النحو المبين بالمحاضر ، وبقت معه عدداً من السنوات وأنجبت منه طفلين الأمر الذي ترى معه المحكمة تطليقها من زوجها وعلى النحو الوارد بالمنظومة عملاً بنص المادة (39/ ب) سالفه الذكر .

... لهذه الأسباب ... حكمت المحكمة حضورياً للمدعية والمدعى عليه ... بتطليق المدعية من زوجها طليقة واحدة بائنة بينونة صغرى ، وعلى المدعية الدخول في العدة من تاريخ الحكم ، مع إسقاط حقوقها المترتبة على عقد الزواج .

التعليق على الحكم

الحجج التي اعتمد عليها القاضي في الحكم إثباتاً ونفياً

شهود الإثبات

1. شهادة أم الزوجة المثبتة للدعوى ومضمونها « بأن ابنتها (المدعية) تعرضت للأذى من قبل زوجها وذلك بطردها من المنزل في كل الأوقات ويقوم بضرب أبنائها ويرمي عليها يمين الطلاق باستمرار ، كما شهدت بأن المدعى عليه يقوم بالنوم خارج المنزل »
2. رد المحكمة « إن شهادة الإثبات لم تثبت حصول الأضرار من قبل المدعى عليه لزوجته سواء القيام بطردها من المنزل التي هي به ، كما لم يثبت للمحكمة أيضاً وذلك لكون الشاهدة استندت في أقوالها إلى حضور المدعية لبيتها كدليل على طردها من منزل زوجها ، كما أنها لم تشهد المدعى عليه يقوم بطرد زوجته من المنزل أو ضربها »

شهود النفي

1. وهما « من جيران المدعى عليه ، وأنهما لم يلاحظا أنها تضررت منه ، وأنهما لم يشاهدا المدعى عليه يضرب المدعية أو يخرجها من المنزل ، وأنه حسب علمهما مقيم ببيت الزوجية ، ونكر الشاهد الثاني ... بأن المدعية ذكرت له أن زوجها طردها من المنزل ، وحضرت لبيته بعد طردها من زوجها .»
2. رد المحكمة « إن شهود النفي ذكرا بأنهما لم يشاهدا المدعى عليه يطرد زوجته من المنزل أو ضربها ، مما يجعل المدعية قد أخفقت في إثبات دعواها ، كما أن تقرير الحكّمين خلص إلى أن المدعية هي من ترغب

في الانفصال ، وأن وكيل المدعى عليه قد عرض عليها الإقامة ببيت الزوجية ، وتعهد لها بكل متطلباتها الحياتية إلا أنها رفضت ذلك وأصررت على الطلاق .

كما أنها بجلسة 2005.02.07 أمام المحكمة أقرت بالتنازل عن كافة حقوقها المترتبة على عقد الزواج عدا الحضانة مقابل التطلاق))

النصوص القانونية التي تحكم الواقعة

م (10) من القانون رقم 10 لسنة 1984⁽¹⁾ التي تنص على أنه :

« أ- لا يعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا من وليه ، وبعد صدور إذن من المحكمة ، ولا تأذن المحكمة إلا بعد توفر الشروط الآتية :

1. قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد اطلاعه على حاله .
2. كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله .
3. كون زواجه فيه مصلحة له .

ويتم التثبت من الشرطين الأخيرين بتقرير لجنة من ذوي الاختصاص .
ب- لا يعقد زواج المحجور عليه لسفه إلا من وليه وبعد صدور إذن من المحكمة المختصة . »

م (35 ج) :

« إذا لم يتفق الطرفان على الطلاق ، فيحق لكل منهما أن يطلب التطلاق من المحكمة المختصة وفقاً للأحكام التالية »

(1) القانون رقم 10/1984 (1984.04.19) الجريدة الرسمية ع 16 ، 1984 ، ص 640 .

م (36) في الحكّمين :

« إذا لم يتفق الزوجان على الطلاق طبقاً للمادة السابقة ورفع الأمر إلى المحكمة المختصة تولت تعيين حكّمين للإصلاح بين الزوجين »

م (37) :

أ- يشترط في الحكّمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن ، وإلا فمن غيرهم ، وأن يكونا ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

ب- يحلف الحكّمان يميناً أمام المحكمة على أن يقيما بمهتهما بعدل وأمانة .

ج- تحدد المحكمة للحكّمين تاريخ بدء وانتهاء مهتهما بما لا يجاوز شهراً وتخطر المحكمة الحكّمين والخصوم بذلك .

د - للمحكمة أن تعطي للحكّمين مهلة أخرى مرة واحدة لإنهاء مهتهما ، فإن لم يقدموا تقريرهما خلالها عينت غيرهما »

م (38) :

أ- على الحكّمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ، وأن يبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما بأية طريقة ممكنة ، وعليهما السير في مهتهما ولو امتنع أحد الطرفين عن حضور مجلسهما متى تم إخطاره بذلك .

ب- على الحكّمين في حالة عجزهما عن الإصلاح بين الزوجين أن يرفعا إلى المحكمة ما يقرانه مع الأسباب المؤيدة لذلك ، وعلى المحكمة أن تفصل في النزاع القائم بينهما . »

م (39) المعدلة بموجب القانون رقم 22 لسنة 1991⁽¹⁾:

«أ- إذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين تولت المحكمة الفصل في النزاع وفي هذه الحالة تعقد المحكمة جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين ، فإذا تعذر عليهما ذلك ، وثبت الضرر ، حكمت بالتطليق . فإذا كان المتسبب في الضرر مادياً أو معنوياً هي الزوجة حكمت المحكمة بسقوط حقها في مؤخر الصداق والحضانة والنفقة والسكن مع التعويض عن الضرر للطرف الآخر .

أما إذا كان المتسبب في الضرر هو الزوج حكمت المحكمة للزوجة بالتعويض ومؤخر الصداق ، وذلك كله مع الإخلال بالحقوق الأخرى المترتبة على الطلاق .

ب- فإذا عجز طالب التفريق عن إثبات دعواه واستمر الشقاق بين الزوجين بما يستحيل معه دوام العشرة حكمت المحكمة بالتطليق مع إسقاط حقوق طالب التفريق . «

مادة (42) :

«أ- لكل من الزوجين أن يطلب التفريق إذا وجد بالآخر عيباً لا يتم به مقصود الزواج وغاياته ، أو وجد به عيباً ، سواء أكان قائماً قبل العقد ولم يعلم به طالب التفريق ، أو حدث بعد العقد ولم يرض به .

ب- فإذا تم الزواج وهو عالم به ، أو حدث بعد العقد ورضي به صراحة أو دلالة ، فلا يجوز له طلب التفريق . «

(1) القانون رقم 22/1991 (1991.09.01) لجريدة الرسمية ع 22 ، 1991 ، ص 739 .

م (50) :

- « أ- للزوج ترجيع مطلقته طلاقاً رجعياً ما دامت في العدة .
ب- تحصل الرجعة بالفعل أو بالقول أو الكتابة ، فإن تعذر ذلك فبالإشارة المفهمة
ج- تثبت الرجعة بكافة طرق الإثبات ، ولا تسقط بالتنازل عنها »

م (2) من القانون رقم 5 لسنة 1427⁽¹⁾ :

« يكون إبرام عقود الزواج بعد التأكد من سلامة الزوجين من الأمراض الوراثية والمعدية ، ومن الأمراض الوراثية الناتجة عن زواج الأقارب ذات الأثر على صحة الأطفال الجسمية والعقلية . »

م (15) من الق.، انون رقم 17 لسنة 1992⁽²⁾
بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم:

« يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر بعد رفع دعوى الحجر عليه .
أما إذا صدر التصرف قبل رفع الدعوى فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العقه شائعة وقت التصرف ، أو معلومة لدى الطرف الآخر . »
يلاحظ المطلاع على صحيفة دعوى المدعية أنها طالبت بالتطليق لسببين :

السبب الأول : التطليق للضرر المثبت .

السبب الثاني : التطليق للعيب .

- (1) القانون رقم 5/1427 (1427.12.29) الجريدة الرسمية ع 3 ، 1428 ، ص 73 .
(2) القانون رقم 17/1992 (1992.10.28) الجريدة الرسمية ع 36 ، 1992 ، ص 1249 .

أولاً : التطبيق للضرر المثبت .

حتى تستجيب المحكمة لدعوى التظليق للضرر يقتضي تحديد حقيقة الضرر المجيز للتظليق ، ومدى توفر شروطه لكي ينطبق على واقعة الحال من عدمها .

اقتبس المشرع الليبي أحكام التظليق للضرر من الفقه المالكي سواء في ظل العمل بمشهور الإمام مالك ، أو وفق أحكام القانون رقم 10 لسنة 1984 وتعديلاته الذي يعد من أكثر المذاهب الفقهية توسعاً في التظليق بسببه ، ولم يعرفه المشرع ، وبالتالي نلتجئ إلى الأصل التاريخي للنص حتى يتسنى لنا بيان حقيقته .

وهذا ما أثبتته القضاء صراحة بقوله : ((إن التظليق للضرر الذي تحكمه المادة (39) مستقي من مذهب الإمام مالك رضي الله عنه ، ولم يعرف المشرع المقصود بالضرر المشار إليه فيها ، وكان من المقرر أنه إذا أطلق النص في التشريع وجب الرجوع إلى مأخذه ، وكانت مضارة الزوج وفق هذا المذهب تتمثل في إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل ، بحيث تعد معاملة الرجل في العرف معاملة شاده ضارة تشكو منها المرأة ، أو لا تطيق الصبر عليها))⁽¹⁾.

قد عرفه فقهاء المالكية بأنه : ((الضرر المعهود الذي لها التظليق به ، أي كأن ينقصها حقها في النفقة ، ويكلفها أشغالاً لا يلزمها خدمته ، أو يشتمها أو يضربها ضرباً مبرحاً بغير ذنب))⁽²⁾.

(1) محكمة العجبات الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2009.05.26 للدعوى رقم

2009/221 (غ . م .) .

(2) العدوى ، على الصعيدي ، حاشية العدوى على شرح الإمام أبي الحسن المسمى كفاية الطالب

الرياني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني في مذهب الإمام مالك ، القاهرة ، مكتبة ومطبعة

المشهد الحسيني . (بدون تاريخ) .

وقيل في حقيقته أيضاً : ((ما لا يجوز شرعاً ، كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها))⁽¹⁾ واشتروا لذلك :

1. أن يكون الضرر شديداً .
 2. ألا يكون بغير ذنب .
 3. أن تتردد المرأة في شكواها من ضرر وقع عليها .
 4. وإذا كان الضرر من قبيل الضرب الخفيف لا بد أن يتكرر ، لأن الضرب الخفيف لا يكاد يسلم منه الأزواج .
 5. أن يشهد جيرانها بذلك ،⁽²⁾ وفي هذا قال التسولي :
- ((وإذا ترددت المرأة بشكوى ضرر زوجها بها أمر جيرانها بتفقد أحوالها ، فإن لم يكن الجيران من تجوز شهادته أمره بالسكن بين قوم صالحين))⁽³⁾.

وقال فقهاء المالكية في هذا الشأن أيضاً : ((ويعلمون أن فلاناً لم يزل يضر بزوجته المذكورة في نفسها ... من غير ذنب تستوجب به ذلك ، وأنه لم يزل يضر بها في مالها الضرر البين ، ولا يعلمونه أقلع عن ذلك إلى أن وقع

(3) الدردير ، أبي البركات أحمد مطبوع مع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، القاهرة ، عيسى

الباي الحلبي وشركاه ، ح 2 ، ص 345 (بدون تاريخ ولا طبعة) .

(2) أنظر التسولي ، أبي الحسن علي بن عبدالسلام ، البهجة في شرح التحفة ، القاهرة ، شركة

مكتبة ومطبعة مصطفى الباي الحلبي ، الطبعة الثانية 1370 هـ - 1951 ، ج 1 ،

ص 301 و 302 . العدوي ، علي الصعيدي ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 98 . ابن

سلمون ، أبي محمد عبدالله بن عبدالله الكتاني ، العقد المنظم للحكام فيما جرى بين أيديهم

من العقود والأحكام ، مطبوع بهامش كتاب تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ،

بيروت دار الكتب العلمية ج 1 ص 101 (بدون تاريخ ولا طبعة) .

(3) التسولي ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 301 .

بينهما الطلاق⁽¹⁾.

سواء بمعاينتهم للفعل الضار ، أو بالسماع الفاشي ، وهو ما أصطلح عليه عند المالكية بيينة السماع⁽²⁾ وبشهادة اللقيف أيضاً⁽³⁾.

ولم يفرق المالكية بين الضرر الذي يكون ناتجاً عن الفعل الممنوع ، أو الامتناع عن الفعل الواجب ، أو أن يكون الضرر المبرر للطلاق مادياً أو معنوياً ، وبالتالي يؤخذ النص على إطلاقه في الضرر⁽⁴⁾.

6. ألا تقع معاشرة جنسية بين الزوجين بعد رفع دعوى التطليق للضرر وقد نص على هذا الشرط صراحة⁽⁵⁾ فإذا ادعى الزوج أنها مكنته من نفسها بعد قيامها بالضرر ، وصدقته ، سقط حقها ، كانت جاهلة أو عالمة⁽⁶⁾.

وهذا الشرط لم ينص عليه في مصادر الفقه المالكي المعتمدة قديماً إلا التسولي ، وأخيراً العلمي في نوازل⁽⁶⁾.

لكن مسألة تكرار الضرر من عدمه تكون خاضعة لنوع الضرر وجسامته وأثره على من وقع عليه ، ومدى تأثيره على مستقبل الحياة الزوجية ، ويمكن أن

- (1) ابن سلمون ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 101 .
- (2) أنظر التسولي ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 302 و 303 .
- (3) أنظر: الصعيدي العوي ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 98 .
- (4) أنظر: د. زبيدة ، الهادي على ، أحكام الأسرة في التشريع الليبي ، المنصورة مؤسسة شروق ، دار البدر ، الطبعة الأولى 1434 هـ 2013 ، ج 3 ، التطبيق القضائي ، ص 55 .
- (5) التسولي ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 302 .
- (6) أنظر د. الخليلي ، أحمد ، تعليق على قانون الأحوال الشخصية الرباط ، دار نشر المعرفة ، الطبعة الثالثة ، ج 1 ، ص 392 ، ف 6/411 .

يكون للعرف دور في ذلك .

والملاحظ أن أقوال المالكية في هذا الشأن تعددت ، فخليل في مختصره

يقول :

« ولها التطبيق بالضرر البين ، ولو لم تشهد البينة بتكرره »⁽¹⁾ وهنالك من يرى خلاف ذلك حيث يشترط أن « يشهد بتكرر الضرر »⁽²⁾، بل يذهب البعض إلى أبعد من ذلك حيث لا يشترطون تكرار الضرر فحسب ، بل يشترطون أنهم « لا يعلمونه ألقع عن ذلك إلى أن وقع بينهما الطلاق »⁽³⁾.

ويبدو أن القول المشهور في الفقه المالكي لا يتطلب تكرار الضرر⁽⁴⁾.

وفي تقديري أن مسألة اشتراط تكرار الضرر من عدمه ، وشرط عدم الإقلاع عنه إنما يكون الحكم به أو رفضه متعلقاً بتقدير جسامه الضرر وقوته من جهة ، ومدى تأثيره على الطرف المتضرر واستعداده للصفح وتجاوز ذلك الفعل الضار وآثاره مستقبلاً .

وعليه فإننا أمام هذه الحالة نجمع بين معيارين : موضوعي يتمثل في جسامه الفعل الضار ، وشخصي متمثلاً في تأثيره على الطرف الآخر وما يخلف

(1) خليل ، ابن أسحق ، مختصر العلامة خليل ، بيروت ، دار الفكر ، 1392 هـ ، 1972 ، ص 133 .

(2) الخطاب ، أبي عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، طرابلس ، مكتبة النجاح ، ج 4 ، ص 17 ، (بدون تاريخ ولا طبعة) .

(3) ابن سلمون ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 101 .

(4) انظر الخليلي ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 390 ، ف 3/411 .

في نفسه من آثار⁽¹⁾، وإذا كان المشرع الليبي كما أسلفنا من قبل أنه لم يحدد ما هو الضرر المجيز للتطبيق فإن قضاءنا الموقر قد عرفه في مناسبات متعددة بقوله: ((أن يؤدي أحد الزوجين الآخر بالقول أو الفعل بما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية ، كالضرب المبرح ، أو الشتم المقذع أو الإكراه على فعل ما حرم الله وما أشبه ذلك من صور الإيذاء))⁽²⁾.

وعرف أيضاً ((بأنه كل تصرف غير سائغ شرعاً ، ويكون من شأنه الإيذاء ، سواء أكان قولاً أو فعلاً لا يستطاع معه دوام العشرة ، كضرب ، أو سب ، أو نحوه))⁽³⁾.

ولا فرق أن يكون الضرر في البدن أو في العرض⁽⁴⁾.

وتتفق محاكمنا الموقرة حول حقيقة الضرر وتؤكد بأن ((الضرر المسوغ لطلب التطبيق ، قد حدد حسب المنصوص عليه بمذهب الإمام مالك - رضي الله عنه - بأنه كل تصرف غير سائغ شرعاً يكون من شأنه الإيذاء ، سواء أكان قولاً ،

-
- (1) أنظر د . الهادي زبيدة ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص 56 .
 - (2) محكمة غات الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2008.09.09 الدعوى رقم 2007/23 (غ . م) .
 - (3) محكمة باب بن غشير الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2004.12.26 الدعوى رقم 2003/547 (غ . م) .
 - (4) أنظر: محكمة العجيلات الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2009.05.26 الدعوى رقم 2009/221 (غ . م) .
وقد اتفقت المحكمة العليا الموريتانية مع القضاء الليبي في هذا الأمر .
انظر: المحكمة العليا الموريتانية ، الغرفة المدنية والاجتماعية الثانية 2008.01.13 الملف رقم 2007/24 (غ . م) .

أو فعلاً لا يستطاع معه دوام العشرة ، كضرب أو سب أو نحوه⁽¹⁾ وتسير في هذا السياق أيضاً بقولها :

« أن يسئ الرجل إلى زوجته بما لا تستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها ، كأن يضربها ضرباً مبرحاً ، ويشتمها شتماً مقذعاً ، أو يحملها على ما حرم الله ، أو يهجرها في المعاشرة الزوجية بدون سبب يبيحه ، وما أشبه ذلك من ضروب الإيذاء»⁽²⁾.

وإذا كان أمر تقدير الضرر متروكاً لسلطة القاضي التقديرية فإنه يشترط لقبول التطلاق بسببه :

1. أن يكون هناك ضرر .
2. وأن يبلغ الضرر أو « المضارة حداً يحمل المرأة على طلب الفرقة»⁽³⁾ و « هو ما لا تستقيم معه الحياة الزوجية»⁽⁴⁾.
3. أن يكون الضرر مبنياً « على وجه اليقين ، بأن تثبت الزوجة بدليل مقنع للمحكمة بأن وقوع الضرر حصل من الزوج ضد

-
- (1) محكمة سوق الجمعة الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية الأولى 2008.12.29 الدعوى رقم 2008/429 (غ . م) .
 - (2) محكمة طبرق الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2007.04.08 الدعوى رقم 2006/490 (غ . م) .
 - وأنظر نفس المعنى : محكمة سرت الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2001.08.07 الدعوى رقم 2001/5 (غ . م) .
 - (3) محكمة الجميل الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2009.12.30 الدعوى رقم 2008/68 (غ . م) .
 - (4) محكمة باب بن غشير الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية الثالثة أبو سنيم 2008.12.25 الدعوى رقم 2007/177 (غ . م) .

زوجته بالقول أو الفعل ، مثل القذف والسب والتشهير والإيذاء بالضرب⁽¹⁾، وعبر عنه بأن ((يكون الضرر ثابتاً ومتحققاً))⁽²⁾، ويثبت ذلك ((إما بشهادة شاهدين عدلين فأكثر))⁽³⁾ لأن ((إثبات الضرر لا يكون إلا بإقامة البينة على صحة وقوعه ، ولا يكفي الادعاء بوقوعه فقط دونما دليل منه على من يدعيه))⁽⁴⁾.

كما ((يرى المالكية أن يكون بالبينة ويكفي في البينة مجرد السماع الشائع بين الرجال والنساء في أن الزوج يضار زوجته))⁽⁵⁾، ولا يشترط في الفعل المؤدي إلى الضرر أن يجرمه قانون العقوبات ((لأن مفهوم الضرر في الشريعة واسع ، ويشمل حالات وأمر عديدة لا ترقى إلى مرتبة الأفعال المجرمة قانوناً ، الأمر الذي يجعل المساس بالحياة الزوجية ، وأي خلل بواجبات الزوجة نحو زوجها يعد ضرراً أبيض للمتضرر طلب الطلاق، وإن كان لا يشكل فعلاً مجرمًا قانوناً ، ويؤكد ذلك الفقرة (ب) من المادة الثامنة عشرة من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الزواج والطلاق إذ نصت على أن واجب الزوجة الاهتمام

- (1) محكمة استئناف بنغازي ، دائرة الأحوال الشخصية 1993.05.03 الاستئناف رقم 1993/2 و 1993/4 المضمومين (غ . م) .
- (2) محكمة زليتن الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2009.03.28 الدعوى رقم 2008/106 (غ . م) .
- (3) المرجع السابق وأنظر : محكمة باب بن غشير الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية الأولى 2008.04.26 الدعوى رقم 2007/579 (غ . م) .
- (4) محكمة مرزق الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2007.10.27 الدعوى رقم 2007/31 (غ . م) .
- (5) محكمة العجيلات الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2010.01.05 الدعوى رقم 2008/209 (غ . م) .

براحة الزوج واستقراره حسيًا ومعنويًا⁽¹⁾.

4. لا بد من تعيين حكمين لغرض الإصلاح إن أمكن ، وإلا فيشترط أن تعقد المحكمة جلسة سرية لعلها تعيد الحياة الزوجية إلى وضعها الطبيعي المعتاد ، وكثيراً ما تحقق ذلك ، وفي هذا الشأن تقضي المحكمة العليا⁽²⁾ إن مقتضى نصوص المواد (36) و (38) و (39) من القانون رقم 84/10 بشأن أحكام الزواج والطلاق وأثارهما تقضي بأنه إذا رفعت إلى المحكمة المختصة دعوى التظليق للضرر من أحد الزوجين فإنها تتولى قبل التعرض لموضوع هذا النزاع تعيين حكمين لمعرفة أسباب الشقاق موضوع الدعوى ، وبذل جهدهما للإصلاح بين الزوجين ، وفي حالة عجز الحكمين عن ذلك ، عليهما أن يقدم ما يقرانه إلى المحكمة مع الأسباب المؤيدة له ، وفي هذه الحالة عليها أن تفصل في موضوع النزاع بعقد جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين فإن تعذر عليها ذلك وثبت الضرر ، حكمت بالتظليق⁽²⁾.

- (1) محكمة طبرق الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية الأولى 1998.06.23 الدعوى رقم 1998/116 (غ . م).
- (2) المحكمة العليا ، طعن شرعي 1993.11.18 مجلة المحكمة العليا ، س 27 ، ع 3.4 ، ص 12 . أنظر: في التطبيق القضائي لهذا الشرط من قبل محاكم الموضوع : على سبيل المثال - محكمة قصر الأخيار الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2008.03.24 الدعوى رقم 2007/18 (غ . م).
- محكمة طبرق الجزئية . دائرة الأحوال الشخصية 1987.05.13 الدعوى رقم 1986/159 (غ . م).
- محكمة نالوت الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2006.03.20 الدعوى رقم

« وكانت المحكمة المطعون في قضائها قد اعتبرت أن محكمة أول درجة مخطئة في تطبيق القانون لقضائها بتطبيق الطاعة من زوجها المطعون ضده ، لثبوت الضرر دون تعيين حكمين لمحاولة الإصلاح بين الزوجين وعقد جلسة سرية بينهما لمحاولة الصلح ثم قضت بإلغاء الحكم المستأنف ، ورفض الدعوى ، وهو قضاء فاصل في الدعوى وحاسم له دون تعيين حكمين وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادتين (36) و (37) سالفتي الذكر بما يكون معه حكمهما مخالفاً للقانون»⁽¹⁾.

5. أن تكون الدعوى خلال قيام الرابطة الزوجية ، وفي هذا قضت المحكمة « أن طلب المدعى بالتطليق للضرر قد ورد في غير محله ، وعلى فرض ثبوت ما يوجبه من الأوراق لعدم قيام الزوجية ، وانفصالها بالتطليق ، ويتعين القضاء بصحته وثبوته ووفق ما ضمنه المدعى من طلبات بمحضر الجلسة وذلك من تاريخ إيقاعه ، ولمدة خمسة أشهر من الإقرار به ، ومن ثم تكون المدعى عليها قد خرجت من عدتها ، وبه تزول رابطة الزوجية

2005/6 (غ . م) .

- محكمة تاجوراء الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2005.04.04 الدعوى رقم

2004/133 (غ . م) .

- محكمة غريان الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2008.12.29 الدعوى رقم

2008/33 (غ . م) .

- محكمة شمال بنغازي ، دائرة الأحوال الشخصية سيدي يونس 2007.06.25

الدعوى رقم 2006/1041 (غ . م) .

(1) المحكمة العليا ، طعن شرعي 1993.11.18 مجلة المحكمة العليا ، س 27 ،

ع 3،4 ، ص 12 .

بعد انقضاء العدة⁽¹⁾.

6. ألا يوقع الزوج الطلاق بالإرادة المنفردة بعد رفعه دعوى التطليق للضرر⁽²⁾ لأنه بهذا الطلاق بإرادته المنفردة يظهر منه أنه تخلى عن طلباته السابقة بالطلاق للضرر بصحيفة دعواه⁽²⁾.

7. أن يكون الضرر ناتجاً عن فعل الزوج ، وفيها تقول المحكمة :
« إن المستأنفة الطائفة لم تقدم للمحكمة ما يؤيد دعواها للضرر ... سوى ما جاء في الشكاوى المرفوعة منها ضد زوجها المطعون ضده ، والتي لم يصدر فيها حكم قضائي ، وبذلك لا يمكن الركون إليها ، كما أن رغبتها في الرجوع إلى بيت الزوجية في منزل بعيد عن أهله يوحي بأن الضرر الذي تدعيه من أم زوجها ، وليس من الزوج ، ولا دليل على ذلك أيضاً ، وخلص الحكم إلى أن الطائفة لم تثبت أن زوجها قد أساء عشرتها ، وحكمت برفض دعواها الطلاق للضرر ، وهي أسباب سائغة ولها أصلها الثابت في أوراق الدعوى⁽³⁾ .

8. ألا تقع خلوة بين الزوجين بعد رفع دعوى التطليق للضرر ، لأن المالكية يرون⁽³⁾ أن الزوج إذا أضر بزوجه ، وحصلت بينهما

(1) محكمة درنة الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية الثالثة 1990.03.22 الدعوى رقم 1989/4 (غ . م) ، وأنظر: نفس الشرط لنفس المحكمة :

محكمة درنة الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية الأولى 2000.06.03 الدعوى رقم 1999/651 (غ . م) .

(2) محكمة شمال بنغازي الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية الأولى 2005.02.06 الدعوى رقم 2004/51 (غ . م) .

(3) المحكمة العليا ، طعن شرعي 1996.05.30 طعن رقم 42/10 م (غ . م) .

خلوة بعد ذلك ، فرضا الزوجة أسقط حقها في قيام الضرر ، لأن
الخلوة بمنزلة المعاشرة الزوجية التي يسقط بها حقها في قيام
الضرر⁽¹⁾.

والسؤال الذي يطرح نفسه هل تحقق الضرر الذي طالبت المرأة بسببيه
التطليق في واقعة الحال وماذا يلاحظ على ما قضت به المحكمة الموقرة في
هذه الجزئية ، أو هذا السبب ؟

ذكرت المحكمة صراحة أن الضرر لم يثبت بقولها : ((إن المدعية قد
طلبت من المحكمة تطليقها للضرر ، وذكرت أن المدعى عليه يقوم بطردها من
المنزل ، ويقوم بالإساءة إليها وضربها . وحيث إن شاهدة الإثبات لم تثبت
حصول الإضرار من قبل المدعى عليه لزوجته أو القيام بطردها من المنزل الذي
لم يثبت للمحكمة أيضاً ، وذلك لكون الشاهدة استندت في أقوالها إلى حضور
المدعية لبيتها كدليل على طردها من منزل زوجها أو ضربها ، مما يجعل
المدعية قد أخفقت في إثبات دعواها)) إذا استبعد موضوع الإضرار لعدم إثباته .

كما أن أحد الشهود (أم المدعية) التي ((شهدت بأن إبنتها المدعية
تعرضت للأذى من قبل زوجها ... ويرمى عليها يمين الطلاق باستمرار)) .

وهذا الأمر يعد جوهرياً إذ كان على المحكمة أن تتأكد من ذلك ، وهل
وقع بالفعل ، وممن يملكه ، وهل تم في فترات متباعدة ، وكم عدده ، أم وقع منه
لحظة واحدة ، وهل يعد طلاقاً بائناً أم رجعيّاً ، أم أن الطلاق لا يقع على اعتبار
أنه مصاب بمرض نفسي ، لأن الإجابة على ذلك تحدد هل الحياة الزوجية قائمة .

(1) المحكمة العليا لدولة الإمارات العربية المتحدة ، نقض شرعي 2004.06.12 الطعن رقم
24/270 ق (غ . م) .

وبالتالي نكون أمام صورة دعوى تطليق للضرر بين الزوجين ، أم أن الحياة الزوجية انتهت ، وبالتالي لا مجال لقبول دعوى التطليق ، خاصة وأن المحكمة العليا الموقرة قد قضت بقولها : « إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أنه متى دفع الخصم أمام محكمة الموضوع بدفع جوهرى قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى تعين على المحكمة أن تحققه وترد عليه بما يكفي لمواجهته ، فإن لم تفعل وقضت على خلافه كان حكمها قاصر البيان»⁽¹⁾.

وضرورة البحث في هذه المسألة والرد عليها لأنها « من النظام العام الذي يجب على المحكمة التصدي له وبحثه ... حتى لو لم يثيره الخصوم»⁽²⁾، والأمر مرتبط بقضية الحلال والحرام ، ومحكمة الموضوع لم تتعد لذلك .

بالإطلاع على نصوص التطليق للضرر السابقة يلاحظ أن القاضي جمع ما بين الفصل في الدعوى إصلاحاً بواسطة الحكمين ، أو عن طريق الجلسة السرية ، أو تطليقاً إذا ثبت الضرر ، أو استحالت العشرة بسبب الشقاق⁽³⁾، وهذا الاتجاه يتمشى مع منهج المشرع الليبي في القانون رقم 84/10 وتعديلاته القاضي بالتضييق من حالات الطلاق ، وهذا يتطلب من المحكمة في حكمها هذا أن تتقيد بالخطوات الواردة في صحيح المادة (39/ م) تعيين حكمين إن وفقاً في الإصلاح وإلا عقدت المحكمة جلسة سرية للإصلاح والقاضي أقدر من غيره على ذلك ، إذ أن هذه الأحكام الواردة هنا وترتيبها وجوبياً والمخالفة في ذلك يترتب

- (1) المحكمة العليا ، طعن شرعي 2011.05.03 الدعوى رقم 57/61 ق (غ . م) .
- (2) المحكمة العليا ، طعن شرعي 1993.06.12 مجلة المحكمة العليا ، ص 28 ، ع 1،2 ، ص 24 .
- (3) انظر: د. الهادي علي زبيدة ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص 35 .

عليها البطلان ، وهذا ما درجت عليه محاكم الموضوع في ليبيا⁽¹⁾، إلا أن المحكمة الموقرة في هذه القضية لم تقم بعقد جلسة بعد تقديم تقرير الحكّمين مع أن رأي المحكمة العليا كان صريحاً في هذا الأمر بقولها : ⁽²⁾ إن مقتضى نص المواد (36) و (38) و (39) من القانون رقم 1984/10 بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارهما تقضي بأنه إذا رفعت إلى المحكمة المختصة دعوى التطليق للضرر من أحد الزوجين فإنها تتولى قبل التعرض لموضوع هذا النزاع تعيين حكّمين لمعرفة أسباب الشقاق موضوع الدعوى ، وبذل جهدهما للإصلاح بين الزوجين ، وفي حالة عجز الحكّمين عن ذلك عليهما أن يقدم ما يقرانه إلى تلك المحكمة مع الأسباب المؤدية له ، وفي هذه الحالة عليها أن تفصل في موضوع النزاع بعقد جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين ، فإن تعذر عليها ذلك وثبت الضرر ، حكمت بالتطليق .

(1) أنظر : ما درجت عليه محاكم الموضوع في الترتيب الوجوبي على سبيل المثال :

- محكمة الزاوية الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2001.02.11 الدعوى رقم 2000/25 (غ . م) .
- محكمة الخمس الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2008.05.29 الدعوى رقم 2007/2 (غ . م) .
- محكمة قصر الأخير الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 1995.10.16 الدعوى رقم 1995/75 (غ . م) .
- محكمة طبرق الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية الأولى 1998.06.23 الدعوى رقم 118/116 (غ . م) .
- محكمة نالوت الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2007.02.05 الدعوى رقم 2006/1 (غ . م) .
- محكمة أوباري الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2009.10.18 الدعوى رقم 2009/11 (غ . م) .

وكان الطعن بالاستئناف يترتب عليه طرح النزاع المرفوع عنه الاستئناف إلى محكمة الدرجة الثانية لتفصل فيه من جديد على أساس ما قدم لها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع جديدة ، وما كان قد قدم من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى ، وكانت المحكمة المطعون في قضائها قد اعتبرت أن محكمة أول درجة مخطئة في تطبيق القانون لقضائها بتطليق الطاعنة من زوجها المطعون ضده لثبوت الضرر دون تعيين حكمين لمحاولة الإصلاح بين الزوجين وعقد جلسة سرية بينهما لمحاولة الصلح ، ثم قضت بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى ، وهو قضاء فاصل في الدعوى وحاسم له دون تعيين حكمين وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المواد (36) و (37) سالفتي الذكر بما يكون معه حكمها مخالفاً للقانون⁽¹⁾.

ثانياً : التطبيق للعيب .

السبب الثاني الذي ورد في صحيفة دعوى المدعية أن زوجها المدعى عليه يعاني من مرض نفسي ، وهو عيب من العيوب ، فما حقيقة العيب وما شروطه حتى يكون سبباً لقبول الدعوى والقضاء بالتطليق اعتماداً عليه في هذه القضية ؟

تعريف العيب :

يطلق العيب ويراد به لغة ((الوصمة))⁽²⁾، وهو صفة تستعمل في مقام الذم⁽³⁾ أما في اصطلاح الفقهاء فهو : كل ما يناقض مقاصد الزواج وغاياته ، ولا

(1) المحكمة العليا ، طعن شرعي 1993.11.18 مجلة المحكمة العليا ص 27 ،

ع 3،4 ، ص 12 و 13 .

(2) مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، القاهرة ، مادة عيب .

(3) أنظر: د. علام ، شوقي إبراهيم عبد الكريم ، التفريق القضائي بين الزوجين للغل أو =

تستقيم الحياة الزوجية ، سواء أكان قديماً جهل أمره ، أم طارئاً لا يكن علاجه وتعذر الصبر عليه⁽¹⁾.

وفي تقديرنا أن التقليل من دعاوى التطلق للعيوب يمكن أن يتحقق

بأمرين :

الأمر الأول: تفعيل دور الشهادة الصحية السابقة لعقد الزواج ، أو إعادة النظر في الملف الصحي وتطويره لكل ما يبرز هذه العيوب التي لا يرضاها الطرف الآخر .

الأمر الثاني: إعطاء مساحة زمنية واسعة وفترة أطول للعلاج الممكن قبل القضاء بالتطلق كما أن هناك عيوباً يمكن علاجها بغير الطلاق ، كما هو الحال في عقم الزوجة⁽²⁾.

= العيوب عند الفقهاء - دراسة مقارنة - الإسكندرية مكتبة الوفاء القانونية ، الطبعة الأولى ، 2010 ، ص 9 .

(1) أنظر قريباً من هذا المعنى :

- د. الحفناوي ، محمد إبراهيم ، الطلاق ، المنصورة ، مكتبة الإيمان ، الطبعة الثانية 2005 . ص 175 .

- د. لمزرع ، عمرو ، غمز العيوب في أحكام الزواج وتحلله ، فاس ، مطبعة أتفو برينت ، ص 169 .

- د. الصابوني ، عبدالرحمن ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، دمشق ، جامعة دمشق ، الطبعة السابعة ، 1995 - 1996 ، ج 2 ، ص 68 .

(2) أنظر: د. الهادي زبيدة ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص 147 و 148 .

ولم يعرّف المشرّع الليبي في القانون رقم 84/10 العيب⁽¹⁾، وإنما تحدث عن أحكامه في صحيح المادة (42) .

وقد اختلف الفقهاء في جواز التّطليق بسبب العيب ما بين مانع ومجيز ، كما أن القائلين بالجواز اختلفوا . فمنهم من توسع في العيوب ، ومنهم من ضيق فيها⁽²⁾ .

وقد اتفق الفقهاء على أن أحد الزوجين إذا كان يعلم سلفاً بعيب صاحبه قبل العقد ، ورضى به ، وسكت عنه ، فلا يحق له المطالبة بعدنّه بالتفريق .

كما إتفق الفقهاء أيضاً على أن أحد الزوجين إذا اشترط على الطرف الآخر سلامته من العيوب عامة ، أو عيباً على وجه التحديد جرت العادة السلامة منها ، ثم تبين خلاف ذلك فإنه في هذه الحالة يحق له المطالبة بالتفريق لاختلال شرط أشترط في العقد لم يتم الوفاء به⁽³⁾ .

(1) وقد اتفقت جميع التشريعات مع المشرّع الليبي في عم التعريف : أنظر : على سبيل المثال :

- قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة .
 - قانون الأحوال الشخصية لسنطنة عمان .
 - قانون الأحوال الشخصية الأرنبي .
 - مدونة الأسرة المغربية .
 - قانون الأحوال الشخصية الكويتي .
- (2) للتوسع في آراء الفقهاء وأبلسهم . أنظر: د. الهادي زبيدة ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص 150-162 .
- (3) أنظر: د. أمام ، عبدالسميع ، منها ج الطالب في المقارنة بين المذاهب ، بيروت ، دار المدار الإسلامي ، الطبعة الأولى ، 2001 ، ص 185 .
- محمود شنتوت ومحمد علي السامس ، مقارنة المذاهب في الفقه ، القاهرة ، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده . 1953 ، ص 99 .
 - د. الاشقر ، عمر سليمان ، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأرنبي ، عمان ، دار النفايس ، الطبعة الثانية ، 2001 ، ص 262 .

وقد أخذ المشرع الليبي برأي ابن القيم القاضي بالتوسع في العيوب والذي نص عليه صراحة بقوله : « وأما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها ، أو مساو لها فلا وجه له »⁽¹⁾ ، لأن سلامة الزوجية لحظة العقد إنما تؤخذ على إطلاقها ، وهي في حكم المشروط عرفاً⁽²⁾ ، وهذا رأي القاضي شريح والزهري وأبو ثور وابن تيمية .

ونص المشرع الليبي على ذلك :

« أ - لكل من الزوجين أن يطلب التفريق إذا وجد بالآخر عيباً لا يتم به مقصود الزواج وغاياته ، أو وجد به عيباً ، سواء كان قائماً قبل العقد ولم يعلم به طالب التفريق ، أو حدث بعد العقد ولم يرض به .

ب- فإذا تم الزواج وهو عالم به ، أو حدث بعد العقد ورضي به صراحة أو دلالة ، فلا يجوز له المطالبة بالتفريق »

ولكن يجب ملاحظة أن هذا التوجه من قبل المشرع الليبي والقاضي بعدم تحديد العيوب سينتج عنه تباين في أحكام القضاء⁽³⁾.

وفي تقديري فإن رأي ابن القيم القاضي بالتوسع في العيوب هو الذي يرجح خلافاً للفقهاء القائلين بحصر العيوب في أمور محددة لأنه أكثر تمشياً مع

(1) ابن قيم الجوزية ، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر ، زاد المعاد في هدى خير العباد ، بيروت ، دار أحياء التراث العربي ، ج 4 ، ص 38 .

(2) انظر : ابن القيم ، المرجع السابق ، ج 4 ، ص 38 .

(3) انظر : د. الهادي زبيدة ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص 159 - ملاحظة : أثرتنا أن نحدد موقف المشرع الليبي فقط والرأي الذي تبناه دون أن نتحدث عن آراء الفقهاء في المذاهب الفقهية المختلفة والأهلة التي اعتمدوا عليها لأن التطبيق ليس منصبا على هذه الجزئية . من أراد الإطلاع على هذه الآراء فليرجع إلى كتب المذاهب الفقهية كل حسب مذهبه .

الواقع ، إذ أن الزمن أتى بأمراض وعطل لم تكن مألوفة عند الفقهاء قديماً ، وبالتالي لو تشبثنا بما كان منصوصاً عليه قديماً فقط على رأي من يقول بالتحديد لما وجدنا معياراً للقضاء بها ، في حين أنها قد تكون أشد ضرراً ، أو أكثر فتكاً بالطرف الآخر ، مع أن الفقهاء لم يتحدثوا عنها قديماً⁽¹⁾، وقد استفاد المشرع الليبي في صياغته للمادة (42) من المشرع المصري في المواد (9) و (10) و (11) من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 25 لسنة 1929 والقانون رقم 100 لسنة 1985⁽²⁾.

(1) أنظر: د. الهادي زبيدة المرجع السابق ، ج 3 ، ص 160 .

(2) نص المشرع المصري في المادة (9) على أنه «للزوجة أن تطلب التفريق بينهما وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستمكناً لا يمكن البرء منه ، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل . ولا يمكن المقام معه إلا بضرر ، كالجنون والجدام والبرص ، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أو حدث بعد العقد ولم ترض به . فإن تزوجت عالمة بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها ، فلا يجوز التفريق»
«الفرقة بعد العقد طلاق بائن» م (10) يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يظن فسخ الزواج بسببها» م (11) ويلاحظ أن التشريعات العربية لم تتفق على منهج واحد ، فمنها من جعلت هذا الحق مختصاً بالمرأة ، وشايحت في ذلك المشرع المصري . أنظر على سبيل المثال : م (105 - 108) من قانون الأحوال الشخصية السوري - م (113) من قانون الأحوال الشخصية الأردني م (2/53) من قانون الأسرة الجزائري ، ومنها من سكتت عن بيان هذا النوع من أنواع التطلاق - أنظر : قانون الأحوال الشخصية اليمني - مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية . ومن التشريعات من وافقت المشرع الليبي فيما ذهب إليه أنظر على سبيل المثال : م (98) من قانون الأحوال الشخصية لسنطنة عمان - م (107-111) من مدونة الأسرة المغربية .

وإن اختلف عنه في بعض المواضع⁽¹⁾.

والذي يلاحظ على موقف المشرع الليبي في هذه الصياغة :

1. التوسع في العيوب المجيزة لطلب التفريق أخذ برأي الفقهاء القائلين بذلك ، دون الاقتصار على عيوب بعينها ، وهذا أمر محمود من قبل المشرع⁽²⁾.
 2. إن الحق في التطليق عملاً بنص المادة (42) يعد أمراً مكفولاً لكل من الزوجين .
 3. اقتصر المشرع في توصيفه للعيوب بأنه الذي « لا يتم به مقصود الزواج وغاياته ». وهذا القول في تقديرنا يتصف بالعمومية ، وينأى به عن التصور القريب للعيوب ، إذ أنه يتحدث عن العيب الذي لا يحقق مقصود الزواج ، علماً بأن القانون لم يبين مقاصد الزواج حتى عندما عرف الزواج في المادة (2) من القانون رقم 84/10 قائلاً : « الزواج ميثاق شرعي يقوم على أسس من المودة والرحمة والسكينة تحل به العلاقة بين رجل وامرأة ليس أحدهما محرماً على الآخر ».
- وهذا خلافاً لقانون الأحوال الشخصية الأردني مثلاً الذي عرف الزواج في مادته الثانية بقوله : « هو عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما ».

(1) أنظر وجه الاختلاف ، د . الهادي زبيدة ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص 160-161 .

(2) أنظر في صحة رأينا : محكمة الزاوية الابتدائية ، دائرة الاستئناف الشرعي 2007.04.17 الاستئناف رقم 2007/5 (غ . م) .

- وفي تقديرنا أن المشرع حينما ابتعد عن تحديد هذا العيب سيؤدي حتماً إلى اختلاف محاكم الموضوع فيما يعد عيباً وما لا يعد ، وإعطائها سلطة تقديرية أوسع .
4. كما يلاحظ أيضاً على صياغة المشرع الليبي أنه لم يذكر أن العيب الذي يقضي بالتفريق لأجله يجب أن يكون سبباً للضرر على خلاف النص الوارد في القانون المصري .
5. يبدو من صياغة المشرع للمادة (42 / أ) أنه تناول نوعين من العيوب :
- العيب الأول :** هو الذي تحدث عنه صدر الفقرة (أ) بأنه الذي " لا يتم به مقصود الزواج وغاياته " وعليه فبمجرد وجود هذا العيب عند الزوج يحكم القاضي بالتفريق دون أن يبحث عن تاريخ العيب ، وعن العلم والرضا به من عدمه .
- العيب الثاني :** وهو ما ورد في عجز الفقرة (أ) " أو وجد به عيباً سواء كان قائماً قبل العقد ولم يعلم به طالب التفريق ، أو حدث بعد العقد ولم يرض به " .
- وهذا لا يمكن أن يكون قصد المشرع وما يهدف إليه ، وإنما مرجع ذلك إلى خلل في صياغة النص .
6. لقد أعطى الفقهاء للمرأة حق طلب التظليق عن طريق القضاء لأنها لا تملك حق الطلاق ، وجاء النص من قبل المشرع الليبي وأعطى هذا الحق للرجل أيضاً .
7. ومما يلاحظ على صياغة المشرع لهذه المادة أن المشرع استعمل صيغة المفرد في قوله : " لا يتم به مقصود الزواج " مع أن مقاصد الزواج متعددة ، وليس له مقصد واحد ، فالمودة والرحمة والسكينة والعفة وإكثار

النسل كلها من مقاصد الزواج الشرعية المعترف بها ، وهذا ما أفصحت عنه المحكمة قائلة : « إن المقصود من النكاح ليس هو خصوص التوالد ، بل ما يشمل ويشمل غيره ، من المساكنة والمودة والموانسة ، فكل ما من شأنه الإخلال بهذه المقاصد فهو مفوت للإمساك بإحسان ، ومسبب لطلب التطلاق دفعا للضرر ، فإن كل عيب لا يتحقق معه مقاصد الزواج على الوجه الأكمل ، وقياساً إن كل عيب نفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار ، وهو أقرب لمقاصد الشريعة ، وأشمل للمصلحة والحكمة والعدل ويتفق مع مقتضى عقد الزواج⁽¹⁾» ، على أن هذه المقاصد قد ينظر إليها بمعيار شخصي ، وقد تكون عامة فينظر إليها بمعيار موضوعي .

8. كما أن صياغة هذه المادة جاءت خالية من الآثار المترتبة على القضاء بالتطلاق للعيب ، وعليه فستكون الآثار خاضعة للقاعدة العامة في التطلاق للضرر الوارد في صحيح المادة (39) المعدلة بموجب القانون رقم 1991/22.

9. يضاف إلى ما سبق أن رفع الدعوى مسألة جوازية ترفع من قبل أحد الزوجين ، ونقترح على المشرع أن يضيف نصاً خاصاً يعالج إصابة أحد الزوجين بمرض يؤدي إلى الموت المحقق ، وينتقل إلى الطرف الآخر ، وتكون له نفس النتيجة ، فإنه في هذه الحالة يمكن أن ترفع دعوى حسة وذلك للمحافظة على إحدى المصالح الكبرى ألا وهي الحياة .

وإذا كان المشرع الليبي نأى بنفسه عن تحديد حقيقة العيب الذي يبيح

(1) محكمة باب بن غشير الجزئية - أبو سليم - دائرة الأحوال الشخصية الثالثة 2007.12.27

الدعوى رقم 2007/763 (غ . م) .

التطليق ، فإن القضاء تدخل ووضع تعريفاً له بقوله : « العيب هو نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين يمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية »⁽¹⁾، يستوي في ذلك أن نكون « العيب عضوياً أو تناسلياً أو عقلياً ، وسواء كان ذلك العيب معدياً أو منفراً ، شريطة ألا يتم معه مقصود الزواج وغاياته من التراحم والإعفاف والتوالد والتناسل »⁽²⁾، وفي تقديرنا إن الفصل في هذا الأمر ينطوي على مسألة فنية متخصصة وأعني بذلك الجانب الطبي ، إذ يمكن بما أوتى من دراية أن يحدد إما على سبيل الحصر ما يعد عيباً وما لا يعد ، أو على أقل تقدير في تحديد الغالب من هذه العيوب ، وما يعد معدياً أو منفراً منها ، وما لا يعد ، وما يمكن أن يكون قابلاً للعلاج ، وما يتعذر أو يستحيل .

ولئن فات على المشرع ذلك فإن القضاء وما أوتى من سلطة تقديرية ، واجتهاد موفق منه فإنه بنى حكمه على الرأي الطبي بقوله : « من المقرر أن وجود العيب المستحكم بالزوجة الذي لا يرجى زواله . أو لا يمكن البرء منه إلا بعد زمن طويل ، ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية بما يتضرر منه الزوج ، يدخل في سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من المحكمة العليا ، متى كان قضاؤها يقوم على أسباب سائغة ، وإن كان ذلك وكان تقرير الطبيب الشرعي قد خلا مما يفيد أن هذا المرض يمكن انتقاله إلى الذرية ، أو تتأتى معه المعيشة بضرر بالغ ، ... هذا فضلاً عن أن التعجيل برفع دعوى عقب المرض مباشرة

(1) محكمة العجيلات الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2008.06.03 ادعوى رقم 2007/25

(غ . م .) .

(2) محكمة الزاوية الابتدائية ، الدائرة الشرعية المستأنفة 2007.04.17 الاستئناف رقم

2007/5 (غ . م .) . وأنظر: نفس المعنى لنفس المحكمة : محكمة الزاوية الجزئية ، دائرة

الأحوال الشخصية 2007.05.08 ادعوى رقم 2006/392 (غ . م .) .

يتنافى مع ما يجب أن يتحلى به الزوج الصالح من وفاء وإخلاص للزوجة ، لأن المرض أمر عارض ، وكيفما كان فهو قابل للزوال ، والحقوق الدائمة لا تسقط بالأمور العارضة ((⁽¹⁾).

شروط التطليق بالعيب

1. ((ألا يكون طالب التفريق عالماً بالعيب قبل العقد ، فإن كان عالماً به ثم أقدم على العقد ، فلا يكون له حق في طلب التفريق))⁽²⁾، وتطبيقاً لذلك قالت المحكمة : إن المدعية ((أثبتت لعدالة المحكمة ودفاعها أن المدعى عليه كان على علم تام بحالتها الصحية منذ الخطوبة وقبل الزواج ، وبعد الزواج ، وأنها أعلمت المدعى عليه بما تعانيه من أمراض ، وأنه هو لديه نفس الأمراض فيما يتعلق بالإنجاب ، وما أرفق من تقارير طبية

(1) محكمة العجيلات الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2008.06.03 الدعوى رقم 2007/25

(غ . م .) . أنظر: قريباً من هذا المعنى :

- محكمة مسلاته الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2008.08.06 الدعوى رقم 2000/13 (غ . م .) .

- محكمة صرمان الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2007.02.18 الدعوى رقم 2005/97 (غ . م .) .

(2) محكمة الجفرة الابتدائية ، دائرة الأحوال الشخصية المستأنفة 2009.07.26 الاستئناف رقم 2009/11 (غ . م .) .

أنظر نفس الشرط :

- محكمة الخمس الابتدائية ، دائرة الأحوال الشخصية المستأنفة 2008.08.13 الاستئناف رقم 2008/42 (غ . م .) .

- محكمة الزاوية الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2009.01.13 الدعوى رقم 2007/598 (غ . م .) .

ومستندات تؤكد ذلك ، وأنه رضي بما فيها من أمراض أثناء فترة الخطوبة ، وذلك من خلال شهادة الشاهد ... حيث ذكر بأن المدعى عليه قبل زواجه بالمدعية حضر إليه ، وأحضر له تقارير طبية للمدعية ، وأبلغه بأنها تعاني من مرض بالمبايض، ولديه احتمال بأنها لا تتمكن من الإنجاب ، ومع ذلك يرغب في الزواج بها، وما ذكره المدعى عليه في الجلسة بأن المدعية أبلغته وأخبرته أثناء فترة الخطوبة بأنها تعاني من مشكلة صحية تتعلق بنقص في الهرمونات مما يؤكد لعدالة المحكمة بأن المدعى عليه على علم مسبق بحالة المدعية قبل الزواج ، ولم يبرز أي سبب يبرر طلاقه لها ((1)).

2. ((ألا يرضى بالعيب بعد العقد عند العلم به ، فإذا جهل به حال العقد ، ثم علم به بعده ، ورضى به ، سقط حقه في طلب التفريق))(2).
وتقضي المحكمة في شأن ذلك قائله : وحيث إنه قد حصلت العلة بعد العقد ، وعلم بها عند الدخول ، ورضى بها صراحة أو دلالة ، فإنه يسقط حقه في طلب التطبيق لتلك العلة التي علم بها ((3)).

- (1) محكمة هون الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2008.10.21 الدعوى رقم 2008/10 (غ . م) . وأنظر نفس الرأي : محكمة جنزور الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2007.05.08 الدعوى رقم 2006/171 (غ . م) .
- (2) محكمة الجفرة الابتدائية ، دائرة الأحوال الشخصية المستأنفة 2009.07.26 الاستئناف رقم 2009/11 (غ . م) .
- (3) محكمة هون الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2008.10.31 الدعوى رقم 2008/10 (غ . م) .

3. ألا يكون العيب مما ((لا يمكن البرء منه أصلاً ، أو يمكن البرء منه بعد أمد طويل ، ولا يمكن للزوج المقام معه إلا بضرر شديد))⁽¹⁾، وهذا ما أكدته المحكمة بأن ((العيب الذي يدعيه المدعى ليس عيباً يبيح له طلب التفريق ، خاصة وأن الطبيب الشرعي أثبت إمكانية علاجه))⁽²⁾.

4. أن يثبت العيب الذي يدعيه ، لأن ((الأصل في الإنسان الصحة وسلامة البدن ، وعلى من يدعي خلاف الأصل إثبات ما يدعيه عملاً بالمبدأ العام في الشريعة الإسلامية (البينة على من ادعى) ، ولما كان المدعى لم يقدم أي شيء يفيد صحة إدعائه بصحيفة الدعوى الأمر الذي تنتهي معه المحكمة إلى رفضه))⁽³⁾.

ولا ترفض هذه الدعوى مثلاً إذا ((ثبت بالتقرير أنه ليس له القدرة على الاتصال الجنسي ، بعد الكشف عليه))⁽⁴⁾.

وتقضي المحكمة تطبيقاً لهذا الشرط أنه تبين ((أن المدعى قد أسس دعواه المائلة على الضرر الذي لحقه من زوجته بسبب ما يدعيه من أنها تعاني من مرض نفسي ، حيث إن المحكمة ومن خلال أوراق الدعوى ، ومن خلال ما

(1) محكمة العجيلات الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2008.06.03 الدعوى رقم 2007/25 (غ . م).

(2) محكمة تاجوراء الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية الثانية 2010.04.28 الدعوى رقم 2010/105 (غ . م). وأنظر نفس الرأي : محكمة الزاوية الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2007.05.08 الدعوى رقم 2006/392 (غ . م).

(3) محكمة باب بن غشير الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية أبو سليم 2010.06.17 الدعوى رقم 2010/95 (غ . م).

(4) محكمة المدينة الجزئية ، غوط الشعال ، دائرة الأحوال الشخصية الأولى 2007.09.23 الدعوى رقم 2006/271 (غ . م).

جرى في الجلسات ، وخاصة السرية منها ، تبين لها خلو المدعى عليها من أي أعراض لأي مرض نفسي ، وقد ثبت ذلك بالجزم واليقين من خلال تقرير مصحة الرازي للأمراض النفسية ، ومن خلال عرض المدعى عليها على هذه المصحة ... يثبت عدم صحة هذا الادعاء ((1).

5. إذا كان العيب من العيوب الجنسية وجب العرض على الطبيب المختص ، وهذا ما أفصحت عنه المحكمة بجلاء ((إن هذا العيب لا يثبت إلا بعد عرضه على طبيب مختص ، وبما أن المحكمة أحالت المدعى عليه على الطبيب الشرعي ، والذي جاء في تقريره أنه من الناحية الطبية الشرعية لم يثبت ، ومن الناحية العضوية والهرمونات ما يحول دون قدرته على الممارسة الجنسية الطبيعية ، وخلص إلى عرضه على مركز أبحاث الذكورة والتناسل لفحصه تخصيصاً ، حيث إن هناك عوامل نفسية تؤثر على العلاقة الجنسية بين الزوجين ، وحيث إن المحكمة أعادت عرض المدعى عليه على أخصائي أمراض تناسلية ، وعلى أن يكون عرضه على اللجنة الطبية المختصة ، وحيث إن المدعى عليه لم يتقيد بتقرير المحكمة ، وأعاد عرض نفسه على أخصائي مسالك بولية ... لذلك المحكمة لم تتقيد بالتقرير ((2).

6. أن يكون هناك عيب ، وقد اتفقت المحاكم على بعض الأمور فعدتها

- (1) محكمة قصر الأخيار الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2007.04.25 الدعوى رقم 2006/18 (غ . م) . وأنظر نفس الرأي : محكمة الخمس الابتدائية ، دائرة الأحوال الشخصية المستأنفة 2008.08.13 الاستئناف رقم 2008/42 (غ . م) .
- (2) محكمة الزاوية الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2009.01.13 الدعوى رقم 2007/998 (غ . م) .

عيباً ، بينما هناك أمور اختلف بشأنها ، ومرجع ذلك إلى عمومية النص . في حين أن البعض الآخر استبعدها القضاء أن تكون عيوباً .

أ . الأمور المتفق بشأنها والتي اعتبرها القضاء من العيوب منها :

- العجز الجنسي : وفي هذا قضت المحكمة ((وحيث إن الضرر واقع على المدعية من أول يوم الزفاف ، والدخول بها سببه المدعى عليه زوجها ، وما يعانیه من مرض متمثلاً في عدم قدرته على معاشرته زوجته جنسياً ، وحسبما هو ثابت بالتقرير الطبي ، واستناداً إلى القاعدة الفقهية (لا ضرر ولا ضرار) ، ومن ثم حق المدعية في طلب الطلاق بوجود عيب في المدعى عليه ، وبالتالي حصول ضرر لها نتيجة هذا العيب من عدم التمتع بحياتها وإنجاب الأطفال ، الأمر الذي جعل المحكمة تجيبها لطلبها بشأن تطليقها من زوجها المدعى عليه ، واعتباره طلاقاً بائناً⁽¹⁾ .

- مرض فقدان المناعة المكتسبة : وفي هذا قضت المحكمة ((ولما كان ما طلبته المدعية في أول طلباتها ، هو تطليقها من المدعى عليه للضرر مؤسسة طلبها على دعواها مرض زوجها بمرض نقص المناعة المكتسبة (الإيدز) حيث أخبرها عن ذلك بنفسه عقب زواجها ، ولم تكن تعلم بمرضه هذا قبل الزواج ، بل إنها قد تفاجأت ، وأصيبت بالصدمة حينما أخبرها بمرضه ، وقد تمكنت المدعية من إثبات دعواها بالتقارير الطبية والبلاغات المرفقة من قبل محاميها ، والتي لم ينكرها المدعى عليه

(1) محكمة صرمان الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2007.02.18 الدعوى رقم 2005/97 (غ . م) . وأنظر نفس الرأي : محكمة قصر الأخيار الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2007.04.04 الدعوى رقم 2006/29 (غ . م) .

نفسه ، وتأيدت بشهادة شاهدي الإثبات المذكورين والذين لم ينكرهما كذلك المدعى عليه ، وهو العاجز عن نفي الدعوى ، وكانت هذه المحكمة قد أحالت الدعوى على التحقيق دون أن ترى جدوى من إحالة الدعوى على الحكمين لثبوت أن المرض الذي يعانيه الزوج ولم ترض به الزوجة المدعية من الأمراض المعروفة التي يصعب ولا يرجى الشفاء منها على المدى القريب على الأقل ، ومن ثم فهو يشكل عيباً لا يتم به مقصود الزواج وغاياته ، وبالتالي أحقية المدعية في طلبها ، وتعين على المحكمة أن تجيبها إلى ذلك تأسيساً على المادة (42) من القانون رقم 10 لسنة 84⁽¹⁾.

العنف : وفي هذا حكمت المحكمة⁽²⁾ فإن قيل ما أصاب المدعى عليه من مرض العنف ، وعدم قدرته على الإخصاب والإنجاب ليس بفعله ، وهو غير مسئول عن ذلك ، يرد عليه إذا كان الحال عكس ما كان بحيث إن المرأة هي التي لا تستطيع الإنجاب ، فإن للزوج أن يرتبط بامرأة أخرى دون أن يفترق عن الأولى ولكن ما عساها تفعل المرأة في هذه الحالة إلا طلب التفريق للضرر ، خاصة وأن المدعى عليه مصر على

(1) محكمة نالوت الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2005.08.15 الدعوى رقم 2005/7 (غ . م) .
وأنظر نفس الرأي :

- محكمة الزاوية الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2004.08.03 الدعوى رقم 2004/74 (غ . م) .
- محكمة جنزور الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2003.12.16 الدعوى رقم 2003/106 .
- محكمة باب بن غشير ، دائرة الأحوال الشخصية 2004.05.18 الدعوى رقم 2003/836 (غ . م) .

استمرار هذه العلاقة .. لذلك ... يتعين القضاء بتطبيق المدعية⁽¹⁾.

ب. ومن العيوب من اختلف القضاء بشأنها ، حيث اعتبرتها بعض المحاكم عيوباً ، ورفضتها المحاكم الأخرى ، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر :

التهاب الكبد الوبائي : حيث رفضت بعض المحاكم أن يكون عيباً ، وهذا ما بينته بوضوح قاتلة : « إن إصابة المستأنف بمرض التهاب الكبد لا يعد من قبيل الإضرار المتعمد بالمستأنف ضدها ، والذي يخولها رفع دعوى التظليق للضرر ، كما أنه لا يمكن اعتباره حتى من قبيل العيب الذي لا يتم به مقصود الزواج وغاياته مما يخولها رفع الدعوى بطلب التفريق وفق المادة (42/أ) من القانون رقم 10 لسنة 1984 وذلك لقابلية المرض للعلاج ، وعدم تعارضه مع الحياة والمعاشرة الزوجية ، وأنه لا يشكل خطراً على الغير وفق ما أكدته نو الاختصاص في التقرير الصادر عن مركز طرابلس الطبي المنوه عنه ، وفضلاً عن ذلك فإن المدعية سبق لها ان علمت بحقيقة مرض المستأنف ورضيت باستمرار حياتها الزوجية وسعت لعلاجه ومن ثم فإن المدعية قد أخفقت في إثبات ما تدعيه⁽²⁾.

لا شك أن لهذا المرض أنواع ، وتختلف خطورة كل مرض عن

(1) محكمة سوق الجمعة الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية الثابتة 2007.12.12 الدعوى رقم

2007/126 (غ . م). وأنظر نفس الرأي : محكمة الزاوية الجزئية ، دائرة الأحوال

الشخصية 2009.01.13 الدعوى رقم 2007/598 (غ . م).

(2) محكمة الخمس الابتدائية ، دائرة الأحوال الشخصية المستأنفة 2008.08.13 الاستئناف

رقم 42 / 2008 (غ . م).

وأنظر نفس الرأي : محكمة العجيلات الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2008.06.03

الدعوى رقم 2007/25 (غ . م).

الأخر والمحكمة لم تتعرض لذلك ، وهذا المرض اعتمد عليه كسبب يبيح طلب التطلاق للعييب أمام محكمة أخرى ، فقضت (1) إن المحكمة ثبت لها العيب المصاب به الزوج وفق التقارير الطبية المرفقة والتي تؤكد إصابته بفيروس الكبد الوبائي ، وهو من الأمراض السارية والمعدية ، وثبت أن المدعية علمت به مؤخراً بدليل التقارير الطبية المتتالية عقب الزواج ، ويتوارخ متقاربة حيث تفاجأت بوجود المرض ، فضلاً عن مرضه العقلي الذي أخفاه عنها ، وأنها لو علمت به لما وافقت معه على الزواج ، وحيث إن هذين المرضين لا يتحقق معهما مقاصد الزواج شرعاً وقانوناً من المساكنة والمودة والمؤانسة ، وكل ما من شأنه الإخلال بهذه المقاصد فهو مفوت للإسك بإحسان ، ومبيح لطلب الفسخ دفعاً للضرر ، وقد أحالت المحكمة الدعوى للحكمين بناء على طلب دفاع المدعية ، وعند الجلسة السرية أصرت المدعية على طلب التطلاق ، وثبت للمحكمة إصابة المدعى عليه بالمرض ، حيث طلب عرض نفسه على لجنة طبية ، وتأكد أن مرضه (معدي) ، وحيث إن مرض الكبد الوبائي من الأمراض المعدية ، والتي تخل بمقاصد الزواج ، يتعين وحتى ثبت ذلك أن تقضي المحكمة بالتطلاق(1).

ويلاحظ على هذا الحكم شأنه شأن الحكم السابق لم يتحدث عن أي نوع من أنواع هذا المرض .

- **العقـم** : لم تتفق محاكمنا الموقرة حول اعتبار عدم الإنجاب عيباً من عدمه ، لما بين مانع لطلب التطلاق بسببه ومجيز له .

(1) محكمة جنزور الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2007.05.08 الدعوى رقم 2006/171 (غ . م) .

فبعض المحاكم تعتبره عيباً يبيح طلب التطلاق ، وهذا ما أوضحتها بجلاء قائلة : «لما كان الزواج علاقة بين الرجل والمرأة تقوم على الرضا الكامل ، وتستهدف تحقيق ما شرعت له هذه العلاقة من السكن والألفة بين الزوجين ، وتكوين الأسرة ، وحيث إن الشريعة أعطت للمرأة الحق في طلب التطلاق بواسطة القضاء إذا وجدت الأسباب والمسوغات لذلك ، وحيث إن الزوجة لا ترغب في استمرار الزوجية ، وأن المدعى عليه زوجها يصر على رجوعها ، فتري المحكمة ... أن المدعية عاشت مدة كافية مع المدعى عليه ، ولم يتم الإنجاب ، وبالتالي فإن من حقها طلب التطلاق استناداً للتقارير الطبية المشار إليها ، وكذلك وفقاً لنص المادة (42) من القانون رقم 10 لسنة 84 بشأن الزواج والطلاق وآثارهما ، خصوصاً وأن إحدى غايات الزواج الإنجاب والتناسل ، وبالتالي لا يمكن حرمان المدعية من وظيفتها الطبيعية ، وهي الأمومة والإنجاب إذا أراد الله ذلك ، لذلك فإنه يتعين إجابة المدعية لطلبها التطلاق»⁽¹⁾.

بل إن بعض المحاكم ذهبت إلى نقض الحكم الذي لم يقض بالتطلاق لعيب العقم صراحة بقولها : «إن الغاية من الزواج هو إنشاء

(1) محكمة ترهونة الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2000.01.03 الدعوى رقم 1998/47 (غ . م) .

وأنظر نفس ما قضت به هذه المحكمة :

- محكمة باب بن غشير الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية الثالثة - أبو سليم -

2009.05.14 الدعوى رقم 2008/287 (غ . م) .

- محكمة تاجوراء الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2009.02.16 الدعوى رقم

2008/97 (غ . م) .

رابطة الزوجية المشتركة والتناسل ، فالغاية إذا مزدوجة ، والنسل من أسمى غايات الزواج وهي القرة المرجوة من كل زواج شرعي خاصة لمن لم يسبق وأن رزق بولد ، وأن الزوجين يصابا بالقلق والاضطراب إذا تأخر حمل الزوجة ، وتراهم يترددون على الأطباء لمجرد مضي أشهر على الزواج إذا تيقنا حصول الحمل ، وقد نص القرآن الكريم والأحاديث النبوية على حب الولد والنسل وتعلق الإنسان بولده ، وعدم الإنجاب على هذا الأساس لا يقل درجة في إلحاق الضرر بالزوجة عن العيوب التي مثل بها الفقهاء ، حيث إن عدم الإنجاب يعرضها لليأس والقلق والخوف من المستقبل ، وهو يؤدي إلى عدم استقرار الحياة الزوجية ، ومن هنا فإن هذا الضرر يجب أن يزال متى طلبت الزوجة ذلك وفقاً للقاعدة الفقهية في هذا الشأن (لا ضرر ولا ضرار) (والضرر يزال) وحيث إن ما نصت عليه المادة (42/ أ) من القانون رقم 10 / 84 والتي سبق ذكرها تفيد بما لا يدع مجالاً للشك وفي نص صريح لا يكتفه غموض بأن المشرع يميل إلى رأي الفقهاء الذين وسعوا في دائرة العيوب ، ولعله من نافلة القول أن نذكر هنا بأن أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب - رضي الله عنه - قال لمن تزوج بامرأة وهو لا يولد أخبرها إنك عقيم ، وخيرها .

وحيث إن ذلك فإن الحكم المستأنف يكون أخطأ في فهم القانون وتأويله ، ويتعين تبعاً لذلك إجابة المستأنفة إلى طلبها والقضاء بتعديل الحكم المستأنف فيما قضى به ، وبتطبيق المستأنفة ، من المستأنف ضده طلاقة بائنة (1).

(1) محكمة جنوب طرابلس الابتدائية ، دائرة الأحوال الشخصية المستأنفة 1998.10.28
الإستئناف رقم 1998/106 (غ . م) .

بينما ذهبت بعض المحاكم إلى عدم اعتباره عيبا يبيح طلب التطليق ، حيث قضت بقولها : إن ((المدعي قد طلب طلاق زوجته المدعى عليها ، وذلك لأنه أصبحت غير قادرة على الإنجاب بسبب العملية القيصرية التي أجريت لها وتسبب عنها استئصال رحمها ، ولما كانت المدعى عليها رفضت الطلاق ، ولم تمنع المدعي في زواجه بزوجة أخرى ، وأقرت ذلك أمام هيئة المحكمة ، وفي الجلسة السرية ، ولما كان المدعي قد أصرَّ على رغبته في الطلاق رغم محاولة الإصلاح من قبل المحكمة ، ولما كان تقرير الحكمين قد أكد أيضاً على الطلاق ، وعملاً بأحكام المادة (39) من القانون رقم 84/10 بشأن الزواج والطلاق وآثارهما ، فإن المحكمة ترى بأن السبب الذي استند إليه المدعي في طلاقه للمدعى عليها لا دخل لها فيه وخارج عن إرادتها))⁽¹⁾.

وتقضي محكمة أخرى بنفس الرأي ((الإنجاب يتعلق بأمر الله - سبحانه وتعالى - لا دخل لإرادة الإنسان فيه ، قال الله تعالى : ((يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ أَوْ يَزُوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ)) صدق الله العظيم .

وإثباتاً لذلك فإن دعوى المدعي على هذا الأساس قد أضحيت في غير محلها ... الأمر الذي يتعين معه الحكم بما ورد في المنطوق برفض الدعوى))⁽²⁾.

- (1) محكمة الحراية الجزائرية ، دائرة الأحوال الشخصية 1998.06.08 الدعوى رقم 1998/8 (غ . م) .
- (2) محكمة الزاوية الابتدائية ، دائرة الأحوال الشخصية 1994.04.11 الدعوى رقم 1993/1005 (غ . م) . وأنظر نفس الرأي : محكمة باب بن غشير الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 1998.06.16 الدعوى رقم 1997/872 (غ . م) .

وقضى كذلك ان ((مجرد عدم الإنجاب لا يعتبر عيباً من العيوب التي قصدها المشرع في نص المادة الثانية والأربعين من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما وتعديلاته))⁽¹⁾.

ويلاحظ على الاتجاهين فيما ذهب إليه القضاء أنهما لم يفرقا بين عقم إرادي أو غير إرادي ، وليس من العدالة أن يؤخذ الحكم على إطلاقه⁽²⁾.

ج. وهناك أمور استبعدها القضاء أن تكون عيوباً ، وإن دفع بها . نذكر منها علي سبيل التمثيل ، لا الحصر .

- **عدم كثافة الشعر في رأس المرأة** لم تعده المحكمة عيباً ، وهذا ما أفضحت عنه المحكمة بجلاء قائلة : ((بناء على طلب طرفي الاستئناف في إحالة المستأنف ضدها إلى الطبيب الشرعي ، أو الكشف عليها من قبل المحكمة ، رأت أن تتدب عضو اليمين للكشف على رأس المستأنف ضدها بغرفة المشورة على انفراد ، والإطلاع على شعرها لبيان ما إذا كان يوجد به صلح ، أم لا ، مراعية في ذلك ما قد يثيره عرضها على الطبيب الشرعي من شكوك وأقاويل قد تلحق بالمستأنف ضدها ، خاصة وأنها لم تبق مع المستأنف سوى ليلة واحدة ، حيث تبين للمحكمة من خلال الكشف الذي أجرته عضو اليمين أن شعر المستأنف ضدها طبيعي ، ولا يوجد به صلح عدا أن شعرها من النوع غير الكثيف ... الأمر الذي يجعل دعوى المدعي (لمستأنف) وجود عيب بالمدعى عليها (المستأنف ضدها) غير قائمة على سند من الواقع والشرع والقانون

(1) محكمة الزاوية الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2007.03.20 الدعوى رقم 2006/142 (غ . م) .

(2) أنظر: د. الهادي زبيدة ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص 174 .

ومتعينة الرفض⁽¹⁾ ، لأن « نقص شعر الرأس بالمرأة لا يعتبر عيباً يؤدي إلى طلب التفريق⁽²⁾ .

- **ضعف النظر** ، لم يعده القضاء عيباً ، وهذا ما أفصحت عنه المحكمة إن « مجرد ضعف النظر لا يعتبر عيباً من العيوب التي قصدها المشرع في نص المادة الثانية والأربعين من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما وتعديلاته ، لأن العيب الذي يبيح التفريق بين الزوجين مقصور على العيب الذي لا يقوم به مقصود الزواج وغاياته ، وهو التناسل والسكينة والإعفاف عن الحرام ، وطالما أن ما يدعيه المدعي من ضعف البصر هو أمر مؤقت يزول بوجود العلاج ، والاستعداد لتلقيه ، وذلك ثابت بصورة التقرير المقدم الذي أكد أن العلاج يتمثل في استعمال النظارات ، أو إجراء عملية الليزر ، كما أن ضعف البصر لا يحول وقيام مقاصد الزواج دون أن يكون هناك خوف من انتقاله إلى الخلف⁽³⁾ .

إذا كانت هذه حقيقة العيب وشروطه وصوره ، فهل طبق القاضي ذلك في هذه القضية ؟ رغم أن الإدعاء به في صحيفة الدعوى هو قرين للضرر .

تمنيت أن تبحث المحكمة في مسألة العيب الذي ادعت به المرأة في صحيفة دعواها هو ذلك العيب الذي رضيت به بناءً على ما دفع به وكيل

(1) محكمة الزاوية الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية المستأنفة 2007.04.17 الاستئناف رقم 2007/7/5 (غ . م) .

(2) محكمة الزاوية الابتدائية ، دائرة الأحوال الشخصية المستأنفة 2007.04.17 الاستئناف رقم 2007/5 .

(3) محكمة صرمان الجزئية ، دائرة الأحوال الشخصية 2006.11.12 الدعوى رقم (غ . م) .

المدعى عليه وبالتالي يعتبر من قبيل العيب القديم ويكون مشمولاً أيضاً بأحكام المادتين (10) و (42) ، وهل تم وفق ما نص عليه في المادة العاشرة « أ - لا يعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا من وليه ، وبعد صدور إذن من المحكمة ، ولا تأذن المحكمة بالزواج إلا بعد توفر الشروط التالية :

1. قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد إطلاعه على حاله .

2. كون مرضه لا ينتقل إلى نسله .

3. كون زواجه فيه مصلحة له .

ويتم التثبت من الشرطين الأخيرين بتقرير لجنة من ذوي الاختصاص « أم أن هذا العيب لم ترض به أصلاً ولم تتصد المحكمة لقضية إثبات ما ادعاه وكيل المدعى عليه في قضية رضاها به بعد علمها بذلك .

كما أن المحكمة لم تناقش موضوع درجة هذا العيب حتى لو ثبت لدى المحكمة أنها عالمة وراضية به ، هل هو ذلك القدر الذي رضيت به ، أم أنه زاد على ذلك وتفاقم لدرجة يصعب العيش معه ، وفي تقديري إن ذلك يمكن الوصول إليه عن طريق تقرير طبي من ذوي الاختصاص ، وهل يمكن الشفاء منه أم لا ، أو يمكن ولكن بمشقة لا تستطيع المرأة تحملها . يضاف إلى ما سبق أنه لم يتم التعرض لأصل الرضا ، هل تم وفق الشروط المنصوص عليها أم لا ؟. وإذا حدث الرضا وفق ما نص عليه المشرع فهل ترفض الدعوى ، أم أن للمحكمة رأي آخر ؟، وإذا تم هذا الرضا خلافاً لمن أورده المشرع فهل يعتد به أم لا ؟. لم يرد ضمن ما أورده المحكمة ما يدل على تصديها لذلك .

واستناداً إلى ما تم بيانه في الضرر والعيب فإن ما ادعت به المرأة غير مثبت ، وبالتالي هل يتم رفض الدعوى ، أم يمكن البحث عن سبب آخر يمكن

بواسطته إنهاء الحياة الزوجية وإن لم يرد ضمن صحيفة الدعوى؟، قبل الإجابة عن ذلك نود الإشارة إلى أمرين :

الأمر الأول: إن منهج المشرع الليبي التضييق من حالات الطلاق بدليل أن القاعدة العامة في الطلاق " كل طلاق يقع رجعياً إلا الطلاق المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على بدل ، وطلاق القاضي في غير الإبلاء والهجر ، والظهار ، والإعسار بالنفقة ، والغيبة ، وما نص في هذا القانون على أنه بائن " م (30) وكذلك " ب- لا يقع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه. ج- لا يقع الطلاق في الحنث بيمين الطلاق أو الحرام. د- لا يقع الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة أو كتابة إلا طلقة واحدة رجعية ما لم تكن مكملة للثلاث " م (33) .

الأمر الثاني: أنه أفرد نصاً خاصاً للتطليق للضرر م (39/ م أ) ولسوء العشرة م (39/ ب) المعدلة بموجب القانون رقم 22 لسنة 1991 التطليق للغيب م (42) وغيرها من الأسباب حتى يتسنى له مراعاة خصوصية كل حالة على حدة من جهة ، وحتى تستطيع المحكمة العليا مراقبة محاكم الموضوع ، وهو ما يسهم في تحقيق العدالة .

ووفقاً لهذين الأمرين حسب رؤيتنا فإن الدعوى إذا رفعت وفي صحيفتها ما يحدد بيان السبب فإن القاضي سيبحث أمر هذه القضية تمشياً مع ما ادعى به الخصم وما استند عليه في صحيفة دعواه حتى يتمكن الطرف الآخر من التعرف على ما ورد فيها والإقرار به أو رفضه ، وحتى يتمكن أطراف النزاع أو وكلاؤهم في الدعوى من الرد عليها أو مناقشة الأدلة أو الواقعة بشكل يضمن للجميع حقوقهم .

وإن لم يثبت لعدالة المحكمة ما استندت عليه المدعية فإنه بالتالي سيكون الباب مفتوحاً أماها لرفض الدعوى وذلك لعدم تحققها على الوجه الذي نظم أحكامه المشرع .

ولكن لو قيل بأن الدعوى هي لطلب التطبيق للضرر المثبت بدليل الاعتماد على شهادة الشهود يستوي في ذلك شهود الإثبات أم النفي ، وإذا لم يثبت لدى عدالة المحكمة التطبيق للضرر المثبت فهل تستطيع التطبيق للضرر غير المثبت وأعني بذلك التطبيق لسوء العشرة ؟

لو قلنا بالجواز لأدى ذلك إلى التوسع في التطبيق خلافاً لمنهج المشرع الليبي القاضي بالتضييق من جهة ، وعدم تمكن المحاكم من الرقابة الفعلية على هذا النوع من الأحكام من جهة أخرى ، على اعتبار أن هذه الرقابة يكون انطلاقها من صحيفة الدعوى ، وما طالب به الخصوم ، وهل طبقت المحكمة صحيح القانون تطبيقاً صحيحاً أم لا؟⁽¹⁾، خاصة وأن المادة (82) من قانون المرافعات المدنية والتجارية أوجبت « أن يبين في صحيفة الدعوى موضوعها وطلبات المدعى فيها بالإيجاز وذلك في الدعاوى التي تختص المحكمة الجزئية بالحكم النهائي فيها ، وفي الدعاوى المستعجلة والدعاوى التي يوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة . وفي غير هذه الدعاوى يجب أن يبين في الصحيفة وقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها ».

كما أن المادة (273) من قانون المرافعات أيضاً أوجبت على القاضي أن يضمن حكمه ما قدمه الخصوم « من طلبات أو دفعات وخلاصة ما استندوا إليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية ، ومراحل الدعوى ورأي النيابة ، ثم تذكر

(1) انظر: د. محمد ، علي مسعود ، القاضي والعناصر الواقعية للنزاع المدى الخمس ، مركز طلحة بن عبيد الله للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، 2006 ، ص 14- 20 .

بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه ((.

ووفقاً لهذين النصين ((فإن افتراض إدخال القاضي لعناصر وقائع جديدة يصطدم بحظر منع تعديل معطيات النزاع رغماً عن إرادة الخصوم ، ويعتبر القاضي انتهاكاً لهذا الحظر عندما يحكم في طلب لم يقدم إليه ، وهذا الحكم يخضع لرقابة محكمة النقض على أنه جود لحدود النزاع ، فالقاضي لا يمكن أن يؤسس قراره إلا على الوقائع التي طرحها الخصوم بطريقة صحيحة في الجلسة والتي أقاموا الدليل على صحتها ((1).

وإجابة على ما أثارناه من تساؤل سابق في هذا الشأن فإن القاضي يجد نفسه بين إشكاليتين :

الإشكالية الأولى :

أن يقضى بالتطليق لسوء العشرة إذا ما تبين له أن المرأة لا تريد الاستمرار مع هذا الزوج ، وبالتالي ليس من مصلحة العدالة الاستمرار في قضية معلوم نهايتها سلفاً. قد يكون هذا الرأي مقبولاً للوهلة الأولى خاصة وأن الزوجة مصرة على التطليق على أن إصرارها يمكن أن يثير عدة تساؤلات منها هل حصل الإصرار منها لمرة واحدة ، أم لمرات متعددة ، وهل عرضها تنازلها عن حقوقها لمرة واحدة ، أم تكرر منها في فترات متباعدة ، وهل هذا الإصرار وقع منها في حالة هدوء وسكينة وترو ، أم في ظل أمر عابر ؟ ، لأنه في تقديرنا كي نعدّه إصراراً على الفرقة يجب أن تكون الزوجة في حالة من الراحة تسمح لها بتقدير عواقب الأمور ، وتحديد ما تريد فعله .

(1) العكرمي ، ريم عمران ، القضاء المستعجل وتحوير الطلبات ، رسالة ماجستير ، بكلية القانون - جامعة الفاتح 2011-2012 ، ص 108 (لم تنشر).

أما إذا كانت الحالة النفسية للزوجة سيئة ، وهي في مجلس واحد مع الزوج ، أو وكيله ، وكانت هناك مشاحنة بينهما فإن الإصرار في هذه الحالة يكون القول به غير محل تسليم . يضاف إلى ما سبق أن الإصرار جاء مرة واحدة في تقرير الحكيم .

ولكن إذا جارينا المحكمة في تكيفها للتطبيق لسوء العشرة ، (ونحن لا نؤيد ذلك) فإنه كان الأولى بالمحكمة أن تتصدى لثلاثة أمور في الشقاق المؤدي إلى جواز طلب التطليق وهي :

1. **الاستمرار** ، ويتطلب تكراره ودوامه لفترة يقدرها قاضي الموضوع ، لأن المشرع لم ينص على مفهوم الاستمرار ، وإن كانت معاجم اللغة تفيد الدوام ، والمحكمة لم تبحث ذلك ((سواء تكرر الفعل المؤدي لذلك ، أو تولد عن ذلك فعل حالة الشقاق وسوء العشرة ، ولو كان الفعل الذي أدى إليه مرة واحدة))⁽¹⁾.

2. **الشقاق بين الزوجين** ، وأن يكون لكل من الزوجين نصيب في حدوث الشقاق ، ولو لم يثبت من كان سبباً فيه ، لأن توسط ظرف المكان (بين) ما بين كلمة الشقاق والزوجين توحي باشتراكهما في المعنى ، ويلاحظ أن المحكمة لم تتصد لهذه المسألة .

3. **استحالة العشرة** : والقاضي في هذه الحالة ((هو الذي يقدر وجود الشقاق واستمراره ، ويؤدي في نفس الوقت إلى استحالة العشرة . ولكن ما هو قدر الاستحالة ودرجة الشقاق الذي يؤدي إليها ؟. يبدو أن هذه المسألة تقديرية تختلف من قاضي لآخر ، كما أن الزمن له دوره .

(1) د. الهادي علي زبيدة ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص 16 .

فما كان مستحيلاً بالأمس ، قد لا يكون متحققاً اليوم ، وما كان مستحيلاً اليوم لا يتحقق في غدٍ ، كما أن مزاج الزوجين أو أحدهما يكون عرضة للتغيير والاختلاف فما كان مستحيلاً بالأمس ، قد لا يراه اليوم كذلك⁽¹⁾، خاصة وأن الفترة الزمنية للدعوى المرفوعة وحتى الحكم فيها قصيرة قياساً بعمر الحياة الزوجية .

(تاريخ رفع الدعوى 2004.12.13 وتاريخ الحكم 2005.04.25)⁽²⁾.

قد يتساءل البعض لماذا هذا التفصيل كله ؟ .

الإجابة على ذلك كله نقول إننا أمام واقعة بينت وقائعها في صحيفة الدعوى ، أمام عدالة المحكمة موضوعها "الضرر المثبت م (39/أ) والضرر غير المثبت م (39/ب) والتطليق للعيب م (42) " وحتى تستطيع المحكمة العليا مراقبة المحاكم الأدنى في التطبيق السليم للقانون يفترض أن يكون تكيف الواقعة منطلقاً أساسه مما ورد في صحيفة الدعوى ، أما إذا كانت صحيفة الدعوى في موضوع ، والتكيف في موضوع آخر ، فكيف يتسنى لها هذه المراقبة ؟ ، ولكن يشترط إعلام طرفي الدعوى بذلك حتى يتسنى لكل منهما الإطلاع وإعداد ما يراه مناسباً حجة ودليلاً لدعواه حتى تتحقق العدالة ، لكننا لم نر أثراً لمثل ذلك .

ويبدو أن المحكمة اختارت الطريق الأيسر وهو التطليق لسوء العشرة الذي يتطلب فقط إثبات سوء العشرة ، يستوي في ذلك أن تعلم المحكمة بمن كان سبباً فيها ، أم كانت جاهلة لذلك ، وهذا بخلاف دعوى الضرر المثبت الذي

(1) د. الهادي علي زبيدة ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص 19 - 20 .

(2) يحمد لهذه المحكمة ولهذا القاضي سرعة الفصل الذي يؤدي إلى تحقيق العدالة وتطوير العمل القضائي .

يشترط للقضاء بالتطليق بسببه إثبات محدث الضرر من قبل أحد الزوجين وليس بالضرورة تكراره وينطبق هذا القول أيضا على التطليق بسبب العيب الذي أوجب المشرع للقضاء به تحقق مجموعة من الشروط ذكرها في صحيح المادة (42) ولكن التكييف بهذه الصورة سيؤدي حتماً إلى التوسع في التطليق وهو ما يخالف منهج المشرع الليبي في التضييق من حالاته⁽¹⁾ وعدم التسرع في إصدار الأحكام القضائية ابتداءً من ضرورة عرض القضية على اللجنة الشعبية للمحلة ، مروراً بتعيين حكّمين ، وانتهاءً بعقد جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين ، وكثيراً ما يثمر ذلك . وعليه يستشف من هذا السياق أنه يجب أن يكون هناك تشدد في قيام دعوى الشقاق⁽¹⁾.

(1) د. الهادي علي زبيدة ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص 18 .

الختاتمة

هذه قراءة في توجه قضائي لإحدى محاكمنا الموقرة في تطبيقها لبعض نصوص القانون رقم 1984/10 وتعديلاته والملاحظ أنه ليس حكماً يتيماً في القضاء الليبي ، وإنما هناك جانب من القضاء يقضي بمثل ما قضت به هذه المحكمة وتكييفها لهذه الواقعة ، ولعل هذه الإشارات في هذا التعليق تكون فاتحة لدراسة معمقة حول الموضوع من قبل المختصين بمثل هذه النوع من هذه الدراسات ، ونرجح الرأي القاضى بضرورة أن يكون التكييف في موضوع الدعوى وفق ما طالب به الخصوم في صحيفة الدعوى حتى يتسنى مراقبة المحكمة العليا لمحاكم الموضوع .

تلك وجهة نظر نأمل أن تتال التوفيق وأن تتبه إلى واقع في قضائنا الموقر نبتغي به وجه الله ولا تدع العصمة فيما نكتب فكل صاحب قول يؤخذ منه أو يرد عليه إلا قول صاحب الروضة الشريفة صلى الله وسلم وبارك عليه .
وعلى آله وصحبه .

الأحكام

القضائيا

إدارة القضيبي

المحكمة العليا
بإسم الشعب
*** الدائرة الدستورية ***

بجلستها المنعقدة علناً صباح يوم الثلاثاء 09 ربيع الثاني 1434 هـ الموافق 2013.02.19 ميلادية بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : كمال بشير دهان « رئيس الدائرة »

وعضوية المستشارين الأساتذة :

محمد إبراهيم الورفلي	يوسف مولود الحنيش
جمعة صالح الفيتوري	المقطوف بلعيد إشكال
عبدالقادر جمعة رضوان	الطاهر خليفة الواعر
عبدالسلام محمد بحيج	فوزي خليفة العابد
د. جمعة محمود الزريقي	محمد عبدالسلام العيان
المبروك عبدالله الفاخري	أشرف علي الأزهري
محمد أحمد القائدي	د. سعد سالم العسبلي
فرج أحمد معروف	لطف صالحي الشاملي

ويحضور المحامي العام

- بنيابة النقض الأستاذ : د. علي مسعود محمد .
- ومدير إدارة التسجيل السيد : أسامة علي المدهوني .

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الدستوري رقم 59/1 ق

بعدم دستورية القانون رقم 3 لسنة 1988م ، بشأن تعديل المادة (20) من

القانون رقم 43 لسنة 1974 بشأن تقاعد العسكريين

المقدم من :

((عن نفسه بصفته محامياً))

ضد :

1. رئيس المجلس الوطني الانتقالي المؤقت بصفته .
2. رئيس الوزراء بصفته .
3. الممثل القانوني لصندوق التقاعد بصفته .
4. مدير الشؤون الاجتماعية بصفته .
5. وزير المالية بصفته .
6. وزير الصحة بصفته .

((تنوب عنهما إدارة القضايا))

بعد تلاوة تقرير التلخيص وسماع المرافعة الشفوية ورأي نيابة النقض والاطلاع على الأوراق والمداولة .

الوقائع

تقدم الطاعن بصحيفة دعوى ذكر فيها أنه التحق بثانوية الدفاع الجوي الفنية بتاريخ 19.01.1986 ، بعد أن تم توجيهه إليها ، وبتاريخ 26.09.1990 ، عرض على اللجنة الطبية الفرعية بطرابلس ، والتي قررت أن الطاعن « غير لائق للخدمة العسكرية » ونسبة العجز 65% ، وقد تمت تسوية المعاملة التقاعدية للطاعن على أساس المادة (20/ب) من القانون رقم 43 لسنة 1974 بشأن تقاعد العسكريين المعدل بالقانون رقم 3 لسنة 1988 .

وبتاريخ 14.10.1991 ، صدر عن الكاتب العام للجنة العامة المؤقتة للدفاع القرار رقم 29 بشأن إنهاء خدمة الطاعن لعدم اللياقة الصحية ، لأسباب لا ترجع للخدمة العسكرية . ولذلك فإن الطاعن قد حرم من المعاش التقاعدي ، استناداً إلى القانون رقم 3 لسنة 1988 ، بشأن تعديل المادة (20) من القانون رقم 43 لسنة 1974 ، بشأن تقاعد العسكريين .

إجراءات الطعن

بتاريخ 08.02.2011 ، قرر الطاعن عن نفسه بصفته محامياً الطعن في القانون رقم 3 لسنة 1988 ، بشأن تعديل المادة (20/ ب) من القانون رقم 73 لسنة 1974 ، بشأن تقاعد العسكريين ، وذلك أمام مسجل المحكمة العليا مسدداً الرسم المقرر والكفالة ، وبذات التاريخ الذي قرر فيه الطعن أودع لدى المسجل المذكور صحيفة طعن تضمنت مطالبته بعدم دستورية القانون رقم 3 لسنة 1988 ، السالف البيان ، كما قدم حافظة مستندات تونت مشتملاتها على ظهر الغلاف، وبتاريخ 28.12.2011 ، أودع أصل ورقة إعلان الطعن المعلنة لإدارة القضايا بتاريخ 14.12.2011 ، كما قدمت هذه الإدارة مذكرة دفاع نيابة عن المطعون ضدهم .

وبتاريخ 22.01.2011 ، أودع الطاعن مذكرة رادة على المذكرة المقدمة من إدارة القضايا عن المطعون ضدهم ، وقدمت نيابة النقض مذكرة برأيها القانوني في الطعن رأت فيه قبول الطعن شكلاً ، وفي الموضوع برأيه .

أسباب الطعن

وحيث إنه مما ينعي به الطاعن على القانون المطعون فيه عدم

الدستورية ، لإخلاله بمبدأ المساواة بمقولة إنه أخل بمبدأ المساواة بين من تماثلت مراكزهم القانونية ، حيث حرم العسكريين من حقهم من الاستفادة من المعاش التقاعدي ، عند العجز أو الوفاة ، مهما كانت مدة الخدمة، خلافا لفئات المجتمع الأخرى، مما أحدث تمييزا يتناقض مع مبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة السادسة من الإعلان الدستوري الصادر بتاريخ 2011.08.03 ، ذلك لان العاملين في الدولة من رجال الشرطة والموظفين يستفيدون من نظام الضمان الاجتماعي في حالة العجز والوفاة عملا بالمادة (18) من قانون الضمان الاجتماعي رقم 13 لسنة 1980 ، المعدل ، والتي تقضي بانطباق أحكام الضمان الاجتماعي علي العسكريين ، وأن نص المادة الأولى من القانون المطعون بعدم دستوريته لم يسو بين المشتركين حيث صنفهم بحسب المدة . وكانت المادة (20) من القانون رقم 43 لسنة 1974 قبل تعديلها تنص على أنه :

1. إذا انتهت خدمة المنتفع بسبب الوفاة أو عدم اللياقة الصحية نتيجة إصابته بمرض أو عاهة أو جرح أعجزه كلياً عن العمل ، ولم يكن ذلك لسبب يرجع إلى الخدمة أو تعمدته أو سوء سلوكه ، استحق معاشاً يعادل 80% من راتبه أيأ كانت مدة خدمته .

2. فإذا كان العجز عن العمل جزئياً منح المنتفع معاشاً يعادل 50% من راتبه أو معاشاً يحسب طبقاً لحكم الفقرة الأولى من المادة (19) بعد إضافة ثلاث سنوات إلى مدة خدمته التقاعدية أي المعاشين أكبر .

ولما كان مبدأ المساواة من المبادئ الدستورية المقررة في المادة السادسة من الإعلان الدستوري ، وأحكام المحكمة العليا ، وكان القانون المدفوع بعدم دستوريته قد جاء مخالفاً لها ، مما يستوجب الحكم بعدم دستوريته .

وحيث إن المادة السادسة من الإعلان الدستوري الصادر في 2011.08.03 ، تنص على « أن الليبيون سواء أمام القانون ومتساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفي تكافؤ الفرص وفيما عليهم من الواجبات والمسئوليات العامة لا تمييز بينهم ... ».

وحيث إنه من المقرر أن مبدأ المساواة أمام القانون يستهدف حقوق المواطنين وحررياتهم في مواجهة صور التمييز التي تتال منها ، أو تقيدها ممارستها ، ومن مقتضياته إقامة وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر تطبيقها على الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في النصوص الدستورية بل يمتد من حيث النطاق إلى الحقوق التي يقرها القانون العادي ، ويكون مصدرا لها ومن ثم لا يجوز للقانون أن يقيم تمييزا غير مبرر تختلف فيه المراكز القانونية التي تتماثل عناصرها .

لما كان ذلك وكانت المادة الأولى من القانون رقم 3 لسنة 1988 ، قد نصت على أن « يستبدل نص المادة (20) من القانون رقم 43 لسنة 1974 ، بشأن تقاعد العسكريين بالنص الآتي: المادة (20) : إذا انتهت خدمة المنتفع بسبب الوفاة أو عدم اللياقة الصحية نتيجة إصابته بمرض أو عاهة أو جرح أعجزه كلياً عن العمل ، ولم يكن ذلك لسبب يرجع إلى الخدمة ، أو تعمدته أو سوء سلوكه استحق معاشاً تقاعدياً على النحو التالي :

أ. إذا كان انتهاء الخدمة بسبب الوفاة ، أو بسبب عدم اللياقة الصحية استحق المنتفع معاشاً يعادل 80% إذا بلغت مدة خدمته خمسا وعشرين سنة فأكثر .

ب. أما إذا لم تبلغ مدة الخدمة التقاعدية ذلك القدر ، استحق المنتفع مكافأة تحسب بواقع راتب شهر عن كل سنة من السنوات الخمس الأولى ، وراتب شهرين عن كل سنة من السنوات التالية لها وحتى خمس عشرة سنة ،

وثلاثة أشهر عن كل سنة تزيد على ذلك .

ج. في كل الأحوال لا يستحق العسكري معاشاً تقاعدياً إلا إذا كانت نتيجة اللجنة التي تشكل لتقييم مدة عمله إيجابية، وإلا استحق مكافأة مقطوعة تقدر حسب الأحوال .

د. يجوز لإدارة الحسابات العسكرية حجب الصرف المعاد إذا كان للمنتفع دخل آخر على أن يحسب ديناً على إدارة الحسابات العسكرية تسدده عند اليسر بالنسبة لها .

وكانت المادة الأولى من قانون الضمان الاجتماعي رقم 13 لسنة 1980 تنص على أن الضمان الاجتماعي حق يكفله المجتمع على الوجه المبين بهذا للقانون لجميع المواطنين ، ونصت المادة الثالثة من القانون ذاته على أنه يعتبر من أنظمة الضمان الاجتماعي نظام تقاعد العسكريين ، كما نصت المادة (18/أ) على أنه « إذا انتهت خدمة المشترك أو عمله بسبب عجز كلي مستديم - بنسبة 60% أو أكثر - ناشئ عن عدم اللياقة الصحية أو عن مرض أو حادث ، وكان ذلك لا يرجع إلى إصابة عمل، فإنه يستحق معاشاً يحسب على أساس (خصميين في المائة) من المعاش الكامل ... » ونصت الفقرة ج من المادة ذاتها على أن « لا يقل معاش العجز الكلي المستديم الذي يستحق بحكم هذه المادة عن قيمة المعاش الأساسي المقرر بمقتضى هذا القانون مضافاً إليه نصف آخر دخل أو مرتب أو أجر استحق على أساسه الاشتراك قبل انتهاء الخدمة أو العمل بسبب العجز الكلي، ولا يجاوز المعاش (80% ثمانين في المائة) من الدخل أو المرتب أو الأجر المنكور بأي حال .»

ويبين مما سبق أن نص المادة 20 المعدلة بالقانون رقم 3 لسنة 1988 ، قد أوجد شكلاً من أشكال التمييز بين شريحتين من المضمونين ، إحداها شريحة

المضمونين العسكريين ، وثانيهما شريحة المضمونين من باقي فئات المجتمع ، بأن اختص الشريحة الأولى بمعاملة ضمانية خاصة حيث ربط استحقاق المضمونين من العسكريين للمعاش التقاعدي في حالة العجز أو الوفاة بتحقيق أسباب معينة ومضي مدة محددة في الخدمة ، فالعسكريون الذين تقل مدة خدمتهم عن 25 سنة لا يستحقون معاشا تقاعديا في حالتي العجز الكلي أو الوفاة لسبب لا يرجع إلى الخدمة ، في حين يستحق العسكري الذي بلغت خدمته 25 سنة معاشا تقاعديا يعادل 80% . بينما تستحق شريحة المضمونين من باقي فئات المجتمع معاشا تقاعديا في حالتي العجز والوفاة مهما كانت مدة الخدمة . وحيث إن جميع المشتركين في نظام الضمان الاجتماعي من العسكريين وغيرهم من الفئات الأخرى ينتظمهم مركز قانوني متماثل ، حيث ينطبق في شأنهم جميعا وصف المضمونين ، وكان يستوجب للتكافؤ في الحقوق بين هاتين الفئتين أن تنتظمهما قاعدة موحدة ، لا تقيم في مجال تطبيقها تمييزاً بين الأشخاص . وإذا كان نص المادة (20) المعدلة بموجب القانون رقم 3 لسنة 1988 ، قد أقام هذا التمييز التحكيمي الذي لا مبرر له بين من تماثلت مراكزهم القانونية ، فإنه يكون منتهكاً لمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة السادسة من الإعلان الدستوري ويتعين القضاء بعدم دستوريته .

ولا يغير من ذلك أن هذه المحكمة سبق وأن قضت برفض الدعوى في الطعن الدستوري رقم 55/1 ق بشأن عدم دستورية القانون المطعون فيه، ذلك أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي تمارسها المحكمة العليا من خلال الفصل في الدعوى الدستورية تهدف إلى حماية الدستور وصونه عن طريق إنهاء قوة نفاذ القانون المخالف للدستور ، ولما كانت الدعوى الدستورية دعوى عينية توجه الخصومة فيها إلى التشريع ذاته ، فإن مقتضى ذلك أن الحكم الذي يصدر

بعدم دستورية نص أو قانون ، يلغي قوة نفاذ هذا النص أو ذاك القانون ويجعله معدوماً من الناحية القانونية ، ولما كان هذا الأثر لا يقبل التجزئة بطبيعته ، فإن حجية الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي لا تقتصر على أطراف النزاع في الدعوى التي قضي فيها، وإنما ينصرف أثره إلى الكافة ، ويكون حجة عليهم ، وتلتزم به كافة سلطات الدولة. والأمر يختلف بالنسبة لحجية الحكم الذي يصدر عن المحكمة العليا برفض الدعوى بعدم دستورية نص أو قانون معين ، فهو لا يمس التشريع الذي طعن فيه بعدم الدستورية ، حيث يظل هذا التشريع قائماً بعد صدور الحكم ، ولا يجوز سوى حجية نسبية بين أطرافه ، وفي حدود ما قدم من أسباب ، ولذلك يجوز أن يرد الطعن بعدم الدستورية على هذا التشريع إذا ما أثبتت أسباب جديدة .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة :

- أولاً : بقبول الطعن شكلاً، وبعدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم 3 لسنة 1988 ، بتعديل المادة (20) من القانون رقم 43 لسنة 1974 ، في شأن تقاعد العسكريين .
- ثانياً : ينشر الحكم في الجريدة الرسمية .

**المحكمة العليا
باسم الشعب
* دوائر المحكمة مجتمعة ***

بجلستها المنعقدة علناً صباح يوم الإثنين 20 صفر 1434 هـ الموافق 2013.12.23 ميلادية بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : يوسف مولود الحنيش

وعضوية المستشارين الأساتذة :

محمد إبراهيم الورقلي	عزام علي الديب
صالح عبدالقادر الصغير	فوزي خليفة العابد
عبدالسلام محمد بحیح	المبروك عبدالله الفاخري
د. سعد سالم العسبلي	د. حميد محمد القماطي
فرج أحمد معروف	علي عمران التواتي
د. نورالدين علي العكمي	بشير سعد الزباني

ويحضور المحامي العام

بنيابة النقض الأستاذ : أحمد الطاهر النعاس .

ومدير إدارة التسجيل السيد : أسامة علي المدهوني .

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الدستوري رقم 42/02 ق

طلب محال من محكمة الشعب (سابقا) بينغازي بشأن عدم دستورية القانون

رقم 25 لسنة 1423 في شأن تعديل أحكام القانون

رقم 1992/11 بتقرير بعض الأحكام الخاصة بالملكية العقارية

المقدم من :

.....
((يمثلها المحامي : علي محمد بو هدمة))

ضد :

1. أمين اللجنة الشعبية العامة « سابقا » .
2. الممثل القانوني لمصلحة الأملاك العامة .
3.
4.

بعد الإطلاع على الأوراق وتلاوة تقرير التلخيص وسماع المرافعة الشفوية ورأي نيابة النقض وبعد المداولة .

الوقائع

أقامت المواطنة / الدعوى رقم 119/1990 أمام محكمة الشعب - بنغازي - مختصمة أمين اللجنة الشعبية العامة سابقاً والممثل القانوني لمصلحة الأملاك العامة بصفتيهما ، و..... و..... ، قالت شرحاً لها / إنها تملك العقار - منزل - المبين الحدود والمعالم بالصحيفة ، ملكية مقدسة ولا تملك أسرتها سواه ، وأن المدعى عليهما الثالث والرابع قاما باقتحامه والإقامة فيه مستغلين غيبتهما خارج البلاد ، ومكنتهما من ذلك جهة الإدارة بالمخالفة لأحكام القانون رقم 4 لسنة 1978 وتعديلاته ، وعندما تقدمت إلى الجهة المذكورة بطلب لرد عقارها تم رفضه ، فأقامت دعواها للمطالبة بإلزام المدعى عليهم بإخلاء عقارها من شاغلَيْه ورده إليها ، وأثناء نظر الدعوى صدر القانون رقم 25 لسنة 1423 (1993) بشأن تعديل أحكام القانون رقم 11 لسنة

1992 بتقرير بعض الأحكام الخاصة بالملكية العقارية ، بحيث نصت مادته السابعة المعدلة على أنه : لا يجوز للمحاكم أن تحكم برد المساكن المملوكة أو المخصصة للمواطنين بموجب أحكام القانون رقم 4 لسنة 1978 ، ويوقف السير في نظر الدعاوى المتداولة أمامها وقت نفاذ هذا القانون ، كما نصت المادة السابعة مكرر المضافة على أنه : يحق لمالك البيت الوحيد أو قطعة الأرض المعدة لبناء مسكن عليها والذي ملك أو خصص بالمخالفة لأحكام القانون رقم 4 لسنة 1978 اللجوء إلى محكمة الشعب للمطالبة بتعويض عادل عنه وبشروط .

فتقدم دفاع المدعية أثناء نظر الدعوى أمام محكمة الشعب بمذكرة دفع فيها بعدم دستورية القانون 25 لسنة 1423 سالف الذكر بمقولة إنه يخالف نص المادة الثانية من الإعلان الدستوري الصادر في 11 ديسمبر 1969 وكذلك أحكام القانون رقم 5 لسنة 1991 بشأن تطبيق ما كان يسمى بالوثيقة الخضراء لحقوق الإنسان والقانون رقم 20 لسنة 1991 بشأن تعزيز الحرية وانتهى في مذكرته إلى طلب إيقاف السير في نظر الدعوى وإحالتها إلى المحكمة العليا للفصل في الدفع ، والمحكمة قررت ذلك .

((وهذا القرار هو موضوع الدعوى الدستورية))

الإجراءات

صدر هذا القرار بتاريخ 16.4.1995 ، وبتاريخ 6.6.1995 أحال كبير كتاب محكمة الشعب فرع بنغازي ملف الدعوى إلى المحكمة العليا التي نظرت الدعوى بدوائرها مجتمعة بجلسة 18.10.1995 وقررت تأجيلها إلى جلسة مقبلة .

قدمت نيابة النقض مذكرة أبدت فيها الرأي بعدم قبول قرار الإحالة .

وبجلسة 2006.3.12 قررت المحكمة حجز الدعوى للحكم لجلسة 2006.5.6 وفيها قررت إعادتها للمرافعة وإحالتها إلى نيابة النقض لإعداد مذكرة برأيها في الموضوع .

أودعت نيابة النقض مذكرة تكميلية خلصت فيها : أصليا إلى التمسك بمذكرتها السابقة واحتياطيا في الموضوع الحكم بعدم دستورية المادة السابعة من القانون رقم 11 لسنة 1992 المعدلة بالقانون رقم 25 لسنة 1423 (1993) و بجلسة 2009.6.29 أودعت نيابة النقض مذكرة ثالثة انتهت فيها إلي الرأي أصليا بعدم قبول الدفع الدستوري ولعدم المصلحة ، أو عدم قبوله لعدم جديته ، واحتياطيا رفضه .

توالى تأجيلات الدعوى إلى أن حدد لها جلسة 2013.11.12 ، وبها تلا المستشار المقرر تقرير التلخيص ، ونظرت على النحو المبين بمحضرها ، وتمسكت نيابة النقض بما جاء بمذكراتها السابقة ، والمحكمة قررت حجز الدعوى للحكم لجلسة اليوم .

الأسباب

حيث إنه عن شكل الدعوى فإن رأى نيابة النقض بعدم قبول قرار الإحالة تأسيسا على أنه كان يتعين على المحكمة المثار أمامها الدفع بعدم الدستورية تكليف من أثار الدفع بمباشرة الدعوى الدستورية أمام المحكمة العليا دون أن تتولى هي إحالتها في غير محله ، ذلك أن المادة الثالثة والعشرين من القانون رقم 6 لسنة 1982 بإعادة تنظيم المحكمة العليا المعدلة بالقانون رقم 17 لسنة 1423 (1993) تنص على أنه : « تختص المحكمة العليا دون غيرها منعقدة بدوائرها المجتمعة برئاسة رئيسها أو من يقوم مقامه بالفصل في المسائل الآتية

.... ثانيا: أية مسألة قانونية جوهرية تتعلق بالدستور أو بتفسيره تثار في قضية منظورة أمام أية محكمة».

ولم يبين المشرع الإجراءات التي يمكن بواسطتها إتصال المحكمة العليا بالمسألة الدستورية المثارة ، ومن ثم فقد جرى العمل على قبول المسائل المحالة من قبل المحاكم المثارة أمامها ، إلى أن صدرت اللائحة الداخلية للمحكمة العليا بتاريخ 2004.7.28 ونظمت في مادتها التاسعة عشرة الإجراءات التي ترفع بها الدعوى للنظر في الدفع الدستوري المثار أمام المحاكم الأدنى، ولما كانت إحالة الدعوى الراهنة قد تمت بقرار من محكمة الشعب بنغازي بتاريخ 1995.4.16 ، ونظرت لأول مرة بجلسة 1995.10.18 أي قبل صدور اللائحة سالفة الذكر فإن قرار إحالتها يكون صحيحاً بما يتعين معه الالتفات عن هذا الرأي ، وتكون الدعوى الدستورية مقبولة شكلاً .

وحيث تنعى المدعية على القانون رقم 25 لسنة 1423 (1993) بشأن تعديل أحكام القانون رقم 11 لسنة 1992 بتقرير بعض الأحكام الخاصة بالملكية العقارية مخالفة للنصوص الدستورية وعلى رأسها المادة الثانية من الإعلان الدستوري الصادر في 11 ديسمبر 1969 ، وأحكام القانون رقم 5 لسنة 1991 بشأن تطبيق ما يسمى بالوثيقة الخضراء لحقوق الإنسان ، وكذلك أحكام القانون رقم 20 لسنة 1991 بشأن تعزيز الحرية ، بما يكون معه معيباً دستورياً متعين إلغائه .

وحيث إن هذا النعي في مجمله شديد ، ذلك أن النصوص القانونية التي كانت تعتبر مرجعاً دستورياً - زمن غياب الدستور - نصت على الملكية الخاصة وأعتبرتها مصنونة ولا يجوز المساس بها إلا لأغراض المصلحة العامة ، وكفلت للأفراد حق اللجوء إلى القضاء للدفاع عنها وذلك على النحو الوارد ، بالمبدأ

(11) من الوثيقة المطبقة بموجب القانون رقم 5 لسنة 1991 حيث نص على أن « الملكية الناتجة عن الجهد مقدسة مصانة لا تمس إلا للمصلحة العامة ولقاء تعويض عادل » كما نص المبدأ (26) من ذات الوثيقة : « ولكل فرد الحق في اللجوء إلى القضاء لإنصافه من أي مساس بحقوقه وحرياته الواردة فيها . « نصت المادة الأولى من القانون رقم 5 لسنة 1991 المشار إليه في فقرتها الثانية على أنه : « لا يجوز إصدار تشريعات تتعارض مع تلك المبادئ . » كما نصت المادة (1/12) من القانون رقم 1991/20 بأن : « الملكية الخاصة مقدسة يحظر المساس بها إذا كانت ناتجة عن سبب مشروع ... ».

كما حرصت كافة التشريعات والمواثيق الدولية على صيانة هذا الحق ومنع التعدي عليه مادياً أو قانونياً باعتباره من الحقوق الطبيعية للإنسان والمستمدة من تعاليم وقيم أخلاقية ودينية ، وقد حرص الإسلام على تقرير هذا الحق وحثت تعاليمه السمحاء وتطبيقاته على صون الملكية الفردية المكتسبة من المال الحلال ، فمنع التعدي عليها وشرع الحدود لصيانتها ومعاقبة المعتدي بأشد العقوبات في الدنيا والوعيد في الآخرة ، سواء ما ورد في كتاب الله عز وجل ومنه قوله تعالى : « وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ . » وكذلك ما ورد في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم من أقوال ، وعلى سبيل المثال ما جاء بخطبة الوداع في قوله : « فإن نماعكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام ، كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا ، ليبلغ الشاهد الغائب ... »

وبالبناء على ذلك فإن أي قانون يصادر حق الملكية أو يغفل يد المالك عن استغلالها - لغير أغراض المصلحة العامة - أو يحول بينه وبين استردادها من مغتصبها أو يعطي للغير حق الاستيلاء عليها متسترأ بعبأته يكون حتماً مشوياً بعدم المشروعية الدستورية ، لأن الأصل في النصوص القانونية أنها تعتبر

وسائل يتدخل بها المشرع لتحقيق أغراض بذواتها ، فإن كانت تلك الأغراض غير مشروعة أصلاً شاب تلك النصوص عيب المخالفة الدستورية .

لما كان ذلك وكان القانون رقم 25 لسنة 1423 (1993) بشأن تعديل أحكام القانون رقم 11 لسنة 1992 بتقرير بعض الأحكام الخاصة بالملكية العقارية قد نص في مادته الثالثة المعدلة للمادة السابعة من القانون رقم 11 لسنة 1992 سالف الذكر على أنه : « لا يجوز للمحاكم أن تحكم برد المساكن المملوكة أو المخصصة للمواطنين بموجب أحكام القانون رقم 4 لسنة 1978 المشار إليه ، وبوقف السير في نظر الدعاوى المتداولة أمامها وقت نفاذ هذا القانون .» ، كما أضاف نصاً جديداً إلى القانون رقم 11/1992 تحت بند المادة السابعة مكرر (أ) جري نصه : « يحق لمالك البيت الوحيد أو قطعة الأرض المعدة لبناء مسكن عليها والذي ملك أو خصص بالمخالفة لأحكام القانون رقم 4 لسنة 1978 المشار إليه اللجوء إلى محكمة الشعب للمطالبة بتعويض عادل عنه وذلك بالشروط الآتية : ... وفي جميع الأحوال لا يجوز للمحكمة أن تحكم برد المسكن أو قطعة الأرض المشار إليها في هذه المادة ».

ومفاد ذلك أن المشرع بموجب أحكام القانون المطعون فيه بعدم الدستورية قد غلّ يد المحاكم عن النظر والقضاء برد العقارات المخصصة بموجب أحكام القانون رقم 4 لسنة 1978 إلى ملاكها الشرعيين مهما كانت الأسباب ولو كان تملكها أو تخصيصها للغير تم بالمخالفة لأحكام القانون ، وقرر وقف السير وجوباً في نظر جميع الدعاوى المتداولة من تاريخ نفاذه ، وهو ما يمثل اعتداء صارخاً على حق الملكية ومصادرة لها دون رضا صاحبها وعلى حق المالك من اللجوء إلى القضاء لحماية حقه ، خلافاً لكافة النصوص والمواثيق الدستورية

سالفة الذكر ، بما يكون معه القانون محل الطعن مشوبا بعيب المخالفة الدستورية ويتعين الحكم بعدم دستوريته .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلا وبعدم دستورية القانون رقم 1423/25 (1993) في شأن تعديل أحكام القانون رقم 11 لسنة 1992 ميلادية بتقرير بعض الأحكام الخاصة بالملكية العقارية وينشر الحكم في الجريدة الرسمية .

المحكمة العليا
بإسم الشعب
*** الدائرة الدستورية ***

بجاستها المنعقدة علناً صباح يوم الثلاثاء 24 ربيع الأول 1434 هـ الموافق 2013.02.05 ميلادية بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .
 برئاسة المستشار الأستاذ : كمال بشير دهان ((رئيس الدائرة))
 وعضوية المستشارين الأساتذة :

يوسف مولود الحنيش	محمد إبراهيم الورفلي
المقطوف بلعيد إشكال	جمعة صالح الفيتوري
الظاهر خليفة الواعر	عبدالقادر جمعة رضوان
عبدالسلام محمد بحيج	محمد عبدالسلام العيان
د. جمعة محمود الزريقي	أشرف علي الأزهري
المبروك عبدالله الفاخري	د. سعد سالم العسبلي
محمد أحمد القاندي	د. حميد محمد القماط
لطف صالح الشاملي	فرج أحمد معروف

ويحضور المحامي العام

بنيابة النقض الأستاذ : د. علي مسعود محمد .
 ومدير إدارة التسجيل السيد : أسامة علي المدهوني .

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الدستوري رقم 59/03 ق

بعدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم 9 لسنة 1423 م
 بتعديل القانون رقم 10 لسنة 1984 م بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارهما

المقدم من :

((ويمثله المحامي / أبو بكر علي الشريف))

ضد :

1. الممثل القانوني للمجلس الوطني الانتقالي بصفته .
2. السيد رئيس مجلس الوزراء بالحكومة الليبية الانتقالية بصفته .
3.

بعد تلاوة تقرير التلخيص وسماع المرافعة الشفوية ورأي نيابة النقض والإطلاع على الأوراق ، وبعد المداولة .

الوقائع

أقام الطاعن الطعن الدستوري رقم 59/03 ق ضد كل من الممثل القانوني للمجلس الانتقالي ورئيس مجلس الوزراء وأمنه محمد أبو حجر قال في بيانه أنه زوج للمطعون ضدها الثالثة بتاريخ 2011.7.19 اقترن بأمرأة أخرى فأقامت عليه المطعون ضدها المذكورة الدعوى رقم 2011/269 طالبة فسخ عقد زواج الطاعن من المرأة الثانية لمخالفة عقد الزواج أحكام القانون رقم 1984/10 بشأن الزواج والطلاق وآثارهما المعدل بالقانون رقم 1994/9 فدفع الطاعن أمام المحكمة التي تنتظر الدعوى بعدم دستورية القانون المشار إليه وطلب الامتناع عن تطبيقه أو وقف السير في الدعوى إلى حين الفصل في دستوريته من عدمها وقررت المحكمة وقف السير في الدعوى وانتهى إلى طلب الحكم بعدم دستورية نص المادة الثالثة عشرة المعدلة بالقانون رقم 1994/9 المشار إليه .

((وهذا هو النص القانوني المطعون فيه))

الإجراءات

تقدم محامى الطاعن بتاريخ 2012.3.26 بالطعن الدستوري بتقرير لدى قلم كتاب المحكمة العليا وسدد الرسم وأودع الكفالة وسند التوكيل عن الطاعن ومذكرة بأسباب الطعن وحافطة مستندات دون على غلافها ما تحويه ، وبتاريخ 2012.4.8 أودع أصل ورقة إعلان الطعن معلنة للمطعون ضدها بتاريخ 2012.4.7 ومذكرة شارحة وأودعت نيابة النقض مذكرة بالرأي انتهت فيها إلى عدم قبول الطعن شكلا بالنسبة للمطعون ضده الثاني لعدم الصفة وقبول الطعن شكلا بالنسبة للمطعون ضدهما الأول والثالثة وفي الموضوع الحكم بعدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم 1994/9 واحتياطيا العمل على تنفيذ القانون رقم 1998/12 بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 1984/10 بشأن الزواج والطلاق وآثارهما في المرحلة الانتقالية ، وفي الجلسة المحددة لنظر الطعن تمسكت برأيها .

الأسباب

حيث إن الطعن استوفي أوضاعه القانونية فيكون مقبولا شكلا .
وحيث ينعى الطاعن على القانون المطعون فيه أنه خالف مبادئ الشريعة الإسلامية مخالفة صريحة على سند من القول إن الشريعة الإسلامية ومبادئها تجيز تعدد الزوجات فقد وردت في جواز التعدد آيات قرآنية قال تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) في حين ان المادة الثامنة المعدلة بالقانون رقم 1991/9 قد وضعت من القيود على التعدد ما يؤدي به إلى استحالته في أغلب الأحيان ذلك أن تعليق الزواج بامرأة ثانية على موافقة الزوجة الأولى أمر في غاية الصعوبة لمنافاته لطبيعة المرأة ، التي لا تقبل مشاركة غيرها

في زوجها فضلا عن أن النص قد تجاهل معالجة وضع الأولاد الذين قد يولدون من الزوجة الثانية إن فسخ عقد زواجها ، ولما كان الإعلان الدستوري المؤقت الصادر بتاريخ 2011.8.3 قد نص على أن (ليبيا دولة ديمقراطية ودينها الإسلام والشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع) فإن مخالفة الشريعة تكون مخالفة للدستور .

وحيث إن هذا النعى شديد ذلك أن جواز التعدد منصوص عليه في الكتاب والسنة وعليه إجماع الأمة وقام به السلف الصالح من الصحابة والتابعين ومن أتى بعدهم إلى يومنا هذا ومطبق في جميع بقاع العالم الإسلامي حتى أصبح معلوما بالضرورة لا يجوز انكاره فقد جاء في سورة النساء قوله تعالى (فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) وهذا دليل على اباحة التعدد ومما يؤكد هذا النظر ما جاء أيضا في سورة النساء من قصر المنع من التعدد على الجمع بين الأختين وما ورد في السنة من عدم جواز الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها مما يدل مفهوم المخالفة على أنه في عدا هذا الحظر يظل التعدد جائزا شرعا ولا يجوز بالتالي سن قوانين تحظره وإلا كانت مخالفة للشريعة الإسلامية.

ولما كان الإعلان الدستوري قد نص صراحة على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع فيجب ألا تصدر قوانين تخالفها .

لما كان ذلك وكانت المادة الثالثة عشرة من القانون رقم 1984/10 المستبدلة بها المادة الأولى من القانون رقم 1994/9 قد قيدت جواز التعدد بشروط يتعذر تحققها ومن ثم فإنه بذلك يكون قد حظر ضمنا التعدد ويكون من ثم مخالفاً لنص الدستور .

وحيث إنه لما كان ما تقدم فإن الطعن يكون قائما على أساس مما يتعين معه الحكم بعدم دستورية النص محل الطعن .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلا ، وبعدم دستورية نص المادة الثالثة عشرة من القانون رقم 1984/10 بشأن الزواج والطلاق وآثارهما المستتبل بها نص المادة الأولى من القانون رقم 1994/9 وإلزام المطعون ضدها الثالثة المصاريف المناسبة وينشر في الجريدة الرسمية .

المحكمة العليا
باسم الشعب
*** الدائرة الدستورية ***

بجلستها المنعقدة علناً صباح يوم الأحد 10 صفر 1434 هـ الموافق 2012.12.23 ميلادية بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : كمال بشير دهان «رئيس الدائرة»

وعضوية المستشارين الأساتذة :

محمد إبراهيم الورفلي	يوسف مولود الحنيش
جمعة صالح الفيتوري	المقطوف بلعيد إشكال
عبدالقادر جمعة رضوان	الطاهر خليفة الواعر
عبدالسلام محمد بحريح	فوزي خليفة العابد
د. جمعة محمود الزريقي	محمد عبدالسلام العريان
المبروك عبدالله الفاخري	أشرف علي الأزهرري
محمد أحمد القائدي	د. سعد سالم العسبلي
فرج أحمد معروف	لطفي صالح الشاملي

ويحضور المحامي العام

- بنيابة النقض الأستاذ : د. علي مسعود محمد .
- ومدير إدارة التسجيل السيد : أسامة علي المدهوني .

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الدستوري رقم 59/08 ق

المقدم من :

.....
((ويمثله المحامي / أبوالقاسم أبو الهول))

ضد :

1. رئيس المجلس الانتقالي المؤقت بصفته .
2. رئيس مجلس الوزراء بصفته .
3. وزير العدل بصفته .

((وتنوب عنهم إدارة القضايا))

عن القانون رقم 2012/36 بشأن إدارة أموال وممتلكات بعض الأشخاص
المعدل بالقانون رقم 47 لسنة 2012

بعد تلاوة تقرير التلخيص وسماع المرافعة الشفوية ورأي نيابة النقض
والإطلاع على الأوراق ، وبعد المداولة .

الوقائع

أقام الطاعن الطعن الدستوري رقم 59/8 ق أمام دوائر المحكمة العليا
مجتمعة ضد المطعون ضدهم بصفاتهم ، قال بيانا لها : إن والده من المشهود
لهم بالإخلاص والرأسمالية الوطنية في حقبة الخمسينات من القرن الماضي وساهم
في تنمية الاقتصاد الوطني ، كما أنه من أكبر تجار الذهب والمعادن الثمينة .
وقد آل ذلك كله - بعد وفاته - إلى نجله - الطاعن - الذي عمل مع بقية الورثة
على استثمار وتنمية تلك الثروة بطرق مشروعة ، وفي إطار القانون دون أية

شبهة انحراف أو استغلال لسلطة أو نفوذ ، وساهم في تأسيس العديد من الشركات في هذا الشأن حتى قيام ثورة السابع عشر من فبراير التي لم يكن الطاعن معاديا لها ، أو كان من أقطاب العهد السابق ، بل قام بمساعدة العديد من الثوار .

وقد فوجئ الطاعن بصدور القانون رقم 2012/36 المعدل بالقانون رقم 2012/47 بشأن إدارة أموال وممتلكات بعض الأشخاص وورود اسمه ضمن الاسماء الواردة بالجدول المرفق بالقانون ، وباستعراض نصوص المواد الأولى والثالثة والرابعة من القانون يتبين أن المجلس الانتقالي - دون قصد منه - كأنه يسير على خطى النظام السابق الذي صادر وأمم الأموال والممتلكات حيث لم يبين القانون ضوابط ومعايير تحديد الأشخاص الواردة أسماؤهم بالجدول إذ أن الطاعن كان من ضمن من نالهم غدر النظام السابق ، بالاستيلاء على معدات وتجهيزات حديقة المتحف الإسلامي التي كانت تديرها الشركة التي يمثلها ، والتي تقدر بأكثر من ثمانية ملايين دينار - كما أن الطاعن لم يكن متورطا في أعمال قتل أو تعذيب أو اغتصاب أو سرقة ، وأن علاقة المصاهرة التي تربطه بأحد أعضاء مجلس قيادة الثورة لا تبيح للمجلس الانتقالي وضع اسمه ضمن من يشملهم الجدول ، وهو ما يصم الحكم بالمخالفة لأحكام الإعلان الدستوري .

وانتهى الطاعن إلى طلب وقف نفاذ القانون - محل الطعن - بصفة مؤقتة إلى حين الفصل في الموضوع ، ويقبول الطعن شكلا وعدم دستورية أحكام القانون رقم 2012/36 المعدل بالقانون رقم 2012/47 مع ما يترتب على ذلك من آثار .

الإجراءات

بتاريخ 2012.6.14 أقام محامي الطاعن الطعن بتقرير لدى قلم كتاب المحكمة العليا مسدداً الرسم ، ومودعاً الكفالة ، وسند وكالته ، وصحيفة بأسباب الطعن ، ومذكرة شارحة ، وطلب تحديد جلسة ، وصور من الإعلان الدستوري والقانون رقم 2012/36 ، والقانون رقم 2012/47 ، ومستندات أخرى ، وأودع بتاريخ 2012.6.18 أصل ورقة إعلان الطعن معلنة إلى المطعون ضدهم بصفاتهم بذات التاريخ لدى إدارة القضايا بتاريخ 2012.7.1 أودع أحد أعضاء القضايا مذكرة بدفاع المطعون ضدهم دفع فيها بعدم قبول الطعن لانقضاء مصلحة الطاعن فيه ، وأودع محامي الطاعن بتاريخ 2012.7.30 مذكرة رادة على دفاع المطعون ضدهم ، وأودعت نيابة النقض مذكرة أبدت فيها الرأي بعدم اختصاص المحكمة بنظر الطعن استناداً إلى أن إصدار المجلس الانتقالي للقانون محل الطعن يعد من أعمال السيادة التي يتمتع على القضاء النظر فيها . وفي الجلسة المحددة لنظر الطعن أصرت على رأيها ، وقررت دفاع الطاعن أنه يصحح شكل الطعن باختصاص رئيس المؤتمر الوطني العام الذي حل قانوناً محل المجلس الوطني الانتقالي في اختصاصاته ، وحددت لنظر الطعن جلسة 2012.11.6 وفيها قررت المحكمة رفض طلب وقف التنفيذ ، وتم حجز الطعن للحكم فيه بجلسة اليوم .

الأسباب

حيث إن قضاء هذه المحكمة جرى على أن للمصلحة في الطعن الدستوري مفهوماً خاصاً ، فهي تتحقق لدى الطاعن متى كان القانون محل الطعن واجب التطبيق عليه ، ولا تنتفي مصلحته في الطعن في أي قانون إلا إذا كان تطبيقه ينحصر في فئة لا ينتمي إليها ، وكان يبين من الجدول المرفق بالقانون

المطعون فيه أن اسم الطاعن ورد ضمن أسماء من أخضعت أموالهم للحراسة بموجبيه ، وحيل بينه وبين أمواله وممتلكاته بوضعها تحت سلطة الحارس العام ، فإنه يكون ذا مصلحة في الطعن ، ويضحي الدفع المبدئي من المطعون ضدهم في هذا الشأن غير سديد .

وحيث إن الطعن استوفى أوضاعه المقررة في القانون فهو مقبول شكلاً .

وحيث إن الطاعن يؤسس طعنه بعدم دستورية القانون محل الطعن على

ما يلي :

أولاً : الإعلان الدستوري نص في مادته السادسة على حظر التمييز بين المواطنين بسبب الأصل أو الجنس أو اللغة أو العقيدة ، وإيراد الدستور لهذه الحالات لا يعني أنه لا يجوز التمييز فيها دون غيرها وإلا جاز التمييز فيما عداها كالتفضيل بناء على المؤلد أو الثروة أو المركز الاجتماعي أو العصبية القبلية أو غيرها ، وقد ميز القانون محل الطعن بين المواطنين بسبب الثروة والنسب والوضع الاجتماعي فوضع قائمة بأسماء أشخاص وفرض الحراسة على أموالهم دون ضوابط محددة بل كان سندها علاقة القرابة والمصاهرة بمن كان تابعاً لأي رمز من رموز النظام السابق - فهل كانت أحكام القانون متسقة مع المبادئ الدستورية أم كانت تشفياً وانتقاماً من جميع من كانت تربطهم صلة قرابة بأفراد النظام السابق - وإذا كان الأصل أن القاعدة القانونية عامة ومجردة فإن إصدار المشرع لقانون يتناول أشخاصاً بذواتهم وقصد به أن يكون تشريعاً عاماً، يجعله غير دستوري لعيب في المحل .

ثانياً : أن المادة السابعة من الإعلان الدستوري تنص على واجب الدولة في صيانة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وصادقت ليبيا على الميثاق

العربي لحقوق الإنسان الذي نص في مادته الحادية والثلاثين على كفالة حق الملكية الخاصة ومنع مصادرة الأموال كلها أو بعضها بصورة تعسفية أو غير قانونية - فهل الإجراءات التي تضمنها القانون محل الطعن دون بيان الأسس التي أستند إليها أو صدور حكم قضائي يثبت جريمة أو فعل تحصل به من تناولهم القانون على أموالهم بطرق غير مشروعة هل هذه الإجراءات تصون حقوق الإنسان أو تهدر كرامته .

ثالثا : أن المادة الثامنة من الإعلان الدستوري تنص على أن الدولة تكفل تكافؤ الفرص ، وتوفير المستوى المعيشي اللائق وحق العمل والتعليم والرعاية الصحية و توزيع الثروة الوطنية ، ونصت المادة السادسة عشرة من الإعلان على أن الملكية الخاصة مصونة ولا يمنع المالك من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون ، وهذا مبدأ قانوني تضمنته أحكام القانون المدني أيضا فلا يجوز فرض قيود على التصرف في الملك الخاص تخالف الإطار القانوني الواجب إتباعه ولا مصادرة الأموال بصورة تعسفية .

ولما كان الاستيلاء بالوضع تحت الحراسة ليس موقوتا بل هو متراخ دون حد ومؤداه خروج الأموال المتعلقة به من يد أصحابها فلا يباشرون سيطرتهم عليها بما يعطل الخيارات التي يرتضونها لاستغلالها - ويجعل أثر الوضع تحت الحراسة معادلا لأثر نزع الملكية في غير حالاته .

وحيث إن الاستيلاء وفقا للقانون محل الطعن توخي تحقيق غرض يبتغيه باسترداد الأموال التي إستولى عليها رموز النظام السابق دون وجه حق إلا أن هذه الضرورة يجب أن تقدر بقدرها فلا يكون الاستيلاء إلا بحكم قضائي كاشف .

رابعا : أن المادة الحادية والثلاثين من الإعلان الدستوري تضمنت حكماً بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وأن المتهم برئ حتى تثبت إدانته وقد انطوى

القانون محل الطعن على مخالفة صريحة لذلك حيث وضع جميع الأشخاص الواردة أسماؤهم بالجدول ومنهم الطاعن في قالب واحد يفترض وقوع الإثم منهم جميعاً وأوقع بحقهم جزاء واحداً دون محاكمة إذ أن مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها يقتضى أن يكون هناك فعل مجرم محدد تحديداً مباشراً يفرض عليه جزاء واضحاً ومن جهة أخرى فقد أضفت المادة الثالثة من القانون على الحارس وصف الحارس القضائي في حين أنه لم يعين من أية محكمة - بما يكون معه - من جماع ما تقدم - أن القانون جاء مخالفاً لأحكام الإعلان الدستوري ويكون الطعن مقاماً على سند من القانون .

وحيث إن أعمال السيادة المحظور على القضاء النظر فيها طبقاً لنص المادة العشرين من قانون نظام القضاء والمادة السادسة والعشرين من القانون رقم 6 لسنة 1982 بإعادة تنظيم المحكمة العليا هي تلك الأعمال التي تتصل بالسياسة العليا للدولة ، وتدخل فيها الإجراءات التي يتخذها للمحافظة على سيادتها وكيانها في الداخل والخارج ، وتشمل العلاقات السياسية بالدول الأخرى والمسائل الحربية وإعلان الأحكام العرفية وحالة الطوارئ ، أما ما يصدر عن الدولة من تشريعات تحد من حق الملكية واستعماله والتصرف فيه مدة محددة ولضرورة معينة لتحقيق مصلحة عامة أو دفع مفسدة تهدد تلك المصلحة أو تنال منها على نحو ما ورد في القانون محل الطعن وتعديله ، فلا يرقى إلى مرتبة أعمال السيادة التي يمتنع على المحاكم النظر فيها ، ولو كان المشرع قد اتجه إلى أن تلك الأعمال من أعمال السيادة لما نص في المادة الثامنة من القانون 36 لسنة 2012 المعدل بالقانون رقم 7 لسنة 2012 م على أن لذوي الشأن الطعن في إخضاع أموالهم وممتلكاتهم للحراسة أمام المحكمة المختصة وفقاً للقواعد

المقررة قانونا ، بما لا يكون معه فرض الحراسة بموجب القانون المذكور وتعديله من أعمال السيادة ، تلك الأعمال التي هي استثناء على الولاية المطلقة للقضاء في نظر المنازعات ، يجب أن تقدر بقدرها ولا يجوز التوسع في تطبيقها أو القياس عليها ، ويظل موضوع هذا الطعن مما يجوز عرضه على القضاء ، وينعقد الاختصاص لهذه المحكمة بنظره .

وحيث إن علة وضع بعض الأموال تحت الحراسة وفقا للقانون المطعون بعدم دستوريته وتعديله هي كونها محل شبهة من حيث مصدرها وخشية من تهريبها أو تبديدها وحرمان مالكيها الأصلي منها أو استعمالها فيما يهدد مصلحة الوطن والمواطن . وهو معيار موضوعي مجرد لا ينطوي على أي تمييز بين المواطنين بسبب ثروة أو قرابة أو علاقة من أي نوع ، بما يرفع عن الحراسة وصف العقوبة وينأى بقانون فرضها عن التمييز بما أورده الطاعن من معايير .

وحيث إن الحراسة وفقا لمقتضى القانون رقم 36 لسنة 2012 وتعديله بالقانون رقم 47 لسنة 2012 ليست عقوبة ولا مصادرة ولا نزع للمال أو الممتلك من ملك صاحبه أو حرمانه له منه ، بل هي تدبير احترازي مؤقت يرتبط بضرورة دعت إليه وينتهي بانتهائها ، وتوضع بموجبه أموال وممتلكات يشتبه في مشروعيتها مصدرها ، وينشئ فترة ريبه لا يعتد خلالها بالتصرفات التي يقوم بها من وضعت أموالهم تحت الحراسة ، ولا سبيل إلى التحقق من تلك المشروعية وانقضاء استعمال تلك الأموال والممتلكات فيما يخل بالمصالح العليا للدولة إلا بوضعه تحت يد حارس عام يحفظها ويغل أيادي أصحابها ومن يتبعونهم من أزواج وأبناء يشاركونهم الاستفادة منها من التصرف فيها تبديدها ، ويعمل النظر فيما أجري عليها منذ بدء فترة الريبة من تصرفات قد تهدف إلى إعادها عن رقابة الدولة والحيلولة دون إعادتها - متى ثبت فساد مصدرها - إلى ذي الحق فيها ، ولكي

تأمين البلاد شر استعمالها فيما يهدد أمنها واستقرارها ، فإذا تحققت مشروعية مصدرها ، وانحسرت عنها وعن أصحابها مظنة استعمالها فيما يؤدي الجماعة أعينت إليهم بغلتها بعد استتزال مصروفات حفظها وإدارتها طبقاً لأحكام القانون المطعون بعدم دستوريته ، وليس في أحكام ذلك القانون مؤاخذه للابن بجريرة أبيه ولا للزوج بذنب زوجه لأن القيد وارد في القانون على المال المشبوه أيا كان مالكة أو واضع اليد عليه ولم يضع القانون أي عقوبة جنائية على تلك الملكية ، ولا عدوان فيه على حق الملكية أو الحيازة لأن الملكية المصونة هي تلك الناتجة عن مصدر حلال ، فإذا ما ارتفع عنها ذلك الحل ، وتبين أنها ترد على مال مستولي عليه من مالكة الأصلي ، كان هذا القانون وما تضمنه من أحكام محققا لحماية المالك الأصلي بإعادة ملكه إليه ، ورد أي مفسدة تعود منه عليه أو على غيره ، كما أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن للدولة أن تنظم أي شأن من شؤونها بقانون ، أما ما يثيره الطاعن من أن القانون أضفى على الحارس وصف الحارس القضائي في حين أنه لم يعين من محكمة مختصة فهو أيا كان وجه الرأي فيه - محله محكمة الموضوع ، ولا يصلح سببا للطعن بعدم الدستورية ، وتعدو مناعي الطاعن على القانون محل الطعن وتعديله في غير محلها .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، فإن الطعن يكون غير قائم على أساس ، بما يتعين معه رفضه .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلا ، وفي الموضوع برفضه وإلزام الطاعن بالمصاريف .

**المحكمة العليا
باسم الشعب
* الدائرة الدستورية ***

بجاستها المنعقدة علناً صباح يوم الأحد 11 محرم 1434 هـ
الموافق 2012.11.25 ميلادية بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : كمال بشير دهان ((رئيس الدائرة))

وعضوية المستشارين الأساتذة :

يوسف مولود الحنيش	محمد إبراهيم الورفلي
المقطوف بلعيد إشكال	جمعة صالح الفيتوري
الطاهر خليفة الواعر	عبدالقادر جمعة رضوان
فوزي خليفة العابد	عبدالسلام محمد بحيج
محمد عبدالسلام العيمان	د. جمعة محمود الزريقي
أشرف علي الأزهري	المبروك عبدالله الفاخري
د. سعد سالم العسبلي	محمد أحمد القائدي
لطف صالح الشاملي	فرج أحمد معروف

ويحضور المحامي العام

بنيابة النقض الأستاذ : أحمد الطاهر النعاس.

ومدير إدارة التسجيل السيد : أسامة علي المدهوني .

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الدستوري رقم 59/16 ق

المقدم من :

1. وآخرين
((تمثلهم المحامية / فاطمة الككلي))

ضد :

1. رئيس المؤتمر الوطني العام بصفته .
 2. رئيس مجلس الوزراء بصفته .
 3. وزير المالية بصفته .
 4. وزير العدل بصفته .
- ((وتنوب عنهم إدارة القضايا))

عن القانون رقم 52 لسنة 2012 بشأن وضع ضوابط تقلد بعض الوظائف

بعد الإطلاع على الأوراق وتلاوة تقرير التلخيص وسماع المرافعة الشفوية
ورأي نيابة النقض ، وبعد المداولة .

الوقائع

أقام الطاعنون هذا الطعن أمام المحكمة العليا على الجهات المطعون
ضدها طالبين الحكم بعدم دستورية القانون رقم 52 لسنة 2012 بشأن وضع
ضوابط تقلد بعض الوظائف الذي ينص في مادته الثالثة على أنه « لا يجوز لمن
شغل وظيفة رئيس بعثة دبلوماسية أو قنصلا أو مندوبا لدي منظمة دولية أو
إقليمية أو مراقبا ماليا في عهد معمر القذافي ان يتقلد أو يستمر في شغل
الوظائف المذكورة في المادة الأولى لمدة عشر سنوات من نفاذ هذا القانون ».

وأنة لما كان هذا القانون ينطوي على مساس بحقوق أساسية للطاعنين بحكم القانون وخلافا للمبادئ الواردة في الإعلان الدستوري المؤقت الصادر بتاريخ 2011.8.3 ، إذ خالف هذا القانون المواد (1) و(6) و(7) و(8) و(31) من الإعلان الدستوري المذكور ، الأمر الذي تكون معه للطاعنين مصلحة جديّة ومشروعة في رفع هذا الطعن طالبين الحكم بعدم دستوريته ، وقدم الطاعنون ضمن حافظة مستندات إفادتين صادرتين من وزارة المالية بأن الطاعنين سبق إيفادهم للعمل كمراقبين ماليين بالخارج .

وبموجب التعديل الدستوري رقم (1) لسنة 2012 الصادر بتاريخ 2012.03.13 آلت كافة اختصاصات المجلس الوطني الانتقالي المؤقت إلى المؤتمر الوطني العام . وبتاريخ 2012.8.8 تم انتقال السلطة فعليا من المجلس الوطني الانتقالي الى المؤتمر الوطني العام بتسلم أعضاء المؤتمر الوطني العام للسلطة من المجلس الوطني الانتقالي .

الإجراءات

بتاريخ 2012.7.12 قررت محامية الطاعنين الطعن على القانون المذكور لدى قلم كتاب المحكمة العليا مسددة الرسم ومودعة الكفالة ، ومذكرة بأسباب الطعن ومستندات التوكيل ، وصورة من القانون المطعون بعدم دستوريته وأخري من الإعلان الدستوري .

وبتاريخ 2012.7.14 أودعت مذكرة شارحة لأسباب الطعن .

وبتاريخ 2012.7.17 أودعت أصل ورقة أعلاه الطعن معلنة إلى الجهات

المطعون ضدها عن طريق إدارة القضايا بتاريخ 2012.7.15 . وقدم أحد أعضاء

إدارة القضايا بتاريخ 2012.8.8 مذكرة بدفاع المطعون ضدهم بصفتهم .

وأعدت نيابة النقض مذكرة برأيها في الطعن خلصت فيها إلى قبوله شكلا وفي الموضوع بعدم دستورية القانون المطعون فيه ، وبالجلسة عدلت عن رأيها إلى قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا .

الأسباب

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه المقررة قانونا فهو مقبول شكلا .

وحيث إن مما ينعاه الطاعنون على القانون المطعون بعدم دستوريته مخالفة المادة الثالثة منه لنصوص المواد (6) و (7) و (8) من الإعلان الدستوري تأسيسا على أن نص المادة الثالثة من القانون موضوع الطعن تضمن حرمان الطاعنين من شغل بعض الوظائف التي شغلوها في النظام السابق لمدة عشر سنوات من نفاذ القانون ، وبذلك يكون قد اخل بمبدأ المساواة المقرر بموجب المادة (6) من الإعلان الدستوري التي تنص على أن الليبيين سواسية أمام القانون متساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفي تكافؤ الفرص " كما خالف نص المادة (7) من الإعلان الدستوري الذي يقضي بأن تصون الدولة حقوق الإنسان وحياته الأساسية . الأمر الذي يكون معه هذا القانون قد أوجد تمييزا لا مبرر له بين الذين شغلوا تلك المناصب قبل ثورة 17 فبراير وبين غيرهم ، بالرغم من تماثل مراكزهم القانونية و مساواتهم أمام القانون ، بما يكون معه هذا القانون مخالفا للمبادئ التي أرساها الإعلان الدستوري .

وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أن نص المادة السادسة من الإعلان الدستوري يقضي بأنه " الليبيون سواء أمام القانون ، ومتساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفي تكافؤ الفرص ، وفيما عليهم من الواجبات والمسئوليات العامة ، لا تمييز بينهم بسبب الدين أو المذهب أو اللغة أو الثروة أو الجنس أو

النسب أو الآراء السياسية أو الوضع الاجتماعي أو الانتماء القبلي أو الجهوي أو الأسري " وتنص المادة الثامنة منه على أنه " تضمن الدولة تكافؤ الفرص ، وتعمل على توفير المستوى المعيشي اللائق وحق العمل والتعليم والرعاية الصحية والضمان الاجتماعي لكل مواطن ... " .

ومقتضى ذلك أن لكل المواطنين الحق في تولي الوظائف العامة على حد سواء دون تمييز إلا بموجب التخصص أو الكفاءة أو الخبرة ، فلا يجوز حرمان أي منهم من تقلد منصب عام متى توافرت فيه شروط توليه ، لما ينطوي عليه ذلك الحرمان من خرق لمبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق ولمبدأ تكافؤ الفرص والحق في العمل .

وإذ كان يبين من القانون المطعون بعدم دستوريته أنه نص في مادته الثالثة على حرمان من تولي وظائف معينة في عهد معمر القذافي ، ومنها وظيفة مراقب مالي التي كان يشغلها الطاعنون ، من تقلد الوظائف المذكورة أو الاستمرار في شغلها لمدة عشر سنوات من تاريخ نفاذه دون مبرر ويفتقر إلى الأسس الموضوعية التي تقوى على حمله ، وعلى نحو لا يصلح سببا للإقصاء عن الوظيفة العامة ، لما ينطوي عليه من إهدار للمبادئ السامية سالفة الذكر ، مما يصمه بعدم الدستورية .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلا ، وبعدم دستورية القانون رقم 52 لسنة 2012 بشأن وضع ضوابط تقلد بعض الوظائف وإلزام الجهات المطعون ضدها المصاريف . وينشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية .

المحكمة العليا
باسم الشعب
*** الدائرة الدستورية ***

بجلستها المنعقدة علناً صباح يوم الأحد 10 صفر 1434 هـ
الموافق 2012.12.23 ميلادية بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : كمال بشير دهان «رئيس الدائرة»

وعضوية المستشارين الأساتذة :

محمد إبراهيم الورفلي	يوسف مولود الحنيش
جمعة صالح الفيتوري	المقطوف بلعيد إشكال
عبدالقادر جمعة رضوان	الطاهر خليفة الواعر
محمد عبدالسلام العيان	عبدالسلام محمد بحريح
الشريف علي الأزهرري	د. جمعة محمود الزريقي
د. سعد سالم العسبلي	المبروك عبدالله الفاخري
د. حميد محمد القمطاطي	محمد أحمد الفائدي
فرج أحمد معروف	لطفي صالح الشاملي

وبحضور المحامي العام

بنيابة النقض الأستاذ : د. علي مسعود محمد .

ومدير إدارة التسجيل السيد : أسامة علي المدهوني .

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الدستوري رقم 59/25 ق .

المقدم من :

((عن نفسه وبصفته محاميا))

ضد :

1. رئيس المؤتمر الوطني العام بصفته .
2. رئيس مجلس الوزراء بصفته .
3. وزير العدل بصفته .

((وتنوب عنهم إدارة القضايا))

عن نص المادة الثانية من القانون رقم 7 لسنة 2004
بشأن إلغاء محكمة الشعب

بعد تلاوة تقرير التلخيص وسماع المرافعة الشفوية ورأي نيابة النقض ،
والاطلاع على الأوراق ، والمدولة .

الوقائع

تخلص الواقعة في أن الطاعن أقام الطعن المائل ضد المطعون
ضدهم بصفاتهم طالباً الحكم بعدم دستورية المادة الثانية من القانون رقم 7
لسنة 1373و.ر- 2004 بشأن إلغاء محكمة الشعب التي جري نصها على
أن « تؤول الاختصاصات التي كانت مسندة إلى كل من محكمة الشعب
ومكتب الادعاء الشعبي بموجب القانون رقم 5 لسنة 1988 إلى المحاكم
والنيابات المختصة أو التخصصية ».

الإجراءات

بتاريخ 2012.8.7 حضر السيد إلى قلم تسجيل المحكمة العليا وقرر أمامه الطعن في المادة الثانية من القانون سالف الذكر ، وأودع مذكرة بأسباب الطعن ، وأخري شارحة ، وحافضة مستندات ، تضمن غلافها مضامينها وسدد الرسم ، وأودع الكفالة ، وبتاريخ 2012.8.28 أودع أصل ورقة إعلان الطعن معلنة للمطعون ضدهم بذات التاريخ ، وفي 2012.9.26 أودعت إدارة القضايا مذكرة بدفاع المطعون ضدهم دفعت فيها بأن الجرائم التي كانت تختص بها محكمة الشعب ذات خطورة خاصة تترجح فيها الاعتبارات السياسية على اعتبارات الشرعية الإجرائية وأن نظام الإحالة للمحاكمة طبقا لقانون محكمة الشعب لا ينال من مبدأ المساواة وأن هذا القانون ينظم الحبس الاحتياطي ويقيده بمدد محددة ويكفل ضمانات التحقيق ، وبتاريخ 2012.10.09 أودع الطاعن مذكرة رادة .

قدمت نيابة النقض مذكرة أبدت فيها الرأي بقبول الطعن شكلا وفي الموضوع بعدم دستورية المادة المطعون فيها .

حددت جلسة 2012.11.25 لتنظر الطعن وفيها تلا المستشار المقرر تقرير التلخيص ودفعت نيابة النقض بعدم توافر المصلحة في الطعن ، كما دفعت الحاضرة عن المطعون ضدهم بعدم سريان الإعلان الدستوري على القانون المطعون فيه لأنه لا يسري إلا على التشريعات اللاحقة له ونظرت الدعوى على النحو الوارد بمحاضرها ثم حجزت للحكم فيها بجلسة اليوم .

الأسباب

حيث إنه عن دفع نيابة النقض بعدم قبول الطعن لانتفاء المصلحة فهو في غير محله ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للمصلحة في الطعن الدستوري مفهوما خاصا ، فهي تتحقق في جانب الطاعن متى كان القانون موضوع الطعن واجب التطبيق عليه ، ولا تنتفي مصلحته في الطعن على أي قانون إلا إذا كان تطبيقه ينحصر في فئة لا ينتمي إليها و إذ كان النص المطعون بعدم دستورية ينظم إجراءات التحقيق والمحاكمة عن الجرائم المحددة به في حالة ارتكابها من أي شخص فإن للطاعن مصلحة شخصية في الطعن فيه .

لما كان ذلك وكان الطعن قد استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلا .

وحيث ينعي الطاعن بعدم دستورية نص المادة الثانية من القانون رقم 2004/7 بشأن إلغاء محكمة الشعب لأنه يتضمن انتهاكا لقاعدة المساواة بين المواطنين في الخضوع للقانون وانطوي على إهدار لمبدأ العدالة والحرية وذلك بنقله جميع الاختصاصات والصلاحيات التي كانت مسندة إلى محكمة الشعب ومكتب الادعاء الشعبي بموجب القانون رقم (5) لسنة 88 إلى المحاكم والنيابات التخصصية أو المختصة وبذلك يكون قد نقل الاختصاصات الاستثنائية الواردة في المادة (19) من هذا القانون والتي بموجبها يتولى مكتب الادعاء الشعبي دون غيره التحقيق في الوقائع التي تختص محكمة الشعب بالفصل فيها ولا تتوقف إقامة الدعوى عنها على إذن ، وبإحالة الدعوى ومباشرتها ولها كافة الاختصاصات والصلاحيات المقررة قانوناً لقاضي التحقيق والنيابة العامة وغرفة الاتهام بهذا الشأن ، كما نقل التعديلات التي طرأت بموجب القانون رقم 7 لسنة 2004 ، على المادة (26) من القانون رقم 88/5 المشار إليه والتي أعطت

مكتب الادعاء الشعبي صلاحيات قاضي التحقيق وعدم تقييد مكتب الادعاء في التحقيقات التي يجريها بأحكام المواد (40 - 42 - 45 - 66 - 75 - 81 - 84 - 106) من قانون الإجراءات الجنائية وعدم سرعان أحكام المواد (58 - 60 - 61 - 62 - 67 - 68 - 72 - 73 - 80) من القانون المذكور في شأن تلك التحقيقات . وبذلك أصبح من اختصاصات النائب العام السلطات المخولة للنياحة العامة وقاضي التحقيق ، وكذلك سلطتي التحقيق والإحالة المسندتين لغرفة الاتهام ، كما أصبح بموجب التعديلات التي طرأت على المادة (26) المشار إليها متخلصاً من كل ضمانات المحاكمة العادلة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية ومستثنياً من سريانها على التحقيقات التي يجريها كما أعطي للنائب العام سلطة إحالة بعض المتهمين إلى غرفة الاتهام وإحالة غيرهم عن نفس التهمة إلى محكمة الجنائيات متخطياً غرفة الاتهام التي تعتبر جهة الإحالة إلى تلك المحكمة ولها من الصلاحيات بموجب المادة (145) من قانون الإجراءات وما بعدها ما يمكنها من تعديل القيد والوصف وكذلك الأمر بالأوجه لإقامة الدعوى وفي ذلك تمييز بين المواطنين في الخضوع للقانون ، الأمر الذي يجعل نص المادة المطعون فيه مخالفاً مبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون وقيدا على الحريات والحقوق التي كفلها الإعلان الدستوري في مادتيه السادسة والسابعة وخلص الطاعن في أسباب طعنه إلى طلب قبول الطعن شكلا ، وفي الموضوع الحكم بعدم دستورية المادة الثانية من القانون رقم 7 لسنة 2004 بشأن إلغاء محكمة الشعب .

وحيث إنه من المقرر أن مبدأ المساواة أمام القانون يستهدف حقوق الأفراد وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقييد ممارستها ومقتضي ذلك إقامة وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر تطبيقها على

الحقوق والحريات العامة الواردة في النصوص الدستورية بل يمتد من حيث النطاق إلى الحقوق والحريات التي يقرها القانون العادي ويكون مصدرا لها ومن ثم لا يجوز للقانون أن يقيم تمييزاً غير مبرر بين المراكز القانونية المختلفة التي تتماثل عناصرها وهذا ما كفلته النصوص الدستورية لاسيما المادتان السادسة والسابعة من الإعلان الدستوري الصادر بتاريخ 2011.8.3 حيث تنص المادة السادسة منه على أن « الليبيون سواء أمام القانون ، ومتساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية ، وفي تكافؤ الفرص لا تمييز بينهم » وتنص المادة السابعة على أن « تصون الدولة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ... ».

لما كان ذلك ، وكانت المادة الثانية من القانون رقم 7 لسنة 2004 بشأن إلغاء محكمة الشعب المطعون فيها تنص على أن « تؤول الاختصاصات والسلطات التي كانت مسندة إلى كل من محكمة الشعب ومكتب الادعاء الشعبي بموجب القانون رقم 1988/5 م المشار إليه إلى المحاكم والنيابات المختصة أو التخصصية ». ومقتضى هذا النص أنه في الوقائع التي كانت تختص بها محكمة الشعب حلت النيابة العامة محل مكتب الادعاء الشعبي في الاختصاصات والسلطات التي كانت موكلة إليه بموجب المادة (19) من القانون رقم 5 لسنة 88 والتي تنص على أن « ... ويكون لمكتب الادعاء الشعبي كافة الاختصاصات والسلطات المقررة قانونا لقاضي التحقيق والنيابة العامة وغرفة الاتهام ». ويكون للنيابة العامة بذلك إحالة المتهم في جنائية إلى غرفة الاتهام وإحالة متهم آخر يماثله في المركز القانوني مباشرة إلى محكمة الجنائيات فتحرمه من سلطات الغرفة في استكمال التحقيق وتعديل وصف التهمة والأمر بالأوجه لإقامة الدعوى - دون التقيد بأية ضوابط أو معايير مما يخلق تمايزا بين الأفراد في الخضوع للقانون ويخل بمبدأ المساواة في الحقوق - فضلا عن أنه في التطبيق يتعذر معرفة ما إذا

كانت النيابة العامة تمارس صلاحياتها العادية أم الصلاحيات التي آلت إليها بموجب النص المطعون فيه في هذا الخصوص .

كما يترتب على النص المطعون فيه أعمال المادة (21 مكرر أ) المضافة بالقانون رقم 2004/7 الذي بموجبه يكون لمأمور الضبط القضائي أن يحتفظ بالمتهم لمدة سبعة أيام ، وأن الاستجواب يتم خلال الأربعة عشر يوماً التالية لتاريخ ضبطه أو تسليمه إذا كان مقبوضاً عليه وهذا يمس حقوق الشخص الخاضع له ويحرمه من ضمانات التحقيق لأن بقاءه مقبوضاً عليه المدة المذكورة هو أقرب إلى الحبس الاحتياطي الذي لا يصدر الأمر به إلا بعد إجراء تحقيق حول ظروف الواقعة وارتكابها وبحث مدى خطورة المتهم والموازنة بين مصلحة التحقيق وحق الفرد في الحرية ، كما أنه بموجب النص المطعون فيه أصبحت النيابة العامة في الوقائع المشار إليها تستمد صلاحياتها في الحبس الاحتياطي من نص المادة (22) من القانون رقم 5 لسنة 1988 المشار إليه وليس من المواد (122) و (176) و (177) من قانون الإجراءات الجنائية المعدلة بالقانون رقم 3 لسنة 2003 وبذلك يكون للنيابة العامة أن تأمر بحبس المتهم احتياطياً لمدة خمسة وأربعين يوماً وإن روى مد الحبس وجب عرض الأوراق على رئيس النيابة ليصدر أمراً بالإفراج على المتهم أو بمد الحبس مدة أو مدد لا تتجاوز في مجموعها تسعين يوماً ، ولا يكون هناك رقابة على الحبس الاحتياطي إلا بعد هذه المدة وذلك بخلاف القواعد العامة التي لا تعطي للنيابة سلطة الحبس الاحتياطي إلا لمدة ستة أيام أما ما زاد على هذه المدة فلا يكون إلا بأمر من القاضي الجزئي أو من المحكمة الابتدائية ، وبذلك يكون النص المطعون فيه قد نقل في الحبس الاحتياطي النظام الاستثنائي الذي كان معمولاً به في محكمة الشعب الملغاة والذي قد يؤدي إلى حرمان المتهم من حريته الشخصية مدة قد

تصل تسعين يوماً دون حضور دفاعه المترتب على أعمال المادة (26) من القانون رقم 88/5 المعدلة بالقانون رقم 7 لسنة 2004 التي مؤدي أعمالها انقاص الضمانات التي يقرها قانون الإجراءات الجنائية ومنها دعوة المحامي لحضور التحقيق عند استجواب المتهم في جناية أو مواجهته بغيره من المتهمين أو الشهود وكذلك حق المتهم في الاستعانة بخبير استشاري وفي رد الخبير وشروط صحة التفتيش وغيرها من الضمانات التي لم يكن مكتب الادعاء يتقيد بها بموجب المادة 26 المشار إليها ، وتربيا على ذلك فإن النص المطعون فيه بإبقائه على الصلاحيات والاختصاصات التي كانت مسندة لمحكمة الشعب ومكتب الادعاء ومنحها للجهات الواردة به يقيم تمايزا بين الأفراد في الخضوع للقانون وينتهك مبدأ المساواة وينال من الحرية الشخصية ويخل بضوابط المحاكمة العادلة وهو ما يجعله مخالفاً للقواعد الدستورية الراسخة في هذا المجال ، التي أكدتها المادتان السادسة والسابعة من الإعلان الدستوري القائم سالفتي البيان ويصمه من ثم بعدم الدستورية ولا ينال من ذلك القول بعدم سريان الإعلان الدستوري القائم على النص المطعون فيه ذلك أن مبادئ المساواة أمام القانون والقضاء وحماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية من المبادئ التي رددتها جميع القوانين الأساسية الليبية المتعاقبة بدءاً من دستور سنة 1951 م وانتهاء بالإعلان الدستوري القائم ، ولا مجال للتحجج بأن الجرائم التي كانت تختص بها محكمة الشعب ذات خطورة خاصة واعتبارات سياسية ذلك أن طبيعة الجريمة ودرجة خطورتها لا تبرران مخالفة القوانين للقواعد الدستورية وهي الاسمى منها ، ويتعين من ثم القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه ، دون أن يؤثر ذلك على صحة الإجراءات التي تمت في ظله .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلا ، وبعدم دستورية نص المادة الثانية من القانون رقم 7 لسنة 2004 بشأن إلغاء محكمة الشعب ، وينشر الحكم في الجريدة الرسمية .

إدارة القضاء

**المحكمة العليا
باسم الشعب
* دوائر المحكمة مجتمعة ***

بجلستها المنعقدة علناً صباح يوم الإثنين 20 صفر 1434 هـ
الموافق 2013.12.23 ميلادية بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس .

برئاسة المستشار الأستاذ : يوسف مولود الحنيش
وعضوية المستشارين الأساتذة :

محمد إبراهيم الورفلي	عزام علي الديب
صالح عبدالقادر الصغير	فوزي خليفة العابد
عبدالسلام محمد يحيح	المبروك عبدالله الفاخري
د. سعد سالم العسبلي	د. حميد محمد القماطي
فرج أحمد معروف	علي عمران التواتي
د. نورالدين علي العكمي	بشير سعد الزيناني

ويحضور المحامي العام

بنيابة النقض الأستاذ : أحمد الطاهر الناس .
ومدير إدارة التسجيل السيد : أسامة علي المدهوني .

أصدرت الحكم الآتي

في قضية الطعن الدستوري رقم 59/29 ق

بعدم دستورية نص المادة رقم (3 مكرر) من القانون رقم 1430/7
بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 1423/6 بشأن أحكام القصاص والدية

المقدم من :

((يمثله المحامي / أبو بكر علي الشريف))

ضد :

1. الممثل القانوني للمؤتمر الوطني العام بصفته .
2. رئيس مجلس الوزراء بصفته .
3. النائب العام بصفته .

بعد الإطلاع على الأوراق وتلاوة تقرير التلخيص وسماع المرافعة الشفوية وراي نيابة النقض وبعد المداولة .

الوقائع

أقام الطاعن الطعن المائل على المطعون ضدهم بصفاتهم بصحيفة قال بيانا لها أن النيابة العامة اتهمته أنه بتاريخ 2011.9.29 بدائرة مركز الأمن الشعبي قصر الأختيار.

قتل نفسا خطأ بدون قصد ولا تعمد بأن قام بإطلاق عدة أعيرة نارية في اتجاه إطارات المركبة الآلية الموصوفة بالأوراق قاصدا إيقافها والتي كان يقودها المدعو فأصيب زوجته المسماة الجالسة بجواره بالمقعد الأيمن بالمركبة بأعيرة نارية أدت إلى وفاتها كما هو موضح بتقرير الطبيب الشرعي الأمر المنطبق عليه المواد (3) و (3 مكرر) و (5) و (6) من القانون رقم 6 لسنة 1428 المعدل بالقانون رقم 7 لسنة 1430 م بشأن القصاص والدية ، واحتياطيا بالمادتين (377) و (3/63) من قانون العقوبات ، وقيدت الواقعة جنحة تحت رقم 2011/7 قصر الأختيار .

والمحكمة بتاريخ 2012.1.16 قضت حضوريا بإدانة المتهم
عما نسب إليه وبإلزام عاقلته بدفع دية المجنى عليها بما يرتضيه
أولياء دمها وبلا مصاريف جنائية .

استأنف الطاعن هذا الحكم أمام دائرة الجرح والمخالفات المستأنفة
بمحكمة الخمس الابتدائية ، وأثناء نظر الاستئناف دفع الطاعن بعدم دستورية
المادة (3 مكرر) من القانون رقم 1430/7 بشأن تعديل بعض أحكام القانون
رقم 6 لسنة 1423 بشأن أحكام القصاص والدية التي تنص على أن : « يحدد
المقدار المالي للدية بما يقبل به ولي الدم ».

والمحكمة قررت وقف السير في الدعوى لتمكين الطاعن من رفع دعوى
دستورية خلال ميعاد لا يجاوز ثلاثة أشهر .

الإجراءات

بتاريخ 2012.9.30 قرر محامي الطاعن أمام قلم كتاب المحكمة
العليا الطعن بعدم دستورية المادة (3 مكرر) من القانون رقم 7 لسنة 1430
بشأن تعديل بعض أحكام قانون القصاص والدية ، وسدد الرسم ، وأودع الكفالة
والوكالة ، ومذكرة بأسباب الطعن ، وحافضة مستندات .

وبتاريخ 2012.10.14 أودع أصل ورقة إعلان الطعن معلنة إلى
المطعون ضدهم في 2 ، 2012/10/8 ، وبتاريخ 2012.10.18 أودع مذكرة
شارحة ، وأودعت نيابة النقض مذكرة انتهت فيها إلى الرأي بقبول الطعن شكلا
ورفضه موضوعاً .

وبالجلسة المحددة لنظر الدعوى عدلت عن رأيها إلى عدم دستورية المادة
محل الطعن .

الأسباب

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه المقررة في القانون فهو مقبول شكلاً وحيث يعنى الطاعن على النص المطعون فيه بمخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها وقانون العقوبات والمرافعات من وجهين :

1. أن القرآن الكريم أوجب على من قتل مؤمناً خطأ أن يدفع الدية إلى أهل المقتول وأن الأحاديث النبوية بينت مقدار تلك الدية وجنسها فهي مائة من الإبل أو ألف دينار من الذهب أو عشرة آلاف درهم من الفضة ، وقد بين الفقه وجوب القيام بذلك في أجال بحسب اقتراف الجريمة هل هي على العمد أو الخطأ .

والنص القانوني محل الطعن جاء على الضد من ذلك كله وهو وأن كان ظاهره الرحمة والاحتكام الى شرع الله بداية إلا أن باطنه النكوص إلى أحكام الجاهلية وإثراء الخصام بين الناس ، وآية ذلك أنه ترك تحديد مقدار الدية إلى ما يرضى ويقبل به أولياء الدم وهذا عين حكم الجاهلية الأولى إذ أن مشارب الناس تتفاوت وما يرضى به أحد قد لا يرضى به البعض الآخر .

إلى جانب مخالفة النص لما قرره النبي الكريم عليه الصلاة والسلام من بيانه لمقدار الدية وجنسها ، وهديه صلى الله عليه وسلم أولى بالاتباع الأمر الذي يكون معه النص المطعون فيه مخالفاً مخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية ، وللمادة الأولى من الإعلان الدستوري المؤقت الصادر في 2011.8.3 التي تنص على أن الإسلام دين الدولة والشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع .

2. أن الدية في الشريعة الإسلامية تدور بين العقوبة والتعويض وقانون العقوبات في المادتين (26) و (27) يوجب أن تكون العقوبة مقدرة

بمبلغ مالي معين وليس دلي سبيل الإجمال والإبهام ، كما أن الحكم وفق قانون المرافعات المدنية والتجارية يجب أن يتضمن منطوقه بياناً لما هو محكوم به كتحديد المبلغ المالي المقضي به على سبيل التعويض فلا يجوز الحكم بمجهول أو معلق على شرط وإذا صدر الحكم كذلك عابه الإبهام والغموض وتعذر تنفيذه .

فعدم تقدير الحكم الدية بالمال المقوم يترك الباب مفتوحاً لتحكم الخصوم وتقديراتهم بدل أن يكون حاسماً ومدهوماً للجميع .

وانتهي إلى طلب الحكم بقبول الطعن شكلاً وبعدم دستورية نص المادة (3 مكرر) من القانون رقم 7 لسنة 1430 م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 6 لسنة 1423 م بشأن أحكام القصاص والدية ، والمتضمن ما يلي : « يحدد المقدار المالي للدية بما يقبل به ولي الدم » الذي استند إليه المطعون ضده الثالث بصفته في توجيه الاتهام للطاعن في القضية رقم 7 لسنة 2011 قصر الأختيار .

وحيث إن نعي الطاعن بعدم دستورية النص المطعون فيه شديد ذلك أن المادة الأولى من الإعلان الدستوري المؤقت الصادر بتاريخ 2011.8.3 تنص على أن : « ... الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ... » . وتنص المادة (31) من الإعلان الدستوري المؤقت على أنه « لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص » .

لما كان ذلك وكانت الدية في جرائم القتل تجمع بين وصفي العقوبة والتعويض ، فإنه يجب أن يحدد مقدارها بنص في القانون وفي الحدود المقررة في المصدر الرئيسي للتشريع عملاً بالقاعدة الدستورية المشار إليها التي تقضي بالألا

عقوبة دون نص وإذ خالف النص المطعون فيه ذلك ولم يحدد مقدار الدية وترك ذلك لولي الدم فإنه يكون قد خالف المادة الأولى من الإعلان الدستوري المشار إليها وهو ما يقتضي تدخل المشرع لمعالجة ذلك ويتعين معه الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلا وبعدم دستورية نص المادة الثالثة مكرر من القانون رقم 7 لسنة 1430 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 6 لسنة 1423 بتعديل أحكام قانون القصاص والدية ، وينشر في الجريدة الرسمية .

التشريعات

الإدارة القضائية

إدارة القضيبي

قانون رقم (1) لسنة 2013 ميلادية في شأن منع المعاملات الربوية

بعد الاطلاع :

- على الإعلان الدستوري المؤقت الصادر في 3 أغسطس 2011م وتعديلاته .
 - وعلى القانون رقم (1) لسنة 2005م. بشأن المصارف وتعديلاته .
 - وعلى القانون رقم (23) لسنة 2012م. بشأن النظام التجاري .
 - وعلى القانون رقم (3) لسنة 1986م. بشأن من أين لك هذا .
 - وعلى النظام الداخلي للمؤتمر .
- وعلى ما خلص إليه المؤتمر الوائي العام في جلسته المنعقدة بتاريخ 2013.01.06م .

صدر القانون الآتي

مـ (1) مادة

يمنع التعامل بالفوائد الدائنة والمدينة في جميع المعاملات المدنية والتجارية التي تجري بين الاشخاص الطبيعية والاعتبارية ، ويبطل بطلانا مطلقاً كل ما تترتب على هذه المعاملات من فوائد ربوية ظاهرة أو مستترة .

ويعتبر من قبيل الفائدة كل عمولة أو منفعة مهما كان نوعها يشترطها الدائن إذا ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها منفعة أو خدمة حقيقية مشروعة يكون الدائن قد أداها .

مـ (2) مادة

لا يجوز تقاضي الفوائد الربوية الناتجة عن المعاملات المدنية أو التجارية المستحقة قبل تاريخ العمل بهذا القانون ، والتي لم يتم أداؤها بعد ، ولو كان قد

صدر بها حكم نهائي .

مـ (3) مادة

يلتزم المدين بسداد أصل الدين المترتب على المعاملات المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون وفقاً لترتيبات السداد المتفق عليها .

مـ (4) مادة

ينشأ بموجب هذا القانون صندوق يسمى صندوق (الإقراض الحسن) ، يتمتع بالشخصية الاعتبارية والنمة المالية المستقلة ، ويصدر نظامه الأساسي ، وتحدد موارده نوعاً وكماً ، وأوجه وشروط الإقراض بقرار من مجلس إدارة مصرف ليبيا المركزي ، ويخضع لإشرافه ورقابته ، على أن يكون من ضمن موارده مساهمات الدولة ومؤسساتها .

مـ (5) مادة

لا تطبق الأحكام الخاصة بالفوائد الربوية الواردة بالتشريعات النافذة وتعتبر ملغاة كل كلمة أو عبارة تشير إلى الفائدة الربوية أينما وردت في تلك التشريعات ، وذلك بالنسبة للمعاملات المشار إليها سلفاً ، ويتعين على الجهات ذات العلاقة تنظيم المعاملات المدنية والتجارية والمصرفية بما يتوافق كلياً مع أحكام الشريعة الإسلامية .

مـ (6) مادة

يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة أو بغرامة لا تقل عن ألف دينار ، ولا تزيد عن خمسة آلاف دينار كل من خالف أيّاً من أحكام المادتين الأولى والثانية من هذا القانون .

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين أو بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد عن عشرة آلاف دينار إذا استغل الدائن حاجة المدين أو ضعفه أو هوى نفسه أو كان معتاداً على الإقراض الربا .

مـ (7) مادة

يسري هذا القانون على معاملات الأشخاص الاعتبارية فيما بينها ابتداء من تاريخ 2015.01.01م.

مـ (8) مادة

يعمل بأحكام هذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ويلغى كل حكم يخالف أحكامه .

المؤتمر الوطني العام

صدر في طرابلس :

بتاريخ 25 / صفر / 1434 هجري .

الموافق 07 / يناير / 2013 ميلادي .

قانون رقم (11) لسنة 2014 ميلادية بإنشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد

المؤتمر الوطني العام

بعد الإطلاع على :

- الإعلان الدستوري الصادر في 3 أغسطس 2011م .
 - قانون العقوبات والإجراءات الجنائية وتعديلاتهما .
 - قانون النظام المالي للدولة ولائحته التنفيذية وتعديلاتهما .
 - القانون رقم (152) لسنة 1970م. بشأن الحجز الإداري .
 - القانون رقم (2) لسنة 1979م. بشأن الجرائم الاقتصادية .
 - القانون رقم (3) لسنة 1986م. بشأن من أين لك هذا .
 - القانون رقم (10) لسنة 2005م. بشأن التصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد .
 - القانون رقم (21) لسنة 2001م. بتقرير بعض الأحكام في شأن مزاوله الانشطة الاقتصادية .
 - القانون رقم (2) بشأن مكافحة غسل الأموال .
 - القانون رقم (12) لسنة 2010م. بشأن علاقات العمل .
 - القانون رقم (19) لسنة 2013م. بشأن إعادة تنظيم ديوان المحاسبة .
 - القانون رقم (20) لسنة 2013م. بشأن إنشاء هيئة الرقابة الإدارية .
- وعلى ما أنتهى إليه المؤتمر الوطني العام في اجتماعه العادي رقم (179) المنعقد بتاريخ 23 جمادى الأولى 1435 هـ الموافق 25 مارس 2014م.

أصدر القانون الآتي

الفصل الأول أحكام عامة

مـ (1) مادة

تنشأ بموجب أحكام هذا القانون هيئة عامة تسمى ((الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد)) تكون لها الشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة تتبع السلطة التشريعية .

مـ (2) مادة

يكون المقر الرئيسي للهيئة مدينة ((سبها)) ويجوز لها إنشاء فروع داخل ليبيا .

مـ (3) مادة

الاختصاصات

تباشر الهيئة اختصاصاتها وفقاً لما يلي :

1. إعداد المقترحات المتعلقة بتعديل التشريعات ذات العلاقة بمكافحة الفساد التي ترى الهيئة الحاجة إلى تعديلها وإحالتها لمجلس هيئة مكافحة الفساد لدراستها .
2. مراجعة وتقييم التقارير الصادرة عن المنظمات المحلية والإقليمية والدولية المتعلقة بمكافحة الفساد والاطلاع على وضع الحكومة الليبية فيها ، واقتراح الإجراءات المناسبة حيالها .
3. تلقي إقرارات الذمة المالية وفحصها وحفظها وطلب أية بيانات أو إيضاحات تتعلق بها من ذوي الشأن أو الجهات المختصة .
4. المساهمة في وضع الاسماء المضافة إلى قوائم الحراسة وفقاً

- لأحكام القانون رقم 2012/36م. المعدل بالقانون رقم 2012/47م. بشأن إدارة أموال وممتلكات بعض الأشخاص .
5. التنسيق مع مصرف ليبيا المركزي والجهات ذات العلاقة للعمل على استرداد الأموال الناتجة عن الفساد في الداخل والخارج .
6. تمثيل ليبيا في المنظمات والمؤتمرات الدولية والإقليمية المتعلقة بمكافحة الفساد .
7. القيام بالتحريي والكشف عن جرائم الفساد وعلى الأخص :
- أ. الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم (2) لسنة 2005م. بشأن مكافحة غسل الأموال .
- ب. الجرائم الماسة بالأموال العامة والمخلة بالثقة العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات .
- ت. الجرائم الاقتصادية المنصوص عليها بالقانون رقم (2) لسنة 1979م. وتعديلاته .
- ث. جرائم إساءة استعمال الوظيفة أو المهنة والوساطة والمحسوبية .
- ج. الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم (3) لسنة 1986م. بشأن من أين لك هذا .
- ح. الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم (10) لسنة 1994م. بشأن التطهير .
- خ. أي فعل آخر نصت عليه اتفاقية الأمم المتحدة بشأن مكافحة الفساد .

مادة (4)

لرئيس الهيئة أن يأمر بتجميد أي أموال يشتبه في أنها متحصلة من جريمة فساد ، وفي حالة ثبوت الجريمة طبقاً للتشريعات النافذة يجوز له أن يأمر بالحجز الإداري وفقاً لأحكام قانون الحجز الإداري رقم (152) لسنة 1970م.

مادة (5)

لموظفي الهيئة الذين يتمتعون بصفة مأمور الضبط القضائي الاطلاع على دفاتر المشتبه فيه ، كما لهم الحصول على المعلومات من الدوائر الرسمية وغير الرسمية ، وأن يستعينوا في أداء مهامهم بمن يرون الاستعانة بهم من الخبراء والمختصين ، ولهم حق الاطلاع على كافة المستندات حتى ولو كانت سرية ، ولهم حق استدعاء من يرون لزوماً لسماع أقواله .

مادة (6)

للهيئة بقرار من مجلسها أن تطلب من أي شخص يشتبه في حصوله على أموال غير مشروعة أن يبين المصدر المشروع لأمواله .

الفصل الثاني**في نظام الهيئة****مادة (7)**

يكون للهيئة مجلس يسمى ((مجلس هيئة مكافحة الفساد)) يتألف من رئيس ووكيل الهيئة وخمسة أعضاء يمارسون أعمالهم على سبيل التفرغ التام ، يتم تسميتهم من السلطة التشريعية بناءً على عرض من رئيس الهيئة .

ويختص المجلس بما يلي :

1. رسم السياسة العامة للهيئة لتحقيق أهدافها .
2. تقديم الاقتراحات المتعلقة بالتشريعات ذات العلاقة بمكافحة الفساد .
3. العمل على تفعيل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والثنائية ذات العلاقة بمكافحة الفساد بالتنسيق مع الجهات الوطنية المعنية بهذا الشأن .
4. دراسة التقارير الدورية التي تعدها الهيئة بشأن مكافحة الفساد والتصديق عليها قبل إحالتها إلى جهات المختصة .
5. متابعة تنفيذ ليبيا لالتزاماتها الدولية المترتبة على تصديقها أو انضمامها إلى الاتفاقيات المتعلقة بمكافحة الفساد .
6. متابعة عمل الهيئة فيما يتعلق بعلاقات التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد وتقييمها والعمل على تعزيز التعاون مع اللجان والهيئات النظيرة .
7. ترشيح ممثلي الهيئة في المنظمات والمؤتمرات الدولية والإقليمية المتعلقة بمكافحة الفساد .

مادة (8) -

يرأس الهيئة شخصية مشهود لها بالكفاية والاستقامة والنزاهة والخبرة في مجال الشفافية ومكافحة الفساد ، ويعين ويعفى من منصبه وتقبل استقالته بقرار من السلطة التشريعية ، ويعامل من حيث المرتب والمزايا معاملة وزير .

مـ (9) مادة

تكون ولاية رئيس الهيئة ووكيلها ومجلس إدارتها مدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة .

مـ (10) مادة

رئيس الهيئة غير قابل للعزل ولا تنتهي ولايته إلا في الحالات التالية :

1. الاستقالة .
2. بلوغ سن التقاعد .
3. ثبوت عجزه عن القيام بمهامه لأسباب صحية .
4. تكليفه بوظيفة أو مهام أخرى بموافقته .
5. صدور قرار تأديبي بعزله .

مـ (11) مادة

يعين وكيل الهيئة بقرار من السلطة التشريعية للدولة ، ويعامل من حيث المرتب والمزايا معاملة وكيل الوزارة ، ولا يجوز إعفاؤه من وظيفة أو نقله إلا بقرار من السلطة التشريعية بناءً على عرض من رئيس الهيئة .

مـ (12) مادة

لا يجوز لرئيس الهيئة ووكيلها وأعضاء مجلسها وموظفيها أثناء توليهم وظائفهم شغل أية وظيفة عامة أو ممارسة أي نشاط آخر سواء كان ذلك النشاط تجارياً أو صناعياً أو مالياً أو خدمياً ، كما لا يجوز لهم إبرام عقد أو التزام مع الحكومة أو الهيئات أو المؤسسات العامة أو تولي عضوية مجالس إدارات الشركات ولجان المراقبة والمراجعة ، أو أن يشتروا أو يستأجروا بالذات أو

بالواسطة ممتلكات حكومية بقصد الاستغلال ولو كان بطريق المزايعة ، كما لا يجوز لهم أن يبيعوا أو يؤجروا شيئاً من ممتلكاتهم للحكومة .

مـ (13) مادة

يشترط في رئيس الهيئة ووكيلها وأعضاء مجلسها وموظفيها أن يكونوا من الليبيين الحاصلين على مؤهل عال أو جامعي في القانون أو المحاسبة أو الاقتصاد ، ولا يجوز منح صفة الضبط القضائي لغير حملة المؤهلات المذكورة ، ويستثنى من شرط المؤهل المشار إليه شاغلو الوظائف الإدارية والكتابية والحرفية .

مـ (14) مادة

يحلف رئيس الهيئة ووكيلها وأعضاء مجلسها قبل مباشرتهم أعمالهم اليمين التالية ((أقسم بالله العظيم أن أكون مخلصاً للبيبا ، وأن أحترم الدستور ، والقوانين والأنظمة المعمول بها وأن أقوم بالمهام الموكلة إلي بكل صدق وأمانة ، وأن أحافظ على أسرار وظيفتي)) .

ويكون حلف اليمين بالنسبة للرئيس والوكيل وأعضاء المجلس أمام السلطة التشريعية ، وبالنسبة للموظفين أمام رئيس الهيئة .

مـ (15) مادة

يتولى رئيس الهيئة إدارة شؤونها والإشراف الإداري والفني على أعمالها وموظفيها ، وتكون له في تلك سلطة الوزير المنصوص عليها في القوانين واللوائح بالنسبة للعاملين ، وتكون له السلطة المخولة لوزير المالية فيما يتعلق باستخدام الاعتمادات المقررة في ميزانية الهيئة ، وله على وجه الخصوص :

1. تمثيل الهيئة في صلاتها من الغير وأمام القضاء .

2. إصدار القرارات اللازمة لتنفيذ مهام الهيئة وتحقيق أهدافها .
3. اقتراح مشروع الميزانية السنوية للهيئة .
4. تشكيل اللجان اللازمة لعمل الهيئة وتحديد مهامها .
5. إعداد تقارير عن نشاط الهيئة ورفعها إلى السلطة التشريعية .
6. التوقيع على العقود التي تبرمها الهيئة .
7. أية مهام أخرى لها علاقة بعمل الهيئة .

ولرئيس الهيئة التفويض في بعض اختصاصاته المنصوص عليها في هذا القانون لوكيله .

مادة (16)

تحدد المعاملة المالية لأعضاء مجلس الهيئة وموظفيها بموجب قرار يصدر عن السلطة التشريعية بناءً على عرض من رئيس الهيئة .

مادة (17)

يكون تعيين الموظفين بالهيئة وندبهم وإعارتهم للعمل بها وقبول استقالاتهم وإنهاء خدماتهم بقرار يصدر عن رئيس الهيئة وفقاً لأحكام التشريعات النافذة .

مادة (18)

يكون لرئيس ووكيل الهيئة وأعضاء مجلسها صفة الضبط القضائي فيما يتعلق بتنفيذ أحكام هذا القانون ، كما يجوز منح هذه الصفة لموظفي الهيئة الذين تتطلب طبيعة عملهم حصولهم عليها بقرار يصدر عن رئيس الهيئة .

مادة (19)

في غير حالات التلبس لا يجوز القبض أو التحقيق أو اتخاذ الإجراءات

الجنائية ضد رئيس أو وكيل أو أعضاء مجلس الهيئة أو الموظفين الذين يتمتعون بصفة الضبط القضائي إلا بإذن من الجهة المختصة .

ويصدر الإذن بالنسبة للرئيس والوكيل وأعضاء المجلس من رئيس السلطة التشريعية ، ويصدر الإذن بالنسبة لسواهم من رئيس الهيئة .

ويتعين في أحوال التلبس إبلاغ الجهات المختصة بغصدار الإذن خلال الأربع والعشرين ساعة التالية للقبض .

مـ (20) مادة

للهيئة في سبيل مباشرتها لمهامها المنوطة بها بموجب أحكام هذا القانون أن تستعين بمن ترى الاستعانة به من رجال الشرطة والأجهزة الضبطية الأخرى .
كما لها الاستعانة بذوي الخبرة في المسائل المتعلقة بمهامها من غير العاملين بها ، ويصدر بذلك قرار من رئيس الهيئة .

مـ (21) مادة

إذا تكشف للهيئة أثناء قيامها باختصاصاتها المنصوص عليها بهذا القانون وجود جريمة من الجرائم الجنائية سواء كانت تلك المتعلقة بجرائم الفساد أو الجرائم العادية يتم إحالتها إلى النائب العام للتحقيق والتصرف فيها .
أما إذا تبين لها أن هناك مخالفات مالية أو إدارية فعلية إحالة الأوراق إلى هيئة الرقابة الإدارية لاتخاذ إجراءاتها فيها وفقاً لاختصاصاتها .

مـ (22) مادة

يجب على الهيئة اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الشهود والخبراء والمبلغين عن الجرائم من أي اعتداء قد يقع عليهم بسبب الشهادة أو الخبرة أو التبليغ .

افصل الثالث أحكام ختامية وانتقالية

مـ (24) مادة

على كل من لديه معلومات جديدة أو وثائق بشأن جريمة فساد ان تقدم بلاغاً عنها إلى الهيئة .

مـ (25) مادة

مع عدم الإخلال بأية عقوبـ: أشد يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات ، أو غرامة مالية لا تزيد عن عشرة آلاف دينار أو بكلتا العقوبتين معاً كل من ارتكب أية جريمة من جرائم الفساد المنصوص عليها في الفقرة (7) من المادة (3) من هذا القانون .

مـ (26) مادة

لا تسقط جرائم الفساد بالتقادم .

مـ (27) مادة

تقدم الهيئة إلى السلطة التشريعية تقريراً سنوياً عن أعمالها يتضمن ملاحظاتها وتوصياتها وتبين فيه الإجراءات التي اتخذتها حيال المخالفات والتجاوزات التي تكشفت لها مع إحالة تقارير دورية كما اقتضى الامر ذلك .

مـ (28) مادة

تسري على موظفي الهيئة أحكام التشريعات المتعلقة بالوظيفة العامة فيما لم يرد بشأنه نص خاص بهذا القانون .

مادة (3)

لا يجوز لمن شمله هذا القانون الجمع بين الراتب التقاعدي والمقرر وفق أحكام هذا القانون وأي معاش ضمانتي مستحق أو سيستحق له بموجب قانون الضمان الاجتماعي أو أي دخل يكون مصدره الخزنة العامة ، ويكون له الخيار في استحقاق أيهما .

مادة (4)

تتحمل الخزنة العامة كافة المبالغ المترتبة على تنفيذ هذا القانون .

مادة (5)

يعمل بهذا القانون من تاريخ صدوره وينشر في الجريدة الرسمية .

مجلس النواب

صدر في طريق :

بتاريخ 02 / ذو القعدة / 1436 هجري .

الموافق 17 / أغسطس / 2015 ميلادي .

قانون رقم (6) لسنة 2015 ميلادية في شأن العضو العام

مجلس النواب

بعد الإطلاع :

- على الإعلان الدستوري المؤقت الصادر في 3 أغسطس 2011م. وتعديلاته .
- وعلى القانون رقم (10) لسنة 2014م. بشأن انتخاب مجلس النواب في المرحلة الانتقالية وتعديله .
- وعلى القانون رقم (6) لسنة 2006م. بشأن نظام القضاء وتعديلاته .
- وعلى قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية وتعديلاتهما والتشريعات المكملة لهما .
- وعلى قانوني العقوبات والإجراءات العسكرية وتعديلاتهما .
- وعلى القانون رقم (29) لسنة 2013م. بشأن العدالة الانتقالية .
- وعلى القانون رقم (17) لسنة 2012م. بشأن إرساء قواعد المصالحة الوطنية والعدالة الانتقالية وتعديلاته .
- وعلى القانون رقم (3) لسنة 2014م. بشأن مكافحة الإرهاب .
- وعلى القانون رقم (35) لسنة 2012م. بشأن العفو عن بعض الجرائم .
- وعلى قرار مجلس النواب رقم (7) لسنة 2014م. بشأن حل كافة التشكيلات العسكرية غير النظامية .
- وبناءً على ما عرضته لجنة العدل والمصالحة الوطنية بمجلس النواب .
- وعلى ما خلص إليه مجلس النواب في اجتماعه العادي الرابع والثلاثين المنعقد بتاريخ 28.07.2015م.

صدر القانون الآتي

مـ (1) مادة

مع مراعاة أحكام المادتين الثانية والثالثة من هذا القانون بعفى عفوياً عاماً عن جميع الليبيين الذين ارتكبوا جرائم خلال الفترة من تاريخ 15/فبراير/2011م وحتى صدور هذا القانون وتنقضي الدعوى الجنائية بشأنها وتسقط العقوبات المحكوم بها والأثار الجنائية المترتبة عليها وتمحى من سجل السوابق الجنائية للمشمولين بهذا العفو متى توافر الشروط المنصوص عليها في هذا القانون .

مـ (2) مادة

يشترط لانطباق قانون العفو على المشمولين به الشروط الآتية :

1. التعهد المكتوب بالتوبة وعدم العودة للإجرام ولا يلزم هذا التعهد في المخالفات أو الجنح التي يعاقب عليه بالغرامة فقط .
2. في جرائم الأموال رد المال محل الجريمة .
3. التصالح مع المجني عليه أو وليه أو عفو ولي الدم حسب الأحوال .
4. تسليم الأسلحة أو الأنواع محل الجريمة والتي استعملت في ارتكابها .
5. إعادة الشيء إلى أصله في جرائم الاعتداء على العقارات والممتلكات المنقولة .

مـ (3) مادة

لا تسري أحكام هذا القانون على الجرائم الآتية :

1. جرائم الإرهاب المنصوص عليها في القانون رقم 3 لسنة 2014م.
2. جرائم جلب المخدرات عموماً وجرائم الاتجار في المخدرات .

3. جرائم الواقعة وهتك العرض .
4. جرائم القتل على الهوية والاختطاف والإخفاء القسري والتعذيب .
5. جرائم الحدود متى رفعت للقضاء .
6. جرائم الفساد بجميع أنواعه .

مادة (4)

ينطبق هذا القانون على الأشخاص الذين صدرت ضدهم أحكام قضائية ونفذوها إذا انطبقت شروطه وتقتصر استفادتهم على الآثار الجنائية المترتبة عليها وتمحى من سجل سوابقهم الجنائية .

مادة (5)

لا يغل هذا القانون يد الإدارة عن إصدار قرارات إدارية تصحح بموجبها الأعمال غير المشروعة التي استفاد أصحابها من قانون العفو ولا يغل يدها عن الإجراءات التأديبية ضد الموظفين العموميين .

مادة (6)

يصدر قرار مسبب بوقف السير في الدعوى الجنائية من الجهة القضائية المختصة إذا تحققت من توفر شروط العفو من الإفراج عن المشمولين بقانون العفو ما لم يكن محبوساً لسبب آخر .

مادة (7)

يلغى العفو بموجب أحكام هذا القانون ويعتبر كأن لم يكن إذا عاد الأشخاص المشمولين به إلى ارتكاب جناية عمدية خلال خمس سنوات من تاريخ قرار وقف السير في الدعوى الجنائية وتعاد الإجراءات الجنائية بالنسبة لهم من النقطة التي توقف عندها ويصدر قرار الإلغاء من رئيس النيابة المختص .

مـ (8) مادة

تتولى غرفة الاتهام المختصة الفصل في المنازعات التي تثار بسبب تطبيق أحكام هذا القانون ويكون قرارها قابلاً للطعن فيه وفقاً للقواعد العامة .

مـ (9) مادة

يصدر النائب العام المنشورات والتعليمات التي تيسر تطبيق أحكام هذا القانون وتتولى النيابة الابتدائية المختصة تحت إشرافه تطبيق أحكام هذا القانون ومسك السجلات والوثائق والملفات اللازمة ووضع منظومة الكترونية للمتابعة بالربط مع مكتب النائب العام .

مـ (10) مادة

لا تخل أحكام هذا القانون بحق المتضرر في الرد والتعويض .

مـ (11) مادة

يعمل بهذا القانون من تاريخ صدوره ويلغى القانون رقم (35) لسنة 2012م المشار إليه ، وينشر في الجريدة الرسمية .

مجلس النواب

صدر في طريق :

بتاريخ 23 / ذو القعدة / 1436 هجري .

الموافق 07 / سبتمبر / 2015 ميلادي .

**قانون رقم (7) لسنة 2015 ميلادية
بتعديل القانون رقم (1) لسنة 2013م
في شأن منع المعاملات الربوية**

مجلس النواب

بعد الإطلاع على :

- الإعلان الدستوري المؤقت الصادر في 3 أغسطس 2011م. وتعديلاته .
- والقانون رقم (10) لسنة 2014م. بشأن انتخاب مجلس النواب في المرحلة الانتقالية وتعديلاته .
- وعلى القانون رقم (4) لسنة 2014م. بشأن اعتماد النظام الداخلي لمجلس النواب .
- وعلى القانون المدني وتعديلاته .
- وعلى القانون رقم (1) لسنة 2005م. بشأن المصارف وتعديلاته .
- وعلى القانون رقم (23) لسنة 2012م. بشأن النشاط التجاري .
- وعلى ما عرضه السيد / محافظ مصرف ليبيا المركزي .
- وعلى ما خلص إليه مجلس النواب في اجتماعه العادي رقم (35) المنعقد بتاريخ 15.09.2015م.

صدر القانون الآتي

مادة (1)

تعديل المادة السابعة من القانون رقم (1) لسنة 2013م في شأن منع المعاملات الربوية ليكون نصها على النحو التالي :

مادة (7)

يسري هذا القانون على معاملات الأشخاص الاعتبارية فيما
بينها ابتداء من تاريخ 2020.01.01م.

مادة (2)

يعمل بأحكام هذا القانون من تاريخ صدوره ، ويلغى كل حكم يخالف
أحكامه وينشر بالجريدة الرسمية .

مجلس النواب

صدر في طريق :

بتاريخ 01 / ذو الحجة / 1436 هجري .

الموافق 15 / سبتمبر / 2015 ميلادي .

الوثائق

إدارة القضاة

إدارة القضاة

**التوصيات الصادرة عن الاجتماع الثاني عشر
لرؤساء إدارات وهيئات قضايا الدولة في الدول العربية
المنعقد في بيروت خلال الفترة من 22 – 2016.08.24**

أولاً: إحالة مشروع إنشاء مركز عربي لاسترداد الأموال المنهوبة المقدم من هيئة قضايا الدولة في جمهورية مصر العربية، على الدول العربية لإبداء ما لديهم من آراء ومقترحات وملاحظات وموافاة المركز بها.

ثانياً: إنشاء هيئة وطنية مستقلة لمكافحة الفساد وملاحقة الفاسدين تتجاوز في صلاحياتها عوائق الحصانة الممنوحة لبعض كبار الموظفين للكشف عن مواطن الفساد واقتلعه من جذوره.

ثالثاً: وضع خطة وطنية لمحاربة الفساد على مختلف المستويات، تشارك فيها قطاعات الدولة والمجتمع كافة.

رابعاً: وضع خطة تعليمية تربية وإعلامية لتبيان آثار الفساد الخطرة والمدمرة ، وضرورة محاربهته وإرساء القيم والمبادئ والأخلاق وجعل الشفافية والنزاهة منهاج حياة.

خامساً: العمل على وضع تدابير وإجراءات احترازية ووقائية من الفساد.

سادساً: تفعيل دور هيئات قضايا الدولة في النزاعات الموكلة إليها في حال وجدت فساداً وإحالتها إلى الجهات المختصة.

سابعاً: إعادة إتفاقية التعاون بين هيئات قضايا الدولة إلى اللجنة التي أعدتها ، والأخذ بالاعتبار الملاحظات التي أبدتها المشاركون في

المؤتمر، وإحالتها على الدول العربية لإبداء ملاحظاتهم، وإعادة النظر في صياغة موادها.

ثامناً: تفعيل إتفاقية عمان للتحكيم التجاري وإنشاء المركز العربي للتحكيم الذي نصت عليه، وحثّ الدول العربية التي لم تنضم إلى هذه الإتفاقية للمصادقة عليها والإنضمام إلى الموقعين عليها.

تاسعاً: اعتبار المحاور العلمية التالية محاور للمؤتمر الثالث عشر الذي سيعقد عام 2017، وهي:

- مناقشة مشروع نظام إنشاء مركز عربي لاسترداد الأموال المنهوبة .
- مناقشة مشروع الإتفاقية العربية للتعاون بين هيئات وإدارات هيئات قضايا الدولة .
- توحيد النظام القانوني المتعلق بهيئات قضايا الدولة في الدول العربية .
- ما يستجدّ من أعمال .

تنويه

يعتبر العدد السابق من هذه المجلة الصادر عام 2014 يغطي أعداد المجلة للسنوات التالية :

- العددين (19 - 20) السنة 10 - يونيو / ديسمبر 2011 .
- العددين (21 - 22) السنة 11 - يونيو / ديسمبر 2012 .
- العددين (23 - 24) السنة 12 - يونيو / ديسمبر 2013 .
- العددين (25 - 26) السنة 13 - يونيو / ديسمبر 2014 .

إدارة القضيبي

بطاقة دعوة

ترحب هيئة تحرير مجلة إدارة قضايا الحكومة
بمشاركة كافة الإخوة الزملاء أعضاء الهيئات
القضائية وأعضاء هيئات التدريس الجامعي
بكليات الحقوق في ليبيا وغيرهم من المشتغلين
في مجال القانون والمهتمين به وذلك بما
يقدمونه من دراسات فقهية وأبحاث قانونية
وتعليقات على الأحكام القضائية مساهمة منهم
في إثراء الفكر القانوني العربي وتطويره ..

هيئة تحرير المجلة

إدارة القضيبي