

قرار مدير الإدارة العامة للمطبوعات والمصنفات الفنية رقم (21) لسنة 2022  
بشأن الاذن بإصدار مجلة علمية محكمة تحت اسم (مجلة القانون)



كتاب رئيس الهيئة الليبية للبحث العلمي رقم م ع / 624 / 1 بتاريخ 02/10/2022  
المتضمن قائمة بالمجلات العلمية المحكمة والمعتمدة بالهيئة



قرار عميد كلية القانون رقم (٢) لسنة ٢٠٢٣ م  
بشأن اعتماد اللائحة الداخلية لمجلة القانون



دار الكتب الوطنية رقم الإيداع القانوني 2023-141

هيئة تحرير مجلة كلية القانون

رئيساً	أ.د. عادل عبدالحفيظ كندير	1
عضواً	أ.د. الهادي علي أبو حمرة	2
عضواً	أ.د. ضوء مفتاح أبو غرارة	3
عضواً	د. حسام علي الحاج	4
عضواً	د. سالم الغنای فرحات	5
عضواً ومشرفاً	د. أحمد أسعد المسعودي	6

## اللجنة الاستشارية

أ.د. عبد السلام محمد أبو سعد	جامعة طرابلس (متقاعد)
أ.د. أبوبكر أحمد الأنصاري	جامعة طرابلس (متقاعد)
أ.د. نصرالدين مصباح القاضي	جامعة طرابلس (متقاعد)
أ.د. الكوني علي اعبودة	جامعة طرابلس (متقاعد)
أ.د. محمد عبد الله الحراري	جامعة طرابلس (متقاعد)
أ.د. حمزة أبو فارس الجورني	جامعة طرابلس (متقاعد)
أ.د. محمد مصطفى سليمان	جامعة مصراته (متقاعد)
د. رضوان الغيبي بن علي	عين الشق الدار البيضاء
د. أحمد قاسم حسن	المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات

## اللجنة الفنية

- ١- أ. عارف عبدالرزاق رحومة
- ٢- م. محمد سراج الدين النفاقي

## المراجع اللغوي

أ.د. إ. محمد معمر الرازقي

## الكلمة الافتتاحية لهيئة التحرير

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبيء الكريم وعلى آله وصحبه أجمعين.

إنه لمن دواعي سرور هيئة تحرير مجلة القانون أن ترفع إلى علم الباحثين القانونيين صدور العدد التاسع، معلنة استمرار نبض الحياة في مجلة القانون؛ واستمرار الصرح الأكاديمي الذي تتبعه المجلة في خدمة البحث العلمي.

وإذ تتعهد هيئة التحرير بالحرص على رصانة هذا المنبر العلمي والالتزام بالموضوعية والتميز، والتقيد باتباع قواعد التحكيم المعتمدة في تقويم المواد العلمية المقدمة للنشر، فإن هيئة التحرير ستظل حريصة على أن تستمر مجلة القانون في أداء رسالتها ليست فقط على المستوى القطري، وتتجاوزه إلى المستوى العربي.

وأخيراً، لما كان للباحثات والباحثين المشاركين بمواد علمية الدور الأكبر في صدور هذا العدد، رغم الظروف الصعبة التي يمر بها الوسط الأكاديمي هذه الأيام، فإنه لا بد من وقفة شكر لأصحاب المواد العلمية المنشورة، ولكل من أسهم في إصدار هذا العدد لتظل مجلة القانون سراجاً يستنير منه الباحثون في علم القانون في كافة أرجاء الوطن العربي.

وختاماً، تأمل هيئة التحرير لمجلة القانون أن يلقي هذا المنبر العلمي صدى وقبول في أوساط القانونيين، وأن تكون هناك مشاركات محلية وعربية من القانونيين على مختلف مجالات عملهم واهتمامهم؛ لإثراء محتوى المجلة في الأعداد القادمة إن شاء الله العلي القدير.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

أ.د. عادل عبد الحفيظ كندير  
رئيس هيئة تحرير مجلة القانون



حماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية في فقه الشافعية والقانون الدولي الإنساني  
دراسة: فقهية قانونية مقارنة.

**Protection of victims of international armed conflicts in Shafi'i  
jurisprudence and international humanitarian law  
A comparative jurisprudence study**

د. مهدي بن عبدالكريم الصوتي  
باحث من جامعة القرويين- كلية الشريعة أكادير

**ملخص:**

من المعلوم أن أحكام القانون الدولي الإنساني ومبادئه قد وجدت في شريعة الإسلام، وينحصر نطاق هذه الدراسة، في بيان إسهامات فقهاء الشافعية في مجال القانون الدولي الإنساني. وإذا كان هذا الأخير، قد نصت اتفاقياته على حماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية من المدنيين، وحماية الأسرى والقتلى من العسكريين، فإننا في هذه الدراسة قد أثبتنا أن لفقهاء الشافعية من الآراء والاجتهادات التي لا تختلف عما هو مقرر في هذا القانون.

وتهدف من خلال هذه الدراسة إلى تعزيز التوعية والمعرفة بقيمة اجتهادات فقهاء الشافعية والقانون الدولي الإنساني، وذلك في حمايتهما لضحايا النزاعات المسلحة الدولية. وقد توصلت في ختام هذه الدراسة إلى جملة من النتائج من بينها، أن حماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية في فقه الشافعية والقانون الدولي الإنساني، تتسق والفطرة السليمة للإنسان، الداعية إلى الرحمة والشفقة والشعور بمعاناة الآخرين والمبادرة إلى حمايتهم ونجدتهم حتى وإن كانوا من أطراف النزاع.  
الكلمات المفتاحية: الحماية، ضحايا النزاعات المسلحة، الدولية، فقه الشافعية، القانون الدولي الإنساني.

**Abstract:**

The scope of this study is limited to mentioning the contributions of Shafi'i jurists in the field of international humanitarian law. If the conventions of international humanitarian law provide for the protection of the victims of international armed conflicts including prisoners and the dead, then we have proven that the Shafi'i jurists have opinions and jurisprudence that do not differ from what is stipulated in this humanitarian law.

At the end of this study, I reached a number of results, including that the protection of victims of international armed conflicts in Shafi'i jurisprudence and international humanitarian law is consistent with the common sense of man, which calls for mercy and feeling the suffering of others, and taking the initiative to protect and rescue them, even if they are parties to the conflict.

**Keywords:** protection, victims of armed conflicts, internationalism, Shafi'i jurisprudence, international humanitarian law.



الأمن والسلم ربيع الحياة وجوهر عطاءاتها، وهما ذروة أمل الإنسان، ومبلغ مراميه في عمارة الأرض، وصياغة أهداف الحياة الكريمة، ومع ذلك فالصراعات والحروب معترضات واقعة، تملئها معادلات المصالح المختلفة، وتناقضات الرؤى المنبثقة عن اختلاف التفكير وتباينات التقدير، ولذلك لم تخل حقبة زمنية من نزاعات وحروب طاحنة.<sup>١</sup> وإن البشرية التي اكتوت بنار الحروب، بدأ مفكروها الإنسانيون، ومنذ زمن مبكر، يطرحون طرقاً وأساليب لحل النزاعات، فتفتق العقل البشري عن وسائل سلمية راح يطورها ويقننها، حتى وصل به الأمر إلى إرساء قواعد متقدمة على صعيد التخفيف من المعاناة إبان الحروب، سواء فيما يتعلق بالمدنيين أو حتى بالمقاتلين.<sup>٢</sup>

وقد أطلق على هذه القواعد التي تحمي حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة الدولية، اصطلاح "القانون الدولي الإنساني". والقانون الدولي الإنساني هو فرع من فروع القانون الدولي العام، عرفته اللجنة الدولية للصليب الأحمر بأنه: «القواعد الدولية الاتفاقية أو العرفية، التي يقصد بها خصيصاً، تسوية المشكلات الإنسانية الناجمة مباشرة عن النزاعات المسلحة، دولية كانت أم غير دولية، والتي تحد لأسباب إنسانية، من حق أطراف النزاع في استخدام ما يحلو لها من وسائل القتال وطرقه، وتحمي الأشخاص والأعيان التي يلحق بها الضرر، أو تتعرض له من جراء هذا النزاع».<sup>٣</sup>

وإذا كان القانون الدولي الإنساني قد توصل إليه المجتمع الدولي المعاصر في هذه العقود الأخيرة، إلا أن كثيراً من الأحكام التي وردت في اتفاقياته تمثل ما جاء به فقهاء الشافعية من اجتهادات فقهية تنظم حالة الحرب ومراعاة الجوانب الإنسانية فيها. والناظر في فقه الشافعية لا بد وأن يقف على جملة من اجتهاداتهم الفقهية الداعية إلى الرحمة بالإنسان في زمن الحرب، ومن تجليات هذه الرحمة والإنسانية حمايتهم للمدنيين من النساء والصبيان بسبب ضعفهم وعجزهم، كما أنهم منحوا حماية لفئة من المدنيين لأسباب تتعلق بالمهنة والوظيفة كالمبعوث الدبلوماسي.

وإن حماية الإنسان من ويلات الحرب في فقه الشافعية قد امتدت إلى حماية أسرى الحرب الذين يعتبرون من الآثار اللازمة للحروب، فنصوا على تخليصهم من الأسر إما عن طريق إطلاق سراحهم بدون أي مقابل، أو منحهم للحرية عن طريق مبادلتهم بغيرهم من الأسرى.

ولضحايا الحرب من قتلى العسكريين نصيب من هذه الحماية أيضاً، فقد أوجب فقهاء الشافعية تكريم جثثهم بحظر تشويهها وضرورة دفنها وسترها عن الأنظار، دفعا لأي أذى يترتب عن تركها في العراء.

ولأهمية القانون الدولي الإنساني في الإسلام، يؤكد فقهاء الشافعية أن مخالفة قواعد وأحكامه تعد من الفساد المنهي عنه، وقد ورد في هذا الخصوص تحت باب "فيما ينبغي للملك من سياسة الجيش وتدبير الجند" يقول الإمام الشيزري أن من

١ - الشعبي، محمد سعيد، القانون الدولي الإنساني دراسات، القاهرة، مؤسسة أروقة للدراسات والترجمة والنشر، (ط١) ٢٠١٤، ص٦.

٢ - طي، محمد، قواعد الحرب الأصلية والمستجدة في الإسلام، بيروت، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي، سلسلة الدراسات الحضارية، (ط١)، ٢٠١٧، ص١٩.

٣ - عتلم، شريف، مدلول القانون الدولي الإنساني وتطوره التاريخي ونطاق تطبيقه، منشور في كتاب "محاضرات في القانون الدولي الإنساني"، تحرير: شريف عتلم، القاهرة، بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، (ط٦)، ٢٠٠٦، ص١٠.

٤ - يعرف القانون الدولي الإنساني في الإسلام بأنه: «مجموعة القواعد الشرعية الهادفة إلى حماية الإنسان والحفاظ على حقوقه وقت النزاع المسلح».

ينظر، الزيد، زيد بن عبد الكريم، مقدمة في القانون الدولي الإنساني في الإسلام، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، (د.ط)، ١٤٢٥هـ، ص٢٥.

٥ - أبو الوفا، أحمد، الإعلام بقواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية في شريعة الإسلام، القاهرة، دار النهضة العربية، (ط١)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م، ج ١٠، ص١٥٩. بتصرف يسير.



واجبات الملك: «أن يلزم جيشه بما أوجبه الله تعالى من حقوق وبما أمره الله تعالى من مراعاة حدوده، لأنه من جاهد عن الدين كان أحق الناس بالترام أحكامه، والفصل بين حلاله وحرامه».

### أسباب اختيار الموضوع:

- رغبتني في البحث والإسهام في مجال الدراسات الفقهية القانونية المقارنة، خصوصا وأنني لم أقف على دراسة تم إفرادها وتخصيصها لدراسة اجتهادات فقهاء الشافعية والقانون الدولي الإنساني، وبيان دورهما في حماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية.
- الوقوف على الجهود المبذولة من قبل فقهاء الشافعية في توفير الحماية لضحايا النزاعات المسلحة الدولية، بما يثبت لهم فضل سبق زماني وموضوعي وعملي لا يمكن إنكاره، واعتبارها ثروة فقهية تستحق أن تؤسس عليها أحكام القانون الدولي الإنساني.

### أهمية الدراسة:

- أهمية هذه الدراسة أنها تعلي من مكانة فقه الشافعية، بما يتصف به من أسبقية وواقعية على حل مشكلات البشرية والإجابة على تساؤلاتهم في حماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية.
- تسعى هذه الدراسة إلى بيان أهمية الدور الكبير الذي يقوم به القانون الدولي الإنساني في معالجة مشاكل الحروب وآثارها، وفي حماية البشرية والتخفيف من معاناتها، وفي الوقوف المستميت الثابت أمام قيام النزاعات المسلحة الدولية.
- يستمد هذا الموضوع أهميته، من اشتماله على جوانب إنسانية وقيم حضارية وآداب رفيعة، تدعو لحماية الإنسان أثناء الحروب، خاصة مع تزايد عدد النزاعات المسلحة الدولية بشكل كبير، خاصة في الوقت الراهن.

### الدراسات السابقة:

اعتنى كثير من الباحثين إلى دراسة موضوع حماية ضحايا النزاعات المسلحة مقارنا بين القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية في عمومياتها، أو الفقه الإسلامي على إطلاقه.

مثل:

- عبد الغني محمود: حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، تقديم: محمد سيد طنطاوي، إصدارات بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر - القاهرة.
- ميلود بن عبد العزيز: حماية ضحايا النزاعات المسلحة في الفقه الإسلامي الدولي والقانون الدولي الإنساني، دار هومة - الجزائر، ٢٠٠٩م.
- أحمد خضر شعبان: الحماية الدولية والشرعية لضحايا النزاعات المسلحة (القانون الدولي الإنساني - دراسة مقارنة-)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٥م.
- محمد حمد العسبلي: القانون الدولي الإنساني وأحكام الشريعة الإسلامية ذات الصلة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٥م.

هذه الدراسات السابقة رغم أهميتها، إلا أنها تضمنت إشارات محدودة لفقهاء الشافعية، لا تعطي بيانا تاما عن قيمة آرائهم واجتهاداتهم في توفير الحماية لضحايا النزاعات المسلحة الدولية.

وتختلف هذه الدراسة عن الدراسات السابقة، أنني أفردتها وخصصتها في استقراء اجتهادات فقهاء الشافعية، مع مقارنة اجتهاداتهم، بما جاء به القانون الدولي الإنساني، في حمايته لضحايا النزاعات المسلحة الدولية.

<sup>١</sup> - الشيزي، عبدالرحمن بن عبدالله، المنهج السلوك في سياسة الملوك، تحقيق ودراسة: علي عبدالله موسى، الأردن، مكتبة المنار، الزرقاء، (ط١)، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، ص ٦١٢.





وما دنا بصدد الحديث عن الدراسات السابقة، فتجب الإشارة إلى الدراسات التي ألفت في مجال المقارنة بين القانون الدولي الإنساني والمذاهب الفقهية.

هذا الصنف من التأليف، عرفت بداياته الأولى - في نظري - مع ما ألفه فضيلة أستاذي العلامة الدكتور عثمان جمعة ضميرية - رحمه الله - في مقاله الموسوم ب"أثر الفقه المالكي في القانون الدولي الإنساني". منشور بمجلة المعيار المحكمة، التابعة لكلية الإمام مالك للشريعة والقانون، بدي، العدد الخامس، ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م.

وقد شكل هذا البحث منطلقاً لي في إنجاز دراسات تتعلق بالقانون الدولي الإنساني المقارن بالمذاهب الفقهية. فأُنجزت بحمد الله وتوفيقه:

أ- القانون الدولي في المذهب المالكي دراسة: فقهية قانونية مقارنة.

ب- القانون الدولي الإنساني في فقه الحنابلة دراسة: فقهية قانونية مقارنة.

ج- آداب الحرب في فقه الحنفية والقانون الدولي الإنساني دراسة: فقهية قانونية مقارنة.

وإذا كنت في الدراسات السابقة التي أنجزتها قد التزمت فيها بما يمل به واجب التقيد بالعنوان الموسومة به كل دراسة، ولم أشر فيها بتاتا إلى فقه الشافعية.

فإن هذه الدراسة قد خصصتها حصراً لتأصيل حماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية بناء على فقه الشافعية، ثم مقارنة اجتهاداتهم الفقهية، بما جاء به القانون الدولي الإنساني في حماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية.

ولا أعلم بحسب علمي - والله أعلم - أن باحثاً منتسباً لهذا التخصص في الأوساط الأكاديمية، قد أنجز هذا الموضوع.

#### إشكالية الدراسة:

تحدد إشكالية هذا البحث فيما يلي: إلى أي حد استطاع فقهاء الشافعية والقانون الدولي الإنساني توفير الحماية لضحايا النزاعات المسلحة الدولية؟.

وقد ترتب عن الإشكالية الأساسية جملة من التساؤلات التالية:

هل وضع فقهاء الشافعية والقانون الدولي الإنساني قواعد وأسساً لحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية؟.

كيف يمكن التوفيق بين الاعتبارات الإنسانية والضرورات الحربية في توفير الحماية لضحايا النزاعات المسلحة الدولية بناء على ما ورد في فقه الشافعية والقانون الدولي الإنساني؟.

ماهي تجليات حماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية في فقه الشافعية والقانون الدولي الإنساني؟.

#### منهج الدراسة:

للإمام بقضايا هذه الدراسة، سأتبع المناهج التالية:

المنهج الاستقرائي: وذلك باستقراء اجتهادات فقهاء الشافعية و موقف القانون الدولي الإنساني في كل قضايا البحث.

المنهج الاستنباطي: الذي يقوم على جمع أقوال فقهاء الشافعية وتحريها واستعراض أدلتها، وتوثيقها من مصادرها.

المنهج المقارن: الذي يقوم على المقارنة بين اجتهادات فقهاء الشافعية والقانون الدولي الإنساني، في توفير الحماية لضحايا النزاعات المسلحة الدولية، وبيان أوجه الاتفاق والاختلاف عند المقارنة.

١ - القانون الدولي الإنساني في المذهب المالكي دراسة فقهية قانونية مقارنة، مطبعة دار القلم الرباط، ٢٠٢٢م، جميع الحقوق محفوظة للمؤلف. (أصل الكتاب أطروحة دكتوراه).

٢ - هذه الدراسة نشرت في مجلة المعيار للشريعة والقانون، التابعة لكلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدي، وذلك في العدد العاشر، ١٤٤٢هـ - ٢٠٢١م.

٣ - هذه الدراسة نشرت في مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، وذلك في العدد (٩٢) مارس (٢٠٢٣).





### خطة الدراسة:

موضوع "حماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية في فقه الشافعية والقانون الدولي الإنساني دراسة فقهية قانونية مقارنة".  
جاء منتظماً في مقدمة، وثلاثة مباحث، وقد قسمت كل مبحث من هذه المباحث إلى مطالب، وخاتمة في الأخير متضمنة للنتائج والتوصيات.

مقدمة: وقد اشتملت المقدمة على أسباب اختيار الموضوع، وأهمية الدراسة، والدراسات السابقة، وإشكالية الدراسة، ومنهج وخطة الدراسة.

### المبحث الأول: حماية المدنيين في فقه الشافعية والقانون الدولي الإنساني.

المطلب الأول: حماية النساء والأطفال.

المطلب الثاني: المحافظة على وحدة الأسرة في الأسر.

المطلب الثالث: حماية المبعوث الدبلوماسي.

### المبحث الثاني: حماية الأسرى في فقه الشافعية والقانون الدولي الإنساني.

المطلب الأول: الإفراج عن الأسرى.

المطلب الثاني: تبادل الأسرى.

### المبحث الثالث: حماية القتلى في فقه الشافعية والقانون الدولي الإنساني.

المطلب الأول: معاملة القتلى.

المطلب الثاني: دفن القتلى.

الخاتمة: تضمنت النتائج والتوصيات.

وجدير بالذكر في نهاية هذه المقدمة، أن أشير إلى مسألة في بالغة الأهمية، وهي أن هذه الدراسة المنجزة على مستوى مجلة علمية محكمة، توخيت فيها الاختصار ولا أدعي مطلقاً الإلمام بجميع تفريعات وجزئيات القضايا المندرجة تحت هذا الموضوع.

### المبحث الأول: حماية المدنيين في فقه الشافعية والقانون الدولي الإنساني.

قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

يتناول المطلب الأول: حماية النساء والأطفال، وفي المطلب الثاني: المحافظة على وحدة الأسرة في الأسر، بينما المطلب الثالث في: حماية المبعوث الدبلوماسي. وذلك على النحو التالي:

### المطلب الأول: حماية النساء والأطفال.

ذهب فقهاء الشافعية إلى أن النساء والصبيان يتمتعون بالحماية من القتل في الحرب، ما لم يشاركوا في الأعمال القتالية. قال الشافعي: «ولا يجوز لأحد من المسلمين أن يعمد قتل النساء والولدان، لأن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نهي عن قتلهم». وقال النووي: «ويحرم قتل صبي وامرأة».

وقد استدلت فقهاء الشافعية على تحريم قتل النساء والصبيان بالأدلة التالية:

١ - الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، تحقيق وتحرير: رفعت فوزي عبد المطلب، المنصورة، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، (ط1)، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، ج٥، ص٥٧٦.  
٢ - النووي، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، عني به: محمد محمد طاهر شعبان، بيروت، دار المنهاج للنشر والتوزيع، (ط1)، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م، ص٥٢٠.



أ- قوله تعالى: ﴿وَقِيلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقْتَلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ (البقرة: ١٩٠). قال الموزعي الشافعي: أحسن القول في هذه الآية قول ابن عباس ومجاهد وعمر بن عبد العزيز -رضي الله تعالى عنهم-، وهو أن الله -سبحانه وتعالى- نهي المؤمنين عن الاعتداء بقتل الذين لا قتال فيهم، كالصبيان والنساء والشيخ الكبير. وقد بينه النبي -صلى الله عليه وسلم-، فنهى عن قتل النساء والولدان.

ب- عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: وجدت امرأة مقتولة في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم، فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والصبيان}.

قال النووي: «أجمع العلماء على العمل بهذا الحديث وتحريم قتل النساء والصبيان إذا لم يقاتلوا».

ج- حديث سليمان بن بريدة، عن أبيه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أمر أميراً على جيش، أو سرية، أو صاه في خاصته بتقوى الله، ومن معه من المسلمين خيراً، ثم قال: {اغزوا باسم الله في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله ولا تغلوا، ولا تغدروا، ولا تمثلوا، ولا تقتلوا وليداً...}.<sup>٤</sup>

قال النووي: «والوليد الصبي، وفي هذه الكلمات من الحديث فوائد مجمع عليها وهي تحريم الغدر.. وتحريم قتل الصبيان إذا لم يقاتلوا».

ويتضح لنا من خلال الأدلة التي استدلت بها فقهاء الشافعية على تحريم قتل النساء والصبيان، أن تدل دلالة صريحة على تحريم قتلهم، عملاً بأن النهي يقتضي التحريم مالم يصرفه صارف.

وفي نطاق القانون الدولي الإنساني فإن النساء والأطفال يحتاجون إلى العناية بوصفهم من فئات الأشخاص غير المشاركين في الأعمال القتالية، ولأنهم يعتبرون من أكثر المدنيين هشاشة في المجتمع، وأكثرهم عرضة لأخطار النزاعات المسلحة. وسيتم التطرق لحماية النساء والأطفال وفق القانون الدولي الإنساني على الشكل التالي:

#### أولاً: حماية النساء.

تعد اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩، إضافة إلى بروتوكولها الإضافيين لعام ١٩٧٧، من الصكوك البارزة المتعلقة بحماية النساء، فقد تضمنت تسعة عشر حكماً تنطبق تحديداً على النساء.

وتتجلى حماية القانون الدولي الإنساني للنساء في مجموعة من الأحكام والتي تتحدد فيما يلي:

١- يجب أن تكون النساء موضع احترام خاص، وأن يتمتعن بالحماية لاسيما ضد الاعتصاب، والإكراه على الدعارة وضد أي صورة من صور خدش الحياء.

٢- تعطى الأولوية القصوى لنظر قضايا أولات الأحمال وأمهات صغار الأطفال، اللواتي يعتمد عليهن أطفالهن، المقبوض عليهن أو المحتجزات أو المعتقلات لأسباب تتعلق بالنزاع المسلح.

١ - الموزعي، محمد بن علي، تفسير البيان لأحكام القرآن، بعناية: عبد المعين الحرش، سورية، دار النوادر، (ط١)، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م، ج١، ص٢٧٩. بتصرف يسير.

٢ - البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، بيروت، دار طواق النجاة، (ط١)، ١٤٢٢هـ. كتاب: الجهاد والسير، باب قتل الصبيان في الحرب، ج٤، ص٦١، حديث رقم ٣٠١٥. / مسلم، بن الحجاج النيسابوري: صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (د.ط)، ١٤١٢هـ-١٩٩١م. كتاب الجهاد والسير، باب تحريم قتل النساء والصبيان في الحرب، ج٣، ص١٣٦٤، حديث رقم ١٧٤٤.

٣ - النووي، يحيى بن شرف، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، مؤسسة قرطبة، (ط٢) ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، ج١٢، ص٧٣.

٤ - مسلم، صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث، ووصيته إياهم بأداب الغزو وغيرها، ج٣، ص١٣٥٧، حديث رقم ١٧٣١.

٥ - النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم، ج١٢، ص٥٦.

٦ - عبد الرضا، بلقيس، الحماية الدولية للمدنيين خلال النزاعات المسلحة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، (ط١)، ٢٠١٦، ص١٢١.



٣- تحاول أطراف النزاع أن تتجنب قدر المستطاع، إصدار حكم الإعدام على أولات الأحمال أو أمهات صغار الأطفال، اللواتي يعتمد عليهن أطفالهن، بسبب جريمة تتعلق بالنزاع المسلح، ولا يجوز أن ينفذ حكم الإعدام على مثل هؤلاء النسوة.  
ثانياً: حماية الأطفال.

أصبح الأطفال جزءاً من فئات الأشخاص الذين يحميهم القانون الدولي الإنساني لأول مرة كقائمة محددة بفضل اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ التي تمنحهم حماية خاصة.<sup>٢</sup>

ومن الأحكام التي جاءت بها اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ ما جاءت به المادة ١٤ من هذه الاتفاقية من جواز إنشاء مناطق مأمونة وأماكن أمان منظمة تحمي الأطفال من آثار الحرب، كما ألزمت المادة السابعة عشر من نفس الاتفاقية أطراف النزاع بالسماح بمرور الأطفال من المناطق المطوقة أو المحاصرة، ثم جاءت بعد ذلك المادة الثالثة والعشرين فألقت على عاتق الأطراف المتنازعة الالتزام بأن تسمح بمرور أية رسالات من الأغذية الضرورية أو الملابس أو المقويات المخصصة للأطفال دون الخامسة عشرة من العمر.<sup>٣</sup>

كما حظي الأطفال في حالات النزاع المسلح الدولي، بأشكال جديدة من المعاملة المتميزة، فالمادة ٧٧ من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧ تقضي بكل بوضوح، بأن على أطراف النزاع اتخاذ كافة التدابير المستطاعة، التي تكفل عدم اشتراك الأطفال الذين لم يبلغوا بعد سن الخامسة عشرة في الأعمال العدائية بصورة مباشرة، وعلى هذه الأطراف بوجه خاص أن تمتنع عن تجنيدهم في قواتها المسلحة.<sup>٤</sup>

#### المقارنة:

من خلال ما سبق التطرق إليه في هذا المطلب، يمكن تسجيل المقارنات التالية:

- إن فقهاء الشافعية بتنصيبهم على حماية النساء والأطفال من القتل في الحرب، إنما يقصدون بذلك إبعاد هذه الفئات الضعيفة التي لا هدف لها من قيام الحرب أو افتعالها أو المساهمة فيها.

وهذا ما وافقهم عليه القانون الدولي الإنساني في حمايته لفئتي النساء والأطفال، من خلال جملة من

النصوص والقواعد التي من شأنها أن تخفف عنهم الآثار السلبية الناجمة عن الحرب.

- إذا كان القانون الدولي الإنساني قد اهتدى مؤخراً إلى منع اشتراك الأطفال في الأعمال العدائية، قبل بلوغ سن الخامسة عشرة، وذلك بموجب المادة ٧٧ من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧، فإن فقهاء الشافعية كانوا سابقين إلى منع مشاركة الأطفال في القتال، قال البغوي: «فأما النساء وغير المكلفين: من الصبيان، .. فلا جهاد عليهم». وقال النووي: «ولا جهاد على صبي».<sup>٥</sup>

١ - الشالدة، محمد فهاد، القانون الدولي الإنساني، الأردن، دار الشروق للنشر والتوزيع، (ط١)، ٢٠١٧، ص١٤١. / اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القواعد الأساسية لاتفاقيات جنيف وبروتوكولها الإضافيين، جنيف، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، (د.ط)، ٢٠١٥، ص٤٧.

٢ - العنكي، نزار، القانون الدولي الإنساني، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، (ط١)، ٢٠١٠، ص٣٢١.

٣ - عطية، أبو الخير، حماية السكان المدنيين والأعيان المدنية إبان النزاعات المسلحة -دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية-، القاهرة، دار النهضة العربية، (ط١)، ١٩٩٨، ص١١١.

٤ - سعد الله، عمر، تطور تدوين القانون الدولي الإنساني، بيروت، دار الغرب الإسلامي، (ط١)، ١٩٩٨، ص٢٠١-٢٠٠.

٥ - ينظر، الفقرة الثانية، من المادة ٧٧ من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧.

٦ - البغوي، الحسين بن مسعود، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ج٧، ص٤٤٨.

٧ - النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، ص٥١٨.



لكن لو ثبت مشاركة النساء والأطفال في القتال، فإن الحماية والحصانة من القتل تسقط عنهم، ويجري عليهم ما يستحقه المحاربون. وهذا ما نص عليه فقهاء الشافعية، قال الشيرازي: «ولا يجوز قتل نسائهم ولا صبيانهم إذا لم يقاتلوا». ويتضح مما ذهب إليه الإمام الشيرازي الشافعي، أن العلة الموجبة لانتفاء الحماية عن النساء والأطفال هي المشاركة في القتال. وقال الماوردي في أحكامه السلطانية: «فإن قاتل النساء والولدان قوتلوا وقتلوا مقبلين ولا يقتلوا مدبرين». وبناء على ما ذهب إليه الإمام الماوردي، فإن الحماية تنتفي عن النساء والصبيان حين إقبالهم على القتال بالمشاركة فيه، ولا يجوز ملاحقتهم وهم مدبرون عن ساحة الحرب، رغبة في الانتقام والثأر منهم. وقد وافق القانون الدولي الإنساني فقهاء الشافعية في اعتبار أن مشاركة المدنيين في أعمال الحرب تسلب عنهم الحماية زمن المشاركة في الأعمال العدائية، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة ٥١ من البروتوكول الإضافي الأول لعام " يتمتع الأشخاص المدنيون بالحماية التي يوفرها هذا القسم مالم يقوموا بدور مباشر في الأعمال العدائية وعلى مدى الوقت الذي يقومون خلاله بهذا الدور".

ويفهم من هذه الفقرة أنه يجوز استهداف المدنيين استهدافاً مباشراً شأنهم شأن المقاتلين طوال مشاركتهم في العمليات العدائية.

### المطلب الثاني: المحافظة على وحدة الأسرة في الأسر.

من مظاهر المعاملة الكريمة للمدنيين المحافظة على وحدتهم كأسرة إذا وقعوا جميعاً في الأسر، ولهذا نص فقهاء الشافعية على عدم جواز التفرقة بين الأم وولدها، قال الشيرازي: «وإن سببت امرأة ومعهها ولد صغير لم يجز التفريق بينهما». ويرى فقهاء الشافعية أن العلة في عدم جواز التفرقة بين الأم وولدها يرجع إلى ما يصيب الأم من ألم وضرر في بعد ولدها عنها، وكذلك بضياع الولد ببعده عن أمه، فقالوا: «ولأن في التفرقة بينهما في الصغر إدخال ضرر عليهما بجزن الأم وضياع الولد». واستدل فقهاء الشافعية على تحريم التفرقة بين الأم وولدها بالأدلة التالية:

أ- روى أبو أيوب الأنصاري: أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: {من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة}. قال الجويني بعد ذكره لهذا الحديث: «واتفق علماؤنا على أن التفريق محرم».

١ - الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمد الزحيلي، دمشق، دار القلم، بيروت، دار الشامية، (ط١)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، ج٥، ص٢٤٩.

ينظر أيضاً، البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج٧، ص٤٦٦. / العمراني، يحيى بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، اعتنى به: قاسم محمد النوري، جدة، دار المنهاج، (ط١)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ج١٢، ص١٢٩.

٢ - الماوردي، علي بن محمد، الأحكام السلطانية، تحقيق: أحمد جاد، القاهرة، دار الحديث، (د.ط)، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ص٧٧.

٣ - ينظر، الفقرة الثالثة، من المادة ٥١ من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧.

٤ - ميلتسر، نيلس، القانون الدولي الإنساني مقدمة شاملة، تنسيق: إتيان كوستر، جنيف، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠١٦، ص٨٤.

٥ - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج٥، ص٢٧٥. / العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج١٢، ص١٧٢.

٦ - الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد معوض و الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ج١٤، ص٢٤٣. / الروياني، عبد الواحد بن إسماعيل، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، تحقيق: طارق فتحي السيد، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١)، ٢٠٠٩، ج١٣، ص٢٩٨.

٧ - الترمذي، محمد بن عيسى، الجامع الكبير، تحقيق: بشار عواد معروف، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٩٩٦. كتاب أبواب السير، باب في كراهية التفريق بين السبي، ج٣، ص٢٢٥-٢٢٦، حديث رقم ١٠٦٦. / البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبير، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، القاهرة، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، (ط١)، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م. كتاب القسم، باب التفريق بين الأم وولدها، ج١٨، ص٤١٠، حديث رقم ١٨٣٥٦.

قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب.

٨ - الجويني، عبد الملك بن عبد الله، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه: عبد العظيم محمود الديب، جدة، دار المنهاج، (ط١)، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م، ج١٧، ص٥٣٠.



ب- وروى عمران بن الحصين: أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: {ملعون من فرق بين والده وولدها}.

قال المناوي: والمراد أنه مبعود من منازل الأخيار ومواطن الأبرار لا أنه مطرود من الرحمة بالكلية فالتفريق بين الأصل وفرعه في بعض صوره حرام شديد التحريم وفي بعضها مكروه شديد الكراهة لما فيه من البلاء العظيم والخطر الجسيم.

ج- قال أبو بكر رضي الله عنه: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: {لا تولد والده على ولدها}.

قال الماوردي: «أي لا يفرق بينهما فتوله عليه بالحزن والأسف، مأخوذ من الولد، ولأن في التفرقة بينهما في الصغر إدخال ضرر عليهما بحزن الأم وضياع الولد».

يتبين لنا أن من اجتهادات فقهاء الشافعية أنها متظاهرة في تحريم التفريق بين الأم وولدها الصغير، وهم بذلك يحترمون عاطفتها وضعفها الشخصي، ولما يسببه انفصال فلذة كبدها عنها من أسى وحزن في نفسها، وضياع للولد بحرامته من الأنس العاطفي والطمأنينة القلبية.

والقانون الدولي الإنساني أيضا يعترف بأهمية الأسرة، ويسعى جاهدا لصيانة الوحدة العائلية خلال المنازعات المسلحة، وتأكيدا على ذلك تنص المادة ٨٢ من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ على ما يلي: "يجمع أفراد العائلة الواحدة، وبخاصة الوالدان والأطفال، معا في معتقل واحد طيلة مدة الاعتقال، إلا في الحالات التي تقضي فيها احتياجات العمل، أو لأسباب صحية أو تطبيق الأحكام الواردة في الفصل التاسع من هذا القسم فصلهم بصفة مؤقتة. وللمعتقلين أن يطلبوا أن يعتقل معهم أطفالهم المتروكون دون رعاية عائلية، وتجمع أفراد العائلة الواحدة المعتقلون كلما أمكن في المبنى نفسه، ويخصص لهم مكان إقامة منفصل عن بقية المعتقلين، ويجب توفير التسهيلات اللازمة لهم للمعيشة في حياة عائلية".

كما نصت اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ في المادة ٤٩ منها، أنه في حالة قيام دولة الاحتلال بإخلاء جزئي لمنطقة معينة، فعليها أن تتضمن عدم التفريق بين أفراد العائلة الواحدة.

ويضيف البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧ إلى هذه الفكرة مزيدا من التطوير، فنصت الفقرة الخامسة من المادة الخامسة والسبعين من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧: "في حالة احتجاز الأسر أو اعتقالها، يجب قدر الإمكان أن يوفر لها كوحدات عائلية مأوى واحد".

ويحرص القانون الدولي الإنساني على إيجاد التدابير التي تكفل إعادة جمع شمل الأسر المشتتة بسبب الحرب.

١ - الطبراني، سليمان بن أحمد، الدعاء، دراسة وتحقيق وتخريج: محمد سعيد بن محمد حسن البخاري، بيروت، دار البشائر الإسلامية، (ط١)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، باب ذكر من لعنه رسول الله صلى الله عليه وسلم، مج٣، ص١٧٤٣، حديث رقم ٢١١٤. / الحاكم النيسابوري، محمد بن عبدالله، المستدرک علی الصحیحین، تحقیق: مصطفی عبد القادر عطا، بیروت، دار الکتب العلمیة، (ط٢)، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م، فی البیوع باب من فرق بین والده وولدها، ج٢، ص٦٣، حديث رقم ٢٣٣٣. وقال الحاكم: إسناده صحيح، ولم يخرجاه.

٢ - المناوي، محمد عبد الرؤوف، فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير، ضبطه وصححه: أحمد عبد السلام، بيروت، دار الکتب العلمیة، (د.ط)، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ج٦، ص٧.

٣ - البيهقي، السنن الكبير، كتاب النفقات، باب الأم تزوج فيسقط حقها من حضانة الولد وينقل إلى جدته، ج١٦، ص٩٤، حديث رقم ١٥٨٦٣.

قال ابن حجر: البيهقي من حديث أبي بكر بسند ضعيف. ينظر، ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي: التلخيص الحبير في تخریج أحاديث الرافي الكبير، اعتنى به: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، القاهرة، مؤسسة قرطبة، دار المشكاة للبحث العلمي، (ط١)، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، ج٣، ص٣٦.

٤ - الماوردي، الحاوي الكبير، ج١٤، ص٢٤٣. / الروياني، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، ج١٣، ص٢٩٨.

٥ - الشلالدة، القانون الدولي الإنساني، ص١٤٦.

٦ - ينظر، المادة ٨٢ من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩.

٧ - ينظر، الفقرة الخامسة، من المادة ٧٥ من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧.

٨ - العنكي، القانون الدولي الإنساني، ص٣٢٣.



وكتعبير على هذا الحرص يقضي البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧ في المادة ٧٤ منه بما يلي: "تيسر الأطراف السامية المتعاقدة وأطراف النزاع قدر الإمكان جمع شمل الأسر التي شنت نتيجة للمنازعات المسلحة، وتشجع بصفة خاصة عمل المنظمات الإنسانية التي تركز ذاتها لهذه المهمة طبقاً لأحكام الاتفاقيات وهذا اللحق البروتوكول واتباعاً للوائح الأمن الخاصة بكل منهما".<sup>١</sup>

#### المقارنة:

يتضح لنا بناء على ما سبق ذكره، حصول الاتفاق بين فقهاء الشافعية و القانون الدولي الإنساني على ضرورة مراعاة وحدة الأسرة عند الأسر والسعي لجمع شتاتهم، وذلك لكي لا تجتمع عليهم، إذاية الأسر، وإذاية الانفصال عن أحببتهم، وإن الحرص على وحدة العائلة في الأسر كفيل بتخفيف الآثار السلبية الناجمة عن الأسر.

والملاحظ أن اجتهادات فقهاء الشافعية قد تفوقت على ما توصل إليه القانون الدولي الإنساني، وذلك من ناحيتين: الأولى: فقهاء الشافعية في حمايتهم لوحدة الأسرة، جعلوا عدم التفريق يأخذ حكم الواجب والإلزام، بينما اقتصر القانون الدولي الإنساني على تجميع الأسر المشتتة بسبب الحرب "بقدر الإمكان"، و عبارة "قدر الإمكان" قد تبيح للدول أطراف النزاع في إطار سلطتها التقديرية أن تسيء جمع الأسر المشتتة. الثانية: فقهاء الشافعية جعلوا من التفرقة إن حدثت فعلا محرماً، بينما القانون الدولي الإنساني في أقصى توصيفاته لا يعتبر الأمر كذلك.

#### المطلب الثالث: حماية المبعوث الدبلوماسي.

ضرب الإسلام أروع الأمثلة في حماية المبعوث الدبلوماسي وصيانته، وكفل له حصانة كاملة، ليستطيع القيام بمهمته. ولقد أجاز فقهاء الشافعية للرسول أن يدخل بلاد المسلمين دون حاجة إلى عقد أمان، فقال البغوي: «وإذا جاء واحد من دار الكفر رسولا إلى الإمام، فهو في أمان لا يجوز قتله».<sup>٢</sup>

وقال أبو المعالي الجويني: «فالحربي لو دخل الحجاز أو غيره من البلاد، نظر: فإن كان مستجيراً، أو رسولا، فحالته تؤمنه شرعا، ولا حاجة إلى عقد الأمان».<sup>٣</sup>

ثم إن رسول الكفار لو دخل لسفارة لم يفتقر إلى عقد أمان، بل ذلك القصد يؤمنه. قال أبو حامد الغزالي: «ومن دخل منهم لسفارة لم يفتقر إلى عقد أمان بل ذلك القصد يؤمنه».<sup>٤</sup>

وفي حال قيام الحرب، فإن الرسول لا يقتل عند فقهاء الشافعية، قال الشيرازي: «ولا يقتل رسولهم».<sup>٥</sup>

١ - ينظر، المادة ٧٤ من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧.

٢ - البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج٧، ص ٤٨٠.

٣ - الجويني، غاية المطلب في دراية المذهب، ج١٨، ص ٦٤.

٤ - الغزالي، محمد بن محمد، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق، علي معوض و عادل عبد الموجود، بيروت، دار الأرقم بن أبي الأرقم، (ط١)، ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م، ج٢، ص ١٩٤/الرافعي، عبد الكريم بن محمد، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق وتعليق: علي محمد عوض و عادل أحمد عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م، ج ١١، ص ٤٦٠.

٥ - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج٥، ص ٢٥٢.



وقد استدلل فقهاء الشافعية على حماية المبعوث الدبلوماسي بما يلي:

أ- قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَعْلَمُونَ ﴾. (٦: التوبة). قال أبو المعالي الجويني: «ومقصود الآية إعلامنا أنه لو دخل كافر ديار الإسلام رسولا، فتصديه للرسالة يؤمنه، وإن لم يعقد له أمان».

ب- حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: كنت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم جالسا فجاءه ابن النواحة ورجل معه يقال له ابن وثال بن حجر، وافدين من عند مسيلمة، فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتشهدان أني رسول الله، فقالا: أتشهد أنت أن مسيلمة رسول الله؟ فقال: {أما والله لولا أن الرسل لا تقتل لضربت أعناقكما}.

وقد علق ابن رسلان الشافعي على هذا الحديث بقوله: «فجرت السنة أن لا تقتل الرسل».

وفي هذا دليل على عصمة دم الرسول، وصيانة شخصه من أي أذى، حتى ولو اختلفت وجهات النظر في المفاوضة، وتكلم المبعوث بما لا يتفق مع احترام عقائد المسلمين مما يوجب قتله.

لكن يرى فقهاء الشافعية أن المستأمن أو الرسول إذا حصل منه ما يشعر بخيانة أو إضرار، بُلِّغَ المأمن أي إن الحاكم يعده من بلاد المسلمين، ويحوطه بالحماية والصيانة حتى يصل إلى البلد الذي يطمئن ويأمن فيه.

قال الرافعي: «فإذا نبذ المستأمن إلينا العهد، فلا بد من تبليغه المأمن، ولا يتعرض لما يستصعبه من الأموال، بلا خلاف».

وفي إطار القانون الدولي فقد نصت المادة ٢٩ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦١ على ضرورة توفير الحماية لشخص المبعوث الدبلوماسي، فنصت على ما يلي: "لشخص الممثل الدبلوماسي حرمة، فلا يجوز بأي شكل القبض عليه أو حجزه، وعلى الدولة المعتمد لديها أن تعامله بالاحترام اللازم له، وعليها أن تتخذ كافة الوسائل المعقولة لمنع الاعتداء على شخصه أو على حرته أو على اعتباره".

ومراعاة هذا المبدأ من جانب الدولة المعتمد لديها المبعوث يفرض عليها واجبا ذي شقين:

أولا: أن تحرص من ناحيتها على عدم المساس بحرمة المبعوث بأية صورة من الصور، فيتعين عليها معاملته بالاحترام الواجب لمركزه وتجنب أي فعل أو تصرف يكون فيه إخلال بيمينته أو امتهان لكرامته أو ازدراء لشخصه أو تقييد لحرته وبالأخص عند القبض عليه أو حجزه لأي سبب من الأسباب.

١ - الجويني، تحاية المطلب في دراية المذهب، ج١٧، ص٤٩٢.

٢ - أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق، شعيب الأرنؤوط و محمد كامل قره بللي، دمشق، دار الرسالة العالمية، (ط١)، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، كتاب

الجهاد، باب في الرسل، ج٤، ص٣٨٩، حديث رقم ٢٧٦١.

قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه.

ينظر، الحاكم: المستدرک علی الصحیحین، کتاب المغازی والسرايا، ج٣ ص٥٤، حديث رقم ٤٣٧٧.

٣ - ابن رسلان، أحمد بن حسين الشافعي، شرح سنن أبي داود، تحقيق: عدد من الباحثين بدار الفلاح بإشراف خالد الرباط، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، جمهورية مصر العربية، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، (ط١)، ١٤٣٧هـ-٢٠١٦م، ج١٢، ص٥١.

٤ - الزحيلي، وهبة، آثار الحرب -دراسة فقهية مقارنة، سوريا، دار الفكر، (ط٤)، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، ص٣٢٤.

٥ - الزحيلي، آثار الحرب، ص٣٣٢. بتصرف يسير.

٦ - الرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج١١، ص٤٧٦.

٧ - ينظر، المادة ٢٩ من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية عام ١٩٦١.





ثانياً: أن تكفل له الحماية اللازمة ضد أي اعتداء يمكن أن يوجه إليه من الغير أو أي فعل يكون فيه مساس بذاته أو صفته، ولها تحقيقاً لذلك أن تتخذ كافة الوسائل المعقولة لمنع وقوع مثل هذه الأفعال.<sup>١</sup>

ويتمتع عضو البعثة الدبلوماسية بالحصانات والامتيازات المقررة له فور دخوله البلد المضيف أو تقديم أوراق اعتماده إذا كان رئيساً للبعثة، ومن لحظة اخطار وزير خارجيتها بالنسبة لباقي أعضاء البعثة.<sup>٢</sup>

غير أن هذه الحماية المقررة للمبعوث الدبلوماسي لا تسري عليه إلا إذا التزم بالواجبات المقررة له اتجاه الدولة المضيقة، والمنصوص عليها في المادة ٤١ من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة ١٩٦١، والمتمثلة في:

- احترام قوانين ولوائح الدولة المعتمدين لديها، واجب عدم التدخل في الشؤون الداخلية لتلك الدولة.  
- كل المسائل الرسمية المعهود ببعثتها الدولة المعتمدة مع الدولة المعتمد لديها يجب أن تبحث مع وزارة خارجية الدولة المعتمد لديها عن طريقها أو مع أي وزارة متفق عليها.

- عدم استخدام مباني البعثة في أغراض تتنافى مع أعمال تلك البعثة التي ذكرت في هذه الاتفاقية أو مع قواعد القانون الدولي العام أو مع الاتفاقيات الخاصة القائمة بين الدولة المعتمدة و الدولة المعتمد لديها.<sup>٣</sup>

وفي حالة الحرب فإن القانون الدولي الإنساني يكفل للبعثات الدبلوماسية حماية دولية، لأنه القانون الواجب التطبيق أثناء النزاعات المسلحة، وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ "الأشخاص الذين تحميهم الاتفاقية هم أولئك الذين يجدون أنفسهم في لحظة ما وبأي شكل كان، في حالة قيام نزاع أو احتلال، تحت سلطة طرف في النزاع ليسوا من رعاياه أو دولة احتلال ليسوا من رعاياها".<sup>٤</sup>

ويرى الفقه الدولي أن المبعوث الدبلوماسي تنتهي مهمته عندما يقع في أمر خطير يسيء إلى الدولة المضيقة، فتتخذ بذلك قراراً بطرده واعتباره شخصاً غير مرغوب فيه وتسلمه جواز سفره وتكلفه مغادرة إقليمها دون انتظار استدعائه من قبل دولته.

#### المقارنة:

يتضح لنا مما سبق، أن قيام الرسل أو رجال السلك الدبلوماسي بمهامهم الموكولة إليهم، واحترامهم لما أنيط بهم، يجعلهم يتمتعون بالحماية المقررة لهم وفق ما نص عليه فقهاء الشافعية والقانون الدولي.

أما إذا خالف الرسول أو المبعوث الدبلوماسي قوانين الدولة الموفد إليها أو عدم خضوعه لها، تعرض لمخاطر منها عدّه غير مرغوب فيه.

ومن محاسن اجتهادات فقهاء الشافعية في توفير الحماية للمبعوث الدبلوماسي أنهم نصوا على ضرورة تبليغه إلى المكان الذي يشعر فيه بالأمان، حتى وإن حصل منه ما يشعر بالخيانة أو الإضرار.

وهذا يدل دلالة صريحة على إعمال فقهاء الشافعية لقاعدة التسامح في وقت الحرب على المبعوث الدبلوماسي الذي يسيء استغلال صفته.

١ - أبو هيف، علي صادق، القانون الدبلوماسي دراسة للنظم الدبلوماسية والقنصلية وما يتصل بها، الاسكندرية، منشأة دار المعارف، (ط٢)، ١٩٦٧، ص ١٧٢.

٢ - عطا، محمد صالح، أصول العمل الدبلوماسي والقنصلي، عمان، دار مجدلاوي، (د.ط)، ٢٠٠٤، ص ٧٦.

٣ - ينظر المادة ٤١ من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية عام ١٩٦١.

٤ - ينظر المادة الرابعة من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩.

٥ - المجذوب، محمد، القانون الدولي العام، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، (ط٦)، ٢٠٠٧، ص ٧٥٦.



ولم أجد بحسب بحثي نصاً قانونياً أو قاعدة قانونية دولية أو داخلية صريحة تلزم بضرورة إيصال الرسول إلى مأمنه، وعدم تعريض ماله للضياع أو التلف.

وما دمتنا بصدد الحديث عن المقارنة بين فقهاء الشافعية والقانون الدولي في توفير الحماية للرسول أو المبعوث الدبلوماسي، يجدر ذكر أن فقهاء الشافعية قد أكدوا على ضرورة احترام المبعوث الدبلوماسي أو الرسول، حتى لو حضر دون اتفاق سابق مع المسلمين، وهذا أمر لم تتوصل إليه قواعد القانون الدولي المعمول بها الآن، والتي تشترط لتمتع المبعوث الدبلوماسي بالحماية أن يكون إرساله قد تم بناء على اتفاق بين الدولتين.

### المبحث الثاني: حماية الأسرى في فقه الشافعية والقانون الدولي الإنساني.

قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول: الإفراج عن الأسرى، والمطلب الثاني: تبادل الأسرى، وذلك على الشكل التالي:

#### المطلب الأول: الإفراج عن الأسرى.

ذهب فقهاء الشافعية إلى أنه يجوز المن على الأسير الحربي وإطلاق سراحه دون مقابل إذا رأى الإمام ذلك. قال الشيرازي: «وإن رأى-أي الإمام- المن عليه جاز».

وقدد حدد الماورى كيفية تطبيق خيار المن من الناحية العملية، فقال: «المن بغير الفداء، فهو فيمن علم منه ميلاً إلى الإسلام، أو طاعة في قومه يتألفهم به فهو الذي يمن عليه».

ويرى فقهاء الشافعية أن ولي الأمر لا يلجأ لتطبيق خيار المن، إلا بالاجتهاد وفعل الأصلح للمسلمين.

قال النووي: «ويجتهد الإمام، في الأحرار الكاملين، ويفعل الأخط للمسلمين .. وَمَنْ». وعلق الشارح الدميري على عبارة النووي « وَمَنْ » أي: «وأن يمنَّ عليهم بتخليفة سبيلهم».

قال شهاب الدين الرملي: «إن أسر أحد من أهل الحرب..... رأى فيهم الإمام الأجود للمسلمين من... أو مَنْ عليه بتخليفة سبيله».

وقد استدلت فقهاء الشافعية على جواز المن على الأسرى بما يلي:

أ- لقوله تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾. (٤: محمد). قال البغوي: «يعني بعد أن تأسروهم فيما أن تمنوا عليهم منا بإطلاقهم من غير عوض».

ب- وكذلك ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: بعث النبي صلى الله عليه وسلم خيلاً قبل نجد، فجاءت برجل من بني حنيفة يقال له: ثمامة بن أثال، فربطوه بسارية من سواري المسجد، فخرج إليه النبي صلى الله عليه وسلم فقال: {أطلقوا ثمامة}، فانطلق إلى نخل قريب من المسجد، فاغتسل، ثم دخل المسجد، فقال: أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله.

١ - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج٣، ص٢٥٩.

٢ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج١٤، ص١٧٧. الروياني، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، ج١٣، ص٢٣٧.

٣ - النووي، منهاج الطالبين وعمدة المتقين، ص٥٢١.

٤ - الدميري، محمد بن موسى، النجم الوهاج في شرح المنهاج، عني به: لجنة علمية من المحققين، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، (ط١)، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، ج٩، ص٣٤٠.

٥ - الرملي، شهاب الدين أحمد بن أحمد، فتح الرحمن بشرح زيد ابن رسلان، عني به: الشيخ سيد بن ثلثوت الشافعي، بيروت، دار المنهاج، (ط١)، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م، ص٩١٩.

٦ - البغوي، الحسين بن مسعود، تفسير البغوي "معالم التنزيل"، حققه وخرج أحاديثه محمد عبد الله النمر و عثمان جمعة ضميرية و سليمان مسلم الحرش، الرياض، دار طيبة للنشر والتوزيع، (د.ط)، ١٤١٢هـ، ج٧، ص٢٧٨.



قال النووي وفي الحديث: «جواز المن على الأسير وهو مذهبنا-المذهب الشافعي- ومذهب الجمهور».<sup>٢</sup>  
ومن المبادئ الإنسانية لقانون النزاعات المسلحة التي تم تكريسها في قانوني لاهاي وجنيف، كأثر من الآثار المباشرة التي تترتب على انتهاء الحرب وعقد الصلح بمفهوم الحرب التقليدي، أو انتهاء النزاع المسلح بمفهوم قانون جنيف الإنساني، وجوب الإفراج عن أسرى الحرب وإعادتهم إلى أوطانهم بأسرع ما يمكن ودون إبطاء بعد انتهاء العمليات العدائية.<sup>٣</sup>  
ويجد الإفراج عن أسرى الحرب فور انتهاء العمليات العسكرية سنده في المادة 118 من اتفاقية جنيف الثالثة لعام ١٩٤٩، والتي جاء فيها: "يفرج عن أسرى الحرب ويعادون إلى أوطانهم دون تأخير عند وقف الأعمال العدائية الفعلية".<sup>٤</sup>  
وبناء على هذا النص يتعين على الدولة الحائزة الإفراج عن جميع الأسرى الذين تحتجزهم بغض النظر عن عددهم ورتبتهم، سواء كان لهم مقابل لدى الطرف الآخر أم لا.<sup>٥</sup>  
وإن مبدأ إطلاق سراح الأسرى وإعادتهم لأوطانهم عند انتهاء الأعمال العدائية، يستثنى منه أسرى الحرب الذين أدينوا لاقتراف جرائم، أو تتخذ إزاءهم إجراءات قضائية بسبب جريمة تتعلق بالقانون الجزائي، إذ يجوز حجزهم إلى أن تنتهي تلك الإجراءات، أو انتهاء العقوبة إذا تطلب الأمر.<sup>٦</sup>

#### المقارنة:

يتبين لنا من خلال ما سبق، أن الحرب إذا انتهت ووضعت أوزارها فلا معنى لبقاء أسرى الحرب في معسكرات الاعتقال، لأن الخوف المرتقب منهم قد زال، لذلك يظهر اتفاق فقهاء الشافعية والقانون الدولي الإنساني، على أن الأسر ينتهي بإطلاق سراح الأسير بدون أي مقابل بعد انتهاء المعركة.

#### المطلب الثاني: تبادل الأسرى.

ذهب فقهاء الشافعية إلى جواز تبادل أسرى المسلمين بأسرى الأعداء، ويُنووا أن لولي الأمر صلاحية الحكم بهذا الخيار، قال الشيرازي: «وإن رأى أن يفادي .. أو بمن أسر من المسلمين فادى به».<sup>٧</sup>  
وقدد حدد الماوري كيفية تطبيق تبادل الأسرى من الناحية العملية كوسيلة من وسائل إنهاء الأسر، فقال: «فهو لمن كان في أيدي قومه أسرى من المسلمين، وهم مشفقون عليه من الأسرى ومفتدون له بمن في أيديهم فيفادي به من قدر عليه من أسرى المسلمين، والأولى أن يأخذ به أكثر منه...، فإن لم يقدر أن يفادي كل رجل إلا برجل جاز، ولو دعت الضرورة أن يفادي رجلين من المشركين برجل من المسلمين فعل، فهذا حكم الفداء».<sup>٨</sup>

١ - البخاري، صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب وفد بني حنيفة، وحديث ثمامة بن أثال، ج ٥ ص ١٧٠-١٧١، حديث رقم ٤٣٧٢. / مسلم، صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب ربط الأسير وحبس، وجواز المن عليه، ج ٣ ص ١٣٨٦-١٣٨٧، حديث رقم ١٧٦٤.

٢ - النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ج ١٢، ص ١٢٧.

٣ - العنكي، القانون الدولي الإنساني، ص ٢٧١.

٤ - ينظر المادة ١١٨ من اتفاقية جنيف الثالثة لعام ١٩٤٩.

٥ - محمود، عبد الغني، القانون الدولي الإنساني - دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية-، القاهرة، دار النهضة العربية، (ط ١)، ١٤١١هـ - ١٩٩١م، ص ٩٦.

٦ - اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القواعد الأساسية لاتفاقيات جنيف وبروتوكولها الإضافيين، ص ٣٦.

٧ - الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج ٥، ص ٢٦٠.

٨ - يقصد هنا بالفداء أو المفاداة تبادل الأسرى، أو إطلاق سراحهم على عوض، أي إن الكلمتين بمعنى واحد.

ينظر، الزحيلي، آثار الحرب دراسة فقهية مقارنة، ص ٤١٧.



والملاحظ في تبادل الأسرى أن فقهاء الشافعية قد جوزوا تبادل واحد بأكثر منهم وبالعكس، ولو واحد في مقابلة جمع منا أو منهم. قال الرافي: «ويجوز أن يفدى بأسارى المسلمين، فإرد مشركاً بمسلم أو مسلمين أو مشركين بمسلم».

وقد استدلل فقهاء الشافعية على جواز تبادل الأسرى بما يلي:

أ- لقلوله تعالى: ﴿فِيأَمَّا مَنَّا بَعْدُ وَإِنَّا فِدَاءٌ﴾. (٤: محمد). قال الواحدى: «فجعل الله النبي - صلى الله عليه وسلم - والمؤمنين بالخيار في الأسارى... وإن شاؤوا فادوهم».

ب- عن عمران بن حصين، قال: كانت ثقيف حلفاء لبني عقيل، فأسرت ثقيف رجلين من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأسر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، رجلاً من بني عقيل، وأصابوا معه العضباء، فأتى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في الوثاق، قال: يا محمد، فأتاه، فقال: «ما شأنك؟» فقال: «لو قلته وأنت تملك أمرك أفلحت كل الفلاح»، ثم انصرف، فناداه، فقال: يا محمد، يا محمد، فناداه، فقال: «ما شأنك؟» فقال: «لو قلته وأنت تملك أمرك أفلحت كل الفلاح»، ثم انصرف، فناداه، فقال: يا محمد، يا محمد، فناداه، فقال: «ما شأنك؟» فقال: «ما شأنك؟» فقال: «لو قلته وأنت تملك أمرك أفلحت كل الفلاح»، ثم انصرف، فناداه، فقال: يا محمد، يا محمد، فناداه، فقال: «ما شأنك؟» فقال: «ما شأنك؟» فقال: «لو قلته وأنت تملك أمرك أفلحت كل الفلاح».

واستدلوا بهذا الحديث على جواز تبادل الأسرى، قال المزني: «فدى النبي عليه السلام رجلاً من المسلمين برجلين من المشركين».

وبالرجوع إلى اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، نجد أن اتفاقية جنيف الثالثة لعام ١٩٤٩، قد خلّت من النص على نظام تبادل الأسرى، وإزاء هذا النقص فإن قواعد العرف الدولي جرت على تبادل الأسرى، واعتباره وسيلة من وسائل إنهاء الأسر وفقاً للاتفاق الذي يتم بين الأطراف المتحاربة سواء أكان ذلك في أثناء الحرب أم بعد توقفها. ويتفق الطرفان على شروط هذا التبادل، مثلاً كجندي بجندي أو ضابط برتبة معينة بضابط من رتبة تقابلها، لكن ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على تبادل عدد من الأسرى من رتبة عليا بعدد أكبر من رتبة أقل.

#### المقارنة:

يتضح لنا من خلال ما سبق، اتفاق فقهاء الشافعية وما جرى عليه العمل في العرف الدولي من جواز إنهاء الأسر بالاتفاق على تبادل الأسرى بين الأطراف المتحاربة، وبهذا يظهر لنا جلياً أن فقهاء الشافعية كانوا سباقيين إلى العمل بخيار تبادل الأسرى كوسيلة من شأنها أن تنتهي بقاء الأسير في الأسر، وتمكنه من العودة إلى دياره في أقرب الأجل بعد انتهاء الأعمال الحربية.

١ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج ١٤، ص ١٧٧.

٢ - الرافي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج ١١، ص ٤١١.

٣ - النيسابوري، علي بن أحمد الواحد، التفسير البسيط، حققه: مجموعة من الباحثين بجامعة الإمام محمد بن سعود، عمادة البحث العلمي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، (ط١)، ١٤٣٠هـ، ج ٢٠، ص ٢١٧.

٤ - مسلم، صحيح مسلم، كتاب النذر، باب لا وفاء لنذر في معصية الله، ولا فيما لا يملك العبد، ج ٣، ص ١٢٦٢، حديث رقم ١٦٤١.

٥ - المزني، إسماعيل بن يحيى، مختصر المزني في فروع الشافعية، وضع حواشيه: محمد عبد القادر شاهين، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، ص ٣٥٥.

٦ - الطيار، علي بن عبد الرحمن، آداب الحرب في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، الرياض، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، (ط١)، ١٤٢٤هـ، ص ٣٢٩.

٧ - مهلول، الحاج، المقاتلون أثناء النزاعات المسلحة بين الوضع القانوني وضمانات الحماية، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، (د.ط.)، ٢٠١٤، ص ٢١٤.



وإننا إذ نغتم فرصة هذه المقارنة، لدعوة اللجنة الدولية للصليب لجعل خيار تبادل الأسرى خيارا منصوحا عليه في اتفاقية جنيف الثالثة لعام ١٩٤٩، بدل الاكتفاء بجعل مشروعياته القانونية تستند إلى العرف الدولي فقط.

وفي نهاية هذا المبحث، أشير إلى مسألة مهمة، وهي أن في حماية الأسرى في فقه الشافعية، من تصرفات الإمام، فهو الذي ينظر في أمرهم بنفسه، ويختار من أحكامهم ما يراه أصلح لشأنهم، وليس لأي فرد من آحاد الناس أن ينظر في أحكام الأسرى.

قال الجويني: «والتصرف في الأسرى من الأمور الخطيرة التي لا يدري فيها إلا ذو الأمر، ولا يستبد بها الآحاد».

وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٢ من اتفاقية جنيف الثالثة لعام ١٩٤٩ على أنه: "يقع أسرى الحرب تحت سلطة الدولة المعادية، لا تحت سلطة الأفراد أو الوحدات العسكرية التي أسرتهم".

وإذا كان واضعوا اتفاقية جنيف الثالثة قد جعلوا الأسرى تحت حماية الدولة الآسرة لا تحت أفرادها، وقصدتهم بهذا أن يحمي الأسير من كافة التعسفات والإساءات التي قد يرتكبها جنود الدولة الآسرة.

وبهذا يظهر لنا التوافق بين فقهاء الشافعية والقانون الدولي الإنساني، في الجهة المخول لها حماية الأسرى.

### المبحث الثالث: حماية القتلى في فقه الشافعية والقانون الدولي الإنساني.

قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، تناولت في المطلب الأول: معاملة القتلى، وفي المطلب الثاني: دفن القتلى.

#### المطلب الأول: معاملة القتلى.

من مكروهات الحرب في فقه الشافعية، القيام بحمل رؤوس القتلى من الأعداء، وقد ذهب فقهاء الشافعية إلى كراهة القيام بهذا الفعل الشنيع، خصوصا وأنه لا فائدة ترجى منه، ولا مشروعية لفعله. بحيث لم يقيم به رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا أصحابه من بعده رضي الله عنهم.

قال أبو المعالي الجويني: «إذا أراد الغزاة حمل رؤوس الكفار إلى بلاد الإسلام، فالمسألة ليست منصوطة للشافعي، والذي يقتضيه قياسه كراهية ذلك، فإنه لم يعهد في زمن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، وليس فيها فائدة».

وقال الشيخ أبو حامد: «وأما نقل رؤوس من قتل من الكفار إلى بلاد الإسلام فليست منصوطة لنا، ولكن أجمع أهل العلم على: أنه مكروه».

واستدل فقهاء الشافعية على كراهة تعذيب القتلى بما يلي:

- ١ - الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج١٧، ص٤٧٤.
- ٢ - ينظر الفقرة الأولى من المادة ١٢ من اتفاقية جنيف الثالثة لعام ١٩٤٩.
- ٣ - قال الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله: فسرنا الكراهة بالحرمة لأن الفقهاء القدامى كانوا ينحرجون من ذكر العبارات التي فيها قطع بالتحليل أو بالتحريم خروجاً من أن يصيهم اللوم الشديد من الرسول صلى الله عليه وسلم على من حرم أو أحل برأيه.
- ينظر، الزحيلي، آثار الحرب دراسة فقهية مقارنة، ص٤٣٨.
- ٤ - الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج١٧، ص٥٤٠.
- ٥ - العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج١٢، ص١٥٥.



أ- قول فقهاء الشافعية أن هذا الفعل " لم يعهد في زمن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم"، دليل على أنه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم، ولا عن الصحابة رضي الله عنهم، فلا مشروعية للقيام به، وهذا دليل كاف في الدلالة على اجتناب تركه وتحريم ارتكابه.

ب- وعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : «أعف الناس قتلة أهل الإيمان». قال ابن رسلان الشافعي في شرحه لهذا الحديث: « (قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : أعف الناس) أي: أكفهم عما لا يحل فعله وأرحمهم بالناس في .. ترك ما لا يجوز قتله،.. والمراد هنا هيئة القتل التي لا يحل فعلها من تشويه المقتول وإطالة تعذيبه، فأكثر الناس عهدا بهذه الخصال (أهل الإيمان) لما جعل الله في قلوبهم من الرحمة والشفقة لجميع خلقه». ويتبين لنا من خلال ما سبق، أن اجتهادات فقهاء الشافعية تبعت برسالة مفادها أن تشويه الجثث والتمثيل بالقتلى ليست من أخلاق المسلمين، ولا من مقاصد الإسلام في تشريعه لأحكام الحرب.

أما القانون الدولي الإنساني فقد أوجب على الدول المتحاربة واجبات تجاه المتوفين، والتي تتحدد أهمها فيما يلي: - أن تمنع العبث بأشلائهم وسلب ما يكون معهم من نقود أو حلي أو أشياء أخرى ذات قيمة، وأن تعمل على إعادة هذه الأشياء بقدر المستطاع إلى أسرهم.

- أن تتحقق من شخصية كل منهم، ويسهل ذلك الصحيفة المعدنية التي يحملها الجنود مثبتة حول أيديهم والعلامات الأخرى كرقم الجندي وعلامات الفرقة التابعة لها، واسم الدولة التي ينتمي إليها.

- على كل من الأطراف المتحاربة أن تبعث في أسرع وقت بأسماء قتلاها الذين عثرت عليهم والعناصر المثبتة لشخصيتهم، وشهادة الوفاة الخاصة بهم، وجميع أشيائهم الشخصية التي توجد معهم أو في ميدان القتال.

والأساس القانوني لحماية جثث القتلى من المعاملة المهنية و التشويه، يجد مستنده القانوني في المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩، والتي نصت على في الفقرة -أ- على ما يلي: " (أ) الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية، وبخاصة القتل بجميع أشكاله، والتشويه، والمعاملة القاسية، والتعذيب". كما أن البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧، قد اعتنى بوجه خاص برفات الموتى، وأفرد لذلك أحكاما تفصيلية وردت في نطاق المادة ٣٤ منه، تقضي بحظر انتهاك رفات الأشخاص الذين توفوا بسبب الاحتلال أو في أثناء الاعتقال الناجم عنه، أو بسبب الأعمال العدائية في بلد ليسوا هم من رعاياه.

#### المقارنة:

يتضح لنا من خلال ما سبق، اتفاق فقهاء الشافعية و القانون الدولي الإنساني على احترام جثث قتلى المحاربين، وحظر تشويهها بالمثل أو القيام بأي فعل ينتهك كرامتهم وهو موتى، وحظر تدابير الاقتصاص بجميع أشكالها. وإن الاتفاق فقها وقانونا على حماية القتلى من التشويه والعبث ببحثهم، يظهر المقاصد النبيلة والآداب الرفيعة في احترام الإنسان وتكريمه حتى ولو كان ميتا.

١ - أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الجهاد، باب في النهي عن المثلة، ج ٤ ص ٣٠٠، حديث رقم ٢٦٦٦. قال شعيب الأرنؤوط: إسناده حسن.

٢ - ابن رسلان، شرح سنن أبي داود، ج ١١، ص ٤٧٢.

٣ - الشلالدة، القانون الدولي الإنساني، ص ١١٥.

٤ - ينظر الفقرة (أ) من المادة الثالثة من اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩.

٥ - ينظر الفقرة الأولى من المادة ٣٤ من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧.



### المطلب الثاني: دفن القتلى.

ذهبت طائفة من فقهاء الشافعية إلى وجوب مواراة جثة القتيل الحربي، جاء في التهذيب في فقه الإمام الشافعي: «وهل يجب مواراته-أي الحربي-؟ وجهان: أحدهما: يجب؛ لأن النبي- صلى الله عليه وسلم- فعله. والثاني: لا يجب، ... فإن تأذى به الناس يورى». وقد نقل ابن الرفعة الشافعي أن أصح القولين في المسألة الوجوب، فقال: «والحربي هل يجب دفنه؟ [فيه] قولان، أحدهما: الوجوب».

وإن إبقاء الميت في العراء دون دفن يجعله عرضة للتفسخ، ويسبب وقوع الضرر بالمارة ونفور الناس منه لتأذيتهم برائحته، ولهذا يجب مواراة الجثة لما في ذلك من المحافظة على الصالح العام.

٣

وهذا ما نص عليه فقهاء الشافعية، قال النووي: «لكن يجوز دفنه لئلا يتأذى الناس برائحته».

٤

وقال أبو البقاء الشافعي: «لكن الأولى مواراتهم، لئلا يتأذى الناس برائحتهم».

ومستند فقهاء الشافعية القائلين بوجوب مواراة جثث القتلى ما يلي:

أ- روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يمر عن جثة حتى يأمر بدفنها ولا يسأل أمسلم هو أم كافر. قال يعلى بن مرة: {سافرت مع النبي صلى الله عليه وسلم غير مرة فما رأيته مر بجيفة إنسان إلا أمر بدفنه، لا يسأل أمسلم هو أم كافر}.

ب- فعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، قال: بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ساجد وحوله ناس من قريش من المشركين، إذ جاء عقبه بن أبي معيط بسلى جزور، فقفده على ظهر النبي صلى الله عليه وسلم، فلم يرفع رأسه حتى جاءت فاطمة عليها السلام، فأخذت من ظهره، ودعت على من صنع ذلك، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: {اللهم عليك الملا من قريش، اللهم عليك أبا جهل بن هشام، وعتبة بن ربيعة، وشيبة بن ربيعة، وعقبة بن أبي معيط، وأمّية بن خلف، أو أبي بن خلف}، فلقد رأيتهم قتلوا يوم بدر، فألقوا في بئر غير أمية، أو أبي، فإنه كان رجلاً ضخماً، فلما جروه تقطعت أوصاله قبل أن يلقي في البئر. قال ابن الملقن الشافعي: «وفيه مواراة جيفة كل ميت من بني آدم عن العيون ما وجد السبيل إلى ذلك ولو كافراً؛ لأمره - عليه السلام - أن يُجعلوا في قليب بدر، ولم يتركهم مطرحين بالعراء، فالحق الاستئذان به فيمن أصابه في معركة الحرب أو غيرها من المشركين، فيوارون جيفته إن لم يكن لهم مانع من ذلك ولا شيء يعجلهم عنه من خوف كثرة عدو».

٨

يتضح لنا من اجتهادات فقهاء الشافعية، المقاصد النبيلة في التعامل مع جثث الأعداء المحاربين، وذلك بوجوب سترها وعدم إهانتها أو المثلة بها، ثم إن تركها في العراء بلا مواراة يتسبب في إذابة الناس.

أما إحراق جثث القتلى بالنار، فإن الإسلام لا يوافق على القيام بهذا الفعل، حتى ولو كان دين القتيل يسمح بذلك، أو أنه ترك وصية بالإحراق، لأن إحراق الحي أو الميت بالنار محرم في الإسلام، سواء كان للانتقام أو لغيره وإنما يكفي بدفنه أو مواراتهم.

١ - البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج ٢، ص ٤١٦.

٢ - ابن الرفعة، نجم الدين أحمد، كفاية النبي شرح التنبيه في فقه الإمام الشافعي، وبلية: الهداية إلى أوامر الكفاية، جمال الدين عبدالرحيم الإسني، دراسة وتحقيق وتعليق: مجدي محمد سرور باسلوم، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط ١)، ٢٠٠٩، ج ٥، ص ٢٤.

٣ - الزحيلي، آثار الحرب، ص ٤٤٥.

٤ - النووي، كتاب المجموع شرح المهذب، ج ٥، ص ١١٩.

٥ - الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ج ٣، ص ٦٤.

٦ - الحاكم، المستدرک على الصحيحين، (كتاب الجنائز)، ج ١، ص ٥٢٦، حديث رقم ١٣٧٤.

قال الحاكم: هذا صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

٧ - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الجزية، باب طرح جيف المشركين في البئر، ولا يؤخذ لهم ثمن، ج ٤، ص ١٠٤، حديث رقم ٣١٨٥/مسلم، صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب ما لقي النبي صلى الله عليه وسلم من أذى المشركين والمنافقين، ج ٣، ص ١٤١٩، حديث رقم ١٧٩٤.

٨ - ابن الملقن، سراج الدين عمر بن علي الشافعي، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، تحقيق: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، بإشراف: خالد الرياط وجمعة فتحي، قطر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (ط ١)، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، ج ١٨، ص ٦٦٠.





وقد ذهب فقهاء الشافعية إلى عدم جواز التحريق سواء في الأحياء أو الأموات، قال الشافعي: «ولا نحرق حيا ولا ميتا». قلت: هذا النص يتناول - بإطلاقه - الكافر الحربي سواء كان حيا أو ميتا.

٣

وقال الماوردي: «ولا يجوز أن يحرقهم بالنار».

أما في نطاق القانون الدولي الإنساني فإنه يجب التأكد من حالة الوفاة والتحقق من هوية المتوفى، والتمكن من وضع تقرير، ويجب أن يبقى مع الجثة أحد نصفي لوحة تحقيق الهوية إذا كانت مزدوجة أو اللوحة نفسها إذا كانت مفردة. ويجب احترام أماكن الدفن والحفاظ عليها بصورة ملائمة ووضع علامات عليها حتى يتسنى الاستدلال عليها في جميع الأحوال، وذلك من أجل تيسير عملية استخراج الجثث في وقت لاحق، مع إمكانية نقلها إلى البلد الأم.

كما يجب على أطراف النزاع دفن الجثث باحترام وطبقا لشعائر دين الموتى كلما أمكن، وأن يجري دفن كل جثة على حدة بقدر الإمكان، ولا يجوز حرق الجثث ما لم يكن ذلك واجبا طبقا للشعائر الدينية للمتوفي أو جرى حرقها لأسباب صحية.

#### المقارنة:

بناء على ما سبق، يتبين لنا أن ما قرره فقهاء الشافعية - في أصح القولين بخصوص مواراة جثث القتلى من الحربيين - والقانون الدولي الإنساني يتفقان على المحافظة على جثث القتلى من الضياع والمهانة، ولا سبيل للمحافظة عليها وصون كرامتها إلا بدفنها ومواراتها.

وإذا كان فقهاء الشافعية والقانون الدولي الإنساني يتفقان في غاية محددة وهي حماية جثة المحارب بوجوب الدفن، إلا أنهما يفترقان في مسألة اشتراط المراسيم الدينية، وإذا كان فقهاء الشافعية قد نصوا على وجوب مواراة جثة الكافر الحربي، فإنه يفهم من فقه الشافعية أنه إذا وجد من يوارى الكافر الحربي من أهل ملته، تسقط المواراة الواجبة عن المسلمين، ويترك لأهل دينه مواراة قتلاهم بما هو معمول به عندهم.

أما القانون الدولي الإنساني فقد سعى إلى تكليف أحد طرفي النزاع عند الدفن إلى مراعاة الشعائر الدينية للمتوفي في المعركة إذا أمكن.

كما يفترقان في مسألة إحراق الجثث بالنار، فإذا كان القانون الدولي الإنساني يميز ذلك طبقا للشعائر الدينية للمتوفي أو حرقها لأسباب صحية، فإن فقهاء الشافعية قد منعوا القيام بحرق الجثث.

#### الخاتمة:

وقد ضمنت خاتمة هذا البحث جملة من النتائج والتوصيات، وهي الشكل التالي:

#### نتائج الدراسة.

١ - الإدغيري، عبد السلام، حكم الأسرى في الإسلام ومقارنته بالقانون الدولي العام، الرباط، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، (ط1)، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م، ص ٣٧١. بتصرف يسير.

٢ - الشافعي، الأم، ج ٨، ص ٤٦٧.

٣ - الماوردي، الحاوي الكبير، ج ١٤، ص ١٧٥/ الروائي، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، ج ١٣، ص ٢٣٥.

٤ - الشلالدة، القانون الدولي الإنساني، ص ١١٥.

٥ - ميلتسر، القانون الدولي الإنساني مقدمة شاملة، ص ١٥٥.

٦ - عبدالغني محمود، القانون الدولي الإنساني المقارنة بالشرعية الإسلامية، ص ١١٤.

٧ - العنبيكي، القانون الدولي الإنساني، ص ٢٨٢.



- نستنتج أن كلا من فقهاء الشافعية والقانون الدولي الإنساني قد كفلا للنساء والأطفال حماية تامة من أخطار الحرب، شريطة عدم مشاركتهم في أعمال القتال.

- أظهر هذ البحث اتفاقا بين فقهاء الشافعية والقانون الدولي الإنساني، في حمايتهم للمدنيين، وذلك من خلال المحافظة على وحدة الأسرة في الأسر، وعدم التفريق بينهم، مراعاة لما يترتب على التفريق من الإذابة والضياع وإدخال الحزن والضرر على النفس.

- الحماية المقررة للمبعوث الدبلوماسي أو الرسول في فقه الشافعية والقانون الدولي أظهرت لنا توافقا على منحه الحصانة -أي الأمان بتعبير فقهاء الشافعية- شريطة عدم قيامه بأي تصرف يسيء إلى المهمة المنوطة به.

كما استنتجنا تفوق اجتهادات فقهاء الشافعية على القانون الدولي في المبالغة بتوفير الحماية للرسول حتى وإن بدا منه ما يشعر بالخيانة.

- نستنتج أن الإفراج عن الأسرى عند وقف الأعمال العدائية الفعلية كما نصت على ذلك اتفاقية جنيف الثالثة، متوافق مع خيار المن على الأسرى المنصوص عليه في الشافعية.

- نستنتج أن فقهاء الشافعية كانوا سابقين إلى أعمال خيار تبادل الأسرى كخيار من شأنه أن ينهي بقاء الأسير في الأسر، وقد وافقهم في ذلك العرف الدولي الذي أجاز لأطراف النزاع الاتفاق على تبادل الأسرى.

- توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى حصول الاتفاق بين فقهاء الشافعية والقانون الدولي الإنساني في حماية القتلى، وذلك بحظر التشويه والتنكيل بجثثهم، ولم تقف حماية القتلى عند هذا الحد، بل تعدته إلى صورة أخرى من صور حماية القتلى، وهي وجوب دفن جثث القتلى وسترها، حفاظا على حرمتهم وكرامة آدميتهم، ولئلا يتأذى بتركهم دون دفن.

#### التوصيات.

- الحرص على نشر ثقافة القانون الدولي الإنساني على مستوى كليات الشريعة والقانون، مع تشجيع طلبة الدراسات العليا على البحث في مجال القانون الدولي الإنساني المقارن بالمذاهب الفقهية.

- إحداث مرصد علمي لتوثيق البحوث والندوات العلمية والأيام الدراسية في مجال القانون الدولي الإنساني المقارن بأحكام الفقه الإسلامي.

- وأغتنم مناسبة تقديم التوصيات المرتبطة بموضوع هذه الدراسة، لتوجيه نداء إلى اللجنة الدولية للصليب الأحمر باعتبارها الجهة الساهرة على تطبيق وتفعيل القانون الدولي الإنساني، إلى التعاون مع المؤسسات الدينية والأكاديمية في سبيل الرقي بالبحث العلمي وتطوير المعرفة المرتبطة بالقانون الدولي الإنساني المقارن بأحكام الفقه الإسلامي.

وفي نهاية هذه الدراسة، أسأل الله أن يتقبلها مني، وأن يتجاوز عن خطئي وسهوي، وأن يكتب بها النفع والأجر لمن قرأها، إنه ولي ذلك والقادر عليه سبحانه، والحمد لله رب العالمين.



### قائمة المراجع:

- ١- ابن الرفعة، نجم الدين أحمد، كفاية النبيه شرح التنبيه في فقه الإمام الشافعي، ويليه: الهداية إلى أوهام الكفاية، لجمال الدين عبدالرحيم الإسنوي، دراسة وتحقيق وتعليق: مجدي محمد سرور باسلوم، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١)، ٢٠٠٩.
- ٢- ابن الملقن، سراج الدين عمر بن علي الشافعي، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، تحقيق: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، بإشراف: خالد الرباط و جمعة فتحي، قطر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (ط١)، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.
- ٣- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، اعتنى به: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، القاهرة، مؤسسة قرطبة، دار المشكاة للبحث العلمي، (ط١)، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.
- ٤- ابن رسلان، أحمد بن حسين الشافعي، شرح سنن أبي داود، تحقيق: عدد من الباحثين بدار الفلاح بإشراف خالد الرباط، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، جمهورية مصر العربية، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، (ط١)، ١٤٣٧هـ-٢٠١٦م.
- ٥- ابن نور الدين، محمد بن علي الشافعي، تيسير البيان لأحكام القرآن، بعناية: عبد المعين الحرش، سورية، دار النوادر، (ط١)، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.
- ٦- أبو الوفاء، أحمد، الإعلام بقواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية في شريعة الإسلام، القاهرة، دار النهضة العربية، (ط١)، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
- ٧- أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق، شعيب الأرنؤوط و محمد كامل قره بللي، دمشق، دار الرسالة العالمية، (ط١)، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
- ٨- أبو هيف، علي صادق، القانون الدبلوماسي دراسة للنظم الدبلوماسية والقنصلية وما يتصل بها، الاسكندرية، منشأة دار المعارف، (ط٢)، ١٩٦٧.
- ٩- الإدغيري، عبد السلام، حكم الأسرى في الإسلام ومقارنته بالقانون الدولي العام، الرباط، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، (ط١)، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
- ١٠- البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، تحقيق، محمد زهير بن ناصر الناصر، بيروت، دار طواق النجاة، (ط١)، ١٤٢٢هـ.
- ١١- البغوي، الحسين بن مسعود، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- ١٢- البغوي، الحسين بن مسعود، تفسير البغوي " معالم التنزيل"، حققه وخرج أحاديثه محمد عبد الله النمر و عثمان جمعة ضميرية و سليمان مسلم الحرش، الرياض، دار طيبة للنشر والتوزيع، (د.ط)، ١٤١٢هـ.
- ١٣- البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبير، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، القاهرة، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، (ط١)، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.
- ١٤- الترمذي، محمد بن عيسى، الجامع الكبير، تحقيق: بشار عواد معروف، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٩٩٦.
- ١٥- الجويني، عبد الملك بن عبد الله، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه وصنع فهرسه: عبد العظيم محمود الديب، جدة، دار المنهاج، (ط١)، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.



- ١٦- الحاكم النيسابوري، محمد بن عبد الله: المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط٢) ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م.
- ١٧- الدميري، محمد بن موسى، النجم الوهاج في شرح المنهاج، عني به: لجنة علمية من المحققين، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، (ط١)، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- ١٨- الرافعي، عبد الكريم بن محمد الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق وتعليق: علي محمد عوض و عادل أحمد عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م.
- ١٩- الرملي، شهاب الدين أحمد بن أحمد، فتح الرحمن بشرح زيد ابن رسلان، عني به: الشيخ سيد بن شلتوت الشافعي، بيروت، دار المنهاج، (ط١)، ١٤٣٠هـ- ٢٠٠٩م.
- ٢٠- الروياني، عبد الواحد بن إسماعيل، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، تحقيق: طارق فتحي السيد، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٩٩٧م.
- ٢١- الزحيلي، وهبة، آثار الحرب - دراسة فقهية مقارنة، سوريا، دار الفكر، (ط٤)، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- ٢٢- الزيد، زيد بن عبد الكريم، مقدمة في القانون الدولي الإنساني في الإسلام، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، (د.ط)، ١٤٢٥هـ.
- ٢٣- سعد الله، عمر، تطور تدوين القانون الدولي الإنساني، بيروت، دار الغرب الإسلامي، (ط١)، ١٩٩٧.
- ٢٤- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، تحقيق وتخريج: رفعت فوزي عبد المطلب، المنصورة، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، (ط١)، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
- ٢٥- الشعبي، محمد سعيد، القانون الدولي الإنساني دراسات، القاهرة، مؤسسة أروقة للدراسات والترجمة والنشر، (ط١)، ٢٠١٤.
- ٢٦- الشلالدة، محمد فهاد، القانون الدولي الإنساني، عمان، دار الشروق للنشر والتوزيع، (ط١)، ٢٠١٧.
- ٢٧- الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت، (ط١)، ١٤١٧هـ- ١٩٩٦م.
- ٢٨- الشيزري، عبد الرحمن بن عبد الله بن نصر، المنهج المسلوك في سياسة الملوك، تحقيق ودراسة: علي عبدالله الموسى، الأردن، مكتبة المنار، الزرقاء، (ط١)، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م.
- ٢٩- الطبراني، سليمان بن أحمد، الدعاء، دراسة وتحقيق وتخريج: محمد سعيد بن محمد حسن البخاري، بيروت، دار البشائر الإسلامية، (ط١)، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م.
- ٣٠- طي، محمد، قواعد الحرب الأصلية والمستجدة في الإسلام، بيروت، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي، سلسلة الدراسات الحضارية، (ط١)، ٢٠١٧.
- ٣١- الطيار، علي بن عبد الرحمن، آداب الحرب في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، الرياض، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، (ط١)، ١٤٢٤هـ.
- ٣٢- عبد الرضا، بلقيس، الحماية الدولية للمدنيين خلال النزاعات المسلحة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، (ط١)، ٢٠١٦.
- ٣٣- عتلم، شريف، مدلول القانون الدولي الإنساني وتطوره التاريخي ونطاق تطبيقه، منشور في كتاب "محاضرات في القانون الدولي الإنساني"، تحرير: عتلم شريف، القاهرة، بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، (ط٦)، ٢٠٠٦.
- ٣٤- عطا، محمد صالح، أصول العمل الدبلوماسي والقمصلي، عمان، دار مجدلاوي، (د.ط)، ٢٠٠٤.



- ٣٥- عطية، أبو الخير، حماية السكان المدنيين والأعيان المدنية إبان النزاعات المسلحة -دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية-، القاهرة، دار النهضة العربية، (ط١)، ١٩٩٨.
- ٣٦- العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، اعتنى به: قاسم محمد النوري، جدة، دار المنهاج، (ط١)، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.
- ٣٧- العنبيكي، نزار، القانون الدولي الإنساني، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، (ط١)، ٢٠١٠.
- ٣٨- الغزالي، محمد بن محمد، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوض و عادل عبد الموجود، بيروت، دار الأرقم بن أبي الأرقم، (ط١)، ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م.
- ٣٩- اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القواعد الأساسية لاتفاقيات جنيف وبروتوكولها الإضافيين، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، (د.ط)، ٢٠١٥.
- ٤٠- الماوردي، علي بن محمد البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد معوض و الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م.
- ٤١- الماوردي، علي بن محمد البصري، الأحكام السلطانية، تحقيق: أحمد جاد، القاهرة، دار الحديث، (د.ط)، ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م.
- ٤٢- المجذوب، محمد، القانون الدولي العام، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، (ط٦)، ٢٠٠٧.
- ٤٣- محمود، عبد الغني، القانون الدولي الإنساني -دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية-، القاهرة، دار النهضة العربية، (ط١)، ١٤١١هـ- ١٩٩١م.
- ٤٤- المزني، إسماعيل بن يحيى، مختصر المزني في فروع الشافعية، وضع حواشيه: محمد عبد القادر شاهين، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م.
- ٤٥- مسلم، بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، لبنان، دار إحياء التراث العربي، (ط١)، ١٤١٢هـ- ١٩٩١م.
- ٤٦- المناوي، محمد عبد الرؤوف، فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير، ضبطه وصححه: أحمد عبد السلام، بيروت، دار الكتب العلمية، (د.ط)، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م.
- ٤٧- مهلول، الحاج، المقاتلون أثناء النزاعات المسلحة بين الوضع القانوني وضمانات الحماية، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، (د.ط)، ٢٠١٤.
- ٤٨- ميلتسر، نيلس، القانون الدولي الإنساني مقدمة شاملة، تنسيق: إتيان كوستر، جنيف، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠١٦.
- ٤٩- النووي، يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، مؤسسة قرطبة، (ط٢)، ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م.
- ٥٠- النووي، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، عني به: محمد محمد طاهر شعبان، بيروت، دار المنهاج للنشر والتوزيع، (ط١)، ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م.
- ٥١- النيسابوري، علي بن أحمد الواحدي، التفسير البسيط، حققه: مجموعة من الباحثين بجامعة الإمام محمد بن سعود، عمادة البحث العلمي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، (ط١)، ١٤٣٠هـ.



أثر اتفاقيات الحدود البحرية والأعمال الانفرادية في شرق المتوسط  
على المجالات البحرية الليبية

**The impact of maritime boundaries agreements and unilateral actions in the  
Eastern Mediterranean on Libyan maritime areas**

د. عمران الحاج محمد الصفراني

أستاذ مشارك / كلية القانون جامعة طرابلس

**ملخص:**

تناولت هذه الدراسة الجانب القانوني لأثر هذه الاتفاقيات وما سبقها أو رافقها أو لحقها من تصرفات انفرادية على أي تعيين مستقبلي لحدود الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة بين ليبيا وهذه الدول المعترضة على الاتفاقية الليبية التركية لسنة ٢٠١٩م. لتخلص الى أن اتفاقيات تعيين الحدود البحرية وغيرها من التصرفات والأعمال الانفرادية ليس من شأنها، كقاعدة عامة وفقا للقانون الدولي للبحار، أن تؤثر على الموقف القانوني للدول الثالثة. وهو ما ينطبق على الموقف القانوني الليبي بالنظر الى رفض الدولة الليبية قبول كل هذه التصرفات. فهذه التصرفات ما هي الا محاولة لاستغلال الأزمة السياسية في ليبيا للانتقاص من حقوقها السيادية على مجالاتها البحرية. خصوصا بعد عرض الدولة الليبية لحل خلافاتها مع الدول المجاورة بالطرق السلمية بما فيها عرض النزاع على محكمة العدل الدولية.

**Abstract:**

This study dealt with the legal aspect of the impact of these agreements and the unilateral actions that preceded, accompanied or followed them on any future delimitation of the borders of the continental shelf and the exclusive economic zone between Libya and these countries objecting to the Libyan-Turkish agreement of 2019. the maritime delimitation agreements and other unilateral acts are not, as a general rule, in accordance with international law of the sea, affecting the legal position of third countries. This applies to the Libyan legal position, given the Libyan state's refusal to accept all these actions. These actions are nothing but an attempt to exploit the political crisis in Libya to detract from its sovereign rights over its maritime domains. Especially after the Libyan state offered to resolve its disputes with neighboring countries by peaceful means, including referring the dispute to the International Court of Justice.



مقدمة:

أحيا اكتشاف مخزون هائل من النفط والغاز في شرق المتوسط آمال دول المنطقة في تحقيق معدلات نمو متقدمة بتصدير الغاز الطبيعي الى دول الاتحاد الأوروبي، ورُصدت أموال ضخمة للاستثمار في هذا المشروع، وعُقدت اتفاقات وأنشئت مؤسسات لتنسيق التعاون الدولي لهذا الغرض . الا أن هذا الاكتشاف من جهة أخرى أحيا منازعات قديمة، وأثار ادعاءات متجددة بين دول المنطقة بشأن حدود مجالاتها البحرية أعاقت تنفيذ هذا المشروع .

وعلى الرغم من عقد عدة اتفاقيات لتحديد ثنائية بين دول المنطقة، إلا أن معظم هذه الاتفاقيات تنهي النزاع بين أطرافها من جهة، وتثير منازعات جديدة مع الدول المجاورة من جهة أخرى. وعلى هذا الأساس اعترضت تركيا على اتفاقية تعيين الحدود بين مصر وقبرص ٢٠٠٣م، واعترضت لبنان على اتفاقية تعيين الحدود بين قبرص والحكومة الإسرائيلية ٢٠١٠م، واعترضت قبرص على اتفاقية تعيين الحدود بين تركيا وقبرص التركية ٢٠١١م، واعترضت اليونان ومصر على اتفاقية تعيين الحدود الليبية التركية ٢٠١٩م، واعترضت ليبيا وتركيا على اتفاقية تعيين الحدود المصرية اليونانية ٢٠٢٠م. وهكذا شكلت اتفاقيات تعيين الحدود البحرية في شرق المتوسط سببا ومظهرا من مظاهر تفاقم النزاع حول حدود الامتدادات البحرية للدول المتجاورة بدل أن تكون وسائل لتسوية مثل هذه النزاعات<sup>٣</sup>.

ونبحث في هذه الدراسة إشكالية تعدد اتفاقيات تعيين الحدود في شرق المتوسط وتضاربها. وأثر ذلك على تعيين حدود الحرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة الليبية مع الدول المجاورة مستقبلا. وبالتالي لا تتناول القواعد الموضوعية لتعيين الحدود البحرية الا بقدر اتصالها بأسس عقد اتفاقيات تعيين الحدود، وينصب البحث بالمقابل على التزامات الدول في المرحلة الانتقالية بين بدء النزاع والوصول الى الحل النهائي.

وعلى ذلك تتناول الاتفاقيات الأكثر اتصالا بالمجالات البحرية الليبية، وهي الاتفاقية الليبية التركية ٢٠١٩م، والاتفاقية المصرية اليونانية ٢٠٢٠م، والاتفاقية اليونانية الإيطالية ٢٠٢٠م. حيث تتناول هذه الاتفاقيات الثلاث وما يتصل بها من أعمال انفرادية في إطار قواعد القانون الدولي لتعيين حدود المجالات البحرية (مطلب أول) ثم تتناول في (المطلب الثاني) هذه الاتفاقيات وما يتصل بها من أعمال انفرادية في إطار النظام القانوني لتصرفات الدول المتنازعة قبل تعيين الحدود.

<sup>١</sup> انظر في ذلك Emile Badarin and Tobias Schumacher. " The Eastern Mediterranean Energy Bonanza: A Piece role of the European Union" .(3)p414 etc. in the Regional and Global Geopolitical Puzzle , and the cSoutheast Europ Stud. ٢٠٢٢،٧٠٠.

<sup>٢</sup> Jimenez Garcia-Carriazo, Angeles " The Maritime Delimitation between Turkey and the LIBYA 's Government of national accord: another concern for the European Union" Peace & security – Pax et securite International, NO, ٢٠٢١،٣،etc

<sup>٣</sup> انظر في عدم كفاية التسويات الثنائية لمنازعات الحدود البحرية في البحر المتوسط وما قد تسببه من نزاعات بحكم القرب الجغرافي. Ahnish.Faraj A. The International law. of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean sea.Oxford Clarendon press.1993.p.334,335.

<sup>٤</sup> يتناول الجزء الثاني من هذه الدراسة وعنوانه "تعيين حدود المجالات البحرية الليبية" القواعد الموضوعية لتعيين الحدود البحرية بالتفصيل.





## المطلب الأول: اتفاقيات شرق المتوسط في إطار القانون الدولي لتعيين الحدود البحرية.

يُتصد بتعيين الحدود البحرية رسم خطوط تفصل النطاق المكاني لولاية الدولة الساحلية على المجال البحري عن نطاق ولاية دولة أخرى عندما يكون السند القانوني لولاية الدولتين متداخلا مكانيا . ويظهر من هذا التعريف أن<sup>١</sup> تعيين الحدود البحرية يختلف عن تحديد المجالات البحرية للدولة باتجاه أعالي البحار أو المنطقة الدولية. حيث يكون الأول في حالة وجود تداخل في أسانيد وادعاءات دولتين فأكثر، ولهذا لا يتم الا باتفاق بين الدول المعنية أو من قبل محكمة دولية مختصة ، بينما الثاني يتم بعمل انفرادي من الدولة الساحلية<sup>٢</sup>.

ومن جهة أخرى فإن عملية تعيين الحدود البحرية، لأنها ذات طبيعة دولية، تتم وفقا للقانون الدولي بهدف الوصول الى حل منصف (المادتان المتطابقتان ٧٤/١-٨٣/١ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار). وهذا ما سوف نتناوله في (الفرع الأول)، ثم ندرس في إطاره اتفاقيات تعيين الحدود البحرية في شرق المتوسط في (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: قواعد القانون الدولي لتعيين الحدود البحرية.

- للدولة الساحلية وفقا للقانون الدولي العرفي، ووفقا لاتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة ١٩٨٢م، خمس مجالات بحرية تتفاوت الطبيعة القانونية لحقوق الدولة الساحلية عليها من مجال إلى آخر. وتشمل:-
- المياه الداخلية. تقع وراء خطوط الأساس التي يقاس منها امتداد البحر الإقليمي، وتخضع لسيادة الدولة الساحلية كالإقليم البري تماما.
  - البحر الإقليمي. يقع بعد خطوط الأساس باتجاه البحر. ويمتد لمسافة ١٢ ميلا بحريا كحد أقصى، ويخضع لسيادة الدولة الساحلية باستثناء حق المرور البريء لسفن الدول الأخرى.
  - المنطقة المجاورة. تقع بعد البحر الإقليمي باتجاه البحر، وتمتد لمسافة ٢٤ ميلا بحريا من خطوط الأساس كحد أقصى، وتمارس الدولة الساحلية عليها ولاية تطبيق تشريعاتها المتعلقة بالجمارك والضرائب والهجرة والصحة العامة.
  - الجرف القاري. وهو قاع البحر باعتباره امتدادا طبيعيا للإقليم البري، ويمتد لمسافة ٢٠٠ ميلا بحريا من خطوط الأساس كحد أدنى. وتمارس الدولة الساحلية عليه حقوقا سيادية متعلقة باستكشاف واستغلال الثروات الطبيعية الحية وغير الحية للقاع وباطن أرضه.
  - المنطقة الاقتصادية الخالصة. وتشمل قاع البحر وباطن أرضه والمياه التي تعلوه الى مسافة ٢٠٠ ميلا بحريا كحد أقصى ابتداء من خطوط الأساس التي يقاس منها البحر الإقليمي. وتمارس عليها الدولة الساحلية حقوقا سيادية لاستكشاف واستغلال الثروات الطبيعية الحية وغير الحية في المياه والقاع وباطن أرضه.

<sup>١</sup> Tanaka, Yoshifumi. Predictability and Flexibility in the law of Maritime delimitation . Oxford. Hart Publishing. ٢٠١٩, p.٦

<sup>٢</sup> Ibidum

<sup>٣</sup> Cottier, Thomas. Equitable Principles of Maritime Boundary ed ١, ٢٠١٥, Pp.٣٥٧-٣٥٨, Delimitation. Cambridge. Cambridge University Press



وتثور مسألة تعيين الحدود البحرية كما أشرنا سابقا في حالة وجود سواحل دول أخرى ملاصقة لسواحل الدولة، أو مقابلة لها ضمن مسافة تقل عن امتداد هذه المجالات على كلا الجانبين. ففي هذه الحالة تنشأ مسألة الفصل بين الامتدادات البحرية المتداخلة للدول المتجاورة، مما يستلزم وجود قواعد يتم على أساسها تعيين الحدود الفاصلة بين المجالات البحرية المتداخلة للدول المعنية.

وبالنظر الى اختلاف كل منطقة بحرية عن الأخرى، وتفرد كل ساحل بسمات جغرافية تميزه عن غيره، ومع تعدد المجالات البحرية واتساع امتدادها في البحر خصوصا الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة، كانت مهمة الاتفاق خلال المؤتمر الثالث لقانون البحار على قواعد عامة وموحدة قابلة للتطبيق على مختلف الأوضاع الدولية في غاية الصعوبة . حيث شهد هذا المؤتمر انقلاسا في مواقف الدول. كل دولة حسب مصالحها المرتبطة بموقعها والظروف الجغرافية لسواحلها، بين من يدعمون قاعدة مبدأ الانصاف مع الأخذ في الاعتبار كل الظروف ذات العلاقة، ومن يدعمون قاعدة الأبعاد المتساوية والظروف الخاصة. حيث اعترضت مجموعة من الدول على تطبيق قاعدة الأبعاد المتساوية لتعيين حدود الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة لسببين ؛ الأول هو حكم محكمة العدل الدولية في قضية بحر الشمال بعدم عرقية قاعدة الأبعاد المتساوية فيما يتعلق بتعيين حدود الجرف القاري، والثاني هو محاولة هذه الدول تجنب النتائج غير العادلة للتطبيق الصارم لقاعدة الأبعاد المتساوية عند تعيين حدود الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة بالنظر الى زيادة تأثير الأبعاد المتساوية كلما زاد طول خط الحدود، الأمر الذي جعل هذه الدول تعتمد مبدأ الانصاف لما يتضمنه من مرونة.

ولذلك تم التوصل الى صيغة مرنة للتوفيق بين مجموعة الدول التي تؤيد قاعدة (الأبعاد المتساوية/ الظروف الخاصة) ، ومجموعة الدول التي تؤيد قاعدة (مبدأ الانصاف/ الظروف ذات العلاقة) تضمنتها المادتان المتطابقتان<sup>٤</sup>

Cottier, T. op cit. p. ١٨١<sup>١</sup>

وفيما يتعلق بتعيين حدود البحر الإقليمي تنص المادة (١٥) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ١٩٨٢م على أنه "حيث تكون سواحل دولتين متقابلة أو متلاصقة، لا يحق لأي من الدولتين، في حالة عدم وجود اتفاق بينهما على خلاف ذلك، أن تمد بحرها الإقليمي الى أبعد من خط الوسط الذي تكون كل نقطة عليه متساوية في بعدها عن أقرب النقاط على خط الأساس الذي يقاس منه عرض البحر الإقليمي لكل من الدولتين. غير أن هذا الحكم لا ينطبق حين يكون من الضروري بسبب سند تاريخي أو ظروف خاصة أخرى تعيين حدود البحر الإقليمي لكل من الدولتين بطريقة تحالف هذا الحكم." وتضمن هذا النص قاعدة عامة لتعيين حدود البحر الإقليمي بين سواحل الدول المتلاصقة والمتقابلة، متكونة من جزئين (الأبعاد المتساوية / الظروف الخاصة) ولا تتبر هذه القاعدة مشاكل ذات بال بالنسبة لتعيين حدود البحر الإقليمي بالنظر الى محدودية اتساعه (١٢ ميلا بحريا) بالمقارنة مع الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة (٢٠٠ ميلا بحريا) ولذلك كان الاعتراض على تطبيق قاعدة الأبعاد المتساوية على تعيين حدود الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة عكس تطبيقها على تعيين حدود البحر الإقليمي.

وقد أشارت الى ذلك محكمة العدل الدولية في حكمها في قضيتي بحر الشمال ١٩٦٩م. انظر North Sea Continental Shelf cases. ICJ Reports. ١٩٦٩, para. ٥٩

Ahnish, f. op cit. p. ٧٣ .<sup>٢</sup>

<sup>٣</sup> مجموعة الدول المؤيدة لقاعدة الأبعاد المتساوية تشمل كل من (البهاما، بربادوس، كندا، كولومبيا، قبرص، اليمن الديمقراطية، الدانمارك، غامبيا، اليونان، غويانا، إيطاليا، اليابان، الكويت، مالطا، النرويج، اسبانيا، السويد، الامارات العربية المتحدة، بريطانيا، يوغسلافيا) ٧/١٠ UN Doc NG مشار اليه عند Tanaka, Y. op cit. p. ٣٨.

<sup>٤</sup> مجموعة الدول المؤيدة لقاعدة مبدأ الانصاف تشمل كل من (الجزائر، الاجنتين، بنغلاديش، بنين، الكونغو، فرنسا، العراق، ايرلندا، ساحل العاج، كينيا، ليبيريا، ليبيا، مدغشقر، مالي، موريتانيا، المغرب، نيكاراغوا، نيجيريا، باكستان، غويانا الجديدة، بولندا، رومانيا، السنغال، سوريا، الصومال، تركيا، فنزويلا) UN Doc NG ٢/٧ مشار اليه عند.

Tanaka, Y. op cit. p. ٣٨.



(١/١، ٧٤/٨٣) اللتان تنصان على أن "١- يتم تعيين حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة [الجرف القاري] بين الدول ذات السواحل المتقابلة أو المتلاصقة عن طريق الاتفاق على أساس القانون الدولي كما أشير إليه في المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، من أجل التوصل إلى حل منصف."

ويثير هذا النص الملاحظات التالية: -

(١) أن هذا النص لم يحدد طريقة الوصول إلى الحل المنصف. سواء تم ذلك الحل بالاتفاق أم بعرض الأمر على إحدى الوسائل الإلزامية المنصوص عليها في (٧٤/٢ - ٨٣/٢). فالإنصاف وصف لهدف عملية التحديد نفسها كما أشارت إلى ذلك محكمة العدل الدولية في قضية الكمرون ضد نيجيريا (٢٠٠٢م) بالقول الانصاف ليس طريقة لتعيين الحدود، بل هو " هدف يجب أن يكون حاضرا في الذهن عند اجراء عملية التحديد." . إلا أن الالتزام بالتوصل إلى حل منصف يعد التزاما عرفيا وإن كان قابلا لتفسيرات عديدة .<sup>٢</sup>

(٢) أن هذا النص تضمن الالتزام بالتفاوض بحسن نية للوصول إلى حل منصف، إلا أن ذلك لا يعني الالتزام بالوصول إلى اتفاق، بدليل نص الفقرة الثانية من المادتين (٨٣،٧٣) التي تفرض على الدول الأطراف اللجوء إلى وسائل تسوية المنازعات المنصوص عليها في الجزء الخامس عشر من الاتفاقية في حالة عدم التوصل إلى اتفاق على تعيين الحدود.<sup>٣</sup>

(٣) أن هذا النص (٧٤/٨٣، ١/١) يحظى بالسمة العرفية وفقا لمحكمة العدل الدولية . وبالتالي يمثل القاعدة الملزمة<sup>٤</sup> لجميع الدول بشأن تعيين حدود الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة، الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار وغير الأطراف.

(٤) أن هذا النص يقتضي استبعاد التسوية الانفرادية. حيث نصت المادتان (٧٤/١ - ٨٣/١) المشار إليهما على أن تعيين الحدود البحرية يجب أن يتم بالاتفاق، مما يدل على الالتزام بالتفاوض للوصول إلى اتفاق بين الدول المعنية. وهذه القاعدة تؤكد ممارستها ثابتة في العرف الدولي ، كما أقر القضاء الدولي بسمتها العرفية . إلا أنه في حالة تعيين دولة<sup>٦</sup> لحدودها مع دولة أخرى من طرف واحد دون اعتراض الأخيرة قد يتم تفسيره على أنه اتفاق ضمني .<sup>٧</sup>

#### LAND AND MARITIME BOUNDARY BETWEEN CAMEROON AND NIGERIA<sup>١</sup>

(CAMEROON v. NIGERIA: EQUATORIAL GUINEA intervening) ICJ.Reports. ٢٠٠٢,para.٢٩٤

Cottier.T.op cit.p.٢٢٧, see also Maritime Dispute (Peru v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports ٢٠١٤, p. ٣, .<sup>٢</sup> para٧٩

Cottier, T. Op cit. P.٢١٩<sup>٣</sup>

<sup>٤</sup> انظر حكم محكمة العدل الدولية في قضية تعيين الحدود البحرية والمسائل الإقليمية بين قطر والبحرين. الحكم في الموضوع.

ICJ.Reports. ٢٠٠١,paras,١٦٧ etc

Cottier.Op cit, pp.٣٥٧-٣٥٨. <sup>٥</sup>

<sup>٦</sup> انظر حكم محكمة العدل الدولية في قضيتي بحر الشمال ١٩٦٩,para.85,86.ICJ.Reports.

<sup>٧</sup> Cottir, T.op cit. p.٢٢٠ .



(٥) أن عبارة " بالاتفاق وفقا للقانون الدولي" الواردة في المادتين ٧٤/١ - ٨٣/١ لا تعني قيادا على حرية الدول في ابرام الاتفاق ، فقواعد تعيين الحدود ليست آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. وكما يجوز للقضاء الدولي حل أي نزاع وفقا لمبادئ العدل والانصاف وفقا للمادة (٣٨/٢) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، فمن باب أولى يجوز للدول بالاتفاق اختيار أي من الطرق التي يرونها تحقق الحل المنصف.

(٦) النص على أن الاتفاق يتم وفقا للقانون الدولي يتضمن قيادا على حرية الدول المعنية يتمثل في حقوق الدول الأخرى، فلا يجوز وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار كما نصت على ذلك المادة (٣١١/٣) للدول الأطراف أن تعقد اتفاقيات من شأنها التأثير على تمتع دول أطراف أخرى بحقوقها بموجب الاتفاقية. ومع أن هذه الاتفاقيات وفقا للقانون الدولي العربي والاتفاقي لا تنشئ حقوقا أو التزامات لغير أطرافها إلا برضاها (م ٣٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات)، إلا أنها قد ترتب آثارا قانونية بالنسبة للدول الأخرى، مما يجعلها بمثابة الأعمال الانفرادية بالنسبة للدولة الثالثة غير الطرف فيها. كما سنتناوله في المطلب الثاني.

وكما أشارنا سابقا فقد تم تبني الصياغة الواردة في المادتين المتطابقتين (٧٤/١ - ٨٣/١) من أجل استيعاب مواقف مجموعتي الدول المتنازعة في المؤتمر الثالث لقانون البحار، مما يجعلها صيغة مرنة تقبل الجمع بين قاعدتي (الأبعاد المتساوية/الظروف الخاصة) و (مبدأ الانصاف/ الظروف ذات العلاقة). ولتوضيح هذه المسألة نتناول كلتا القاعدتين (فقرة أولى)، ونتناول في (الفقرة الثانية) التطبيقات القضائية والتحكيمية لهتين القاعدتين للوصول الى حل منصف. وعلى الرغم من عدم اعلان الدول عادة على القواعد التي تطبقها عند تعيين حدودها المشتركة، إلا أنها بالضرورة تستعمل نفس القواعد التي تتبعها المحاكم الدولية وإن كانت غير ملزمة بذلك.

#### الفقرة الأولى: قاعدتا (مبدأ الانصاف/ الظروف ذات العلاقة) و (الأبعاد المتساوية/ الظروف الخاصة).

تقاسمت هاتان القاعدتان لتعيين حدود الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة مواقف الدول في المؤتمر الثالث لقانون البحار أثناء مناقشات لجنة التفاوض السابعة (NGV) طيلة تناولها لمسألة تعيين حدود المنطقتين الفترة (١٩٧٨ - ١٩٨١). كما أنهما بقيا محلا للتداول<sup>٢</sup> في طلبات ودفع الدول أطراف المنازعات المتعلقة بتعيين الحدود البحرية أمام القضاء والتحكيم الدوليين، ومن ثم تضمنتهما الأحكام القضائية وأحكام محاكم التحكيم بشأن تعيين الحدود البحرية للدول. وعلى هذا نتناولهما كالتالي: -

١- قاعدة مبدأ الانصاف بمراعاة جميع الظروف ذات العلاقة. ورد النص على مبدأ الانصاف في اعلان الرئيس الامريكى ترومان لسنة ١٩٤٥ م باعتباره القاعدة التي يتم على أساسها تعيين حدود الجرف القاري مع الدول المجاورة.

<sup>١</sup> انظر Alex G. Oude Elferink. " International Law and Negotiated and Adjudicated

Maritime Boundaries: a Complex Relationship". German yearbook of international law.vol.٥٨,٢٠١٥, p.٥٩

<sup>٢</sup> see. Tanaka, Y. op, cit. p٣٩, see also Cottier, T. op, cit. p٢٢٠

.Tanaka,Y. Op cit.p.٣٨ etc

<sup>٤</sup> انظر نص اعلان ترومان. American Journal of International Law.vol, ٤٠, Issues١,١٩٤٦,pp٤٥-٤٦



وقد اعتبرت محكمة العدل الدولية في قضية بحر الشمال ١٩٦٩م أن اعلان ترومان يمثل بداية القانون الوضعي للجرف القاري، ويمثل مع الاعلانات الدولية التالية له العرف الدولي بشأن تعيين حدود الجرف القاري .

ويكتسي مفهوم مبدأ الانصاف وفقا لحكم محكمة العدل الدولية في قضية بحر الشمال ١٩٦٩م، والأحكام القضائية والتحكيمية اللاحقة له، معنى خاصا، يختلف عن استعماله العام في مجال القانون. هذا المعنى الخاص تم تحديده في حكم المحكمة والأحكام القضائية والتحكيمية اللاحقة عن طريق استبعاد الدلالات التي يتضمنها المعنى العام للإنصاف، فالإنصاف في مجال تعيين حدود الجرف القاري حسب محكمة العدل الدولية (١) لا يعني المساواة بحيث يتم إعطاء كل طرف نصيبا منصفًا من المنطقة المتنازع عليها. لأن تعيين الحدود ليست عملية تقسيم للمنطقة المتنازع عليها. بل يعني إعطاء كل طرف الجزء الذي يعود اليه من منطقة النزاع . (٢) الانصاف لا يعني العدالة بمعناها المجرد. بل يعني تحقيق العدالة من خلال تطبيق المبادئ العادلة بمراعاة كل الظروف ذات العلاقة . (٣) الانصاف لا يعني إعادة تشكيل الجغرافيا بشكل كلي. بل يعني تخفيف الأثر المترتب على وجود الجزر والتوءات الصغيرة والعشوائية التي يمكن أن يترتب عليها اختلاف غير عادل في المعاملة (٤) تعيين الحدود وفقا لمبدأ الانصاف لا يعني الحكم طبقا للعدل والانصاف *ex aequo et bono* المنصوص عليه في المادة (٣٨/٢) من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية. لأن الحكم بتعيين الحدود البحرية طبقا لمبدأ الانصاف يجد تبريره الموضوعي في اعتبارات يقتضيها القانون .

وانتهت محكمة العدل الدولية في حكمها في قضية بحر الشمال الى أن قواعد القانون الدولي واجبة التطبيق لتعيين حدود الجرف القاري بين الدول المتجاورة هي أن " (١) يتم تعيين الحدود بالاتفاق طبقا لمبادئ الانصاف، مع الاخذ في الاعتبار جميع الظروف ذات العلاقة..." الأمر الذي يعني أن تطبيق مبدأ الانصاف يتم عن طريق أخذ جميع الظروف ذات العلاقة بالاعتبار في عملية التحديد .

٢- قاعدة الابعاد المتساوية / الظروف الخاصة. تجد قاعدة الابعاد المتساوية/ الظروف الخاصة أساسها القانوني في المادتين (١٢) من اتفاقية جنيف للبحر الإقليمي والمنطقة المجاورة ١٩٥٨م، و(٦) من اتفاقية جنيف للجرف القاري ١٩٥٨م. ونصت عليها كذلك المادة (١٥) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ١٩٨٢م بالنسبة لتعيين حدود البحر الإقليمي بين الدول المتجاورة.

ICJ Reports.١٩٦٩,para..٤٧<sup>١</sup>

ICJ Reports.١٩٦٩,para.١٨<sup>٢</sup>

Ibid.para.٨٥-٩٣<sup>٣</sup>

. Ibid.para.٩١<sup>٤</sup>

Ibid.para .88.<sup>٥</sup>

انظر كذلك حكم محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري تونس ضد ليبيا ١٩٨٢م حيث تقول. " المفهوم القانوني للإنصاف أنه مبدأ عام قابل للتطبيق بشكل مباشر بوصفه قانونا..... يجب تمييز تطبيق مبادئ الإنصاف عن الحكم وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف" =

.ICJ Reports. ١٩٨٢,para.٧١ case concerning the continental shelf. Tunisia v. Libyan ArabJamahiria. =

.ICJ Reports.١٩٦٩,para.١٠١<sup>٦</sup>

.ICJ reports.١٩٦٩,para.٨٥<sup>٧</sup>



والابعاد المتساوية قاعدة هندسية تقتضي أن يتم رسم الحدود البحرية بين الدول المتلاصقة أو المتقابلة بخط يصل مجموعة من النقاط تكون على بعد متساوي من خطوط الأساس لقياس البحر الإقليمي لسواحل الدول المتلاصقة أو المتقابلة، ويطلق عليها أحيانا خط الوسط .<sup>١</sup>

وينبئ تاريخ صياغة قاعدة الابعاد المتساوية/ الظروف الخاصة خلال المناقشات في مؤتمر الأمم المتحدة الأول لقانون البحار ١٩٥٨م بأن الهدف من الحاق الظروف الخاصة بالأبعاد المتساوية هو تجنب النتائج غير العادلة لتطبيق الابعاد المتساوية بشكل آلي . وأن العلاقة بين الابعاد المتساوية والظروف الخاصة هي علاقة القاعدة بالاستثناء . بمعنى أن تطبيق الأبعاد المتساوية يمثل القاعدة، والاستثناء هو استعمال الظروف الخاصة لتخفيف عدم العدالة الناتج عن تطبيق الابعاد المتساوية بشكل صارم.

وعلى ذلك تختلف العلاقة بين مكوني قاعدة (الانصاف/ الظروف ذات العلاقة) التي فيها اعتبار الظروف ذات العلاقة جزء من عملية التحديد نفسها، عن العلاقة بين مكوني قاعدة (الابعاد المتساوية/ الظروف الخاصة) والتي تمثل الظروف الخاصة استثناء قد تبرره وقائع القضية وقد لا تبرره .<sup>٤</sup>

### الفقرة الثانية: التطبيقات القضائية والتحكيمية لقواعد تعيين الحدود البحرية.

نظرا لأن الصيغة الواردة في المادتين (٧٤/٨٣، ١/١) لا تقدم طريقة يمكن للطرفين باتباعها الوصول الى حل منصف، طورت المحاكم الدولية تفسيراً عملياً لمفهوم الحل المنصف بدمج قاعدتي (مبادئ الإنصاف/ الظروف ذات العلاقة) و (الأبعاد المتساوية/ الظروف الخاصة) في ضوء مبدأ الانصاف الذي يشكل أساساً وهدف عملية تعيين الحدود البحرية. وهكذا ظهرت في السوابق القضائية والتحكيمية قاعدة (الأبعاد المتساوية/ الظروف ذات العلاقة) باعتبارها الطريقة الأكثر تطبيقاً لتعيين الحدود البحرية للوصول الى حل منصف.

وقد أخذت هذه القاعدة مكانتها تدريجياً ابتداءً من حكم محكمة التحكيم في قضية الجرف القاري الانجلو فرنسية ١٩٧٧م حيث أشارت محكمة التحكيم، متأثرة بمناقشات المؤتمر الثالث لقانون البحار<sup>٥</sup> وحكم محكمة العدل الدولية في قضية بحر الشمال ١٩٦٩م، الى إمكانية التوفيق بين قاعدة (مبادئ الانصاف/ الظروف ذات العلاقة)، التي

<sup>١</sup> . ورد تعريف الأبعاد المتساوية في المادة (١٥) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ١٩٨٢م كالتالي: - " خط الوسط الذي تكون كل نقطة عليه متساوية في بعدها عن أقرب النقاط على خط الأساس الذي يقاس منه عرض البحر الإقليمي لكل من الدولتين"

<sup>٢</sup> Tanaka, Y. op cit. pp. ٣٣,٣٤

<sup>٣</sup> Abe,Ake.' The concept of equidistance in the development of the law of maritime delimitation " (٢٠٠٩) . World maritime university dissertations.Malmo-Sweden .p.١١

see also.Tanaka.Y.op cit.p.٣٤

وانظر في مناقشة تفسير المادة (٦) من اتفاقية الجرف القاري ١٩٥٨م

Logchem, yourivan .the rights and obligations of states in disputed maritime areas.Cambridge.Cambridge university Press.١ed.٢٠٢١,pp.١١٧-١١٨

Abe,Ake.op cit.p١١<sup>٤</sup>

<sup>٥</sup> خصوصاً ما يتعلق بمفهوم الجرف القاري الذي أصبح مرتبطاً بمقياس المسافة في حدود ٢٠٠ ميلاً بحرياً، وظهر مفهوم المنطقة الاقتصادية الخالصة الى مسافة ٢٠٠ ميلاً بحرياً وتداخلها مع مفهوم الجرف القاري. الأمر الذي يدعم قاعدة الابعاد المتساوية القائمة أساساً على معيار القرب الجغرافي.



اعتبرت محكمة العدل الدولية في قضية بحر الشمال القاعدة العرفية لتعيين حدود الجرف القاري، وقاعدة (الأبعاد المتساوية/ الظروف الخاصة) الواردة في المادة (٦) من اتفاقية جنيف للجرف القاري ١٩٥٨م على أساس أن الأبعاد المتساوية والظروف الخاصة كوحدة واحدة تتساوى مع القاعدة العرفية بشأن تطبيق مبدأ الانصاف، حيث تعمل الظروف الخاصة على تصحيح النتائج غير العادلة لتطبيق الأبعاد المتساوية<sup>١</sup>. وطبقت محكمة التحكيم هذه القاعدة عند تعيين حدود الجرف القاري بين فرنسا وإنجلترا في منطقة المحيط الأطلسي. بحيث اعتبرت المحكمة قاعدة الأبعاد المتساوية نقطة بداية لخط الحدود يتم تعديلها وفقاً للظروف الخاصة بمنطقة التحديد<sup>٢</sup>. وقد سمى بعض الفقهاء ما ذهب إليه محكمة التحكيم "مقارنة الانصاف المعدل"<sup>٣</sup>.

وابتداء من حكم محكمة العدل الدولية في قضية تعيين الحدود البحرية في منطقة جرينلاند - جان ماين. بين الدانمرك والنرويج ١٩٩٣م تم التأسيس للمساواة بين مفهوم الظروف الخاصة الواردة في المادة (٦) من اتفاقية جنيف للجرف القاري ١٩٥٨م، ومفهوم الظروف ذات العلاقة في القانون الدولي العربي<sup>٤</sup>، والتي نضجت بشكل واضح في حكم محكمة العدل الدولية في قضية تعيين الحدود البحرية في البحر الأسود بين رومانيا وأكرانيا ٢٠٠٩م حيث أشارت المحكمة إلى المراحل الثلاث لتعيين الحدود البحرية، والتي تؤكد استيعاب الظروف الخاصة في الظروف ذات العلاقة<sup>٥</sup>، واستعمال الأبعاد المتساوية كنقطة بداية لرسم خط الحدود. ولعله من المفيد اقتباس فقرات من حكمها كالتالي "تمشيا مع السوابق القضائية المستقرة للمحكمة بشأن تعيين الحدود البحرية. ستكون المرحلة الأولى من مقارنة المحكمة إقامة خط أبعاد متساوية مؤقت. [و] لن تهتم المحكمة في هذه المرحلة الأولية لإقامة خط الأبعاد المتساوية المؤقت بما قد يوجد من ظروف ذات علاقة. ويتم تعيين الخط بشكل دقيق وفقاً لمعيار هندسي وبناء على بيانات موضوعية ... .

١. The Anglo-French Continental Shelf Arbitration Award, ١٨ RIAA, para.٧٠

انظر كذلك حكم محكمة العدل الدولية قضية ليبيا مالطا ١٩٨٥م حيث تقول المحكمة في الفقرة ٦٥ من حكمها "ان المحكمة، ... لا يسعها على الإطلاق أن تتجاهل حقيقة أن طريقة الأبعاد المتساوية لم تعتبر في أي وقت، حتى في تعيين الحدود بين السواحل المتقابلة، طريقة تطبق دون تعديل مهما كانت الظروف ... لذا فمن المؤكد حرصاً على تحقيق نتيجة = منصفة في حالة يبدو فيها خط الأبعاد المتساوية للوهلة الأولى الطريقة الملائمة، وجوب فحص كل الظروف ذات العلاقة؛ إذ قد يكون لها وزن في تقييم جوانب الإنصاف، ومن الملائم بالتالي أخذها في الاعتبار وترجمة انعكاساتها في تعديل خط الأبعاد المتساوية". عبد الرازق المرتضى سليمان. (قضية الجرف القاري بين الجماهيرية العربية الليبية وجمهورية مالطا). طرابلس. لجنة الحدود البرية والبحرية. ط ٢٠٠٨. ص. ٦٥-٦٦.

٢. The Anglo-French Continental Shelf Arbitration Award.op cit.para.٢٤٩

٣. Tanaka,Yoshifumi . The International Law of the Sea.3d.

.Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, ٢٠١٩,pp٣٢٢

انظر

Maritime delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v.Norway),(ICJ Reports. para.٥٦.١٩٩٣.

حيث ذكرت المحكمة أنه على الرغم من الاختلاف في المنشأ والتسمية، إلا أنه يوجد ميل باتجاه المساواة بين " الظروف الخاصة الواردة في المادة ٦ من اتفاقية جنيف ١٩٥٨م والظروف ذات العلاقة بموجب القانون الدولي العربي لأن كليهما مصمم من أجل القدرة على تحقيق نتيجة منصفة"

٥ مصطلح الظروف ذات العلاقة تم استعماله في القضاء والتحكيم الدولي بدلاً عن مصطلح الظروف الخاصة ضمن ما يعرف بمقارنة الانصاف المعدل على أساس عدم وجود فارق كبير بين المصطلحين سواء في المعنى أو الوظيفة وفق هذه المقارنة. انظر أكثر تفصيلاً بشأن الظروف ذات العلاقة.

Evans, M. Relevant Circumstances. In A. Oude Elferink, T. Henriksen, & S. Busch (Eds.), *Maritime Boundary Delimitation: The Case Law: Is It Consistent and Predictable?*. Cambridge: Cambridge University Press.٢٠١٨, pp. ٢٢٢-٢٦١





وحتى يكون مسار الخط النهائي منتجا لحل منصف (المواد ٨٣،٧٤ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار) تقوم المحكمة بعد ذلك في المرحلة الثانية بالنظر فيما إذا كانت هناك عوامل تدعو الى تعديل أو زحزحة خط الأبعاد المتساوية المؤقت من أجل الوصول الى حل منصف... [و] أخيرا وكمرحلة ثالثة سوف تتأكد المحكمة من أن الخط (خط الأبعاد المتساوية المؤقت سواء تم تعديله بأخذ الظروف ذات العلاقة في الاعتبار أم لا) يؤدي الى نتيجة غير عادلة بفعل عدم التناسب بين مدى أطوال السواحل المعنية والمناطق البحرية ذات العلاقة لكل دولة... [حيث] يؤدي الفحص النهائي الى التأكد من عدم وجود تفاوت كبير بين المناطق البحرية بالمقارنة مع النسبة بين أطوال السواحل. [و] هذا لا يعني أن تقسم المناطق البحرية على حسب طول السواحل. فكما ذكرت المحكمة (في قضية تعيين الحدود البحرية في المنطقة بين جرينلاند وجان ماين ١٩٩٣م) "مقاسمة المنطقة تكون نتيجة لتعيين الحدود وليس العكس" ..<sup>١</sup>

وقد تكررت الإشارة الى حكم محكمة العدل الدولية في قضية البحر الأسود (رومانيا ضد أوكرانيا) باعتباره يمثل بداية مرحلة جديدة في الممارسات القضائية بشأن تعيين حدود الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة، يتم فيها تطبيق قواعد القانون الدولي لتعيين حدود الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة الواردة في المادتين المتطابقتين (٧٤/٨٣،١/١) بشكل أكثر يقينية وقابلية للتوقع (الأبعاد المتساوية المؤقتة/ الظروف ذات العلاقة)، وبطريقة أكثر وضوحا لتحقيق الحل المنصف (المراحل الثلاث للتحديد).

ومع ذلك تبقى مسألة تعيين حدود الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة عن طريق القضاء أو التحكيم الدوليين، بحكم خصوصية كل قضية تعيين للحدود، خاضعة الى حد بعيد للسلطة التقديرية للمحكمة في كل قضية على حدة بما يشمل تحديد المنطقة ذات العلاقة بتعيين الحدود، والسواحل ذات العلاقة بعملية التحديد، ومن ثم حصر الظروف ذات العلاقة الموجودة بالمنطقة، وتقدير دور هذه الظروف في عملية التحديد، وتطبيق معيار النسبية للتأكد من انصاف الحل النهائي<sup>٢</sup>.

## الفرع الثاني: اتفاقيات تعيين الحدود في شرق المتوسط والأعمال الانفرادية لأطرافها.

أشرنا فيما سبق إلى أن أكثر الاتفاقيات التي عُقدت لتعيين الحدود البحرية في شرق المتوسط تأثرا على المجالات البحرية الليبية هي الاتفاقية الليبية التركية والاتفاقية اليونانية الإيطالية والاتفاقية اليونانية المصرية وعلى ذلك نتناولها تباعا مع الموقف القانوني لأطرافها.

MARITIME DELIMITATION IN THE BLACK SEA (ROMANIA v. UKRAINE) judgment. ICJ<sup>١</sup>  
Reports. ٢٠٠٩،p.٦١،paras.١١٨،١٢٠،١٢٢

انظر<sup>٢</sup> Hamid, Abdul Ghafur. "REFINING THE MARITIME BOUNDARY DELIMITATION METHODOLOGY: THE SEARCH FOR PREDICTABILITY AND CERTAINTY". IIUMLJ.vol.٢٧،  
p.٥٩-٦٠.٢٠١٩.(١)

وانظر مزيدا من التفصيل في هذا الموضوع في الجزء الثاني من هذه الدراسة.



## الفقرة الأولى: الاتفاقية الليبية التركية ٢٠١٩ م.<sup>١</sup>

### أولاً: ظروف عقد الاتفاقية وأهم بنودها.

بدأت مفاوضات تعيين الحدود البحرية بين ليبيا وتركيا سنة ٢٠٠٧ م، إلا أنها غلقت سنة ٢٠١٤ م بسبب الأحداث الاستثنائية في ليبيا، ثم أُستؤنفت سنة ٢٠١٨ م، وتوجت بعقد مذكرة التفاهم بين حكومة الوفاق الوطني الليبية والحكومة التركية في ٢٠١٩/١١/٢٧ م.<sup>٢</sup>

وقد عُقدت هذه الاتفاقية في ظل ظروف التوتر السياسي في منطقة شرق المتوسط، من جهة. والاضطرابات الأمنية في ليبيا، وتدخل القوى الإقليمية فيها من جهة أخرى. فمن ناحية التوتر السياسي في منطقة شرق المتوسط كان عقد هذه الاتفاقية بالنسبة الى تركيا خطوة في اتجاه عرقلة منظمة منتدى غاز المتوسط، ومشروع خط أنابيب شرق المتوسط<sup>٣</sup>، واتفاق القاهرة بشأن التعاون بين مصر وقبرص اليونانية واليونان في هذا الخصوص، والذي تجاهل دور الدولة التركية وادعاءاتها بالجرف القاري غرب جزيرة قبرص، الأمر الذي جعلها تعارضه بشدة<sup>٤</sup>.

كما أن منح اليونان امتيازات للتنقيب على النفط والغاز جنوب جزيرة كريت سنة ٢٠١٤ م، ورفضها احتجاج الدولة الليبية على ذلك، وتوقف المفاوضات بين البلدين لتجاهل اليونان للمطالبات الليبية بشأن المنطقة المتنازع عليها بين البلدين، ساهم في ميل الموقف الليبي الى تأييد تركيا بشأن مسألة تعيين الحدود البحرية في شرق المتوسط<sup>٥</sup>. كما ساهم في هذا الاتجاه، بالنسبة لحكومة الوفاق الوطني الليبية، التأييد السياسي والعسكري التركي لهذه الحكومة في مواجهة خصومها المحليين.

<sup>١</sup> نص الاتفاقية الليبية التركية منشور في Law of the Sea . Bulletin No. ١٠٤, United Nations New York, ٢٠٢١, p.١٥ et

ولا تناول هذه الدراسة مدى صحة هذه الاتفاقية وفقا للقانونين الليبي والدولي وذلك لسببين: - الأول. أن اثاره التصديق الناقص على الصعيد الدولي غالبا ما تواجه بالرفض انظر مثلا حكم محكمة العدل الدولية في قضية الكامرون ضد نيجيريا. CASE CONCERNING THE LAND AND

MARITIME BOUNDARY BETWEEN CAMEROON AND NIGERIA (CAMEROON v.

NIGERIA: EQUATORIAL GUINEA intervening) I C J.Reports. ٢٠٠٢, paras.٢٦٥. والثاني أن هذه الاتفاقية ترتبت عليها

ردود فعل سياسية من قبل كل من اليونان ومصر تمثلت في تشريعات وطنية واتفاقيات دولية مما يجعل إثارة هذا الأمر الآن من الجانب الليبي، وهو الوحيدة الذي يملك إثارة وفقا للقانون الدولي، غير مفيد وغير مهم في نفس الوقت. وانظر في مناقشة هذا الموضوع. علي خليفة الدعاجي. "مذكرة التفاهم الليبية التركية بين التصديق الناقص

والموافقة التامة" مجلة العلوم القانونية والشرعية. العدد الثامن عشر. يونية ٢٠٢١ م. ص ٨٩-١٢٥. وانظر كذلك. Alvarez-jimenez, Alberto.

"Boundary Agreements in the International Court's Case Law, ٢٠٠٠-٢٠١٠". J.I.L.vol, ٢٣, N. ٢٠١٢ E, ٢٠١٢.

pp.٥٠٩-٥١٢.

<sup>٢</sup> انظر مذكرة البعثة الليبية الدائمة لدى الأمم المتحدة الى الأمين العام بتاريخ ٢٠١٩/١٢/٢٦ منشورة على موقع قسم شؤون المحيطات وقانون البحار. تمت زيارته في ٢٠٢٣/٤/١٦ م.

[https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/Libya\(A/٧٤/٦٣٤\)](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/Libya(A/٧٤/٦٣٤))

<sup>٣</sup> انظر . JIMÉNEZ GARCÍA-CARRIAZO, Ángeles.op,cit.p.٣.

Ibid.p.١٢

<sup>٤</sup> انظر. مذكرة البعثة الليبية الدائمة المقدمة للأمين العام للأمم المتحدة بتاريخ ٢٠١٩/١٢/٢٦ م

[https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/Libya\(A/٧٤/٦٣٤\)](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/Libya(A/٧٤/٦٣٤)) وانظر كذلك

بيان وزير الخارجية الليبي في المؤتمر الصحفي الذي جمعه بوزير الخارجية اليوناني بطرابلس بتاريخ ٢٠١٢/١٢/٢٠ م الذي صرح فيه بمناقشة تعيين الحدود البحرية الليبية اليونانية وأن الأمر " لا يخص ليبيا واليونان لذلك نحتاج الى المضي قدما في برنامج عمل يشمل الدول التي لها حدود مشتركة مع اليونان وليبيا. ونسعى لاتفاق عام يضم



وهكذا عُقدت الاتفاقية الليبية التركية لتعيين حدود الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة بين الدولتين في إطار التعاون بين الحكومة التركية وحكومة الوفاق الوطني الليبية في المجال العسكري والأمني، وعُقدت إلى جانبها اتفاقية أمنية وعسكرية بين الطرفين. ولذلك فإن هذه الاتفاقية تأثرت بالموقف القانوني التركي بشأن تعيين حدود الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة في منطقة شرق المتوسط وبحر إيجه، والذي تبلور في ضوء النزاع التركي اليوناني الذي يعود إلى بداية سبعينات القرن الماضي، حيث تتمسك كل منهما بتفسير مختلف للقانون الدولي بشأن تعيين الحدود البحرية في هذه المنطقة.<sup>١</sup>

وقد بُنيت الاتفاقية الليبية التركية على أساس مبدأ الانصاف لتعيين الحدود البحرية، وعدم الزامية الأبعاد المتساوية واعتبارها مجرد طريقة من طرق التحديد لا أكثر، واستبعاد أي أثر للجزر اليونانية فيما عدا البحر الإقليمي. حيث نصت هذه الاتفاقية في ديباجتها على أن " حكومة الجمهورية التركية وحكومة الوفاق الوطني ليبيا إذ تقرران العمل على تحديد المجالات البحرية في البحر الأبيض المتوسط بشكل منصف وعادل، والتي يمارسان فيها كافة الحقوق السيادية والصلاحيات المستمدة من القانون الدولي، مع الأخذ في الاعتبار كافة الظروف ذات العلاقة...".

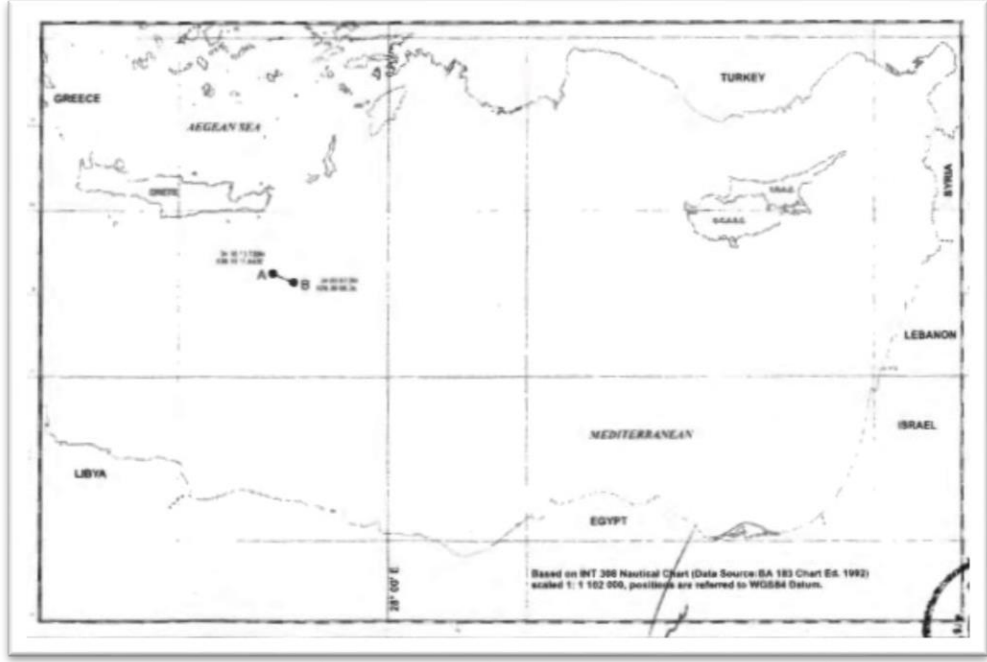
وعلى هذا الأساس تم تعيين الحد الفاصل بين الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة لكلتا الدولتين بناء على مبدأ الانصاف كما تفسره الدولة التركية باستبعاد أي أثر للجزر اليونانية فيما وراء البحر الإقليمي، وهكذا استُبعدت جزر (رودس وكريتوس وكاسوس) على الجانب التركي، وجزيرة (كريت) على الجانب الليبي من الحساب عند التحديد كما هو موضح (بالشكل رقم ١)<sup>٢</sup>

جميع الدول المعنية بهذا الأمر. " موقع وزارة الشؤون الخارجية اليونانية. تمت زيارته في ٢٠٢٣/٤/١٦ م [Statements of Foreign Minister Avramopoulos and Libyan International Cooperation Minister M. Abdel Aziz \(Libya, ٢٠ December ٢٠١٢\) | Dimitris Avramopoulos - Commissioner for Migration, Home Affairs and Citizenship](#)

<sup>١</sup> انظر بشأن النزاع التركي اليوناني، والمواقف المتضاربة للدولتين بشأن تفسير القانون الدولي لتعيين الحدود البحرية. Schaller, Christian." Hardly predictable and yet an equitable solution: Delimitation by judicial process as an option for Greece and Turkey in the Eastern Mediterranean" Ledin Journal Of International Law.vol ٣٥,٢٠٢٢,pp.٥٤٩-٥٦٨ وقد أوضحت تركيا موقفها في مذكرة بعثتها الدائمة في الأمم المتحدة الى الأمين العام للأمم المتحدة المؤرخة في ٢٠٢٠/٣/١٨ م. Letter dated 18 March 2020 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General (A/74/757)

<sup>٢</sup> انظر. Letter dated ١٨ March ٢٠٢٠ from the Permanent Representative of Turkey in the United Nations addressed to the Secretary-General A/٧٤/٧٥٧, (UN Doc. A/٧٤/٧٥٧)

<sup>٣</sup> ملحق بنص الاتفاقية الليبية التركية المنشور في ٢٠٢١, p.١٥ et ١٠٤, United Nations New York, Bulletin No. ١٠٤, Law of the Sea .



الشكل رقم (١)

وتفصل السواحل التركية الليبية مسافة ٣٤٤,٤ ميلا بحريا، مما يقل عن المسافة الكاملة للجرف القاري في حده الأدنى والمنطقة الاقتصادية الخالصة في حدها الأقصى لكل دولة باتجاه الأخرى، وباستبعاد أي أثر للجزر تكون المسافة (شمال شرق - جنوب غرب) بين السواحل الليبية والسواحل التركية أقرب من المسافة (شمال جنوب) بين الساحل المصري والساحل القاري اليونان. مما يسقط حجة عدم وجود تداخل في المجالات البحرية الليبية التركية.<sup>١</sup>

وقد نصت المادة (١/١) من الاتفاقية على امتداد خط الحدود من النقطة (A) والتي تقع على تقاطع خطي الطول والعرض (٢٦,١٩ شرقا) و(٣٤,١٦ شمالا) إلى نقطة (B) الواقعة على تقاطع خطي الطول والعرض (٢٦,٣٩ شرقا) و (٣٤,٠٩ شمالا). ويمتد هذا الخط لمسافة ١٨,٦ ميلا بحريا، ويمثل خط الوسط بين ساحلي الدولتين.

ونصت المادة (٤/٣) من الاتفاقية على التزام كلا الطرفين بإبلاغ الطرف الآخر والتشاور معه عند عقد مفاوضات مع دولة ثالثة لتحديد المنطقة الاقتصادية الخالصة معها، بما يمس إحداثيات خط التحديد المنصوص عليه في المادة (١/١) من الاتفاقية. كما نصت المادة (٥) من الاتفاقية على عدم جواز تعديل ما تضمنته المادة (١) المتعلقة بخط الحدود، وما تضمنته المادة (٢) المتعلقة بإحداثيات سواحل الطرفين.

ولأن الاتفاقية الليبية التركية من شأنها عرقلة مشروع أنبوب الغاز المزمع إنشاؤه ليمر من حقول الغاز في مياه قبرص اليونانية إلى جزيرة كريت ثم إلى الإقليم القاري اليوناني، ثم إلى شبكة الغاز الأوروبية، فقد اعترضت عليها بعض

<sup>١</sup> انظر خلاف هذا الاستنتاج من خلال مناقشة هذا الموضوع من وجهة نظر اليونان. P.٢٠ etc Papastavridis, Efthymios.op cit.

<sup>٢</sup> Idum



الدول أطراف منتدى غاز شرق المتوسط خصوصا مصر واليونان وقبرص اليونانية، كما اعترضت عليها منظمة الاتحاد الأوربي<sup>١</sup>.

وتنفذا لهذه الاتفاقية عقد الطرفان، في ٢٠٢٢/١٠/٣م، اتفاقية بشأن التعاون في مجال استكشاف واستغلال مواد الهيدروكربون (النفط والغاز) في منطقة الجرف القاري الليبي اعترضت عليها اليونان على أساس عدم اختصاص الحكومة الليبية بعقد مثل هذه الاتفاقيات وفقا للقانون الداخلي الليبي<sup>٢</sup>، وهذا الأمر بالتأكيد اليونان ليست مؤهلة للاحتجاج به بموجب للقانون الدولي.

### ثانيا: الموقف القانوني للدولتين بشأن الحدود البحرية.

يمكن الاستدلال على الموقف القانوني للدولة من خلال تشريعاتها، ومذكراتها الموجهة للأمم العام للأمم المتحدة، ومواقفها في المؤتمرات الدولية بشأن القانون الدولي للبحار، ومن خلال هذه المؤشرات نحاول الوقوف على الموقف القانوني لكلا الدولتين ليبيا وتركيا من مسألة تعيين الحدود كالتالي: -

(١) ليبيا. أصدرت الدولة الليبية عدة تشريعات بشأن مجالاتها البحرية تشمل القانون رقم (٢) لسنة ١٩٥٩م بشأن البحر الإقليمي، وإعلان السيادة على خليج سرت جنوب خط العرض (٣٠،٣٢ شمالا) لسنة ١٩٧٣م، وقرار اللجنة الشعبية العامة (سابقا) رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٥م بشأن إعلان منطقة حماية الصيد الليبية، وقرارها رقم (١٠٥) لسنة ٢٠٠٥م بتحديد إحداثيات منطقة حماية الصيد لليبيا، وقرارها رقم (١٠٤) لسنة ٢٠٠٥م بشأن خطوط الأساس لقياس البحر الإقليمي والمناطق البحرية الليبية، و قرارها رقم (٢٦٠) لسنة ٢٠٠٩ م بشأن إعلان المنطقة الاقتصادية الخالصة الليبية.<sup>٣</sup>

وقد نصت المادة الأولى من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (٢٦٠) لسنة ٢٠٠٩م على أن " تعلن منطقة اقتصادية خالصة للجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى وراء بحرها الاقليمي وملاصقة له، تمتد إلى المدى الذي يخوله القانون الدولي، ويتم عند الاقتضاء تعيين الحد الخارجي لهذه المنطقة مع الدول المجاورة المعنية بمقتضى اتفاقيات تبرم على أساس القانون الدولي...".<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> انظر في أثر الاتفاقية الليبية التركية على مشروع تطوير وتصدير غاز المتوسط . . . JIMÉNEZ GARCÍA-CARRIAZO, Ángeles.op cit. P.٣

وانظر في الاعتراض على الاتفاقية الليبية التركية وأسبابه Kansu,Zekiye Nazli." An Asesment of eastern mediterranean maritime boundary delimitation agreement between Turkey and Libya" Science Journal of Turkish Military Academy.vol.٣٠, Issue. ١, ٢٠٢٠,p, ٦٧

<sup>٢</sup> انظر . Letter dated ١٧ November ٢٠٢٢ from the Permanent Representative Greece to the United Nations Addressed to the Secretary –General (A/A/٧٧/٦٠٤)

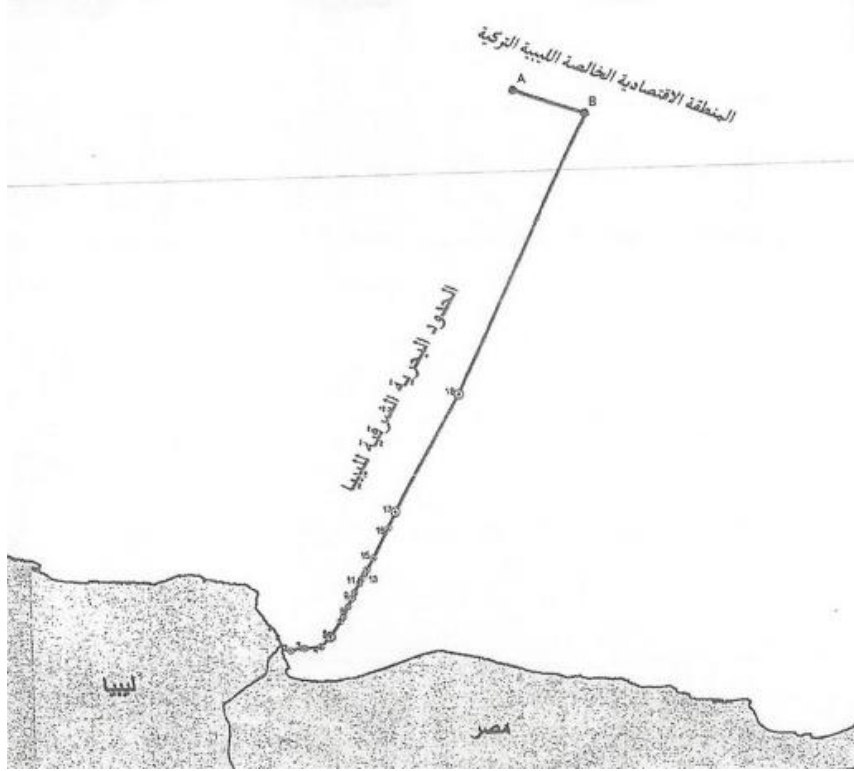
<sup>٣</sup> التشريعات الليبية متاحة على موقع قسم شؤون المحيطات وقانون البحار. <https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/Libya>

تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٣/٤/١٦م.

<sup>٤</sup> انظر النص باللغة العربية. مدونة الإجراءات. السنة التاسعة. العدد (١). ٢٠١٠م. ص.٤٤٠،٤٤٥.



وقد كانت ليبيا في المؤتمر الثالث لقانون البحار ضمن الدول الداعمة لقاعدة تطبيق مبادئ الإنصاف في تعيين حدود الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة بين الدول المتقابلة والمتلاصقة، وضد قاعدة الأبعاد المتساوية كطريقة للتحديد<sup>١</sup>. إلا أنها في قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (١٠٥) لسنة ٢٠٠٥م استعملت طريقة الأبعاد المتساوية لتعيين الحدود الشرقية لمنطقة حماية الصيد المعلن عنها بموجب القرار رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٥م مع الدولة المصرية. وأكدت على هذا الموقف في رسالة وزارة الخارجية الليبية الى الأمين العام للأمم المتحدة بتاريخ ١٣/٢/٢٠٢٣م والخريطة المرفقة بها لحدود منطقة حماية الصيد الليبية (الشكل رقم ٢)



الشكل رقم (٢)

وذلك رغم النص في القرار رقم (١٠٥) المشار اليه على أن العمل بمنطقة حماية الصيد يستمر الى حين الإعلان عن المنطقة الاقتصادية الخالصة الليبية مما يعني أن هذا القرار ألغي بصدور قرار اعلان المنطقة الاقتصادية الخالصة<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> انظر الهامش رقم (١١) من هذه الدراسة.

<sup>٢</sup> <https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/Libya>

<sup>٣</sup> انظر Grbec, M. Extension of coastal state Jurisdiction in Enclosed and Semi-enclosed seas. London, Routledge, first ed. ٢٠١٤, pp. ١١٤ etc

لسنة ٢٠٠٥م على أساس أن المادة الثانية من اعلان المنطقة الاقتصادية الخالصة تنص على أن " تمارس الجماهيرية... على منطقتها الاقتصادية الخالصة الحقوق السيادية... كما تكون لها الولاية التي يحولها القانون الدولي على المنطقة" مما يعني إشارة ضمنية للمادة (٥٦) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار بفقرتها (أ.ب). ولعل إشارة رسالة وزارة الخارجية الليبية الى القرار (١٠٥) يؤيد هذا الرأي. وسنتناول هذه المسألة بتفصيل أكثر في الجزء الثاني لهذه الدراسة.



وعلى أي حال فإن الغاء قرار حدود منطقة حماية الصيد الليبية من عدمه لا يؤثر في دلالاته على الموقف الليبي بشأن استخدام الأبعاد المتساوية لتعيين حدودها الشرقية مع الدولة المصرية، كما عبرت عنه صراحة رسالة وزارة الخارجية الليبية المشار إليها<sup>١</sup>.

وقد بررت البعثة الليبية الدائمة لدى الأمم المتحدة التوقيع على الاتفاقية الليبية التركية لسنة ٢٠١٩ م في مذكرتها الشارحة المؤرخة في ٢٠١٩/١٢/٢٦ م مستندة على القانون الدولي العربي والاتفاقي؛ الذي ينص على أن تعيين حدود الجرف القاري يجب أن يتم بالاتفاق على أساس القانون الدولي طبقاً للمادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، في إشارة للسمة العرفية لنص المادة (٨٣) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة ١٩٨٢ م، والتي تنص على تحديد الجرف القاري بالاتفاق على أساس القانون الدولي للوصول إلى حل منصف باعتبار ليبيا ليست طرفاً في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار<sup>٢</sup>.

وقد أشارت البعثة الليبية الدائمة في مذكرتها المشار إليها إلى استعداد الدولة الليبية إلى تسوية النزاع مع الدول المعترضة على الاتفاقية الليبية التركية بالوسائل السلمية وفقاً للمادة (٣٣) من ميثاق الأمم المتحدة بما فيها عرضه على محكمة العدل الدولية<sup>٣</sup>. كما أعربت وزارة الخارجية الليبية عن نفس الموقف في بيانها رداً على القرار الرئاسي المصري رقم (٥٩٥ لسنة ٢٠٢٢ م) بشأن تعيين الحدود المصرية مع ليبيا من طرف واحد<sup>٤</sup>.

**(٢) تركيا.** لم تعلن الدولة التركية عن المنطقة الاقتصادية الخالصة في البحر المتوسط، كما أن القانون التركي رقم ٢٦٧٤ لسنة ١٩٨٢ م يحدد عرض البحر الإقليمي بستة أميال بحرية، ويفوض مجلس الوزراء مد اتساعه، مع الأخذ في الاعتبار لجميع الظروف الخاصة ووفقاً لمبدأ الإنصاف (المادة ١). ويتم وفق هذا القانون تعيين حدود البحر الإقليمي مع الدول الملاصقة والمقابلة على أساس الاتفاق وفقاً لمبدأ الإنصاف مع الأخذ في الاعتبار جميع الظروف الخاصة والأوضاع في المنطقة (المادة ٢)<sup>٥</sup> وتركيا، كما ليبيا، ليست طرفاً في اتفاقيات جنيف لسنة ١٩٥٨ م، ولا في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة ١٩٨٢ م. كما أنها في المؤتمر الثالث لقانون البحار من الدول المعارضة لتطبيق الأبعاد المتساوية كقاعدة قانونية ملزمة، وتؤيد تطبيق مبدأ الإنصاف لتعيين الحدود البحرية، وقدمت اقتراحاً يتضمن هذا المبدأ، وهي من الدول المعارضة بشدة لمنح الجزر مجالات بحرية أكثر من البحر الإقليمي، وكان عدم توقيعها على

<sup>١</sup> ورد برسالة وزارة الخارجية الليبية إلى الأمين العام بتاريخ ٢٠٢٣/٢/١٣ م. " من وجهة نظر ليبيا يجب أن تعكس الحدود البحرية بين ليبيا ومصر خطاً متساوي البعد بين سواحل برين رئيسيين من الناحية الجغرافية. ويجب أن تحترم هذه الحدود البحرية أيضاً الاتفاقية الإيطالية المصرية لعام ١٩٢٥ م بشأن الحدود البرية، جنباً إلى جنب مع اتجاهها نحو الامتداد باتجاه البحر، وقراري اللجنة الشعبية العامة رقم ٣٧ ورقم ١٠٥ لسنة ٢٠٠٥ م بشأن منطقة الصيد الليبية في البحر الأبيض المتوسط، ومذكرة التفاهم لعام ٢٠١٩ م بين حكومة الوفاق الوطني وحكومة جمهورية تركيا بشأن ترسيم مناطق الاختصاص البحري في البحر الأبيض المتوسط" انظر نص رسالة وزارة الخارجية الليبية.

[https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/Libya\(A/٧٧/٧٤٢\)](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/Libya(A/٧٧/٧٤٢))

[https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/Libya\(A/٧٤/٦٣٤\)٢](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/Libya(A/٧٤/٦٣٤)٢)

Ibid.p. ٤٣

<sup>٥</sup> انظر البيان الصادر عن وزارة الخارجية الليبية في ٢٠٢٢/١٢/١٦ م مرفق بالمذكرة الشفوية للبعثة الليبية الدائمة لدى الأمم المتحدة.

[https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/Libya\(A/٧٧/٧١٦\)٢](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/Libya(A/٧٧/٧١٦)٢)

<sup>٥</sup> انظر التشريعات التركية في موقع قسم شؤون المحيطات وقانون البحار. تمت زيارة الموقع في ٢٠٢٣/٤/١٦ م.

<https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/TUR.htm>

<sup>٦</sup> Nicholas A. Ioannides. Maritime Claims and Boundary Delimitation. Tensions and Trends in the Eastern





اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار يرجع الى اعتراضها على المادة (١٢١) من الاتفاقية، التي تعطي مبدئيا للجزر، المؤهلة للسكنى وتوفير حياة اقتصادية مستقلة، امتدادات بحرية كاملة مثل السواحل القارية. وتركيا تعتبر نفسها دولة معارضة لقاعدة اعطاء الجزر مجالات بحرية أكثر من البحر الإقليمي منذ نشؤها على فرض عرفية هذه القاعدة (المعارض المصر). كما ترى أن تعيين الحدود في البحار المغلقة وشبه المغلقة مثل البحر المتوسط يجب أن تحكمها قواعد خاصة . وقد أكدت الدولة التركية هذا الموقف في مذكرتها الى الأمين العام المؤرخة في ٢٠٢٠/٣/١٨ م<sup>٢</sup>.

### الفقرة الثانية: الاتفاقية اليونانية الإيطالية ٢٠٢٠ م.

#### أولا: ظروف عقد الاتفاقية وأهم بنودها.

عقدت إيطاليا واليونان في ٢٠٢٠/٦/٩ م اتفاقية لتحديد المنطقة الاقتصادية الخالصة بينهما ألحق بها اقتراح مشترك إلى اللجنة الأوروبية بالاتحاد الأوروبي لتعديل الملحق الأول لسياسة المصائد المشتركة تسمح بموجب اليونان للصيادين الإيطاليين بالصيد في مياهها الإقليمية<sup>٤</sup>.

وقد تبنت هذه الاتفاقية نفس خط الحدود الوارد في اتفاقية تحديد الجرف القاري بين الدولتين في سنة ١٩٧٧ م في منطقة البحر الأيوني، مع توسيع نطاقه ليشمل المياه التي تعلو قاع البحر.

وضمنت هذه الاتفاقية والاقتراح المشترك الملحق بها مصالح الدولتين: إيطاليا في مجال الصيد البحري واليونان في مجال دعم مواقفها السياسية والقانونية فيما يتعلق بصراعها مع تركيا بشأن تعيين حدود المجالات البحرية<sup>٥</sup>.

وكان عقد اليونان لاتفاقية المنطقة الاقتصادية الخالصة مع إيطاليا بمثابة رسالة سياسية لتركيا هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذه الاتفاقية تدعم إلى حد بعيد التفسير اليوناني لطريقة تعيين الحدود البحرية المعتمد على قاعدة الأبعاد المتساوية، وأثر الجزر في تحديد الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة في مواجهة التفسير التركي.

واشتملت الاتفاقية اليونانية الإيطالية على خمس مواد وديباجة، ورد في الديباجة الإشارة إلى اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، وكون الدولتان أطرافا فيها، وإلى اتفاقية تعيين حدود الجرف القاري بين الدولتين لسنة ١٩٧٧ م، ورغبتها في تطبيق خط الحدود الوارد فيها بشأن الجرف القاري على المجالات البحرية الأخرى للدولتين وفقا للقانون الدولي.

<sup>٢</sup> Mediterranean. first ed. London and New york. Routledge. ٢٠٢١، p٣٧، ٣٨

<sup>١</sup> JIMÉNEZ GARCÍA-CARRIAZO, Ángeles.op, cit.p.٣-٦

<sup>٢</sup> Letter dated ١٨ March ٢٠٢٠ from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General (A/٧٤/٧٥٧)

<sup>٣</sup> نص الاتفاقية منشور في Law of the Sea Bulletin No. 108. 2022. p.16 et .

<sup>٤</sup> see. Marghelis, Aris. " The maritime delimitation agreement between Greece and Italy of ٩ June ٢٠٢٠, An analysis in the light of international law, national interest and regional politics " Marine Policy ١٢٦(٢٠٢١)pp.١

etc

<sup>٥</sup> .Ibid.p.٣

ونصت المادة (١/٢،١) من الاتفاقية على خط الحدود وإحداثياته المتكونة من ست عشرة نقطة من الشمال إلى الجنوب، لمسافة ٢٦٨ ميلا بحريا، حيث تقع النقطة الأولى على تقاطع خطي الطول والعرض (٥٧ : ١٨ شرقا - ٣٩:٥٧ شمالا) والنقطة السادسة عشر على تقاطع خطي الطول والعرض (٢٠:١٨ شرقا- ٣٥:٣٤ شمالا). (الشكل ١).<sup>١</sup>(٣)



الشكل رقم  
(٣)

وطبقا للمادة (١/٣) من الاتفاقية فإن " تعيين الحدود ليس مصمما حاليا لما وراء النقطة (١) شمالا، وإلى ما وراء النقطة (١٦) جنوبا. وسوف يُمدد هذا التحديد في كلا الاتجاهين إلى عند نقاط الالتقاء بالمناطق البحرية للدول المجاورة المعنية عندما يتم عقد الاتفاقيات ذات العلاقة". وبالنظر إلى أن امتداد خط الحدود جنوبا إلى تقاطع المناطق البحرية للدول المجاورة ليس بالضرورة بنفس اتجاه خط الحدود من النقطة الخامسة عشر إلى السادسة عشر الذي يميل لصالح إيطاليا، فإن لفظ "الاتفاقيات ذات العلاقة" في هذه المادة ينصرف إلى الاتفاقيات مع الدول المجاورة (ليبيا ومالطا)، وكذلك الاتفاق بين الطرفين. ولم ترد الإشارة في نص المادة (١/٣) من اتفاقية تعيين حدود الجرف القاري بين الدولتين لسنة ١٩٧٧م إلى اتفاقيات تُعقد مستقبلا لمد خط الحدود شمالا وجنوبا، الأمر الذي يُعد عملا انفراديا من

<sup>١</sup> "Limits in the Seas" No ٩٦, United States Department of State.

<sup>٢</sup> تنص المادة (١/٣) من اتفاقية تعيين حدود الجرف القاري بين اليونان وإيطاليا لسنة ١٩٧٧م على أنه " اتفق الطرفان المتعاقدان، في الوقت الحالي، على ألا يمتد تعيين الحدود شمالا إلى ما وراء النقطة (١) وجنوبا إلى ما وراء النقطة (١٦). وسوف يُمدد هذا التحديد لاحقا في كلا الاتجاهين شمالا وجنوبا حتى يلتقي مع مناطق الجرف



الدولتين المتعاقبتين تجاه الدول الأخرى المجاورة<sup>١</sup>. هذا مع ملاحظة عدم النص في اتفاقية تعيين حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة بين الدولتين لسنة ٢٠٢٠م على العلاقة بينها وبين اتفاقية تعيين حدود الجرف القاري لسنة ١٩٧٧م. مما يعنى بقاء الاتفاقيتين قيد النفاذ كل اتفاقية في مجالها.

### ثانيا: الموقف القانوني للدولتين بشأن الحدود البحرية.

١/ اليونان. اليونان طرف في اتفاقية جنيف لسنة ١٩٥٨م (للجرف القاري)، وكذلك طرف في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار سنة ١٩٨٢م. الا أنها تحتفظ على الاختصاص الالزامي لوسائل تسوية المنازعات بموجب الفصل الخامس عشر بشأن تسوية منازعات الحدود البحرية بموجب إعلانها لسنة ٢٠١٥م وفقا للمادة ٢٩٨/١ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار .

وتتبنى اليونان من خلال تشريعاتها الوطنية، ومواقفها الدبلوماسية في المؤتمرات الدولية لقانون البحار، ومراسلاتها الى الأمين العام للأمم المتحدة، قاعدة الأبعاد المتساوية مع احتساب كامل الأثر لجزرها وتوابع سواحلها لرسم حدودها البحرية مع الدول المجاورة ، وإن اضطرت إلى التنازل جزئيا عن هذا الموقف كما في اتفاقية تحديد الجرف القاري مع إيطاليا لسنة ١٩٧٧م والتي سارت اتفاقية تحديد المنطقة الاقتصادية الخالصة لسنة ٢٠٢٠م وفقا لها في تعيين خط الحدود. واتفاقيتها مع مصر بشأن تعيين حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة بين الدولتين لسنة ٢٠٢٠م كما سنتناوله لاحقا.

وفيما يتعلق بالتشريعات اليونانية ورد النص في القانون رقم ٢٢٨٩ لسنة ١٩٩٥م بشأن اكتشاف واستغلال المواد الهيدروكربونية (النفط والغاز) في المادة (١/٢) والقانون المعدل له رقم ٤١٠٠ لسنة ٢٠١١ في المادة (١٥٦/٢) على أنه "في حالة عدم وجود اتفاق لتعيين الحدود مع الدول المجاورة والتي تقابل أو تلاصق سواحل الجمهورية اليونانية يكون الحد الخارجي للجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة (عند إعلانها) خط الوسط الذي تكون كل نقطة منه على بعد متساو من أقرب النقاط على خطوط الأساس التي يقاس منها اتساع البحر الإقليمي للساحل القاري وساحل الجزر..". وأصدرت وزارة البيئة والطاقة اليونانية في ٢٠١٤م تطبيقا لهذا القانون إعلانا بشأن منح التراخيص للشركات الدولية لاستكشاف واستغلال الهيدروكربون في قطاعات بحرية تشمل غرب وجنوب جزيرة كريت، وكان القطاعان رقمي

القاري للدول المجاورة المعنية. " انظر نص الاتفاقية على موقع قسم شؤون المحيطات وقانون البحار. تمت زيارته في ٢٠٢٣/٤/١٦م.  
<https://WWW.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/GRC.htm>

<sup>١</sup> انظر الفرع الثاني من المطلب الثاني من هذه الدراسة.

<sup>٢</sup> UNTS Document. Vol.٣٠٢٣-A-٣١٣٦٣. متاح على موقع الأمم المتحدة. تاريخ الزيارة: ٢٠٢٣/٤/١٦  
<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20٣٠٢٣/volume-٣٠٢٣-A-٣١٣٦٣.pdf>

<sup>٣</sup> كررت اليونان موقفها في المؤتمر الثالث لقانون البحار المتعلق بتعيين حدود الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة في تشريعاتها الوطنية وتحاول فرضه على الدول المجاورة لها ومنها ليبيا. انظر ملخص هذا الموقف في رسالة البعثة اليونانية الدائمة لدى الأمم المتحدة الى الأمين العام المؤرخة في ٢٠٢٠/٩/٢٩م (A/٧٥/٣٧٥) موقع قسم شؤون المحيطات وقانون البحار. تمت زيارته في ٢٠٢٣/٤/١٦م

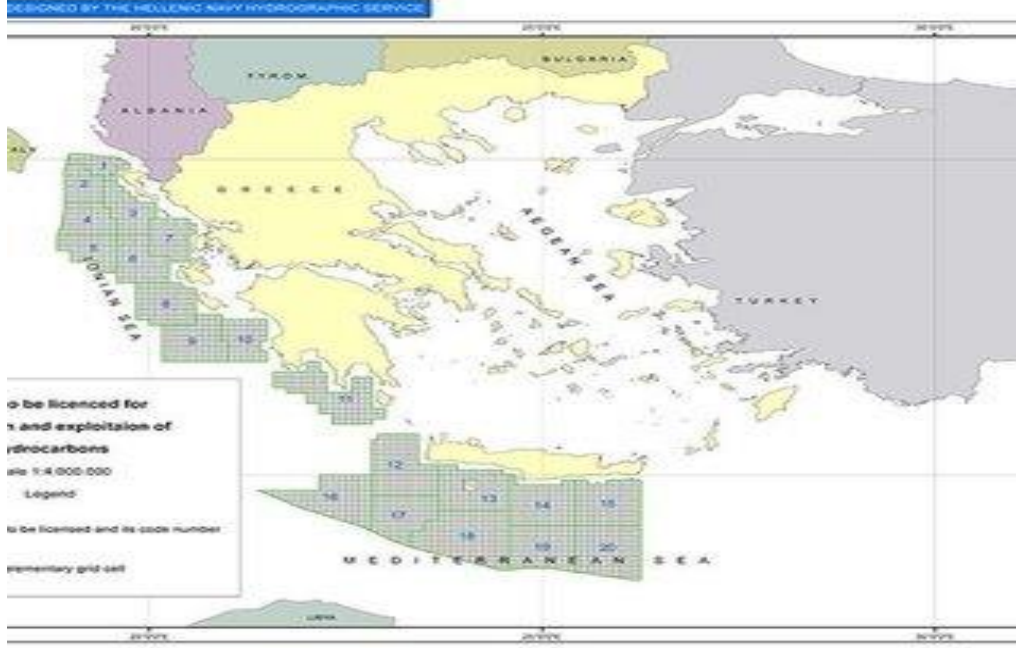
<https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/GREECE.htm>

<sup>٤</sup> انظر التشريعات اليونانية في موقع قسم شؤون المحيطات وقانون البحار. تمت زيارته بتاريخ ٢٠٢٣/٤/١٦

<https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/GREECE.htm>



(١٩ و ٢٠) الأقرب للساحل الليبي. ووفقا لخط الوسط الذي حدده القانون المذكور أكثرهما تقدما تجاه الجنوب القطاع (٢٠) حيث يقع طرفه الجنوبي على خط العرض ١٥، ٣٣ شمالا. (الشكل رقم (٤))<sup>١</sup>



الشكل رقم (٤)

وخط الوسط وفقا للقانون اليوناني يتم رسمه في مواجهة الساحل الليبي من جزيرة (جافدوس) الواقعة على بعد (٢٦) ميلا بحريا الى الجنوب من الساحل الجنوبي لجزيرة كريت وهي جزيرة صغيرة شبه مهجورة لا تزيد مساحتها عن (٩) كيلو متر مربع. وبالتأكيد تعترض ليبيا على احتساب خط الوسط ابتداء من هذه الجزيرة<sup>٢</sup>. وحتى من جزيرة كريت نفسها<sup>٣</sup>.

١ Notice from the Government of the Hellenic Republic concerning Directive ٩٤/٢٢/EC of the European Parliament and of the Council on the conditions for granting and using authorizations for the prospecting, exploration and production of hydrocarbons (C ٤٠٠/٠٣ Official Journal of the European Union/٢٠١٤)

٢ انظر بشأن خط الحدود وفقا للأبعاد المتساوية بين ليبيا واليونان. Victor Prescott and Clive Schofield, *The Maritime Political Boundaries of the World*. Second Edition. MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS. LEIDEN / BOSTON, p.٣٨٦, ٢٠٠٥

٣ سنتناول هذا الموضوع في الجزء الثاني من الدراسة.



وكررت اليونان في مراسلاتها إلى الأمين العام للأمم المتحدة التمسك بقاعدة (الأبعاد المتساوية /خط الوسط) لتعيين حدود مجالاتها البحرية مع الدول المجاورة، وإعطاء مجالات كاملة للجزر تلقائياً وبغض النظر عن حجمها وموقعها الجغرافي.<sup>١</sup>

## ٢- إيطاليا.

إيطاليا ليست طرفاً في اتفاقية جنيف للجرف القاري ١٩٥٨م وهي طرف في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ١٩٨٢م. وفي ٢٦/٢/١٩٩٧م ألحقت بوثيقة تصديقها على اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار إعلاناً وفقاً للمادة (٢٩٨/١) من الاتفاقية، بعدم خضوع المنازعات المتعلقة بتفسير المواد (٨٣،٧٤،١٥) المتعلقة بتعيين الحدود البحرية، وتلك المتعلقة بالحلجان التاريخية أو الأسانيد التاريخية لأي إجراء من الإجراءات المنصوص عليها في الفصل الثاني من الجزء العاشر من الاتفاقية.<sup>٢</sup>

والتشريعات الإيطالية التي لها علاقة بمسألة تعيين الحدود الخارجية للجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة تشمل القانون رقم ٦١٣ لسنة ١٩٦٧م المتعلق بإنتاج النفط والغاز في البحر الإقليمي والجرف القاري، المعدل للقانون على رقم (٦) لسنة ١٩٥٧م، والذي تنص المادة الأولى منه على " أن الحد الخارجي للجرف القاري الإيطالي يحدد بواسطة الاتفاق مع الدول التي تقابل سواحلها سواحل الدولة الإيطالية والتي تشارك إيطاليا نفس الجرف القاري، وحتى دخول هذه الاتفاقيات حيز التنفيذ تُمنح تراخيص استكشاف النفط والغاز أو امتيازات إنتاج النفط والغاز في الجرف القاري الإيطالي فقط في الجانب الإيطالي من خط الوسط بين السواحل الإيطالية وسواحل الدول المقابلة."<sup>٣</sup>

ولقد تكرر هذا النص في القانون رقم ٦١ لسنة ٢٠٠٦م بشأن إعلان منطقة الحماية البيئية وراء الحد الخارجي للبحر الإقليمي، حيث نصت المادة (١/٣) على أن "الحد الخارجي لمنطقة الحماية البيئية يتم تحديده على أساس الاتفاق مع الدول المعنية... والى أن تدخل تلك الاتفاقيات حيز النفاذ يتبع الحد الخارجي لمناطق الحماية البيئية خط الوسط الذي تكون كل نقطة منه على بعد متساوي من أقرب النقاط على خطوط الأساس للبحر الإقليمي الإيطالي والدول المعنية."<sup>٤</sup> إلا أن إيطاليا تبنت موقفاً غامضاً بشأن تعيين الحد الخارجي لمنطقتها الاقتصادية الخالصة التي أعلنتها بموجب القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٢١ الصادر في ١٤/٦/٢٠٢١م حيث نصت المادة (١/٣) من هذا الإعلان على أن " يعين الحد الخارجي للمنطقة الاقتصادية الخالصة على أساس الاتفاق مع الدول المقابلة والملاصقة،

<sup>١</sup> Letter dated ٢٩ September ٢٠٢٠ from the Permanent Representative of Greece to the United Nations addressed to the Secretary-General. op cit. p.٢

<sup>٢</sup> UNTS. Document. Vol. ١٩٦٥. p.٥٠٨. تمت زيارته في ١٦/٤/٢٠٢٣م <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20١٩٦٥/v1٩٦٥.pdf>

<sup>٣</sup> التشريعات الإيطالية منشورة على موقع قسم شؤون المحيطات وقانون البحار. تمت زيارته بتاريخ ١٦/٤/٢٠٢٣م. <https://www.un.org/Depts/Los/LEGISLATIONANDTREAIES/STATEFILES/ITA.htm>  
<sup>٤</sup> Ibidum



وحتى تاريخ دخول هذه الاتفاقات حيز النفاذ، تنشأ المنطقة الاقتصادية الخالصة بالشكل الذي لا يمنع أي اتفاق نهائي".<sup>١</sup>

### الفقرة الثالثة: الاتفاقية اليونانية المصرية ٢٠٢٠م.

#### أولاً: ظروف عقد الاتفاقية وأهم بنودها.

المفاوضات بين اليونان ومصر بشأن تعيين حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة بينهما تعود لأوائل الألفينات وخصوصاً عقب توقيع اتفاق تعيين حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة بين مصر وقبرص اليونانية سنة ٢٠٠٣ م، وهذه المفاوضات كانت تصطدم بعدم رغبة الدولة المصرية التورط في النزاع التركي اليوناني، وتفضيل عقد الاتفاق مع أي من الدولتين بعد عقدهما لاتفاق تعيين الحدود بينهما ، لأن الحكومة التركية كانت قد اعترضت على الاتفاق المصري مع قبرص اليونانية سنة ٢٠٠٣م. إلا أن الموقف المصري تغير عقب دخول مصر في برامج التعاون الدولي المتعلقة بإنتاج غاز شرق المتوسط ونقله الى دول الاتحاد الأوربي ، وتوقيع الاتفاقية الليبية التركية سنة ٢٠١٩م التي عرقلت كل هذه المشروعات. ولهذا اعترضت عليها مصر بمذكرة شفوية موجهة للأمم المتحدة . كما اعترضت اليونان وقبرص اليونانية لنفس السبب. وكان عقد الاتفاقية تعيين حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة اليونانية المصرية في هذا السياق باعتبارها ردة فعل على الاتفاقية الليبية التركية.<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> Ibidum

<sup>٢</sup> نص الاتفاقية منشور في Law of the Sea . Bulletin No. ١٠٥ , United Nations New York, ٢٠٢٢ , p.٣٠ et

<sup>٣</sup> Yiallourides, Constantinos." Part I: Some Observations on the Agreement between

Greece and Egypt on the Delimitation of the Exclusive

[Part I: Some Observations on the Agreement between Greece and Egypt on "Economic Zone" EJIL: Talk the Delimitation of the Exclusive Economic Zone – EJIL: Talk! \(ejiltalk.org\)2020.](#)

<sup>٤</sup> انظر JIMÉNEZ GARCÍA-CARRIAZO Ángeles.op cit.p٣ etc

<sup>٥</sup> Note verbale dated ٢٣ December ٢٠١٩ from the Permanent Mission of Egypt to the United Nations addressed to the Secretary-General (A/٧٤/٦٢٨)

<sup>٦</sup> انظر رسالة البعثة اليونانية الدائمة بالأمم المتحدة. Letter dated ٩ December ٢٠١٩ from the Permanent Representative of Greece to the United Nations addressed to the Secretary-General (A/A/٧٤/٧٠٦

المتحدة. Letter dated 24 April 2020 from the Permanent Representative of Cyprus to the United Nations addressed to the Secretary-General (A/74/824)

<sup>٧</sup> Schaller,Christian.op cit.p٥٥٤

انظر بهذا المعنى تصريح وزير الخارجية اليوناني عقب عقد الاتفاقية اليونانية المصرية

=IDLIR LIKA" THE GREECE-EGYPT

=MARITIME AGREEMENT

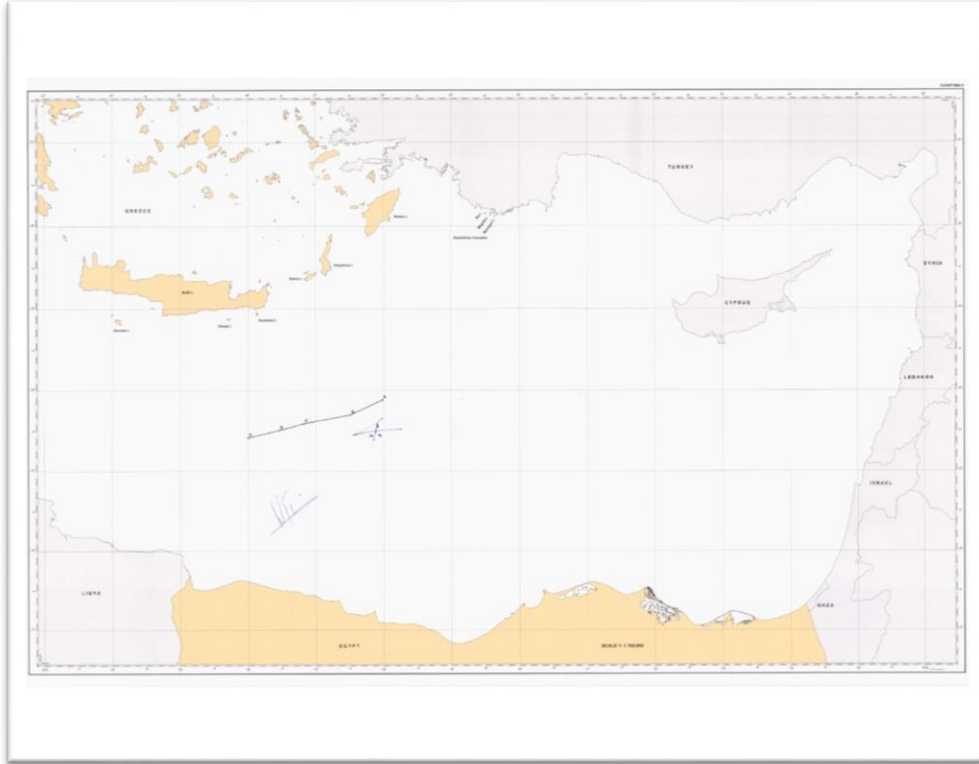
AND ITS IMPLICATIONS





واشتملت الاتفاقية اليونانية المصرية على ديباجة وخمس مواد. ولم يرد في الديباجة أية إشارة إلى الأساس الذي تم بناء عليه تعيين الحدود بين الدولتين غير اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار التي صدقت عليها الدولتان التي لا تتضمن أي معيار لتعيين الحدود البحرية غير أن يتم التعيين بشكل منصف كما أشرنا الى ذلك فيما سبق.

وتمتد خط الحدود وفق هذه الاتفاقية باتجاه شمال شرق من النقطة (E) على تقاطع خطي الطول والعرض (٢٦,٠٠٠ شرقاً- ٣٣,٢٤ شمالاً) إلى النقطة (A) على تقاطع خطي الطول والعرض (٢٧,٥٦ شرقاً- ٣٣,٥٣ شمالاً) (شكل رقم ٥)<sup>١</sup>



الشكل رقم ٥

وبذلك يتقاطع خط الحدود المصري اليوناني مع خط الحدود الليبي التركي، كما يتقاطع مع خط الحدود الليبي المصري وفقاً لطريقة الأبعاد المتساوية، كما توضحه الخريطة (شكل رقم ٦)<sup>٢</sup>.

FOR THE GREEK-TURKISH DISPUTE

IN THE EASTERN MEDITERRANEAN<sup>١</sup> setav.org. p. ١٠

<sup>١</sup> خريطة خط الحدود المصرية اليونانية ملحقاً باتفاقية تعيين حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة بين الدولتين منشورة في.

Law of the Sea. Bulletin No. ١٠٥, United Nations New York, ٢٠٢٢, ANNEX II. p. ٣٤

<sup>٢</sup> خريطة توضيحية غير رسمية منشورة على موقع <https://sovereignlimits.com/boundaries/Egypt-Greece-maritime>. تمت زيارته في

٢٠٢٣/٤/١٦ م





الشكل رقم ٦

وإن كانت الاتفاقية لم تنص على أساس تعيين الحدود بين الدولتين، كما سبق وأن أشرنا، إلا أن خط الحدود قد تم على أساس خط الوسط المعدّل بين جزر (رودس وكريتوس وكيسوس) من الجانب اليوناني، وخط الساحل المصري غرب مدينة الإسكندرية. وبين شرق وجنوب جزيرة كريت من الجانب اليوناني والساحل المصري غرب مدينة الإسكندرية مع تعديل هذا الخط لصالح مصر بحيث تكون نقاط خط الحدود على مسافة مقسمة بنسبة (٩:١١) لصالح مصر<sup>١</sup>.

وقد نصت المادة (١/أ) من الاتفاقية على نهائية خط الحدود بين النقطتين (E-A) مع إمكانية مد هذا الخط شرقا وغربا بالتشاور بين الدولتين. كما نصت المادة (١/د) على " أن يكون تعديل الإحداثيات الجغرافية للنقطة A باتجاه الشرق وللنقطة E باتجاه الغرب بموجب اتفاق بين الطرفين، وذلك في حالة التعيين المستقبلي للمنطقة الاقتصادية الخالصة مع الدول المجاورة المعنية الأخرى، على أن يقتصر التعديل في هذا الصدد على امتداد النقطة A في اتجاه الشرق وامتداد النقطة E في اتجاه الغرب". ونصت المادة (١/هـ) على التشاور بين الطرفين عند المفاوضات من قبل أي منهما مع دولة ثالثة قبل التوصل إلى اتفاق نهائي معها<sup>٢</sup>.

وهذه الاتفاقية كما هو موضح في المادة الأولى منها هي تحديد جزئي للمنطقة الاقتصادية الخالصة بين الدولتين، وذلك حرصا من مصر على عدم تجاوز (خط الطول ٢٨ شرقا) المار بالساحل الشرقي لجزيرة (رودس) اليونانية لإبقاء مجال لتعيين الحدود مع تركيا مستقبلا<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> Schaller, Christian. op cit. p. ٥٥٤.

<sup>٢</sup> Ibidum

<sup>٣</sup> Ibidum

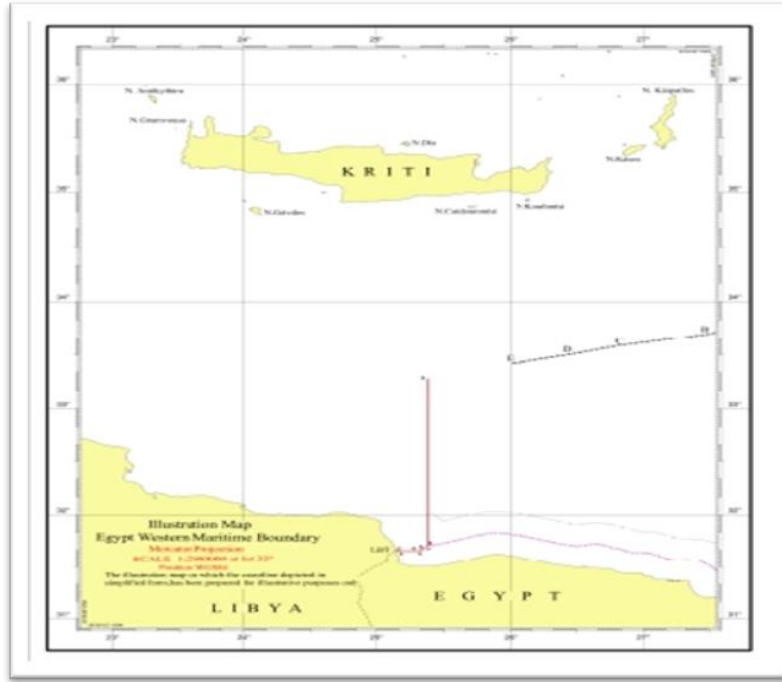
<sup>٤</sup> IDLIR LIKA. op cit. p. ١٣



وُعد الاتفاقية اليونانية المصرية أكثر اتفاقيات شرق المتوسط تأثيراً على المجالات البحرية الليبية. حيث إن خط الحدود في هذه الاتفاقية من النقطة (D) إلى النقطة (E) يقع إلى الغرب من خط الأبعاد المتساوية للحدود الليبية المصرية. لأن خط الأبعاد المتساوية بين الدولتين حسب الخبراء هو خط الطول (٢٦,٠٨ شرقاً) وهو تقريباً يقع على النقطة D من نقاط خط الحدود اليونانية المصرية وفق هذه الاتفاقية.

### ثانياً: - الموقف المصري بشأن تعيين الحدود البحرية.

أصدرت الحكومة المصرية عدة تشريعات متعلقة بمناطقها البحرية منها مرسوم سنة ١٩٥١ بشأن البحر الإقليمي المصري والمرسوم الرئاسي المعدل له لسنة ١٩٥٨ والذي حدد امتداد المياه الإقليمية المصرية ١٢ ميلاً بحرياً. والمرسوم الرئاسي لسنة ١٩٩٠ الذي حدد خطوط الأساس لقياس المناطق البحرية المصرية. كما صد رعن الدولة المصرية المرسوم الرئاسي رقم ٥٩٥ لسنة ٢٠٢٢م بتعيين الحدود البحرية المصرية مع ليبيا بما يشمل البحر الإقليمي والمنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري من طرف واحد. الشكل رقم (٧).<sup>٣</sup>



الشكل رقم ٧

وكانت مصر قد صدقت على اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة ١٩٨٢م، وأرقت بوثيقة تصديقها إعلاناً متضمناً لحقوقها في المنطقة الاقتصادية الخالصة جاء فيه " وتعلن جمهورية مصر العربية أنها في ممارستها لحقوقها وأدائها لواجباتها بموجب الاتفاقية في المنطقة الاقتصادية الخالصة ستولي الاعتبار الواجب لحقوق وواجبات الدول الأخرى وستعمل بما يتفق مع أحكام الاتفاقية، وتتعهد.... بتعيين الحدود الخارجية لمنطقتها الاقتصادية الخالصة وفقاً للقواعد

<sup>١</sup> Victor Prescott and Clive Schofield.op cit.p.٣٨٦,٦١٤

<sup>٢</sup> التشريعات المصرية منشورة على موقع قسم شؤون المحيطات وقانون البحار. تمت زيارته. في ١٦/٤/٢٠٢٣  
<http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES?STATEFILES/EGY.htm>

<sup>٣</sup> انظر الفرع الثاني من المطلب الثاني.

<sup>٤</sup> نص القرار الرئاسي المصري والخريطة المرفقة به منشورة على موقع قسم شؤون المحيطات وقانون البحار.  
<https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/EGY.htm>



والمعايير والطرائق المنصوص عليها في الاتفاقية.<sup>١</sup> وفي ١٦/٢/٢٠١٧م ألحقت بوثيقة تصديقها على اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار إعلانا وفقا للمادة (٢٩٨/١) من الاتفاقية، بعدم خضوع المنازعات المتعلقة بتفسير المواد (٨٣،٧٤،١٥) المتعلقة بتعيين الحدود البحرية للاختصاص الالزامي لوسائل تسوية المنازعات بموجب الفصل الخامس عشر من الاتفاقية .

وخلال المؤتمر الثالث لقانون البحار لم تتخذ مصر موقفا واضحا بشأن تعيين الحدود البحرية، لا إلى جانب الدول المتمسكة بقاعدة الأبعاد المتساوية، ولا إلى جانب الدول المتمسكة بمبادئ الإنصاف ، وإن كانت قد اعتمدت<sup>٢</sup> خط الوسط في اتفاقية لتعيين الحدود مع قبرص ٢٠٠٣م وخط الوسط المعدل في اتفاقية تعيين الحدود مع اليونان ٢٠٢٠م كما أشرنا فيما سبق.

### الخلاصة:

يمكننا من خلال ما سبق استنتاج الملاحظات التالية: -

(١) أن قواعد القانون الدولي لتعيين حدود الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة تقتضي أن يتم تعيين الحدود لهتين المنطقتين بين الدول المتجاورة بالاتفاق وفقا للقانون الدولي من أجل التوصل الى حل منصف. وأن هذا النص لم يتضمن طريقة التحديد التي باستخدامها يتمكن الأطراف من التوصل الى الحل المنصف. وبالتالي فإن أي اتفاق بين دولتين يتم بالتراضي بينهما يتفق مع قواعد القانون الدولي.

(٢) أن القاعدة في القانون الدولي أن الاتفاقيات الدولية لا تلزم الا أطرافها. وبالتالي اتفاقيات تعيين الحدود لا تلزم الا أطرافها. وإن ادعت دولة ثالثة أن هذا الاتفاق ينتهك حقوقها السيادية على جرفها القاري أو منطقتها الاقتصادية الخالصة، كما هو الشأن بالنسبة للاتفاقية اليونانية المصرية التي تنتهك حقوق ليبيا السيادية على مجالها البحرية في شرق المتوسط، فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عملا انفراديا غير مشروع من الدول أطراف الاتفاق تجاه الدولة الثالثة له نفس حكم التشريعات الوطنية الصادرة من طرف واحد مثل التشريعات المصرية واليونانية التي صدرت بالمخالفة لقواعد القانون الدولي للبحار في مواجهة ليبيا.

(٣) أن الإشكالية الأساسية في مسألة تعيين حدود الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة في شرق المتوسط هي اختلاف دول المنطقة في تفسير قواعد القانون الدولي المتعلقة بتعيين الحدود البحرية. وذلك بالنظر الى مرونة نص المادتين (٧٤) فقرة (١) و (٨٣) فقرة (١). وبالتالي تمسك كل دولة بموقفها الذي دافعت عنه عند صياغة هذين النصين في المؤتمر الثالث لقانون البحار. حيث تتمسك اليونان بطريقة الأبعاد المتساوية، وحساب مجالات كاملة للجزر مهما كان حجمها وموقعها الجغرافي، وتحاول فرض هذا الموقف على الدول المجاورة من خلال تشريعاتها الوطنية، بينما ترفض تركيا وليبيا هذا الموقف وتتبنى تفسيراً مخالفاً في مسألتها أثر الجزر وطريقة تعيين الحدود عن طريق المطالبة بتطبيق

<sup>١</sup>.Ibidum

١٠١

UNTS.Document.Vol.٣١٧٥,https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/N/٢٠ Volume/٣١٣٦٣/volume - A-٣١٣٦٣-٣١٧٥.

<sup>٢</sup> انظر Nicholas A. Ioannides. maritime claims and boundary delimitation.tledge.op cit .p.٢٧



قاعدة مبدأ الانصاف مع أخذ جميع الظروف ذات العلاقة في الاعتبار. وفي كلا الحالتين قواعد القانون الدولي غير حاسمة. حيث لا يمكن لأي دولة الادعاء بالزامية قاعدة الأبعاد المتساوية كطريقة وحيدة لتعيين الحدود، ولا بموجب إعطاء أثر كامل للجزر عند تعيين الحدود البحرية<sup>1</sup>.

(٤) أن القانون واجب التطبيق لتعيين حدود الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة بين ليبيا والدول المتنازعة معها (مصر، اليونان) هو القانون الدولي العرفي، وهو لا يختلف عن القانون الدولي الاتفاقي في هذا الشأن حيث تكرر في القضاء الدولي الإقرار بعرفية مضمون الفقرة الأولى من المادتين (٧٤) و (٨٣) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ١٩٨٢م. وبالتالي فإن عدم عضوية ليبيا وتركيا في هذه الاتفاقية ليست عاملا معرقلا للتوصل لاتفاق في هذا المجال، خصوصا وأن الدول الثلاث (مصر واليونان وإيطاليا) لا تقبل الولاية الإلزامية لوسائل تسوية منازعات الحدود البحرية وفقا لهذه الاتفاقية (محكمة العدل الدولية- المحكمة الدولية لقانون البحار- محكمة التحكيم وفقا للمرفق السابع أو الثامن من الاتفاقية).

(٥) أن الدولة الليبية هي الدولة الوحيدة التي أعلنت قبولها كل الوسائل السلمية لتسوية النزاع مع مصر واليونان بما في ذلك اللجوء الى محكمة العدل الدولية. وهي الأكثر التزاما بالقانون الدولي في تسوية منازعاتها البحرية مع الدول المجاورة تاريخيا.

### المطلب الثاني: النظام القانوني لتصرفات الدول المتنازعة قبل تعيين الحدود.

أشرنا فيما سبق الى تقاطع خط الحدود الليبية - التركية في اتفاقية تعيين الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة الموقعة بين الدولتين سنة ٢٠١٩م مع خط الحدود المصرية - اليونانية في اتفاقية تعيين حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة الموقعة بين الدولتين سنة ٢٠٢٠م، ولهذا اعترضت مصر واليونان على الأولى وليبيا وتركيا على الثانية. كما اعترضت ليبيا على الأعمال الانفرادية التي اتخذتها مصر واليونان، واعترضت الدولتان على الأعمال الانفرادية التي اتخذتها ليبيا تنفيذا لاتفاقيتها مع تركيا لسنة ٢٠١٩م. ولذلك أصبح الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة لهذه الدول منطقة نزاع سببه اتفاقيات تعيين الحدود والأعمال الانفرادية السابقة واللاحقة والمصاحبة لها.

ومجرد تداخل المجالات البحرية نظريا لا يستلزم بالضرورة التفاوض على تعيين الحدود، إنما يصبح الالتزام بالتفاوض على الحدود متعيينا عندما يحدث النزاع بين الدول المتجاورة على حدود مجالاتها كما في حالة المجالات البحرية الليبية في مواجهة مصر واليونان.

ولأن عملية تعيين الحدود غالبا ما تستغرق زمنا طويلا (سواء عن طريق التفاوض، أم عن طريق القضاء والتحكيم الدوليين)، لذلك ينظم القانون الدولي التزامات الدول المعنية خلال الفترة الانتقالية بين بدء النزاع والتعيين النهائي للحدود بما يضمن حقوق الطرفين المتنازعين (فرع أول). وقد تتخذ الدول المعنية أعمالا انفرادية بخصوص منطقة

<sup>1</sup> درجت المحاكم الدولية بشأن تعيين الحدود البحرية في معظم القضايا على عدم معاملة الجزر التابعة للدولة نفس معاملة الاقليم القاري. ولا توجد قاعدة عامة بشأن معاملة الجزر لغرض تعيين الحدود البحرية. وعبرت عن ذلك المحكمة الدولية لقانون البحار في قضية (بنغلاديش ضد ماينمار) بقولها " الأثر الذي ينبغي اعطاؤه للجزيرة ... يعتمد على العلاقات الجغرافية والظروف الخاصة للقضية. لا توجد قاعدة عامة في هذا الخصوص كل قضية تشكل حالة خاصة وتتطلب معاملة خاصة. الهدف النهائي هو التوصل الى حل منصف." Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment of 14 March 2012, [2012] ITLOS Rep. ٣١٧٤, para.



النزاع، كما في حالة النزاع في شرق المتوسط مما يستدعي بيان قيمتها القانونية ومدى تأثيرها على الحل النهائي (فرع ثان).

### الفرع الأول: التزامات الدول المعنية في منطقة النزاع.

منطقة النزاع هي المنطقة البحرية التي تختلط فيها ادعاءات دولتين فأكثر بأحقية ممارسة كل منهما لحقوقها السيادية والولائية باعتبارها ضمن جرفها القاري أو منطقتها الاقتصادية الخالصة. ولوجود حقوق واختصاصات متزامنة ومتزامنة في منطقة النزاع فإن ممارستها من أحد الأطراف أو من كليهما، قبل الانتهاء من تعيين الحدود البحرية التي تفصل بين المجال المكاني لكلا الطرفين، قد تؤدي إلى الإخلال بالسلم بين الطرفين.

ولما كان من أهداف القانون الدولي للبحار المساهمة في حفظ السلم وتحقيق العدالة كما أشارت إلى ذلك ديباجة اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، فقد تناولت هذه الاتفاقية المسألة بشكل متصل بمسألة تعيين الحدود البحرية في المادتين المتطابقتين (٧٤/٣ و ٨٣/٣)، باعتبارها مرحلة انتقالية تبدأ من بداية النزاع على الحدود وتنتهي بالتوصل إلى حل نهائي.

وتتناول التزامات الدول المعنية بمنطقة النزاع من خلال تاريخ صياغة الفقرة (٣) من المادتين (٧٤، ٨٣) فقرة أولى، والالتزامات المترتبة بموجبها فقرة ثانية.

#### الفقرة الأولى: تاريخ صياغة الفقرة (٣) من المادتين (٧٤، ٨٣).

احتلت مسألة الفترة الانتقالية قبل التوصل إلى حل نهائي لتعيين الحدود، خصوصاً بالنسبة لتعيين الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة<sup>١</sup>، اهتماماً خاصاً عند إعداد تقرير لجنة القانون الدولي بشأن المؤتمر الأول للأمم المتحدة لقانون البحار ١٩٥١م حيث تبّه الفقيه "جورج سل" لجنة القانون الدولي إلى أهمية هذه المسألة بقوله "اللجنة كان يجب أن تذكر [أنه] إذا لم يستطع الطرفان التوصل إلى اتفاق لتقسيم الجرف القاري ليس لأي منهما استغلاله، ويجب أن يحافظا على الوضع الراهن أو يميلا المسألة على محكمة العدل الدولية"<sup>٢</sup> إلا أن إدخال فقرة متعلقة بالمرحلة الانتقالية لم يحظ بموافقة أعضاء لجنة القانون الدولي، على أساس وجود بند يستلزم التسوية القضائية الإلزامية في حالة عدم الاتفاق على تعيين الحدود بالمفاوضات، أو تطبيق قاعدة الأبعاد المتساوية بشكل مؤقت كما هو الشأن بالنسبة للبحر الإقليمي. وبالتالي لم يدرج في مشروع اللجنة قاعدة متعلقة بالتدابير المؤقتة<sup>٣</sup>.

ولم تناقش هذه المسألة خلال المؤتمر الأول لقانون البحار ١٩٥٨م، مع أن الدول رفضت إدراج بند يتعلق بالتسوية الإلزامية للمنازعات المتعلقة بتعيين الحدود، واستعصت عنه ببرتوكول اختياري لتسوية المنازعات<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> وذلك بخلاف تعيين حدود البحر الإقليمي حيث أستخدمت الأبعاد المتساوية كخط حدود مؤقتة إلى حين التوصل بتعيين الحدود بشكل نهائي بالاتفاق أو عن طريق القضاء أو التحكيم الدوليين. وهذا ما نصت عليه المادة (١٢) من اتفاقية البحر الإقليمي والمنطقة المجاورة ١٩٥٨م، والمادة (١٥) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار.

<sup>٢</sup> see. yearbook of international law commission. ١٩٥١, vol. ١, p. ٢٨٢

<sup>٣</sup> Logchem, Youri van. Op cite. P ١١٥

<sup>٤</sup> .ibid. p. ١١٥



وهكذا جاء نص المادة السادسة من اتفاقية جنيف للجرف القاري لسنة ١٩٥٨م "حيث يكون الجرف القاري مجاورا لأقاليم دولتين أو أكثر والتي تتقابل شواطئها، فإن حدود الجرف القاري الذي يخص تلك الدول سوف يتحدد بالاتفاق فيما بينها، وفي حالة عدم اتفاق، وما لم يكن هناك خط حدود آخر مبررا بظروف خاصة، فإن خط الحدود هو خط الوسط..." وعلى الرغم من أن لجنة القانون الدولي التي صاغت مشروع الاتفاقية كانت تقصد أن تطبق الفقرة الأخيرة "فإن خط الحدود هو خط الوسط..." عن طرق قضاء أو تحكيم دولي<sup>١</sup>، إلا أن الصياغة تسمح بتطبيق هذه الفقرة بشكل انفرادي. مما يجعلها بديلا لتقائما في حالة عدم التوصل الى اتفاق كما أشارت الى ذلك محكمة العدل الدولية في قضية بحر الشمال<sup>٢</sup>.

وخلال المؤتمر الثالث لقانون البحار ١٩٧٣-١٩٨٢م أدى الانقسام بشأن قواعد تعيين الحدود الذي أشرنا اليه في المطلب السابق الى صعوبة الاتفاق على قاعدة بشأن التدابير المؤقتة نظرا للارتباط الوثيق بين المسألتين<sup>٣</sup>. بالإضافة لاتصالهما بمسألة التسوية الإلزامية للمنازعات<sup>٤</sup>. وعلى هذا الأساس انقسمت الدول بين من يؤيد استعمال الأبعاد المتساوية كقاعدة مؤقتة، ومن يؤيد ترتيبات التعاون المشترك المؤقتة<sup>٥</sup> حيث قدمت هولندا واليونان مقترحا باستعمال الأبعاد المتساوية كقاعدة مؤقتة، بينما اقترحت ايرلندا وقف جميع النشاطات الاقتصادية في منطقة النزاع ما لم يتفق الطرفان على ترتيبات للاستغلال المشترك<sup>٦</sup>. وبعد أن تبين من خلال جلسات المؤتمر الثالث عدم اتفاق الدول على التسوية الإلزامية لمنازعات الحدود، وأن استعمال الأبعاد المتساوية كقاعدة مؤقتة قد يحوّلها الى قاعدة دائمة إذا كانت في صالح أحد الطرفين<sup>٧</sup>، قُدمت مقترحات تحاول الجمع بين الموقفين المتعارضين منها المقترح المغربي الذي يقوم على التزامين على الدول المتنازعة الأول الالتزام بالدخول في مفاوضات بحسن نية للوصول الى ترتيبات مشتركة مؤقتة، والثاني الالتزام بعدم اتخاذ أي تدابير من شأنها عرقلة الوصول الى حل نهائي<sup>٨</sup>. وكذلك الاقتراح المشترك المقدم من المغرب والعراق والهند والذي يتناول الالتزامين السابقين الإيجابي والسلبي<sup>٩</sup> وتم تضمين هذا الاقتراح في توصيات رئيس مجموعة

<sup>١</sup> See, Yearbook of international law commission. ١٩٥٣, Vol. II, p. ٢١٦

<sup>٢</sup> I.C.J. reports. ١٩٦٩, Para ٣٤٢

<sup>٣</sup> Oxman, Bernard H. 'The United Nations Conference on the law of the sea' A, J, I, L. Vol. ٧٤, ١٩٨٠, p. ٢٣

<sup>٤</sup> Logchem, youri van.. Op cit. p. ١٢٢

<sup>٥</sup> ibidum

<sup>٦</sup> A/CONF./٦٢/C.٢/L.٤٣(n.٦٦٥). انظر كذلك الاقتراح اليوناني بشأن استعمال خط الوسط كقاعدة مؤقتة في حالة عدم الاتفاق على تعيين الحدود.

Doc.A/CONF.٦٢/L.٣٢

oxman, B. op cit. p. ٢٣

<sup>٨</sup> انظر نص المقترح المغربي عند.

KIM, SUN PYO

MARITIME DELIMITATION AND INTERIM . . .

ARRANGEMENTS IN NORTH EAST ASIA. MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS. THE

HAGUE/LONDON/NEW YORK ٢٠٠٤, p. ٣٥ see also. Logchem, youri van. op cit. Pp. ٩٧-٩٨

Logchem, youri. op cit. p. ١٣١



التفاوض السابعة<sup>١</sup>، ليكون فيما بعد نص الفقرة (٣) من المادتين المتطابقتين (٨٣-٧٤) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ١٩٨٢ م. ونصها كالتالي: -

" في انتظار التوصل الى اتفاق وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة ١، تبذل الدول المعنية، بروح من التفاهم والتعاون، قصارى جهدها للدخول في ترتيبات مؤقتة ذات طابع عملي، وتعمل خلال هذه الفترة الانتقالية على عدم تعريض التوصل إلى الاتفاق النهائي للخطر أو اعاقته. ولا تنطوي هذه الترتيبات على أي مساس بأمر تعيين الحدود النهائي."

والرأي الغالب في الفقه ينفي السمة العرفية لهذا النص، إلا أن الالتزام العام في القانون الدولي العرفي بالتفاوض بحسن نية لتسوية المنازعات الدولية يشمل المنازعات بشأن تعيين الحدود البحرية مما يجعله نافذا في مواجهة الدول الأطراف فيما بينها وبينها وبين الدول غير الأطراف أو بين الدول غير الأطراف.

### الفقرة الثانية: التزامات الدول بموجب نص المادتين (٧٤/٨٣، ٣/٣).

تناول النص المشار اليه التزامين على الدول المعنية بمنطقة النزاع خلال الفترة الانتقالية: الأول إيجابي يتمثل في عقد ترتيبات مؤقتة ذات طبيعة عملية لا تمس التعيين النهائي للحدود، والثاني سلبي يتمثل في عدم اتخاذ أي تدابير تعيق التوصل الى الاتفاق النهائي على تعيين الحدود. وهما مرتبطان مكانيا وزمانيا. وتناولهما كالتالي: -

#### أولا: عقد ترتيبات مؤقتة ذات طابع عملي.

تنص الجملة الأولى من الفقرة الثالثة للمادتين (٨٣، ٧٤) على أن "... تبذل الدول المعنية، بروح التفاهم والتعاون، قصارى جهدها للدخول في ترتيبات مؤقتة ذات طابع عملي.. ولا تنطوي هذه الترتيبات على أي مساس بأمر تعيين الحدود النهائي." ويؤكد هذا النص على مسألتين الأولى هي استبعاد تعليق كامل النشاطات في منطقة النزاع حتى الوصول الى تعيين نهائي للحدود، وهو بهذا الشأن بديل لاعتبار خط الوسط كحل مؤقت الى حين التوصل للحل النهائي، والثانية أن الالتزام بالدخول في ترتيبات عملية هو التزام بالسلوك وليس التزام بالنتيجة. بمعنى تلتزم الدول ببذل قصارى جهدها لعقد اتفاق بشأن هذه الترتيبات المؤقتة، حيث فسرت محكمة التحكيم في قضية (سورينام ضد غويانا ٢٠٠٧ م) بقولها "... اللغة التي صيغ بها هذا الالتزام تفرض على الطرفين واجب التفاوض بحسن نية... ادراج عبارات " بروح من التفاهم والتعاون " تشير الى أن نية واضعي النص هي الطلب من الأطراف مقارنة توفيقية في المفاوضات، طبقا لها يكون الاطراف مستعدين لتقديم تنازلات من أجل التوصل الى ترتيبات مؤقتة."<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> A/CONF.٦٢/٩١ ١٩٧٩, Reports to the plenary Conference, NG٧/٤٥ Chairman

NG٧, Official Records of the UNCLOS III, vol. ١٢, pp. ٧١-١٠١

<sup>٢</sup> انظر بشأن مناقشة السمة العرفية لنص المادتين (٨٣/٣-٧٤/٣) Logchem, Y.op cit.pp.١٧٢-١٧٤ وكذلك P.٣٥٩ Cottier.T.op cit.

<sup>٣</sup> هذا ما أشارت اليه محكمة العدل الدولية في قضيتي بحر الشمال ١٩٦٩ م. ICJ.Rep.١٩٦٩,para.٨٥.

<sup>٤</sup> Arbitration between Guyana and Suriname (Annex VII Tribunal) (٢٠٠٧) XXX RIAA ١, para..٤٦٠

حيث تقول " الالتزام الأول في المادتين (٧٤/٣) و (٨٣/٣) مصمم لتشجيع النظم المؤقتة والتدابير العملية التي تمهد الطريق لاستغلال مناطق النزاع بشكل مؤقت الى حين تعيين الحدود. من وجهة نظر المحكمة، هذا الالتزام يشكل اعترافا ضمنا بأهمية تجنب وقف التنمية الاقتصادية في المنطقة البحرية المتنازع عليها، ما دامت هذه النشاطات لا تؤثر على التوصل الى الاتفاق النهائي. مثل هذه الترتيبات تدعم تحقيق أحد أهداف الاتفاقية، [وهو] الاستغلال المنصف والفعال لثروات البحار والمحيطات."

ibid. Para.٤٦١ °





وقد أوضحت الغرفة الخاصة للمحكمة الدولية لقانون البحار في حكمها في قضية (غانا ضد ساحل العاج) ٢٠١٧م أن "الالتزام الأول بموجب المادة (٨٣) الفقرة الثالثة من الاتفاقية يشكل التزاما بالسلوك، حيث يستدل من عبارة "تبذل قصارى جهودها" على أن الالتزام مصمم لدعم نظم مؤقتة ذات طبيعة عملية في انتظار التعيين النهائي للحدود. عبارات هذا الالتزام تشير بشكل واضح، حسب رأي الغرفة الخاصة، أنه لا يرقى الى التزام بالتوصل الى اتفاق بشأن الترتيبات المؤقتة<sup>١</sup>". وأضافت أن الادعاء بانتهاك أحد الطرفين للالتزام بالدخول في ترتيبات عملية مؤقتة يستلزم عرض الطرف الآخر مثل هذه الترتيبات ورفضها من الطرف الأول<sup>٢</sup>.

وفيما يتعلق بالمقصود بتعبير "عملية" كصفة للترتيبات وفقا للفقرة (٣) من المادتين (٨٣-٧٤) فإنها على الأقرب تدل على مضمون هذه الترتيبات، وطبيعة الاجراء اللازم للدخول فيها، بحيث أنها قد لا تتطلب اتفاقا بالمعنى الشكلي للاتفاقيات الدولية<sup>٣</sup>.

والترتيبات العملية المؤقتة ليست محددة في شكل معين، فقد تتخذ شكل استغلال مشترك، أو تعليق جزئي لبعض النشاطات مثل عمليات الحفر أو منح التراخيص<sup>٤</sup>، أو خط حدود مؤقت مثل الاتفاق الجزائري التونسي لسنة ٢٠٠٢م<sup>٥</sup>.

وليس واضحا من نص المادتين (٨٣/٧٤-٣/٣) النطاق الزمني لبدء الالتزام بعقد الترتيبات المؤقتة العملية، ولا المدى الزمني لاستمرارها. الا أن السياق العام للفقرة (٣) من المادتين (٨٣-٧٤) يقتضي أن هذا الالتزام يبدأ حين يتضح للأطراف صعوبة التوصل الى اتفاق للحل النهائي في وقت قريب مع الحاجة الى إدارة النشاطات واستغلال الثروات في منطقة النزاع<sup>٦</sup>. وبالنسبة لاستمرار الالتزام بالترتيبات العملية المؤقتة، إن لم تتفق الأطراف على زمن محدد لها<sup>٧</sup>، ينظر فيه الى الهدف من اجراء هذه الترتيبات باعتبارها وسيلة لعدم تعليق كامل النشاطات في انتظار التوصل للاتفاق

<sup>١</sup> Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Judgment, ITLOS Reports ٢٠١٧, para. ٦٢٧

<sup>٢</sup> Ibid. para. ٦٢٨

<sup>٣</sup> انظر في ذلك. Report on the Obligations of States under Articles ٧٤(٣) and ٨٣(٣) of UNCLOS in respect of Undelimited Maritime Areas. London. The British Institute of International and Comparative Law. p. ١٤ (٢٠١٦)

<sup>٤</sup> انظر أمثلة على الأشكال التي تتم بها الترتيبات المؤقتة العملية. Ibid. p. ٤٠ etc

<sup>٥</sup> Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations, volume ٢٢٣٨, p. ١٩٧

وقد ورد في ديباجة هذا الاتفاق الإشارة الى المادتين ٧٤/٣-٨٣/٣ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار باعتبار الدولتين أطرافا فيها، كما أشارت المادة (٤) من الاتفاق الى أنه "لا تؤثر أحكام الترتيبات المؤقتة المنصوص عليها في المادة الأولى على الضبط النهائي للحدود البحرية بين البلدين"

<sup>٦</sup> Report on the obligations of states under Articles ٧٤(٣) and ٨٣(٣) of UNCLOS. op cit. P. ١٧, see also Lagoni, R. "Interim measures Pending Maritime Delimitation Agreements" A.J.I.L. vol. ٧٨, ١٩٨, p. ٣٥٧

<sup>٧</sup> كما هو الشأن في الاتفاق بين تونس والجزائر المحدد بمدة ست سنوات من تاريخ دخوله حيز النفاذ.



النهائي. لذلك يفترض أن تستمر الى حين التوصل الى الاتفاق النهائي، وحتى ان كان لأي من الأطراف الانسحاب من الترتيبات العملية المؤقتة فإن الالتزام بعرض ترتيبات بديلة يظل قائماً<sup>١</sup>.

### ثانياً: عدم تعريض التوصل الى الاتفاق النهائي للخطر أو اعاقته.

تنص الفقرة (٣) للمادتين ٧٤-٨٣ على أن "...، تبذل الدول المعنية، قصارى جهودها ...، وتعمل خلال هذه الفترة الانتقالية على عدم تعريض التوصل إلى الاتفاق إلى الخطر أو اعاقته." وهذا الالتزام بالنسبة للدول المتنازعة يجد أساسه في القانون الدولي العرفي، على أساس اتخاذ مثل هذه التدابير يخالف ما تقتضيه قواعد القانون الدولي بشأن حل المنازعات الدولية بالوسائل السلمية التي من بينها التفاوض بحسن نية لتسوية النزاع، ومما لا شك فيه أن اتخاذ تدابير انفرادية من شأنها اعاقه التوصل الى حل نهائي للنزاع مخالف لهذا الالتزام العرفي لأنه يتعارض مع الرغبة في التفاوض بحسن نية<sup>٢</sup>. كما يفسر البعض الالتزام بعدم اتخاذ تدابير تعيق التوصل الى اتفاق نهائي على أنه تطبيق خاص لمبدأ التفاوض بحسن نية، يقتضي أن أي دولة طرف في نزاع دولي ملتزمة وفقاً للقانون الدولي العرفي بعدم اتخاذ أي تدابير من شأنها توسيع النزاع أو زيادة حدته<sup>٣</sup>.

ولتوضيح الالتزام بعدم اتخاذ تدابير من شأنها أن تعيق التوصل الى حل نهائي نتناول طبيعته ومضمونه، ونطاق تطبيقه المكاني والزمني كالتالي: -

**١- طبيعة ومضمون الالتزام بعدم إعاقه التوصل الى الاتفاق النهائي.** فيما يتعلق بطبيعة الالتزام اعتبرت الغرفة الخاصة للمحكمة الدولية لقانون البحار في قضية (غانا ضد ساحل العاج) ٢٠١٧م أن الالتزام بعدم اتخاذ تدابير من شأنها إعاقه التوصل الى حل نهائي هو التزام بالسلوك، وذلك بدلالة لفظ "تبذل الدول المعنية ... قصارى جهودها... " الأمر الذي يزيد من صعوبة تحديد تصرفات معينة على أنها تعيق التوصل الى اتفاق نهائي دون غيرها، خصوصاً وأن هذا الالتزام يضع قيوداً متعلقة بكيفية ممارسة الدولة لحقوقها على منطقة النزاع، ولا يضع قيوداً متعلقة بطبيعة الحقوق

<sup>١</sup> Report on the obligations of states. op cit. p. ١٨, And. churchill, R. " International law Obligations of States in Undelimited Maritime Frontier Areas" in Frontiers in International Environmental Law: Oceans and Climate Challenges : Brill/ Nijhoff. ٢٠٢١, p ١٥٢

حيث استمر العمل بالترتيبات المؤقتة ٤٥ سنة بين نيجيريا وساوتومي وبرنسيب. وقد حددت الغرفة الخاصة للمحكمة الدولية لقانون البحار في قضية (غانا ضد ساحل العاج) ٢٠١٧م مدة استمرار المرحلة الانتقالية المشار إليها في المادة (٨٣/٣) من بداية النزاع الى تعيين الحدود بشكل نهائي بالاتفاق أو عن طريق القضاء أو التحكيم الدولي .ITLOS, Reports. ٢٠١٧, para. ٤٣٠.

<sup>٢</sup> ICJ. Reports. ١٩٦٩, paras. ٨٥, ٨٧.

ويضع الفقهاء يضيف الى ذلك أنه يسري حتى بالنسبة للدول الثالثة، ويقصد بها الدول غير الأطراف في النزاع، بحيث تلتزم بعدم السعي لتحقيق تراخيص لرعاياها أو شركاتها للعمل في المناطق البحرية المتنازع عليها على أساس أن لفظ "الدول المعنية" لا يقتصر فقط على الدول المتنازعة. انظر

Logchem, youri van. op cit. pp ١٤٢-١٤٣

<sup>٣</sup> انظر ١٩ Report on the obligations of states .op cit. p ١٩

<sup>٤</sup> ITLOS Reports. op cit. para. ٦٢٧.



التي تملك الدولة ممارستها على منطقة النزاع. فلم تحدد الفقرة (٣) من المادتين (٨٣،٧٤) حقوقا معينة تتسبب ممارستها في تعريض التوصل الى اتفاق نهائي للخطر أو إعاقة<sup>١</sup>.

وفيما يتعلق بمضمون الالتزام بعدم إعاقة التوصل الى حل نهائي أو تعريضه للخطر، فإن تفسير الفقرة (٣) من المادتين (٨٣،٧٤) في ضوء الهدف المراد تحقيقه من تطبيق هذا الالتزام، وهو تسهيل التوصل الى اتفاق نهائي وعدم تعصيد النزاع لحين التوصل الى هذا الاتفاق، يقتضي أن هذا الالتزام لا يعني وقف جميع النشاطات في منطقة النزاع، بل فقط الأنشطة التي تعرض التوصل الى اتفاق نهائي للخطر أو إعاقة. ولذلك فهو لا يعني تطبيق نظام الوقف<sup>٢</sup> "Moratorium"، لأن تطبيق هذا النظام لم ينل التأييد خلال التفاوض على صياغة المادتين واستبدل به نظام الترتيبات العملية المؤقتة، كما أشرنا الى ذلك.

وفي القضاء والتحكيم الدوليين<sup>٣</sup> استعملت محكمة التحكيم في قضية (غويانا ضد سورينام) ٢٠٠٧ م معيار الضرر الذي لا يمكن إصلاحه، (الأساس القانوني للأمر بالتدابير المؤقتة في قضاء محكمة العدل الدولية)، للتمييز بين التصرفات المعيقة للاتفاق النهائي وغير المعيقة<sup>٤</sup>، وعلى ذلك صنف النشاطات المتعلقة باستكشاف واستغلال ثروات الجرف القاري صنفين: يشمل الصنف الأول النشاطات التي تتم في إطار الترتيبات العملية المؤقتة وهي نشاطات مسموح بها في جميع الأحوال، والثاني النشاطات الانفرادية والتي يكون مسموحا بها حسب ما إذا كانت تعرض الاتفاق النهائي للخطر أو لا. وبناء على ذلك اعتبرت النشاطات الانفرادية التي تسبب تغييرات أو أضرار مادية دائمة للبيئة البحرية، أو تلك التي تؤثر على حقوق الدول المعنية الأخرى بشكل دائم، من النشاطات المتسببة في إعاقة التوصل للاتفاق النهائي، مثل الأنشطة المتعلقة باستغلال الثروات الطبيعية للجرف القاري (احتياطيات النفط والغاز) exploitation. بينما النشاطات التي لا تؤدي الى تغييرات مادية دائمة مثل عمليات الاستكشاف exploitation (المسح الزلزالي) لا تُعد ضمن الأعمال المسببة لإعاقة التوصل الى اتفاق نهائي<sup>٥</sup>. وعلى ذلك فإن المعيار الذي اعتمده محكمة التحكيم يعتمد على عنصر التأثير بشكل مادي ودائم (سواء بإحداث تغييرات أو أضرار) على البيئة البحرية أو حقوق الدولة الأخرى الطرف في النزاع<sup>٦</sup>.

وقد انتقد "logchem" استخدام محكمة التحكيم معيار التصرفات التي تترتب عليها أضرار لا يمكن إصلاحها لتحديد التصرفات المعيقة للتوصل الى اتفاق نهائي، بالقياس على سلطة المحكمة في الأمر بالتدابير المؤقتة،

logchem,youri van.op cit. p١٥٢<sup>١</sup>

Moratorium يعني الحبس او الوقف الكامل للنشاطات في المنطقة الى حين تسوية النزاع.

<sup>٢</sup> الاحكام القضائية والتحكيمية التي تعرضت الى تفسير هذا النص اعتبرت بعض التصرفات ضمن مفهوم التدابير المعيقة للتوصل الى الحل النهائي، واستبعدت أخرى من هذا المفهوم بالقياس على الأمر بالتدابير المؤقتة لحفظ حقوق الطرفين حين الفصل في القضية الوارد في حكم محكمة العدل الدولية في قضية بحر ايجة التدابير الوقفية سنة ١٩٧٦ م حيث رفضت المحكمة الأمر بوقف عمليات الاستكشاف للجرف القاري (أعمال المسح الزلزالي) التي تقوم بها تركيا على أساس أن هذه العمليات لا تحدث آثارا دائمة لا يمكن تداركها على حقوق اليونان على جرفها القاري.

EAegean Sea Continental Shelf Case (GreecevTurkey) Request for The Indication of INterim Measures of Protection.ICJ Reports. ١٩٧٦, Para.٣٠

Arbitration between Guyana and Suriname ٢٠٠٧,op cit,para. ٤٦٩<sup>٤</sup>

.Ibid.para.٤٦٦,٤٦٧,٤٨١<sup>٥</sup>

Churchill,R.op cit.p.١٥٤<sup>٦</sup>



على أساس أنه قياس غير صحيح، لأن سلطة المحكمة في الأمر بالتدابير المؤقتة مقيدة واستثنائية . وهذا ما أشارت إليه محكمة التحكيم إلا أنها مع ذلك استخدمت هذا المعيار كضابط للتصرفات المخالفة للمادتين ٧٤(٣) و ٨٣(٣) . هذا بالإضافة إلى أن عمليات الاستكشاف قد ترتب أضراراً لا يمكن إصلاحها، لأنها تتيح جمع معلومات عن المنطقة لصالح أحد الأطراف دون الآخر<sup>٣</sup>.

وفي قضية (غانا ضد ساحل العاج) تناولت الغرفة الخاصة للمحكمة الدولية لقانون البحار هذه المسألة في حكمها بشأن التدابير المؤقتة ٢٠١٥م بشكل مختلف عنه في حكمها في الموضوع ٢٠١٧م، حيث اعتمدت في حكمها بالتدابير المؤقتة ٢٠١٥م بوقف جميع عمليات الاستكشاف والحفر الجديدة على " وجود احتمالية الضرر الذي لا يمكن إصلاحه عندما ينتج عن النشاطات تغييرات مهمة ودائمة على الخصائص الطبيعية لمنطقة النزاع، وعدم إمكانية التعويض عن هذه التغييرات بشكل كامل"<sup>٤</sup>.

وفي حكمها في الموضوع ٢٠١٧م رفضت المحكمة تقرير انتهاك غانا للمادة ٨٣/٣ على أساس أن " الغرفة الخاصة تؤكد أنه في حالة اختلاط أسانيد دولتين..... على [نفس المنطقة من] الجرف القاري يكون الحكم بتعيين الحدود هو فقط المنشئ لتبعية أي جزء من الجرف القاري إلى أي من الدولتين. وهذا يعني أن الحكم يعطي أحد الأسانيد الأسبقية على الآخر. وهذا الحكم اذن له طبيعة منشئة ولا يمكن تصنيفه على أنه كاشف" و " يترتب على ما سبق، في رأي الدائرة، أن النشاطات البحرية التي تتم من قبل دولة ما في منطقة من الجرف القاري، تقرر بناء على حكم قضائي [لاحق] أنها تعود إلى دولة أخرى، لا يمكن اعتبارها تمت بالمخالفة للحقوق السيادية للدولة الأخرى إذا كانت هذه النشاطات قد تمت قبل صدور الحكم وكانت المنطقة المعنية موضوع ادعاءات بحسن نية من قبل كلا الدولتين" وأضافت الدائرة الخاصة بخصوص ادعاء ساحل العاج أن نشاطات التنقيب عن النفط والغاز التي اتخذتها غانا في منطقة الجرف القاري لساحل العاج مخالفة للفقرة (٣) من المادة ٨٣ " ... الدائرة الخاصة تأخذ في اعتبارها أن نشاطات التنقيب من قبل غانا كانت فقط [وفقاً لحكم الدائرة] ضمن المنطقة التي عادت إليها.... ولهذا لا ينطبق عليها وصف ادعاء ساحل العاج بأنها تمت على منطقة الجرف القاري لساحل العاج، ولذلك لا تعد مخالفة للالتزام بعدم تعريض الوصول إلى اتفاق نهائي للخطر أو اعاقته الوارد في المادة ٨٣ فقرة (٣)."<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> logchem,youri van.op cit,p١٨٦-١٨٨

<sup>٢</sup> Arbitration between Guyana and Suriname ٢٠٠٧,op cit,para.٤٦٩

<sup>٣</sup> logchem,youri van. Op cit,p٢٢ ٦٢

<sup>٤</sup> DISPUTE CONCERNING DELIMITATION OF THE MARITIME BOUNDARY  
BETWEEN GHANA AND CÔTE D'IVOIRE IN THE ATLANTIC OCEAN  
(GHANA/CÔTE D'IVOIRE)

.PROVISIONAL MEASURES. ORDER OF ٢٥ APRIL ٢٠١٥,para.٨٩-٩٠

<sup>٥</sup> DISPUTE CONCERNING DELIMITATION OF THE MARITIME BOUNDARY  
BETWEEN GHANA AND CÔTE D'IVOIRE IN THE ATLANTIC OCEAN  
(GHANA/CÔTE D'IVOIRE)Judgment.٢٠١٧,para.٦٣٣

وسارت على نفس النهج محكمة العدل الدولية في حكمها في قضية تعيين الحدود البحرية في المحيط الهندي (الصومال ضد كينيا ٢٠٢١).

Maritime delimitation in the Indian Ocean (Somalia v Kenya) Judgment. ICJ

Reports.٢٠٢١,para.٢٠٣,٢٠٤ .



وقد انتقد logchem هذا الحكم على أساس أن انتهاك الالتزام بعدم تعريض التوصل الى اتفاق نهائي للخطر يجب النظر اليه وقت وقوع النشاطات الانفرادية<sup>١</sup> لا وقت الحكم القضائي، كما أشار Churchill الى أن الحكم غير مقنع ويعطي اشارة خاطفة للدول التي لم تتوصل الى حل لنزاعاتها الحدودية.

وأشار القاضي paik في رأيه المنفصل في قضية (غانا ضد ساحل العاج) ٢٠١٧م الى أنه يبدو من الصعب تحديد التصرفات التي من شأنها تعريض التوصل الى اتفاق نهائي للخطر أو اعاقته بشكل موضوعي مجرد، لاختلاف الظروف الخاصة بكل قضية على حدة.<sup>٢</sup>

**٢- نطاق تطبيق الالتزام بعدم إعاقة التوصل الى الاتفاق النهائي.** المادتان ٧٤(٣) و ٨٣(٣) تنصان على أنه ".... وتعمل خلال هذه الفترة الانتقالية على عدم تعريض التوصل الى الاتفاق النهائي للخطر أو إعاقته..". وليس هناك في النص ما يدل على المقصود بالفترة الانتقالية من حيث بدايتها ولا نهايتها. وعلى الأرجح أن بدايتها مرتبطة ببداية الالتزام بالتفاوض لعقد الترتيبات العملية المؤقتة وتنتهي بالتعيين النهائي للحدود بالاتفاق أو بالتسوية القضائية<sup>٣</sup>. فقد أوضحت الغرفة الخاصة للمحكمة الدولية لقانون البحار في قضية (غانا ضد ساحل العاج) ٢٠١٧م أن " الغرفة الخاصة تقرأ الفقرة (٣) من المادة (٨٣) كالتالي: المرحلة الانتقالية المشار اليها تعني الفترة من بعد نشؤ النزاع على تعيين الحدود البحرية حتى التعيين النهائي للحدود بالاتفاق أو عن طريق القضاء"<sup>٤</sup>. وبالنسبة للنطاق المكاني يرى الفقيه lagoni أن الالتزام بعدم تعريض التوصل الى الاتفاق النهائي للخطر أو اعاقته يطبق فقط على منطقة النزاع وليس على المناطق غير المحددة التي تدعيها دولة واحدة.<sup>٥</sup> وهذا هو التفسير الأكثر منطقية، وإن وُصف أحيانا بعدم الوضوح لاختلاف التصورات المحتملة للنطاق المكاني لادعاءات الدول المتنازعة<sup>٦</sup>؛ حيث يصعب تحديد الاختلاط في أسانيد الطرفين مكانيا، وبالتالي تحديد منطقة النزاع. خصوصا في حالة عدم تحديد أحد الطرفين أو كلاهما موقفه بشأن مكان خط الحدود المحتمل من وجهة نظره<sup>٧</sup>. ومع هذا فالحالة الأكثر تكرارا في الممارسات الدولية هي اعلان كلا الطرفين للحد الذي يدعيه، وهنا تكون منطقة النزاع هي المنطقة الواقعة بين الحدين المفترضين.

وبالنظر الى أن الالتزام بعدم تعريض التوصل الى الاتفاق النهائي للخطر أو اعاقته يرتبط بغاية، يبقى من الصعب حصر التصرفات المعيقة في حدود مكانية أو موضوعية، وانما يعتمد الأمر على عدة عوامل منها طبيعة النزاع،

<sup>١</sup> logchem,y.op cit.p٢١٩

<sup>٢</sup> Ghana/ Côte d'Ivoire case.op cit.( Separate Opinion of Judge Paik) para ٦٧,p١٨٠...

<sup>٣</sup> Ermolina, Natalia."Unilateral Hydrocarbon Activities in Undelimited Maritime Areas" Indonesian Journal of International law.vol. ١٥,No,٢,٢٠١٩,p.١٦٣

<sup>٤</sup> Ghana/ Côte d'Ivoire case.op cit.para ٦٣٠

<sup>٥</sup> Lagoni,R.op cit.pp.٣٥٦-٣٥٧

<sup>٦</sup> انظر . Report on the obligations of states under Articles ٧٤(٣) and ٨٣(٣) of UNCl.op cit.p.٣٠

<sup>٧</sup> Churchill,R. Op cit.p.١٦٠



وطبيعة العلاقات بين طرفي النزاع<sup>١</sup>. وعليه فقد تكون التصرفات المعيقة في صورة اتفاقية تعيين الحدود مع دولة ثالثة، أو إصدار تشريعات بتعيين انفرادي للحدود، أو بإصدار تراخيص للتنقيب على النفط والغاز في منطقة النزاع.

### الفرع الثاني: دور اتفاقيات تعيين الحدود والأعمال الانفرادية في تعيين حدود المجالات البحرية للدول الأخرى.

تستمد اتفاقيات تعيين الحدود أهميتها من كونها إقرارا متبادلا من الطرفين بتبعية المجال البحري المخصص لكل طرف بموجب هذه الاتفاقيات، وتمهيدا لممارسة الدولة لحقوق السيادة والولاية على المنطقة التابعة لها. الا أن هذه الاتفاقيات من جهة أخرى قد تكون على حساب دولة ثالثة، خصوصا في البحار المغلقة وشبه المغلقة<sup>٢</sup>، حيث تختلط أسانيد أكثر من دولتين في نفس المنطقة.

والبحر المتوسط بحر شبه مغلق يتكون بكامله من المناطق الاقتصادية الخالصة للدول المطلة عليه في حال إعلانها عن هذه المناطق بحددها الأقصى (٢٠٠ ميلا بحريا)<sup>٣</sup>. الأمر الذي يستلزم ابداء ملاحظتين: الأولى أن تعيين الحدود البحرية بين أي دولتين من دول البحر المتوسط من شأنه في الغالب اثاره مسألة الحقوق السيادية للدول المجاورة، وبالتالي تكون اتفاقية تعيين الحدود بمثابة التدبير الانفرادي الذي من شأنه تعريض الاتفاق النهائي للخطر أو اعاقته. والثانية لأن القانون الدولي والممارسة الدولية لا تزال أسيرة ثنائية المنازعات القانونية، حيث يقل عقد مفاوضات أو اتفاقيات تعيين للحدود متعددة الأطراف، وتنعدم التسويات القضائية عُمر الثنائية، فإن الكثير من منازعات الحدود البحرية في البحار المغلقة وشبه المغلقة سوف تظل صعبة الحل بشكل ثنائي. حيث تُواجه الكثير من اتفاقيات تعيين الحدود باعتراض الدول المجاورة بدعوى انتهاك حقوقها السيادية على الجرف القاري أو المنطقة الاقتصادية الخالصة. ولتجنب مثل هذه الاعتراضات عادة ما يأخذ أطراف أي اتفاقية لتعيين الحدود حقوق الدول الأخرى بعين الاعتبار عن طريق عدم تحديد نقطة البداية والنهاية لخط الحدود بشكل نهائي وترك مسافة تُحدد مستقبلا بالاتفاق مع الدول المجاورة.

٦

<sup>١</sup> logchem,y. Op cit. p١٦٤

<sup>٢</sup> تعرف المادة (١٢٢) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ١٩٨٢م البحار المغلقة وشبه المغلقة بأنها "... خليجا أو حوضا أو بحرا، تحيط به دولتان أو أكثر ويتصل ببحر آخر أو بالمحيط بواسطة منفذ ضيق، أو يتألف كليا أو أساسا من البحار الإقليمية والمناطق الاقتصادية لدولتين ساحليتين أو أكثر." الا أن الاتفاقية لم ترتب آثارا قانونية على المركز القانوني للبحار المغلقة أو شبه المغلقة أكثر من التزام عام بالتعاون بين الدول المشاطة لها في ممارسة حقوقها وأداء واجباتها بمقتضى الاتفاقية.

<sup>٣</sup> يترتب على ذلك أن المادتين (٧٤،٨٤) تفسران في ضوء المادة ١٢٣ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ١٩٨٢م

..M Grbec, Extension of Coastal State Jurisdiction in Enclosed and Semi-enclosed Seas .op cit. p ٦٤

<sup>٤</sup> انظر في ذلك

Lathrop,Coalter G." Tripoint Issues in Maritime BBoundary Delimitation" in Colson D.A. and Smith . R,W(eds) International Maritime Boundaries. The American Society of International Law.٢٠٠٥.pp.٣٣٠٥- see also. Xu,Qi. "Reflections on the presence of Third States in International maritime boundaries. ٣٣٧٥ .delimitation"Chinese journal of international law.vol. ١٨,(١),٢٠١٩,p.١١٩

Ahnish,F.the international law of maritime boudaries. Op .cit.p٣٣٥

Xu,Qi.op cit.p.١١٦,etc. وانظر كذلك. Lathrop,Coalter G.op cit.pp.٣٣٠٩ etc



الا أن العوامل السياسية والاقتصادية التي تحكم علاقات الدول غالبا ما تنعكس على ممارساتها بشأن تعيين الحدود البحرية، وعندئذ تُستخدم اتفاقيات تعيين الحدود ضمن أدوات السياسة الدولية كما هو الأمر في شرق المتوسط.

وتتناول في هذا الفرع فقط الجانب القانوني لدور اتفاقيات تعيين الحدود البحرية في تحديد المجالات البحرية للدول الثالثة في (الفقرة الأولى) ودور التشريعات الوطنية والأعمال المادية الانفرادية في تكريس سلوك سابق يؤثر على تعيين الحدود البحرية (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: اتفاقيات تعيين الحدود البحرية وحقوق الدول الثالثة.

أشرنا فيما سبق إلى أنه في البحار المغلقة وشبه المغلقة مثل البحر المتوسط، أي تعيين للحدود البحرية يثير في الغالب مسألة حقوق ومصالح الدول المجاورة، سواء تم تعيين الحدود بموجب أحكام قضائية أو تحكيمية، أو بموجب اتفاق بين الطرفين.

وإن كانت أوجه الشبه بين طريقتي تعيين الحدود هاتين كبيرة من ناحية أثرها القانوني المحتمل على حقوق ومصالح الدول المجاورة، حيث يُعد تعيين الحدود بين دولتين أمر بين أغيار بالنسبة للدول الأخرى بغض النظر عن وسيلته، إلا أننا سوف نقتصر على أثر اتفاقيات تعيين الحدود على أحكام المحاكم الدولية وأثر أحكام المحاكم الدولية على هذه الاتفاقيات من خلال السوابق القضائية والتحكيمية الدولية باعتبارها الأقرب إلى موضوع الدراسة. لهذا نتناولها في البند (أولا). وتتناول قياسا على ذلك دور اتفاقيات تعيين الحدود في شرق المتوسط في التسوية القضائية لحدود المجالات البحرية الليبية على افتراض اجرائها مستقبلا في البند (ثانيا).

### أولا: اتفاقيات تعيين الحدود في السوابق القضائية والتحكيمية.

القاعدة العامة أن الاتفاقيات الدولية لا تنشئ حقوقا ولا تفرض التزامات على الدول غير الأطراف الا برضاها (المادة ٣٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩م)، وبالتالي فإن اتفاقيات تعيين الحدود البحرية يقتصر أثرها من حيث المبدأ على حقوق الدول الأطراف فيها، وتجاه بعضها البعض فقط. وهذا ما أكده القضاء الدولي في

<sup>١</sup> يقول القاضي "شيغرو أودا" في رأيه المعارض لحكم محكمة العدل الدولية بشأن طلب تدخل إيطاليا في قضية الجرف القاري ليبيا مالطا ١٩٨٤م "... أن المنطقة التي ستهتم المحكمة بما لا يمكن من الناحية العملية أن تحتوي معالم محددة بدقة لمنطقة معينة، يمكن الجزم بأنه لا مطالبة لدولة ثالثة داخلها، وعليه فإن إمكانية أو احتمال حدوث أثر معاكس بالنسبة إلى دولة ثالثة، ليس، ولا يمكن، أن يكون أمرا مستبعدا." عبد الرازق المرتضى سليمان. قضية الجرف القاري بين الجماهيرية العربية الليبية وجمهورية مالطا. مرجع سابق. ص. ٤١٠.

<sup>٢</sup> وعلى ذلك لن نتناول تأثير الأحكام القضائية على المجالات البحرية للدول الثالثة ولا مسألة تدخل الدولة الثالثة طبقا للمادة (٦٢) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية في القضايا الدولية المتعلقة بتعيين الحدود البحرية. انظر بشأن هذه المسألة. Qi, Xu.

"Reflections on the presence of third state in international maritime boundaries delimitation" op cit.p ٩٧. etc.





عدة قضايا أثّرت فيها اتفاقيات سابقة لتعيين الحدود البحرية بين أحد طرفي القضية وطرف ثالث أو بين دول ليست أطرافاً في القضية المعروضة أمام المحكمة . كذلك بالنسبة لتعيين الحدود بواسطة الحكم القضائي فالقاعدة العامة وفقاً للمادة (٥٩) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أن الحكم القضائي لا يلزم إلا أطراف القضية وفي موضوعها فقط . إلا أنه مع ذلك قد تثار مسألة الأثر غير المباشر لاتفاقيات تعيين الحدود السابقة على خط الحدود وفقاً لحكم قضائي أو تحكيمي لاحق، كما أنها قد تثير مدى التأثير غير المباشر للحكم القضائي أو التحكيمي على اتفاقيات تعيين الحدود السابقة.

ولتناول هذه المسألة بشكل أكثر تفصيلاً ندرس السوابق القضائية لمحكمة العدل الدولية في قضايا تعيين الحدود البحرية في البحر الكاريبي باعتباره بحراً شبه مغلق، خصوصاً قضيتي (نيكاراجوا ضد كولومبيا) ٢٠١٢ م و (كوستاريكا ضد نيكاراجوا) ٢٠١٨ م كالتالي: -

### ١/ قضية (نيكاراجوا ضد كولومبيا) ٢٠١٢ م.

في قضية (نيكاراجوا ضد كولومبيا) ٢٠١٢ م ادعت نيكاراجوا أن الحد الجنوبي للمنطقة ذات العلاقة يتكون من خط الحدود الوارد في الاتفاقيات بين كولومبيا وبنما، وكولومبيا وكوستاريكا. على أساس أن كولومبيا ليس لديها أسانيد على أي مناطق بحرية جنوب خطي الحدود في هاتين الاتفاقيتين، وبالتالي لا تدخل ضمن منطقة اختلاط أسانيد الطرفين. وأيدت المحكمة هذا الادعاء بالقول " ... إذا كان أي من الطرفين لا يملك سندا في منطقة معينة سواء بسبب اتفاق عقده مع دولة ثالثة، أو بسبب أن تلك المنطقة تقع خلف حد تم تعيينه قضائياً بين هذا الطرف ودولة ثالثة، هذه المنطقة لا يمكن معاملتها على أنها جزء من المنطقة ذات العلاقة لأغراض هذه [القضية]. ولما كانت كولومبيا ليس لها أسانيد محتملة إلى جنوب وشرق الحدود التي اتفقت عليها مع كوستاريكا وبنما، لا يمكن أن تمتد المنطقة ذات العلاقة إلى أبعد من هذه الحدود. " .

وبالنسبة لأثر حكم المحكمة على اتفاقيتي تعيين الحدود بين كولومبيا وبنما، وبين كولومبيا وكوستاريكا في جنوب البحر الكاريبي، أشارت إليها القاضية XUE في إعلانها الملحق بالحكم بالقول " خط الحدود في الجنوب سوف ينتج عنه عملياً أثر عدم شرعية الاتفاقيات الموجودة بشأن تعيين الحدود البحرية التي عقدتها كولومبيا مع بنما وكوستاريكا على التوالي، [كما أنه] غير بشكل جذري العلاقات البحرية في المنطقة. [و] سيكون أفضل بكثير من أجل حفظ الاستقرار الإقليمي والنظام العام لو أشارت المحكمة فقط إلى اتجاه الحدود بين الأطراف في هذه المنطقة " .

<sup>١</sup> انظر Territorial and maritime dispute (Nicaragua v. Colombia) ٢٠١٢, I.C.J. repotes. ٢٠١٢(ii).p. ٦٢٤, para ٢٢٨. انظر كذلك Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports p. ١٣٩, paras. ١٢٣, ١٢٤, ٢٠١٨

<sup>٢</sup> تنص المادة (٥٩) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أنه " لا يكون للحكم قوة الإلزام إلا بالنسبة لمن صدر بينهم وفي خصوص النزاع الذي فصل فيه"  
Territorial and maritime dispute (Nicaragua v. Colombia). I.C.J. repotes. 2012(ii).p.624. paras.155,162,163....  
اختلاط أسانيدهما إلى ما وراء الحدود المنشأة بين كل منهما ودولة ثالثة. انظر. الفقرة (١٦٢) من الحكم.

<sup>٤</sup> Ibid.p.٧٤٦,para.١٥٠.



كما أشار القاضي المؤقت COT في اعلانه الملحق بالحكم الى أثر حكم المحكمة على حقوق الدول المجاورة بقوله " قررت المحكمة وقف خط الحدود للمجالات البحرية للدول الأطراف عندما يصل ذلك الخط الى المنطقة المحددة بواسطة اتفاق عُقد مع طرف ثالث. المشكلة هي أن تلك الحدود المبنية على الاتفاقيات لم تعد موجودة لأن هدفها اختفى مع استبدال نيكاراغوا بكولومبيا كمالك للسيادة أو للحقوق السيادية في المجالات المعنية" وأضاف " وكنتييجة لاختفاء تلك الاتفاقيات، لا يمكن لأي من الفقرات المتضمنة فيها، خصوصا تلك المتعلقة بتعيين حدود المجالات البحرية، أن تلزم نيكاراغوا في علاقاتها مع الدول الثالثة، وبنفس القدر، لا يمكن أن تلزم هذه الفقرات أي من الدول الثالثة في علاقاتها مع نيكاراغوا". وهذا ما أكدته المحكمة في حكمها اللاحق في قضية تعيين الحدود البحرية في البحر الكاريبي والمحيط الهادي (كوستاريكا ضد نيكاراغوا) ٢٠١٨م.

## ٢ / قضية (كوستاريكا ضد نيكاراغوا) ٢٠١٨م.

في قضية تعيين الحدود البحرية في البحر الكاريبي والمحيط الهادي (كوستاريكا ضد نيكاراغوا) ٢٠١٨م ادعت نيكاراغوا ضرورة أخذ المحكمة في الاعتبار اتفاقيتي، كوستاريكا مع كولومبيا ١٩٧٧م، وكولومبيا مع بنما ١٩٧٦م عند تعيين حدود نيكاراغوا مع كوستاريكا، بحيث تُحد هذه الاتفاقيات من أسانيد كوستاريكا على المجالات البحرية فيما وراء الحدود الواردة بهذه الاتفاقيات. وردت المحكمة على هذا الادعاء بالقول " يمكن أن يكون لدولة ثالثة ادعاء في البحر الكاريبي الذي طُلب من المحكمة تعيين الحدود البحرية فيه. [و] يمكن أن يشير حكم المحكمة الى هذه الادعاءات دون الحكم على الأسس التي تقوم عليها، [الأنه] من جهة أخرى، لا يؤثر الحكم الصادر من المحكمة بذاته بين أحد الأطراف ودولة ثالثة أو بين دولتين غير أطراف، في الحد البحري بين الطرفين [في هذه القضية]. ونفس الأمر يطبق بالنسبة للاتفاقيات المعقودة بين أحد طرفي القضية ودولة ثالثة، أو بين دولتين غير أطراف في القضية." وبناء على ذلك قررت المحكمة أن "... اتفاقية ١٩٧٦م بين بنما وكولومبيا تتعلق بدول ثالثة ولا يمكن اعتبارها ذات علاقة بتعيين الحدود بين الأطراف. وفيما يتعلق باتفاقية ١٩٧٧م بين كوستاريكا وكولومبيا لا يوجد دليل على أنها بمثابة تنازل من كوستاريكا عن أسانيدها البحرية، وحتى لو اعتبرت كذلك، لا دليل على أن لها تأثير على علاقاتها بدولة أخرى غير كولومبيا".<sup>٤</sup>

وبالنسبة لأثر هذه الاتفاقيات على تحديد المنطقة ذات العلاقة بتعيين الحدود بين نيكاراغوا وكوستاريكا خلصت المحكمة الى أنه "... باستثناء المجال التابع لكولومبيا بموجب حكم سنة ٢٠١٢م، تشمل المنطقة التي تختلط

<sup>١</sup> Ibid.p.٧٥٨,paras.١٠-١٢

<sup>٢</sup> Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports ٢٠١٨, .. p. ١٣٩,para.١٢٣

<sup>٣</sup> الجدير بالذكر أن اتفاقية ١٩٧٧م بين كوستاريكا وكولومبيا بنيت على أساس خط الوسط بين امتدادات الجزر الكولومبية الى الجنوب وساحل كوستاريكا. وفي حكم محكمة العدل الدولية في قضية تعيين الحدود البرية والبحرية بين نيكاراغوا وكولومبيا ٢٠١٢م المشار اليه في المتن (١) لم تعط المحكمة لهذه الجزر الا مجرا إقليميا وبقية المسافة بين البحر الإقليمي لهذه الجزر وخط الحدود مع كوستاريكا أصبح بحكم المحكمة يتبع نيكاراغوا. وازادت نيكاراغوا الإبقاء على خط الحدود في هذه الاتفاقية في مواجهتها. الا أن المحكمة رفضت ذلك كما هو وارد في الاقتباس أعلاه.

<sup>٤</sup> Ibid.para.١٣٤



فيها اسقاطات [سواحل] الطرفين في الشمال كل المجال البحري الواقع ضمن مسافة ٢٠٠ ميلا بحريا من ساحل كوستا ريكا. [وفي] الجنوب، الوضع أكثر تعقيدا بسبب وجود ادعاءات دول ثالثة والتي لا تملك المحكمة اعلان موقفها بشأنها، ولا يمكن تحديد أثر حقوق الدول الثالثة على المناطق التي يمكن أن تتبع أحد الأطراف. ولكن المجالات التي فيها ادعاءات الدول الثالثة يمكن مع ذلك ضمها [الى المنطقة ذات العلاقة]. حيث اعتبرت المحكمة في قضية تعيين الحدود البحرية في قضية البحر الأسود (رومانيا ضد اكرانيا) ٢٠٠٩... أنه " عندما تُضم مناطق، فقط، من أجل تحديد الأساسيد المختلطة لأطراف القضية التي ربما تشكل كما يبدو المنطقة ذات العلاقة،.. لا يمكن أن تتأثر أساسيد الطرف الثالث." ١ .

وذكرت المحكمة عند استعمال معيار التناسب أن " تبعية جزء من المجال البحري لدولة ثالثة سوف يؤثر على جزء من المنطقة ذات العلاقة المعطاة لكل طرف. ولأن المجال البحري التابع لدولة ثالثة لا يمكن تحديده في هذه القضية، فإنه يستحيل على المحكمة حساب الجزء من المنطقة ذات العلاقة الذي يعود لكل طرف بشكل دقيق. وعلى أي حال، يكفي لفحص ما إذا كان تعيين الحدود البحرية يُظهر عدم تناسب كبير حساب تقريبي للمنطقة ذات العلاقة." ٢ .

ومن خلال حكمي محكمة العدل الدولية في البحر الكاريبي والسوابق القضائية الأخرى لمحكمة العدل الدولية بشأن اتفاقيات تعيين الحدود البحرية يمكننا تسجيل الملاحظات التالية: -

(١) بحكم نسبية أثر الاتفاقيات الدولية وكذلك نسبية أثر الأحكام القضائية، القاعدة أنه لا يكون لاتفاقيات تعيين الحدود أثر مباشر على الأحكام القضائية الصادرة في نزاع بين دول غير أطراف في هذه الاتفاقيات. ولا يكون للأحكام القضائية أثر مباشر على اتفاقيات تعيين الحدود للدول غير الأطراف في القضايا المحكوم فيها. والسوابق القضائية بشأن تعيين الحدود البحرية تشهد حرص محكمة العدل الدولية على عدم المساس بحقوق الدول غير الأطراف في القضية المعروضة أمامها. خصوصا وأن المحكمة تنهج نهجا مقيدا في قبول طلبات التدخل، وفقا للمادة (٦٢) من نظامها الأساسي، حرصا على وحدة موضوع النزاع وعدم توسيع دائرته، واحتراما لنطاق اختصاصها الذي حددته الدول الأطراف الأصلية في الدعوى. ٣

ولهذا فان التأثير المتبادل بين الحكم القضائي واتفاقيات تعيين الحدود بين دول ثالثة أو التي تكون إحدى طرفيها دولة ثالثة يبقى محكوما بنطاق المصالح القانونية للدول الثالثة المعبر عنها في اتفاقيات تعيين الحدود السابقة. ٤

(٢) أثر اتفاقيات تعيين الحدود على الموقف القانوني لطرفي القضية عند التعيين القضائي للحدود يعتمد على ما إذا كان أحد أطراف الدعوى طرفا في هذه الاتفاقيات أم لا. فإذا كانت هذه الاتفاقيات معقودة بين دول ثالثة فإنها لا تؤثر

Ibid.paras.١٢٠,١٢١ ١

Ibid.para.١٦٤ ٢

.Qi,Xu.op cit.p.٩٨ ٣

٤ عبرت عن ذلك كوستاريكا في طلبها للتدخل في قضية (نيكاراجوا ضد كولومبيا) في إطار اثبات مصلحتها القانونية في التدخل بالقول " أن مصلحتها مصلحة قانونية لأنها تظهر في دستورها وقانونها ولوائحها الداخلية والاتفاقيات الدولية التي عقدها " Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Application for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports ٢٠١١, p. ٣٤٨, para.٥٧



على الحدود بين طرفي القضية الا بقدر احترام المحكمة لحقوق الدول الثالثة المعبر عنها في هذه الاتفاقيات. كما أن الحكم الصادر في القضية لا تأثير له على هذه الاتفاقيات ومثال ذلك اتفاقية الحدود المعقودة بين كولومبيا وبنما ١٩٧٦م في قضية (كوستاريكا ضد نيكاراغوا) ٢٠١٨م السابق الإشارة إليها.

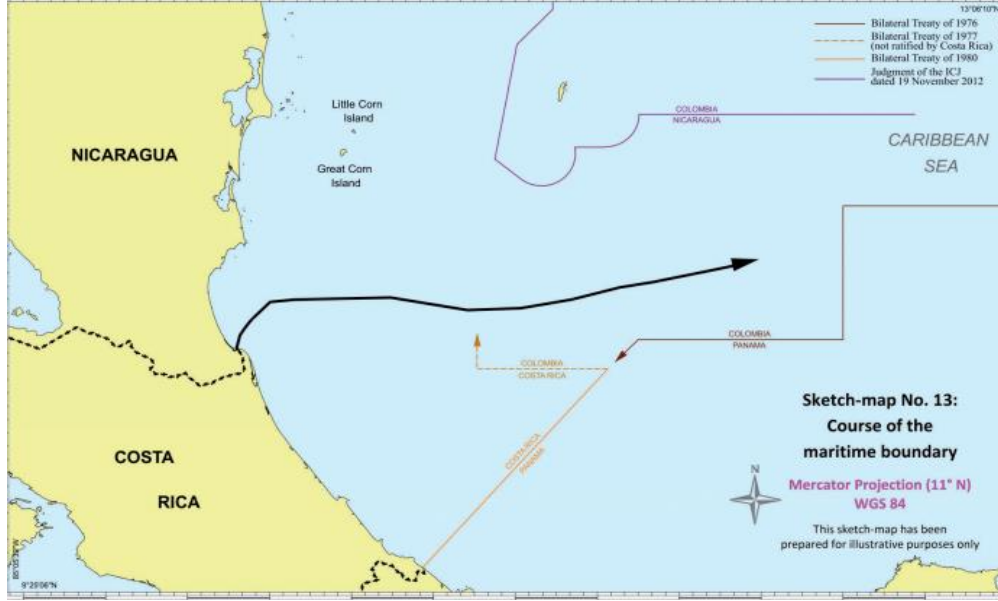
(٣) إذا كان أحد طرفي القضية المعروضة على المحكمة طرفا في اتفاقية تعيين للحدود مع دولة ثالثة، فإن هذه الاتفاقية تحدد نطاق ادعاءات ذلك الطرف مما قد يسهم في تحديد المنطقة ذات العلاقة. ومثالها الاتفاقيات التي عقدها كولومبيا مع كل من بنما وكوستاريكا حيث أشارت لها المحكمة في قضية (نيكاراجوا ضد كولومبيا) ٢٠١٢م بقولها " ولما كانت كولومبيا ليس لها أسانيد محتملة الى جنوب وشرق الحدود التي اتفقت عليها مع كوستاريكا وبنما. المنطقة ذات العلاقة لا يمكن أن تمتد الى أبعد من هذه الحدود." الا أنها لا تحدد ادعاءات الطرف الآخر كما هو الحال بالنسبة لادعاءات رومانيا في مواجهة خط الحدود بين تركيا واورانيا في قضية تعيين الحدود البحرية في البحر الأسود ٢٠٠٩م حيث حددت المنطقة ذات العلاقة تحديد تقريبا. وإذا حل الطرف في القضية محل الدولة الطرف الآخر بموجب حكم قضائي تفقد اتفاقية تعيين الحدود مع الدولة الثالثة وجودها القانوني، ولا يعود لها أثر في تحديد المنطقة ذات العلاقة كما هو الأمر بشأن اتفاقية ١٩٧٧م بين كوستاريكا وكولومبيا . كما أن الحكم القضائي الصادر في هذه الحالة لا يؤثر على هذه الاتفاقيات الا بقدر تأثيره على جانب الحدود للدولة الطرف في كل من الاتفاقية والقضية المعروضة على المحكمة. أما الجانب الآخر من خط الحدود الوارد في الاتفاقية والذي يعود الى الدولة الثالثة فلا أثر للحكم القضائي عليه بشكل مباشر، الا أنه قد يؤثر عليه بشكل غير مباشر، كما هو الحال بالنسبة لتغيير تبعية المجال البحري الذي كان يعود لكولومبيا بموجب اتفاقها مع كوستاريكا فأصبح يعود لنيكاراجوا بعد الحكم. لكن الحكم القضائي لم يترتب عليه المساس بحقوق كوستاريكا بموجب اتفاقية ١٩٧٧م مع كولومبيا، بل على العكس استفادت كوستاريكا من الغاء تلك الاتفاقية لأن مركزها الجغرافي تجاه ساحل نيكاراغوا أفضل من مركزها الجغرافي تجاه الجزر الكولومبية. وهذا ما تأكد في حكم محكمة العدل الدولية في قضية (كوستاريكا ضد نيكاراغوا) ٢٠١٨م. (انظر الشكل رقم (٨) لخط الحدود في البحر الكاريبي بين كوستاريكا ونيكاراجوا وفقا لحكم محكمة العدل الدولية في ٢٠١٨/٢/٢٠م.)

١ تبقى مسألة جانبية وهي أنه اذا تجاهل الحكم القضائي الاتفاقيات التي عقدها أحد طرفي القضية مع دولة ثالثة، على أساس أن هذه الاتفاقيات لا تلزم الطرف الآخر، كما ذكرت محكمة العدل الدولية في قضية (كوستاريكا ضد نيكاراغوا) ٢٠١٨م الذي أشرنا اليه فيما سبق، فقد يترتب على ذلك إشكالية التعارض بين التزام الدولة الطرف في القضية بحكم المحكمة والتزامها باتفاقيات تعيين الحدود مع الدولة الثالثة، خصوصا وأن اتفاقيات الحدود مستثناة من حالة انقضاء المعاهدات دون إرادة أطرافها بسبب التغيير الجوهرى للظروف وفقا لنص المادة (٦٢) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩م، وعليه لا تستطيع الدولة الدفع بانقضاء اتفاقية الحدود السابقة بناء على الحكم القضائي. انظر Xu, Qi

. Third States in International Maritime Boundary Delimitation .op cit.p.١٠٣ .

وانظر بشأن امكانية اتمام اتفاقيات الحدود البحرية للتغير الجوهرى في الظروف دون اتفاقيات الحدود البرية. " Termination of Maritime Boundaries Due to a Fundamental Change of Circumstances" Utrecht Journal of International and European Law.vol.٣٢,issue:٨٣,٢٠١٦,p.٩٤ etc

٢ Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports ٢٠١٨, p.٢٠٤



رسم توضيحي ٢ الشكل رقم ٨

ومما تجدر ملاحظته أن اتفاقية تعيين الحدود بين كولومبيا وكوستاريكا ١٩٧٧م ويطلق عليها (Facio-Fernández Treaty) لم تتم المصادقة عليها من طرف كوستاريكا. ولم تطالب كوستاريكا بحقوقها السيادية على أساسها عند تقديم طلبها للتدخل في قضية نيكاراغوا ضد كولومبيا سنة ٢٠١١م .<sup>١</sup>

(٤) قد تُثار اتفاقيات تعيين الحدود أمام القضاء الدولي باعتبارها من سلوك الأطراف ذي العلاقة بتعيين الحدود. كأن يطلب أحد طرفي القضية أخذ اتفاقية عقدها الطرف الآخر مع دولة ثالثة بعين الاعتبار في عمليات تعيين الحدود بين الطرفين. أو باعتبارها سوابق للتحديد في المنطقة، كما لو اعتمد أحد الأطراف على اتفاقيات تعيين الحدود في المنطقة الإقليمية لدعم ما يراه بشأن طريقة تعيين الحدود في القضية المعروضة على المحكمة. وفي كلا الحالتين لم تقر محكمة العدل الدولية أثرا لاتفاقيات تعيين الحدود.

ففي قضية تعيين الحدود البحرية في المنطقة بين جرينلاند وجان ماين (الدانمارك ضد النرويج) ١٩٩٣م أثارت الدانمارك اتفاقيتي ١٩٨٠م و ١٩٨١م بين النرويج وأيسلندا، حيث تنص اتفاقية ١٩٨١م على امتداد المنطقة الاقتصادية لأيسلندا مسافة ٢٠٠ ميلا بحريا في مواجهة جزيرة جان ماين رغم أن المسافة بين الجزيرة وأيسلندا تقل عن ٤٠٠ ميلا بحريا، وعلى ذلك طالبت الدانمارك بمساواتها في المعاملة مع أيسلندا في مواجهة جزيرة جان ماين. إلا أن المحكمة رفضت هذا الطلب بقولها " ... في سياق العلاقات التي تحكمها اتفاقيات، يكون دائما للأطراف المعنية تقرير شروط موازنة علاقاتهم المتبادلة بالاتفاق [فيما بينهم]. لا يحدد القانون الدولي، للوصول الى حل منصف، ما إذا كان ينبغي تبني طريقة واحدة لتعيين حدود المجالات البحرية على جميع جوانب الجزيرة أو لكل الواجهة الساحلية للدولة، أو اتباع نظم مختلفة لتعيين الحدود للأجزاء المختلفة للساحل إذا كان ذلك مرغوبا. لذلك في كثير من الحالات سلوك الأطراف لا

<sup>١</sup> Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Application for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports ٢٠١١, p. ٣٤٨, paras. ٥٦, ٦٥



تأثير له على مثل هذا التعيين للحدود." وهذا يقلل من أهمية اعتبار اتفاقيات تعيين الحدود في المنطقة سوابق قانونية ينبغي تكرارها.

وفي قضية تعيين الحدود البحرية في البحر الأسود (رومانيا ضد اكرانيا) ٢٠٠٩م ادعت رومانيا أن طبيعة البحر الأسود كبحر مغلق واتفاقيات تعيين الحدود السابقة التي تمت بين الدول المطلة عليه يجب اعتبارها ظرفا ذا علاقة بعملية تعيين الحدود بين الطرفين، وأضافت أن " أي تعيين جديد للحدود بين الدول الأخرى المشاطئة له يجب ألا يتعد بشكل كبير عن المنهج المستخدم سابقا في نفس البحر لئلا ينتج عن ذلك حل غير منصف". وردت المحكمة على ذلك بالقول " تُذكر المحكمة بأنها أعلنت سابقا (الفقرة ١١٦)، عندما حددت باختصار منهجية تعيين الحدود، أنها سوف تقيم خط أبعاد متساوية مؤقت. [و] هذا الاختيار لم تمله حقيقة أن جميع اتفاقيات تعيين الحدود في البحر الأسود استعملت هذه الطريقة". وقد اعتمدت المحكمة في<sup>٢</sup> (الفقرة ١١٦ من حكمها) على السوابق القضائية للمحكمة، وتدرجها للوصول الى منهجية المراحل الثلاث التي أشرنا لها سابقا<sup>٤</sup>.

#### ثانيا: : اتفاقيات تعيين الحدود في شرق المتوسط.

الاتجاه العام في الممارسات الدولية بشأن اتفاقيات تعيين الحدود البحرية أن تحتاط الدول الأطراف بشأن حقوق الدول الأخرى المجاورة عند تعيين نقطة بداية ونهاية خط الحدود. إلا أن اتفاقيات تعيين الحدود البحرية في شرق المتوسط، وخصوصا الاتفاقية الليبية التركية، والاتفاقية المصرية اليونانية، سارت عكس هذا الاتجاه تماما، حيث عُقدت هاتان الاتفاقيتان في ظروف سياسية متوترة جعلت مواقف أطرافها في شكل فريقين متنافسين (ليبيا وتركيا من جهة، واليونان ومصر من جهة أخرى). الأمر الذي يزيد من تعقيد أي تعيين مستقبلي للحدود البحرية الليبية مع مصر أو مع اليونان.

وقد أشرنا في المطلب الأول الى أن اتفاقيتي تعيين الحدود البحرية بين ليبيا وتركيا، وبين اليونان ومصر أنتجتا خطوطا متضاربة للحدود، وكرست ادعاءات متنازعة بين ليبيا وكل من اليونان ومصر على منطقة بحرية تمتد من خط الطول (٢٦،١٩ شرقا) في الشرق حيث نقطة بداية خط الحدود بين ليبيا وتركيا، الى خط الطول (١٨،٢٠ شرقا) آخر نقاط خط الحدود اليونانية الإيطالية في الغرب. وخلقت وضعا غاية في التعقيد، مما يصعب على ليبيا تعيين حدودها البحرية مع مصر أو مع اليونان في ظل سريان الاتفاقيتين معا. ومما تجدر ملاحظته أن الاتفاقيتين تنصان على ضرورة

<sup>١</sup> Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports ١٩٩٣, . p. ٣٨ .para..٨٦

<sup>٢</sup> Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine) Judgment, I.C.J. Reports ٢٠٠٩, p. ٦١, para. ١٦٩ Ibid. para. ١٧٤

<sup>٤</sup> انظر المطلب الأول. وستتناول هذا الموضوع بالتفصيل في الجزء الثاني من هذه الدراسة.

<sup>٥</sup> Walid Fahmy. The conundrum of delimitation of maritime boundaries in the Eastern Mediterranean: The Greece-Egypt agreement in the face of Turkey-Libya agreement. Available online at <https://ejournals.lib.ath.gr/projustitia>





التشاور بين طرفي كل اتفاقية قبل تعيين الحدود مع دولة ثالثة كما أشرنا الى ذلك في المطلب الأول، الأمر الذي يربط موقف كل دولتين ببعضهما في مواجهة أي دولة ثالثة.

وإذا عُرض مثلاً النزاع بين ليبيا ومصر لتسويته قضائياً، فعلى الرغم من عدم الزامية الاتفاقية المصرية اليونانية لليبيا، فإن المنطقة ذات العلاقة بالتحديد سوف تكون محصورة شمالاً بخط الحدود المصري اليوناني لتجنب الاضرار بالمصالح اليونانية التي كرستها الاتفاقية بين مصر واليونان. وإذا تم تعيين خط الحدود الليبي المصري وفقاً لخط الابعاد المتساوية فسوف تحل ليبيا محل مصر ابتداءً من النقطة (d) في خط الحدود المصري اليوناني باتجاه الغرب، وشمال خط الحدود المصري اليوناني حتى النقطة (B) من خط الحدود الليبي التركي.

وإذا عرض النزاع بين ليبيا واليونان لتسويته قضائياً، فنظراً لعدم الزامية الاتفاقية المصرية اليونانية لليبيا، فإن اليونان لا تستطيع الادعاء بحقوق على المنطقة جنوب خط حدودها مع مصر بالنسبة للمنطقة الواقعة الى الغرب من النقطة (d) من خط حدودها مع مصر. كما أن المحكمة في هذه الحالة سوف تقصر منطقة النزاع على المنطقة البحرية الواقعة غربي خط الحدود الليبية التركية بموجب اتفاقية ٢٠١٩م، وشمال خط الحدود اليونانية المصرية بموجب الاتفاقية اليونانية المصرية ٢٠٢٠م، وشرق خط الحدود اليونانية الإيطالية بموجب اتفاقيتي ١٩٧٧م و٢٠٢٠م بين الدولتين.

ويرى البعض<sup>١</sup> أنه في حالة تسوية الخلاف التركي اليوناني قضائياً فإن اتفاقية ٢٠١٩م بين ليبيا وتركيا لا تقيد محكمة العدل الدولية، بمعنى أنه للمحكمة تجاوز الأساسيد الليبية بموجب الاتفاقية الليبية التركية ٢٠١٩م عند تعيين الحد بين تركيا واليونان. وهذا الرأي بالتأكيد هو قراءة خاطئة للسوابق القضائية لمحكمة العدل الدولية. فحتى لو أُدخلت المنطقة البحرية التي تتداخل فيها أساسيد الدولة الليبية مع الأساسيد اليونانية ضمن المنطقة ذات العلاقة بتعيين الحدود فإن خط الحدود وفقاً لحكم المحكمة لا يمكن أن يتجاوز الجانب الليبي من خط الحدود الوارد في الاتفاقية الليبية التركية ٢٠١٩م؛ فقد ذكرت محكمة العدل الدولية صراحة في قضية البحر الأسود (رومانيا ضد أوكرانيا) أنه " عندما يتم ادخال المناطق لغرض وحيد هو التحديد التقريبي للأسانيد المتداخلة لأطراف القضية، والتي ربما تشكل المنطقة ذات العلاقة (التي تلعب دوراً في المرحلة النهائية لاختبار عدم التناسب في المجرى العادي للأمر) لا يمكن أن تتأثر أساسيد الطرف الثالث. أساسيد الطرف الثالث سوف تكون لها علاقة فقط إذا أثر فيها تعيين الحدود بين رومانيا وأكرانيا" وأضافت " في ضوء هذه الاعتبارات، وبدون الاضرار بالموقف القانوني لأي دولة ثالثة فيما يتعلق بأسانيدها في هذه المنطقة، وجدت المحكمة من المناسب في ظروف هذه القضية ادخال المثلثين الجنوبي الغربي والجنوبي الشرقي في حساب المنطقة ذات العلاقة".<sup>٢</sup>

٢

<sup>١</sup> انظر. Schaller, Christian.op cit.p.٥٦٦

<sup>٢</sup> Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine) Judgment, I.C.J. Reports ٢٠٠٩,op .٢ ..cit.para,١١٤





وعلى ذلك أي محكمة قضائية أو تحكيمية، إذا عُرض عليها النزاع التركي اليوناني للتسوية القضائية ستأخذ في اعتبارها الحقوق السيادية الليبية. حيث تتخذ المحاكم الدولية وفقا للاتجاه السائد خطوات لحماية المصالح القانونية للدول الثالثة منها رسم خط تعيين الحدود دون تحديد نقطة النهاية<sup>١</sup>

وبالنسبة للاتفاقية اليونانية الإيطالية ٢٠٢٠ م ومن قبلها الاتفاقية بين الدولتين بشأن الجرف القاري ١٩٧٧ م، فإن أثرها على أي تعيين للحدود بين هاتين الدولتين وليبيا يتوقف على عاملين الأول الموقف المالطي من هذه الاتفاقية، ومن ادعاء إيطاليا بحقوق سيادية جنوب غرب النقطة السادسة عشر من الاتفاقيتين. والثاني اختيار نقاط الأساس، والظروف ذات العلاقة لتعيين خط الحدود الإيطالية مع ليبيا<sup>٢</sup>. وكما أشرنا في المطلب الأول فإن نص المادة (١/٣) من اتفاقية تعيين حدود الجرف القاري اليونانية الإيطالية لسنة ١٩٧٧ م تُعد تصرفا انفراديا، وفقا لرأي البعض<sup>٤</sup>، حيث تنص على تمديد خط الحدود بعد النقطة (١٦) جنوبا الى نقاط التقائه بمناطق الجرف القاري للدول المجاورة بدون الاشارة لأي اتفاق مع هذه الدول. لأن تحديد نقطة الحد الثلاثية تقتضي مشاركة الدولة الثالثة أو موافقتها.

ويمكن تلخيص دور اتفاقيات تعيين الحدود في شرق المتوسط في تعيين حدود المجالات البحرية الليبية في أنها تحدد منطقة النزاع بين الدولة الليبية وأي من الدول الأخرى المقابلة أو المجاورة للسواحل الليبية. وهذا الدور تكتسبه اتفاقيات تعيين الحدود ليس من مركزها القانوني تجاه الدولة الليبية (ما عدا الاتفاقية الليبية التركية) وإنما من خلال المركز القانوني لحقوق الدولة الثالثة في أي قضية تعيين للحدود. وحتى لو أدخلت المنطقة البحرية التي تعود للدولة الليبية بموجب الاتفاقية الليبية التركية ٢٠١٩ م في منطقة النزاع تبقى الحقوق الليبية على هذه المنطقة محمية من أي خط للحدود قضائي أو تحكيمي تقررته المحكمة في قضية ليبيا ليست طرفا فيها. وقس على ذلك كل الدول الأخرى في المنطقة (مصر، اليونان، تركيا، إيطاليا).

وبخصوص مشروعية اتفاقيات تعيين الحدود إذا ما ادعت إحدى الدول المجاورة أنها تنتهك حقوقها السيادية، فإن القاعدة في القانون الدولي أن الاتفاقيات لا تلزم الا أطرافها، وهي كما أشرنا سابقا تعد عملا قد يعرض التوصل لاتفاق نهائي لتعيين الحدود بين الدول المعارضة عليها والدول الأطراف فيها للخطر ويعيقه. وهي إن صح ذلك مخالفة للفقرة (٣) من المادتين المتطابقتين (٧٤) و (٨٣) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ١٩٨٢ م. ولأن هذه القاعدة ليست من القواعد الآمرة فلا يترتب على مخالفتها بطلان هذه الاتفاقيات، فهي صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية فيما بين الدول الأطراف. هذا بالإضافة الى أن السوابق القضائية تميل الى تجنب الحكم ببطلان اتفاقيات تعيين الحدود<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> P.PASTAVRIDIS, Efthymios.op cit. P.٣٣.

<sup>٢</sup> ادعت إيطاليا في مرافعاتها عند طلبها التدخل في قضية ليبيا مالطا ١٩٨٥ م أن لها حقوقا جنوب النقطة (١٦) من خط الحدود مع اليونان بموجب اتفاقية ١٩٧٧ م بين الدولتين. والاتفاقية نفسها أشارت الى إمكانية مد خط الحدود جنوبا. أنظر faraj ahnish.the international law of maritime boundaries and the practice of states in mediterranean sea.op cit.p.٣٤٢

<sup>٣</sup> .ibid. P.٣٤١-٣٤٤.

<sup>٤</sup> .Qi,Xu.op cit.p.١١٧.

<sup>٥</sup> Alvarez-Jimenez Alberto."Boundary Agreements in the International Court's Case Law,٢٠٠٠-٢٠١٠, The " °.European Journal of International Law Vol. ٢٣ no. ٢,٢٠١٢,pp.٥١٢,٥١٣



## الفقرة الثانية: دور التشريعات الوطنية والأعمال المادية.

التشريعات الوطنية المتعلقة بتحديد المجالات البحرية، أو المتعلقة بمنح امتيازات أو تراخيص استكشاف واستغلال الثروات الطبيعية، أو ممارسة حقوق الولاية الأخرى على منطقة النزاع، وكذلك الأعمال المادية كدوريات الرقابة البحرية واناذا القانون، كل هذه الممارسات كقاعدة العامة هي أعمال انفرادية من طرف واحد لا حجبية لها في مواجهة الدول الأخرى . الا أنها قد تُنتج أثرا قانونيا من ناحيتين؛ فقد تُعد ضمن سلوك الدول الأطراف السابق للنزاع وبالتالي تؤثر في عملية تعيين الحدود من هذه الناحية، كما أنها قد تُعتبر من ضمن الترتيبات العملية المؤقتة الى حين التوصل الى الحل النهائي وبالتالي توفر الغطاء القانوني الى حين التوصل الى الاتفاق النهائي أو ما يقوم مقامه . وهذا ما نتناوله في هذه الفقرة في البند أولا. ثم نتناول التشريعات الوطنية والأعمال المادية لدول شرق المتوسط ذات العلاقة بالمجالات البحرية الليبية في البند ثانيا.

### أولا: التشريعات الوطنية والأعمال المادية ضمن السلوك السابق للأطراف.

قُدمت في العديد من القضايا أمام المحاكم الدولية ادعاءات متعلقة بالتشريعات الوطنية والأعمال المادية باعتبارها تمثل سلوكا سابقا لأطراف النزاع يجب أخذه في الاعتبار كأحد العوامل المؤثرة في تعيين الحدود. وهي بهذه الصفة إما أن تكون مبنية على أساس أن سلوك الأطراف يتضمن دليلا على وجود اتفاق ضمني على الحدود أو حد واقعي بين الطرفين. وإما على أساس أن السلوك السابق للأطراف يمثل ظرفا ذا علاقة بتعيين الحدود.

#### ١/ السلوك السابق باعتباره اتفاقا ضمنيا.

يتم عادة تقييم الادعاء بوجود حد بحري متفق عليه ضمنيا بين الطرفين من خلال تعاملهما السابق بما يشمل التشريعات الوطنية والأنشطة المادية لأطراف النزاع في كل قضية على حدة. لأن الاتفاق الضمني اتفاق غير شكلي يُستدل عليه من خلال ملابسات الواقع. الا أن ذلك لم يمنع وجود شروط موضوعية لسلوك الأطراف المنتج للاتفاق الضمني، تكررت الإشارة إليها في أحكام محكمة العدل الدولية نعرضها من خلال قضية تعيين الحدود البحرية في المحيط الهندي (الصومال ضد كينيا) ٢٠٢١م. حيث ادعت كينيا في هذه القضية أن الصومال قبلت بعدم ردها على ما ادعته كينيا في الاعلانين الرئيسيين سنتي ١٩٧٩م و٢٠٠٥م، بأن الحد البحري بين الدولتين يتبع خط العرض عند نقطة الحدود البرية بين الدولتين، ولذلك هذا الخط هو الحد البحري المتفق عليه بينهما. فمن وجهة نظر كينيا يكون الرد مطلوباً عندما يصدر اعلان، صريح ورسمي ومعهم من خلال الإجراءات الرسمية للأمم المتحدة، عن موقف

١ انظر حكم محكمة العدل الدولية قضية المصائد النرويجية ١٩٥١م حيث تقول " تعيين حدود المناطق البحرية له دائما جانب دولي؛ فلا يمكن أن يعتمد على مجرد ارادة الدولة الساحلية كما عبرت عنها في قانونها الداخلي. وعلى الرغم من التشريع بشأن تعيين الحدود هو بالضرورة عمل انفرادي، لأن الدولة الساحلية فقط هي صاحبة الاختصاص بإصداره، الا أن نفاذ تعيين الحدود في مواجهة الدول الأخرى يعتمد على القانون الدولي " Fisheries case, Judgment of December ١٣٢, ١٤٤p, ١١٦-١١٧, I.C.J. Reports ١٩٥١, p. ١٨٥I.

٢ انظر حكم محكمة العدل الدولية في قضية الحدود البرية والبحرية بين نيكاراغوا وهندوراس ٢٠٠٧م حيث تقول إن الخط الواقعي " ربما في ظروف معينة يعادل وجود حد قانوني متفق عليه، أو ربما يكون أكثر منه ميلا الى طبيعة الخط المؤقت، أو خط من أجل غرض خاص ومحدد مثل المشاركة في الثروات النادرة. " Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Para. ٢٥٣ Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 659.

ونكتفي بما أوردناه سابقا بشأن الترتيبات العملية المؤقتة مع الإشارة الى ذلك عند تناول التشريعات الوطنية والأعمال المادية لدول شرق المتوسط في البند ثانيا.



دولة من الدول الساحلية الملاصقة يتعلق بتعيين الحدود البحرية. وأن عدم الاعتراض في مثل هذه الظروف يشكل قبولاً بموجب القانون الدولي. وأضافت كينيا أن الصومال استمرت في ممارسة دور نشط في العلاقات الدولية خلال الحرب الأهلية، وكانت ممثلة في الأمم المتحدة طوال هذه الفترة ولها حكومة معترف بها دولياً منذ سنة ٢٠٠٠م، وبالتالي هي في موقف يمكنها فيه الاعتراض على ادعاء كينيا.<sup>١</sup> بالإضافة إلى ذلك أشارت كينيا إلى دليل إضافي يتعلق بالأشكال المادية للسلوك السابق للطرفين بين سنتي ١٩٧٩-٢٠١٤م التي تؤكد من وجهة نظر كينيا قبول الصومال لخط العرض كحد بحري بين الدولتين. حيث أكدت كينيا أن نشاط دورياتها البحرية وعمليات توقيف السفن التي مارستها، ومنصات استكشاف النفط كلها تتفق مع الادعاء الكيني. وأن سلوكها هذا كان يستدعي ردة فعل من الصومال إذا كانت تعتقد أن كينيا اعتدت على مناطقها البحرية.<sup>٢</sup>

وردت الصومال من جهتها بأن تعيين الحدود لا يكون بعمل انفرادي، بل يجب أن يتم بالاتفاق. وإن كانت تقر بأن الحدود البحرية يمكن أن تنشأ باتفاق غير مكتوب، إلا أن مجرد عدم الاعتراض على إعلان بادعاء معين لا يرقى تلقائياً إلى قبول بهذا الادعاء.<sup>٣</sup> وأضافت الصومال أنه من غير الواقعي والمعقول أن نتوقع من دولة كانت دمرتها الحرب الأهلية وليس لها حكومة عاملة أن تقدم اعتراضات دبلوماسية رسمية ضد مطالبات تدعي خطأ حدودياً.<sup>٤</sup>

وفيما يتعلق بالأشكال المادية لسلوك الأطراف الذي أشارت إليه كينيا، احتجت الصومال بأن الفعالية البحرية لا يمكن إثارتها لدعم وجود حد بحري، كما أن ممارسة كينيا لسلطاتها المزعومة في المنطقة المتنازع عليها كانت على أي حال متقطعة وحديثة، وتمت في وقت لم تكن بالصومال حكومة قادرة على ممارسة رقابة فعالة على مثل هذه النشاطات.<sup>٥</sup>

وقد ردت المحكمة على دفع وردود الجانبين بتأكيدهما على عدم إمكانية انشاء الحدود البحرية من طرف واحد، وأنه من الضروري أن يتم ذلك بالاتفاق.<sup>٦</sup> وأن "الاتفاق الذي ينشئ حداً بحرياً يكون عادة في شكل مكتوب، إلا أن المحكمة تعتبر أن [مصطلح] "الاتفاق" المشار إليه في المادة (١٥) والمادة (٧٤) فقرة ١ والمادة (٨٣) فقرة (١) من اتفاقية [الأمم المتحدة لقانون البحار] يمكن أن يتخذ أشكالاً أخرى.<sup>٧</sup>"

وحددت المحكمة بالاعتماد على أحكامها السابقة مفهوم القبول السلي *acquiescence* وشروطه بقولها "القبول السلي يوازي الاعتراف الضمني، [و] يظهر في شكل سلوك انفرادي يفسره الطرف الآخر على أنه موافقة" و"إذا كانت الظروف تقتضي أن يتطلب سلوك الدولة الأخرى رداً ضمن فترة زمنية معقولة، فإن عدم الرد يمكن أن يرقى

١ . ٢٠٢١، p. ٢٠٦ . Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Judgment, I.C.J. Reports ٢٠٢١، p. ٣٧،٣٨ .

٢ . Ibid. para. ٤٣

٣ . Ibid. para. ٤٤

٤ . Ibid. para. ٤٦

٥ . Ibid. para. ٤٧

٦ . Ibid. para. ٤٩

٧ . Ibid. para. ٥٠



الى القبول" و" لتحديد ما إذا كان سلوك دولة ما يتطلب ردا من دولة أخرى من المهم تقدير ما إذا كانت تلك الدولة قد حافظت باستمرار على ذلك السلوك، كما أن الزمن يشكّل عاملا مهما في تقييم عدم الرد".<sup>١</sup>

واستنتجت المحكمة من السوابق القضائية لمحكمة العدل الدولية أن المحكمة أقامت عتبة عالية لإثبات الحد البحري بواسطة القبول السليبي، وأكدت على أنه " لما كان انشاء حد بحري دائم أمرا ذا أهمية خطيرة" فإن " الدليل على الاتفاق القانوني الضمني يجب أن يكون مقنعا" ولهذا القبول السليبي " يفترض مسبقا موافقة واضحة ومتسقة".<sup>٢</sup>

وعلى هذ الأساس استخدمت المحكمة في هذه القضية المعيار الذي حددته السوابق القضائية لمحكمة العدل الدولية لتقييم السلوك السابق للأطراف وتحديد ما إذا كان هناك دليل مقنع على أن ادعاء كينيا بوجود حد بحري طبقا لخط العرض قد تمت المحافظة عليه بشكل مستمر، وبالتالي استدعى استجابة من الصومال، وبعد ذلك ما إذا كان هناك دليل مقنع على أن الصومال قبلت بشكل واضح ومتسق الحد الذي تدعيه كينيا.<sup>٣</sup>

وبعد فحص التشريعات الوطنية الكينية ومذكراتها الموجهة الى الأمين العام للأمم المتحدة خلصت المحكمة الى أنه " في ضوء ما سبق تستنتج المحكمة أن كينيا لم تحافظ بشكل متسق على ادعائها بأن خط العرض يشكل الحد البحري الوحيد مع الصومال" <sup>٤</sup>

ثم انتقلت المحكمة الى الشق الثاني من الادعاء الكيني المتعلق بالقبول السليبي acquiescence من قبل الصومال للادعاء الكيني، وبعد فحص ملاسبات الموقف الصومالي من ادعاء كينيا، مع الأخذ في الاعتبار ظروف الحرب الأهلية في الصومال، استنتجت المحكمة " ... أن سلوك الصومال بين سنتي ١٩٧٩ و ٢٠١٤ فيما يتعلق بحدودها البحرية مع كينيا، ... لا تؤسس قبولا واضحا متسقا من الصومال للحد البحري طبقا لخط العرض".<sup>٥</sup>

وفيما يتعلق بالدليل الإضافي الذي قدمته كينيا على قبول الصومال لخط العرض باعتباره حدا فعليا، من خلال نشاطات الطرفين مثل الدوريات البحرية، وعمليات توقيف السفن، وتراخيص المصائد، وأعمال البحث العلمي البحري، وامتيازات النفط، وغيرها من النشاطات في منطقة النزاع، أشارت المحكمة الى أهمية تاريخ تبلور النزاع بين الدولتين في أخذ مثل هذه النشاطات بعين الاعتبار حيث إن "الأعمال التي تمت بعد هذا التاريخ هي من حيث المبدأ لا علاقة لها بتعيين الحد البحري ولا يمكن أخذها في الاعتبار".<sup>٦</sup> وخلصت المحكمة الى أن نشاطات الطرفين في منطقة النزاع بين سنتي ١٩٧٩-٢٠١٤م لا تؤكد أن الصومال قبلت بشكل واضح ومتسق الحد البحري طبقا لخط العرض.<sup>٧</sup>

Ibid,para.٥١ <sup>١</sup>

Ibid,para.٥٢ <sup>٢</sup>

.Ibidum <sup>٣</sup>

Ibid,para.٧١ <sup>٤</sup>

Ibid,para.٨٠ <sup>٥</sup>

Ibid,para.٨٢ <sup>٦</sup>

Ibid,para.٨٨ <sup>٧</sup>



وبناء على ذلك قررت المحكمة " أنه لا يوجد دليل مقنع على أن الصومال قبلت بالحد البحري المدعى به من كينيا، وأنه بالتالي، لا يوجد حد بحري متفق عليه بين الطرفين... ولهذا الادعاء الكيني بهذا الخصوص مستوجب الرفض".<sup>١</sup>

• ومن خلال هذا العرض المفصل يتضح أنه بمفهوم المخالفة، السلوك السابق لأطراف النزاع يمكن أن يشكل خطأ للحدود متفقا عليه ضمينا بين الطرفين، إذا توافر معيار القبول الضمني أو السليبي *aquiescence* المتكون من ركنين أساسيين هما؛ وجود ادعاء أو مطالبة، من الدولة الأولى، بحد بحري تمت المحافظة عليه بشكل مستمر، وبالتالي استدعى استجابة من الدولة الأخرى ووجود دليل مقنع على أن هذه الدولة قبلت بشكل واضح ومتسق الحد الذي تدعيه الدولة الأولى.

## ٢: السلوك السابق لأطراف النزاع باعتباره طرفا ذا علاقة بتعيين الحدود.

تناولنا في البند السابق سلوك أطراف النزاع باعتباره دليلا على القبول الضمني أو السليبي وهو بهذه الصفة يشمل التشريعات والاعلانات الوطنية والأعمال المادية كما هو الحال في قضية الصومال ضد كينيا، وما نتناوله في هذا البند هو سلوك أطراف النزاع الذي يعتمد بالدرجة الأولى على الأعمال المادية ويدعى به باعتباره طرفا ذا علاقة بعملية تعيين الحدود، ويؤخذ بعين الاعتبار مع عوامل أخرى عند اختيار طريقة تعيين الحدود كما في قضية ليبيا تونس ١٩٨٢ م. أو لمنع تعديل خط الأبعاد المتساوية المؤقت كما هو الحال في قضية بربادوس ضد ترينداد وتوباغو ٢٠٠٦ م.

ففي قضية (تونس ضد ليبيا) ١٩٨٢ م اعتمدت محكمة العدل الدولية في تعيين خط الحد بين الطرفين، في مرحلته الأولى، على خط الحدود الذي اقترحت إيطاليا سنة ١٩١٤ م وأكدت فيما بعد تشريعيا سنتي ١٩١٩ و ١٩٣١ م، ولم تعترض عليه فرنسا الدولة الحامية لتونس في ذلك الوقت. والذي يقوم على أساس التعامد على الاتجاه العام للساحل بزاوية ٢٦ درجة على خط الطول عند نقطة الحدود البرية<sup>٢</sup>. وإن كانت المحكمة أسست اعتمادها على هذا الخط ابتداء على عدم معارضة فرنسا للإعلان والتشريعات الإيطالية، فإنها أضافت الى ذلك سلوك الطرفين قبل النزاع من خلال الامتيازات النفطية التي منحها كل منهما خلال الفترة من سنة ١٩٥٥ م الى تاريخ توقيع الاتفاق الخاص بعرض القضية على المحكمة، والتي تُظهر حسب المحكمة أن اختلاط ادعاءات الطرفين لم يحدث الا سنة ١٩٧٤ وما بعدها، وأن الامتيازات الممنوحة من الطرفين حتى ذلك الوقت احترمت الخط الواقعي بزاوية ٢٦ درجة على خط الطول عند نقطة الحدود البرية<sup>٣</sup>. وأوضحت المحكمة أساس الدور الذي منحت له هذا الخط الواقعي، بعيدا عن مفهوم القبول السليبي *aquiescence*، بقولها " ما ينبغي توضيحه هو أن المحكمة لا تؤسس هنا على اتفاق ضمني بين الطرفين، والذي هو غير ممكن في ضوء ادعاءاتهما...، كما أنها لا تتمسك بأنه لا يجوز لهما بفعل هذا السلوك التعبير عن ادعاءات لا تتفق معه بناء على... الاستويل".<sup>٤</sup> وأضافت أن الخط العمودي على الاتجاه العام للساحل لتعيين الحدود البحرية

<sup>١</sup> Ibid,para.٨٩

<sup>٢</sup> Evans,M.op cit.p.٢٥٨,etc

<sup>٣</sup> Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports ١٩٨٢, p. ١٨,para.١٣٣

<sup>٤</sup> Ibid,para.١١٧

<sup>٥</sup> Ibid,para.١١٨



جرى به التعامل الدولي، وبالتالي هو ليس خطأ اعتباريا. وأنه أصبح، بفعل تعامل الدولتين الايطالية والفرنسية المسؤولتين عن العلاقات الخارجية في ذلك الوقت لما يعرف الآن بتونس وليبيا، تسوية مؤقتة *modus vivendi* متعلقة بتعيين الولاية على المصائد معبر عنها بخط مرسوم من الحدود البرية بزاوية ٢٦ درجة على خط الطول تم احترامه واقعيًا. وبناء على ذلك اعتبرت المحكمة " أن التعامد على الساحل معيار ذو علاقة يجب أخذه في الاعتبار لاختيار خط تعيين الحدود لضمان حل منصف."<sup>٢</sup>

وفي قضية بربادوس ضد ترينداد وتوباغو ٢٠٠٦م ادعت بربادوس أنه لا يجوز لترينداد وتوباغو المطالبة بتعديل خط الأبعاد المتساوية المؤقت الى الشمال لأن ترينداد وتوباغو قبلت بشكل مستمر وثابت بممارسة بربادوس لنشاطات متصلة باستكشاف واستغلال النفط والغاز في المنطقة منذ سنة ١٩٧٨م وكانت هذه النشاطات بشكل خاص ممثلة في أعمال المسح الزلزالي ومنح الامتيازات النفطية ومراقبة المنطقة بدوريات حرس السواحل من قبل بربادوس، ولم تعترض على ذلك ترينداد وتوباغو حتى سنة ٢٠٠١م.<sup>٣</sup> وردت محكمة التحكيم على هذا الادعاء بالقول إنها " عند فحص سجل هذه القضية لم تجد نشاطات ذات أهمية قانونية حاسمة قامت بها بربادوس في المنطقة التي تطالب بها ترينداد وتوباغو شمال خط الأبعاد المتساوية. [عمليات] المسح الزلزالي غير المنتظمة، والامتيازات النفطية في المنطقة، ودوريات المراقبة البحرية، حتى وإن كانت ذات علاقة لا توفر دليلا كافيا لتقرير الاستويل، أو القبول السليبي *aquiescence* من جانب ترينداد وتوباغو".<sup>٤</sup> وقررت محكمة التحكيم أن " اصدار بربادوس تشريع سنة ١٩٧٨م ينص على أنه في حالة عدم وجود اتفاق مع الدول المجاورة يكون حد منطقتها الاقتصادية الخالصة خط الأبعاد المتساوية لا ينتج أي شكل من أشكال الاعتراف أو القبول من قبل الدول المجاورة بأن خط الأبعاد المتساوية هو الحد النهائي " .<sup>٥</sup> ولذلك قررت محكمة التحكيم أنها " لا تعتبر نشاطات أي من الطرفين، أو ردوده على نشاطات الطرف الآخر، بحد ذاتها، عاملا يجب أخذه في الاعتبار عند رسم خط تعيين الحدود المنصف".<sup>٦</sup>

• ومن خلال هتين القضيتين يمكننا ملاحظة أهمية السلوك السابق لطرفي النزاع باعتباره طرفا ذا علاقة بتعيين الحدود إذا كانت الأعمال المادية، ممثلة في نشاطات استكشاف ومنح الامتيازات النفطية ودوريات المراقبة البحرية، وسلوك الطرف الآخر تجاهها قد تبلورت في شكل يرقى الى القبول السليبي *aquiescence*.<sup>٧</sup> واستثناء من ذلك قضية ليبيا

Ibid. para. ١١٩<sup>١</sup>

Ibid. para. ١٢٠<sup>٢</sup>

<sup>٣</sup> Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them . Decision of ١١ April ٢٠٠٦, REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS. VOLUME XXVII pp. ١٤٧-٢٥١ , para. ٣٦١

Ibid. para. ٣٦٣<sup>٤</sup>

Ibid. para. ٣٦٥<sup>٥</sup>

Ibid. para. ٣٦٦<sup>٦</sup>

<sup>٧</sup> أشارت الى ذلك محكمة العدل الدولية في قضية (الكمرن ضد نيجيريا) ٢٠٠٢م بقولها " على الرغم من أن وجود اتفاق صريح أو ضمني بين الطرفين بخصوص تحديد موقع الامتيازات النفطية ربما يشير الى توافق على المناطق البحرية التي تعود لكل منها، فإن الامتيازات والآبار النفطية بحد ذاتها لا تعتبر ظروفًا ذات علاقة تبرر تعديل خط تعيين الحدود المؤقت. [و] يمكن فقط أخذها في الاعتبار إذا كانت مؤسسة على اتفاق صريح أو ضمني بين الطرفين. I. C. J. Reports. ٢٠٠٢, para. ٣٠٤.



تونس ١٩٨٢م اعتمدت المحكمة على خط الحدود الفعلي الذي جرى احترامه من الطرفين لفترة زمنية طويلة قبل النزاع، مع عدم امكانية التأسيس على اعتباره قبولاً سلبياً بالنظر لعدم الادعاء بذلك من كلا الطرفين<sup>١</sup>.

### ثانياً: التشريعات والأعمال المادية لدول المتوسط في مواجهة الدولة الليبية.

استعرضنا في المطلب الأول من هذه الدراسة ضمن المواقف القانونية للدول أطراف اتفاقيات تعيين الحدود البحرية في شرق المتوسط، تشريعاتها الوطنية ومواقفها في المؤتمرات الدولية ومراسلاتها الرسمية الى الأمين العام للأمم المتحدة. ونتناول في هذا البند دور هذه التصرفات المحتمل في تعيين حدود المجالات البحرية الليبية في ضوء سوابق المحاكم الدولية المشار إليها في البند السابق.

ولأن التشريعات الوطنية والأعمال المادية تُثار، كما أشرنا سابقاً، ضمن السلوك السابق لأطراف النزاع نتناولها في هذا البند بهذه الصفة، سواء باعتبارها اتفاقاً ضمناً، أو باعتبارها ظرفاً ذا علاقة.

ويُستبعد ادعاء وجود اتفاق ضمني من خلال السلوك السابق لدول المتوسط ( خصوصاً مصر واليونان) في منطقة النزاع بين ليبيا وهتين الدولتين، سواء من خلال التشريعات الوطنية المتعلقة بتعيين الحدود مباشرة مثل القرار الرئاسي المصري رقم (٥٩٥) لسنة ٢٠٢٢م، أو تلك المتعلقة بتعيين الحدود بشكل غير مباشر مثل التشريعات اليونانية المتعلقة بتعيين الحدود مع الدول المجاورة انفرادياً في حالة عدم تحديدها بالاتفاق؛ فبالنسبة للقرار الرئاسي المصري اعترضت عليه وزارة الخارجية الليبية، مما ينفي بشكل واضح إمكانية الاحتجاج بقبوله من طرف الدولة الليبية. كما أن اعلان اللجنة الشعبية العامة رقم (١٠٥) بشأن منطقة حماية الصيد لسنة ٢٠٠٥م يتعارض مع خط الحدود الذي تضمنه القرار الرئاسي المصري رقم (٥٩٥) لسنة ٢٠٢٢م، حيث يتجه خط حدود منطقة حماية الصيد الليبية شمال شرق الى النقطة (٥٠) على تقاطع خطي الطول والعرض (٢٦,٠١ شرقاً - ٣٢,٥٠ شمالاً). كما في الشكل رقم (٢) في المطلب الأول. فيما يتجه تُخط الحدود في القرار الرئاسي المصري عمودياً من منتصف خط اغلاق خليج السلوم متسامتاً على خط الطول (٢٥,٢٢ شرقاً) الى النقطة (٨). كما في الشكل (٧) في المطلب الأول.

وبالنسبة للتشريعات اليونانية، ينص القانون رقم (٢٢٨٩) لسنة ١٩٩٥م بشأن اكتشاف المواد الهيدروكربونية (النفط والغاز) في مادته (٢/١) والقانون المعدل له رقم (٤١٠٠) لسنة ٢٠١١م في مادته (١٥٦/٢) على أنه " في

<sup>١</sup> انتقد الفقيه تاناكا حكم المحكمة على أساس اعطائها وزناً مبالغاً فيه لسلوك الأطراف مما يستدعي ادخال فكرة الفعالية والاحتلال في قانون تعيين الحدود البحرية في حين أن حق الدولة الساحلية على الجرف القاري يثبت بحكم الواقع ومنذ البداية ولذلك لا تتناسب فكرة الفعالية مع السمة الأساسية للحقوق القانونية على الجرف القاري. انظر. Tanaka.Y.op cit. P.٢٩٠,٢٩١.

<sup>٢</sup> انظر رسالة وزارة الخارجية الليبية الى الأمين العام للأمم المتحدة مؤرخة في ١٣/٢/٢٠٢٣م ملحقة بالمذكرة الشفوية للجنة الليبية الدائمة لدى الأمم المتحدة (A/٧٤٢/٧٧) منشورة في موقع قسم شؤون المحيطات وقانون البحار

<https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/LBY.htm>

<sup>٣</sup> Law of the sea bulletin.op cit. No.٥٩,p.١٩-٢٤

<sup>٤</sup> الخريطة مرفقة برسالة وزارة الخارجية الليبية الى الأمين العام للأمم المتحدة المؤرخة في ١٣/٢/٢٠٢٣م. ومنشورة على موقع قسم شؤون المحيطات وقانون البحار. <https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/LBY.htm>

<sup>٥</sup> نص القرار الرئاسي المصري والخريطة المرفقة به منشورة على موقع قسم شؤون المحيطات وقانون البحار. <https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/EGY.htm>





حالة عدم وجود اتفاق لتعيين الحدود مع الدول المجاورة والتي تقابل أو تلاصق سواحل الجمهورية اليونانية يكون الحد الخارجي للجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة (عند إعلانها) خط الوسط الذي تكون كل نقطة منه على بعد متساو من أقرب النقاط على خطوط الأساس التي يقاس منها اتساع البحر الإقليمي للساحل القاري وساحل الجزر...<sup>١</sup> وقد سبق وأن أشرنا الى ما قرره محكمة التحكيم في قضية (بربادوس ضد ترينداد وتوباغو) ٢٠٠٦م بأن " اصدار... تشريع... ينص على أنه في حالة عدم وجود اتفاق مع الدول المجاورة يكون حد منطقتها الاقتصادية الخالصة خط الأبعاد المتساوية لا ينتج أي شكل من أشكال الاعتراف أو القبول من قبل الدول المجاورة بأن خط الأبعاد المتساوية هو الحد النهائي " .<sup>٢</sup>

ومن جهة أخرى من المستبعد تفسير هذا القانون على أنه يعتبر خط الوسط ترتيباً مؤقتاً الى حين التوصل الى اتفاق نهائي؛ لأن الترتيبات المؤقتة تحتاج الى اتفاق الطرفين كما سبقت الإشارة الى ذلك، ومع أن الاتفاق غير الشكلي يكفي لنفاذها، وقد يُفسر عدم الاعتراض عليها على أنه اتفاق ضمني، الا أن المذكرة الشفوية المقدمة من مندوب ليبيا الدائم في الأمم المتحدة الى الأمين العام بشأن الرد على الادعاءات اليونانية كافية لنفي أي اتفاق أو توافق بين الدولتين على ترتيبات متعلقة بتعيين الحدود أو إدارة النشاطات البحرية في منطقة النزاع الى حين الوصول الى التعيين النهائي الدائم للحدود بينهما.

وبالنسبة للتشريعات الإيطالية، المتمثلة في القانون رقم ٦١٣ لسنة ١٩٦٧م المتعلق بإنتاج النفط والغاز في البحر الإقليمي والجرف القاري، المعدل للقانون على رقم (٦) لسنة ١٩٥٧م، والذي تنص المادة الأولى منه على " أن الحد الخارجي للجرف القاري الإيطالي يحدد بواسطة الاتفاق مع الدول التي تقابل سواحلها سواحل الدولة الإيطالية والتي تشارك إيطاليا نفس الجرف القاري، وحتى دخول هذه الاتفاقيات حيز التنفيذ تُمنح تراخيص استكشاف النفط والغاز أو امتيازات إنتاج النفط والغاز في الجرف القاري الإيطالي فقط في الجانب الإيطالي من خط الوسط بين السواحل الإيطالية وسواحل الدول المقابلة " . وتكرر نفس النص في القانون الإيطالي رقم ٦١ لسنة ٢٠٠٦م بشأن اعلان منطقة الحماية البيئية وراء الحد الخارجي للبحر الإقليمي، فإن حكمها نفس حكم التشريعات اليونانية.

والتصرفات المادية سواء بمنح تراخيص التنقيب عن النفط والغاز، أو القيام بعمليات المسح الزلزالي، أو دوريات المراقبة البحرية، كلها تصرفات انفرادية من شأنها إعاقة التوصل الى اتفاق نهائي لتعيين الحدود. وهي لا ترتب

<sup>١</sup> نظر التشريعات اليونانية في موقع قسم شؤون المحيطات وقانون البحار. تمت زيارته بتاريخ ١٦/٤/٢٠٢٣

<https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/GREECE.htm>

<sup>٢</sup> Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them. Op cit.para.٣٦٥

<sup>٣</sup> Annex to the Letter dated ٢٦ December ٢٠١٩ from the Charge' d' affaires a iof Permanent Mission of Libya to the United Nations addressed to the Secretary-General (A/٧٤/٦٣٤)

منشورة على موقع قسم شؤون المحيطات وقانون البحار. تمت زيارته في ١٦/٤/٢٠٢٣م.

[www.un.org/Depts/Los/LEGISLATIONANDTREAIES/STATEFILES/ITA.htm](http://www.un.org/Depts/Los/LEGISLATIONANDTREAIES/STATEFILES/ITA.htm)

تمت زيارته في ١٦/٤/٢٠٢٣م.



آثاراً قانونية تجاه الدولة الليبية، لأنها في معظمها قريبة العهد حدثت بعد النزاع هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يتصور الادعاء بما باعتبارها دليلاً على اتفاق ضمني أو حد واقعي بين ليبيا واليونان أو أي دولة أخرى مجاورة.

#### الخلاصة: -

يمكننا من خلال ما سبق استنتاج الملاحظات التالية بشأن النظام القانوني لتصرفات الدول المتنازعة قبل تعيين

الحدود: -

- ١- القانون الدولي العرفي والاتفاقي لا يفرض على الدول عدم استغلال منطقة النزاع قبل تعيين الحدود، حيث تم رفض فكرة تجميد جميع النشاطات الى حين التوصل الى اتفاق، أو حل النزاع عن طريق طرف ثالث.
- ٢- المادتان (٧٤) فقرة (٣) و(٨٣) فقرة (٣)، برغم الخلاف على سمتهما العرفية، توفران الحد الأدنى من التزامات الدول المتنازعة، وتفرضان مضمون الالتزام العرفي العام بضبط النفس وعدم تصعيد النزاع. كما أن عدم اعماهما بدقة في القضايا التي عُرضت على المحاكم الدولية يعود في جزء منه، حسب رأبي، الى الرغبة في تجاوز ظروف ما قبل النزاع عند تسويته بصفة نهائية قضاءً أو تحكيماً.
- ٣- تأثير اتفاقيات تعيين الحدود والأعمال الانفرادية على تحديد المجالات البحرية بشكل عام محدود. فالاتفاقيات لا تلزم الا أطرافها كقاعدة عامة، والأعمال الانفرادية لا يجوز الاحتجاج بها في مواجهة الغير الا إذا بلغت درجة الاتفاق الضمني، والقضاء الدولي عادة يتشدد في شروط اثبات الاتفاق الضمني سواء من حيث شروط العمل الانفرادي الذي يستوجب الرد، أو من حيث شروط تفسير عدم الرد باعتباره قبولاً.

#### الخاتمة

تناولت هذه الدراسة أثر اتفاقيات الحدود البحرية والأعمال الانفرادية في شرق المتوسط على المجالات البحرية الليبية. وهي مصممة لدراسة جانب من اشكاليات قواعد القانون الدولي لتعيين الحدود البحرية يتعلق بالمرحلة الانتقالية بين نشؤ النزاع وتعيين الحدود بشكل نهائي.

ومن خلال هذه الدراسة يمكن الإشارة الى النتائج التالية: -

- ١- ساهمت عدة عوامل في تعقيد مسألة تعيين الحدود البحرية في شرق المتوسط، منها ما يعود الى الطبيعة الجغرافية للمنطقة، المتمثلة في محدودية المساحة، وانتشار الجزر، وكثرة الدول المشاطفة. ومنها ما يعود لإشكاليات سياسية في العلاقات بين هذه الدول متعلقة في جزء منها بخلافات مزمنة بين تركيا واليونان بشأن تعيين حدودهما البحرية. وآخرها اكتشافات الموارد الكربوهيدراتية (النفط والغاز) في الجرف القاري لهذه المنطقة، وحاجة دول الاتحاد الأوربي للبدليل عن الغاز الروسي. ومن جانب ليبيا تزامنت إثارة هذا الموضوع مع ظروف عدم الاستقرار السياسي في الدولة الليبية والتي من نتائجها التدخل الخارجي، ورغبة بعض الدول في تحقيق مصالحها على حساب حقوق الدولة الليبية على مجالاتها البحرية.



- ٢- ومع كل هذه الظروف، اتسم الموقف القانوني الليبي تجاه مسألة تعيين الحدود البحرية في شرق المتوسط بالمصادقية، والحرص على صون حقوق الدولة الليبية، والتمسك في نفس الوقت بعلاقات حسن الجوار مع دول المنطقة من خلال ابداء استعدادها لتسوية منازعاتها الحدودية بالوسائل السلمية بما فيها عرض النزاع على محكمة العدل الدولية. ورفض الأطراف الأخرى لهذا العرض يُضعف حجتها القانونية.
- ٣- أن عقد اتفاقيات تعيين الحدود ذات الصلة بالمجالات البحرية الليبية في شرق المتوسط، وما سبقها وصاحبها وتلاها من تصرفات انفرادية ليس من شأنه التأثير على حدود المجالات البحرية الليبية في هذه المنطقة باستثناء الاتفاقية الليبية التركية ٢٠١٩م التي حددت المطالبات الليبية تجاه تركيا بخط الحدود المتفق عليه بين البلدين.
- ٤- مرونة قواعد القانون الدولي للبحار المتعلقة بتعيين الحدود البحرية، والمتعلقة بالنظام القانوني للأعمال الانفرادية قبل تسوية النزاع، تجعل من الصعب الحكم ببطلان أو عدم مشروعية ما تعقده الدول من اتفاقيات ثنائية لتعيين الحدود، أو ما تصدره من تشريعات أو أعمال مادية بهذا الخصوص وفقا لقاعدة عامة قابلة للتطبيق على جميع قضايا منازعات الحدود البحرية. فسممة التفرد unique وعدم القابلية للتوقع هي السممة الغالبة على منازعات الحدود البحرية. ومشروعية الأعمال الانفرادية تبقى رهينة للعلاقات الخاصة بين أطراف كل نزاع على حدة، من حيث أثرها على إمكانية التوصل الى حل نهائي منصف. أو ترتيبها آثارا مادية، في منطقة النزاع، يصعب إصلاحها.



قائمة المراجع:

أولاً: الوثائق.

١ - وثائق الأمم المتحدة.

-yearbook of international law commission. 1951, vol.1

-Yearbook Of international law commission.1953, Vol. II .

-A/CONF.62/91 1979, Reports to the plenary Conference, NG7/45

-.Chairman NG7, Official Records of the UNCLOS III, vol. 12

- Law of the Sea. Bulletin No. 104.2021 United Nations New York.

-Law of the Sea. Bulletin No. 108. 2022.United Nations New York.

- Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations, volume 2238

٢ - الأحكام القضائية والتحكيمية الدولية.

- Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria (CAMEROON V. NIGERIA: EQUATORIAL GUINEA INTERVENING) ICJ. Reports.2002.

-Maritime Dispute (Peru v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports. 2014.

- Case concerning the continental shelf. Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya. ICJ Reports. 1982

- Maritime delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v.Norway,(ICJ Reports. 1993

- MARITIME DELIMITATION IN THE BLACK SEA (ROMANIA v. UKRAINE) judgment. ICJ Reports. 2009



- Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment of 14 March 2012, [2012] ITLOS Rep.
- Arbitration between Guyana and Suriname (Annex VII Tribunal)  
(2007) XXX RIAA 1
- Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean  
(Ghana/Côte d'Ivoire), Judgment, ITLOS Reports 2017
- Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2018
- Territorial and maritime dispute (Nicaragua v. Colombia) 2012. I.  
C. J. repotes.2012(ii).
- Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2018
- Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia),  
Application for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 2011
- Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia),  
Application for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 2011
- Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan  
Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993
- Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya),  
Judgment, I.C.J. Reports 2021
- Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them. Decision of 11 April 2006. REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS. VOLUME XXVII



ثانياً: الكتب.

- Faraj A.Ahnish. The International law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean Sea. Oxford . Clarendon press.1993

- Cottier, Thomas. Equitable Principles of Maritime Boundary Delimitation. Cambridge. Cambridge University Press.1 ed.2015

- Tanaka, Yoshifumi. Predictability and Flexibility in the law of Maritime delimitation. Oxford. Hart Publishing. 2ed. 2019

- Logchem, yourivan .the rights and obligations of states in disputed maritime areas. Cambridge. Cambridge university Press. 1ed. 2021

- Tanaka, Yoshifumi . The International Law of the Sea. Third edition. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2019.

- Nicholas A. Ioannides. Maritime Claims and Boundary Delimitation. Tensions and Trends in the Eastern Mediterranean. first ed. London and New york. Routledge. 2021

- Grbec, M. Extension of coastal state Jurisdiction in Enclosed and Semi-enclosed seas. London, Routledge. first ed. 2014

- Tanaka, Yoshifumi. Predictability and Flexibility in the law of Maritime delimitation. Oxford. Hart Publishing. 2ed. 2019

- Victor Prescott and Clive Schofield, The. Maritime Political Boundaries of the World. Second Edition. MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS LEIDEN / BOSTON. 2005

KIM, SUN PYO, MARITIME DELIMITATION AND INTERIM -

- ARRANGEMENTS IN NORTH EAST ASIA. MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS. THE HAGUE/LONDON/NEW YORK 2004



ثالثا: المقالات.

- Emile Badarin and Tobias Schumacher. " The Eastern Mediterranean Energy Bonanza: A Piece in the Regional and Global Geopolitical Puzzle , and the role of the European Union" .Southeast Europ Stud. 2022.70(3)
- Jimenez Garcia-Carriazo, Angeles " The Maritime Delimitation between Turkey and the Libya 'sGovernment of national accord: another concern for the European Union" Peace & security – Pax et securite International.No,9, 2021.
- Alex G. Oude Elferink." International Law and Negotiated and Adjudicated Maritime Boundaries: A Complex Relationship"german yearbook of international law. Vol,58. 2015.
- Abe,Ake.' The concept of equidistance in the development of the law of maritime delimitation " (2009). World maritime university dissertations.Malmo-Sweden
- Evans, M. Relevant Circumstances. In A. Oude Elferink, T. Henriksen, & S. Busch (Eds.), Maritime Boundary Delimitation: The Case Law: Is It Consistent and Predictable? Cambridge: Cambridge University Press.2018
- Hamid,Abdul Ghafur. "REFINING THE MARITIME BOUNDARY DELIMITATION METHODOLOGY: THE SEARCH FOR PREDICTABILITY AND CERTAINTY". IIUMLJ.vol.27. (1).2019
- Alvarez-jimenez, Alberto." Boundary Agreements in the International Court's Case Law,2000-2010. E, J.I.L.vol,23. N 2. 2012
- Schaller,Christian." Hardly predictable and yet an equitable solution: Delimitation by judicial process as an option for Greece and Turkey in the Eastern Mediterranean" Ledin Journal of International Law. Vol 35. 2022..
- Marghelis,Aris. " The maritime delimitation agreement between Greece and Italy of 9 June 2020. An analysis in the light of international law, national interest and regional politics " Marine Policy126(2021)
- Yiallourides, Constantinos." Part I: Some Observations on the Agreement betwn
- Greece and Egypt on the Delimitation of the Exclusive Economic Zone" EJIL: Talk.2020
- Oxman,Bernard H.' The United Nations Conference on the law of the sea" A, J, I, L.Vol.74.1980
- Lagoni,R." Interim measures Pending Maritime Delimitation Agreements" A.J.I.L.vol.78.1984. churchill,R." International law Obligations of States in Undelimited Maritime Frontier Areas" in Frontiers





in International Environmental Law: Oceans and Climate Challenges :  
Brill/ Nijhoff.2021

- Ermolina, Natalia."Unilateral Hydrocarbon Activities in  
Undelimited Maritime Areas" Indonesian Journal of International  
law.vol.15. No,2.2019

- Lathrop, Coalter G." Tripoint Issues in Maritime BBoundary  
Delimitation" in Colson D.A. and Smith R, W(eds) International Maritime  
Boundaries. The American Society of International Law.2005.

- Xu,Qi. "Reflections on the presence of Third States in International  
maritime boundaries delimitation"Chinese journal of international  
law.vol.18. (1).2019

- Árnadóttir, Snjólaug. " Termination of Maritime Boundaries Due  
toa Fundamental Change of Circumstances" Utrecht Journal of  
International and European Law.vol.32. issue:83.2016

- Alvarez-Jimenez Alberto."Boundary Agreements in the International  
Court's Case Law,2000-.2010. The European Journal of International Law  
Vol. 23 no. 2.2012.



القانون الدولي المطبق على العمليات السيبرانية

ملاحظات على دليل "تالين"

**International Law Applicable to Cyber Operation .**

**Notes to the Tallinn Manual**

د. إيناس عبدالله أبوحميرة

أستاذ مشارك بكلية القانون / جامعة طرابلس

**ملخص:**

في الواقع لم تعد الوسائل الرقمية مجرد عناصر مكتملة للتهديدات. ويتم استخدامها بشكل متزايد كوسيلة مباشرة للهجوم الذي يمكن أن يؤدي إلى دمار مادي. لذلك يطرح التساؤل حول كيفية التعامل مع هذا النوع من الهجمات؟ إن نشأة أدلة تالين تسلط الضوء على أهمية الأسلوب المعتمد - أسلوب "القانون المرن" - للاستجابة للاحتياجات المتزايدة التغير وغير المتجانسة والمعقدة. ومن خلال قاعدة الإجماع، يساهم عمل تالين في التأكيد الدولي على ضرورة خضوع الفضاء السيبراني لقانون يحكمه.

**Abstract:**

In fact, digital means are no longer only complementary elements to threats. They are increasingly used as a direct means of attack that can lead to material destruction. So the question arises: how to deal with this type of attack? The emergence of the Tallinn Guides highlights the importance of the approach adopted – the “soft law” approach – to respond to increasingly changing, heterogeneous and complex needs. Through the rule of consensus, Tallinn's work contributes to the international affirmation that cyberspace must be governed by law.



مقدمة:

يعبر الأمن الجماعي، كما ينظمه ميثاق الأمم المتحدة، عن واقع ديناميكي يتكون من توازنات غير متكاملة بين الاستراتيجيات و السيادة والاعتماد المتبادل و غير ذلك. إلى هذه العلاقات المتشابكة والمتضاربة في بعض الأحيان، أضاف الفضاء السيبراني بعداً جديداً، وكشف عن أشكال جديدة من التهديدات الأمنية. وهكذا، أصبحت "Dar kweb" و "Deep Web"، الأوجه الخفية للفضاء السيبراني، أدوات لأعمال غير مشروعة بجميع أنواعها، في ظل عالم افتراضي، غير مقيد بالحدود الجغرافية، يقدم ميزة إخفاء الهوية.<sup>٣</sup>

لم تعد الوسائل الرقمية اليوم مجرد أدوات للتهديدات فقط، إنما يتم استخدامها بشكل متزايد كوسيلة مباشرة للهجوم الذي يمكن أن يؤدي إلى أضرار مادية، مثل هجوم الموزع لحجب الخدمة "DDos" و الذي يؤدي إلى إيقاف تشغيل الخوادم المستهدفة، ويسبب في عواقب وخيمة على بعض البنى التحتية الحيوية مثل المستشفيات، البنوك، الوزارات والإعلام وقطاع الطاقة وغيرها.<sup>٤</sup>

وبالتالي فقد تحول الهجوم السيبراني من كونه أداة مزعجة إلى أداة قتالية في حد ذاته؛ فقائمة الدول التي اضطرت للتعامل مع هذه العمليات العدائية في ازدياد مستمر. أضف إلى ذلك أن الفضاء السيبراني يشكل مصدراً لنزاعات غير متكافئة، فمع قلة الإمكانيات المادية و المعرفية، يمكن لمجموعة من الأفراد، المطلعين والمتمتعين بالرشاقة التكنولوجية، التي ربما تكون بتكليف من الدولة، أن تزعزع استقرار أداء بنية تحتية حساسة أو إقليم معين أو حتى دولة بأكملها.

<sup>١</sup> أطلق الخبراء على الإنترنت المظلم اسم "أرض الخدمات المخفية" أو "دارك ويب"، حيث تجرى من خلاله مختلف المعاملات التجارية السرية، ويمكن التنقل إليه والتجول في مواقع من دون أن يترك الشخص أي آثار، أي أنه سيكون مخفي الهوية، وأنشطته غير مسجلة على أي محركات بحث، ولا يمكن تعقبه.

<sup>٢</sup> الويب العميق أو الويب الخفي أو الـ Deep Web هو مصطلح شامل لأجزاء من الإنترنت التي لا يمكن الوصول إليها باستخدام محركات البحث الافتراضية التي نستخدمها مثل Google Search أو Bing أو Yahoo. . محتوى شبكة الويب العميق هو عبارة عن صفحات الانترنت التي لم تتم فهرستها بواسطة محركات البحث أو بمعنى آخر صفحات الانترنت المحجوبة عن الفهرسة والحماية بنظام حظر الاشتراك غير المدفوع وقواعد البيانات الخاصة والويب المظلم والتي لا يمكن الوصول إليها إلا بطرق معينة غير الطرق التقليدية التي نستخدمها لتصفح الانترنت المنتشر بيننا والمعروف باسم الانترنت السطحي. بعبارة بسيطة، هذه الصفحات لا يمكنك الوصول إليها ولن تظهر أمامك على محركات البحث ما إن لم تكن تعرف عناوين روابطها بالتحديد أو شخص ما قام بمشاركتها معك.

<sup>٣</sup> عادل بن عبد العزيز بن صالح الرشيد، قرائن الجريمة الإلكترونية وأثرها في الإثبات، دار كنوز إشبيلية للنشر و التوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠١٧، ص ٣٩

<sup>٤</sup> للمزيد أنظر شرح هجمات DDos وكيفية الحماية منها و التصدي لها متاح على: <https://www.tathwir.com/٢٠٢٢/٠٥/DDoS-Attack.html> تاريخ الزيارة (٢٠٢٣/٦/٢٠)

<sup>٥</sup> على سبيل المثال: هجوم نوت بيتيا " NotPetya " السيبراني لعام ٢٠١٧، الذي أمرت به موسكو في البداية إلى الشركات الخاصة الأوكرانية قبل ان ينتشر ويدمر الانظمة في جميع أنحاء العالم، حيث تسبب " نوت بيتيا" في عجز مجاوي الشحن، و ترك العديد من الشركات العملاقة متعددة الجنسيات و الوكالات الحكومية غير قادرة على العمل، وقد تأثر تقريبا كل شخص قام بأعمال تجارية مع أوكرانيا؛ لأن الروس قاموا سراً بتسميم البرامج التي يستخدمها كل من يدفع الضرائب أو يقوم بأعمال تجارية في البلاد للمزيد أنظر:

موقع الجزيرة، مركز الدراسات، مقال بعنوان المجال الخامس: الحرب السيبرانية في القرن ال ٢١، متاح على:

<https://studies.aljazeera.net/en/node/١٨١٩> تاريخ الزيارة (٢٠٢٣/٦/٢٠)



في هذا الصدد لا تزال واحدة من أكثر الهجمات لفتاً للانتباه تلك التي عانت منها استونيا في مايو ٢٠٠٧، في أعقاب الهجوم السيبراني المعروف باسم هجوم "DDos" ضد البنى التحتية الحيوية في الدولة، الذي شنته روسيا، والذي تسبب في شلل تام للدولة ومرافقها الحيوية. وبالمثل، فإن استخدام برنامج "Stuxnet" من قبل المخابرات الإسرائيلية والأمريكية في عام ٢٠٠٧ سمح للأخيرة بتعطيل البرنامج النووي الإيراني، من خلال استهداف أجهزة الطرد المركزي في مصنع "نطنز"، لدرجة التسبب في تدمير العديد منها.

على المستوى الوطني يتم التعامل مع التهديد السيبراني والهجمات السيبرانية بطرق مختلفة من دولة إلى أخرى، كل دولة تجهز نفسها بترسانتها التكنولوجية والقانونية الخاصة. في ليبيا قام فريق الأمن السيبراني للشركة القابضة للاتصالات بتشكيل غرفة طوارئ للبحث في تداعيات الهجمات السيبرانية والعمل مع الجهات المختصة على رفع جدار الحماية للشبكة من خلال إستراتيجية تضعها مختلف الجهات المعنية، بناء على القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٢٢ بشأن مكافحة الجرائم الالكترونية. في فرنسا صادق البرلمان الفرنسي على مشروع قانون البرمجة العسكرية لعام ٢٠٢٤-٢٠٣٠ وقد تبنى قانون البرمجة العسكرية قانون الدفاع من خلال مراعاة أمن أنظمة المعلومات (LPM). بينما يتم حماية أنظمة المعلومات المفتوحة (OIVS) وأنظمة المعلومات ذات الأهمية الحيوية (SIIV) تحت سلطة ورقابة رئيس الوزراء.

الولايات المتحدة، من جانبها، لم تتردد في وضع سياستها للتصدي للهجمات السيبرانية، فبعد حالة القرصنة وتدمير البيانات السرية التابعة لشركة "سوني بيكتشرز" Sony Pictures Entertainment Company في ديسمبر ٢٠١٤، اعتبر البيت الأبيض أن هذه الأعمال تشكل "مسألة خطيرة تتعلق بالأمن القومي"، ووجه اتهاماته صراحة إلى كوريا الشمالية، مما يمثل نقطة تحول في التخوف من التهديد الرقمي. ولا شك أن الحرب السيبرانية التي أعلنها الرئيس الروسي "فلاديمير بوتين" على الانتخابات الرئاسية الأمريكية في عام ٢٠١٦، التي كان هدفها التأثير في الانتخابات لصالح الرئيس "دونالد ترامب"، شكلت عهداً جديداً في الحروب السيبرانية واعتبار التهديد السيبراني كقضية استراتيجية رئيسية.

<sup>١</sup> جوزيف ناي، القوة الناعمة: وسائل النجاح في السياسة الدولية، ترجمة محمد توفيق البجيرمي، الطبعة الأولى، مكتبة العبيكان للنشر، الرياض، ٢٠٠٧، ص ٢٠.  
<sup>٢</sup> تعرض مركز البيانات التابع لشركة ليبيا للاتصالات والتقنية إلى هجوم حجب الخدمة يوم ٢٠٢٣/٧/٧ والذي بلغ أكثر من ٥٠ Gbps، للمزيد أنظر: <https://www.linkedin.com/posts/lptic> تاريخ الزيارة (٢٠٢٣/٨/٢)

<sup>٣</sup> Le Monde, La loi de programmation militaire ٢٠٢٤-٢٠٣٠, ١٥ juillet ٢٠٢٣

[www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr) ( تاريخ الزيارة ( ٢٠٢٣/٨/٢ )

<sup>٤</sup> الحروب السيبرانية، معارك العالم الافتراضي تنتقل إلى الميدان، لندن الخليج ونالين، متاح على الرابط:

<http://alkhaleejonline.net> تاريخ الزيارة (٢٠٢٣/٨/١٢)



الخوارزمية هي مجرد رمز غير مادي لكنها يمكن أن تسبب دماراً كبيراً في العالم المادي، دون أي حدود زمنية أو مكانية. لذلك فإن أي استجابة وطنية خالصة ستكون بلا جدوى.

قد يصبح الفضاء الإلكتروني وسيلة للتحايل على قواعد القانون الدولي، وبالتالي يظهر كعامل يودي إلى توسيع مجال التهديدات للأمن، بما في ذلك التهديدات الجماعية، و هنا تثير مسألة الترابط بين الواقع المادي والواقع غير المادي تساؤل حول مدى الأخذ بفكرة "القانون هو القانون" وخصوصاً عندما يتعلق الأمر بقانون النزاع المسلح. هل القواعد التي تحكم استخدام القوة في العلاقات الدولية قابلة للتطبيق من قبل علم التحكم الآلي؟ و ما مدى انطباق قواعد القانون الدولي على الهجمات السيبرانية؟

تسعى أدلة تالين إلى وضع إجابات لهذه الفرضية، من خلال دراسة التساؤل الأتي: إلى أي مدى يمكن تطبيق قواعد القانون الدولي المطبقة حالياً على استخدام الأسلحة التقليدية في أوقات النزاع على التهديدات والأسلحة الإلكترونية؟

لا شك أن الإجابة على هذا التساؤل المهم سيكون مصحوب بالبحث في أسئلة أكثر تعقيداً نظراً لأن استخدام القوة الرقمية غالباً ما يقدم طابعاً ذات خصوصية فنية ولأن بعض المعايير مثل درجة الخطورة لها أهمية حاسمة في البحث و التحليل.

تؤكد أدلة تالين على أهمية "القانون المرن" كأداة للاستجابة للاحتياجات المتغيرة والمعقدة بشكل متزايد (أولاً). من خلال تبني قاعدة الإجماع، يساهم عمل تالين في تقديم إجابات تسمح بتطبيق قواعد القانون الدولي على الفضاء الإلكتروني (ثانياً).

### أولاً : "دليل تالين": جزء من "القانون المرن"

تم إطلاق عمل دليل تالين تحت رعاية مركز التميز للدفاع السيبراني التعاوني التابع لحلف شمال الأطلسي (CCDCOE)، والذي ضم فريقاً من حوالي عشرين خبيراً، من العديد من الدول الأعضاء في حلف شمال الأطلسي والذين قاموا بدراسة حول مدى قابلية تطبيق قواعد القانون الدولي على النزاعات الإلكترونية، وما إذا كان الهجوم الإلكتروني يمكن أن يندرج في نطاق عمل حلف شمال الأطلسي، وإذا كان الأمر كذلك، فبأي طريقة، بالنظر إلى الصعوبات الخاصة الناتجة عن اللامادية و / أو عدم تناسق مثل هذه الهجمات. العملية التي انطلقت ضد استونيا في عام ٢٠٠٧ زادت من تحدي المنظمة في جعل التهديد السيبراني قضية دفاع جماعي، مما يتطلب توضيح شروط تنفيذ المادة (٥) من معاهدة شمال الأطلسي.

<sup>١</sup> مركز التميز للدفاع السيبراني التعاوني التابع لحلف شمال الأطلسي هو منظمة عسكرية دولية مهمتها تعزيز القدرة و التعاون و تبادل المعلومات بين الحلف الأطلسي و الدول الأعضاء فيه.



نُشر الإصدار الأول من دليل تالين في عام ٢٠١٣، بعد ٤ سنوات من العمل، وقد جذب انتباه المراقبين نظراً لاتساع نطاق الأفكار المقدمة وتفصيلها. تتضمن القواعد الـ ٩٥ التي جاءت في الدليل إمكانية تطبيق قواعد القانون الدولي على الهجمات الإلكترونية عبر الإنترنت والتي من الممكن أن تشكل استخداماً محظوراً للقوة بالمعنى المقصود في المادة (٢) الفقرة (٤) من ميثاق الأمم المتحدة. أو حتى اعتداء يبرر تنفيذ الدفاع الشرعي بموجب المادة (٥١).

يعد عمل الخبراء في تالين جزء من القانون المرن وذلك لاتصافه بالقوة القانونية التي تمتلكها قواعد القانون المرن ومن تم طبيعتها الملزمة المحتملة، من خلال التحديد الدقيق لمحتواها والنقاط التي يجب تعيين قواعد قانونية من أجلها، والأسلوب الذي تم فيه إقرار القاعدة والتقدم في المناقشات عن طريق توافق الآراء، مع ملاحظة الآراء المعارضة أو التناقضات. على الرغم من عدم وجود نطاق قانوني ملزم لها، وان لم تكن المقترحات الوحيدة على الساحة الدولية، فإن هذه الأعمال تمثل جزءاً هاماً للإطار القانوني للأمن و الهجمات السيبرانية لطبيعتها العرفية المحتملة. علاوة على ذلك، من المرجح أن توفر أساساً لاعتماد اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف ملزمة في المستقبل.

تكمن النقطة المحورية لعمل دليل تالين في الاعتراف بإمكانية نقل القانون الدولي إلى الفضاء الإلكتروني. لذلك لم يتطرق الخبراء إلى مسألة إنشاء قانون خاص بالهجمات السيبرانية، بالرغم من التطرق لبعض الطبيعة الخاصة لهذا الفضاء، وبناء على ذلك، وفي إطار المادتين (٢) الفقرة (٤) و (٥١) من ميثاق الأمم المتحدة، أشارت القاعدة رقم (١٣) من دليل تالين ٢٠١٣ إلى أن: "يجوز للدولة التي تكون هدفاً للعمليات الإلكترونية والتي تصل إلى مستوى الهجوم المسلح، أن تمارس حقها الطبيعي في الدفاع عن النفس، و تعتبر العملية الإلكترونية هجوماً مسلحاً وفقاً لحجمها وآثارها". و بالرجوع إلى دليل تالين ٢٠٢٣ نجد انه يقرر أن الاعتداء على الدولة- بأي شكل كان بما في ذلك الهجمات السيبرانية- يشكل انتهاكاً لسيادتها ما يعطي الحق للدولة المعتدى عليها رد هذا الاعتداء ضمن شرط

<sup>١</sup> Pierre-Marie Dupuy, Soft Law and the International Law of the Environment

متاح على: <https://repository.law.umich.edu/mjil/voll2/issv4/> تاريخ الزيارة (٢٠٢٣/٨/١٤)

راجع ايضاً: محمد تامر، الصياغة المرنة في القانون الدولي، الحوار المتمدن، العدد ٤٩٠٩، ٢٠١٥. مقال متاح على الموقع:

<https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp>

تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/٨/١٥)

<sup>٢</sup> تجدر الإشارة أيضاً إلى عمل فريق الخبراء الحكوميين (GGE) - مجموعات الخبراء الحكوميين التابعة للأمم المتحدة (GGE) المعنية بالأمن السيبراني، والتي تتألف من ممثلين عن حوالي خمسة عشر دولة، بما في ذلك الولايات المتحدة وروسيا والصين، والتي كلفها الأمين العام للأمم المتحدة بوضع توصيات. وعلى غرار دليل تالين، أكد عمل فريق الخبراء هذا من جديد إمكانية تطبيق القانون الدولي، على النحو الذي يتركز على ميثاق الأمم المتحدة، في الفضاء الإلكتروني. ومن ثم، فإن مبدأ سيادة الدولة والمبادئ والقواعد المصاحبة لهذا المبدأ الأخير يجب أن تجد تأثيرها الكامل في سياق الأنشطة السيبرانية. وفي الوقت نفسه، أكد فريق الخبراء الحكوميين أيضاً على التطبيق الكامل للقانون الإنساني الدولي. انظر التقرير بتاريخ ٢٢ يوليو ٢٠١٥، متاح على: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp) تاريخ الزيارة (٢٠٢٣/٨/٢٥)

<sup>٣</sup> دليل تالين بشأن القانون الدولي المطبق على الحروب السيبرانية، مايكل شميت، ٢٠١٣، ترجمة علي محمد كاظم الموسوي، ٢٠١٧. متاح على:

<https://www.shorturl.at/bGHKV> تاريخ الزيارة (٢٠٢٣/٨/٢٦)



جوهرية، مفاده أن يكون حجم و تأثير هذا الهجوم على الدولة المعتدى عليها ضمن مستوى معين وهو ما عملت لجنة الخبراء في تالين جهداً استثنائياً لتحديده من خلال مجموعة من الصفات التي يجب أن تتسم بها الحروب أو الهجمات السيبرانية حتى ترقى إلى درجة الهجوم المسلح، و بالتالي تعطي الدولة المعتدى عليها فرصة تفعيل المادة (٥١) من ميثاق الأمم المتحدة.

ومع ذلك، يجب الأخذ في الاعتبار أن حجم وتأثيرات الهجوم يشكل عنصراً خاضعاً للتفسير والتقدير وسيطلب توضيحاً من خلال الممارسة. في غضون ذلك، فإن استمرار وجود بعض الصعوبات كان مبرراً لاستمرار العمل والتفكير في تالين.

وهكذا في فبراير ٢٠١٧، تم نشر نسخة ثانية من دليل تالين لتحديث وتعميق العمل السابق.

إن توسيع نطاق عمل تالين نحو إصدار ثانٍ يسلط الضوء على توطيد العمل الجماعي، مدعوماً بتوسيع فريق الخبراء ليشمل الدول الكبرى في الفضاء الإلكتروني، ولعل دمج خبر صيني هو بالتأكيد أبرز مظاهر هذا التوسع.

على الرغم من الطبيعة القانونية الغير ملزمة لدليل تالين، فإن توسيع مجال المساهمين فيه يعد عنصراً نوعياً جوهرياً لنطاق هذا العمل، والذي يتم تقديمه باعتباره انعكاساً تمهيدياً لنص قانوني أو شبه قانوني محتمل ( قرار، معاهدة، ميثاق، أو مدونة قواعد السلوك الجيد، وما إلى ذلك) متعدد الأطراف.

في حين أن استمرار عمل الخبراء في تالين للمرة الثانية يؤكد حقيقة أخرى تتمثل في صعوبة وضع قواعد صارمة (مشكلة "الاختراق"، الدفاع الشرعي السيبراني الوقائي، إلخ). كما سعى خبراء المجموعة في وضع جدول توافقي بين قواعد تالين ل ٩٥ والقواعد الجديدة ال ١٣٥ المحددة في نسخة ٢٠١٧. في هذا الإصدار الثاني 'يسلط الضوء على استمرار رغبة جزء كبير من المجتمع الدولي في تسجيل هذا الجهد المعياري على المدى الطويل، في شكل القانون المأمول، لتعزيز الممارسات المقبولة، وحتى ظهور الممارسات العرفية.

في ظل نظام قانوني يعتمد على تعدد السيادة، يمكن أن يكون هذا النهج المرن والتوافقي النطاق الفعال للوصول إلى قانون، نظراً لإمكانية تكامله وانتشاره بسرعة.

<sup>١</sup> في عام ٢٠١٧ تم إصدار النسخة المحدثة لدليل تالين ليشمل القواعد التي جاءت في الإصدار الأول ٢٠١٣، ويضم أربعة أجزاء رئيسية، وبلغت عدد القواعد التي يمكن تطبيقها على العمليات السيبرانية (١٥٤) قاعدة .

<sup>٢</sup> اعتبر جزء من المجتمع الدولي أن دليل تالين الإصدار الأول هو ثمرة التفكير الموجه من قبل الأنجلوسكسونيين. ومن المناسب الإشارة إلى المعركة الدبلوماسية التي تدور حول إنشاء نص مرجعي حول الصراعات السيبرانية. وهكذا، في سبتمبر ٢٠١١، قدمت الصين وروسيا وطاجيكستان وأوزبكستان اقتراحاً مشتركاً إلى الأمم المتحدة بشأن السلوك الجيد على الإنترنت للمزيد أنظر:





## ثانياً : دليل تالين وانطباق القانون الدولي على الفضاء الإلكتروني.

القواعد والآراء المنبثقة عن عمل الخبراء في تالين غنية بقدر تنوعها، ومع ذلك يبدو من الضروري تحديد ثلاثة محاور رئيسية:

من جهة، تم التأكيد على سيادة الدولة، على الرغم من الصعوبات التي يفرضها عدم تناسق هذه الصراعات الجديدة (أ). من ناحية أخرى، يبدو أن دور الدولة أساسي أيضاً، في مواجهة الصعوبات التي تسببها التهديدات السيبرانية غير المادية وإضفاء الطابع الإقليمي، هذا الدور حاسم بشكل خاص لإنشاء نظام قانوني للمسؤولية (ب). أخيراً، من منطلق فكرة الحفاظ على مكتسبات القانون الدولي (ولا سيما المبادئ التي أرستها السوابق القضائية لمحكمة العدل الدولية)، فإن معالجة مشكلة الدفاع عن النفس في مواجهة الإنترنت الرقمي، تشكل أحد الموضوعات الرئيسية في عمل تالين. ومع ذلك لا تزال هناك عوائق كثيرة (ج).

### أ- تأكيد مبدأ السيادة في الفضاء السيبراني.

كرس دليل تالين مبدأ السيادة في نسخته الأولى، وبالتالي كان ذلك تأكيداً لما ذهبت إليه محكمة العدل الدولية. في الواقع، وفقاً للجنة الخبراء، فإن الفضاء السيبراني، مهما كان غير مادي وغير إقليمي، يشكل مجالاً للتعبير عن سيادة الدول التي لها القدرة على إنشاء مناطق أو أقاليم في هذا المجال. لذلك اعتبروا مبدأ السيادة حجر الأساس الذي من شأنه أن يوحد القانون الدولي الكلاسيكي والقانون المطبق على الفضاء السيبراني. ورأت لجنة الخبراء أن التحايل على مبدأ السيادة من شأنه أن يشكل عائق يحول دون انطباق القانون الدولي على الفضاء السيبراني. علاوة على ذلك، أن الخبراء لم يلجأوا إلى مفهوم "السيادة الرقمية"، بل تمسكوا بالمفهوم الكلاسيكي للسيادة- كما هو موضح بشكل خاص في قرار التحكيم الخاص بجزيرة بالماس عام ١٩٢٨، و حكم محكمة العدل الدولية المتعلق بمضيق كورفو لعام ١٩٤٩ - وهو المقصود تطبيقه في الفضاء الإلكتروني.

ومع ذلك فإن المناقشات التي تحللت عمل النسخة الثانية من دليل تالين كشفت عن جهود و محاولات لمقاومة إعادة التأكيد على أولوية مبدأ السيادة. وهكذا دافع بعض الأعضاء السابقين في وزارة الدفاع الأمريكية، الذين تحدثوا بأسمائهم، عن الموقف القائل بأنه: في الفضاء الإلكتروني، لا يوجد حظر مطلق على انتهاك سيادة دولة أخرى، مما يجعل هذا المبدأ الأخير نتيجة طبيعية لقواعد عدم التدخل وحظر استخدام القوة . لكن هذا الموقف لا يشكل الموقف الرسمي

<sup>١</sup> انظر قرار التحكيم الصادر في ٤ أبريل ١٩٢٨، من قبل السيد ماكس هوبر، بين الولايات المتحدة وهولندا، في النزاع المتعلق بالسيادة على جزيرة بالماس، "السيادة في العلاقات بين الدول تعني الاستقلال. الاستقلال بالنسبة لجزء من الكرة الأرضية هو الحق في ممارسة وظائف الدولة هناك، دون أي دولة أخرى. «، وكذلك حكم "مضيق كورفو" الصادر عن محكمة العدل الدولية في ١٩ نوفمبر ١٩٤٩: "بين الدول المستقلة، يعد احترام السيادة الإقليمية أحد الأسس الأساسية للعلاقات الدولية"، تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٤٩، الصفحات ٢٣٧ وما يليها. متاح على:

<http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=١٠٠٣٥> (٢٠٢٣/١١/٢)



للولايات المتحدة، حيث تجدر الإشارة إلى أن موقف السلطات الأمريكية في اعتبار أن الهجمات التي شنتها كوريا الشمالية على شركة سوني بيكتشرز والتورط الروسي في قضية DNC تشكل هجوماً على الأمن القومي وانتهاكاً للسيادة الأمريكية، يؤكد إن فكرة تقليص مبدأ السيادة في إطار القانون الدولي المطبق على الفضاء السيبراني من الصعب تصورها.

ومع ذلك، فإن احترام سيادة الدول وعدم انتهاكها يثير بعض الصعوبات وهذا ما تم طرحه في النقاشات حول القاعدة رقم (٤) من دليل تالين ٢٠١٧ بشأن انتهاك السيادة بالإشارة إلى الصعوبات التي تطرحها الأنشطة الإلكترونية غير المادية، ومن باب أولى، الهجمات الإلكترونية وقدرتها على تجاهل فكرة الإقليم ذاته. لذلك، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو متى يمكن اعتبار الهجوم السيبراني انتهاكاً للسيادة الوطنية؟

علاوة على ذلك تزداد الصعوبة فيما يتعلق بعمليات الاستخبارات أو المراقبة أو التجسس، والتي يتم تسهيلها كثيراً بواسطة الأدوات الرقمية. يمكن اعتبار أن تكرار هذه العمليات من الممكن أن يقيد السيادة. ومع ذلك هناك إجماع على أن عمل التجسس، في حد ذاته، لا يشكل انتهاكاً للقانون الدولي، وبالتالي لا يمكن تغطيته إلا بالقانون الوطني. على نفس المنوال، يرى خبراء تالين ٢٠١٧ أن أنشطة التجسس الإلكتروني لا تشكل بالضرورة هجوماً على السيادة الوطنية بموجب نظام القانون الدولي.

ومع ذلك، وفي إطار حكمها "نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية، فيما يتعلق بالأنشطة العسكرية وشبه العسكرية لنيكاراغوا وضدها" في عام ١٩٨٦، أتيحت لمحكمة العدل الدولية أيضاً فرصة لتسليط الضوء على المعيار الذي بموجبه يتم توصيف التدخل غير المشروع بموجب القانون الدولي:

"ومن ثم فإن التدخل المحظور يجب أن يتعلق بالمسائل التي يسمح مبدأ سيادة الدول لكل منها باتخاذ قرار بشأنها بحرية.. وهذا هو الحال مع اختيار النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي وصياغة العلاقات الخارجية. و يكون التدخل غير مشروع عندما يتم استخدام وسائل الإكراه فيما يتعلق بهذه الاختيارات، التي يجب أن تظل حرة."

.UNBOUND

متاح على:

<file:///C:/Users/USER/Downloads/SSRN-id3180787.pdf> تاريخ الزيارة (٢٠٢٣/١١/٢)

<sup>١</sup> الحروب السيبرانية، معارك العالم الافتراضي تنتقل إلى الميدان، لندن الخليج ونايلين، متاح على الرابط:

<http://alkhaleejonline.net> تاريخ الزيارة (٢٠٢٣/١١/١٢)

<sup>٢</sup> دليل تالين ٢٠١٧، القاعدة رقم (٤)، التعليق ٧، ٨ متاح على: <https://www.shorturl.at/bGHKV> تاريخ الزيارة (٢٠٢٣/٨/٢٨)

<sup>٣</sup> أنظر النقاشات حول القاعدة رقم (٤) من دليل تالين ٢٠١٧، المرجع نفسه.

<sup>٤</sup> دليل تالين (٢)، القاعدة رقم (٣٢)، المرجع نفسه.

<sup>٥</sup> حكم "نيكاراغوا"، تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٨٦، الفقرة ٢٠٢، ص. ١٠٦. متاح على:



لذلك نشأت الصعوبة عندما تعلق الأمر بتحديد الدرجة التي يصل فيها التدخل الإلكتروني (التجسس أو التأثير) إلى مستوى القيد الذي يحظره القانون الدولي.

وبالتالي، فإن قضية اختراق خوادم كونغرس الحزب الديمقراطي الأمريكي يمكن أن تدخل بالكامل في نطاق التدخل المخطور بالمعنى المقصود في محكمة العدل الدولية إلى الحد الذي تتجاوز فيه المسألة التجسس "الكلاسيكي" هذا من ناحية. وأنه من ناحية أخرى فإن الاستقلال السياسي للدولة هو الذي يمكن أن يستهدفه هذا الهجوم.

الحقيقة هي أن جميع الأنشطة في الفضاء الإلكتروني، بطبيعتها، تتميز بانتشارها في كل مكان، دون مراعاة للحدود والأقاليم، لذلك كان التقييد بالقواعد التي تنطوي عليها السيادة، مثل عدم التدخل، بمثابة تحدٍ لخبراء الإصدار الثاني من الدليل. في الواقع، أتيحت لمحكمة العدل الدولية الفرصة لتوضيح أن "مبدأ عدم التدخل يتضمن حق أي دولة ذات سيادة في إدارة شؤونها دون تدخل خارجي؛ على الرغم من أن أمثلة انتهاكات هذا المبدأ ليست نادرة، إلا أن المحكمة تعتبر أنه جزء لا يتجزأ من القانون الدولي العرفي" (حكم نيكاراغوا). هذا النهج العملي مناسب تماماً للفضاء السيبراني حيث يلزم اتباع نهج ملموس، على أساس كل حالة على حدة. علاوة على ذلك، أكد خبراء دليل ٢٠١٧ على أهمية هذا المبدأ وإمكانية تطبيقه في القاعدة رقم (٦٦).

في الواقع، تعتمد المسألة على الطريقة التي يتم بها تنفيذ الهجمات الإلكترونية والأغراض التي تسعى إليه. وبالتالي، عندما تتسبب عملية إلكترونية في إحداث ضرر مادي و / أو بشري، فمن السهل وصفها بأنها انتهاك لمبادئ السلامة الإقليمية و حرمة الأراضي.

يعطي عمل تالين ٢٠١٧ أهمية كبيرة لدرجة الضرر دون التطرق لكيفية التمكن من إصلاحها: فقد اعتبر بعض الخبراء أن تقييد أو تعطيل تشغيل نظام معلومات أو بنية تحتية لا يعد هجوماً كافياً ومن ثم لا يشكل انتهاك لسيادة الدولة المستهدفة، بالنظر إلى حقيقة أن الضرر يظل غير جوهري، لا سيما إذا كان مؤقتاً. حول هذه النقطة، لم يتم التوصل إلى إجماع فيما يتعلق بالهجمات التي لا تسبب أضراراً مادية.

## ب- المسؤولية الدولية في الفضاء السيبراني.

من الامور المسلم بها لقيام المسؤولية الدولية، قيام دولة ما بالهجمات السيبرانية، بمعنى أن يكون التصرف صادراً عن أي جهة يعهد إليها مهمة القيام بعمل معين نيابة عن الدولة. لذلك فإن عمل تالين يسلب الضوء على حقيقة إرساء

[https://legal.un.org/icjsummaries/documents/arabic/st\\_leg\\_serf\\\_\\_addo.pdf](https://legal.un.org/icjsummaries/documents/arabic/st_leg_serf\__addo.pdf)

تاريخ الزيارة (٢٠٢٣/١١/١٨)

<sup>١</sup> التجسس ليس محضوراً بموجب القاعدة (٣٢) من دليل تالين ٢٠١٧

<sup>٢</sup> دليل تالين ٢٠١٧، القاعدة رقم (٣٢)، <https://www.shorturl.at/bGHKV> تاريخ الزيارة (٢٠٢٣/٨/٢٨)

<sup>٣</sup> ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أن بعض الخبراء ربما اعتبروا أن الضرر المادي يشكل معياراً للهجوم على السيادة ولكنه ليس بالضرورة المعيار الحاسم. أنظر حول هذا المعنى القاعدة رقم (٤) التعليق رقم (١٢)، المرجع نفسه.



فكرة أن الدولة فاعل أساسي لإنشاء نظام قانوني للمسؤولية. وأهم مثال على هذا الواقع ذلك الذي يتعلق بتنفيذ نظام دولي للمسؤولية يحكم مجال التعويض عن الأضرار في حالة التهديدات والأضرار التي تلحق بالأمن الجماعي.

وبالتالي، تقترح القواعد من (١٥) إلى (١٨) من دليل تالين لعام ٢٠١٧ اعتماد الأحكام الكلاسيكية فيما يتعلق بنظام المسؤولية الدولية، ووضع الدولة في مركز النظام، للتغلب على صعوبات المساءلة عن هجوم إلكتروني. صحيح أن المادة (٨) من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً تجعل من الممكن التعامل مع عدم تناسق بعض الهجمات بالنص على ما يلي: "يعتبر تصرف شخص أو مجموعة من الأشخاص فعلاً من أعمال الدولة بموجب القانون الدولي إذا كان ذلك الشخص أو مجموعة الأشخاص، في ضلوعهم في ذلك السلوك، يتصرفون في الواقع بناءً على تعليمات أو توجيهات أو خاضعين لسيطرة تلك الدولة". وتشكل جميع الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية بشأن تنفيذ مسؤولية الدولة أيضاً أرضية خصبة ومفيدة في سياق الاعتداءات السيبرانية.

ومع ذلك، فإن الطبيعة الخاصة لهذه الهجمات تجعل من تنفيذ القواعد الكلاسيكية للقانون الدولي أمر في غاية الصعوبة. إذا كان من السهل تحديد الإجراءات بناءً على تعليمات الدولة، فإن مفهومي "التوجيه" و "السيطرة" يتركان بعض الصعوبات التي لم تستطع أدلة تالين التغلب عليها. في الواقع، من الصعب بشكل خاص تحديد أن هجوماً إلكترونياً شنته مجموعة خاصة تم إطلاقه تحت "توجيه" أو "سيطرة" دولة معينة، في حين أن خصوصية هذه الهجمات مرتبطة بالقدرة التكنولوجية فائقة التطور و التي قد تكون عاملاً رئيسياً في طمس هوية الفاعل الحقيقي. إن معيار "السيطرة الفعلية" الذي أشارت إليه محكمة العدل الدولية لا يقلل من حدة هذه الصعوبات، حتى لو لم يعد إثبات "الاعتماد الكلي" على دولة معينة ضرورياً. وللتذكير، فإن الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية في سياق القضية المتعلقة بتطبيق الاتفاقية المتعلقة بمنع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (البوسنة ضد صربيا) المؤرخ ٢٦ فبراير ٢٠٠٧ يخفف من بعض معايير التبعية ولكن دون أن ينأى بنفسه عن مفهوم "السيطرة الفعلية": "... لم يعد من الضروري هنا إثبات أن الأشخاص الذين ارتكبوا الأفعال التي يُزعم أنها تتعارض مع القانون الدولي وُضِعوا بشكل عام تحت "التبعية الكاملة" للدولة المدعى عليها؛ يجب إثبات أن هؤلاء الأشخاص تصرفوا بناءً على تعليمات أو تحت "السيطرة الفعلية" لهذا الأخير. ولكن، من ناحية أخرى، من الضروري إثبات أن هذه "السيطرة الفعلية" قد تم ممارستها، أو أن هذه التعليمات قد صدرت خلال كل من العمليات التي حدثت خلالها الانتهاكات المزعومة، وليس بشكل عام، فيما يتعلق بجميع الإجراءات التي قام بها الأشخاص أو مجموعات الأشخاص الذين ارتكبوا الانتهاكات المذكورة".

<sup>١</sup> تنص المادة (٤) من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً على ما يلي: "يعتبر سلوك أي جهاز من أجهزة الدولة فعلاً من أعمال الدولة بموجب القانون الدولي، وتمارس هذه الهيئة وظائف تشريعية أو تنفيذية أو قضائية أو غيرها من المهام أيّاً كان المنصب الذي يشغله في تنظيم الدولة، وأياً كان طبيعته كجهاز من أجهزة الحكومة المركزية..»

<sup>٢</sup> حكم محكمة العدل الدولية "نيكاراغوا": تقارير محكمة العدل الدولية، الفقرة ١١٥، ص. ٦٤-٦٥.

<sup>٣</sup> تقارير محكمة العدل الدولية، الفقرة ٤٠٠، ص ٢٠٨.



وفي سياق الهجمات الإلكترونية، سيتبين أن هذه المتطلبات التي تحدد إمكانية إسناد الأعمال إلى الدول يصعب احترامها بشكل خاص.

تزداد الصعوبة عندما يتم تحديد التزام الدولة "بالعناية الواجبة" - كما ورد في القاعدة رقم (٦) من دليل ٢٠١٧ - عندما تعمل أراضيها كمضيف أو طريق عبور للعمليات السببرانية العدائية إلى دولة أخرى. وتجدر الإشارة إلى أنه في أعقاب العمل الذي تم إنجازه من قبل لجنة الخبراء في تالين عام ٢٠١٣، طلب الفريق الجديد، آراء مجموعة من الخبراء التقنيين لفهم المدى الذي يمكن أن تتدخل فيه الدولة لوضع حد للهجوم السببراني الذي يمر عبر أراضيها ويسبب ضرراً لدولة أخرى. كانت المواقف متغيرة ومتنوعة، وكان من الصعب تحديد قاعدة عامة، تكون مقبولة من اللجنة بأكملها.

في نهاية المطاف، يقتصر دليل ٢٠١٧ على تكرار موقف محكمة العدل الدولية في قضية "مضيق كورفو"، التي تشير إلى التزام "أي دولة بعدم السماح باستخدام أراضيها لأغراض أعمال تتعارض مع حقوق الدول الأخرى".

ومع ذلك، فإن التعليقات والملاحظات المتعلقة بالقاعدة (٦) تسلط الضوء على الاختلافات في الآراء داخل الفريق. وهكذا اختلف الخبراء حول التوازن الذي يجب إيجاده بين حق الدولة في السيطرة على أراضيها بشكل مستقل وواجب حماية الدول الأخرى من الضرر الناجم عن العمليات المنبثقة عنها. وقد طرح البعض مفهوم "العواقب الخطيرة" كميّار لتنفيذ هذا الالتزام، بينما فضل البعض الآخر مصطلح "الجسيم". إلى جانب المعركة الدلالية حول درجة الخطورة، هناك صعوبة في جعل الدولة مسؤولة عن العمليات الإلكترونية المنظمة من أراضيها أو عبرها على الرغم من أنها تفتقر إلى القدرة التشغيلية لوقف الاضطراب والأضرار التي تنتج عن ذلك. اقتداءً باستنتاجات تقرير فريق الخبراء الحكوميين في عام ٢٠١٣، اختار الخبراء في عام ٢٠١٧ نهجاً تدريجياً وقائماً على الحوافز، واتفقوا على وجود التزام على الدول باتخاذ الوسائل الضرورية لوضع حد لعملية مستمرة. أو هجوم إلكتروني وشيك قد يكون له عواقب "خطيرة" وبقدر ما لديهم من الوسائل للقيام بذلك.

<sup>١</sup> مشكلة شبكات الروبوتات الخبيثة (أو شبكات آلات «الزومبي»)، وخادم ممرات الهجمات السببرانية في جميع الأنواع، والصعوبات التي يمكن أن تنتج عنها.

<sup>٢</sup> قضية مضيق كورفو، ١٩٤٩، تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٤٩، ص ٢٢.

<sup>٣</sup> وفقاً للقاعدة رقم (٦)، التعليق رقم ٧٠ من دليل تالين ٢٠١٧ "الرأي الآخر من شأنه أن يخلق خللاً في التوازن بين الحق في السيطرة على الأراضي وواجب ضمان عدم استخدامها لإيذاء دول أخرى".

<sup>٤</sup> تشير استنتاجات تقرير فريق الخبراء الحكوميين إلى أنه "ينبغي" (وليس "يجب") على الدول أن تبذل قصارى جهدها: "ينبغي للدول أن تسعى إلى ضمان عدم استخدام أراضيها من قبل جهات فاعلة من غير الدول في الاستخدام غير القانوني لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات." فريق الخبراء الحكوميين المعني بالتطورات في مجال المعلومات والاتصالات في سياق الأمن الدولي - ٢٤- A/٦٨/٩٨ يونيو ٢٠١٣، ص. ٨. الفقرة ٢٣.

<sup>٥</sup> تنص القاعدة رقم (٦)، التعليق رقم ١٣ على ما يلي: "كمسألة قانونية صارمة، تتحمل "دولة العبور" التزام العناية الواجبة ويجب أن تتصرف بموجب القاعدة (٧) عندما: (١) تمتلك معرفة (على معرفة فعلية وبناءة) بعملية مخالفة تصل إلى الحد المطلوب من الضرر و(٢) يمكنها اتخاذ التدابير الممكنة لإخماتها بشكل فعال.



وتجدر الإشارة إلى أن اقتراحاً داخل الفريق كان يستند على الأخذ بمبدأ وقائي، مما يعني التزام الدولة بضمان عدم استخدام بنيتها التحتية وشبكاتها في الهجمات الإلكترونية، على الرغم من حقيقة أن جدواه الفنية ليست مضمونة لجميع الدول.

### ج- الدفاع عن النفس في الفضاء السيبراني.

على الرغم من الطبيعة غير المتكافئة لجزء كبير من الهجمات السيبرانية، إلا أن الدولة تحتفظ بالحق في استخدام القوة المشروعة. و الجدير بالذكر أنه يصعب التعامل مع هذا التوجه بشكل خاص في سياق تنفيذ الدفاع عن النفس. حول هذه النقطة، يتبنى دليل تالين لعام ٢٠١٧، في قاعدته رقم (٦٨)، الإجماع الذي تبلور، منذ ٢٠١٣، حول انطباق المادة (٢) الفقرة (٤) من ميثاق الأمم المتحدة بشأن حظر استخدام القوة والمادة (٥١) من الميثاق: "يجوز للدولة التي تكون هدفاً لعملية إلكترونية تصل إلى مستوى هجوم مسلح أن تمارس حقها الطبيعي في الدفاع عن النفس. وتشكل العملية الإلكترونية هجوماً مسلحاً وفقاً لأبعادها وآثارها".

ومع ذلك، تظهر الصعوبات مرة أخرى عندما يتعلق الأمر بتحديد الصفات والمعايير التي تجعل من الهجوم السيبراني يرقى إلى درجة الهجوم المسلح، مما يبرر أعمال المادة (٥١) من ميثاق الأمم المتحدة. ويزداد الأمر تعقيداً في مجال التهديد السيبراني عندما لا يكون الضرر قد وقع فعلاً وإنما هو ضرر وشيك الوقوع، وهو وفقاً لرأي اللجنة منتج للحق في الدفاع عن النفس.

اعتبر خبراء تالين ٢٠١٣، بطريقة توافقية، بأن توفير البرامج الضارة أو الوسائل البشرية التي يمكن استخدامها ضد دولة أخرى يشكل استخداماً غير مشروع للقوة. يتماشى هذا التحليل مع اجتهاد محكمة العدل الدولية التي أتاحت لها الفرصة لتأكيد مبدأ الحياد التكنولوجي واللامبالاة بطبيعة السلاح المستخدم في استخدام القوة. وتجدر

<sup>١</sup> انظر القاعدة (٦)، التعليق ٤٢

<sup>٢</sup> تنص المادة (٢) الفقرة (٤) من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: "يُمنع أعضاء المنظمة، في علاقاتهم الدولية، عن اللجوء إلى التهديد بالقوة أو استخدامها، سواء ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة، أو بأية طريقة أخرى لا تتفق مع مقاصد الأمم المتحدة."

<sup>٣</sup> القاعدة رقم (١٣) من دليل تالين، الإصدار الأول ٢٠١٣.

<sup>٤</sup> تنص المادة (٥١) من ميثاق الأمم المتحدة على أنه "ليس في هذا الميثاق ما يمس بالحق الطبيعي في الدفاع عن النفس، فردياً أو جماعياً، في حالة تعرض أحد أعضاء الأمم المتحدة لعدوان مسلح، وذلك إلى أن يتم وقد اتخذ مجلس الأمن الإجراءات اللازمة للحفاظ على السلم والأمن الدوليين".

<sup>٥</sup> انظر القاعدة رقم (٦٩)، التعليق ٤ من دليل تالين ٢٠١٧: "على أساس أنه في حالة عدم وجود درجة جسامه تعريفية قاطعة، يجب على الدول التي تفكر في القيام بعمليات سيبرانية، أو التي تستهدفها، أن تكون محل التقييم المحتمل للمجتمع الدولي حول ما إذا كانت العمليات تنتهك حظر استخدام القوة."؛ انظر أيضاً القاعدة رقم (٦٩)، التعليق رقم ٨ من دليل تالين ٢٠١٧.

<sup>٦</sup> "ترى المحكمة أنه، كما هو الحال في حالة مبادئ القانون الإنساني المطبقة في النزاعات المسلحة، فإن القانون الدولي لا يترك مجالاً للشك في أن مبدأ الحياد - مهما كان محتواه - الذي له تشابه جوهري مع مبدأ الحياد الإنساني تنطبق المبادئ والقواعد (مع مراعاة الأحكام ذات الصلة من ميثاق الأمم المتحدة) على جميع النزاعات المسلحة الدولية، بغض النظر عن نوع السلاح المستخدم."، فتوى محكمة العدل الدولية الصادرة في ٨ يوليو ١٩٩٦ بشأن مشروع التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، تقارير محكمة العدل الدولية، ص ٣٩.



الإشارة إلى أن محكمة العدل الدولية، في حكمها الصادر في قضية نيكاراغوا، كانت ترى أن الاستخدام غير المشروع للقوة يمكن أن يكون من خلال الدعم اللوجستي (التدريب والتسليح على سبيل المثال).

من الواضح أن إنجازات دليل تالين ٢٠١٧ مأخوذة من دليل تالين ٢٠١٣، ولا يوجد شيء عملياً منذ عام ٢٠١٣ يبرر التشكيك في المبدأ.

يعتبر دليل تالين ٢٠١٧ أيضاً أنه ليس من الضروري أن يكون الضرر الناجم عن هجوم إلكتروني ضرراً مادياً حتى تستفيد الدولة من حقها في الدفاع عن النفس. وبالمثل تتناول القاعدة (٧١) من دليل تالين ٢٠١٧ فرضية شن هجوم من قبل مجموعة من غير الدول. لذلك ركز هذا العمل على تحديد معايير التي تسمح بتصنيف مثل هذه الهجمات أو أعمال معينة على أنها استخدام للقوة. من بين هذه المعايير، يمكن تحديد مدى خطورة الهجوم السيبراني، ومراعاة السياق السياسي، وملف الهجوم السيبراني وعلاقاته باستخدام عسكري محتمل ومستقبلي للقوة، وطبيعة الهدف، وما إلى ذلك. ومع ذلك، فإن هذه القائمة ليست على سبيل الحصر ولم تكن محل توافق في الآراء داخل فريق الخبراء. في الواقع أن المسألة تزداد تعقيداً من حيث أن مفهوم الأسلحة - ومن باب أولى الأسلحة السيبرانية - لم يتم تعريفها في القانون الدولي، مما يعني ظهور العديد من الصعوبات التي لا تزال تشغل الخبراء.

#### الخلاصة

من الواضح أن ظهور الفضاء السيبراني لم يؤد تلقائياً إلى ظهور قانون خاص به، ولا حتى إلى منظمة مؤسسية تتوقع الصعوبات التي قد يسببها إنشاء هذه المنطقة الجديدة من العلاقات غير المادية بين الأفراد والدول والآلات. إن الأمر يعد في غاية الصعوبة عندما يتم التعامل مع القضايا بشكل منهجي من خلال إصدار قانون لتقديم إجابات مصممة خصيصاً، وتوقع المشكلات المعقدة والتي لا يمكن التنبؤ بها مثل تلك الخاصة بالفضاء السيبراني. يُعد دليل تالين، الذي نُشر في عام ٢٠١٧، جزءاً من القانون المرن، الذي لم تعد قدرته على التحول إلى قانون ملزم بحاجة إلى إثبات. كما أن هذا العمل يمثل جزءاً من الاستجابة للاحتياجات التي غالباً ما تجعل صراعات القوى غير مسموعة.

<sup>١</sup> وفي سياق حكمها بشأن "نيكاراغوا" تشير المحكمة إلى أنه، رهنا بمسألة ما إذا كانت أفعالهم مبررة بممارسة حق الدفاع عن النفس، فإن الولايات المتحدة، من خلال مساعدتها للكونترا في نيكاراغوا، لقد ارتكبتوا بشكل مباشر انتهاكاً لهذا المبدأ من خلال "تنظيم أو تشجيع تنظيم قوات غير نظامية أو عصابات مسلحة ... بهدف التوغل في أراضي دولة أخرى والمشاركة في أعمال الحرب الأهلية ... في أراضي دولة أخرى" وفقاً لأحكام القرار ٢٦٢٥/٢٥ الصادر عن الجمعية العامة. تقارير محكمة العدل الدولية الفقرة ٢٢٨، الصفحات من ١٠٨ إلى ١٠٩.

<sup>٢</sup> انظر القاعدة (١١)، التعليق ٤ و٨.

<sup>٣</sup> القاعدة (١١)، التعليق ١٨

<sup>٤</sup> محمد ثامر، الصياغة المرنة في القانون الدولي، الحوار المتمدن، العدد ٤٩٠٩، ٢٠١٥. مقال متاح على الموقع:

<sup>٥</sup> <https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=٤٨٢٦٣٥> تاريخ الزيارة (٢٩/١١/٢٠٢٣)





الإعلان عن اتفاقية عدم الاعتداء في الفضاء السبراني بين روسيا والصين في مايو ٢٠١٥، والإعلانين المتبادلين بين الولايات المتحدة والصين بشأن الحاجة إلى عمل مشترك حول مدونة سلوك تتعلق بالأنشطة السبرانية منذ عام ٢٠١٥، والإعلان عن اتفاقية بين كل من كندا والصين فيما يتعلق بقرصنة جهاز الحاسوب في عام ٢٠١٧، هي قرائن على الفائدة المحتملة لعمل تالين، والتي لا ينبغي أن تتوقف عند هذا الحد.

<sup>١</sup> للمزيد أنظر الخبر في مجلة نيويورك تايمز: [https://www.nytimes.com/2015/05/09/world/europe/russia-and-china-sign-cooperation-pacts.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2015/05/09/world/europe/russia-and-china-sign-cooperation-pacts.html?_r=0) تاريخ الزيارة (٢٠٢٣/١١/٢٩)

<sup>٢</sup> للمزيد أنظر تقرير مؤسسة RAND للبحث و التطوير متاح على: <https://www.rand.org> تاريخ الزيارة (٢٠٢٣/٩/٣٠)



قائمة المراجع:

أولاً/ الكتب

- ١- جوزيف ناي، القوة الناعمة: وسائل النجاح في السياسة الدولية، ترجمة محمد توفيق البحيري، الطبعة الأولى، مكتبة العبيكان للنشر، الرياض، ٢٠٠٧
- ٢- عادل بن عبد العزيز بن صالح الرشيد، قرائن الجريمة الإلكترونية وأثرها في الإثبات، دار كنوز إشبيلية للنشر و التوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠١٧

ثانياً/ مواقع الانترنت

- ١- شرح هجمات DDoS وكيفية الحماية منها: <https://www.tathwir.com/٢٠٢٢/٠٥/DDoS-Attack.html>
- ٢- موقع الجزيرة، مركز الدراسات، مقال بعنوان المجال الخامس: الحرب السيبرانية في القرن ال ٢١ <https://studies.aljazeera.net/en/node/١٨١٩>
- ٣- الصفحة الرسمية لشركة الليبية للبريد والاتصالات و تقنية المعلومات القاضة <https://www.linkedin.com/posts/lptic>
- ٤- [www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr): Le Monde, La loi de programmation militaire ٢٠٢٤-٢٠٣٠, ١٥ juillet ٢٠٢٣
- ٥- لندن الخليج اونلاين: <http://alkhaleejonline.net>
- ٦- Pierre-Marie Dupuy, Soft Law and the International Law of the Environment <https://repository.law.umich.edu/mjil/voll2/iss2/4>
- ٧- محمد تامر، الصليغة المرنة في القانون الدولي، الحوار المتمدن، العدد ٤٩٠٩، ٢٠١٥: <https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp>
- ٨- تقرير مجموعات الخبراء الحكوميين التابعة للأمم المتحدة (GGE) المعنية بالأمن السيبراني، بتاريخ ٢٢ يوليو ٢٠١٥: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp)
- ٩- اقتراحاً مشتركاً مقدم إلى الأمم المتحدة بشأن السلوك الجيد على الإنترنت: <http://blog.internetgovernance.org/pdf/UN-infosec-code.pdf>
- ١٠- قرار التحكيم الصادر في ٤ أبريل ١٩٢٨، من قبل السيد ماكس هوبر، بين الولايات المتحدة وهولندا، في النزاع المتعلق بالسيادة على جزيرة بالماس: <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=١٠٠٣٥>
- ١١- حكم "نيكاراغوا"، تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٨٦، المادة ٢٠٥، ص. ١٠٨.
- ١٢- حكم "مضيق كورفو" الصادر عن محكمة العدل الدولية في ١٩ نوفمبر ١٩٤٩ [https://legal.un.org/icjsummaries/documents/arabic/st\\_leg\\_serfl\\_add5.pdf](https://legal.un.org/icjsummaries/documents/arabic/st_leg_serfl_add5.pdf)
- ١٣- فتوى محكمة العدل الدولية الصادرة في ٨ يوليو ١٩٩٦ بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، تقارير محكمة العدل الدولية [https://legal.un.org/icjsummaries/documents/arabic/st\\_leg\\_serfl\\_add5.pdf](https://legal.un.org/icjsummaries/documents/arabic/st_leg_serfl_add5.pdf)
- ١٤- اتفاقية عدم الاعتداء في الفضاء السيبراني بين روسيا والصين في مايو ٢٠١٥، مجلة نيويورك تايمز: [https://www.nytimes.com/٢٠١٥/٠٥/٠٩/world/europe/russiaand-china-sign-cooperation-pacts.html?\\_r=](https://www.nytimes.com/٢٠١٥/٠٥/٠٩/world/europe/russiaand-china-sign-cooperation-pacts.html?_r=)
- ١٥- تقرير مؤسسة RAND للبحث و التطوير: <https://www.rand.org>

ثالثاً/ وثائق و تقارير

- ١- تقرير فريق الخبراء الحكوميين المعني بالتطورات في مجال المعلومات والاتصالات في سياق الأمن الدولي - ٢٤ يونيو ٢٠١٣، A/٦٨/٩٨



الحماية التشريعية للمهاجرين غير الشرعيين

The Legislative Protection for illegal immigrants

د. فتحي سعد المبروك عون

كلية الدراسات العليا للعلوم الأمنية

ملخص:

اختص هذا البحث بتناول مسألة القوانين الحماية لفئة المهاجرين غير الشرعيين مُقسماً إياه إلى ثلاثة مطالب، تعرض الأول إلى كلا المفهومين العام والخاص لظاهرة الهجرة غير الشرعية، بينما اهتم الثاني بذكر أهم ممارسات الاعتراض الخطيرة، بالإضافة إلى المخاطر الناجمة عن هذه الظاهرة، ولم يغفل الباحث بين سطور بحثه في **المطلب الثالث** عن محاولة إيجاد آلية عملية لأجل تسخير تلك القوانين والتشريعات الحماية لهذه الفئة وشرعة تواجهها على التراب الليبي، وانقسمت الحماية بدورها إلى نوعين اثنين **حماية داخلية** تجسدت في مشروع قانون حماية المهاجرين غير الشرعيين، و**حماية خارجية** تجسدت في المواثيق الدولية كالعهديين الدوليين

**Abstract:**

This research focuses in addressing the issue of laws that protect the category of illegal immigrants, divided into three sections. The first aims at both the general and private concepts of the phenomenon of illegal immigration, while the second was concerned with mentioning the most important dangerous interception practices, in addition to the risks resulting from this phenomenon, and the researcher has not forgot to mention , in the third requirement, there is an attempt to find a practical mechanism to harness these laws and legislation to protect this group and legitimize their presence on Libyan soil. Protection, in turn, was divided into two types, internal protection embodied in the draft law on the protection of illegal immigrants, and external protection embodied in international agreements such as the two international covenants.

The phenomenon.



انصب اهتمام المجتمع الدولي اليوم بمختلف مكوناته على مواجهة ظاهرة الهجرة غير الشرعية على الرغم من تباين آراء الدول وطرقهم في التعامل مع الظاهرة؛ لانتفاء شر التدخل الخارجي في شئوهم الداخلية، وفي ظل غياب استراتيجية دولية موحدة لمواجهة الظاهرة، فإن التقارير الدولية تشير إلى الحجم الهيب الذي وصلت إليه .

وعلى الرغم من وجود العديد من الإحصائيات والأرقام الكبيرة فضلاً عن الأرباح الهائلة والعائدات الضخمة التي تتحدث عنها التقارير الدولية حيث صارت هذه الظاهرة تدر -وفقاً لتقارير الأمم المتحدة والمنظمات المتخصصة كمنظمة الهجرة- مليارات الدولارات سنوياً، الأمر الذي جعل من هذه الظاهرة تنمو وتزدهر، وجعل من عصابات الإجرام المنظم الممارسة لها أقوى في كل يوم عن ذي قبل.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أنه تباينت الدول في هذه الظاهرة بين ثلاثة أنماط فهي إما دولة مصدر أو دولة عبور أو دولة مقصد وفقاً للموقع الجغرافي لكل دولة من الدول ووضعها الاقتصادي والأمني والسياسي، لذلك يتعين على أعضاء الجماعة الدولية التعاون لأجل الحد من هذه الظاهرة وهذا أحد أهداف هذه الدراسة، وأحد أهم الأسئلة المراد الإجابة عليها.

#### أولاً: التعريف بالموضوع:

في هذه الدراسة نتعرف على مفهوم الهجرة غير الشرعية حتى نصل إلى مفهوم الحماية التشريعية للمهاجرين غير الشرعيين إذا ما سلمنا بأن نقلهم ينطوي على استغلال وخداع بل وعنفي وإكراه ضدهم.

نتعرف على حجم الظاهرة ومدى خطورتها بعد أن أصبحت تشكل جرماً يُعاقب مرتكبه بل صار يُصنف كواحد من أكثر أشكال الجريمة الدولية تحقياً للربح، كما نستعرض بعض الإحصائيات الصادرة عن منظمات متخصصة كالمُنظمة الدولية للهجرة (International Organization for Migration) (IOM) مع أن عدد من يتم مساعدتهم في الهجرة من المستحيل تحديده بدقة، إذ من الصعب الحصول على إحصائيات دقيقة؛ لأن تهريب المهاجرين نشاط يتم بطريقة سرية<sup>(١)</sup>.

وتقدر منظمة الهجرة الدولية International Organization for Migration "IOM" عدد ضحايا الاتجار بالبشر في إحصائية ٢٠٠٦ بنحو مليون شخص من الجنسين، ممن يُنقلون عبر الحدود الدولية؛ لإجبارهم على الدعارة وأعمال السخرة أو قسرهم على الانضمام إلى فرق مسلحة، وأن هناك ملايين آخرين يتم الاتجار بهم داخل بلادهم، ويؤدي استغلالهم إلى تحقيق أرباح ضخمة قُدرت بـ ١٢ مليار دولار لصالح شبكات إجرامية مازالت تعمل في أماكن كثيرة من العالم بلا عقاب، وأن كل الدول اليوم ضالعة في هذه التجارة سواء كانت مُصدرة، أو مستقبلة، أو تلك التي

<sup>١</sup> أقول هنا (ظاهرة) لأن الاتجار بالبشر أصبح مسألة لها وجود خارجي حقيقي، فالظاهرة هي الشيء الذي نستطيع التوصل إليه، وما عداها فهو غير موجود أو أنه موجود ولكن العقل الإنساني قاصر على إدراكه، يُراجع للمزيد حول المصطلح منير العليكي، موسوعة المورد العربية، بيروت، دار العلم للملايين، ١٩٩٠، الجزء الثاني، ص ٧٤٨. يُراجع للمزيد في ذلك إبراهيم سيد أحمد، قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر واتفاقية الأمم المتحدة، دار الكتاب القانوني، الإسكندرية ٢٠٠٨، ص/ ٨٣-٨٤. وأيضاً موقع سفارة الولايات المتحدة في تونس، (تونس. تونس)، على الرابط الإلكتروني التالي: <http://arabic.tunisia.usembassy.gov> وهو موقع الكتروني تشرف عليه وزارة الخارجية الأمريكية، تاريخ الدخول إلى الموقع ١٢/١٠/٢٠١٠ وسيرد تفصيل دقيق للإحصائيات في حينه.

أشير هنا إلى أنه يعيش ٢٧ مليون إنسان حول العالم، ٨٠% منهم من النساء والأطفال، من خلال تجارة البشر، حيث تقدر منظمة العمل الدولية (I.L.O) في تقرير لها أرباح استغلال النساء والأطفال جنسياً بحوالي ٢٨ مليار دولار سنوياً، كما تقدر أرباح العمالة الإجبارية بحوالي ٣٢ مليار دولار سنوياً، وتؤكد المنظمة أن ٩٨% من ضحايا الاستغلال التجاري الإجباري للجنس هم من النساء والفتيات، ويتعرض حوالي ٣ ملايين إنسان في العالم سنوياً للاتجار بهم، بينهم ١,٢ مليون طفل، وينقل ما يتراوح بين ٤٥ ألفاً و ٥٠ ألفاً من الضحايا إلى الولايات المتحدة الأمريكية سنوياً!



تعد دول مرور لها<sup>(١)</sup>.

إن البحث في موضوع الحماية التشريعية للمهاجرين غير الشرعيين يأتي استجابة ملحة لما تطرحه هذه الظاهرة من إشكاليات على المستويين الدولي والداخلي، ثمة إشكاليات تعكسها الأرقام والإحصائيات تكشف عنها التقارير الدولية كل يوم، وتتكرر لها السلطات الداخلية في العديد من الدول، وبأبني دور التعاون الدولي لكونه العامل الحاسم لنجاح منع تنامي الاتجار بالبشر وملاحقة مرتكبيه جنائياً وتقديمهم إلى العدالة، وحماية ضحاياهم ومساعدتهم وإعادة دمجهم في المجتمع، وهو التعاون الذي بدأ يتبلور مستشعراً أهمية المشكلة.

ثانياً: أهمية وأسباب اختيار الموضوع:

تأتي هذه الدراسة لتحليل موضوع الحماية التشريعية للمهاجرين غير الشرعيين من خلال استعراض الاتفاقيات والوثائق الدولية ذات الصلة بالحماية التشريعية للمهاجرين غير الشرعيين، بالإضافة إلى كل ما يتعلق بالجريمة المنظمة على وجه العموم، ومدى انعكاسها على التشريعات الداخلية للدول. كما تتجلى أهمية البحث في هذا الموضوع بالنظر إلى ازدياد حجم الظاهرة وعدم وجود سياسة تشريعية أو خطة استراتيجية شاملة إقليمية أو دولية لمواجهة الظاهرة أو لتوفير الحماية للمهاجرين، وإحجام الأنظمة في العديد من الدول عنها وعدم الاعتراف بوجودها، ومن ثمّ عدم السماح بالانضمام إلى الاتفاقيات القائمة أو عقد اتفاقيات ثنائية، وحتى الدول التي انضمت سيكون من الضروري تتبع تشريعاتها؛ لمعرفة مدى التزامها بأحكام تلك الاتفاقيات من عدمه.

إن أهم ما دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع - من بين أسباب أخرى- هو تلك التقارير التي باتت تصدرها بعض الدول والمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية.

وليقيننا التام بأنه لا يمكن إيجاد حل لظاهرة الهجرة غير الشرعية إلا بوجود دراسات جدية وواقعية تبنى عليها استنتاجات وإحصائيات من شأنها المساعدة في رسم تشريعات دولية جديدة وجدية على المستويين الدولي والداخلي من فئة المهتمين والمختصين ممن لديهم الكثير للمساهمة به في هذا المجال، فما أهداف هذه الدراسة؟

ثالثاً: أهداف الدراسة:

١. إن الهدف الرئيس من البحث في موضوع الحماية التشريعية للمهاجرين غير الشرعيين هو التعريف بالحجم الحقيقي للمشكلة، والبحث في أسبابها، للوصول إلى وضع حلول جذرية لها من خلال سياسة جنائية فعّالة تهدف إلى اقتناع صانعي القرار في الدولة الوطنية بخطورة المسألة وزيادة الوعي لديهم للتصدي لها بفاعلية.
٢. اقتراح الطرق التي تتمكن بها الهيئات القانونية في الدولة من تطوير من سبل التصدي للظاهرة بوضع استراتيجية شاملة لذلك "تشريعية، وتنفيذية، وقضائية"؛ لغرض تحقيق نقلة ملموسة في منع الهجرة غير الشرعية أو الحد منها.
٣. البحث في إمكانية وضع خطط يمكن من خلالها معرفة هوية ضحايا الهجرة غير الشرعية وتقديم المساعدة لهم سواء بإعادتهم إلى أوطانهم أو إعادة

تُراجع الحوار الذي أجرته سوسن حسين مع مدير عام منظمة الهجرة الدولية برونسون ماكينلي، مجلة السياسة الدولية، العدد ١٦٥، يوليو ٢٠٠٦، ص ٨٨ إلى ٩٤، حيث يرى الأخير بأن منظمة الهجرة العالمية على الرغم مما تقدمه من مساعدات في هذا المجال إلا أنها تظل مقنطرة أمام عالمية المشكلة، وهو يربط بين تنامي الظاهرة على المستوى الدولي وارتفاع معدلات الهجرة دولياً حيث يُقدّم أعداد كبيرة من البشر على الهجرة سعياً وراء حياة أفضل هرباً من الفقر والتمزق الاجتماعي بعد أن يتم التغير بهم من قبل شبكات تجارة دولية منظمة.



توطئتهم.

٤. دراسة عواقب التعاون الدولي الذي يجب اتباعه في التصدي لهذه الظاهرة باعتبارها عابرة للحدود، ولا يمكن للدول فردى أن تتصدى لها، لذا سيكون من الواجب مراعاة القوانين ذات الصلة، والبحث في إمكانية تطويرها.
  ٥. دراسة إمكانية وضع قواعد بيانات في كل دولة ترتبط بقاعدة بيانات موحدة تشرف عليها جهة دولية معتمدة ومحايدة كالمنظمة الدولية للهجرة ومنظمة الشرطة الجنائية الدولية وذلك لأهمية التقييم ومعرفة حجم التقدم في علاج المسألة.
  ٦. التعريف بالشركاء الحقيقيين المعنيين بمواجهة تهريب المهاجرين دولياً وداخلياً، ذلك لأن العمل الفعال على منع تهريب المهاجرين ومكافحته يتطلب اتباع منهج دولي وداخلي شامل متضمناً تدايير تهدف إلى منع هذا الأتجار وملاحقة المتجرئين من قبل كل الشركاء المتضامنين على المستويين الدولي والداخلي.
  ٧. تعريف المشرع الداخلي بجميع أشكال تهريب المهاجرين لغرض مواجهتها وسد النقص التشريعي الداخلي، والاستفادة من القوانين النموذجية المعدة لهذا الغرض.
  ٨. منح أجهزة إنفاذ القانون السلطات الكاملة التي تؤهلها للتصدي إلى هذه الجريمة وعدم تقييدها بقيود إضافية سواء كانت تشريعية أو سياسية تحد من قدرتها في مواجهة أعضاء العصابات الإجرامية، عدا القيود القانونية الأساسية.
  ٩. التعريف بالمعنى الحقيقي للمعني عليه فيها، والتعريف بالضحية وسبل حمايتها وإعادة دمجها من جديد في المجتمع وفقاً لكل فعل على حدة.
  ١٠. أخيراً تأتي هذه الدراسة للتأكيد على أن تهريب المهاجرين هو أحد أشكال تجارة الرقيق في العصر الحديث<sup>(١)</sup>، فهو ينتهك حقوق الإنسان الأساسية ويستغل الأبرياء؛ لذا يجب أن تكون الوقاية منه أحد الأهداف الرئيسة للمجتمع الدولي لأنه مشكلة عالمية تمس كل أعضاء الجماعة الدولية، لاسيما في البلدان الفقيرة، وأن مبالغه الطائلة تعود على عصابات الجريمة المنظمة علمياً.
- ويتفق الخبراء على أن الهجرة غير الشرعية تصاحبها نشاطات غير قانونية أخرى مثل العمل القسري واستغلال الأطفال والدعارة المنظمة، لذا فإن مجرد التنديد بهذه المشكلة واستنكارها لا يعد كافياً، فنحن بحاجة إلى تدايير قانونية صارمة لتجريم تهريب المجرمين دولياً وأن يمثل مرتكبوها أمام القضاء الجنائي الدولي لأنهم ينتهكون أهم حقين للإنسان وهما حق الحياة وحق التنقل.
- ولما كانت جرائم تهريب المهاجرين جريمة منظمة، يكون لزاماً علينا أن نتناول بالشرح والتحليل - وبما يخدم هذه الدراسة - التعريف بها من خلال الفقه وبما أقرته الاتفاقيات الدولية التي تحكمها خصوصاً بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، المكمّل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية .

٢

ورد هذا التعبير في التقرير السنوي الرابع، الصادر عن مكتب مراقبة ومكافحة الأتجار بالبشر التابع لوزارة الخارجية الأمريكية، والمقدم إلى الكونجرس حول الجهود والإجراءات المتخذة من جانب حكومات الدول الأجنبية للقضاء على ظاهرة الأتجار بالبشر واشنطن ٤ يونيو ٢٠٠٤ م. يُراجع للمزيد يُراجع في ذلك الدكتور: مصطفى طاهر، إطلالة على القانون الاتحادي لمكافحة جرائم الأتجار بالبشر، دراسة لمركز البحوث والدراسات الأمنية، القيادة العامة لشرطة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٨، ص ٥.

٢ عزف بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، المكمّل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية تهريب المهاجرين بما يلي: يُقصد بتعبير "تهريب المهاجرين" تدير الدخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من رعاياها أو من المقيمين الدائمين فيها، وذلك من أجل الحصول، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى.}



بالإضافة إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة العابرة للحدود (اتفاقية باليرمو لعام ٢٠٠٠) لكونها أول وثيقة دولية تنص على تعريف قانوني للجريمة المنظمة.

نحاول في هذه الدراسة تبيان تبعات هذه الظاهرة على مختلف الأوجه السياسية والاقتصادية والاجتماعية، كما أننا لن نغفل عن أساس وأصل كل ذلك، وهو موقف الشريعة الإسلامية الغراء من هذه المسألة؛ وذلك نظراً لكون التشريعات في بلداننا العربية والإسلامية تتخذ من الشريعة الإسلامية مصدرًا أساسيًا من مصادر التشريعات لديها.

نحن نتناول ظاهرة هامة بما تتضمنه من جوانب اجتماعية يصعب سردها لما فيها من مأس وحوادث أليمة من مهربي البشر وعن طوائف من البشر تبتلعهم أمواج البحر أو مهاجرين يختفون وراء كثبان الصحارى في مأساة ترويتها لنا كل ساعة وسائل الإعلام، في نماذج تشهدنا عدد من دول العالم اليوم، بحيث لم نعد نستطيع أن نبرئ أي دولة منها، ومن شأن إيرادها في أي دراسة إسباغ بُعد إنساني هو الأساس والمبتغى من أي عمل علمي. وأخيراً فإننا نهدف من هذه الدراسة إلى محاولة التعرف على الحجم الحقيقي للظاهرة واستنباطه من المصادر الرئيسة والتي أهمها دول المصدر ودول العبور ودول المقصد، وذلك لتبيان آليات الحماية التشريعية للمهاجرين غير الشرعيين.

رابعاً: منهج البحث:

نظراً لطبيعة الموضوع محل الدراسة لكونه يقع بين فرعين من فروع القانون وهما: (الدولي العام والجنائي)؛ لذا ستنبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي لجمع المعلومات الحقيقية والمفصلة عن ظاهرة أصبحت موجودة فعلاً، وتحديد المشاكل الناجمة عنها معتمدين على دراسة الوثائق القانونية على المستويين الداخلي والدولي، والبحث في حجم التناقض والتوافق بين النظريات والآراء الفقهية المختلفة؛ لمحاولة الترحيح بينها كلما كان ذلك ممكناً وتحديد الظروف والعلاقات الموجودة بين المتغيرات وجمع بيانات وصفية حول الظاهرة، بل وتحليل البيانات وربطها وتفسيرها وتصنيفها وقياسها واستخلاص النتائج منها بشكل علمي منظم؛ من أجل الوصول إلى أغراض محددة للإشكالية محل البحث، بمعنى دراسة الظاهرة كما توجد في الواقع ووصفها وصفا دقيقاً يُعبّر عنها كيفاً وكمًا، من خلال جمع المعلومات مع إجراء مقارنة وتقييم لها لاتخاذ قرارات مناسبة واستخلاص التعميمات والاستنتاجات.

كما أنه لا يمكننا إغفال المنهج التاريخي كلما استدعى الأمر، لكون الموضوع محل الدراسة قديم جديد يمتد بجذوره إلى بدء الخليقة، ويعاصر مراحل تطور القانون وذلك لمعرفة ما إن كان المجتمع الدولي قد أعطى لهذه المسألة حقها من الرعاية والاهتمام أم تركها تتفاقم ومن ثم تستعصي، وأخذنا بالطبع بالمنهج التطبيقي في بعض الجزئيات وذلك من خلال الاستعانة بما يتوفر من أمثلة على حالات ووقائع الاتجار بالبشر في ظل وجود ملايين الضحايا الذين يُعدّ الاستشهاد بهم أكبر دليل على أهمية وحجم الظاهرة<sup>١</sup>.

خامساً: إشكالية البحث:

- ما مدى إمكانية تطبيق القوانين واللوائح الخاصة بمكافحة الهجرة غير الشرعية على الواقع لمكافحة هذه الظاهرة والحد منها؟
- ما هو وضع الإحصائيات التي لم تصل إلى علم السلطات؟

يقول لانسون: "ليست هناك مناهج تصلح لكل شيء، وإنما هناك مبادئ عامة، وفيما عدا ذلك فكل مشكلة خاصة لا تحل إلا بمنهج خاص يوضع لها تبعاً لطبيعة وقائعها والصعوبات التي تثيرها" يُراجع لانسون ومابيه، منهج البحث في الأدب واللغة، ترجمة محمد مندور، الطبعة الثالثة، دار العلم للملايين، بيروت لبنان، فبراير





- هل يُسخر الإعلام - كسلطة رابعة - صلاحياته وإمكانياته لتضخيم حجم ظاهرة الهجرة غير الشرعية؟ أم أن الأعداد والنسب هي ضخمة في حقيقتها وواقعها؟
- إذا كان حق التنقل والهجرة حقان مكفولان فعلاً بموجب التشريعات السماوية والقوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، فما هي الإشكالية التي يُثيرها هذا الحق؟
- هل تم تسييس ظاهرة الهجرة غير الشرعية لصالح بعض الدول وكسبها لمصالح مُتفق عليها؟ أم أن الظاهرة هي في الأساس قضية قانونية ذات بُعد إنساني صرف؟
- هل تُؤتي الصكوك الدولية الحقوقية أكلها على أرض الواقع؟ أم أنها مجرد حبر على ورق؟
- في ظل الاتفاقيات الدولية والبروتوكولات المكملة لها من أجل حماية فئة المهاجرين غير الشرعيين، ماهي موانع شرعية وجودهم أو ترحيلهم أو إعادة توطينهم؟
- هل يلعب مكتب منظمة الهجرة الدولية IOM دوراً فعالاً للحد من هذه الفئة في ليبيا؟
- لطالما ظل المهاجرون غير الشرعيين يقيمون على التراب الليبي بشكل غير قانوني، فلماذا الإصرار على ابتكار آلية قانونية لتواجدهم؟
- ألم يحن الوقت بعد للتمعن في الإحصائيات المخيفة والنسب المثيرة للدهشة؟
- في ظل عدم تفعيل آليات الحماية واقعياً، ماهي النتائج الأكثر خطورةً مُمكنة الحدوث؟
- ماهي الطبيعة الغالبة والتي تصطبغ بها هذه الظاهرة؟
- هل يُشكل الاستثمار في خيرات أفريقيا عاملاً جاذباً لاستقطاب هذه الفئات كأبادٍ عاملة؟
- هل تطابقت أحلام المهاجرين غير الشرعيين القابعة في مُخيلتهم مع آفاق الحلم الأوروبي؟
- باعتبارها دولة عبور، هل يعد وجودهم على الإقليم الليبي مؤقتاً فعلاً؟ وهل يخضع عُنصر التأقيت إلى ضوابط وحدود؟
- هل يتأرجح وضعهم القانوني بين عنصري التأقيت والديمومة؟
- ماذا إن قرروا البقاء والإقامة في ليبيا وعض الطرف عن حلمهم الأوروبي، كيف تتعامل السلطات الليبية مع رافضي العودة إلى دولهم الأصل؟
- هل استطاعت ليبيا بلوغ التوازن بين كفتي الميزان: كفة حقوقهم المكفولة بموجب المواثيق الدولية من ناحية، وكفة إمكانيات الدولة المتواضعة للحد من هذه الظاهرة؟

سادسا: خطة البحث:

نظراً لأهمية الظاهرة فقد ارتأينا البحث فيها وفقاً للتقسيم التالي: نناقش في **المطلب الأول**: التعريف بالهجرة وحجم الظاهرة من حيث تبيان المفهوم العام لها حيث نوضح المفهوم الخاص لظاهرة الهجرة غير الشرعية بالتعرف أولاً على الهجرة غير الشرعية لغة واصطلاحاً كظاهرة ومتى يتم وصفها بغير الشرعية ثم نتعرف على حجم الظاهرة، ثم نناقش في **المطلب الثاني**: المخاطر التي يتعرض لها المهاجرون غير الشرعيين من حيث ممارسات الاعتراض الخطرة، وأهم المخاطر النامة عن هذه الظاهرة وعمليات الإبعاد الجماعي وانتهاكات مبدأ عدم الطرد، وإنكار



الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ثم ناقش في **المطلب الثالث**: سبل حماية المهاجرين غير الشرعيين، من حيث الحماية الداخلية، والحماية الخارجية حيث صنفت القواعد الدولية التي لها صلة بحماية المهاجرين إلى صنفين، أحدهما يتعلق بقواعد الحماية العامة للمهاجرين المتمثلة في الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، والآخر يتعلق بقواعد الحماية الخاصة بالمهاجرين وأفراد أسرهم والمتمثلة في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن حماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لعام ١٩٩٠م، وبناءً عليه، ومن أجل الإحاطة بمختلف جوانب الموضوع سيتم تناوله من خلال محورين الأول يعنى بالقواعد الدولية العامة لحماية المهاجرين: العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والحقوق الأساسية للمهاجرين غير الشرعيين، والثاني من خلال المخاطر الناجمة عن الهجرة غير الشرعية، ثم تعرض إلى الوضع الحالي في ليبيا فيما يتعلق بظاهرة الهجرة غير الشرعية، وأهم الحلول المقترحة لوضع حد للظاهرة، ثم نختتم كل ذلك بخاتمة نتناول من خلالها أهم النتائج والتوصيات التي سنتوصل إليها بإذن الله تعالى من خلال هذه الدراسة، وذلك لأجل تفعيل الحماية التشريعية للمهاجرين غير الشرعيين.

ودرستنا لهذا الموضوع سوف تتم من خلال تقسيم ثلاثي المطالب نتعرف فيه على هذه الظاهرة أولاً، ثم نتعرف في مطلب ثانٍ على أوجه الحماية التشريعية الداخلية والدولية ذات العلاقة، أما في المطلب الثالث فسوف نناقش أهم سبل حماية المهاجرين غير الشرعيين.

### المطلب الأول: التعريف بالهجرة وحجم الظاهرة.

تعتبر الهجرة من أقدم الظواهر التي عرفتها البشرية وهي بهذا تطرح التساؤل حول كيفية وتوقيت وسبب التصاق وصف غير الشرعية بها، رغم أنها ظاهرة طبيعية بل وأقرتها كل التشريعات الوضعية والشرائع السماوية، وقد جاء مفهوم الدولة وحدودها كحد فاصل بين مدى شرعية الظاهرة من عدمها، بعد أن تعددت حدود الدول وفرضت تشريعاتها الداخلية قوانين وضوابط وأماكن تنظم دخول الأجانب إليها وإقامتهم فيها وخروجهم منها، وقد تم وصف المخالف لهذه التشريعات بغير الشرعي أو غير القانوني أو غير النظامي، أما ما جعل هذه الظاهرة تتفاقم فهو بالدرجة الأولى الفجوة بين الدول المتقدمة والدول النامية والمتخلفة أو الأقل تقدماً.

ويعود على بدء، الهجرة مصطلح يعنى الانتقال من بلد إلى آخر بغرض الاستقرار فيه بشكل مؤقت أو دائم بحثاً عن مستوى معيشي أفضل، وقد بدأت منذ القدم، فلا يمكن تحديد تاريخ بدايتها بالنظر إلى كثرتها وزيادة انتشارها على هذا النحو كما أن هناك العديد من العوامل الأخرى والتي من بينها العولمة، والتطور، وسهولة الاتصالات والمواصلات، والأزمات الاقتصادية والبحث عن فرص أفضل للعيش، ناهيك عن الأزمات السياسية والحروب والنزاعات المسلحة، هذا فضلاً عن أسباب أخرى قد يكون لها دور في الهجرة كالتخوف والاضطهاد الذي يعاني منه البعض بسبب الانتماء أو المعتقد، أو تفشي الأوبئة والأمراض، والبراكين والفيضانات<sup>١</sup>.

لذا يمكن القول بعد هذا الإيجاز أن المهاجر هو إنسان دفعته ظروف قاهرة إلى الانتقال من مكان إقامته الأصلي إلى مكان آخر أفضل منه، لهذا فهو ليس بمجرم في الأصل حتى وإن خالف شروط الدخول إلى بلد ما، لهذا سنتناول الحماية التشريعية للمهاجرين غير الشرعيين وكيفية معاملتهم، واحترام حقوق الإنسان بوجه عام؛ فلطالما كانت الهجرة ظاهرة اجتماعية ذات بعد إنساني.

<sup>١</sup> لندا مصطفى حسين الكلش، الحريات والحقوق الأساسية الدولية والوطنية للعمال المهاجرين، الأردن - دراسة حالة، رسالة ماجستير، قسم القانون العام، كلية

الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٨.



وتكمن أهمية دراسة الإطار التشريعي للحماية الداخلية والدولية للمهاجرين في معرفة القواعد والآليات الحمائية المرصودة لهذه الفئة الاجتماعية والتي أصبحت-بدورها- تمثل حيزاً كبيراً من اهتمامات مختلف صانعي القرار في دول العالم، فقد تبلورت أولى قواعد الحماية ضمن منظومة تشريعية متكاملة داخلية من خلال قانون العقوبات والإجراءات الجنائية والتشريعات الخاصة بالقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠١٠م بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية، وكذلك الدولية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان يليه العهدان الدوليان للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية؛ فهذه الصكوك الدولية وغيرها أرست أسس حماية عامة للمهاجرين، باعتبارهم بشر يخضعون إلى حماية عامة بموجب منظومة القانون الدولي لحقوق الإنسان.

ودرستنا لهذا الموضوع سوف تتم من خلال تقسيم ثلاثي نتعرف فيه على الظاهرة أولاً ثم نتعرف في مطلب ثانٍ على أوجه الحماية التشريعية الداخلية والدولية ذات العلاقة وفي المطلب الثالث نناقش أهم سبل حماية المهاجرين غير الشرعيين.

نتعرف على الهجرة بداية من حيث المفهوم العام لها والمفهوم الخاص وذلك على النحو التالي:

### الفرع الأول: المفهوم العام لظاهرة الهجرة غير الشرعية.

إن الهجرة ظاهرة اجتماعية إنسانية عرفتها البشرية منذ أقدم العصور، وهي غريزة في الإنسان تمسك بما من أجل البقاء، وفرضتها ظروف مختلفة، منها ما هو اقتصادي بسبب عدم التوزيع العادل للثروات في العالم، وانعدام وجود تنمية اقتصادية من خلال نقص المواد والموارد في بعض البلدان مقارنة ببلدان أخرى، أو بسبب نقص الإمكانيات المالية والتقنية أو اجتماعية بسبب عدم وجود تنمية مؤثرة اجتماعياً سواء من خلال ضعف البرامج التعليمية والتأهيلية والتكوين، أو من خلال عدم الاستقرار الاجتماعي، أو الهجرة بحثاً عن الحرية والحياة الآمنة المستقرة .

لكن عدم شرعية ظاهرة الهجرة غير الشرعية يُعزى إلى دخول أولئك الأشخاص بطريقة مُحالفة للقانون من منافذ أخرى غير تلك المعدة للدخول والخروج وبدون إذن من الجهات المختصة في الدولة هو قول يصدق في جانب ولا يصدق في جانب آخر، والأسباب كثيرة ومتعددة، فمن المعروف ان الملكية كانت بدايتها شيوعاً بين الجماعات السكانية إلى أن بدأ كل من الطمع والنزاع يدب في أوصال تلك الجماعات وحازت كل منهم قطعة من الأرض بعد أن أحاطتها بسياج أو سور يمنع أي غريب من الدخول إلا بإذن منها، وهكذا فعلت كل جماعة بما حازته من رقعة الأرض إلى أن تكونت جماعات سكانية كثيرة ومتنوعة وغير متجانسة عُرفت باسم الدولة، ودون الخوض في مسألة الأصل التاريخي لنشأة الدولة المختلف أساساً فيه؛ حيث يعود إلى صعوبة حصر كل الظروف والعوامل التي ساهمت في تلك النشأة، والنظريات التي قيلت بشأنها تصلح أيضاً لتفسير أساس السلطة السياسية فيها، والتي من أهمها النظريات الدينية (التيوقراطية) نظريات القوة والغلبة، النظريات العقدية (الديمقراطية) نظريات التطور، والنظريات المجردة من المفكرين والفلاسفة، فقط ما أردنا قوله هنا هو أن الدولة تكونت ومنعت الغريب من خارج حدودها إلا وفق شروط عديدة تزيد وتنقص تبعاً لمصالحها ومراعاة لسيادتها وسلطانها على أرضها، ولكن في العموم هذه الشروط لا تخرج عن:

- الحصول على إثبات هوية من هذه الدولة سميت فيما بعد جواز سفر ساري المفعول صادر من جهة الاختصاص في دولة الراغب في الدخول.
- أن يتم الدخول والخروج عبر الأماكن التي تحددها كل دولة وفقاً لتشريعاتها النافذة وبما يتفق والتزاماتها الدولية.
- أن يكون طالب الدخول حاملاً لشهادة صحية تثبت خلوه من الأمراض المعدية.
- أن يحصل على إذن بالدخول من الدولة الراغب في الدخول إليها سميت فيما بعد بتأشيرة دخول صحيحة على الجواز الذي يحملة.



وهنا قد يقول قائل أن القصد من وراء هذا العرض بات واضحاً، وهو أن المخالف لهذه الشروط هو من يصدق عليه وصف المهاجر غير الشرعي، وقد يقول آخر أن المتسلل أيضا تنطبق عليه هذه الشروط وهو يختلف عن المهاجر غير الشرعي.

### ولكن كيف أصبحت الهجرة بهذا المفهوم ظاهرة غير شرعية؟

سبق وأن تطرقنا إلى أن الهجرة ليست وليدة القرن الحالي على الرغم من أن ازدياد أخطارها بصورة كبيرة مطلع القرن العشرين، كما أنها ليست حكراً على مجتمع دون آخر، ودلنا على هذا بقولنا أن المسلمين مارسوا هذا الحق هرباً من الاضطهاد الذي كان واقعاً عليهم، وقد هاجروا إلى الحبشة والمدينة، ثم مارسوا هذا الحق لأجل التجارة شمالاً وجنوباً، فقد حث الإسلام على الانتشار في الأرض التي جعلت للإنسان سهلة ميسرة الحركة ليمشي فيها ويبحث عن الرزق ويتدبر أمر الكون، فهذا الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز يقرر عدة قواعد لتطبيق حق الانتقال داخل وخارج الدولة الإسلامية عندما قال: { افتحوا للمسلمين باب الهجرة } ، وقال أيضاً: (دعوا الناس تتجر بأموالها في البر والبحر ولا تحولوا بين عباد الله ومعاشهم) ١. يصدق هذا كلام الباري عز وجل بقوله:

﴿ إِنَّ الَّذِينَ تَوَفَّاهُمْ ظَلَمِي أَنفُسِهِمْ قَالُوا فِيمَ كُنْتُمْ قَالُوا كُنَّا مُسْتَضْعَفِينَ فِي الْأَرْضِ قَالُوا أَلَمْ تَكُنْ أَرْضُ اللَّهِ وَسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا فَأُولَئِكَ مَأْوَاهُمْ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا ٩٧ إِلَّا الْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانَ لَّا يَسْتَطِيعُونَ حِيلَةً وَلَا يَهْتَدُونَ سَبِيلًا ٩٨ فَأُولَئِكَ عَسَى اللَّهُ أَنْ يَعْفُوَ عَنْهُمْ وَكَانَ اللَّهُ عَفُوًّا غَفُورًا ٩٩ وَمَنْ يُهَاجِرْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يَجِدْ فِي الْأَرْضِ مُرَاعِمًا كَثِيرًا وَسَعَةً وَمَنْ يُخْرَجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ يُدْرِكْهُ الْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ١٠٠ ﴾ ٢.

ويقول: (وَالَّذِينَ هَاجَرُوا فِي اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مَا ظَلَمُوا لَنُبَوِّئَهُمْ فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَلَا جَزَاءَ الْآخِرَةِ أَكْبَرُ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ) ٣.

هذا عن الحق في الهجرة في بلاد المسلمين، إلا أن هناك ظروفًا استدعت وضع حد لهذه الهجرات المتتالية لعل أهمها المصلحة العامة، وكذلك استغلال هذا الأمر للأضرار بحقوق الآخرين.

### الفرع الثاني: المفهوم الخاص لظاهرة الهجرة غير الشرعية.

نتعرف أولاً على الهجرة غير الشرعية لغة واصطلاحاً كظاهرة ومتى يتم وصفها بغير الشرعية وذلك على النحو التالي:

#### ١: التعريف بالهجرة

الهجر لغة هو الخروج من أرض إلى أرض أخرى ٤ وهي تعني الانتقال من مكان إلى آخر، أما في الاصطلاح تعني فيما تعني ترك الشخص موطنه ومغادرته إلى بلد آخر بغرض البحث عن مصدر رزق أو وسيلة للعيش أفضل مما هو فيه الآن.

١ خالد محمد خالد، عمر بن عبد العزيز، مكتبة الانجلو، القاهرة ١٩٦٩ ص (٢٠٩).

٢ الآية (٩٧ - ١٠٠) من سورة النساء؛ وعموماً فإن ذكر الهجرة والمهاجرين وردت في القرآن الكريم ٢١ مرة على النحو التالي {سورة البقرة ٢١٨، آل عمران ١٩٥، النساء ٨٩، النساء ٩٧، النساء ١٠٠، الأنفال ٧٢، الأنفال ٧٤، الأنفال ٧٥، التوبة ٢٠، التوبة ١٠٠، التوبة ١١٧، النحل ٤١، النحل ١٠٠، الحج ٥٨، النور ٢٢، العنكبوت ٢٦، الأحزاب ٦، الأحزاب ٥٠، الحشر ٨، الحشر ٩، الممتحنة ١٠}.

٣ الآية (٤١). من سورة النحل.

٤ مختار القاموس، الطاهر أحمد الزاوي، الدار العربية للكتاب، حرف الهاء ص (٦٢٩).



والهجرة أو التنقل حقان من أهم حقوق الإنسان كفلتهما كافة الشرائع السماوية والتشريعات الوضعية، فمن حق كل إنسان التنقل خارج إقليم الدولة وفقاً لمتطلباته الخاصة، سواء للبحث عن مصدر رزقٍ أو عملٍ أو علاجٍ أو سياحةٍ أو ما إلى ذلك من متطلبات التنقل.

والهجرة والتنقل قد تكونان بسبب الجور أو الظلم أو الاضطهاد الذي يدفع الشخص للجوء إلى إقليم دولة أخرى؛ هرباً من ظلم أخيه الإنسان في بلده، بخلاف الأمر إذا كان اللجوء أو الهجرة هرباً من جريمة سياسية أو اقتصادية.

وهي ظاهرة اجتماعية إنسانية عرفتها البشرية منذ أقدم العصور، ويخبرنا الباري عز وجل عن هجرة العديد من الأنبياء بعد أن أبلغوا رسالاتهم التي أمرهم الله بإبلاغها إلى البشرية، حتى أنّ نبينا محمداً ﷺ بعد أن آذاه قومه وعذبوا أصحابه أمرهم الله بالهجرة إلى الحبشة فراراً بدينهم، وهاجر عليه الصلاة والسلام إلى الطائف بعد أول حصار اقتصادي من أبناء عمومته له، ورحل في المرحلة الثالثة إلى المدينة عندما وصل الأمر إلى حد تأليب المتآمرين عليه ليقتلوه، فنجاه الله منهم بالهجرة.

إنّ ما أردنا الانتهاء إليه هنا فقط هو أن الله -عز وجل- كفل حق الهجرة في القرآن الكريم في العديد من الآيات التي تؤكد على ذلك بقوله: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ تُشْجَرُونَ﴾ ١.

أما على مستوى التشريعات الوضعية فقد كفل القانون الليبي هذا الحق، بل ونظّمه شرط ألا يكون التنقل هرباً من حكم قضائي، وأن يكون هذا التنقل أثناء السلم، وهذا يتماشى وأحكام القانون الدولي خاصة مضمون ما ورد النص عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة الثالثة عشر منه، وكذا الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية.

ولكن إذا كان الأمر على ما هو عليه وأن التنقل والهجرة حقان مكفولان بموجب التشريعات السماوية والقوانين الوضعية، فما هي الإشكالية التي يثيرها هذا الحق؟

إن التنقل والسفر والهجرة حقوق كفلتها القوانين الوضعية ووضعت لها ضوابط محددة تضمن عدم استغلالها لخرق القوانين، أو الهروب من تطبيقها، وفي هذه الورقة البحثية سنركز على ظاهرة انشغل العالم اليوم بأجمعه بما ومعاناته منها، وقد أتفق على تسميتها بالهجرة غير الشرعية، فما مفهومها؟ وهل هي اليوم ظاهرة غير شرعية؟ وما مخاطرها؟ وكيف عولجت قانوناً؟ كل هذه الأسئلة تناوّلها في هذه الورقة بشيء من الإيضاح.

#### أ) الهجرة لغة:

جاءت كلمة الهجرة في اللغة العربية من الفعل (هجر) ويعني الهجر، عكس الوصل، هجره يهجره هجراً وهجراناً، يقال: هجرت الشيء هجراً إذا تركته وأغفلته.



## ب) الهجرة اصطلاحاً:

تعرف الهجرة بأنها الخروج من أرض إلى أخرى سعياً وراء الرزق أو الأمن، وقد عرفت منظمة الهجرة الدولية الهجرة "Migration" بأنها عملية التحرك سواء عبر الحدود الدولية أو داخل الدولة، فهي حركة انتقال سكانية تشمل أي نوع من حركات الناس أياً كان طولها أو أسبابها وتشمل هجرة اللاجئين والأشخاص المشردين المفككين عن عائلاتهم والمهاجرين الاقتصاديين "أي أن الهجرة هي مغادرة بلد إلى بلد آخر بغرض الاستقرار الدائم أو المؤقت فيه، وتنص المعايير الدولية على أن جميع الأشخاص لهم الحرية في التنقل والمغادرة من أي بلد بما فيها بلدهم، وقد تفرض بعض الدول قيوداً على حق الفرد في مغادرة بلده، ويصنف المهاجرون إلى فئات عدة مهاجرون مؤقتون ومهاجرون دائمون، ذوي مهارات عالية أو ذوي مهارات محدودة، ولاجئين، وطالبو لجوء.

وعلى المستوى الدولي يمكن تعريف الهجرة غير الشرعية بأنها اجتياز الحدود دون موافقة دولة الأصل براً أو بحراً أو جواً أو دولة الاستقبال بأي طريقة كاستعمال وثائق مزورة أو اجتياز الحدود خلسة؛ أما المنظمة الدولية للهجرة فقد أشارت إلى أن مصطلح "المهاجر" مصطلح شامل، لم يتم تعريفه بموجب القانون الدولي، ويعكس الفهم العام للشخص الذي ينتقل بعيداً عن مكان إقامته المعتاد، سواء داخل بلد أو عبر حدود دولية، بشكل مؤقت أو دائم، ولأسباب متنوعة، ويشمل المصطلح عدداً من الفئات القانونية المحددة جيداً، مثل العمال المهاجرين؛ الأشخاص الذين تم تعريف أنواع معينة من تحركاتهم قانوناً، مثل المهاجرين المهرين، بالإضافة إلى أولئك الذين لم يتم تحديد وضعهم أو وسائل تنقلهم بشكل محدد بموجب القانون الدولي، مثل الطلاب الدوليين.

غير أنه على المستوى الدولي، لا يوجد تعريف مقبول عالمياً لمصطلح "المهاجر"، حيث تم تطوير التعريف الحالي من قبل المنظمة الدولية للهجرة (IOM) لأغراضه الخاصة وليس المقصود منه الإشارة أو إنشاء أي فئة قانونية جديدة.

## ٢- حجم الظاهرة:

تقدر منظمة الهجرة الدولية أو "IOM" International Organization for Migration عدد ضحايا الاتجار بالبشر في إحصائية ٢٠٠٦ بنحو مليون شخص من الجنسين، ممن يُنقلون عبر الحدود الدولية لإجبارهم على الدعارة وأعمال السخرة أو قسرهم على الانضمام إلى فرق مسلحة، وأن هناك ملايين آخرين يتم الاتجار بهم داخل بلدانهم، ويؤدي استغلالهم إلى تحقيق أرباح ضخمة قدرت بـ ١٢ مليار دولار لصالح شبكات إجرامية مازالت تعمل ولا زالت - في أماكن كثيرة من العالم بلا عقاب، وأن كل الدول اليوم ضالعة في هذه التجارة سواء كانت مُصدرة، أو مستقبلة، أو تلك التي تعد دول مرور لها(٢).

وتشير إحصائيات الأمم المتحدة - قسم الشؤون الاجتماعية والاقتصادية أن أعداد المهاجرين قدر بزيادة نحو ٤١% مقارنة مع عام ٢٠٠٠ أي أن ٣,٣% من وصل في عام ٢٠١٥ إلى ٢٤٤ مليوناً من سكان العالم مهاجرون، مقارنة مع نسبة ٨,٢% عام ٢٠٠٠، وقد

<sup>١</sup> نورة منتصر: "إشكالية الهجرة بين التنظيم والتنمية: قراءة في نتائج مؤتمر مراكش" رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل مكناس، ٢٠١٨-٢٠١٩.

تراجع الحوار الذي أجرته سوسن حسين مع مدير عام منظمة الهجرة الدولية برونسون ماكيني، مجلة السياسة الدولية العدد ١٦٥ يوليو ٢٠٠٦، ص ٨٨-٩٤، حيث يرى بأن منظمة الهجرة العالمية على الرغم مما تقدمه من مساعدات في هذا المجال إلا أنها تظل مقصرة أمام عالمية للمشكلة، وهو يربط بين تنامي الظاهرة على المستوى الدولي وارتفاع معدلات الهجرة دولياً، حيث يُقدم أعداد كبيرة من البشر على الهجرة سعياً وراء حياة أفضل هرباً من الفقر والتمزق الاجتماعي بعد أن يتم التغرير بهم من قبل شبكات تجارة دولية منظمة.



بلغت نسبة النساء المهاجرات نحو 14.9% من إجمالي عدد المهاجرين الدوليين وقدرت منظمة العمل الدولية عدد العمال المهاجرين حول العالم بنحو 3,150 مليون، منهم 5.11 مليون عامل منازل مهاجر، وأوضح أن هذا التقدير يشمل المهاجرين العاملين أو الباحثين عن فرصة عمل<sup>١</sup>.

وبحسب تقرير وكالة الأمم المتحدة للهجرة بعنوان "الهجرة في العالم لعام 2018"، فإن عدد المهاجرين الدوليين حول العالم قدر بـ 258 مليون مهاجر يمثلون 4.3% من سكان العالم، ومنهم ما يقرب 40 مليون طفل ويافع يدرسون، بينما قضى ما يقارب 3400 مهاجر ولاجئ نهبهم في مناطق مختلفة حول العالم، منهم 2000 كانوا يحاولون الوصول إلى أوروبا.

وفيما بعد توصل المجتمع الدولي لإبرام اتفاقية دولية خاصة بحماية العمال المهاجرين وأفراد أسرهم سنة 1990، وقد أعلنت منظمة الهجرة الدولية في بيان لها، إعادة 461 شخصاً إلى ليبيا، منذ يناير.. وأفادت المنظمة أن هؤلاء المهاجرين تم اعتراضهم وسط البحر، مشيرة إلى أن 114 مهاجراً لقوا حتفهم خلال الفترة المذكورة، فيما فقد الاتصال مع 436 آخرين، وهم في عداد المفقودين.

يُذكر أن أغلب المهاجرين ينحدرون من تشاد والسودان ومصر والنيجر وتونس، بالإضافة إلى عدد من دول جنوب الصحراء، حيث تتواصل الجهات المسؤولة مع سفارات الدول لاستلام رعاياهم.

غير أن التقارير الدولية وخاصة تقرير المنظمة الدولية للهجرة في ليبيا عن المهاجرين للعام 2021م تتحدث عن أرقام مرتفعة ونسبة موزعة على طول الساحل الليبي بالإضافة إلى عدد من المدن الليبية وينسب متفاوتة، كما أن هذه التقارير تدين الممارسات غير القانونية وتجاه المهاجرين، ويصبح الأمر أكثر سوءاً حينما تكون هذه الممارسات من قبل القائمين على تنفيذ القانون لهذا كانت هذه الورقة عن حقوق المهاجرين غير الشرعيين وسبل الحماية التي توفرها لهم التشريعات المحلية والدولية.

وكانت المنظمة الدولية للهجرة قد أصدرت تقرير "الهجرة في العالم لعام 2022" الذي كشف عن زيادة دراماتيكية في النزوح الداخلي؛ بسبب الكوارث والصراعات والعنف في الوقت الذي تسببت فيه قيود السفر المتعلقة بجائحة كوفيد-19 في وقف حركة التنقل في العالم. وقال السيد انطونيو فيتورينو المدير العام للمنظمة الدولية للهجرة: "نشهد مفارقة غير مسبوقة في التاريخ البشري. ففي الوقت الذي أجبر فيه مليارات البشر على البقاء في أماكنهم بسبب كوفيد-19، فإن عشرات الملايين الآخرين نزحوا داخلياً داخل دولهم."

وانخفض عدد المسافرين جواً حول العالم بنسبة 60% خلال عام 2020 إلى 1,8 مليار مسافر (مقارنة بـ 4,5 مليار في عام 2019)، وفي نفس الوقت ارتفع عدد النازحين داخلياً بسبب الكوارث والصراعات والعنف إلى 40,5 مليون شخص (مقارنة بـ 31,5 مليون عام 2019)، ويوضح التقرير - وهو الحادي عشر الذي تصدره المنظمة - أهم أنماط الهجرة وكذلك القضايا المتعلقة بسياسات الهجرة التي تلوح في الأفق وذلك بناءً على أحدث البيانات من حول العالم.

وأفادت محررة التقرير ماري ما كوليف: "هذا التقرير مختلف عن أي نسخة سابقة من تقارير الهجرة في العالم". وأضافت: "لقد حدث الكثير في مجال الهجرة والتنقل خلال العامين الماضيين ونقوم في هذا التقرير بالجمع بين البيانات الرئيسية والأبحاث والتحليلات لنظهر كيف غير كوفيد-19 الأنماط طويلة الأمد وكيف تأثر المهاجرون حول العالم."

<sup>١</sup> لندا مصطفى حسين الكلش، الحريات والحقوق الأساسية الدولية والوطنية للعمال المهاجرين، مرجع سبق ذكره، ص 20.





وبحسب التقرير ارتفع عدد المهاجرين الدوليين من ٨٤ مليون حول العالم في ١٩٧٠ إلى ٢٨١ مليون في ٢٠٢٠، ولكن بوضع زيادة تعداد السكان العالمية في الاعتبار، فإن نسبة المهاجرين الدوليين ارتفعت من ٥٢,٣% من سكان العالم إلى ٥٣,٦% خلال نفس الفترة.

وبحسب التقرير أيضاً، فإن معظم الناس حول العالم ٩٦,٤% يعيشون في الدول التي ولدوا على إقليمها، كما أن عدد المهاجرين الدوليين في ٢٠٢٠ كان أقل بحوالي ٢ مليون مما كان يمكن أن يكون لولا كوفيد-١٩.

ويحظى تقرير الهجرة في العالم الآن بعدد من المواد التي تتماشى مع العصر الرقمي، وتسمح المنصة الإلكترونية التفاعلية للمستخدمين بالاستكشاف والتفاعل مع البيانات الرئيسية بطريقة مرئية وجذابة، وفازت نسخة ٢٠٢٠ من التقرير بالمركز الأول في مسابقة جوائز تصميم التقارير الدولية السنوية في وقت سابق من العام الحالي.

كما تم تصميم "أدوات المعلم الإلكتروني" لدعم الأساتذة حول العالم في سعيهم لتوفير مواد تعليمية متوازنة ودقيقة ومثيرة للاهتمام حول أساسيات الهجرة والمهاجرين للمراقبين والباحثين.

وأصبح تقرير الهجرة في العالم مصدراً رئيسياً للمتخصصين من المعلومات؛ الأمر الذي يساعد على دحض الأخبار الزائفة حول الهجرة في أماكن متعددة من العالم، ويتوفر إصدار ٢٠٢٢ الآن على أدوات جديدة وبسيطة لمساعدة المتخصصين من المعلومات وتوضيح حقيقة الأساطير الكبيرة حول الهجرة.

وبالإضافة إلى تحليل البيانات، يقوم التقرير بتغطية مواضيع محددة لخدمة القراء الذين يحتاجون محتوى معمق أكثر، وتشمل المواضيع المتناولة: الهجرة والتغير المناخي البطيء، والروابط ما بين الهجرة والسلام والتنمية، والاتجار بالبشر في مسارات الهجرة، وتأثير كوفيد-١٩، والمعلومات المضللة حول الهجرة، ومساهمة المهاجرين في عصر التضليل، والدكاء الاصطناعي والهجرة وهي كلها مواضيع راهنة ومهمة للغاية للمتخصصين والجمهور العام.

وإذا ما علمنا أن الهجرة غير الشرعية هي رحلة قاسية من العذاب يسلكها المهاجر نحو المجهول، رغم كونه شخصاً غير محترف الإجرام، فهو إنسان دفعته الحاجة إلى اختيار صعب غير مأمون العواقب بعد أن ضاقت عليه الأرض بما رحبت في وطنه الأصلي،

فجعلته غريباً في بلده الأصلي وغريباً في طريق بري أو بحري غير مأمون وإلي أن يصل إلى مبتغاه ليظل غريباً في مجتمع ينكر عليه وجوده، فإن كل هذا يقودنا إلى أن المهاجر صار إنساناً منبوذاً بحكم الأعراف السائدة وأن كل أوجه الحياة قد سُدت في وجهه، وبالتالي نراه قد التجأ إلى طرق أخرى غير قانونية وغير محمودة العواقب جعلته يكره ويكرهه، فألصق به وصف المهاجر غير الشرعي، أي بعد أن صارت مخاطر هذه الظاهرة أكثر من مزاياها، وهذا ما يجعلنا نتساءل عن هذه المخاطر؟

المطلب الثاني: المخاطر التي يتعرض لها المهاجرون غير الشرعيين:

نتناول في هذا المطلب فرعين اثنين، يختص أولهما بأهم المخاطر التي يتعرض لها المهاجرون غير الشرعيين، وفي فرع ثانٍ نعرض على أهم المخاطر التي تنجم عن ظاهرة الهجرة غير الشرعية

الفرع الأول: ممارسات الاعتراض الخطرة.

تُنتهك حقوق هذه الفئة ببعض من الممارسات، حيث تقضي الاتفاقية الدولية للبحث والإنقاذ في البحر ١٩٧٩ من الدول الأطراف ضمان تقديم المساعدة إلى أي شخص مستغيث في البحر، بصرف النظر عن جنسيته أو صفته أو الظروف التي وجد فيها، وتلبية احتياجاته الطبية أو



احتياجاته الأخرى، وإيصاله إلى مكان آمن. وأوصت المفوضية بأن تتفق الدول بشأن المقصود بمفاهيم حالة الشدة وأقرب مكان آمن وبر الأمان بغية تعزيز حماية حقوق الإنسان للمهاجرين.

وعلى الرغم من هذه المبادئ الواضحة الواردة في القانون الدولي، فقد يتردد رابنة المراكب في الوفاء بالتزاماتهم المتمثلة في تقديم المساعدة للمهاجرين في البحر، وهناك عدة أسباب لهذا التردد؛ فمن المرجح أن يتطلب إنقاذ الأشخاص في البحر الانحراف عن الدرب المعتزم، الأمر الذي قد تكون له آثار كبيرة من حيث التكلفة خشية احتمالية عدم قبول السلطات نزول هؤلاء الأشخاص على السفينة المعنية، ويمكن أن يكون قباطنة السفن عالقين في خضم جدل الدولة بشأن الجهة التي تقع عليها المسؤولية عن الأشخاص الذين إنقاذهم، ويمكن أن تنشأ قضايا مثل ماهية البلد الذي ينبغي أن يتم فيه إنزال الأشخاص الذين تم إنقاذهم؟ وإلى متى سيقون على متن المركب الذي أنقذهم؟ وكيفية ضمان تزويدهم بالغذاء والماء والرعاية الطبية الضرورية؟ وماهية الجهة التي تتحمل تكاليف الإنقاذ في البحر؟ وكيفية التأكد من التقيد بمبدأ عدم الإعادة القسرية، وقد تردع الرابنة اعتبارات تخص تحديداً الملاحقة القضائية بتهمة تهريب المهاجرين، إذ قد يشعر رابنة السفن بالقلق؛ فقد تحتجز سفنهم لأغراض التحقيق.

#### ١ - عمليات الإبعاد الجماعي وانتهاكات مبدأ عدم الطرد:

يقيد القانون الدولي لحقوق الإنسان حق الدول ذات السيادة في إبعاد المهاجرين من إقليمها عندما يكون المهاجر معرضاً إلى ضرر شديد في حال عودته، والإبعاد الجماعي محظور باعتباره أحد مبادئ القانون الدولي العام

#### ٢ - إنكار الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية:

قد يواجه المهاجرون تهديدات جسدية وبيئية، وقد يتعرضون إلى الجوع واعتلال الصحة والصدمات أثناء عبورهم، وكثيراً ما يمنع القانون المهاجرين العابرين من العمل أو استئجار السكن أو الحصول على الخدمات الأساسية، مثل التعليم والرعاية الصحية، وحيثما اعتبرت الهجرة غير الشرعية جريمة، يعيش المهاجرون العابرون في خوف دائم من الكشف والإيذاء بأنواعه.

#### ٣ - عدم الحصول على الرعاية الصحية:

كثيراً ما يكون المهاجرون عاجزين أو ممتنعين عن الحصول على المساعدة الأولية اللازمة وغيرها من التدخلات الصحية الفورية، وذلك عقب الإغاثة أو الاعتراض؛ بسبب نقص المعدات أو ضعف كفاءة الكادر الطبي، أو بسبب اضطرارهم إلى مواصلة رحلتهم صوب الوجهة المقصودة.

#### ٤ - ظروف معيشة غير لائقة:

تتعلق نصف المشاكل الصحية تقريباً المشخصة تتعلق بأمراض ترتبط ارتباطاً وثيقاً بتدني ظروف المعيشة فقد يضطر المهاجرون أثناء العبور إلى العيش في ظروف هشة كالغابات، والحقول والبيوت المهجورة، ومحطات القطارات، وغير ذلك من الفضاءات العامة، حيث لا وجود لمرافق الصرف الصحي، وحيث الوصول إلى الغذاء السليم ومصادر المياه المأمونة محدود، أما المهاجرون الذين يتمكنون من استئجار مسكن فكثيراً ما يجبرون على العيش في أماكن مكتظة، وغير صحية، وغير مأمونة؛ بسبب عجزهم عن استئجار مسكن بصورة قانونية، أو افتقارهم إلى المال اللازم للحصول على مسكن قانوني.



#### ٥- عدم الحصول على عمل لائق:

يضطر مهاجرون كثير أثناء عبورهم إلى البحث عن عمل لسد الرمق وتمويل ما تبقى من الرحلة، وفي أغلب الأحيان، لا يسع المهاجرون في تلك الظروف سوى إيجاد عمل في القطاع غير المنظم الأمر الذي يعرضهم إلى الخطر والاستغلال، وكثيرا ما يفتقر المهاجرون إلى حماية حقوقهم كعمال، لأسباب منها وضعهم غير الشرعي.

#### ٦- الاحتجاز التعسفي وظروف الاحتجاز غير الملائمة:

يزداد في شتى أنحاء العالم احتجاز المهاجرين غير الشرعيين، بما في ذلك في بلدان العبور وعلى الحدود الدولية ولا يشكل الاحتجاز الإداري حلاً أخيراً بل إجراءات عادية في أحيان كثيرة، وإلزامياً في بعض الحالات، وفي حالات أخرى، يقترن الاحتجاز الإداري بضمانات إجرائية أقل من تلك المقترنة بالاحتجاز الجنائي، بما يشمل عدم اتخاذ تدابير تضمن البت في الطابع التعسفي للتوقيف واستمرار الاحتجاز وكثيرا ما يمنع المهاجرون المحتجزون من الحصول على المساعدة القانونية أو خدمات الترجمة الشفوية، فلا يفهمون سبب احتجازهم أو كيفية الطعن في شرعية هذا الاحتجاز. ويشكل استخدام الاحتجاز في حالة المهاجرين مصدر قلق بسبب نقص الضمانات الإجرائية وتدني ظروف الاحتجاز، مثل منع المحتجز من الحصول على الرعاية الطبية، بما فيها رعاية الصحة العقلية، إلى جانب عدم توافر ظروف ملائمة، بما فيها سعة المكان والغذاء والماء ومرافق الصرف الصحي، في الحبس قصير الأجل، ويتعرض المهاجرون المحتجزون في أحيان كثيرة إلى العنف، بما يشمل العنف الجنسي، وتتدهور صحتهم الجسدية والعقلية.

#### ٧- العنف والإيذاء والاستغلال:

كثيرا ما يتعرض المهاجرون -أثناء عبورهم- إلى خطر العنف والتعذيب والإيذاء والاستغلال على أيدي جهات خاصة وحكومية، وعلى سبيل المثال أعمال عنف أثناء رحلتهم أو ضحية أحد أشكال العنف وتعرضهم إلى حوادث عنف وإصابات جسدية؛ مما يؤثر تأثيراً عميقاً في الصحة العقلية للمهاجرين الذين يمتنعون بدورهم في أحيان كثيرة عن التماس المساعدة الطبية أو الحماية أو العدالة؛ خوفاً من التوقيف أو من عواقب أخرى. وكثيرا ما يتعرضون إلى العنف على أيدي قوات الأمن، بما في ذلك الحملات العشوائية، التي تشن على جماعات المهاجرين غير الشرعيين، وعنف السلطات الحدودية ضدهم، الذين يبذلون قصارى جهدهم من أجل عبور الحدود الدولية بصفة غير شرعية، وفي رحلة العبور تتعرض البنات والنساء بصفة خاصة إلى جميع ضروب العنف - بما في ذلك العنف الجنسي - على أيدي أفراد العصابات الإجرامية ومن جانب السلطات الحدودية وأفراد الشرطة وموظفين آخرين.

#### الفرع الثاني: المخاطر الناجمة عن الهجرة غير الشرعية.

إذا فالعلة في تجريم ظاهرة الهجرة غير الشرعية ليس الحفاظ على هيبة الدولة وسيادتها، ولدينا الدليل على ذلك، فأغلب دول العالم تنازلت عن جزء من هذه السيادة عندما فتحت باب الهجرة إلى أراضيها؛ فهي لم تطلب جوازاً ولا تأشيرة أو المرور عبر منفذ معتمد أو الشهادة الصحية، وهذا الأمر قامت به الولايات المتحدة الأمريكية عند ترحيلها للأفارقة والأسويين المعمرين للقارة الأمريكية، وذات الأمر قامت به القارة الأوروبية بعد قيامها بإعادة بناء ما هدمته الحربان العالميتان، الأمر نفسه تكرر مع بلادنا حين سمحت للعرب -بادئ ذي بدء- بالدخول إلى أراضيها بدون شروط، وللمرة الثانية مع الأفارقة.



وإذا كانت المصالح الاقتصادية أو السياسية هي المبرر هنا للهجرات غير الشرعية، فأين المصالح الخاصة بهذه الفئة التي تم تهجيرها أو الموافقة على دخولهم دون قيود ليجدوا أنفسهم في مواجهة قوانين وإجراءات لا علم لهم بها وأرض لا تقبلهم؟

وحسب اعتقاد الباحث، هذه أهم دوافع هؤلاء في اللجوء إلى الجريمة وجعلها مخرجا.

خلاصة القول هو حوصلة لأهم المخاطر الناجمة عن هذه ظاهرة الهجرة غير الشرعية المتجسدة فيما يلي:

- انتشار الجريمة بمختلف أنواعها بدءاً بالقتل والسرقة والاتجار بالمخدرات مروراً بالشعوذة والتسول وانتهاءً بالفساد الأخلاقي وتزوير الوثائق الرسمية والأختام والاحتيايل أحياناً، ويتم استخدامهم أحياناً كأدوات لممارسة الأفعال الإجرامية مع عصابات الإجرام المحلية والإقليمية والدولية،
  - الآثار الصحية السيئة التي حلت بالمجتمع؛ جراء تدفق أعداد هائلة من فئة المهاجرين غير الشرعيين بدون ضوابط منها الأمراض الخطيرة على الصحة كمرض فقدان المناعة المكتسبة (الايدز)، الالتهاب الكبدي، الزهري، الجذام... الخ.
  - أما عن الآثار الاقتصادية فأهمها ارتفاع نسبة البطالة في سوق العمل داخل الدولة المستقبلة للمهاجرين، وارتكاب جريمة تزوير النقد الوطني والأجنبي وتهريب السلع المدعومة وانتشار النشاطات الاقتصادية الهامشية.
- وإذا كانت هذه الآثار وحدها كافية للتعجيل بوضع حلول؛ من أجل القضاء على ظاهرة الهجرة غير الشرعية، فإن الدولة تتكبد مبالغ مادية طائلة وموارد بشرية وفنية هائلة للتعامل مع هذه المشاكل، وذلك من خلال متابعتها ورصدها ومكافحتها، ناهيك عن الضغوط الدولية المتزايدة عليها ليس فقط على الدول المصدرة للهجرة، بل يشمل الأمر أيضاً دول عبور هؤلاء المهاجرين، هذا إذا ما سلمنا بالضغوط الصادرة من الدول المستهدفة من قبل المهاجرين، وتربط هذه الدول التعاون بينها - في مختلف المجالات - بمكافحة هذه الظاهرة، نخلص إلى أن أهم مخاطر الهجرة غير الشرعية هي مخاطر أمنية واقتصادية واجتماعية وضغوط إقليمية وأخرى دولية، هذا على المستوى العام، أما على الصعيد المحلي - في ليبيا - فالأمر مختلف بعض الشيء.

### المطلب الثالث: سبل حماية المهاجرين غير الشرعيين.

لطالما كان المهاجرون غير الشرعيين ضحية تتحمل وزرها كافة المجتمعات، وتعد مسؤولية تضامنية تقع على عاتق كل أعضاء المجتمع الدولي بنسب متفاوتة.

#### أولاً: الحماية الداخلية للمهاجرين غير الشرعيين:

حتى وقت قريب تعتبر ليبيا بلد عبور للمهاجرين غير الشرعيين وليست بلد مقصد أو مصدر، وهي ليست وليدة هذه الفترة، فمنذ أكثر من ثلاثة عقود من الزمن - وعلى الرغم من تزايد أعداد المهاجرين خلال الفترة الأخيرة؛ نتيجة استغلال حالة الانفلات الأمني في غرب وجنوب ليبيا، حيث عادت عصابات التهريب تكثيف نشاطها في قذف المهاجرين غير الشرعيين في رحلات غير آمنة باتجاه أوروبا، مُنية إياهم بأحلام تنتهي بهم في الغالب في قعر البحر أو بالسقوط بأيدي الدوريات الأمنية.

١ على الرغم من وجود أعداد من الليبيين مهاجرين غير شرعيين اليوم ممن دفعتهم الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية إلى الهجرة.



الأمر الذي يضع رجال الأمن في مواجهة مباشرة معهم تستند إلى ما منحه إياهم المشرع من صلاحيات، حيث نظم المشرع الليبي بمقتضى القانون رقم ٦ لسنة ١٩٨٧ دخول الأجانب إلى ليبيا وإقامتهم فيها وخروجهم منها ولائحته التنفيذية، وهو قانون لا يوجد به ما يتعارض والتزامات ليبيا بموجب الاتفاقيات الدولية، حيث أنه من المسلم به بأن من حق جميع الدول تحديد الشروط والضوابط الواجب توافرها بشأن دخول الأجانب إلى أراضيها واشترطات الحصول على تأشيرات الدخول وضوابط الإقامة.

حيث أن الدخول والإقامة بطريقة غير قانونية للبلاد يعتبر فعلاً مجزماً؛ نظراً لما يشكله ذلك من خطر على البلاد واستقرارها وإمكانية استغلاله من الإرهابيين وعصابات الجريمة المنظمة من أجل الدخول إلى البلاد دون إجراءات قانونية، أما بخصوص الضمانات القانونية المتاحة فإن القانون الليبي يضمن المحاكمة العادلة للجميع دون استثناء أو تمييز، ويعين القاضي محامياً لمن لا يستطيع الاستعانة بمحام على نفقته، ويتم التواصل مع سفارات الدول ذات العلاقة في حال وجود متهمين أجانب.

أما مسائل الهجرة غير الشرعية فقد نظمها المشرع بمقتضى أحكام القانون رقم (١٩) لسنة ٢٠١٠ م بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية، حيث تناول في ذلك العديد من المسائل الهامة والتي من بينها إقرار حماية خاصة لهم، حيث نصت المادة الخامسة منه على أنه يعاقب بالسجن وغرامة لا تقل عن عشرين ألف دينار ولا تزيد على خمسين ألف دينار إذا نتج عن نقل الأشخاص المهاجرين غير الشرعيين إلى الداخل أو الخارج عاهة مستديمة، وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا ترتب عن الفعل حدوث الوفاة، وبهذا يكون قد أضاف حماية إلى فئة المهاجرين.

كما أن المشرع الليبي يجرم الاتجار بالبشر، وتعترم ليبيا إصدار قانون خاص ينظم تجريم الاتجار بالبشر ويشدد العقوبات ضد المتاجرين بالبشر، علماً أن اللجنة المختصة قد انتهت من إعداد المشروع وهو قيد العرض على السلطة التشريعية لإصداره.

وجعل المشرع في ليبيا من التمييز لأي سبب كان جريمة يعاقب عليها القانون وتعزز ذلك بصدر القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٣ بشأن تجريم التعذيب والاختفاء القسري والتمييز.

كما أن السيد وزير الداخلية بحكومة الوحدة الوطنية قد أصدر القرار رقم (٢٨١) لسنة ٢٠٢٢ م بشأن قواعد السلوك الشرطي في التعامل مع المهاجر غير الشرعي، والذي جاء في عشرين مادة تنظم الأسس والضوابط الخاصة بالتعامل مع المهاجر غير الشرعي في مراكز الإيواء والتجميع، وعلى ضرورة التأكيد على أن هذه الحقوق والإجراءات والأحكام المنصوص عليها فيه لا تخل بأي معاملة أفضل قد يستحقها المهاجر؛ نتيجة لما هو منصوص عليه في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها ليبيا وكذلك القوانين الداخلية الصادرة عن المشرع أو القرارات الصادرة عن الحكومة أو الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم، كما بيّن القرار أن الهدف من القواعد الواردة فيه هو ضبط إطار عام وصياغة منهج يؤدي إلى ضمان تقيّد رجال الأمن العاملين في مراكز الإيواء وفرق ضبط المهاجرين بالقيم الإنسانية الفاضلة والمعايير العالية من الكفاءة والانصاف والحيدة في أداء العمل الأمني.

حيث نصت المادة الرابعة منه على أهمية إعمال مبدأ المساواة وعدم التمييز بين المهاجرين بسبب الجنس أو اللون أو الدين أو العرق أو اللغة، ويُحظر تعريضهم إلى أنواع التعذيب المختلفة المادي أو المعنوي أو المعاملة القاسية أو اللاإنسانية مهما كانت الأسباب، وأن تتم الأعمال والتصرفات التي يجريها العاملون في مجال مكافحة الهجرة وفقاً لمبدأ المشروعية بمطابقة التصرفات للقواعد القانونية النافذة.



كما حظرت المادة السادسة من القرار تشغيل المهاجرين غير الشرعيين داخل أو خارج مراكز الإيواء بدون مقابل أو العمل القسري (المفروض عنوة تحت التهديد بالعقاب) باستثناء أعمال نظافة أماكنهم الشخصية أو ملحقاتها مع السماح بالزيارة من أقاربهم ممن لهم تواجد شرعي في ليبيا.

وكفلت المادة السابعة حماية الحياة الخاصة للمهاجر من قبيل التعدي على ممتلكاتهم ووثائقهم الشخصية وملحقاتها، أما عمليات الضبط فيجب أن تتم في إطار القانون واحترام مبادئ حقوق الإنسان، وأن تكون موثقة بحضور وفقاً للقواعد الشكلية التي نص عليها قانون الإجراءات الجنائية الليبي، ولأزلفتنا في إطار سرد بعض مواد القرار رقم (٢٨١) لسنة ٢٠٢٢، فنصت المادة التاسعة منه على آلية تجميع المهاجرين غير الشرعيين في أماكن معتمدة كمراكز للإيواء من قبل السيد وزير الداخلية، وأن أي تجميع خارجها يكون غير شرعي، وأن يتم إخطار سفارة دولة المهاجر أو قنصلية فور ضبطه أو تبليغ المنظمات الدولية المعنية بالمهاجرين ممن ليس لدولهم تمثيل في ليبيا.

أما عن مراكز الإيواء فقد اشترطت عليها المادة العاشرة من القرار المشار إليه ضرورة ضمان الخدمات الصحية والنفسية للمهاجرين بالتنسيق مع الجهات المختصة في الدولة بحسب الإمكانيات المتاحة وأن تمنح معاملة خاصة للفئات الضعيفة ولذوي الاحتياجات الخاصة كالمعاقين وكبار السن، وأن تتبنى نظاماً لفصل الرجال عن النساء، والقاصرين عن الكبار، والمتهمين عن المحكومين في قضايا جنائية عن باقي المهاجرين مع إلحاق الأطفال دون العشر سنوات بأمهاتهم في مراكز الإيواء وأن تتلقى الحوامل والمرضعات العناية الخاصة وأن يتم تخصيص عناصر نسائية للتعامل معهن، ويقع على الجهات المعنية مهمة تدريب العناصر التي تتعامل - بشكل مباشر - مع المهاجرين لغرض تطويرهم ورفع من مستوى أدائهم وضمان أعلى درجات الانضباط المهني لهذه العناصر.

وتؤكد المادة الثالثة عشر في مجال مكافحة الهجرة غير الشرعية أهمية احترام الكرامة الإنسانية للمهاجرين، والامتناع عن استخدام القوة تجاه المهاجرين إلا في حالة الضرورة القصوى كمواجهة مقاومة مسلحة أو عند تعريض حياة الآخرين للخطر أو إعمالاً لحق الدفاع الشرعي، وبشرط أن يتم ذلك في الحدود اللازمة لأداء الواجب وبشكل استثنائي ويُشترط توافر عنصر التناسب بين الخطر ومقدار القوة المستعملة.

والأكثر من ذلك هو أنه في حالة المطالبة بتنفيذ أعمال غير مشروعة (لمخالفتها لحدود القانون واللوائح والنظم المعمول بها) على العاملين في مجال مكافحة الهجرة الامتناع عن تنفيذ هذه التعليمات إلا بعد إخبار رؤسائهم كتابياً بعدم مشروعيتها ومع ذلك يصرون كتابة على تنفيذها، هنا فقط تقع المسؤولية القانونية على رؤسائهم، باستثناء الأمر مسألة ارتكاب الجنايات.

أما مسألة السيادة الوطنية وعدم التعامل مع مختلف الجهات فقد أطرّتها المادة الخامسة عشر بتحديد إطار للتعامل مع المنظمات المحلية والدولية بناءً على اقتراح من جهاز مكافحة الهجرة غير الشرعية، وذلك في إطار الاستفادة من جهودهم.

ويظل الالتزام ملقى على عاتق المخاطبين بأحكامه طيلة مدة بقائهم بالخدمة، وينتهي بتركهم إياها بالأسباب المعلومة كالتقاعد أو الاستقالة أو الفصل.. الخ ما عدا افشاء الأسرار الوظيفية فهو التزام مستمر ويزداد على المخالف له مسؤولية جنائية.

ونختتم القرار بالمادة السابعة عشر التي أوجبت المحاكمة التأديبية لكل من خالف أحكام هذا القرار، مع الإحالة إلى النيابة العامة إذا شكّل فعله جرمًا جنائياً مع عدم الإخلال بحق إقامة الدعوى المدنية، وتقع مسؤولية التأكد من تطبيق أحكام هذا القرار على جهاز مكافحة الهجرة غير الشرعية والإدارة العامة للتفتيش.



كما أنه وتماشياً مع خطورة الظاهرة تم استحداث منصب وزير الدولة لشؤون المهاجرين والنازحين والذي يعنى بشؤون الأشخاص الذين نزحوا من ديارهم في الداخل أو الذين هاجروا إلى الخارج، وكذلك استحداث منصب وكيل وزير الداخلية لشؤون المهاجرين.

وفي دراسة حول (قانون الهجرة غير الشرعية) والمقدم من فريق الخبراء الوطنيين إلى مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، تم العمل عليها بشأن دولة ليبيا ٢٠١٠، قاموا بالتعليق على هذا القانون مُعرِّفين اصطلاح (المهاجر غير الشرعي) بأنه كل من دخل أراضي الجماهيرية أو أقام بها بدون إذن أو تصريح من الجهات المختصة؛ بقصد الاستقرار فيها أو العبور إلى دولة أخرى.

وهذا التعريف يتفق تماماً مع التعريف الوارد في م٣/ب من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة، والتي جاء فيها " يُقصد بتعبير الدخول غير المشروع هو عبور الحدود دون التقيد بالشروط اللازمة للدخول المشروع إلى الدولة المستقبلية".

وقد منع مشروع القانون تشغيل المهاجر غير الشرعي، وهو يحمي بموجب هذا المنع من الاستغلال، ويوصد الأبواب أمام الرغبة في التستر على هذه الظاهرة بحجة الاستفادة من الأيدي العاملة بأجور زهيدة، وهو ما يُحمد للمشروع الليبي، وقد ربط المشروع قيام جريمة؛ بقصد الحصول على منفعة، حيث نصت المادة ٤/أ على عقوبة السجن لمدة لا تزيد عن خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ليبي ولا تزيد عن عشرة آلاف دينار لكل من قام بقصد الحصول - لنفسه أو لغيره - على منفعة مادية بصورة مباشرة أو غير مباشرة بارتكاب أحد الأفعال المصنفة من قبيل الهجرة غير الشرعية، وتوسع المشروع في تجريم المنفعة للفاعل أو لغيره، مادية كانت أو غير مادية، بشكل مباشر أو غير مباشر.

أما عن وجه المقارنة، فهو ما أكدته م٥ الخيار أ من القانون النموذجي، والتي تنص على: أي شخص يقوم عمداً من أجل الحصول بشكل مباشر أو غير مباشر على منفعة مالية أو مادية بتدبير الدخول غير المشروع لشخص ما في دولة طرف، حيث لا يكون الشخص مواطناً أو مقيماً دائماً، يكون مُرتكباً لجريمة يُعاقب عليها، كما يتفق مع ما ورد بالمادة ٥/أ بند ١ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة، والتي نصت على تجريم " الاتفاق مع شخص آخر أو أكثر على ارتكاب جريمة خطيرة لغرض له صلة مباشرة أو غير مباشرة بالحصول على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى....".

### الفرع الثاني: الحماية الخارجية للمهاجرين غير الشرعيين.

كانت مسألة الحماية الدولية لفئة المهاجرين غير الشرعيين مسألة إنسانية؛ نظراً لارتفاع أعدادهم بشكل ملحوظ، وقد توصل المجتمع الدولي إلى صياغة حلول قانونية لقضيتهم بصرف النظر عن أماكن تواجدهم، حيث جاء ذلك كنوع من رد الاعتبار لهذه الفئة المحرومة من التمتع بأهم الحقوق الإنسانية، وقد تجسد هذا المنحى في إبرام الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٩٠، والتي كانت بإشراف من منظمة الأمم المتحدة، التي جاءت كتتويج لمجهودات فريق من الخبراء الدوليين دام اثنتا عشر عاماً.

وهناك العديد من الآليات الدولية لحماية المهاجرين غير الشرعيين، منها الآليات المتعلقة بالاتفاقيات الدولية العامة لحماية حقوق الإنسان، والمقرر الخاص بمجلس حقوق الإنسان المعني بحقوق المهاجرين، واللجنة المعنية بحماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم.

حيث تتعرض الحقوق الأساسية لفئة المهاجرين غير الشرعيين إلى مختلف أنواع الانتهاكات بدءاً من محاولة عبورهم الحدود البرية والبحرية وما يصاحب ذلك من أخطار على حياتهم وسلامتهم البدنية والعقلية؛ نظراً للوسائل المستعملة والظروف التي تسود عملية العبور، مروراً بالاعتقال





والإبداع في مراكز الاحتجاز الإداري إذا تم ضبطهم أثناء محاولة العبور، حيث لا يتم احترام المعايير والضمانات القانونية للحرمان من الحرية والاحتجاز في أغلب الأحيان، ثم أثناء إقامتهم في بلدان المقصد بوصفهم في وضع غير شرعي، وما يترتب على ذلك من انتهاكات وحرمان من الحقوق.

وعلى الرغم من خطورة ظاهرة الهجرة غير الشرعية وآثارها العالمية، واقتراثها بظواهر أخرى أشد خطورة ترتبط بالجريمة المنظمة العابرة للأوطان كتهريب المهاجرين والاتجار بالبشر والإرهاب الدولي، إلا أن ذلك لا ينفي وجود العديد من المعايير والضمانات القانونية الدولية المتضمنة في صكوك توفر الحد الأدنى من الحماية لفئة المهاجرين غير الشرعيين، كالاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، كما أن موضوع القواعد الدولية لحماية حقوق المهاجرين يكتسي أهمية خاصة، كموضوع قانوني له انعكاسات اجتماعية واقتصادية وأمنية وسياسية، وفي الوقت الراهن تعد الحماية الدولية للمهاجرين موضوعاً متجدداً يثير إشكاليات متنوعة؛ ذلك أن التغيرات المجتمعية ما فتئت تتوالى، وتتباين المواقف بين الحفاظ على أمن المجتمعات وتحقيق التنمية مؤامراً مع احترام حقوق الإنسان، وبالنسبة للمجال الحقوقي، فإن المهاجرين يعتبرون من الفئات التي خصصت لها الصكوك الدولية الحقوقية حيزاً مهماً<sup>١</sup>.

ومن الجدير بالذكر أنه منذ نهاية القرن العشرين ومطلع القرن الواحد والعشرين تزايدت أعدادهم في مختلف مناطق العالم بشكل ملحوظ، واتسع نطاق الهجرة وأضحى من أهم الظواهر البشرية المثيرة للمشاكل التي تستدعي معالجة قانونية تضع البعد الحقوقي على رأس أولوياتها، وتستدعي اتفاق الدول على حلول ناجعة وفعالة، باعتبار أن هذه الظاهرة تم كل بلد حسب موقعه، سواء تعلق الأمر ببلدان الأصل أو بلدان العبور أو بلدان الإقامة، وأمام الارتفاع الهائل في أعداد المهاجرين وعجز الدول عن إيجاد حل لإشكالية الهجرة بشكل منفرد، أصبحت الحاجة ملحة إلى نهج عالمي للهجرة يكون شاملاً لمعالجة المخاطر والتحديات الخاصة بالأفراد والمجتمعات في دول الأصل والمقصد والعبور.

### يمكن تصنيف القواعد الدولية التي لها صلة بحماية المهاجرين إلى صنفين.

- قواعد الحماية العامة للمهاجرين المتمثلة في الصكوك الدولية لحقوق الإنسان.
- قواعد الحماية الخاصة للمهاجرين وأفراد أسرهم والمتمثلة في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن حماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لعام ١٩٩٠.

وبناء عليه، ومن أجل الإحاطة بمختلف جوانب الموضوع، سيتم تناوله من خلال المحورين التاليين:

#### ١- القواعد الدولية العامة لحماية المهاجرين:

حاولت منظمة الأمم المتحدة توفير حماية قانونية بنوعها العامة والخاصة للمهاجرين بشتى أنواعهم سواء أكانوا مهاجرين دائمين أو موسميين أو مهاجرين شرعيون أو غير شرعيين، وتتجلى هاته الحماية فيما يعرف بالشرعة الدولية لحقوق الإنسان وهما العهدين الدوليين لحقوق الإنسان، في 16 ديسمبر ١٩٦٦.

<sup>١</sup> محمد الحريزي يوسف، أماليس أيوب لطفي، القواعد الدولية لحماية حقوق المهاجرين، السنة الجامعية ٢٠١٩ / ٢٠٢٠م



● العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية .

● والعهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

كما يجب تناول عدد من الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان التي أبرمت في إطار منظمة الأمم المتحدة، كالاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، واتفاقية حقوق الطفل.

وتجدر الإشارة إلى الاتفاقيات التي أبرمت في إطار منظمة العمل الدولية، حيث كانت المنظمة سباقة إلى الاهتمام بالحقوق الخاصة بالعمال المهاجرين، فعملت على وضع عدد من الاتفاقيات التي تعنى بأوضاع العمال المهاجرين وحقوقهم الاجتماعية، وقد عملت منظمة الأمم المتحدة على إرساء دعائم عامة لاحترام حقوق الإنسان من خلال الإعلان العالمي، فربط الهجرة بالإجرام يعتبر أمراً خطيراً.

تتمثل الحماية العامة لحماية حقوق الإنسان في تلك النصوص القانونية الدولية التي تتناول معظم حقوق الإنسان دون أن تركز على حق محدد أو فئة معينة، باعتبار أن حقوق الإنسان هي حقوق متأصلة في جميع البشر مهما كانت جنسيتهم أو مكان إقامتهم أو دينهم، بحيث يرسي القانون الدولي لحقوق الإنسان قواعد والتزامات تتعهد الدول الأطراف تنطبق على المواطنين بالتقيد بها واحترامها .

### الحق في التنقل

تناول العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بعض الحقوق المتعلقة بوضعية المهاجر وكمثال على ذلك: نص المادة ١٢ من هذا العهد: "لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة ما، حق التنقل فيه وحرية اختيار مكان إقامته، لكل فرد حرية مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلده، لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة أعلاه بأية قيود، غير تلك التي ينص عليها القانون، وتكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحررياتهم، وتكون متماشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد. ولا يجوز حرمان أحد، تعسفاً، من حق الدخول إلى بلده.

وتضيف المادة ١٣ من هذا العهد: "لا يجوز إبعاد الأجنبي المقيم بصفة قانونية في إقليم دولة طرف في هذا العهد إلا تنفيذاً لقرار اتخذ وفقاً للقانون، وبعد تمكينه، ما لم تحتم دواعي الأمن القومي خلاف ذلك، من عرض الأسباب المؤيدة لعدم إبعاده ومن عرض قضيته على السلطة المختصة أو على من تعيينه أو تعيينهم خصيصاً لذلك، ومن توكيل من يمثله أمامها أو أمامهم".

أما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فقد نص في ديباجته على الاعتراف بالكرامة المتأصلة في جميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية الثابتة، وهو أساس الحرية والعدل والسلام في العالم، حيث نصت المادة الثالثة عشر منه على: ( "1" لكل فرد حق في حرية التنقل وفي اختيار محل إقامته داخل حدود الدولة "2" لكل فرد حق في مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلده، وفي العودة إلى بلده)، كما نصت المادة ١٤ الرابعة عشر على: ("١" لكل فرد حق التماس ملجأ في بلدان أخرى والتمتع به خلاصاً من الاضطهاد "2" لا يمكن التذرع بهذا الحق إذا كانت هناك ملاحقة ناشئة بالفعل عن جريمة غير سياسية أو عن أعمال تناقض مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها).



## ٢- الحقوق الأساسية للمهاجرين غير الشرعيين:

يوجد مجموعة من الحقوق يجب على الدول كفالتها للمهاجر غير الشرعي، تلك الحقوق التي أقرتها الاتفاقيات الدولية كحد أدنى للتعامل مع المهاجر غير الشرعي باعتباره إنساناً، والتي من بينها:

- مواجهة التمييز العنصري وكره الأجانب.
- ضمان إمكانية لجوء المهاجرين إلى القضاء.
- حماية أرواح وسلامة المهاجرين.
- الموازنة بين احترام حماية حقوق الإنسان وبين تدابير إدارة الحدود.
- ضمان أن تكون جميع عمليات العودة قانونية ومستدامة (حق ضمان عدم الإعادة القسرية).
- حماية المهاجرين من جميع أشكال العنف والاستغلال.
- الدفاع عن حق المهاجرين في الحرية.
- ضمان حماية وحدة أسر المهاجرين.
- ضمان حق المهاجرين في أعلى مستوى ممكن من الصحة البدنية والنفسية.
- حق النساء والفتيات المهاجرات في الصحة.
- ضمان حق المهاجرين في مستوى معيشي مناسب.
- حق المهاجرات في السكن اللائق.
- حق الأطفال المهاجرين في السكن اللائق.
- ضمان حق المهاجرين في العمل بشروط عادلة ومواتية.
- حق الأطفال المهاجرين في التعليم.

## الفرع الثالث: - ليبيا وظاهرة الهجرة غير الشرعية.

بحكم موقعها المطل على البحر الأبيض المتوسط وعمقها في قارة أفريقيا تعد ليبيا إحدى دول العبور وأكثر المناطق تضرراً من ظاهرة الهجرة غير الشرعية؛ وبسبب ترامي حدودها البرية التي تبلغ قرابة الستة آلاف كيلومتر، بحيث تجاور كلاً من: شرقاً جمهورية مصر العربية بطول (١,٢٦٥ كم)، ومن الجنوب الشرقي السودان بطول (١٦٥ كم)، ومن الجنوب تشاد بطول (٩٩٠ كم)، والنيجر بطول (٣٨٠ كم)، ومن الغرب الجزائر بطول (٩٦٥ كم)، وتونس بطول (٣٣٠ كم) أما الساحل الشمالي المطل على البحر الأبيض المتوسط فيبلغ طوله حوالي (٢٠٠٠ كم)؛ وتبلغ عدد



منافذ الدخول البرية حوالي عشرة منافذ باستثناء الجزء الشمالي من الحدود مع كل من تونس ومصر فتتميز بأشكالها مناطق صحراوية وعرة وقليلة الطرق، وتفتقر إلى مقومات الحياة الأساسية ولا يمكن عملياً مراقبتها إلا بوسائل متطورة مثل الطيران أو أجهزة المراقبة عن بعد، وإذا نظرنا إلى الوسائل التي يستخدمها المهاجرون في الهجرة غير الشرعية فإننا نجد عدداً كبيراً من لعل أهمها سيارات الشحن الصحراوية بمختلف أنواعها ويتم ذلك عبر الحدود من دول الجوار إلى ليبيا دون المرور على الطرق المعبدة.

أيضاً يتم الدخول عبر الحدود عن طريق الإبل وهذه ليست بصورة كبيرة، أما قوارب الصيد فيتم استخدامها بصورة كبيرة لمغادرة ليبيا عبر البحر المتوسط قاصدين الدول الأوروبية المطلّة على السواحل الشمالية، وخاصة جمهورية إيطاليا.

والمهاجرون ينتمون إلى دول مختلفة منها ما يجد ليبيا بشكل مباشر أو غير مباشر، ومعظمها دول أفريقية، وقلّة منهم من قارة آسيا كالباكستان، والبنغلاديش، والهند، والعراق، وسوريا، وفلسطين، ولبنان، والأردن، إذ يبدأ المهاجر في رحلة الهجرة ليحبر خلالها المجهول بدفع المال إلى عصابات التهريب المنظمة، أو الانخراط في جماعات دون دراسة رحلة الموت الجماعي إما عطشاً في الصحراء أو جوعاً أو مرضاً، فإن لم يصلوا بعد عناء وجهد شديدين، فالموت مصيرهم، دولة تنفر منهم وتحاول جاهدة ملاحقتهم وتقييد حريتهم وإرجاعهم إلى بلدانهم الأصلية، أما إقدامهم على ذلك فكان بدافع التخلص من حياة الفقر التي كانوا يعيشونها أو البطالة أو العنصرية ليقعوا فريسة لعصابات التهريب، أو من يسبغ شرعية على وجودهم داخل البلاد، وكل مهاجر له قصة مستقلة تمثل مأساة لمعاناة الإنسانية بالدرجة الأولى ومعاناة لاقتصادات الدول ونظمها الاجتماعية تالياً .

وبلادنا تكاد تكون من أكثر البلدان تضرراً من هذه الظاهرة بالنظر إلى موقعها السابق الحديث عنه، أو من خلال متابعة الإحصائيات الأمنية التي تبين ارتفاع مؤشر الجريمة المرتكبة من قبل فئة المهاجرين غير الشرعيين من مختلف الجنسيات، والأكثر من ذلك ظهور عادات اجتماعية وأنماط سلوكية في المجتمع لم يكن يألفها الليبيون من قبل، بل وظهور أمراض لم تكن موجودة في الماضي وفقاً لإحصائيات وتقارير محلية ودولية.

أما من يقذف بهم البحر بعد أن عجزوا عن الوصول إلى الشواطئ الأوربية فهؤلاء عبارة عن مأساة مستقلة، فما هو الحل إزاء وضع هؤلاء؟ وكيف يمكن معالجة ظاهرة الهجرة غير الشرعية؟ وهل نطمح المشرع لدينا هذه المسألة؟

#### الفرع الرابع: حلول مقترحة لوضع حد لظاهرة الهجرة غير الشرعية.

في بداية حديثنا كنا قد أشرنا إلى عدم اقتضار الهجرة غير الشرعية على جنسية ما أو دولة دون أخرى، فالمهاجرون كانوا - وسيظلون - يرغبون في الهجرة من البلدان الأقل نمواً إلى الدول المتقدمة للعيش فيها، وهذا مرجعه انعدام التكافؤ كما يقول الأمين العام للأمم المتحدة في الكلمة التي ألقاها أمام البرلمان الأوروبي في ٢٩/١/٢٠٠٣، والذي يقول (( تفتقر أعداد هائلة من البشر في آسيا وأفريقيا وأمريكا اللاتينية إلى الفرص لتحسين أحوالهم، تلك الفرص التي ينظر إليها من يقطنون الدول الغنية باعتبارها من قبيل التحصيل الحاصل، فهم يتوقون إلى حياة جديدة في أرض تتيح لهم الفرص المنشودة، فمن حق جميع الدول أن تقرر مدى إمكانية السماح بدخول المهاجرين من عدمه، ولكن من حقهم أن تتوافر لهم الحماية بموجب القانون الدولي، فمن غير الحكمة أن تغلق البلدان الغنية الأبواب في وجوههم، لذلك لن يضر بالاحتمالات الاقتصادية والاجتماعية التي ستواجهها على المدى الطويل، بل سيحفز المزيد من الأشخاص على محاولة التسلل من الأبواب الخلفية)).



إذا إشكالية الهجرة بالنسبة لأوروبا وأمريكا لها تاريخها الطويل، وعانت كلتاها منها رغم الاستفادة الملحوظة منها والمبتجسة في إعادة البناء عقب الحرب العالمية الثانية ومن أجل التنمية في هذه الدول، وفي مطلع السبعينيات بدأت تظهر سياسات الحد من الهجرة الفردية الأمر الذي نتج عنه بروز ظاهرة الهجرة السرية أو غير الشرعية، وبدأت العصابات- ومنها المافيا- تنظم وتتابع هذه العمليات، وهكذا أضحت الهجرة غير الشرعية إشكالية أمنية واقتصادية واجتماعية وإنسانية يتوجب إيجاد حل لها .

وبعيداً عن الإشكالية على المستويين الدولي والإقليمي، سننظر للإشكالية على المستوى الداخلي ((نظرة ليبيا)) لهذه الظاهرة.

**بادئ ذي بدء** يجب أن نشير إلى أن ليبيا لم تكن في يوم من الأيام بلداً مُصدراً للهجرة غير الشرعية، إذ هي بلد عبور فقط؛ نظراً للمعطيات السابق ذكرها من الناحية الاقتصادية ومستوى معيشة الأفراد، ومن حيث الموقع الذي تمتاز به، إلا أنها صارت تعاني من هذه الظاهرة مؤخراً وبالتحديد منذ سنة ١٩٩٩ عندما زاد تدفق الأفراد عبر الصحراء من الحدود الجنوبية لليبيا من مختلف الجنسيات حتى إنهم أصبحوا يمثلون ما يقارب من ٢٥% من إجمالي السكان الذي لا يتجاوز الستة ملايين نسمة، وهكذا دُقي ناقوس الخطر وبدأت الضغوط الداخلية والخارجية على بلادنا لوضع حد لهذه الهجرة خاصة بعد أن صار البحر يقذف بالأعداد الهائلة منهم، فماذا كان موقف ليبيا من هذه الظاهرة؟ وهل أصدرت تشريعات تجزئها؟

#### ١- الإطار التشريعي:

إن دخول الأجانب يخضع إلى السلطة التقديرية للدولة، ذلك لأنه أحد مظاهر السيادة، ولا قيود عليها في ذلك إلا فيما يتعلق بقواعد القانون الدولي وحقوق الإنسان والاتفاقيات الثنائية والمتعددة ومبدأ المعاملة بالمثل، وأهم الشروط العامة التي تطلب عادة عند الدخول هي:

أ- أن يكون حائزاً على جواز سفر ساري المفعول.

ب- أن يتم الدخول والخروج عبر الأماكن التي يحددها قانون كل دولة.

ج- أن يكون حاملاً لشهادة صحية تثبت خلوه من الأمراض المعدية.

د- أن يكون حاصلاً على تأشيرة دخول صحيحة على الجواز الذي يحمله هذا طبعاً باستثناء أعضاء السلك السياسي والقنصلي ومن في حكمهم وكذلك المعفون بإذن خاص لاعتبارات سياسية.

وفي ليبيا نظم القانون رقم (٦) لسنة ١٩٨٧ م وتعديله بموجب القانون رقم (٢) لسنة ١٣٧٢ و.ر دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها، ولائحته التنفيذية رقم (١٢٥) لسنة ١٣٧٣ و.ر ٢٠٠٥.

وباستقراء نصوص هذه التشريعات جيداً نرى أن اللائحة اشترطت الدخول الشرعي إلى البلاد بأن حددت أماكن الدخول والخروج والإجراءات المتبعة في ذلك من حيث الإقامة والتنقل داخل ليبيا، وعدت المخالف لهذه الإجراءات مخالفاً للقانون، زد على ذلك العديد من التشريعات التي تنظم

<sup>١</sup> مقدم / محمد مسعود الراجحي، مجلة الأمن العام عدد خاص (العدد ٥١) ص (٤٥ . ٤٧).



التواجد الأجنبي داخل ليبيا، وبذلك يكون الإطار التشريعي موجوداً وممثلاً في قوانين صارمة ترفض التواجد الأجنبي غير المنظم وتعد أي أجنبي لم يراع التشريعات النافذة مخالفاً للقانون وأفردت له نصوصاً خاصة تحدد عقوبات رادعة له.

وقد اقترح مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة بعض الملاحظات من أجل إضافتها إلى مشروع قانون الهجرة غير المشروعة، لعل أهمها:-

### ➤ الشروع في الجريمة

لم ينص مشروع القانون الليبي على الشروع في الجرائم المنصوص عليها فيه، وفق ما ورد في م/٥ من القانون النموذجي والتي عرفت الشروع في الجريمة على أن "أي شخص يشرع في ارتكاب جريمة بموجب هذا الفعل"، وتقتصر الدراسة إضافة مادة نصها كالآتي: "تسري على الأفعال المكونة للهجرة غير الشرعية المنصوص عليها في هذا القانون أحكام المشروع المبينة بقانون العقوبات".

### ➤ العود لارتكاب الجريمة

وما يسري على الشروع يسري أيضاً على العود لارتكاب الجريمة، فالقانون الليبي المزمع صدوره لم يتضمن التشديد على عقوبة المتهم العائد، وترك ذلك للقواعد العامة في قانون العقوبات وفقاً للمادتين ٩٦ و٩٧، ولعله من الأجدر أن يورد المشروع نصاً خاصاً بالعود كما فعل نظيره المغربي، والذي أورد في ٤٩م ما نصه: "يوجد كل محكوم في حالة عود إذا ارتكب أحد الأفعال المشار إليها في المواد..... خلال مدة الخمس سنوات التالية لتاريخ صدور حكم ضده مكتسب لقوة الشيء المقضي به من أجل أفعال ماثلة".

### ➤ حماية الأطفال والنساء ومن في حكمهم من التهريب

نرى أن يتضمن المشروع تشديداً للعقاب إذا وقعت جريمة تهريب المهاجرين على أطفال دون ذويبهم، أو نساء بمفردهن، أو أشخاص لديهم إعاقات جسدية (ذوي الاحتياجات الخاصة)، كما يمكن إضافة فقرة إلى المادة ٤ من المشروع كما يلي: "وتزداد العقوبة بمقدار الثلث إذا وقعت الأفعال المعتبرة هجرة غير شرعية على الأطفال أو النساء أو أصحاب العاهات أو الاحتياجات الخاصة".

## ٢- التواجد الأجنبي في ليبيا:

ينقسم الأجانب المتواجدون في الداخل إلى الفئات التالية:

### أ- الأجانب الذين دخلوا بطريق التسلسل:

وهؤلاء يعتبر دخولهم غير شرعي وتواجدتهم-أيضا- غير شرعي في البلاد، والقانون رقم (٦)/٨٧ السالف الذكر أفرد نصوصاً خاصة وهي المواد ١٧، ١٨، ١٩ منه، بحيث يعاقب الأجنبي الذي دخل البلاد بدون تأشيرة صحيحة تجيز الدخول بالعقوبات التالية:

- عقوبة الحبس أو الغرامة التي لا تزيد عن مئتي دينارٍ أو إحدى هاتين العقوبتين.

- الإبعاد.

- المنع من الدخول مجدداً إلا بقرار مسبب من مدير عام الجوازات.



- وشدد القانون رقم (٢) لسنة ١٣٧٢ و. ر المعدل للقانون رقم ٦ سالف الذكر في عقوبة من دخل البلاد وبقي فيها أو خرج منها بدون تأشيرة صحيحة صادرة عن الجهات المختصة وكل من ساعد في هذا، وهي ضبط وترحيل ومنع من الدخول، والملاحقة قضائيا بالحبس والغرامة التي لا تقل عن ألفي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ب: الأجنب الذين دخلوا بطريق رسمي وصار وجودهم غير رسمي لانهاء سبب وجودهم، وهؤلاء ليسوا محور حديثنا.

إلا أننا نلاحظ من العرض السابق أن الإطار القانوني كافٍ في حد ذاته لمواجهة ظاهرة الهجرة غير الشرعية، هذا إذا ما نظرنا إلى ما قامت به ليبيا من خطوات جبارة في هذا الشأن تتمثل في أسلوب علاجي، وأسلوب وقائي، بحيث عاجلت الوضع القائم بموجب اتفاقيات ثنائية مع دول الجوار وما بعد الجوار وهي على النحو التالي (السودان - مصر - الجزائر - تونس - تشاد - النيجر - مالي - أوغندا - غينيا بيساو - غامبيا - المغرب - إيطاليا - مالطا).

حيث تم الاتفاق مع هذه الدول على مبدأ مكافحة الظاهرة بشتى الوسائل، والتزمت كل دولة بموجب الترتيبات الأمنية والقانونية والإدارية، وكان القاسم المشترك بينهم منع ومكافحة الدخول غير الشرعي مع تسهيل إجراءات الدخول الشرعي عبر المنافذ المعتمدة وبالشروط المتفق عليها.

أما العلاج الواقعي أو العملي لمن وصل من المهاجرين في البلاد، فقد تم إقامة تجمعات منظمة لإيواء هذه الفئات قرب المدن تتوافر فيها الأدوية والرعاية الصحية والاجتماعية والأمنية وكافة سبل العيش لأجل التجهيز لترحيلهم إلى بلدانهم القادمين منها بالوسائل الحديثة والميسرة، أضف إلى ذلك القيام بمراقبة الحدود بصورة أكثر فاعلية مما كانت عليه، ناهيك عن التوعية الإعلامية بمختلف الوسائل للتنبيه إلى حجم خطورة هذه الظاهرة وعواقبها السابق الحديث عنها.

أيضا تم إنشاء أجهزة متخصصة أقيمت لأعضائها العديد من الدورات التدريبية الداخلية والخارجية بالاتفاق مع دول صديقة وشقيقة في هذا المجال وذلك من أجل الرفع من كفاءة وقدرة المتعاملين مع المهاجرين غير الشرعيين.

حيث صدر في ٤ / ٦ / ٢٠١٤ قرار مجلس الوزراء رقم (386) لسنة 2014 بشأن إنشاء جهاز مكافحة الهجرة غير الشرعية والذي أنشئ بموجبه جهاز عام سُمي (جهاز مكافحة الهجرة غير الشرعية) يتمتع بالشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة ويتبع وزارة الداخلية، والذي دمج في الجهاز الإدارة العامة للهجرة غير الشرعية التابعة إلى وزارة الداخلية، كما نقل للعمل بالجهاز منتسبو الإدارة المذكورة بذات أوضاعهم الوظيفية، ويتولى ممارسة الاختصاصات الآتية:

١. المشاركة في إعداد وتنفيذ الخطط الأمنية المشتركة بما يكفل حفظ الأمن والنظام العام في البلاد.
٢. دراسة ووضع الخطط الاستراتيجية التي من شأنها الحد من ظاهرة الهجرة غير الشرعية بدولة ليبيا.
٣. إعداد وتنفيذ الخطط الأمنية لمكافحة جرائم تهريب الأشخاص والتسلل.
٤. ضبط المهاجرين غير الشرعيين بليبيا ووضعهم بمراكز الإيواء ومتابعتهم واستكمال الإجراءات الخاصة بترحيلهم إلى بلدانهم الأصلية، وذلك بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة .
٥. توثيق القيود الخاصة بالمتسللين والمهربين الذين يتم ضبطهم وإعداد قاعدة بيانات بشأنهم.
٦. جمع المعلومات والتحري عن قضايا الاتجار بالبشر والجريمة المنظمة وقضايا تهريب الأشخاص والتسلل وتبويبها وتصنيفها والتنسيق مع الأجهزة الأمنية ذات العلاقة لملاحقة الجناة والمتهمين.





٧. إعداد الدراسات والبحوث المتعلقة بأسباب ظاهرة الهجرة غير الشرعية والاتجار بالبشر والحد منها، وكذلك اقتراح تطوير أساليب العمل وإدخال التقنية العلمية الحديثة للحد من هذه الظواهر الإجرامية.
  ٨. حصر وتحديد التمرکزات الأمنية ودراسة ما تعانيه من مشاكل وصعوبات ووضع الحلول الكفيلة بمعالجتها.
  ٩. الإشراف المباشر على جميع الفروع والمكاتب ومراكز الإيواء والأقسام والتمرکزات التابعة له وتنسيق جهودها وتوجيهها إلى تحقيق الأهداف والواجبات المسندة للجهاز.
  ١٠. متابعة الأقسام والتمرکزات الصحراوية بشأن تسيير دوريات رابطة لمكافحة الهجرة غير الشرعية والتخريب بصفة عامة على امتداد الطوق الثاني.
  ١١. القيام بمباشرة الأعمال الإدارية اليومية للجهاز بكافة مكوناته والتفتيش على التابعين إليه ومتابعتهم، للتأكد من قيامهم بواجباتهم والتزامهم بما تفرضه القوانين واللوائح والقرارات والنظم المعمول بها.
  ١٢. العمل على توفير كافة الوسائل والوسائط الفنية والحديثة التي يحتاجها الجهاز في سبيل تنفيذ مهامه المكلف بها.
  ١٣. إعداد خطة سنوية لتدريب العناصر التابعين إليه ورفع من مستوى الأداء الأمني والوظيفي لديهم في دورات محلية وخارجية.
  ١٤. حضور الملتقيات والندوات والاجتماعات المحلية والعربية والدولية المتعلقة بمكافحة ظاهري الهجرة غير الشرعية وتخريب الأشخاص وأمن الحدود.
  ١٥. التنسيق مع الأجهزة الأمنية الإقليمية ذات العلاقة، والتعاون مع الجهات العربية المناظرة، بما في ذلك المنظمات العربية والدولية؛ من أجل الاستفادة من خبراتهم وإمكانياتهم في مجال التصدي إلى هذه الظواهر الإجرامية والحد منها.
  ١٦. أي مهام أخرى تسند إليه أو يختص بها وفقاً للتشريعات النافذة.
- ونصت المادة الرابعة من القانون المشار إليه على أنه يتوجب على الجهاز عند تنفيذ اختصاصاته مراعاة النصوص التشريعية والمواثيق ومُعاهدات حقوق الإنسان، ومراعاة ما تنص عليه المعاهدات الدولية التي تكون دولة ليبيا طرفاً فيها.

#### الخاتمة

في الختام نشير إلى أن جهود ليبيا في توفير الحماية الكافية للمهاجرين غير الشرعيين ولاسيما التشريعية، وكذلك جهودها في مجال مكافحة ظاهرة الهجرة غير الشرعية هي جهود أكبر من أن يتم عرضها في عجالة، وقد كان الدافع وراءها ليس تحقيق مصالح سياسية أو اقتصادية فقط وإنما مصالح اجتماعية أيضاً، خاصةً بعد أن صار خطر هذه الظاهرة أكبر بكثير من أن يُهمش أو أن يتم إغفاله.

نخلص من هذه الورقة إلى جملة من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

#### أولاً: النتائج:



١. خلصنا إلى أن من أهم المسائل المثيرة للقلق اليوم حول الهجرة غير الشرعية أنها أصبحت ظاهرة عالمية آخذة في الانتشار، ويسعى العديد من الدول إلى وضع ضوابط لها بل وإلى احتوائها باعتماد سياسات مقيدة للهجرة، وقد يفرض ذلك إلى وضع تدابير قسرية تشمل اللجوء الممنهج إلى الاحتجاز الإداري أو الجنائي على حد سواء، وهو لما يتعارض مع الحق في الحرية والأمن الشخصي وهو أحد أهم حقوق الإنسان.
٢. ضعف آليات التنفيذ والمتابعة الداخلية والدولية لما يتم إبرامه من اتفاقيات أو سنه من قوانين في مجال الهجرة غير الشرعية.
٣. ضعف التركيز على مؤسسات المجتمع المدني المهتمة والمتابعة لمسألة الهجرة غير الشرعية.

### ثانياً: التوصيات:

١. تظل الحلول والبدائل الأخرى التي يشير إليها الخبراء هي الأكثر نجاعة كنقل التنمية إلى أفريقيا وإقامة المشاريع وإيجاد سوق عمل فيها، وقد التزمت الأجهزة التنفيذية المختصة في الدولة بما أسند إليها من مهام، وذلك من خلال الإحصائيات والضبط والترحيل وعقد اللقاءات الإقليمية ودولية ومع الوفود الأوروبية وخاصة دولة إيطاليا.
٢. لقد أظهرت مجموعة كبيرة من البحوث الأثر السلبي للاحتجاز الإداري على الصحة العقلية للمهاجرين، لذا نوصي بتجنب قرارات الاحتجاز غير الضرورية.
- ٣- ضمان أن يكون الاعتقال مبرراً وأنه لا يستخدم إلا كملاذ أخير، ويجب إثبات أن أي قرار بالاحتجاز ضروري ومنطقي ومتناسب مع غرض مشروع.
- ٤- عدم جواز استخدام الاحتجاز الإداري على سبيل الردع أو العقوبة.
- ٥- عدم إمكانية استخدام الاحتجاز الإداري للمهاجرين إلا في الحالات التي يؤكد فيها التقييم الفردي لوضع مهاجر معين وجود أساس مقبول يمكنه أن يبرر هذا الاحتجاز، ولا سيما إذا كان هناك اعتقاد بأن مهاجراً بعينه يشكل خطراً على الأمن العام أو كان هروبه محتملاً.
- ٦- ينبغي أن يكون الاحتجاز محدد المدة ويجب ألا تتجاوز فترة الاحتجاز الإداري المدة التي يمكن أن تقدم الدولة خلالها مبرراً مناسباً للاحتجاز الإداري.
- ٧- ينبغي أن يكون بمقدور المهاجرين أن يتنقلوا بحرية في مكان احتجازهم؛ وينبغي إيواء أفراد العائلة.
- ٨- يجب أن يكون بمقدور المهاجرين أن يحافظوا على علاقات مؤثرة مع العالم الخارجي، ولتيسير ذلك، من المهم الفصل بين المهاجرين غير الشرعيين والأشخاص المشتبه بهم أو المتهمين أو المدانين في جرائم جنائية.
- ٩- يجب أن توفر جميع الأماكن التي يودع فيها المهاجرون المحرومون من حريتهم ظروف لائقة للعيش.
- ١٠- يجب على سلطات الاحتجاز أن تضمن سلامتهم الشخصية وتلبي احتياجاتهم البدنية والنفسية على حد سواء، ويشمل ذلك إمكانية الحصول على الرعاية الطبية الملائمة.
- ١١- يجب حمايتهم من جميع أشكال الانتهاك والاستغلال، بما في ذلك العنف الجنسي.
- ١٢- يجب على الدول أن تسمح للمهاجرين المحتجزين بالاتصال بعائلاتهم.
- ١٣- احترام الضمانات الإجرائية الرئيسية أمر أساسي وفقاً للقانون القائم.
- ١٤- يجب إبلاغ المهاجرين على وجه السرعة وبلغه يفهمونها بأسباب احتجازهم وبحقوقهم الأخرى، بما في ذلك إمكانية الطعن.

<sup>١</sup> الاحتجاز الإداري بغرض وضع ضوابط للهجرة يستخدم أحياناً كنوع من الردع أو العقاب، وينبغي ألا يحدث هذا؛ لأن الاحتجاز لأسباب إدارية ينبغي ألا يكون، إذ قد يعرقل تجريم الدخول أو الإقامة غير الشرعية، حصول المهاجرين المحتجزين على خدمات متخصصة، لذلك ينبغي أن يكون الاحتجاز إجراءً استثنائياً؛ وينبغي على الدوام النظر أولاً في الحرية وبدائل أخرى.



- ١٥- يجب أن ينبع قرار الاحتجاز من مسؤول مصرح له بذلك.
- ١٦- للمهاجرين الحق في إبلاغ سلطات بلدانهم القنصلية أو الدبلوماسية وفي التواصل مع الهيئات الدبلوماسية أو القنصلية المعنية باحتجاز المهاجر دون تأخير إذا طلب ذلك.
- ١٧- يجب أن يعود لسلطة قضائية أو سلطة مستقلة أخرى النظر بأقل تأخير ممكن في قرار الإيداع رهن الاحتجاز، وينبغي أن يشمل هذا الإجراء حق الطعن.
- ١٨- ينبغي أن يتمكن المهاجرون من حضور جلسات المحاكمة شخصياً أو أن ينوب عنهم ممثلهم القانوني .
- ١٩- ينبغي مراعاة الظروف الخاصة لفئات معينة من المهاجرين المستضعفين على نحو خاص مثل الأطفال، وضحايا التعذيب أو الاتجار، والأشخاص ذوي الإعاقات العقلية أو الظروف الصحية، والمسنين، والفئات الأخرى التي قد تعثرها أوجه ضعف خاصة في ظروف معينة كالنساء أو عديمي الجنسية أو ضحايا الاعتداء الجنسي.
- ٢٠- أن يتم تقديم كل الخدمات الطبية والعلاجية للمهاجرين غير الشرعيين سواء عند نقطة الإنزال على البحر بعد إنقاذهم أو داخل مراكز الإيواء والتنسيق مع المنظمات الدولية والأهلية مثل المنظمة الدولية للهجرة واطباء بلا حدود والهلال الأحمر.
- هذا ما يمكن حوصلته عن ظاهرة الهجرة غير الشرعية بشكل عام والحماية التشريعية للمهاجرين غير الشرعيين على وجه الخصوص.
- والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته



### قائمة المراجع:

#### أولاً: القرآن الكريم

#### ثانياً: الموسوعات اللغوية:

- ١- مختار القاموس، الطاهر أحمد الزاوي، الدار العربية للكتاب، حرف الهاء.
- ٢- منير البعلبكي، موسوعة المورد العربية، دار العلم للملايين، الجزء ٢، بيروت، ١٩٩٠.

#### ثالثاً: الكتب:

- ١- إبراهيم سيد أحمد، قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر واتفاقية الأمم المتحدة، دار الكتاب القانوني، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- ٢- خالد محمد خالد، عمر بن عبد العزيز، مكتبة الأنجلو، القاهرة، ١٩٦٩.
- ٣- لانسون وماييه، منهج البحث في الأدب واللغة، ترجمة محمد مندور، دار العلم للملايين، ط ٣، بيروت، فبراير ١٩٨٩.
- ٤- محمد البزاز، حقوق الإنسان والحريات الأساسية، مطبعة سجل ماسة، مكناس، المغرب، ٢٠١٥.

#### رابعاً: الرسائل العلمية:

#### ➤ رسائل الماجستير

- ١- لندا مصطفى حسين الكلش، الحريات والحقوق الأساسية الدولية والوطنية للعمال والمهاجرين، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ٢٠١٨.
- ٢- محمد الحريزي يوسف، أمالس أيوب لطفي، القواعد الدولية لحماية حقوق المهاجرين، قسم القانون الدولي الخاص، ٢٠٢٠/٢٠١٩.
- ٣- نورة منتصر، إشكالية الهجرة بين التنظيم والتنمية: قراءة في نتائج مؤتمر مراكش، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل، مكناس، المغرب، ٢٠١٨/٢٠١٩.

#### خامساً: البحوث والدراسات القانونية.

- ١- مدير عام منظمة الهجرة الدولية IOM السيد برونسون ماكنيللي، الحوار الذي أجرته سوسن حسين، مجلة السياسة الدولية، العدد ١٦٥، يوليو، ٢٠٠٦.
- ٢- مصطفى طاهر، إطلالة على القانون الاتحادي لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر، دراسة لمركز البحوث والدراسات الأمنية، القيادة العامة، شرطة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٨.
- ٣- مقدم/ محمد مسعود الراجحي، مجلة الأمن العام، عدد خاص ٥١.

#### سادساً: الوثائق الدولية

- ١- بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.



سابعاً: المواقع الالكترونية

١- الموقع الرسمي لمنظمة الهجرة الدولية iom.org

٢- موقع سفارة أمريكا في تونس تشرف عليه وزارة الخارجية الأمريكية

Arabic-tunisia-usembassy.gov

التعويض عن ضرر تفويت الفرصة وتطبيقاته في قضايا الأحوال الشخصية.

## The Compensation for Damages Resulting from Lost Opportunity and Its Applications in Personal Status Cases

د. مناء مفتاح عبدالسلام الصور  
أستاذ مساعد بكلية القانون / جامعة طرابلس

ملخص:

انصبت هذه الدراسة على توضيح مفهوم الفرصة الفائتة والخصائص التي ينفرد بها الضرر الناجم عنها، كما تناولت مسألة أساس التعويض عن ذلك الضرر، بحسبانه ضرر يرتبط ببعض الخصائص المتعلقة باحتمالية تحقق آثار الفرصة الفائتة من عدمها، وأيضاً اتساع نطاق تطبيق فكرة تفويت الفرصة وتنوعها، في غياب نص تشريعي يقيدھا. وقد ركزت هذه الورقة على بعض تطبيقات التعويض عن ضرر تفويت الفرصة في بعض قضايا الأحوال الشخصية في القضاء الليبي، وقد توصلت إلى ضرورة تدخل المشرع بتنظيم أمور هامة تتصل بالتعويض عن ضرر تفويت الفرصة في نطاق تلك القضايا - كالتعويض عن العدول غير المبرر عن الخطبة - التطلق - الطلاق التعسفي، مما يعين القضاء في تنظيم استخدام السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن تفويت الفرصة في تلك المسائل

### Abstract:

This study focused on clarifying the concept of the lost opportunity and the unique characteristics for the damage caused as a result of it. The paper also considered the issue of the basis for compensation for that damage, as such damage associated with some characteristics related to the possibility of occurrence the effects of the lost opportunity or not, as well as the wide scope of application of the idea of the lost opportunity and its diversity in light of the absence of a legislative provision that may restrict the same.

This paper focused on some applications of compensation for the damage of the lost opportunity in some Family Law cases in the Libyan judiciary, and the paper concluded that the legislator should intervene to regulate the important aspects related to compensation for the harm of the lost opportunity within the scope of these cases - such as compensation for



unjustified annulment of engagement, divorce and arbitrary divorce, which may assist the judiciary system to adjust the use of the discretion authority granted to the judge in estimating the compensation for damages resulting from the lost opportunity in those matters.

#### مقدمة:

- ١ إن فوات الفرصة في كسب محتمل أو تجنب خسارة محتملة قد يعتبره البعض<sup>(١)</sup> ضرراً محتملاً لا يصلح أن يكون محلاً للتعويض، حيث لا يجوز دمج مسائل الحظ ضمن نطاق القانون.
- إلا إن الواقع العملي يشير إلى أن ضياع الفرصة في الكسب أو تجنب الخسارة - في حال توافر أسباب حقيقية لضياع تلك الفرصة - قد يأخذ بُعداً آخرًا، فحرمان المضرور من فرصة حقيقية - حتى وإن كانت نتائجها محتملة مؤجلة - هو في حد ذاته ضرراً حالاً يستوجب التعويض عنه.
- عليه؛ فإن معرفة الفرق بين الضرر الناشئ عن تفويت الفرصة وغيره من صور الضرر الأخرى (كالضرر المحتمل - الضرر المستقبلي)، له أهميته في الوقوف على حقيقة الأساس القانوني الموجب للتعويض عن ذلك الضرر، سيما ضمن نطاق قضايا الأحوال الشخصية.
- فإن البحث عن الطبيعة الخاصة بالضرر الناجم عن تفويت الفرصة، ومدى استقلاله عن غيره من صور الضرر الأخرى يُعد أمراً لازماً، وخاصةً إذا ما انعكس على الضرر كسند للتعويض في قضايا الأحوال الشخصية، دعانا هذا إلى محاولة ضبط المفاهيم المتصلة بمسائل التعويض عن ضرر تفويت الفرصة في إحدى مجالاتها المتمثلة في تطبيقاتها المعاصرة لمسائل الزواج والطلاق، والتي تعتبر ميداناً خصباً في دمج مسائل القانون بالواقع المعيش .
- ومن ثم، يمكن تقسيم موضوع هذه البحث إلى مبحثين؛ يُعالج الأول، ماهية الفرصة الفائتة وخصوصية الضرر الناشئ عنها، في حين يعالج المبحث الثاني، مفهوم التعويض عن تفويت الفرصة مع استعراض بعض تطبيقات القضاء الليبي لفكرة تفويت الفرصة في نطاق مسائل الزواج والطلاق.

<sup>١</sup> - انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: تفويت الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية، القسم الأول، السنة العاشرة، العدد ٢، ١٩٨٢م، ص ٨٥-٨٦، انظر كذلك، د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: تعويض الضرر في المسؤولية المدنية - دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥، ص ٣٥٤ وما بعدها.



## المبحث الأول

### ماهية الفرصة الفائتة وخصوصية الضرر الناجم عنها

للقوف على طبيعة مفهوم الفرصة الفائتة والعناصر المكونة لها، وكذلك الطبيعة الخاصة للضرر الناجم عنها، لابد من ضبط مفهوم الفرصة باعتبارها محلاً صالحاً للتعويض، حيث لا يعوز عن أي فرصة دون شرط أو قيد. كما إن الأمر يتطلب معرفة كافية لطبيعة الضرر الناشئ عن تلك الفرصة، وتمييزه عن غيره من صور الضرر الأخرى. عليه؛ يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين يتناول الأول مفهوم الفرصة الفائتة والعناصر المكونة لها وصولاً إلى مفهوم منضبط يعكس كونها ضرراً يمكن التمسك به والتعويض عنه، ويعالج المطلب الثاني خصوصية ضرر تفويت الفرصة والشروط الواجب توافرها فيه ليكون سنداً للتعويض.

## المطلب الأول

### مفهوم الفرصة الفائتة والعناصر المكونة لها

أغفل المشرع الليبي وضع تعريف للفرصة الفائتة (كغيره من التشريعات المقارنة)، كما أنه أهمل تحديد مضمونها بشكل واضح، تاركاً هذا الأمر للفقهاء والقضاء، ولعله من المفيد، للوصول إلى مفهوم منضبط لمصطلح الفرصة الفائتة، وتحديد العناصر المكونة لها. وهو ما نتعرض له في هذا الجزء من المطلب، من خلال فقرتين نتناول في أولهما، ضبط مفهوم الفرصة، وفي الثانية عناصر الفرصة الفائتة، وذلك على النحو التالي:

**أولاً- ضبط مفهوم الفرصة الفائتة:** قد يقترب مصطلح الفرصة من مفهوم مصطلح الحظ أو الريبة أو الشك وعدم التحقق (أي تدور كلها حول الاحتمال)، وكلها مصطلحات استخدمها المشرع في العديد من النصوص القانونية، فمصطلح الاحتمال يدل على الحظ أو الصدفة، لذا وجدت الاحتمالات التشريعية، والاحتمالات في العقود، وأيضاً الاحتمالات في الوقائع، وفي الحياة والموت، وغير ذلك. وهي مصطلحات تشير إلى فرضيات مألوفة في علم القانون.

بناءً على ما تقدم، فإن مفهوم الفرصة، قد يتسع ليشمل الاحتمال والمخاطر والحظ، كما قد يستخدم مصطلح الاحتمال للدلالة على الفرصة، باعتباره عنصراً جوهرياً فيها، بالرغم من وجود فارق كبير بينهما. ذلك أن الاحتمال مصطلح يحظى بمكانة في الصياغة القانونية، أما مصطلح الفرصة فهو لا يرد في العادة ضمن اللغة القانونية. يستنتج من ذلك، إن مصطلح الفرصة يتضمن فكرة الاحتمال، والعكس غير صحيح، فمصطلح الاحتمال لا يتصور تضمينه لفكرة الفرصة، فيقال "مثلاً" تفويت الاحتمال، ولكن يصح أن يقال بتفويت الفرصة، وهذا ما يجعل المصطلحين غير متطابقين.





**خلاصة القول:** إن فكرة تفويت الفرصة تحتوي على الحظ والاحتمال في مجال القانون، ذلك أن الأخير يُعد نظاماً عقلياً منطقياً من حيث المبدأ وليس كياناً جامداً سيما، أنه أداة لتحقيق العدالة التي تتطلب للوصول إليها، تعامل القانون مع كل الطرق والوسائل والأشياء بغية أنصاف المضرور وجبر الضرر<sup>(١)</sup>.

### وفي هذا السياق يمكن تحليل فكرة الفرصة في الآتي:

- اعتماد فكرة الفرصة على وجود الحظ، وهو أمر خارج عن إرادة الأفراد وتوقعاتهم.
- فكرة الفرصة واقعة احتمالية قد تحصل أو لا تحصل.
- فكرة الفرصة وسيلة للوصول إلى غاية مرجوة أو تجنب خسارة محتملة.
- يجتمع في فكرة الفرصة أمران - الأول تحقق مصلحة مشروعة يحتمل حصولها أو عدم حصولها، والثاني تجنب خسارة محتملة يمكن وقوعها.

وفي غيبة تعريف تشريعي منضبط لمفهوم تفويت الفرصة، فقد تصدى الفقه والقضاء لذلك في محاولة منهما لصياغة هذا التعريف وتحديد المقصود منه، وذلك حتى يكون لاستحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن تفويت الفرصة ضوابط وشروط محددة يسترشد بها القاضي عند ممارسته لسلطته التقديرية في تحديد قيمة التعويض أيّاً كان مادياً أو أدبياً.

ويعرف جانب من الفقه<sup>(٢)</sup> الفرصة بأنها "احتمال وإمكان الكسب، ومن ثم يكون المقصود بفوات الفرصة، هو فوات فرصة الكسب، باعتباره حدثاً سعيداً مرغوباً فيه، والذي يتمثل في تحقيق غنم أو استبعاد غرم أي تحقيق كسب أو تجنب خسارة".

وذهب آخرون<sup>(٣)</sup> إلى أن الفرصة الفائتة هي "حرمان الشخص من فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب إذ يكون هناك كسب مرجح كان يمكن أن يتحقق، وقد حال الفعل الضار دون تحقق هذا الكسب". ومن جانب آخر، ذهب البعض إلى أن القضاء المقارن حاول وضع تعريف منضبط لمفهوم الفرصة الفائتة، حيث عرفت محكمة النقض الفرنسية تفويت الفرصة، بأنه "تسبب الشخص بخطئه في تضييع فرصة على آخر، فيحرمه مما كان يتوقع تحقيقه من كسب أو حتى تجنب الخسارة..."<sup>(٤)</sup>. كما قررت دائرة العرائض في ذات المحكمة في دعوى (بتاريخ ١٧/٧/١٨٨٩م) تتعلق بشخص فقد فرصة كسب دعواه بسبب إهمال الموظف القضائي، وإن تفويت الفرصة يشكل ضرراً يمكن تعويضه<sup>(٥)</sup>.

١ - للمزيد انظر: د. أيمن إبراهيم العشماوي: تفويت الفرصة "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص ٨-٩.

٢ - انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل: تفويت الفرصة، مرجع سابق، ص ١١١.

٣ - انظر: د. سليمان مرقص: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ط ١، ١٩٧١م، ص ١٣٦.

٤ - انظر د. يوسف زكريا (صفحته على الفيس بوك)، مشار إليه في أ. كوثر عبدالجواد: التعويض في تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية "دراسة في المسؤولية العقدية"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة طرابلس، ٢٠١٥م، ص ١٢.

٥ - مشار إليه عند د. العشماوي، مرجع سابق، ص ١٠.



وفي ذات السياق، قضت محكمة النقض المصرية "... بأن القانون وما جرى به قضاء هذه المحكمة، لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضروب من رجحان كسب فوته عليه إخلال المتعاقد معه بالتزامه ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمراً احتمالياً فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه..."<sup>(١)</sup>.

أما القضاء الليبي، فقد أغفل وضع تعريفٍ صريحٍ لتفويت الفرصة، بالرغم من إصداره العديد من الأحكام المتعلقة بوجوب التعويض للضرر المرتبط بتفويت الفرصة، فالزوجة التي طلقت دون سبب يرجع إليها، قد أصابها ضرر معنوي، تمثل في حرمانها من استمرار حياتها الزوجية و أمليها في تكوين أسرة، فضلاً عن تحولها "من زوجة مصونة إلى مطلقة في مجتمع محافظ، مما يتعين معه تعويضها عن هذا الضرر..."<sup>(٢)</sup>.

ومن خلال ما تقدم، فإنه، قد يكون من الصعب وضع تعريفٍ منضبطٍ موحدٍ لمفهوم تفويت الفرصة، ومع ذلك، فإن التعرف على العناصر المكونة للفرصة الفاتئة، قد يجعل الأمر أكثر سهولة عليه؛ يكون من المناسب تحديد مكونات الفرصة الفاتئة .

### ثانياً: العناصر المكونة للفرصة الفاتئة

إن أهمية تحديد العناصر المكونة للفرصة الفاتئة، (فضلاً عن وضع مفهوم منضبط لها)، يكمن في أنه لا يجوز التعويض عن أي فرصة فاتئة دون قيد أو شرط .

الأمر الذي يستدعي تحديد العناصر الأساسية المكونة للفرصة الفاتئة والمتمثلة - بحسب رأينا - في التالي:

- **عنصر الرجاء أو الأمل في كسب مرجح أو تجنب خسارة محتملة فالرجاء، أو الأمل -بغض النظر ما إذا كانت له قيمة أم لا-، فإن المساس به يُعد مساساً بحق يفترض أن يحميه القانون، وهو حق المحاولة، فحرمان شخص من الأمل في الفوز أو النجاح أو تجنب الفشل، يعتبر في حد ذاته ضرراً يستوجب التعويض عنه<sup>(٣)</sup>.**
- **عنصر الاحتمال،** تتضمن فكرة تفويت الفرصة عنصر الاحتمال، فهي تُعد واقعة احتمالية قد تحدث وقد لا تحدث كونها تخرج عن إطار قدرة وسيطرة الشخص<sup>(٤)</sup>. وباعتبار ذلك، فإن القانون؛ لا يهتم بالوقائع الاحتمالية لبعدها عن مجاله إلا أنه استثناء يمكن الحكم بالتعويض للمضروب عن ضياع فرصة كان يأمل من وراءها الكسب أو تجنب الخسارة بالرغم من احتوائها على عنصر الاحتمال كونه عنصراً جوهرياً فيها.

١ - نقض مدني (مصري) طعن رقم ١٤٧٢- لسنة ٥٣ ق، جلسة بتاريخ ١٩٩٢/٦/٢٩، مشار إليه عند أنور طلبة: دعوى التعويض، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠١م، ص ٣٠٨.

٢ - طعن أحوال شخصية رقم ٤٩/٣٦ ق، جلسة بتاريخ ٢٠٠٣/٣/١٣، مجموعة أحكام المحكمة العليا الليبية، ص ٨١-٨٢.

٣ - أكد بعض الفقه على أن "الفرصة الفاتئة حتى لو كانت أمراً محتملاً فإن ضياعها أمراً محقق يستوجب التعويض" انظر د. عبدالرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، (مصادر الالتزام)، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢م، ص ٨٦٢. كذلك د. عبدالمنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٥٣٢. أيضاً- ينظر، د. عبدالودود يحيى: الموجز في النظرية العامة للالتزامات - المصادر - الأحكام - الإثبات - القسم الأول - مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢٥٤. ينظر كذلك د. محمد علي البدوي الأزهرى: النظرية العامة للالتزام، ج ١، - مصادر الالتزام - ط ٢٠١٦، بدون نشر، ص ٣٢٣.

٤ - في نفس المعنى انظر د. العشماوي، مرجع سابق، ص ٣١-٣٢.



- عنصر الإرادة الحقيقية في تحقيق الأمل، لا يكفي أن تتضمن عناصر الفرصة الفاتنة مجرد الأمل، بل لابد من اتجاه إرادة الشخص إلى تحقيق ذلك الأمل والسعي إلى الوصول إلى غايته المتمثلة في اغتنام الفرصة في تحقق الكسب أو تجنب الخسارة. وبناء على ذلك فإن اعتبار تفويت الفرصة ضرراً محققاً يقوم على تحقق الفرصة بوجودها فعلاً قبل ضياعها.
- عنصر الجدية، يبرز عنصر الجدية، من خلال توافر الأسباب الفعلية المؤدية إلى وجود الفرصة، فالجدية ترتبط بمدى احتمال تحقق الفرصة في المستقبل، والاحتمال لا يجب أن يكون ضعيفاً أو بعيد المنال<sup>(١)</sup> وهذا ما يجعل من اغتنام الفرصة أمراً جدياً .
- استناداً إلى ما تقدم طرحه، فإنه يمكن تعريف الفرصة بأنها: وسيلة جدية لتحقيق أمل في كسب أو تجنب خسارة (محتملة) وبفواتها وضياع ذلك الأمل يلحق الشخص ضرر محقق وحال يستوجب التعويض، لكن السؤال هل نلمس له خصوصية في تعريف الفرصة ؟

### المطلب الثاني: خصوصية الضرر الناتج عن تفويت الفرصة.

غنى عن البيان، إن الشروط العامة لتوافر الضرر كركن أساسي لقيام المسؤولية المدنية- أن يكون ضرراً محققاً ومباشراً وشخصياً، وإن ينطوي على إخلال بمصلحة (سواء كانت أدبية أو مادية) مشروعة، فهل ينبغي أن تتوافر هذه الشروط في الضرر الناشئ عن تفويت الفرصة ليصلح أن يكون محلاً للتعويض؟ .

للإجابة على السؤال السابق، يتطلب الأمر الوقوف على طبيعة الضرر الناشئ عن تفويت الفرصة، وتمييزه عن غيره من صور الضرر الأخرى، وهو ما يدعونا إلى الخوض في تبيان الخصائص التي ينفرد بها هذا الضرر (أولاً)، ثم - التمييز بينه وبين صور الضرر الأخرى(ثانياً).

#### أولاً: خصائص الضرر الناشئ عن تفويت الفرصة.

يتسم الضرر الناشئ عن تفويت الفرصة ببعض الغموض لعدم توافر كل الشروط اللازمة لقيام ركن الضرر في المسؤولية المدنية (حتى يصلح أن يكون موجباً للتعويض)، وخاصة فيما يتعلق بشرط- أن يكون الضرر محققاً- فالضرر الناتج عن تفويت الفرصة، هو ضرر خاص، سواء من حيث تعريفه أو من حيث الشروط اللازمة لوجوده.

عليه، فإن معرفة الشروط الخاصة لضرر تفويت الفرصة ومدى اتساقها مع الشروط العامة للضرر (كركن في المسؤولية المدنية) هو ما يحدد خصائصه، وبالتالي تمييزه عن غيره من صور الضرر الأخرى.

وينفرد الضرر الناشئ عن تفويت الفرصة بالجمع بين أمرين الأول، يُعد ضرراً حالاً (تفويت الفرصة) والثاني؛ كونه ضرراً محتملاً<sup>(٢)</sup>، حيث تحققت أسبابه وتراخى آثاره.

انطلاقاً من ذلك فإنه يمكن إجمال الشروط الخاصة بضرر تفويت الفرصة في التالي:

١ - انظر أ. أسماء بلقاسم علي محمد الشريف: الضرر المرتد في المسؤولية التصورية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة طرابلس، ٢٠٢٢م، ص ١١.

٢ - انظر أ. كوثر عبدالجواد: التعويض عن تفويت الفرصة، مرجع سابق، ص ٥١. انظر- أيضاً د. إبراهيم العشماوي: مرجع سابق، ص ٧.



- أن يكون ضرراً محققاً<sup>(١)</sup>، فكيف يكون ضرر كذلك تفويت الفرصة كذلك؟

يكون تفويت الفرصة أمراً محققاً لارتباطه بفعل ضار حدث من الغير بغض النظر عن مدى تحقق الكسب أو تجنب الخسارة المرجوة من تلك الفرصة، فحصول الطلاق التعسفي (مثلاً) من قبل من يملكه بإرادة منفردة (الزوج) دون مبرر شرعي يُعد ضرر محققاً، حيث فوتت على الزوجة فرصة الاستمرار في الحياة الزوجية التي كانت تأمل من خلالها في تكوين أسرة وإنجاب أطفال واستقرار اجتماعي في مجتمع محافظ.

- الضرر الناشئ عن تفويت الفرصة يرتبط ارتباطاً مباشراً بضياح الفرصة، أي أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ في الفعل الضار، وهو هنا تفويت الفرصة، "ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"<sup>(٢)</sup>.

- ضرورة إثبات الضرر، وذلك بالأخذ بالقرائن والافتراضات، ويتلزم ذلك مع إثبات نوع الضرر، سواءً كان ضرراً مادياً أو أدبياً، كما يمكن أن يكون الضرر الناشئ عن تفويت الفرصة ضرراً ناشئاً من فعل إيجابي (عمدي أو غير عمدي) أو فعل سلبي (امتناع) بحسب الأحوال.

ويعتمد التحقق من وجود الفرصة، على مدى قوة احتمالها، فإذا كان الاحتمال معقولاً ومناسباً فإن الضرر يكون ثابتاً.

والملاحظ أن توافر شرط إثبات الضرر قد يكون من الأمور غير الميسرة لطالب التعويض، لصعوبة التمييز بين الضرر الخاص والضرر النهائي لاختلافهما. ففي كثير من الأحيان، يصاحب ضرر تفويت الفرصة ضرر آخر يصيب المضرور وهو ما يدعو إلى عدم الخلط بينهما، حيث لا يوجد تطابق أو تماثل<sup>(٣)</sup> بين الضرر النهائي المتمثل في طلاق الزوجة بشكل تعسفي وضرر تفويت فرصة العيش الكريم في أسرة متماسكة سعيدة، فعلاقة السببية بين الطلاق التعسفي (إذا ما اعتبرناه فعلاً ضاراً) وخطأ الزوج في إساءة استعمال حقه - يصعب إثباتها، أما ضرر تفويت الفرصة (الضرر الخاص) فهو ضرر محقق بتفويتها، ومن هنا يظهر الفرق بين إمكانية إثبات كل من الضررين، والجدير بالملاحظة، أن البعض يرى، "بأنه هناك حالات في تفويت الفرصة، يكون فيها الضرر مفترضاً لا يحتاج إلى إثبات، وتوجد بذلك قرينة لصالح المضرور"<sup>(٤)</sup>، فقد أكد المشرع الليبي على ذلك في العديد من النصوص، منها على سبيل المثال ما نصت عليه المادة ٢٣١ م. ل، بأنه "لا يشترط لاستحقاق فوائد تأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير".

ويستفاد من النص السابق، أن المشرع افترض وجود وتحقيق الضرر افتراضاً لا يقبل إثبات العكس.

١ - وهو شرط من الشروط العامة، بأن يكون مؤكد الوقوع في المستقبل، أي أن يكون حالاً ويقصد بالضرر الحال، أن يقع بالفعل، وتظهر آثاره بشكل ملموس، انظر، أ. أسماء الشريف، مرجع سابق، ص ١١.

٢ - وهو ما قضت به المادة ٢٢٤ ق. م. ل، وأكدت عليه المحكمة العليا في الطعن المدني رقم ٣٨/١٠٠ ق، جلسة بتاريخ ٢١/١١/١٩٩٣ م (غير منشور). وهذا الشرط يرتبط بالشروط العامة للضرر التي تستوجب أن يكون الضرر مباشراً مرتبطاً بالخطأ بعلاقة سببية.

٣ - انظر، د. العشماوي، مرجع سابق، ص ٦٢- ٦٣.

٤ - انظر، د. مصطفى راتب حسن علي: التعويض عن فوات الفرصة، مجلة كلية الشريعة والقانون، أسيوط، مصر، العدد ٢٨، ٢٠١٦، ص ٧١٥.



والجدير بالملاحظة، أن إعفاء المضرور من إثبات الضرر، لا يعني تأسيس التعويض على غيره فيبقى التعويض مؤسساً على توافر الضرر، الأمر الذي يؤكد أن الضرر (في مثل هذه الحالات) يكون مفترضاً فيعفى المضرور من إثباته. وينطبق ما سبق ذكره على حالة تفويت الفرصة؛ فلا يشترط لاستحقاق التعويض عن تفويتها إثبات الضرر، فمجرد فوات الفرصة (الحقيقية الجديدة) في حد ذاته يعتبر ضرراً محققاً موجباً للتعويض عنه.

#### ١ - أن يكون الضرر أصاب مصلحة مشروعة للمضرور<sup>(١)</sup>

لا بد من توافر هذا الشرط، حيث لا تعويض دون وجود ضرر حقيقي يلحق بالمضرور صاحب المصلحة أو الحق. فالتطبيق "مثلاً" يتم (أحياناً) بناءً على وجود ضرر يصيب أحد أطرافه سواءً كان فعلاً أو قولاً يتعذر معه دوام العشرة بين الزوجين<sup>(٢)</sup>. فتفويت الفرصة على المطلقة في بناء أسرتها ورعاية أبنائها، يُعد مصلحة مشروعة يحميها القانون وكذلك الشرع الحنيف.

٢ - ففي كثير من الأحيان يكون، ضرراً أدبياً (معنوياً) يصيب شعور المضرور ويحط من كرامته وسمعته، وهو ما أكدته المحكمة العليا في حكم (جلسة ٢٠/١٢/٢٠١٠)، جاء فيه أنه، "إن الضرر الذي نال من شعور عاطفة الطاعن، وحط من كرامته وسمعته، يمثل ضرراً أدبياً يستحق عنه التعويض..."<sup>(٣)</sup>.

٣ - بناءً على ما تقدم، فإن الشروط الخاصة بضرر تفويت الفرصة، تتوافق في جوانب عديدة مع الشروط العامة للضرر كركن لقيام المسؤولية المدنية، مع انفراده ببعض الخصائص المتعلقة باحتمالية تحقق آثار الفرصة الفائتة من عدمها، وكذلك اتساع نطاق فكرة ضرر تفويت الفرصة وتعدد تطبيقاته وتنوعها حيث لا وجود لنص قانوني يقيد تحديد ضرر تفويت الفرصة (من حيث المبدأ) في كل تطبيق. وحيث أن ضرر تفويت الفرصة قد يكون ضرراً مادياً أو معنوياً. كما يلاحظ أن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة لا يتوقف على حالة المضرور أو سلوكه، بل يجب أن يكون الضرر الناتج عن التفويت الفرصة بعيداً عن حالة المضرور أو مسالكة<sup>(٤)</sup>.

#### ثانياً: التمييز بين الضرر الناتج عن تفويت الفرصة وغيره من صور الضرر

كما بينا سابقاً، أن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة يجمع بين خصائص الضرر المحقق والضرر الاحتمالي، كما يمكن القول بأنه يجمع كذلك بين الضرر الحال والضرر المستقبلي.

من هنا يمكننا التمييز بين الضرر الناتج عن تفويت الفرصة والضرر الحال والاحتمالي، والضرر المستقبلي.

١ - وهذا يتفق مع الشروط العامة لتوافر الضرر الذي يكون محلاً للتعويض وهو ما أكدت عليه المادة الرابعة من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، عندما قضت بأنه "لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون".

٢ - الضرر الموجب لطلب التظليل قضت به المادة ٣٩/أ من القانون رقم ١٠/١٠٤٩٨ م المعدلة بالقانون رقم ٢٢/١٩٩١ ف استناداً إلى مذهب الإمام مالك (رضي الله عنه) والذي عرفه أنه "كل تصرف غير سائغ شرعاً ويكون من شأنه الإيذاء سواءً كان قولاً أو فعلاً لا يستطيع معه دوام العشرة". وهو تضمنته العديد من أحكام التظليل في أسبابها بأن الضرر الموجب لطلب التظليل هو ما جاء به مذهب الإمام مالك (سالف الذكر). انظر على سبيل المثال - حكم محكمة باب بن غشير الجزئية (الدائرة الشرعية الخامسة) قضية رقم ١٤١٦/٢٠٠٤ (غير منشور). انظر كذلك حكم لمحكمة سوق الجمعة الجزئية (الدائرة الأولى أحوال شخصية بتاريخ ٢٩-١٢-٢٠٠٨، دعوى رقم ٤٢٩ (غير منشور).

٣ - طعن مدني رقم ٢٩٠/٥٤ق، مجلة المحكمة العليا، السنة ٤٥ - العدد ٣-٤، ص ٧٩.

٤ - انظر، العشاوي، مرجع سابق، ص ٢٥.



## ١. التمييز بين الضرر الحال وضرر تفويت الفرصة.

يقصد بالضرر الحال؛ الضرر الواقع بالفعل، والذي ظهرت آثاره بشكل واضح وملحوس، وبالتالي فهو ضرر ثابت توافرت فيه عناصر الضرر على وجه اليقين. لذا فهو يُعدّ سندا كافيًا لوجوب التعويض، أما الضرر الناتج عن تفويت الفرصة، فهو ضرر تحققت كل أسبابه وعناصره وتراخت آثاره. ولكنه اندمج مع عناصر تفويت الفرصة بذاتها التي كانت موجودة ثم ضاعت، عليه فإن ضرر تفويت الفرصة، يمكن أن يقال عنه أنه ضرر حال<sup>(١)</sup>.

## ٢. الضرر المستقبلي وضرر تفويت الفرصة.

يقصد بالضرر المستقبلي، الضرر الواقع لا محالة وأن تراخت نتائجه لفترة زمنية معينة، إلا أنه ضرر توافرت فيه كل أسباب الضرر وتأجلت آثاره، وفي هذه الخاصية يجتمع الضرر المستقبلي مع ضرر تفويت الفرصة. وقد أكدت المحكمة العليا على إلزام التعويض عن الضرر المستقبلي في حكم صريح قضى بأنه "التعويض لا يكون إلا عن ضرر محقق الوقوع في الحال أو في المستقبل، فإن كان الضرر محتملاً غير محقق الوقوع في المستقبل فإنه لا يصلح سندا للتعويض ولا يجوز لمحكمة الموضوع أن تدخله في حسابها عند تقديرها له"<sup>(٢)</sup>.

## ٣. الضرر الاحتمالي وضرر تفويت الفرصة.

بالرغم من اندماج عنصر الاحتمال في عناصر تفويت الفرصة، فالفرصة تكون دائماً احتمالية، إلا أن الضرر الاحتمالي لا يصلح أن يكون محلاً للتعويض<sup>(٣)</sup>، فهو يخرج عن دائرة المطالبة بالتعويض لتعذر تحديده وقوعه وكذلك كيفية تقديره<sup>(٤)</sup>.

ويرى جانب آخر من الفقه<sup>(٥)</sup>، أن الضرر المحتمل، "بأنه ضرر لم يقع ولا يوجد ما يؤكد أنه سوف يقع إذ هو ضرر يحتمل وقوعه وعدم وقوعه، وأنه ضرر تتفاوت درجة احتمال وقوعه من عدمه قوة وضعفاً، فتصل من الضعف والوهن حداً يعتبر وهمياً وافتراضياً حيث لا يكون التعويض عنه واجباً ولا يتحقق معه المسؤولية المدنية إلا بعد أن يتحقق الضرر فعلاً".

بناءً على ما تقدم، فإن هذه الصورة من صور الضرر، تختلف تماماً عن ضرر تفويت الفرصة، فهذا الأخير، ضرر يلحق فعلاً بالمضروب ويؤدي إلى خسارة محققة كان يأمل الحصول عليها في المستقبل، لولا تفويت الفرصة عليه بفعل ضار حال بينه وبين تحقيق مراده.

١ - انظر د. السنهوري، مرجع سابق، فقرة ٥٧٤، ص ٨٥٨.

٢ - طعن مدني رقم ٢٣٣/٥٠ق، بتاريخ ١٩٧٨/٦/٤م، مجلة المحكمة العليا، س ١٥، عدد ٢، ص ٩٢.

٣ - وهو ما أكد عليه حكم المحكمة العليا-المرجع السابق، نفس الطعن.

٤ - انظر أ. أحمد ياسر مسك: التعويض عن ضرر تفويت الفرصة -دراسة مقارنة- رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ٢٠١٥، ص ٥٧، انظر كذلك د. العشماوي، مرجع سابق، ص ٣ وما بعدها.

٥ - انظر، د. سليمان مرقص: الوافي في شرح القانون المدني الأردني، المجلد الأول، ص ١٤٠-١٤١، مشار إليه عند أ. أحمد ياسر مسك، مرجع سابق، ص ٥٧.



### ويستخلص مما سبق:-

- إن الفرصة الفائتة، بالرغم من احتوائها على عنصر الاحتمال، إلا أنها تبقى ممكنة للحصول على مصلحة لها قيمة مادية أو أدبية أو لتجنب خسارة.
- إن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة وإن كان للوهلة الأولى يبدو ضرراً محتملاً لا يصلح أن يكون سنداً للتعويض، إلا أن تضمين فكرة تفويت الفرصة لعناصره (التمثلة في الكسب الفائت أو تجنب خسارة محتملة)، يجعل منه ضرراً حالاً مباشراً ومحققاً، بضياح تلك الفرصة الحقيقية الجديدة.
- يثبت الضرر الناتج عن تفويت الفرصة بالقرائن والافتراضات، وقد لا يحتاج إلى ذلك في بعض الحالات، فإذا كانت الفرصة حقيقية وجدية وكان الاحتمال بشأنها معقولاً ومناسباً تبتت الضرر.
- إن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة لا يقوم على أساس النتيجة المتوقعة من الفرصة، بل على مجرد الحرمان من أمل الكسب أو تفادي الخسارة.
- تعتبر تفويت الفرصة في حد ذاتها ضرراً يستوجب التعويض، بغض النظر عن احتمالية تحقق المصلحة من عدمها. كما لا يتوقف الضرر الناتج عن تفويت الفرصة على حالة المضرور أو مسلكه، ويكفي أن يكون الضرر الناتج عنها بعيداً عن حالة المضرور.
- توجد حالات عديدة لفكرة تفويت الفرصة لا تحتاج إلى إثبات الخطأ كأساس للمسؤولية المفضية للتعويض، ويكتفي فيها بوجود الضرر للتعويض عنه شريطة أن يكون مصدره الاعتداء على مصلحة مشروعة يحميها القانون. وهذا ما يؤكد ضرورة الاتجاه نحو النظرية الموضوعية (القائمة على ركن الضرر) كأساس لقيام المسؤولية المدنية، التي لا يتصور وجود الفرصة الفائتة إلا في نطاقها، و إذا صار تعويض ضرر تفويت الفرصة مقررماً فما مفهومه في مسائل الأحوال الشخصية؟

### المبحث الثاني: مفهوم التعويض عن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة في نطاق مسائل الأحوال الشخصية.

لما كان التعويض (في القانون المدني)<sup>(١)</sup> جبراً للضرر، غايته إعادة التوازن الذي اختل نتيجة وقوع الضرر إلى ما كان عليه وذلك بتصحيح ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب<sup>(٢)</sup> (كان يتوقعه)، فإن تسليط الضوء على مسألة استحقاق التعويض في نطاق فكرة تفويت الفرصة<sup>(٣)</sup>، في أحد مجالاتها المتمثل في مسائل الأحوال الشخصية (كالعدول

١ عرف الفقيه السنهوري، التعويض بأنه "جزاء المسؤولية" انظر مؤلفه الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، فقرة ٦٤٠، ص ٩٦٤.

٢ - نصت المادة ٢٢٤ ق.م. ل على أنه "... ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب.."

٣ - تباينت آراء الفقه حول صلاحية الضرر الناتج عن تفويت الفرصة كأساس لاستحقاق التعويض، حيث ذهب الاتجاه الأول إلى أن الفرصة المتضمنة أملاً مرجحاً للوصول إلى نتيجة ما، تحمل في طياتها شك في تحقق تلك النتيجة، فكيف تكون هذه الفرصة في ظل ذلك الشك محلاً لاستحقاق التعويض (انظر د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: تفويت الفرصة، مرجع سابق، ص ٨٥-٨٦. من جانب آخر ذهب فريق إلى أن، التعويض عن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة يعني (في حد ذاته) تعويضاً عن إهدار وسيلة لتحقيق الأمل في الكسب أو تجنب خسارة، فكيف لا يكون الضرر الناتج عن تفويت الفرصة أساساً لذلك التعويض؟ (انظر، أ. أنور طلبه، دعوى التعويض،





عن الخطبة -الطلاق التعسفي- التطلق)، يكتسي أهمية خاصة مما يستوجب توضيح أساسه القانوني في مثل هذه الحالات.

فما هو الأساس الذي يستند إليه القاضي للحكم باستحقاق التعويض، وتقديره في قضايا الأحوال الشخصية المتضمنة فكرة تفويت الفرصة؟ وأسس تقديره للتعويض؟

بناءً على ما تقدم، سيقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في أولهما، أساس التعويض وكيفية تقديره، عن الضرر الناتج تفويت الفرصة، وفي المطلب الثاني نورد بعضاً من تطبيقات القضاء الليبي المتعلقة بذات الموضوع.

### المطلب الأول: أساس وتقدير التعويض عن ضرر تفويت الفرصة.

ليس بخفي على أحد، بأنه لا تعويض دون وجود ضرر فالأول يرتبط بالأخير وجوداً وهدماً، فلا استحقاق للتعويض إلا إذا تحقق الضرر<sup>(١)</sup>.

يستفاد من ذلك، أن أساس التعويض (كقاعدة عامة) هو وجود الضرر، وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا الليبية عندما قررت أن "التعويض لا يكون إلا عن ضرر محقق الوقوع في الحال أو المستقبل، فإن كان الضرر محتملاً غير محقق الوقوع في المستقبل، فإنه لا يصلح سنداً للتعويض"<sup>(٢)</sup>.

ويثور التساؤل ما مدى تحقق الضرر في استحقاق التعويض عن تفويت الفرصة؟.

أجاب كل من الفقه<sup>(٣)</sup> والقضاء<sup>(٤)</sup>، على هذا التساؤل، فقد أكدوا على أن تفويت الفرصة في حد ذاتها تدخل ضمن عناصر الضرر الموجب للتعويض، بالتالي تكون أساساً له، ذلك وإن كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمراً محققاً يجب التعويض عنه، لتوافر ركن الضرر المتمثل في الحرمان من الكسب أو تجنب الخسارة. عليه لا حاجة للمبحث عن الضرر الذي ترتب عن تفويت الفرصة. وعلى القاضي أن يقدر التعويض باعتداده بذات تفويت الفرصة باعتباره ضرراً، وبالتالي تقدير التعويض وفقاً لذلك. ولعل ما يميز الفقه الإسلامي (بمختلف مذاهبه)، أنه لا يهتم بالخطأ ولا مدى إدراك الفاعل من عدمه، حيث يعتد مباشرة بالضرر كركن أساسي في المسؤولية المدنية ويوجب التعويض جبراً للضرر<sup>(٥)</sup>.

مرجع سابق، ص ٣٠٧). فالفرصة الفائتة تدخل ضمن عناصر الضرر المتمثل في كسب فائت أو خسارة محتملة، إذا كان الضرر يأمل لأسباب مقبولة الحصول عليه أو تجنبه (انظر، أ. السيد عبدالوهاب عرفة: الوسيط في التعويض المدني عن المسؤولية المدنية (عقدية -تقصيرية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ٣٤.

<sup>١</sup> - انظر د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل: تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ١٧-١٨، وانظر أيضاً د. حمد سليمان الزبود: المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث، "دراسة مقارنة" في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ٥٦٢.

<sup>٢</sup> - طعن مدني رقم ٢٣/٥٠ ق، سبقت الإشارة إليه.

<sup>٣</sup> - انظر د. السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٥٧٦، ٨٦٢، كذلك، المستشار أنور طلبة: دعوى التعويض، مرجع سابق، ص ٣٠٧. أيضاً ينظر د. محمد علي البدوي: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص ٣٢٣.

<sup>٤</sup> - قضت محكمة النقض المصرية بأن "القانون وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للضرر من رجحان كسب قوته عليه لإخلال المتعاقد معه بالتزامه ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمراً احتمالياً فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه .." نقض مدني، بتاريخ ١٩٩٢/٦/٢٩م، طعن رقم ١٤٧٢، س ٥٣ ق. مشار إليه عند أنور طلبة، المرجع السابق، ص ٣٠٨.

<sup>٥</sup> - د. حمادي عبدالنور: التعويض عن فوات الفرصة بين اجتهاد القضاء وخصوصية المسائل الأسرية، مجلة الحقوق الانسانية، المجلد ١٦، العدد ٠٢، الجزائر، ٢٠٢٣، ص ٦٦٧.



إذاً؛ أساس استحقاق التعويض عن ضرر تفويت الفرصة هو الضرر المتمثل في وجود الفرصة في حد ذاتها شريطة أن تكون هذه الفرصة قائمة وأن يكون الأمل في الاستفادة منها له ما يبرره<sup>(١)</sup>.

وقد نظمت المادة ١٧٣ ق. م. ل. (١) كيفية تقدير التعويض، حيث أحالت هذه المادة أمر تقدير الضرر إلى أحكام المادتين ٢٢٤-٢٢٥، فقضت المادة (٢٢٤) بأن التعويض إذا لم يُحدد بإرادة أطراف العقد، فإن القاضي يقدره بحسب ما يشتمل عليه التعويض من عنصرين، هما- ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، شريطة أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للإخلال بالالتزام، كما اشارت المادة ٢٢٥، إلى ضرورة أن يشمل التعويض الضرر الأدبي شريطة ألا ينتقل إلى الغير، إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء .

وبالعودة إلى كيفية تقدير التعويض في نطاق تحقق تفويت الفرصة، وبناءً على ما قضت به المادة ١٧٣ ق. م. ل، فإن للقاضي النظر في مدى احتمال الكسب في الفرصة الفائتة، ثم الحكم بتعويض عادل، يتناسب وذلك الاحتمال<sup>(٢)</sup>. عليه؛ فإن للقاضي سلطة تقديرية في تحديد قيمة التعويض وفق المعقول، ولا يجوز له أن يتوسع في تقدير الاحتمال في نجاح الفرصة<sup>(٣)</sup>.

**وبناء على ما تقدم يمكن تحديد عناصر تقدير التعويض عن الفرصة الفائتة في الآتي:**

- ما لحق المضرور من خسارة.
- ما فاتته من كسب.
- ما لحقه من خسارة بسبب تفويت الفرصة (الصورة السلبية في ضرر تفويت الفرصة)، تتمثل في تكبيد المضرور خسارة كان يرجو تجنبها، وأصبحت مؤكدة نتيجة لفوات الفرصة<sup>(٤)</sup>.
- ما فاتته من كسب نتيجة فوات الفرصة، (الصورة الإيجابية في ضرر تفويت الفرصة)، فحرمان المضرور من فرصة الكسب، لا يُعد في حد ذاته ضرراً محققاً وإنما العبرة بما لحقه فعلاً من ضرر محقق في ضياع فرصة تحقق الكسب المرجح أو المأمول،<sup>(٥)</sup> لذلك فإن حساب أو تقدير التعويض عن تلك الفرصة الفائتة، والتي يجب أن تقدر بحسب مقدار الضرر

١ - طعن مدني مصري، رقم ٥٢/١٣٨٠ ق جلسة بتاريخ ٢٨/٤/١٩٨٣م، مشار إليه عند أ. السيد عبدالوهاب عرفة: الوسيط في التعويض المدني، مرجع سابق، ص٣٥.

٢ - "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢٤-٢٢٥، مراعيًا في ذلك الظروف الملابسة...."

٣ - انظر د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، فقرة ٥٧٦، ص٨٦٢.

٤ - أكدت محكمة النقض المصرية على ذلك في العديد من أحكامها (انظر نقض مدني بتاريخ ١٦/٢/١٩٦٧م، مجموعة أحكام النقض س١٨، ص٣٧٣. الذي نص على "...إن للمحكمة أن تدخل في عناصر التعويض ما ضاع على المطعون ضده من مرتبات وعلاوات لو أنه بقي في الخدمة إلى سن الستين، ذلك أنه وإن كان المرتب مقابل العمل الذي يؤديه الموظف وقد حيل بينه وبين أدائه بالفصل إلا أن ذلك لا يمنع المحكمة من أن تقدر له تعويضاً عن حرمانه من راتبه طوال مدة الفصل...". انظر المزيد في هذه الجزئية د. عبدالمنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام (دراسة في القانون اللبناني والمصري)، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤م، ص٥٨٩.

٥ - انظر في نفس المعنى أ. أحمد ياسر مسك، التعويض عن تفويت الفرصة، مرجع سابق، ص٤٠.

٦ - وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية، بأنه "... والعبرة في تحقيق الضرر المادي للشخص الذي يدعيه (وهو المدعي بالحقوق المدنية) نتيجة وفاة آخر، وهو ثبوت أن الجني عليه كان يعول فعلاً وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة وعندئذ يقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلة ويقضي بالتعويض على هذا الأساس..." طعن جنائي رقم ٥٧/٢٧٣ ق جلسة ٢٠/١٠/١٩٨٧م. انظر أيضاً طعن رقم ٥٥/٦٤٠ ق جلسة ٢٩/١٠/١٩٨٧م. مشار إليهما عند أ. السيد عبدالوهاب عرفة، المرجع السابق، ص٦٨.



الفعلي الذي أصاب المضرور<sup>(١)</sup>، بمعنى آخر يجب أن يتناسب التعويض مع حجم الفرصة الفائتة، فيزيد التعويض كلما كانت الفرصة في الكسب كبيرة ويقل كلما كانت ضئيلة<sup>(٢)</sup>، لكن السؤال هل نجد تطبيقاً لذلك في قضايا الأحوال الشخصية؟

### المطلب الثاني: تطبيقات فوات الفرصة في بعض قضايا الأحوال الشخصية.

إن ضرر تفويت الفرصة ضرر كثير الوقوع في الواقع المعاش، وحيث لا يوجد نص يقيد من نطاق تطبيق هذه الفكرة، فقد تميزت فكرة تفويت الفرصة بتعدد وتنوع تطبيقاتها، فيمكن تطبيق فكرة تفويت الفرصة على أي فعل ضار سواء أكان إيجابياً أو سلبياً، وقد توسع القضاء الفرنسي في استخدام فكرة تفويت الفرصة (بعد أن كان لا يعتبرها محلاً للتعويض)، إلى ما اعتبره البعض إفراطاً في غير محله، بالرغم من اقتصر تلك الأحكام على حالات معينة يرتبط فيها الضرر بالسلوك أو الفعل الإيجابي لمحدث الضرر، خاصة فيما يتعلق بقضايا الإخلال بالالتزام، سواء أكان ذلك في عدم تنفيذ الالتزام أصلاً أو تنفيذه بشكل خاطئ، ولقد وجهت الكثير من الانتقادات لاتباع القضاء نحو الإفراط في استخدام فكرة تفويت الفرصة للحكم بالتعويض، ومن تلك الانتقادات، أنه خلط بين مفهوم فكرة تفويت الفرصة، والمفاهيم الأخرى، مثل الخلط بين مفهوم تفويت الفرصة، وعلاقة السببية، وبينها وبين مفهوم التعرض للمخاطر، وغير ذلك.<sup>(٣)</sup>

ويمكن إسقاط فكرة تفويت الفرصة على قضايا وفرضيات تنسحب عليها هذه الفكرة؛ فقد أفرزت التطبيقات القضائية صوراً عديدة (حديثاً)، تحمل في مضمونها ضرراً ناجماً عن تفويت الفرصة، حتى لو لم تفصح تلك التطبيقات عن ارتباط مباشر بها، وهذا كان في المسلك الذي انتهجه القضاء الليبي في قضايا تتعلق بمسائل الإخلال بالعلاقات الخاصة بالأسرة وآثارها، فهناك الكثير من أحكام القضاء الشرعي التي قضت بالتعويض عن الضرر دون أن تشير إلى أن هذا الضرر يشكل عنصراً من عناصر فكرة تفويت الفرصة.

ولما كانت بعض الأحكام الصادرة في قضايا الأحوال الشخصية التي قضت بالتعويض للضرر (في حالات كثيرة) متعددة ومتنوعة، فإنه من الصعب الإحاطة بها جميعاً، لذلك نكتفي هنا، بثلاثة أمثاط من تطبيقات القضاء الليبي، بشأن الزواج والطلاق، تباعاً على النحو التالي:

#### أولاً: تطبيق فكرة تفويت الفرصة في العدول عن الخطبة.

غني عن البيان، أن الخطبة مرحلة تمهيدية (وعد بالزواج) لإتمام عقد الزواج، وهي بذلك ليست عقد مُلزماً لطرفيه، وللوهلة الأولى يظهر هذا السلوك (العدول عن الخطبة) بعيداً عن اعتباره فعلاً ضاراً يلزم من أحدثه بالتعويض، فلا مسئولية تقصيرية هنا، لغياب أركانها الأساسية (الخطأ- الضرر- علاقة السببية).

١ - انظر د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق، مجلد ١٠، عدد ٣، الكويت، ٢٠١٣م، ص ١٢٣.

٢ VINEYC Genevieve): La responsabilite conditions, L. G. D. J, ١٩٨٢, p٣٤٨

مشار إليه عند د. العشماوي، مرجع سابق، ص ٧٣ هامش (١)

٣ ...للمزيد انظر الالتزام بالإعلام في العقود: FABRE- MAGNAN ..... فقرة ٦٠١ وما بعدها. مشار إليه عند د. العشماوي، المرجع السابق، ص ١٤ وما بعدها.



أما إذا نجم عن العدول عن الخطبة إلحاق الضرر بأحد طرفيها، ففي هذه الحالة يستحق التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>(١)</sup>، وهو ما أكدته المحكمة العليا عندما قضت "بأن المناط في التعويض هو الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما وعلى المحكمة عند نظر طلب التعويض أن تتحقق من ذلك ثم تقدر التعويض وفق الأسس والمعايير التي حددها القانون"<sup>(٢)</sup>. وقد جاء بالمادة الأولى فقرة (د) من القانون رقم (١٠) لسنة ١٩٨٤م المنظم لأحكام الأسرة ف الزواج والطلاق أنه "إذا سبب العدول عن الخطبة ضرراً تحمل المتسبب فيه التعويض عنه".

كما أقرت المحكمة العليا المسؤولية عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة، وإلزام من تسبب به بالتعويض<sup>(٣)</sup>. وترتيباً على هذا الطرح، فإن فريقاً من الفقه<sup>(٤)</sup> يرى بأن مجرد العدول عن الخطبة لا يوجب تعويضاً، لعدم توافر أركان المسؤولية التقصيرية، وأيضاً كونه حقاً لكل من طرفيها باعتبارها خطوة تمهيدية لعقد يقوم أساسه على ركن الرضا، وبالتالي فإن التعويض لا يكون بسبب استعمال حق العدول، بل بسبب استعمال الخاطب (العادل) هذا الحق للأضرار بالطرف الآخر<sup>(٥)</sup>.

بينما يذهب فريق آخر<sup>(٦)</sup>، إلى أن العدول عن الخطبة رخصة لا ترقى إلى مرتبة الحق، لذلك لا يستقيم القول بأن العدول يُعد إساءة في استعمال الحق، حيث لا يوجد حق.

بناءً على ما تقدم، لو اعتبر العدول عن الخطبة حقاً شرعياً، (بحسب القاعدة الشرعية" الجواز الشرعي ينافي الضمان)، فإن الذي يعدل عن الخطبة يمارس حقه الشرعي، فلا يطالب بتعويض عن الضرر الناجم عن ذلك العدول، كونه قد استعمل حقاً مشروعاً<sup>(٧)</sup>.

ويرى أستاذنا الدكتور الهادي زبيدة، "أن القول بعدم جواز التعويض عن العدول باعتباره حقاً إلا أنه مشروطاً بأن لا يكون هناك تناسب بين العدول والضرر الناتج عنه"<sup>(٨)</sup>.

١ - د. حمادي عبدالنور، مرجع سابق، ص ٦٧٤، انظر كذلك د. توفيق حسن فرج: الطبعة القانونية للخطبة، ط ٣، ١٩٦٣م، ص ١٩٢. مشار إليه في الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، أ. أنور العمروسي، ج ١، ط ٦، ٢٠١٥، مرجع سابق، ص ٥٦.

٢ - طعن شرعي رقم ٥٣/٢٥ ق. بتاريخ ٢٠٠٧/٢/١ (غير منشور).

٣ - طعن مدني بتاريخ ١٩٩٠/٢/٩م، مجلة المحكمة العليا - سنة ٢٧ - عدد ٠٢، ص ٧٨.

٤ - يُعتبر عقد الزواج من العقود التي يراعى في إتمامها، التروي ودراسة أحوال أطرافه بعضهم لبعض، والمشاورة وغير ذلك من الأمور (انظر د. سعيد الجلبيدي: أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارها "دراسة فقهية مقارنة"، منشورات الجامعة المفتوحة، ط ١، ١٩٨٦م، ص ٣٣. انظر أيضاً د. الهادي علي زبيدة: أحكام الأسرة في التشريع الليبي، دراسة فقهية، ج ١، "الزواج وأحكامه"، ط ١، دار الشروق للترجمة والنشر، ٢٠١٨م، ص ١٠٨، وما بعدها.

٥ - انظر د. فانتن البوعيشي الكيلاني: المسؤولية المدنية الناجمة عن الفحوصات الطبية قبل الزواج، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٢٠م، ص ٣١٨.

٦ - انظر المستشار أنور العمروسي: موسوعة الأحوال الشخصية، ط ١، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ١٩٩٨م، ج ١، مرجع سابق، ص ٤٦١.

٧ - حيث نصت المادة الرابعة من القانون المدني الليبي على أنه "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر".

٨ - انظر، الهادي علي زبيدة، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص ١٠١.

٩ - قضت المادة الخامسة من القانون المدني أنه "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

أ. إذا لم يقصد به سوى الأضرار بالغير.

ب. إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج. إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.



يستفاد مما سبق طرحه، أن التعويض يكون واجباً في فرضيتين في حالة العدول عن الخطبة

الفرضية الأولى: إذا كان العدول غير مبرر، كأن يكون لسبب تافه (المادة ٥ ق.م.ل)، وبالتالي فإنه يمكن التأكيد على أن فكرة تفويت الفرصة تتصل بنظرية التعسف في استعمال الحق في بعض تطبيقاتها، فالعدول عن الخطبة لسبب تافه أو بقصد الإضرار بالطرف الأخر، أو كانت المصلحة التي كان يرمي إليها الطرف الراغب في العدول عن الخطبة قليلة الأهمية، فلا يوجد تناسب مع ما يصيب الطرف الآخر من ضرر، أو كانت المصلحة التي يرمى إليها غير مشروعة، كل هذه الأسباب، يمكن أن تعتبرها أسباباً غير مشروعة، وهي بالتالي تفويتاً لفرصة الزواج على الطرف الآخر وتصلح أن تكون محلاً للتعويض.

الفرضية الثانية، حالة ما إذا نتج عن العدول ضرر بسبب فعل ضار لا علاقة له بهذا العدول، كأن تركت المخطوبة وظيفتها كشرط لإتمام الزواج، ثم عدل الخاطب عن خطبتها مفوئاً عليها فرصة الاستمرار في هذه الوظيفة<sup>(١)</sup> وقد، يكون الضرر اشتراط الخطبية على خطيبها شراء أثاث وأدوات باهظة الثمن لبيت الزوجية، ثم تتراجع عن إتمام زواجها منه، بعد ان قام بتنفيذ ما اشترطته<sup>(٢)</sup>.

نخلص، إلى أن العدول دون مبرر أو كان لأسباب تافهة، أو نتج عنه فقدان مركز وظيفي (خسارة مادية) كان ذلك تفويتاً لفرصة استوجبت التعويض المناسب عنها.

٣

ثانياً: تطبيق فكرة تفويت الفرصة في قضايا التطلق<sup>(٣)</sup>.

قد تتوافر عناصر تفويت الفرصة في قضية تتعلق بالتفريق بين زوجين، إذا ما طلب أحد الزوجين التطلق لأسباب غير مشروعة، لا ترقى إلى الأسباب الجدية (الحقيقية) لطلب التفريق، فيلحق الطرف الآخر ضرر يستوجب التعويض عنه.

من هذه التطبيقات، حكم لدائرة الأحوال الشخصية بمحكمة تهونة الجزئية<sup>(٤)</sup> بالتعويض للمدعي عليها - تعويضاً مادياً وأديباً - حيث جاء في أسباب هذا الحكم أن "... المدعي صار يرغب في طلاق المدعي عليها ويريد ذلك قضاءً

"أقرت هذه المادة صراحة نظرية التعسف في استعمال الحق، فالمرشح أراد أن يضع هذه المادة في مقدمة النصوص التمهيدية، باعتبارها تتضمن حكماً عاماً، يمكن بسطه على جميع مجالات القانون دون أن تكون تطبيقاً لفكرة العمل غير المشروع، وإن كان القضاء قد استند في تطبيقها إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، بسبب قصور النصوص، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدني، وإنما بسطه على هذه النواحي جميعاً، بل وعلى نواحي القانون قاطبة، فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية..." (الاعمال التحضيرية لنص المادة الخامسة ق.م.ل. مشار إليه في الموسوعة الوافية، مرجع سابق، ص٤٢).

١ - قضت به محكمة جنوب بنغازي الابتدائية، بـ "أن المدعي عليه تقدم لخطبة المدعية في سنة ٢٠٠٠، وعدل عن خطبتها سنة ٢٠٠٥ وأن المدعية قد تركت العمل بسبب خطبتها لرغبة المدعي عليه..." (طعن مدني بتاريخ ٢٠٠٥/١٠/٨ ف القضية رقم ٢٠٠٥/٨١٧ (غير منشور) مشار إليه عند د. الهادي زبيدة، مرجع سابق، ص١١٠-١١١).

٢ - انظر د. زبيدة، المرجع السابق، نفس الموضوع.

٣ - يقصد بالتطبيق، التفريق بين الزوجين بواسطة القضاء، فلما كان حق الطلاق شرعاً للزوج (بإرادته المنفردة)، فإنه من جانب آخر منح الشرع الخفيف للمرأة حق طلب التفريق، وأوجبت على القاضي أن يجيب طلبها، إذا ما تحققت أسباب ذلك- (كامتناع الزوج مفارقة زوجته بالمعروف أو عدم الانفاق عليها، أو لسوء العشرة أو الغيبة أو إيقاع الضرر بها، وغير ذلك من الأسباب..)، انظر، زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قارونس، بنغازي، ١٩٨٩م، ص٤٧٣ وما بعدها.

٤ - دعوى مقيدة تحت رقم ٩٤-٢٠٠٩ ق أحوال شخصية، جلسة بتاريخ ١٥/٦/٢٠٠٩م، (غير منشور).



حتى يذهب ببعض مما أتاها ومن كل حقها في مترتبات الطلاق الذي كان فيه ضرر بالمدعى عليها من شقين المادي والمعنوي، حيث خسرت الحياة الزوجية التي كانت تكفل لها المعيشة المادية خاصة وأنها لا تملك مرتباً ثابتاً وعملاً وظيفياً من غير كونها ربت بيت كذلك، وباعتبار أن الطلاق المقضي به جاء متأخراً أي بعد مرور الربع قرن من الزمان حتى صارت المطلقة دون مأرب الرجال الحال الذي قلل من إمكانية الزواج الجديد فلولا أن كان من المدعي طلب الطلاق قبل هذا الأوان..<sup>(١)</sup>.

يستفاد من الحكم السابق تضمين هذا الحكم لعناصر فكرة تفويت الفرصة، حيث خسرت المدعي عليها، آمالها في الاستمرار في حياتها الزوجية المستقرة، وضياع فرصة جديدة قد تتحصل عليها بزواج آخر يكفل لها الاستقرار بعد أن بلغت من العمر مرحلة لا يتحقق لها ذلك. فضلاً عن فقدانها للعائل والمنفق.

أيضاً ما قضت به دائرة الأحوال الشخصية بمحكمة سوق الجمعة الجزئية<sup>(٢)</sup>، بالتعويض للمدعية في قضية تطبيق، حيث جاء في أسباب هذا الحكم أنه "... حيث أن مناط التعويض هو جبر ضرر للطرف الآخر الذي وقع عليه التطبيق، والضرر تمثل في ترك المدعية وحيدة بلا أنيس انقطع عنها العائل والمنفق وهي شابة في مقتبل العمر، وهي تعاني الحزن والحسرة على زواج لم يستمر طويلاً لسبب لا دخل لإرادتها فيه، مثقلة بحضانة أبنائها مما قد يمنعها من الزواج ثانية... عليه قضت المحكمة لها بتعويض يجبر خاطرها وتقدره المحكمة بألف وخمسمائة دينار مراعيّاً ذلك جسامة الضرر الذي لحق بها..."

يستخلص مما سبق، أن المحكمة توافر لديها عناصر الضرر الموجب للتعويض، والمتمثل في الضرر المادي وكذلك المعنوي، حيث خسرت المطلقة العائل والمنفق، وخسرت كذلك فرصة الحصول على زواج آخر، مما جعلها تعاني حالة الحزن والحسرة على زواج لم يستمر طويلاً، ناهيك عن تحملها عبء تربية ورعاية أبنائها منفردة، وقد قدرت المحكمة كل ذلك واعتبرته ضرراً جسيماً قد لحق بالمدعية استوجب التعويض المناسب.

#### ثالثاً: تطبيق فكرة تفويت الفرصة في قضايا الطلاق.

لاشك، إن الطلاق حق للزوج<sup>(٣)</sup>، باعتباره هو من يقدر عواقب أمور الطلاق وقدرها، لأسباب كثيرة<sup>(٤)</sup>. والطلاق وإن كان حقاً للزوج دون غيره، إلا أنه حق مقيد بقيود لا بد من توافرها كي لا يقع هذا الأمر في دائرة المحظور شرعاً، ومن هذه القيود، أن يكون إيقاع الطلاق لسبب يدعو إليه، وإلا عُذ الزوج متعسفاً في استعمال هذا الحق.

١ - أرست المحكمة العليا مبدأ مفاده "أن مؤدى نص المادة ٣٩ في الفقرة (ب) من القانون رقم ١٠-٨٤ بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها، بإعطاء كل من الزوجين حق طلب التفريق القضائي للشقاق في حالة عدم ثبوت الضرر إذا أدى هذا الشقاق إلى استحالة دوام العشرة وجعل الوصول إلى هذا التفريق سبيلاً لحسم النزاع بين الزوجين إذا أصر عليه من يطلبه من الزوجين أيّاً كان سبب عدم إمكان التوفيق مع تحمل طالب التفريق منهما الحسارة المالية الناشئة عن عقد الزواج من مهر ونفقة (طعن شرعي رقم ٤١/١٥ ق، بتاريخ ١٩/٠١/١٩٩٥ م، مجلة المحكمة العليا، سنة ٠٨، وعدد ٠١-٠٢، ص ٩.

٢ - (دائرة الأحوال الشخصية الأولى) دعوى رقم ٢٩/٢٠١٢، جلسة بتاريخ ٢٥/١٢/٢٠١٣ م (غير منشور).

٣ - قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ...﴾ (الآية الأولى من سورة الطلاق). وقال عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ...﴾ (الآية ٤٩ من سورة الأحزاب).

٤ - انظر د. زكي الدين شعبان- مرجع سابق، ص ٣٧٢ وما بعدها.



وقد انقسم الفقه الشرعي، حول وصف الطلاق (بإرادة الزوج المنفردة) بالطلاق التعسفي، إذا ما حدث دون مبرر يدعو إليه .

حيث ذهب جانب من الفقه<sup>(١)</sup>، إلى القول بأن الأصل في الطلاق الإباحة، وإنه غير مقيد في إيقاعه بوجود الحاجة التي تدعو إليه؛ فالأصل في الحاجة إلى الطلاق تقديرية، وقد تكون بواعثها نفسية (يصعب إثباتها) وقد تكون من الأمور التي تدعو إلى الستر، لذا لا يجوز وصف الطلاق بإرادة الزوج المنفردة بالتعسفي، وبالتالي لا يصلح أن يكون محلاً للتعويض.

ويرى جانب آخر من الفقه<sup>(٢)</sup>، بأن الطلاق لغير حاجة، أو بدون سبب ظاهر يعد تعسفاً في استعمال الحق المخول له شرعاً، وبذلك يكون الزوج ملزماً بالتعويض لإحداثه ضرراً مادياً وأدبياً<sup>(٣)</sup> .

أما المحكمة العليا الليبية فقد قررت أنه "... من المقرر شرعاً أن الطلاق حق للزوج يوقعه بإرادته المنفردة، وليس حقاً لسواه، إلا أن استعمال هذا الحق مقيد بشروط منها حسبما يراه أكثر الفقهاء أن يكون هناك حاجة تدعو إليه " (٤) وقد أكدت ذات المحكمة على وجوب التعويض عن الطلاق الذي يلحق بالملققة ضرراً - فجاء في مبدأ لها "إن القضاء بالتعويض عن الطلاق سببه وجود ضرر منه وتقديره يكون بحسب جسامته الضرر وضالته ولا يتوقف القضاء به وتقديره على حالة المتسبب فيه يسراً وعسراً"<sup>(٥)</sup>.

والجدير بالذكر أن الحاجة إلى الطلاق من عدمها تُعد من المسائل الموضوعية التي تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع، وهو ما أكد عليه قضاء المحكمة العليا<sup>(٦)</sup> وبهذا، تكون الأخيرة قد تصدّت للفراغ التشريعي المتعلق بمسألة الطلاق التعسفي، وما يترتب عليه من أثر<sup>(٧)</sup>.

ومن تطبيقات قضاء محاكم الموضوع في هذا الشأن ما قضت به محكمة الظهرة الجزئية - دائرة الأحوال الشخصية، بأنه "... حيث قضت إلزام المدعى عليه بدفع مبلغ ٤٠٠٠ دينار ليبي تعويضاً عما أصاب المدعية من ضرر معنوي بسبب الطلاق وقد ورد في أسباب الحكم أنه "... أوقع المدعى عليه الطلاق دونما مبرر وجيه ويكون بذلك متعسفاً في استعمال حقه الشرعي، ذلك أنه ومن المقرر شرعاً وقضائاً أنه وإن كان الزوج يملك إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة إلا أن ذلك مشروط بالألا يكون متعسفاً في استعمال هذا الحق، وأن تكون هناك حاجة للخلاص. إذ أن حق الطلاق ليس

١ - انظر، أ. محمد أبوزهرة "الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، بدون تاريخ نشر، ص ٢٣٥، وانظر أيضاً، د. ركي الدين شعبان، المرجع السابق، ص ٣٨١.

٢ - انظر، المرجع السابق، ص ٣٧٢ وما بعدها.

٣ - حكم لمحكمة مصرية ابتدائية، بتاريخ ١٩٢٦/٠١/٣٠م، مشار إليه في المرجع السابق، ص ٣٨٠.

٤ - طعن شرعي رقم ٤٢/٠٦، بتاريخ ١٩٩٥/١١/٣٠م، مجلة المحكمة العليا سنة: ٣٠. عدد: (٢، ٣) ص ١٢ و١٣.

٥ - طعن شرعي رقم ٥٠/١٥، بتاريخ ٢٠٠٣/٠٦/٢٦م مجلة المحكمة العليا، سنة وعدد غ. م، ص ١/١.

٦ - انظر طعن شرعي رقم ٣١، ٣٢، ٤٠، بتاريخ ١٩٩٤/٠٦/١٦ (غير منشور). كذلك طعن شرعي رقم ٥٢/٣٧، ق، بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٩م، مجموعة أحكام المحكمة العليا، ص ٧٨.

٧ - للمزيد انظر د. أفراح مختار العاتي: دور قضاء المحكمة العليا الليبية في مسألة الطلاق التعسفي تأصيلاً وتفريراً "سداً لفراغ تشريعي بما يتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي"، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، عدد خاص، سنة ٢٠٢١م، كلية القانون الخمس، جامعة المرقب، ص ١٧١.





حقاً مطلقاً يستعمله الزوج كيفما شاء ويوقعه في أي وقت أراد، بل هو حق مقيد بقيود من بينها أن يكون إيقاعه لسبب مبرر يدعو إليه، فالطلاق لغير حاجة كفاً بنعمة الزواج ويترتب عليه إلحاق الضرر بالزوجة".<sup>(١)</sup>  
وفي أسباب حكم آخر (بالتعويض) لذات المحكمة، أنه "... وحيث أنه قد ترسخ في عقيدة المحكمة أن ذلك الطلاق لم يكن لسبب مبرر وأن المدعي عليه أوقعه على المدعية بغير حاجة إلى الخلاص، وذلك بحكم أنه لم يثبت أمام عدلتها بأن طلاقه كان لسبب وجيه معقول...".<sup>(٢)</sup>

والجدير بالملاحظة هنا، أن محاكم الموضوع قد انطلقت في قضاءها من قضاء المحكمة العليا الذي جاء فيه "... من المقرر شرعاً أن من أوقع الطلاق بغير حاجة إلى الخلاص فطلاقه واقع وهو آثم شرعاً وإثمه دليل على أنه أساء استعمال الحق الذي جعله له الشارع ولم يستعمل حقه على الوجه المشروع، وإذا كان ثمة دليل على إساءته استعمال الحق فكل مطلق آثم شرعاً بإيقاع الطلاق، لأنه أساء استعمال الحق فإذا ترتب الضرر بالمطلقة يُلزم بتعويض هذا الضرر".<sup>(٣)</sup>

كما قررت المحكمة العليا، إن "استحقاق المطلقة للتعويض لا يترتب على الطلاق في حد ذاته، وإنما ينشأ حقها فيه عن الضرر الذي يلحقها من ذلك وبسببه".<sup>(٤)</sup>

وفي حكم آخر لمحكمة باب بن غشير الجزئية (دائرة الأحوال الشخصية الأولى)، حيث أكدت على أن الحكم بالتعويض بسبب الطلاق التعسفي، يقتضي فيه إثبات الضرر، وقد جاء في أسباب هذا الحكم أنه "... أما بخصوص طلب التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق بالإرادة المنفردة، وحيث أن الطلاق في حد ذاته لا يستوجب أي تعويض ما لم يثبت الطرف الذي يدعي حصول الضرر وعناصر هذا الضرر، وهذا ما جرى عليه قضاء المحكمة العليا من "... إن العبرة في استحقاق التعويض عن الضرر الناشئ عن الطلاق هو ثبوت الضرر المادي به والمتربط على الطلاق سواء أكان الطلاق بالإرادة المنفردة أم بحكم المحكمة إذا لم يكن هذا الطلاق قد وقع بسبب من المدعي للضرر، فمتى ما ثبت الضرر المدعي به قضت المحكمة بالتعويض".<sup>(٥)</sup>

#### ونخلص إلى أن:

- إيقاع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة دونما سبب شرعي، يُعد طلاقاً تعسفياً، وهذا ما اجتمع عليه أغلب الفقه وقررته المحكمة العليا، تأكيداً لحق التعويض عن الضرر الناتج عن هذا النوع من الطلاق.<sup>(٦)</sup>
- إن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي (قد يكون ضرراً مادياً أو أدبياً) يصلح أن يكون سنداً للتعويض.

١ - دعوى رقم ٤ لسنة ٢٠١٦، جلسة بتاريخ ٢٠١٦/٠٢/١٤م، (غير منشور). انظر كذلك في (نفس السياق) حكم لمحكمة جنزور (الدائرة الشرعية)، بتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٤م، في دعوى رقم ١٣٣-٢٠٠٠ف. (غير منشور) وأيضاً حكم بالتعويض عن الضرر المعنوي لإيقاع الطلاق التعسفي من المحكمة المدنية الجزئية (الدائرة الثانية للأحوال الشخصية) غوط الشعال، جلسة بتاريخ ٢٠١٠/٠٥/١٩م، دعوى رقم ٢٠١٠/١٨ (غير منشور).

٢ - محكمة الظهرة الجزئية (دائرة الأحوال الشخصية) دعوى رقم/٤ لسنة ٢٠١٦، جلسة بتاريخ ٢٠١٦/١٢/١٤. (غير منشور).

٣ - طعن أحوال شخصية رقم ٤٠/٢٦ق، بتاريخ ١٠-٠٢-١٩٩٤م، مجلة المحكمة العليا س، غ (٢٦١)، ص ١٦.

٤ - طعن أحوال شخصية رقم ٥٢/٦٧ق، بتاريخ ٠٢ فبراير ٢٠٠٦، مجموعة أحكام المحكمة العليا، قضاء الأحوال الشخصية، ص ٦٩.

٥ - دعوى رقم ٢٠١٣/٥٧٨، جلسة ٠١-٠١-٢٠١٤. (غير منشور)

٦ - انظر د. أفرح مختار العاتي، مرجع سابق، ص ١٧٩.



- إن هذا التطبيق لصورة من صور الفرقة بين الزوجين، يتضمن بشكل جلي عناصر تفويت الفرصة في استمرار مؤسسة الزواج، وضياع الفرصة هنا اقتضت على الزوجة وآملها في أن تكون زوجة مصانة وأم لأبناء صالحين وأن تنعم بالأمن الاجتماعي، في مجتمع محافظ .

- عليه؛ فإن القول بفكرة التعويض عن فوات الفرصة في نطاق الأحوال الشخصية، يُعد من المسائل الدقيقة جداً، حيث لا تخلو هذه الفكرة من ميزة مالية للطرف المتضرر في العلاقة، حتى لو كان ذلك التعويض جزء من الضرر النهائي المتمثل في الضرر عن تفويت الفرصة.

- واستناداً إلى ما تقدم، فإن استحقاق الزوجة للتعويض عن ضرر الطلاق، (إذا كان سببه من الزوج وترتب عليه ضرر للزوجة) يكون منفصلاً عن استحقاقها لباقي حقوقها المترتبة على هذا الطلاق، فتستحق المطلقة مؤخر صداقها الذي أساسه العقد الصحيح وكذلك نفقة المتعة وفق ما جاءت به المادة (١٩ و ٥١) من القانون رقم ١٠/١٩٨٤ ف في شأن الزواج والطلاق وآثارهما. فلا تبرأ ذمة الزوج من هذه الحقوق إلا بالأداء أو الإبراء.

وهذا ما أكد عليه العديد من أحكام المحكمة العليا. حيث قضت في أحد أحكامها " أن استحقاق الزوجة للصدوق أساسه العقد الصحيح، وإن استحقاقها للمتعة مرده إلى أنه. إذا كان الطلاق بسبب من الزوج. وأن نفقة العدة واجبة على الزوج المطلق وفقاً للمادتين (١٩ و ٥١) من القانون ١٠/١٩٨٤ ف في شأن الزواج والطلاق وآثارهما. فلا تبرأ ذمة الزوج من هذه الحقوق إلا بالأداء أو الإبراء، أو تطليق الزوجة منه لثبوت إضرارها به، عملاً بالمادة ٣٩/أ بند ١ من القانون المذكور المعدل بالقانون رقم ٢٢/١٩٩١ ف. فلا يحول القضاء للمطلقة بهذه الحقوق دون استحقاقها للتعويض عن الضرر الذي لحقها من الطلاق" (١).

#### الخلاصة

إن قاعدة التعويض تستند أساساً إلى مبدأ ضرورة جبر الضرر عن كل أذى أصاب المضرور سواءً أكان ضرراً مادياً أو ضرراً معنوياً، وهو ما تعكسه قواعد المسؤولية المدنية، حيث لا مسؤولية دون وجود ضرر.

ولما كان تفويت الفرصة يُعد في حد ذاته ضرراً حالاً بغض النظر عن مدى الاستفادة الممكنة من هذه الفرصة (بالنسبة للمضرور)، فإن الضرر الناجم عنها، هو في حقيقته ضرراً محققاً يستوجب التعويض شريطة أن تكون الفرصة (جدية ومشروعة)، حتى لو كانت الاستفادة المرجوة منها أمراً محتملاً.

و لقد اهتم هذه البحث ببعض العناصر اللازمة لتوضيح مفهوم الفرصة الفائتة والخصائص التي ينفرد بها الضرر الناجم عنها، والذي كان عنصر الاحتمال أبرزها بحسبانه عنصراً من عناصر الذمة المالية للمضرور، وكذلك أساساً للتعويض.

كما تناولت هذه الدراسة بعض تطبيقات الفرصة الفائتة في مجال الأحوال الشخصية، والتي كان أبرزها ضرر العدول عن الخطبة ومدى إمكانية التعويض عنه (العدول غير المبرر)، كذا بعض مسائل التطليق التي قد تلحق الضرر بأحد طرفي العلاقة الزوجية (سواء كان الزوج أو الزوجة)، وحرمانه من فرصة تحقيق أمله في بناء أسرة متماسكة مستقرة، وتجنب خسارة مركزه الاجتماعي (كزوج - زوجة)، وينطبق كل ذلك على حالات الطلاق التعسفي الذي يجرم الزوجة من

١ - طعن أحوال شخصية رقم ٥٠/١٥ ق جلسة بتاريخ ٢٦/٦/٢٠٠٣ م سبقت الإشارة إليه.



مقومات استقرار أسرتها في كنف زوج ينفق عليها وعلى أبنائهما، لاسيما لو كانت تلك الزوجة ربت بيت لا تملك عملاً أو وظيفة تكفيها الحاجة.

عليه؛ نورد فيما يلي جملة من التوصيات التي نرى أنها تحدم الغرض من اختيارنا لهذا الموضوع

- ضرورة السعي إلى وضع مفاهيم منضبطة لتعريف بضرر تفويت الفرصة، المتضمن سلب حق المضرور وحرمانه من كسب مرجح أو خسارة مرجح تجنبها لوجود فعل ضار حال بين المضرور وغايته في تحقيق كسب أو تجنب خسارة يستحق التعويض عنها.
- ضرورة التعويض العادل عن ضرر تفويت الفرصة من قبل القضاء بناءً على أسباب منطقية ومعقولة، وإرساء مبادئ للتعويض عن ضرر تفويت الفرصة من حيث مدى توافر وجود الفرصة وجديتها وتوافر الأدلة الداعمة لإثباتها.
- نهي بالمشروع ضرورة سن النصوص المعالجة لإشكاليات التعويض عن ضرر تفويت الفرصة لضمان تحقيق حماية تشريعية أفضل للمضرور عن تفويت الفرصة، كوضع ضوابط للتمييز بين الضرر الاحتمالي الذي لا يصلح أن يكون سداً للتعويض وضرر تفويت الفرصة الموجب للتعويض، وترك مساحة تقديرية للقاضي لحساب درجة احتمال الكسب من عدمه التي قد تتوافر للمضرور.
- ضرورة تنظيم المسائل ذات الصلة بالتعويض عن ضرر تفويت الفرصة المتعلقة بقضايا الأحوال الشخصية والتي تعتبر مجالاً خصباً بوقوع ضرر تفويت الفرصة في صور عديدة منها:
  - ضرر العدول غير المبرر عن الخطبة.
  - التطبيق بحكم القاضي دون توافر الشروط التي تبرره شرعاً وقانوناً.
  - الطلاق التعسفي بإرادة الزوج المنفردة.

وفي الختام، لم يأت هذا الجهد الذي نأمل أن يكون مفيداً للمتخصصين ولمن يعينهم هذا الموضوع بشكل عام، عن فراغ وإنما هو نتيجة لجهود وإسهامات مصدرها القضاء الليبي خاصة على صعيد المحاكم الدنيا (الدوائر الشرعية بالمحاكم الجزئية) من مختلف ربوع الوطن، فضلاً عن الجهود المبذولة والمقدرة من بعض الأساتذة المختصين في العلوم الشرعية والقانونية الذين كان لإسهاماتهم دوراً بارزاً في إظهار هذه الدراسة بالشكل الذي ظهرت به، فلهم منا كل التقدير والاحترام.

والله ولي التوفيق.



## قائمة المراجع

### أولاً - المراجع العامة

١. أ. أنور العمروسي: الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، ج ١/ ٦، شركة ناس للطباعة - دار العدالة، القاهرة، ٢٠١٥.
٢. د. عبدالرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول (مصادر الالتزام)، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢م.
٣. د. عبدالمنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م.
٤. د. عبدالودود يحيى: الموجز في النظرية العامة للالتزامات - القسم الأول -، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤م.
٥. د. محمد علي البدوي الأزهري: النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، بدون ناشر، ٢٠١٦م.

### ثانياً - المراجع المتخصصة

١. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، "دراسة تحليلية تأصيلية" لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٥م.
٢. أيمن إبراهيم العشماوي: تفويت الفرصة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
٣. د. حمد سليمان الزبود: المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث "دراسة مقارنة" في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.
٤. أ. السيد عبدالوهاب عرفة: الوسيط في التعويض المدني عن المسؤولية المدنية (عقدية - تقصيرية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
٥. أ. أنور طلبة: دعوى التعويض، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠١م.
٦. د. سليمان مرقص: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ط ١، ١٩٧١م.
٧. أ. أنور العمروسي: موسوعة الأحوال الشخصية، ط ١، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ١٩٩٨م.
٨. د. الهادي علي زبيدة: أحكام الأسرة في التشريع الليبي "دراسة فقهية مقارنة"، ج ١، "الزواج وأحكامه"، ط ١، دار الشروق للترجمة والنشر، ٢٠١٨.
٩. د. زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قارونس، بنغازي، ١٩٨٩م.



١٠. د. سعيد الجليدي: أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارها "دراسة فقهية مقارنة" منشورات الجامعة المفتوحة، ط ١٩٨٦، ١٠م.

١١. أ. محمد أبوزهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

### ثالثاً - الرسائل العلمية

#### أ. رسائل الدكتوراه

- د. فاتن البوعيشي الكيلاني: المسؤولية المدنية الناجمة عن الفحوصات الطبية قبل الزواج، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٢٠م، (غير منشور).

#### ب. رسائل الماجستير

- أ. أحمد ياسر مسك: التعويض عن ضرر تفويت الفرصة "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ٢٠١٥م، (غير منشور).

- أ. أسماء بلقاسم الشريف: الضرر المرتد في المسؤولية التقصيرية، كلية القانون، جامعة طرابلس، ٢٠٢٢م، (غير منشور).

- أ. كوثر عبدالجواد: التعويض في تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية "دراسة في المسؤولية العقدية"، كلية القانون، جامعة طرابلس، ٢٠١٥م، (غير منشور).

### رابعاً - البحوث والمقالات

١. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: تفويت الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية، السنة العاشرة، العدد (٢)، ١٩٨٢م.

٢. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: تفويت الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية، مجلد رقم ١٠، العدد (٣)، ٢٠١٣م.

٣. د. أفراح مختار العاتي: دور قضاء المحكمة العليا الليبية مسائل الطلاق التعسفي " سدٌ لفرغ تشريعي بما يتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي"، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، عدد خاص لسنة ٢٠٢١م، كلية القانون، الخمس، جامعة المرقب.

٤. د. مصطفى راتب حسن علي: التعويض عن فوات الفرصة، مجلة كلية الشريعة والقانون، أسيوط، سنة ٢٠١٦م، العدد (٢٨).

٥. د. حمادي عبدالنور: التعويض عن فوات الفرصة بين اجتهاد القضاء وخصوصية المسائل الأسرية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد ١٦، العدد ٠٢، الجزائر، ٢٠٢٣.

### خامساً - الأحكام القضائية

#### أ. أحكام المحكمة العليا المنشورة



١. طعن شرعي رقم ٤٩/٣٦ ق، بتاريخ ٢٠٠٣/٣/١٣، مجموعة أحكام المحكمة العليا الليبية .
٢. طعن مدني رقم ٥٤/٢٩٠ ق، مجلة المحكمة العليا السنة ٤٥ - العدد ٣-٤ .
٣. طعن مدني رقم ٢٣/٥٠ ق، بتاريخ ١٩٧٨/٦/٤ م، مجلة المحكمة العليا، س ١٥، ٢، ص ٩٢ .
٤. طعن شرعي رقم ٤١/١٥ ق/٤ بتاريخ ١٩٩٥/٠١/١٩ م، مجلة المحكمة العليا، سنة ٠٨، وعدد ٠١-٠٢، ص ٩ .
٥. طعن شرعي رقم ٥٠/١٥ ق، بتاريخ ٢٠٠٣/٠٦/٢٦ م، مجلة المحكمة العليا، سنة وعدد ع. م، ص ١/١ .
٦. طعن شرعي رقم ٤٢/٠٦ ق، بتاريخ ١٩٩٥/١١/٣٠ م، مجلة المحكمة العليا س: ٣٠، ع: (٢، ٣) ص ١٢ و ١٣ .
٧. طعن شرعي رقم ٥٢/٣٧ ق، بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٩ م، مجموعة أحكام المحكمة العليا، ص ٧٨ .
٨. طعن شرعي رقم ٤٠/٢٦ ق، بتاريخ ١٩٩٤/٠٢/١٠ م، مجلة المحكمة العليا، س، ٢٨، ع (١، ٢) ص ١٦ .
٩. طعن شرعي رقم ٥٢/٦٧ ق، بتاريخ ٠٢ فبراير ٢٠٠٦، مجموعة أحكام المحكمة العليا، ص ٦٩ .
١٠. طعن مدني، بتاريخ ١٩٩٠/١٢/٩ م، مجلة المحكمة العليا - سنة ٢٧-عدد ٠٢، ص ٧٨ .

#### ب. أحكام المحكمة العليا الغير منشورة

- طعن مدني رقم ٣٨/١٠٠ ق، بتاريخ ١٩٩٣/١١/٢١ م.
- طعن شرعي رقم ٥٣/٢٥ ق، بتاريخ ٢٠٠٧/٢/١ م.
- طعن شرعي رقم ٣٢/٣١ ق، بتاريخ ١٩٩٤/٠٦/١٦ م.

#### ج. أحكام محاكم الموضوع غير المنشورة

- حكم لمحكمة باب بن غشير الجزئية (الدائرة الشرعية الخامسة) قضية رقم ١٤١٦/٤/٢٠٠٤ م.
- حكم لمحكمة جنوب بنغازي، قضية رقم ٨١٧/٥/٢٠٠٥، بتاريخ ٢٠٠٥/١٠/٨ م.
- حكم لمحكمة تروهونة الجزئية، رقم ٠٩/٩٤ ق أحوال شخصية بتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٥ م.
- حكم لمحكمة سوق الجمعة الجزئية (دائرة الأحوال الشخصية الأولى) رقم ٢٠١٢/١٢/٢٩ م، بتاريخ ٢٠١٣/١٢/٢٥ م.
- حكم لمحكمة الظهرة الجزئية (دائرة الأحوال الشخصية) رقم ٤ لسنة ٢٠١٦ م، بتاريخ ٢٠١٦/٠٢/١٤ م.
- حكم لمحكمة جنزور (الدائرة الشرعية)، بتاريخ ٢٠٠١/٠١/١٤ م، رقم ١٣٣-٢٠٠٠ م.
- حكم لمحكمة المدنية الجزئية (الدائرة الثانية للأحوال الشخصية) غوط الشعال، بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٩ م، دعوى رقم ٢٠١٠/١٨ م.
- حكم لمحكمة الظهرة الجزئية (دائرة الأحوال الشخصية) رقم ٤ لسنة ٢٠١٦ م، بتاريخ ٢٠١٦/١٢/١٤ م.



- حكم لمحكمة باب بن غشير الجزئية (دائرة الأحوال الشخصية الأولى)، رقم ٢٠١٣/٥٧٨، بتاريخ ٢٠١٤/٠١/٥ م.





المصلحة العامة كمفهوم دستوري

**General interest as a constitutional concept**

د. سراج الدين عبد الله الكيلاني

أستاذ مساعد بكلية القانون / جامعة طرابلس

**ملخص:**

إن قيام الدولة الوطنية الحديثة تعتمد بشكل مباشر على فكرة رعاية المصلحة العامة للجماعة، لهذا نجد أن معظم الدساتير تضع المصلحة العامة كهدف منشود لعمل السلطات العامة في الدولة. ونظرا للتخوف الدائم من التعدي على الحقوق والحريات الفردية، كان من الضروري تطوير مفهوم المصلحة العامة كمفهوم دستوري يستعمل من قبل العدالة كقيد على السلطتين التشريعية والتنفيذية. فإن كان الهدف من التشريع أو القرار مخالف للأهداف المصلحية، كان من حق العدالة أن تقف في وجه ما يصدر عن المشرع بالإلغاء وهو ما يخدم أهداف مبدأ سمو الدستور، ومنع تجاوز السلطات، وتفعيل دور الرقابة الدستورية.

**Abstract:**

The establishment of the modern national state depends directly on the idea of caring for the public interest of the group. This is why we find that most constitutions place the public interest as a desired goal for the work of public authorities in the state. In view of the constant fear of infringement of individual rights and freedoms, it was necessary to develop the concept of the public interest as a constitutional concept used by justice as a restriction on the legislative and executive powers. If the aim of the legislation or the decision was contrary to the goals of interest, then justice would have the right to stand in the way of what the legislator issues by canceling, which serves the goals of the principle of supremacy of the constitution, preventing the transgression of powers, and activating the role of constitutional oversight



مقدمة:

المصلحة العامة أو المنفعة العامة (L'intérêt général)؛ هي كل ما يعبر عن مطالب الجماعة، بحيث يتجاوز الأفراد انتماءاتهم ومصالحهم لتشكيل مجتمع سياسي متفق عليه. وعلى الرغم من أن تأطير المصلحة العامة هي من اختصاص السلطة السياسية، إلا أنها تتبع دائماً من سلسلة الفضائل والقيم الاجتماعية المكرسة لكامل المجتمع في حد ذاته (سعادة الكل، العدالة للجميع، الخير العام إلخ).

في مجال المصلحة العامة يهتم الحقوقيون بشكل معمق في كيفية تحصيل التوازن المطلوب بين المصلحة العامة والمصالح الفردية أو بين المصلحة العامة وتعدد المصالح المحلية، فإذا كان الخير العام للمجتمع يجب أن يتفوق على الخيارات الفردية؛ فلا يمكن أن يشترط لذلك تضحيات من قبل الأفراد، أن مهمة القانون تقديم التوازن الذي يحمي حقوق الأفراد أمام مصلحة الجماعة. لا بد أن ننوه أيضاً أن المصلحة العامة فكرة متغيرة ويتعين على المشرع تجسيدها في القوانين الوضعية، حيث تعرف سلطة المشرع في ذلك حدوداً معينة، أولاً: فيما يتعلق بالحقوق الفردية (الضرورية للتطوير السليم للمصالح العام نفسه)، ثانياً: القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

إذا اعتبرنا أن مصلحة الجماعة هي الهدف الأساسي للمصلحة العامة التي تسعى إليها مؤسسات الدولة ، فقد تكون هذه المصالح على شكل مصالح اجتماعية وبذلك فهي كل ما يعبر عن مطالب الجماعة كمجتمع انساني، وتتضمن أمن الجماعة وضمان النظم الاجتماعية والاخلاق العامة ، أو مصالح اقتصادية وهي حماية وتطوير الثروات الطبيعية للدولة لمصلحة الجماعة ، أو مصالح سياسية مرتبطة بفكرة المصلحة العامة الوطنية في السياسة الخارجية للدولة وهو ما يتعلق في باب التحالفات الدولية سواء علاقات ايجابية كتوطيد العلاقات وفتح مجالات التعاون ، أم سلبية كقطع العلاقات او تحجيم التمثيل الدبلوماسي... إلخ ، وقد تكون المصالح العامة مرتبطة بالسياسة الداخلية ونقص ذلك الاستراتيجية الداخلية للدولة والتي يتم إقرارها من خلال مجموعة من القوانين لتغطية القضايا الداخلية مثل الصحة ، التعليم والبيئة... إلخ.

في الواقع إن طرح موضوع المصلحة العامة كقاعدة دستورية أو كمفهوم ذو قيمة دستورية والاستفادة منه في حماية القواعد الدستورية، خاصة تلك المرتبطة بحماية الحقوق والحريات الدستورية من تعسف السلطتين التشريعية والتنفيذية، يظهر لنا العديد من التساؤلات أهمها: ما هو المفهوم الدستوري للمصلحة العامة؟ وماهي أهم عناصره؟ وهل تعتبر هذه الفكرة من ضمن القواعد التي يعتمد عليها واضعي الدستور فعلا، أم أنها معيار لدراسة مشروعية لائحة أو تشريع؟ أيضاً هل مفهوم المصلحة العامة هو دافع جيد لحماية الحقوق والحريات أم أنه سبب لتراجع العمل الحقوقي للعدالة الدستورية؟ وهل الحياد عن المصلحة العامة يمكن اعتباره عيب يشوب العمل التشريعي بحيث يمكن الحكم بعدم الدستورية؟ من خلال الطرح السابق ارتأينا البحث في ثنايا هذا الموضوع من خلال مطلبين: الأول: نوضح فيه مفهوم المصلحة العامة في فقه القانون العام. والمطلب الثاني: نناقش فيه تعامل العدالة الدستورية الليبية والمقارنة مع هذا المفهوم.



المطلب الأول: مفهوم المصلحة العامة.

المطلب الثاني: المصلحة العامة والعدالة الدستورية.

المطلب الأول: مفهوم المصلحة العامة.

المصلحة العامة هي مفهوم تم اختراعه للحد من عمل سلطة الأشخاص العموميين أو سلطة الدولة بشكل عام. هذا المفهوم ظهر في ظل النظام القديم حيث يجب على الجميع الاهتمام بمصلحة المملكة أو الإمبراطورية وليس بمصلحته الخاصة. وقد تطور هذا المفهوم شيئاً فشيئاً إلى أن وصل إلى ما هو عليه في بدايات القرن التاسع عشر، والذي أصبح من المفاهيم التي تهيمن على مصالح الأفراد، مع توسع دور الدولة وكثرة مسؤولياتها.

إن مفهوم المصلحة العامة هو مفهوم وظيفي مرتبط بالأفعال التي تؤديها الدولة للوصول إلى ما تطمح اليه الجماعة، ولهذا فإن الكيان الذي يظل مسؤولاً بشكل مباشر عن القيام بأعمال ذات قيمة للجميع، وجعلها تسود على المصالح الشخصية هي الدولة وأشخاصها التابعين لها. باسم المصلحة العامة، يمكن للدولة أن تصدر أو تنزع الملكية (على سبيل المثال لبناء طريق أو مطار) وأن تنفذ الالتزامات المتعلقة بالتعليم العام (التعليم الإلزامي)، والصحة العامة (حملات التطعيم) والأمن العام (الحماية من الأخطار الداخلية أو الخارجية). ولأن مفهوم المصلحة العامة هو مفهوم مرتبط بعمل الدولة وأساس وجودها، لهذا يعتبر من أهم المفاهيم الأساسية للقانون العام، ويتفرع عنه العديد من المفاهيم الأخرى من ذلك مثلاً (المال العام - الخدمة العامة - الوظيفة العامة). وبالنظر لما تقدم رأينا (أولاً) دراسة تعريف المصلحة العامة في فقه القانون العام، وهو ما سيكون مرتبطاً بشكل أكثر دقة في مجال القانونين الإداري والدستوري، وبيان أهم عناصره (ثانياً).

أولاً: تعريف المصلحة العامة في فقه القانون العام.

ظهر مصطلح المصلحة العامة بشكل كبير في الكتابات السياسية والقانونية كحجر أساس في العمل العام، ولكن ليس كمفهوم ثابت، وإنما ظهر بشكل مختلف في كل مرة: المصلحة القومية، الخير العام، مصلحة الأمة، المصالح

<sup>1</sup> - François SAINT BONNET , L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel -

. En ligne ٢٠٢٣-٧-٣ ، [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/saintbonnet.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/saintbonnet.pdf)

<sup>٢</sup> - Didier Ribes, À la recherche du Bien commun, Dans Les Cahiers Portalis 2017/1 (N° 4), pages 5 à 8, -

. <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-portalis-2017-1-page-5.htm> En ligne le 20- 6- 2023.

<sup>٣</sup> - يذكر جان - فرانسوا مارشي، من جانبه، بأن فكرة الصالح العام قد أثرت، بين مفكري القانون الدولي، إلى مفهوم المجتمع الدولي ومفهوم الخير العام للبشرية. غير أنه

يلاحظ واقعيًا أن العلاقات الدولية تثبت أنها غير مواتية لتحقيق المثل الأعلى للصالح العام، على الرغم من التقدم.

Jean-François Marchi, Bien commun et droit international , Dans Les Cahiers Portalis ٢٠١٧/١ (N° ٤), pages

. En ligne le ٢٠٢٣-٦-١٧ ، <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-portalis-2017-1-page-53.htm> ، à ٦٧ ٥٣

<sup>٤</sup> - Guillaume MERLAND-L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? -

-CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° ١٦ (PRIX DE THÈSE ٢٠٠٣) - JUIN ٢٠٠٤

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-interet-general->



الاقتصادية أو السياسية أو الاستراتيجية. وفي جميع الأحوال فإن للمصلحة العامة باختلاف تعبيراتها جانبين، جانب سياسي وجانب قانوني . عندما نركز على الجانب السياسي فإننا نهتم بما كهدف نبيل وهو السعي لتحقيق أهداف وطموحات الجميع من خلال رؤية يمكن الاجماع عليها والتي من المفترض أن تتجاوز كل المصالح الفردية والحزبية، إن أولئك الذين يمسكون بالسلطة السياسية - على مستوى الحكومة أو المجالس المحلية - وأولئك الذين يمارسونها نيابة عن الآخرين - من المفترض أنهم لا يتصرفون لمصلحتهم الخاصة، بل للمصلحة العامة. يوضح ماكس وير أن شرعية السلطة في المجتمع تقوم على سبب مقنع، ولهذا فإن المواطنين يوافقون فقط على الخضوع لقرارات من هم في السلطة لأنهم يعتبرونها في مصلحة الجميع . وينص إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي ١٧٨٩ في المادة ١٢ منه بشأن مسألة إنفاذ القانون (أنشئ لصالح الجميع، وليس لفائدة خاصة لأولئك الذين عهد إليهم به). ومن كل ما سبق نجد أنه عندما يشعر الشعب بأن القرارات أو القوانين هي لأهداف شخصية أو لأهداف كتلة سياسية معينة وليست للمصلحة العامة تفقد المنظومة القانونية والسياسية احترامها في المجتمع ويسبب ذلك انخيار الأنظمة بشكل تدريجي .

المصلحة العامة من الجانب القانوني هي مفهوم يبدو محتواه غامضاً بقدر ما هو حتمي ويشترط احترامه، في هذا الإطار يقول الدكتور رأفت فودة(أنه لكي نتعرف على أبعاد ومعاني هذه الفكرة فإنه يجب علينا اختراق ضمير المشرع حيث يقدر وينص على تحقيق المصلحة العامة، أو الاشتراك في المداولات القضائية للتعرف على ضمير القضاة حين يقضون بوجود مصلحة عامة في نشاط عمومي معين، وتحقيق كل ذلك من الصعب إن لم يكن مستحيلاً)<sup>٢</sup> ، إن مفهوم المصلحة العامة كمسألة تتعلق بفقهاء القانون العام تظهر بشكل أكثر وضوحاً في مفهوم القانون الإداري نظراً لأنه يتميز بفكرة أن الإدارة تفي بمهمة معينة مرتبطة بتلبية الصالح العام، وهذا يظهر كهدف منشود لعمل الإدارة ، ولكن أيضاً كحد لها . هكذا، لم يتردد القاضي الإداري في صياغة المصلحة العامة كسيف " ذو حدين" للسلطات الإدارية. من ناحية، يمكنهم التدرع بما لزيادة اختصاصاتهم وسلطاتهم، ولكن من ناحية أخرى، يجب عليهم دائماً التأكد من أن أفعالهم هي سبب وهدف للمصلحة العامة، بهذا فإن القرار الإداري أياً كانت الجهة التي أصدرته يجب أن يكون (صادراً عن باعث سليم وبحسن نية لا لسبب شخصي أو بقصد الانتقام أو وضع حد لمنافسة مشروعة ، وأن يبنى على أسباب متصلة بالصالح العام ) .

En ligne le ١٢-٥-٢٠٢٣ - [instrument-efficace-de-protection-des-droits-fondamentaux](#)

.Max Weber, Le savant et le politique, UGE, ١٩٦٣, spéc. p. ١٠٢ et s- ١

L'intérêt général, norme constitutionnelle ?, COLLOQUE DU VENDREDI 6 .Noëlle Lenoir -٢

2023-5-27 OCTOBRE 2006, En ligne

<https://translate.google.com/?hl=fr&sl=fr&tl=ar&text=COLLOQUE%20DU%20VENDREDI%206%20OCTOBRE%202006&op=translate>

-٢ رأفت فودة- مصادر المشروعية الإدارية ومنحيتها - دار النهضة العربية. ط١ - ١٩٩٤ - ص ١٨١ .

Guillaume Merland, L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? - ٤

<https://www.conseil-> cahiers conseil constitutionnel, n° ١٦ (PRIX DE THÈSE ٢٠٠٣) - JUIN ٢٠٠٤

.{٧-٥-٢٠٢٣} en ligne [constitutionnel.fr/node/٢٢١١/pdf](#)

٥ - طعن إداري رقم ١ لسنة ٢ ق، المحكمة العليا الليبية، القضاء الإداري والدستوري، ج١، ص ٣٦. محمد عبد الله، الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، المكتبة الجامعة، ط٧، ٢٠١٩، ص ٢٣٠ و ٢٣١ .



إذاً فإن المصلحة العامة تؤدي وظيفة الشرعية في الإجراء الإداري وفي هذا المعنى تذكر المحكمة العليا بأن ( حق الإدارة العامة في نزع ملكية العقارات ، اللازمة لمشروعات المرافق والمنافع العامة ، ليس معناه أن تستعمله على هواها ، لأن هذه السلطة التقديرية في نزع ملكية العقارات ، وإن كانت مطلقة من حيث موضوعها ، إلا أنها مقيدة من حيث غايتها التي يلزم أن تقف عند حد عدم تجاوز هذه السلطة ، أو التعسف في استعمالها ، فإذا تبين أن قرار نزع الملكية لا يرجع إلى اعتبارات تقتضيها المنفعة العامة ، كان ذلك عملاً غير مشروع ... ) . أما عن مفهوم المصلحة العامة من وجهة نظر القانون الدستوري يمكن أن يتعلق بشكل أكثر جلاء في أنه مفهوم يحتاجه القضاء الدستوري ليكون الإطار الذي يراقب به القانون المحال إليه، ولا سيما عندما تعتبر هذه الأهداف ذات قيمة دستورية، و يذكر دومينيك روسو في ذلك أن (دور المجلس هو مواجهة القانون المعروض عليه بكتلة دستورية) . وبهذا فإن السلطة التشريعية وإن كانت لها حرية التشريع، إلا أنها مقيدة بنصوص الدستور والحقوق الطبيعية للأفراد وإذا انحرفت وساءت استعمال سلطتها كان على العدالة الدستورية التدخل وإيقاف التشريع إسوة في ذلك بالرقابة على انحراف السلطة الإدارية.

في الواقع، بعد مراجعة العديد من النصوص الدستورية، لا نجد إشارة لمفهوم المصلحة العامة في الدساتير الوطنية أو المقارنة إلا من خلال طرح بعض الموضوعات فقط من ذلك مثلاً: ديباجة الدستور الفرنسي سنة ١٩٤٦، أشارت إلى أن (الصحة وحماية الأسرة تعدان من الموضوعات التي تعكس وجه المصلحة العامة)، كذلك الأمر في مقدمة الدستور الملكي الليبي سنة ١٩٥١ (نحن ممثلي شعب ليبيا من برقة وطرابلس الغرب وفران .... بعد الاتفاق وعقد العزم على تأليف اتحاد بيننا ... وعلى تكوين دولة ديمقراطية مستقلة ذات سيادة ... وتضمن مبادئ المساواة والإخاء وترعى الرقي الاقتصادي والاجتماعي والخير العام). كما يعبر الدستور المغربي لسنة ٢٠١١م في المادة ٣٥ عن فكرة المصلحة العامة لتبرير تدخل السلطة العامة مما يقلل من بعض الحقوق أو الحريات الفردية والاستسلام للضرورات الجماعية. كما ذكرت المصلحة العامة في مشروع الدستور الليبي لسنة ٢٠١٧م باعتبارها المرجعية الأساسية لوحدة الشعب الليبي ومن ذلك مثلاً المادة ١٧٠ عندما ذكرت بأن (ملكية الثروات الطبيعية بما فيها النفط والغاز والمعادن والمياه ملك للشعب الليبي، تمارس الدولة السيادة عليها باسمه وتعمل على استغلالها وحمايتها وتنميتها واستثمارها وحسن إدارتها، بما يضمن المصلحة العامة وانتفاع كافة المناطق منها بشكل عادل، وبما يحفظ حقوق الأجيال القادمة). ويمكن أن نذهب إلى أبعد من ذلك، عندما نقول بأن الدساتير ما وجدت إلا لكفالة تحقيق المصلحة العامة، هذا ما ذكرته المذكرة الإيضاحية الخاصة بتعديل الدستور الملكي لسنة ١٩٥١م من خلال قانون ٢٥ أبريل ١٩٦٣ فذكرت بأن (من المسلم به أن نجاح القانون الأساسي في الدولة يتوقف على مدى ملاءمته لعادات السكان في بيئتهم الأصلية، وما وضعت نصوص الدستور في أي دولة إلا لتكفل المصالح القومية وتهيئ السبيل لإقامة العدالة والطمأنينة الداخلية) .

١ - الطعن الإداري رقم ٨٢ لسنة ٤٧ق ، جلسة ٩-١١-٢٠٠٣ ، المحكمة العليا الليبية (مسيرة نصف قرن ) ، عبد الرحمن أبو توتة ، جمعة الزريقي ، منشورات المحكمة العليا ، ط١ ، ٢٠٠٧ ، ص ٦٠ .

٢ - Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, ٦e éd., ٢٠٠١, p. ١٣٥-٦

٣ - سالم الكتي، الدستور في ليبيا، دار الكتب الوطنية بنغازي، ٢٠١٢، ص ١٧٣ وما بعدها.



من خلال ما تقدم يمكن أن نعتبر أن المصلحة العامة ليست قاعدة دستورية مذكورة في الدستور بشكل مباشر بقدر كونها أداة من أدوات التحكم في التشريع، وبشكل أكثر دقة هي شرط لدستورية القوانين وهي الهدف الأساسي من الدستور.

### ثانياً: عناصر المصلحة العامة.

يقصد بالعنصر في اللغة هي المادّة الدّاخلية في جِسْمٍ مَّا وتُكوِّنُ أَحَدَ مُكوِّنَاتِهِ. "عَنَاصِرُ المَوْضُوعِ": مَوَادُّه الأساسيَّةُ، أَجْزَاؤُهُ المُكوِّنَةُ لَهُ. بهذا المعنى فإن الحديث عن عناصر المصلحة العامة هو الحديث عن مكونات هذا المفهوم وهم جزء منه. وإذا أخذنا بفكرة أن المجتمعات باختلاف أنظمتها ووجهة حكامها كانت دائماً ما تسعى للوصول إلى هدفين وهما النظام والعدالة باعتبارهما هما الوجهة الأساسية للمصلحة العامة، لهذا نرى بان هاذين المفهومين يشكلان العناصر الأساسية للمصلحة العامة وكلما ارتقى المجتمع في تطورها استطاع الوصول إلى أعلى درجات المصلحة العامة.

### ١- النظام العام والمصلحة العامة.

يعتبر مفهوم المصلحة العامة ومفهوم النظام العام مفهوميين متلازمين فإذا كانت فكرة المصلحة العامة تقوم على الأهداف الجماعية؛ فإن النظام العام هو السياسة العامة لتنفيذ هذه الأهداف. وقد يشتركان في أنهما المفهومين الأكثر غموضاً في مجال القانون، لأنهما يدخلان في كل مناحي الحياة الاجتماعية، ومرتبطةان بمعظم المفردات القانونية. وإذا سلطنا جزء من اهتمامنا في هذا البحث عن تعريف النظام العام فيمكن اختيار تعريف الفقيه الفرنسي فيليب مالوري (النظام العام هو الأداء السليم للمؤسسات الأساسية للمجتمع ) ، كذلك تعريف غيوم دراغو (مفهوم يُؤطر ، وفي الوقت نفسه ، يضيف الشرعية على عمل السلطات ) . إن النظام العام يمكن تحديده مدلوله باعتباره نظام للحماية ونظام للتوجيه. فإذا أخذنا في الاعتبار أن فكرة النظام في أساسها تعني مجموعة من المكونات أو العناصر التي تجتمع وتشارك لتنفيذ عمل معين، فإن النظام العام هو مجموعة القواعد والسياسات التي تمكن الدولة من تنفيذ المصلحة العامة أو المصالح العامة للجماعة. وإذا ركزنا على النظام العام باعتباره نظام للحماية، فإننا نرى بأن النظام العام هو تلك الخطوط الحمراء التي ترسمها الدولة على الجميع سواء أكانوا أفراداً أم سلطات. قد تكون قواعد النظام العام واضحة وبذلك يسهل اقتناءها من قبل المشرع والقاضي، ومن ذلك مثلاً القواعد الدستورية ، وفي هذا تذكر المحكمة العليا بأن ( ... من المسلمات أن قواعد القانون الدستوري تتصل كلها بالنظام العام اعتباراً بأنها تمس كيان الجماعة في الصميم فإنه من ثم لا يكون تنازل المدعي عليها عن الدفع بعدم دستورية المرسوم الصادر بقانون معفياً المحكمة من مسؤوليتها في بحث ذلك والفصل فيه ... ) ، وقد تكون مخفية حيث يمكن تلمس هذا النوع من النظام العام من روح التشريع

Philippe Malaurie, L'ordre public et le contrat (Les contrats contraires à l'ordre public). (étude de droit - 1

1953 ، (civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S

[https://books.google.com.ly/books/about/L\\_ordre\\_public\\_et\\_le\\_contrat.html?id=z-](https://books.google.com.ly/books/about/L_ordre_public_et_le_contrat.html?id=z-)

En ligne 11-7-2023 [PbQgAACAAJ&redir\\_esc=y](https://books.google.com.ly/books/about/L_ordre_public_et_le_contrat.html?id=z-PbQgAACAAJ&redir_esc=y)

Guillaume Drago , L'ordre public et la , Dans Archives de philosophie du droit 2015/1 (Tome 58), pages -2

<https://www.cairn.info/revue-archives-de-philosophie-du-droit-2015-1-page-199.htm> à 214, En ligne 1999

2023-4-12

2- الطعن الدستوري رقم 2 لسنة 5 ق جلسة 11-2-1961، المحكمة العليا الليبية (أحكام المحكمة العليا بدواؤها مجتمعة)، منشورات المحكمة العليا، ط2، 2008،



والأعراف السائدة والأيدولوجيا السياسية في الدولة ، وفي مثل هذا الأمر قد يترك الأمر إلى القاضي ليحدد كل حالة ومدى تعلق الأمر بالنظام العام واضعا نصب أعينه المصلحة العامة التي يجب حمايتها فالفاصل أو الضابط في تحديد النظام العام هو المفهوم الأشمثل وهو المصلحة العامة .

إن مدلول النظام العام يتمثل في أساسه في المحافظة على أهداف المصلحة العامة التقليدية وهي الأمن القومي، الصحة العامة، والسكينة العامة الأمر التي تسعى إليه أغلب القوانين الوطنية. ومع اتساع دور الدولة في معظم الدول الحديثة التي تسعى إلى تحقيق الرفاهية والرخاء لمواطنيها، فقد تطور مفهوم النظام العام ليتسع لأهداف غير مادية كالمحافظة على المظهر والرونق العام للدولة فقد يلزم القانون مالك العقار بالبناء بشكل معين ونذكر من ذلك قرار أمين البلديات رقم ٤ لسنة ١٩٧٥م حيث منع تراخيص البناء للمنشآت التي تقام في مناطق معينة مالم تكن متوافقة مع أصول الفن المعماري العربي الإسلامي . كذلك قد تكون المصلحة العامة مرتبطة مع أفكار الدولة سواء أكانت دينية أو عرفية وهذا ما نجد مثلا في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٤ بشأن حماية المجتمع من الظواهر التي حرّمها القرآن الكريم، أو القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٥ بتقرير الأحكام الخاصة بجرائم الآداب العامة، والقانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٦ بشأن حماية الآداب العامة .

٢- **العدالة:** العدالة هي مفهوم أخلاقي وقد اعتبرها الفلاسفة القدماء مثل أفلاطون أنها أحد الفضائل الأربع وهي الحكمة، الشجاعة، العفة، العدل. ومن الناحية الموضوعية هي مفهوم يصعب تعريفه، لأنه يبقى أمر نسبي لا يمكن للوصول إلى منتهاه . لا بد لنا افتراض أن العدالة غير موجودة في البداية، وأنه يجب تحقيقها، أو أننا يجب أن نقيم المزيد من العدالة من خلال الاستناد إلى القواعد الخارجية فنقول (العدالة الإلهية فالعدل الذي أمر الله به يشمل العدل في حقه، وفي حق عباده بما أمرنا به من خلال رسله، وقال الله تعالى: (وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا) . والامر هنا مشابه في كل ما يستند عليه مفهوم العدالة من ذلك ( الدستور ، التشريع الوطني ، الاتفاقيات والمعاهدات الدولية إلخ ... ) ، وبالتالي عندما نسند مفهوم العدالة للمصلحة العامة، فنحن نذهب إلى مفهوم القيمة المطلقة للمصلحة العامة التي يجب منحها للجميع كما هو مستحق، ولكن الصعوبة كما يقال هو في معرفة ما هو مستحق بدقة ، خاصة أن مفهوم المصلحة العامة قد يأتي في مثل هذه الحالات مناقض لفكرة تكافؤ الفرص بين الأفراد، وذلك عندما نتحدث عن أعمال السيادة أو نزع الملكية للمنفعة العامة أو فرض الضرائب جبراً للدولة ، فلن يمكن تحقيق المصلحة العامة في إنشاء طرق أو بناء جسور إلخ، يستوجب نزع ملكية عقارات بعض الأفراد للصالح العام وهذه العدالة التي أقرها

ص ٨٤.

١ - مازن النهار - النظام العام والآداب العامة ، بحث منشور بتاريخ ٣-١٢-٢٠٢١

[https://arabnationleague.com/a\\_web/one\\_sub.php?id=١٥٧٥](https://arabnationleague.com/a_web/one_sub.php?id=١٥٧٥)

٢ - خليفة أحواس، القانون الإداري الليبي الحديث، مكتبة طرابلس العالمية، ط ١، ٢٠١٩، ص ١٠٧.

٣ - القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٦ بشأن حماية الآداب العامة منشور في الجريدة الرسمية، الموافق ٢٤-٤-٢٠١٦، السنة ٥، العدد ٤، ص ٢١٨.

٤ - ، ٥٢، ٣٣ pages (N° ٤) ٢٠١٧/١ (N° ٤) Jean -marie Pontier, Bien commun et intérêt général, Les Cahiers Portalis

<https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-portalis-2017-1-page-33.htm> En ligne le ٧-٦-٢٠٢٣

٥ - سورة الإسراء: الآية ١٥.

٦ - Jean -marie Pontier, Bien commun et intérêt général, op. cit -

<https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-portalis-2017-1-page-33.htm>





الدستور. قد تكون القاعدة التي تركز عليها العدالة هي قاعدة ظالمة لدى البعض ويجدها البعض الآخر ليست كذلك، لهذا إزاء المصلحة العامة تجد العدالة الدستورية السبب الوجيه لظلم بعض الأفراد لمصلحة الجماعة، وفي هذا تذكر المحكمة العليا لتبرير أعمال المشرع و السلطة التنفيذية تجاه الأفراد ( فإنه يبين من هذه النصوص انها ترسم سياسة الدولة لتحقيق اهداف التنمية الاقتصادية ، وأن المشرع قصد بهذا القانون نقل ملكية هذه المشروعات الزراعية الخاصة من ملكية الأفراد أو الشركات إلى ملكية الدولة وذلك استكمالاً لتحقيق السياسة العليا للدولة والتي نص عليها الإعلان الدستوري ... وتحقيقاً للصالح العام للشعب ) . كذلك تذكر المحكمة العليا بأن ( فرض الضرائب جبراً حق للدولة لما تتمتع به من سيادة قبل رعاياها والقاطنين بها ، وهي التي تقدر لزومها ، ولها أن تعدل بإرادتها المنفردة أحكام تلك الضرائب ، دون ان يقف في طريقها ادعاء بحق مكتسب أو أمل في بقاء الحال على ما هو عليه ... ) . إن السياسة العليا في المجتمع وتطبيق القواعد القانونية قد تكون في غالب الأمر هي الأساس التي تقوم عليها العدالة بين الأفراد ولو كانت هذه القواعد عند مخالفيها هي قواعد ظالمة، فالعدالة تعني هنا معاملة الأفراد بالتناسب في إعطاء الحقوق بمنطق القانون، وبالتالي فإن ما يصدر عن المشرع تطبيقاً للأيدولوجية السياسية ومبادئ الدستور إنما صدرت على أساس اعتبارات عامة وثيقة الاتصال بالمصلحة العليا وهي التي تمثل في جزء منها مفهوم العدالة الاجتماعية بين أفراد المجتمع .

### المطلب الثاني: المصلحة العامة أداة لحماية المبادئ الدستورية.

إن أحد أهم نقاط الضعف في النصوص الدستورية احتوائها على صورة غير واضحة للأسباب التي تبرر انتهاكات الحقوق والحريات. أمام ضعف النصوص الدستورية والحذر من التعسف التشريعي لا يستطيع القاضي منح الحماية المطلقة للمبادئ الدستورية، على الرغم من المرجعية الموسعة التي يتمتع بها لحماية الحقوق والحريات، وفي هذا تذكر الدائرة الدستورية للمحكمة العليا في حكمها بعدم دستورية المادة ٤ من المرسوم الصادر ٢٧ يوليو ١٩٥٧م الخاص بتعديل بعض أحكام قانون نظام القضاء بأن (السلطة التشريعية وإن كانت لها حرية التشريع إلا أنها مقيدة بنصوص الدستور والحقوق الطبيعية للأفراد) .

يعتمد القاضي الدستوري الليبي في مجال الرقابة على القوانين وتفسير الدستور على الفقرتين ٢١ و ٢٠ من المادة ٢٣ من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٨٢، المعدل بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٤ بأن (تختص المحكمة العليا دون غيرها منعقدة بدوائرها المجتمعة برئاسة رئيسها أو من يقوم مقامه بالفصل في المسائل الآتية: ١- الطعون التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية مباشرة في أي تشريع يكون مخالفاً للدستور. ٢- أية مسألة قانونية جوهرية تتعلق بالدستور أو بتفسيره تثار في قضية منظورة أمام أية محكمة). وعلى اعتبار أن القاضي الدستوري يحمل سلطة لا حدود لها سواء من حيث تفسير النص الدستوري وعدم الوقوف عن المعنى الظاهر للنص أو من حيث الرقابة على جميع الأعمال التشريعية؛ فإن

١- الطعن الدستوري رقم ٣ لسنة ١٩ ق، جلسة ٢٠-٣-١٩٧٦، المحكمة العليا (أحكام المحكمة العليا بدوائرها مجتمعاً)، نفس المرجع السابق، ص ١٤١.

٢- الطعن الدستوري رقم ٣ لسنة ٦ ق، جلسة ٢٩-٢-١٩٦٤، المحكمة العليا (أحكام المحكمة العليا بدوائرها مجتمعاً)، نفس المرجع السابق، ص ٨٨.

٣- الطعن الدستوري رقم ٢ لسنة ٥ ق جلسة ١١-٢-١٩٦١، المحكمة العليا الليبية (أحكام المحكمة العليا بدوائرها مجتمعاً)، منشورات المحكمة العليا، ط ٢٠٠٨، ص ٨٤.



العدالة الدستورية دائما تجد ركيزة دستورية قد تكون مكتوبة أو غير مكتوبة لحماية الحقوق والحريات وأداة تدفع بها تجاوز السلطتين التشريعية والتنفيذية.

إن تقييم العدالة الدستورية للمصلحة العامة المسببة للتشريع، قد يكون هو أساس الحكم بدستورية أو عدم دستورية القانون، بهذا فإن حرية المشرع في استصدار القوانين التي تمثل انتهاكا للمبادئ الدستورية الراسخة من ذلك حق التقاضي أو مبدأ المساواة بين المواطنين لا بد أن يكون مبرراً بالسعي لتحقيق المصلحة العامة. وطالما للمشرع الحق في تجسيد المصلحة العامة داخل القاعدة التشريعية بأن ينتقص منها أو يستغني عن تطبيقها بشكل كامل، فإن هذا الأمر يثير شكوك خطيرة للحقوق والحريات، الأمر الذي يستلزم الوصول إلى نتيجة مفادها ضرورة فرض التبرير التشريعي في الدستور، وخاصة تلك القوانين التي تفرض حدودا لحقوق الأفراد، وهو الأمر الذي سارت عليه بعض الدساتير المقارنة ومن ذلك ما نص عليه الدستور السويسري في المادة ٣٦ الفقرة ٢ (كل تقييد لحق أساسي يجب أن تبرره المصلحة العامة أو حماية الحقوق الأساسية للآخرين)، والفقرة ٣ (يجب أن يتناسب كل تقييد لحق أساسي مع الهدف المنشود). بمفهوم المخالفة فإن عدم إلزام الدستور للمشرع بوجود تبرير أو تسبب للنصوص التشريعية، يجعل الأمر أكثر صعوبة للعدالة الدستورية والتي تحاول تأويل القصد التشريعي وفي بعض الاحوال بما يتناسب مع الابدولوجية السياسية المتغيرة، الأمر الذي يسبب التناقض بين مواقف العدالة الدستورية.

عند دراسة أحكام الدائرة الدستورية للمحكمة العليا نجدها قد اعتمدت على فكرة المصلحة العامة كهدف متوقع للمشرع في دعم وفي حالات أخرى الانتقاص من حقوق وحريات الأفراد، ولهذا فإن الدفاعات المقدمة لنص المادة ٦٥ من القانون السابق للجامعات رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٨، لم تقبل من الدائرة الدستورية للمحكمة العليا باعتبار أن المصلحة العامة هنا هي لتنظيم العلاقة بين الطالب وأستاذه وعدم فسح المجال للطلاب لأساءة استعمال حقهم في الطعن عن قرارات الجامعة، إلا ان ذلك من وجهة نظر العدالة الدستورية لم يبرر الإخلال بمبدأ المساواة المنصوص عليه في الدستور وهو أحد رواسخ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وتذكر في ذلك ( أن النص المطعون في دستوريته قد أخل بمبدأ المساواة بين طائفة طلاب الجامعة اللبية وأندادهم من طلاب المدارس والمعاهد الأخرى - كما أخل بالمساواة بين طلاب وبين سائر المواطنين ... ذلك أن المساواة التي أرادها الدستور ليست هي عدم التفرقة بين أفراد الطائفة الواحدة بل المقصود بها هو عدم التفرقة بين الأفراد جميعا إذا ما تماثلت حقوقهم... ). وفي ذات المسار أيضا نذكر قرار المحكمة العليا بعدم دستورية القانون رقم ٥٢ لسنة ٢٠١٢ بشأن وضع ضوابط تقلد بعض الوظائف حيث أكدت الدائرة الدستورية افتقار القانون للمبررات والاسس الموضوعية القائمة على مصلحة الجماعة والتي تبرر اقصاء بعض المواطنين من حق تولي الوظائف العامة والإخلال بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص . أيضاً عدم دستورية قانون تجريم تمجيد القذافي رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٢ انتصارا لحرية التعبير أخذا بالحسبان ان اعتبارات المصلحة العامة التي ينادي بها المشرع لحماية مسار ثورة ١٧ فبراير لا تستدعي إهدار مثل هذه المبادئ الدستورية. يمكن لنا أن نذكر أيضا عدم دستورية القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٢٣ بشأن إنشاء المحكمة الدستورية العليا في ليبيا باعتباره لا يمثل أهداف المصلحة العامة التي تمليها المرحلة الانتقالية للبلاد وأكدت الدائرة الدستورية إن (إنشاء مجلس النواب المؤقت محكمة دستورية وتحويلها شرطاً

١ - الطعن الدستوري رقم ١ لسنة ١٩ ق، جلسة ١٠-٦-١٩٧٢، المحكمة العليا (أحكام المحكمة العليا بدوائرها مجتمعة)، نفس المرجع السابق، ص ١٣١.

٢ - الطعن الدستوري رقم ١٦ لسنة ٥٩ ق، جلسة ٢٥-١١-٢٠١٢، حكم غير منشور.



من الرقابة الدستورية بعد مصادره الشطر الآخر....، لهُ عملٌ لا الإعلان الدستوري يجيزه، ولا المرحلة الانتقالية تتطلبه. ولا ظروف البلاد الواقعية تمليه، ولا تسير حياة الأفراد في حاجة إليه. وهو لهذا لا يحق مصلحة حالة ولا محتملة اثناء هذه الحقبة الزمنية الصعبة (...). هذا الأمر ليس على إطلاقه فقد يحدث أن تستدعي المصلحة العامة التي يسعى إليها المشرع أن يصدر قانون خارج حدود رقابة القضاء الدستوري لأنه مرتبط بأعمال السيادة أو التعاون الخارجي أو تنفيذ لخطط التنمية والتطوير العمراني، وهو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي حينما أقر موقف السلطة التشريعية من خلال المادة 1-600 في قانون تخطيط المدن والتي تحرم على سبيل الاستثناء الطعن أمام المحاكم الإدارية في عدم قانونية المخططات الرئيسية أو خطط استخدام الأراضي أو وثائق التخطيط الحضري، وكان هذا مراعاة للخطر الناجم عن عدم الاستقرار القانوني في مسائل تخطيط المدن والاستقرار العمراني. أن العدالة الدستورية هي المخولة بتحديد الغاية التي يقصدها المشرع من إصدار القوانين (بالنظر لعدم فرض التسبب التشريعي) اعتماداً على المبادئ الدستورية للدولة، وهي وحدها المعنية بتقييم المصلحة العامة ووضعها في الوضع القانوني المناسب، الأمر الذي قد تتجاوز فيه العدالة الدستورية مسألة حقوق وحرية الأفراد سواء لاعتبارات أعمال السيادة أو الظروف الاستثنائية، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا متجاهلة العديد من حقوق الأفراد كحق التقاضي أو عدم احترام الأوضاع الدستورية في سن التشريعات أو حق الملكية أو حرية التعبير. في سياق حماية الحقوق والحريات من الانتهاكات التعسفية، فإن المشرع مدعو إلى تحديد أهداف المصلحة العامة بدقة، بما يمكن العدالة من مراقبة صحة التشريعات. ويترب على ذلك أن المصلحة العامة تعمل في هذا المجال كمعيار لتفسير النصوص، معيار للمتكمين، معيار للحظر، وفي النهاية معيار للرقابة. وكل ذلك في إطار العلاقة التي تربط بين المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات بمناسبة زيادة الحقوق ورفع الالتزامات على السلطتين التشريعية والتنفيذية.

١- الطعن الدستوري رقم ٥ لسنة ٧٠ ق، جلسة ٣١-٥-٢٠٢٣، منشور على موقع المحكمة العليا <https://supremecourt.gov.ly/wp-content/uploads/٢٠٢٣/٠٦/٥-٧٠-Hd.pdf>

٢- الطعن الدستوري رقم ٣ لسنة ١٩ ق، جلسة ٢٠-٣-١٩٧٦، المحكمة العليا (أحكام المحكمة العليا بدواؤها مجتمعة)، نفس المرجع السابق، ص ١٤١.

٣- الطعن الإداري رقم ١٥١ لسنة ٦٤ تاريخ ٢٦-٦-٢٠١٩ - <https://supremecourt.gov.ly/wp-content/uploads/٢٠١٩/٠٨/٦٤-١٥١he-.pdf>

٤- الطعن الدستوري رقم ٢ لسنة ٢٧ ق تاريخ ٦-١٢-١٩٨٠. الطعن الدستوري رقم ٣ لسنة ٦ ق، جلسة ٢٩-٢-١٩٦٤، المحكمة العليا (أحكام المحكمة العليا بدواؤها مجتمعة)، نفس المرجع السابق، ص ١٦١.

٥- قانون تخطيط المدن المؤرخ ٢١ كانون الثاني/يناير ١٩٩٤

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/١٩٩٤/٩٣٣٣٠DC.htm#wrapper-abstrats>

٦- الطعن الدستوري رقم ١ لسنة ١٤ ق جلسة ١٤-٦-١٩٧٠ - أحكام المحكمة العليا بدواؤها مجتمعة - منشورات المحكمة العليا ط ٢ - ص ١١٢.

٧- الطعن الدستوري رقم ٢ لسنة ٥ ق جلسة ١١-٢-١٩٦١، المحكمة العليا الليبية (أحكام المحكمة العليا بدواؤها مجتمعة)، منشورات المحكمة العليا، ط ٢، ٢٠٠٨، ص ٨٤.

٨- الطعن الدستوري رقم ٢ لسنة ٢٧ ق تاريخ ٦-١٢-١٩٨٠. الطعن الدستوري رقم ٣ لسنة ٦ ق، جلسة ٢٩-٢-١٩٦٤، المحكمة العليا (أحكام المحكمة العليا بدواؤها مجتمعة)، نفس المرجع السابق، ص ١٦١.

٩ Didier Truchet, La notion d'intérêt général : le point de vue d'un professeur de droit, LEGICOM ٢٠١٧/١, En ligne, pages ٥ à ١١, (N° ٥٨), <https://www.cairn.info/revue-legicom-2017-1-page-5.htm> (N° ٥٨), pages ٥ à ١١, le ٢٠٢٣-٦-٢٠٢٣.



### الخلاصة:

لعل القوة المثيرة للمصلحة العامة ودورها في حماية الحقوق الأساسية يمكن أن توحى بأن العدالة الدستورية قد اكتشفت أداة هائلة أمام تعسف المشرع والسلطة التنفيذية. ولأن المصلحة العامة لها دلالة سياسية بارزة على وجه التحديد، فإن القاضي يجب أن يكون حذراً في الرقابة التي يمارسها على الامتثال لهذا الشرط وخاصة أن مؤشرات المصلحة العامة في الدول التي تختلف فيها الأنظمة السياسية للدولة من فترة لأخرى بما يجعل التفاوت ملحوظ في مؤشرات المصلحة العامة.

يعتبر مفهوم المصلحة العامة من الوسائل الأكثر مرونة واستجابة لاحتياجات العدالة، خاصة إن كان هناك قصور في نصوص الدستور أو ضعف لتلبية متطلبات الحياة السياسية والاجتماعية. لهذا فإن تقدير المصلحة العامة باعتبارها حاکمة على دستورية القوانين وإن لم تتم الإشارة إليها صراحة في النصوص الدستورية، قد تكون الوسيلة الأكثر ايضاحاً وسهولة لتحقيق العدالة والتوازن بين طموحات الدولة وحقوق الأفراد.

إن مفهوم المصلحة العامة أكثر أهمية من أي وقت مضى بالنظر لتحديات الأزمة الدستورية التي تعيشها ليبيا والإسهال التشريعي الذي تشهده طيلة السنوات السابقة مع الاستمرار الإعلان الدستوري المؤقت والذي لا يحمل التغطية المناسبة لحماية الحقوق والحريات ومنع تعسف السلطتين التشريعية والتنفيذية وتداخل سلطاتهما. إن هذه المرحلة قد تحتاج إلى مفهوم يتسم بالمرونة ويحقق أهداف النظام العام ومتطلبات العدالة.

لعل الفكرة الأهم التي نخرج بها من هذا البحث هي ضرورة تقييد المشرع باعتبارات المصلحة العامة فإن كان الهدف من التشريع ليس له أهداف مصلحة وإنما هو خدمة لتكتل سياسي معين أو أغلبية حزبية مسيطرة على المجلس التشريعي كان من حق العدالة الدستورية أن تقف في وجه ما يصدر عن المشرع بالإلغاء. ولهذا نرى بإلزام المشرع، بتسبب القوانين الصادرة عنه لتوضيح (الدوافع) التي يجب ألا تخرج عن مقتضيات المصلحة العامة، وهو ما يخدم مبدأ سمو الدستور، ومنع تجاوز السلطات، وتفعيل دور الرقابة الدستورية.

### قائمة المراجع :

#### أولاً: المراجع العربية:

١. محمد عبد الله الحوراري، أصول القانون الإداري الليبي، المكتبة الجامعة، ط٧، ٢٠١٩.
٢. خليفة أحواس، القانون الإداري الليبي الحديث، مكتبة طرابلس العالمية، ط١، ٢٠١٩.
٣. رأفت فودة، مصادر المشروعية الإدارية ومنحيتها - دار النهضة العربية. ط١ - ١٩٩٤.
٤. سالم لكبتي، الدستور في ليبيا، دار الكتب الوطنية بنغازي، ٢٠١٢، ص ١٧٣ وما بعدها.



٥. عبد الرحمن أبو توتة، جمعة الزريقي، المحكمة العليا الليبية (مسيرة نصف قرن) منشورات المحكمة

العليا، ط١، ٢٠٠٧.

٦. مازن النهار، النظام العام والآداب العامة، بحث منشور بتاريخ ٣-١٢-٢٠٢١.

٧. المحكمة العليا الليبية (أحكام المحكمة العليا بدوائرها مجتمعة)، منشورات المحكمة العليا، ط٢،

٢٠٠٨.

٨. الموقع الرسمي للمحكمة العليا الليبية، أحدث المبادئ والطعون المختارة، تم الاطلاع : ١٦-٧-

<https://supremecourt.gov.ly/appeal-type> ٢٠٢٣

٩. الجريدة الرسمية، الموافق ٢٤-٤-٢٠١٦، السنة ٥، العدد ٤.

ثانيا : المراجع الأجنبية:

1- François SAINT BONNET , L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel, , En ligne 3-7-2023 <https://www.conseil-constitutionnel.fr>

2- Didier Ribes, À la recherche du Bien commun, Dans Les Cahiers Portalis 2017/1 (N° 4), pages 5 à 8, En ligne le 20- 6- 2023. <https://www.cairn.info> .

3- Jean-François Marchi, Bien commun et droit international , Dans Les Cahiers Portalis 2017/1 (N° 4), En ligne le 17-6-2023 . <https://www.cairn.info>

4- Guillaume MERLAND-L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ?- CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 16 (PRIX DE THÈSE 2003) - JUIN 2004, En ligne le 12-5-2023 <https://www.conseil-constitutionnel.fr>

5- Max Weber, Le savant et le politique, UGE, 1963, spéc.



- 6- Noëlle Lenoir, L'intérêt général, norme constitutionnelle ?, COLLOQUE DU VENDREDI 6 OCTOBRE 2006, En ligne 27-5-2023 <https://translate.google.com>
- 7- Rousseau, Dominique, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, 6e éd., 2001.
- 8-Philippe Malaurie, L'ordre public et le contrat (Les contrats contraires à l'ordre public). (Étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S.) ١٩٥٣, En ligne 11-7-2023 ,<https://books.google.com.ly>
- 9- Guillaume Drago , L'ordre public et la , Dans Archives de philosophie du droit 2015/1 (Tome 58), pages 199 à 214, En ligne 12-4-2023, <https://www.cairn.info>
- 10- Jean –marie Pontier, Bien commun et intérêt général, Les Cahiers Portalis 2017/1 (N° 4), pages 33 à 52, En ligne le 7-6-2023 <https://www.cairn.info>
- 11- Didier Truchet , La notion d'intérêt général : le point de vue d'un professeur de droit , LEGICOM 2017/1 (N° 58 ,En ligne le 30-6-2023. <https://www.cairn.info>



## حقوق الموظفة في ظل قانون علاقات العمل

### دراسة تحليلية نقدية

## The Rights of the Female Employee Under the Labor Law Terms

د. خلود خالد بيوض

أستاذ مساعد بكلية القانون / جامعة طرابلس

### ملخص:

موضوع البحث هو مدى كفاية تنظيم حقوق الموظفة في ظل قانون علاقات العمل، الذي تناول بالتنظيم ثلاث أنظمة للعمل وهي الوظيفة العامة وعقد العمل والشراكة، الأمر الذي خرج به المشرع الليبي عن المألوف سواء في الداخل أو الأنظمة القانونية المقارنة التي لم تعرف هذا الشكل من الدمج بين أنظمة تخضع للقانون العام، وأخرى للقانون الخاص.

وتم الانطلاق لدراسة موضوع البحث بعد قراءة متأنية لنصوص القانون، وهنا وجب التنويه إلى أن قانون علاقات العمل انطلق من مبدأ المساواة بين الجنسين في الالتزامات والحقوق، مما قد يبدو معه دراسة الموضوع نوع من الرفاهية ليست ذات أثر إلا أنه تبين مع البحث والدراسة أنه توجد حقوق مساوية للموظف الذكر لكن في التطبيق العملي قد تثير إشكالية، فتم الانتقال في موضوعات البحث وفقا لهذه الإشكاليات، أما المبحث الثاني فتم فيه التعرض للكيفية التي تم بها معالجة رعاية الامومة وأثارها .

### Abstract:

The subject of the research is the adequacy of regulating the rights of the female employee under the Labor Relations Law, which deals with the regulation of three labor systems, namely the public job, the employment contract, and the partnership, which the Libyan legislator departed from the norm, whether at home or in comparative legal systems that did not know this form of integration between Systems subject to public law, and others to private law.

The study of the research topic was launched after a careful reading of the texts of the law.

Here, it must be noted that the Labor Relations Law is based on the principle of equality between the sexes in obligations and rights. Studying the subject may seem like a kind of luxury that has no effect. However, it became clear with research and study that there are equal rights for the male employee, but in practical application it may raise a problem. The research topics were moved according to these problems, while the second section dealt with the manner in which maternity care and its effects were addressed.





## مقدمة:

يسري قانون علاقات العمل بحسب ما نصت عليه المادة الرابعة من القانون على جميع علاقات العمل، حيث تقضي بأن «تسري أحكام هذا القانون على جميع علاقات العمل بليبيا سواء كانت علاقة لائحية أو تعاقدية أو المشاركة...».

فالقانون جمع بين طياته ثلاث أنظمة قانونية، هي الوظيفة العامة، والمشاركة، وعقد العمل. ومن هنا جاءت تسميته بقانون علاقات العمل، فهي القاسم المشترك الوحيد بين الأنظمة المذكورة التي تختلف حكماً وأثراً.

والقانون وإن نظم هذه الأشكال المختلفة لعلاقات العمل المعمول بها في البلاد، إلا أنه زواج في الأحكام، ولم يتبن نظاماً قانونياً واحداً، لحكم علاقة الموظفين العموميين والعمال والشركاء، برغم جمعه للنصوص في متن قانون واحد. وهذا ما تؤكد عبارات ومضامين نصوص القانون بدءاً من المادة الخامسة التي تضمنت النص على التعريفات، حيث فرقت بين الوظيفة العامة، وعقد العمل، والشراكة<sup>(١)</sup>.

حيث قسم القانون إلى أبواب منها ما تضمن أحكاماً عامة تسري على جميع أنماط علاقات العمل سواء في إطار القانون العام أو الخاص.

حيث تضمن الباب الأول أحكاماً عامة مشتركة، نظمت عدة موضوعات في ستة فصول وهي على التوالي:

مكاتب التشغيل، ونظام العمل والاستخدام

، وتشغيل النساء والأحداث، والإجراءات، والرعاية الصحية والاجتماعية وانتهاء الخدمة.

فهذه الأحكام تسري على الموظفين والعمال والشركاء التي وحد فيها المشرع الأحكام القانونية لجميع الفئات

العاملة.

أما الباب الثاني فقد تضمن تنظيم أحكام الشركاء، الذي جاء تحت عنوان علاقات الشراكة في المواد ٥٤-

٦٦.

في حين تضمن الباب الثالث العلاقات التعاقدية في المواد ٦٧-١٢١ في ست فصول وأفرد الباب الرابع

لتنظيم العلاقات اللائحية في المواد ١٢٢-١٨٣ في ثمانية فصول.

وهذا ما يدعو للتساؤل لم جمع المشرع جميع أنماط العمل في قانون واحد؟ على غير المألوف والمعتاد في

الأنظمة القانونية؟

وبقراءة متأنية لنصوص القانون لم تظهر حكمة هذا الجمع إلا في توحيد بعض الأحكام القانونية التي تضمنها

الباب الأول على الوجه الذي تم بيانه.

وفيما عدا ذلك فإن لكل علاقة عمل نظامها القانوني المستقل.

عزف المشرع في المادة المذكورة الوحدة الإدارية بأنها الشخص الاعتباري العام الذي ينشئه مجلس النواب، وعرف الوظيفة بأنها "مجموعة من الاختصاصات والواجبات والمسؤوليات والصلاحيات لها رقم بملاك الوحدة الإدارية"، وعرف العمل بأنه "كل جهد ذهني أو عضلي لقاء مقابل سواء بشكل دائم أو مؤقت، وعرف العامل "كل شخص طبيعي يلتزم ببذل جهد تحت إشراف ورقابة جهة العمل لقاء مقابل سواء كان حصة في الإنتاج أو مبلغاً مالياً"، كما عرف الوحدة الاقتصادية". بأنها "الهيكلة الذي يؤسس الشركاء ويمارسون فيها نشاطهم الاقتصادي سواء كانت تشاركية أو شركة أو مصنع أو غيرها" والشريك "هو كل شخص طبيعي يساهم بجهد أو بماله وجهده في وحده اقتصادية".



وانطلق البحث حول مدى كفاية تنظيم حقوق الموظفة في ظل قانون علاقات العمل، فتم تقسيم الخطة وفقاً لما تم الوقوف عليه عند دراسة القانون، والاطلاع على نقاط الضعف فيه المتعلقة بإقرار هذه الحقوق، ذلك أن منطلق القانون الرئيس هو المساواة بين الجنسين، ما يعني أن حقوق الموظفة لا تختلف عن نظيرها الرجل في إطار الوظيفة العامة، تطبيقاً للأساس الذي وضعه المشرع في المساواة بين الموظفين في الحقوق والالتزامات والمحظورات وساعات العمل ومقابل العمل، وكافة ما ينبثق عن الوظيفة من آثار، يتم العمل بمقتضى شروطها وأحوالها المنصوص عليها. فتم تقسيم الموضوع على هذا الأساس، بعد التعرف على بعض العيوب التي شابت القانون، والتي تمس الجانب العملي التطبيقي في جزء منها، فكان لزاماً التدخل التشريعي لتعديلها لتكون الموظفة في حماية كاملة. وتم الاعتماد على المنهج التحليلي في هذا البحث ليؤتي ثماره المرجوة، والمقارنة بتشريعات الدول العربية ما أمكن للوصول إلى أفضل صيغة يمكن أن تطال القانون بشكله الحالي وذلك وفق الخطة الآتية:

#### المبحث الأول: المسائل المتعلقة بشغل الوظائف وما يتفرغ عنها من حقوق.

**المطلب الأول:** ما يتعلق بشغل الوظيفة وآثارها في الالتزام بعدم القيام بمحظوراتها.

الفرع الأول: مبدأ المساواة وتطبيقاته.

الفرع الثاني: أحقية المرأة في تولي وظائف الإدارة العليا.

الفرع الثالث: حظر التحرش الجنسي.

**المطلب الثاني:** تنظيم تشغيل النساء في القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠.

الفرع الأول: الأعمال التي لا تناسب طبيعة النساء.

الفرع الثاني: أنظمة تشغيل النساء وفق القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠.

الفرع الثالث: الحقوق المالية المترتبة على أداء الوظيفة.

**المبحث الثاني: الأحكام الخاصة بالموظفة نظراً لطبيعتها البيولوجية.**

**المطلب الأول:** إجازات الأمومة والآثار المترتبة عنها.

الفرع الأول: إجازة الحمل والوضع.

الفرع الثاني: إعانة الأمومة النقدية والطبية.

الفرع الثالث: إجازة الرضاع.

الفرع الرابع: رعاية الأطفال.

الفرع الخامس: توفير دور رعاية الأطفال.

**المطلب الثاني:** نظام الإجازات الأخرى الخاصة بالموظفة وانتهاء الخدمة.

الفرع الأول: الإجازة المرضية.

الفرع الثاني: الإجازة بدون مرتب.

الفرع الثالث: إجازة المرافقة.

الفرع الرابع: إجازة العدة.

الفرع الخامس: سن التقاعد.



## المبحث الأول: المسائل المتعلقة بشغل الوظيفة وما يتفرع عنها من حقوق.

إن ضمان وصول المرأة للوظائف العامة، هي الأساس الذي ينطلق منه أي قانون يعنى بتنظيم الوظائف ليرسخ مساواة قانونية بين مكونات المجتمع، وسيتم في هذا المبحث التعرض لموقف القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ ولائحته التنفيذية، وتناوله بالتحليل وفق الآتي:

### المطلب الأول: ما يتعلق بشغل الوظيفة وآثاره في الالتزام بعدم القيام بمحظوراتها.

شغل الوظائف يخضع لمبدأ المساواة الذي كرسه الإعلانات الدولية<sup>(١)</sup> والاتفاقيات الدولية<sup>(٢)</sup>، والمبادئ الدستورية الداخلية<sup>(٣)</sup>، وهذا ما سوف يتم تناوله وفقاً لما نص عليه القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠.

### الفرع الأول: مبدأ المساواة وتطبيقاته.

يتصدر مبدأ المساواة القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠، الذي نص في مادته الثانية "العمل في ليبيا حق لكل المواطنين ذكوراً وإناً وواجب عليهم يقوم على مبدأ المساواة في الاستخدام بينهم وبين غيرهم من الأجانب المقيمين بليبيا إقامة قانونية ويجرم تجرماً باتاً الجبر والسخره ومظاهر الظلم والاستغلال". وجاء القانون رقم ١٢ متضمناً صوراً للمساواة تمثلت في المساواة في التشغيل، أي التعيين، وفي مبدأ تكافؤ الفرص.

### أولاً: المساواة في التعيين.

تتحقق المساواة بتطبيق ذات الضوابط على جميع الأفراد سواء كانوا ذكوراً أو إناث عند الترشح للوظيفة، وهذه الضوابط جاءت على ذكرها المادة ٣ من القانون التي تنص على أنه "يكون شغل الوظائف والمهن بكافة مواقع العمل والإنتاج على أساس مبدأ الكفاءة والجدارة والمقدرة والاستحقاق ويعتمد الاختيار بين المترشحين على النزاهة والشفافية والعدالة ويجرم المحاباة أو التمييز بسبب الانتماء النقابي أو الأصل الاجتماعي أو أية روابط تمييزية أخرى".

تنص دياحة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان "عادت شعوب الأمم المتحدة تأكيد إيمانها بحقوق الإنسان الأساسية ويتساوى الرجال والنساء في الحقوق"، وتنص المادة الأولى من الميثاق "يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق"، والمادة الثانية تقضي بأنه "لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات دونما تمييز من أي نوع ولا سيما بسبب اللون أو الجنس"، كما نص على المساواة في شغل الوظائف العامة في المادة ٢١ فقرة ٢ "لكل شخص بالتساوي مع الآخرين حق تقلد الوظائف العامة في بلده"، والمادة ٢٣ من الإعلان فقرة (أ) تنص على أنه لكل شخص حق العمل.. وفي حرية اختيار عمله كما نص العهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في المادة ٢ فقرة ٢ "تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بأن تضمن جعل ممارسة الحقوق المنصوص عليها في هذا العهد بريفة من أي تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس..."، وتنص المادة ٣ على أنه "تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بضمان مساواة الذكور والإناث في التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المنصوص عليها في هذا الإعلان.

تنص اتفاقية منع التمييز العنصري ضد المرأة في مادتها الثانية فقرة د "تشجع الدول الأطراف جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة... وتتعهد بالقيام بما يلي... الامتناع عن الاضطلاع بأي عمل أو ممارسة تمييزية ضد المرأة وكفالة وتصرف السلطات والمؤسسات العامة بما يتفق مع هذا الالتزام [www.OHCHR.org](http://www.OHCHR.org) والمجدير ذكره أن جمهورية مصر العربية قد أنشأت وحدة متابعة لتنفيذ هذه الاتفاقية، حول هذا الموضوع انظر التقرير الوطني لجمهورية مصر العربية، بكين +٢٠، المجلس القومي للمرأة، مايو ٢٠١٤، ص ٨. فالمساواة أساس أسندت إليه دستاير مصر المتتالية، كما تم إنشاء وحدات تكافؤ الفرص بالوزارات وظيفتها التأكيد على المساواة الدستورية بين الرجل والمرأة في مجال العمل والتصدي لأي ممارسات تمييزية وتوفير برامج التوعية القانونية لحقوق المرأة العاملة، نفس المرجع السابق، ص ٦.

تنص الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في الفقرة (أ) منها "يضمن المجتمع الجماهيري حق العمل، فالعمل واجب وحق لكل فرد في حدود جهده...". كما تنص الفقرة (٢١) "أن أبناء المجتمع الجماهيري متساوون رجالاً ونساء في كل ما هو إنساني، ولأن التفريق في الحقوق بين الرجل والمرأة ظلم صارخ ليس له ما يبرره...". كما نص قانون تعزيز الحرية لسنة ١٩٩٠ في المادة ١ منه على أن "المواطنون في الجماهيرية العظمى ذكوراً وإناثاً أحرار متساوون في الحقوق ولا يجوز المساس بحقوقهم". وكذلك الإعلان الدستوري لسنة ٢٠١١ في مادته الثامنة.



وإذا كانت معايير النزاهة والشفافية والعدالة وتحريم المحاباة والتمييز التي جاء النص على ذكرها واضحة جلية، حيث تصب جميع هذه المعايير في مصلحة مبدأ المساواة بين المترشحين في التقديم وعند الاختيار. أما الكفاءة والجدارة والاستحقاق فتأتي كمترادفات بنفس المعنى تقريباً في قواميس اللغة<sup>(١)</sup>، وهذا ربما يزيد من المشرع ليؤكد بما لا يدع مجالاً للاجتهاد لجهة الإدارة عند قبول المترشحين أو بعضهم بأن وضع معياراً واضحاً في الدلالة على كيفية اختيار المترشحين أو بعضهم تحقيقاً للمساواة.

وقد نص على هذا المبدأ في مشروع الدستور<sup>(٢)</sup>، ونصت المادة ١٢٦ من القانون رقم ١٢ على أنه "يكون شغل الوظائف الشاغرة بملاكات الوحدات الإدارية بطريق التعيين أو التعاقد أو الترقية أو الندب أو الإعارة أو النقل" كما تنص المادة ١٣٠ من نفس القانون على أنه "مع مراعاة أحكام المادة ١٢٨ من هذا القانون يراعى عند شغل الوظائف لأول مرة القواعد التالية:

١- لا يجوز لشغل إحدى الوظائف الشاغرة بالملاك الوظيفي إلا إذا تعذر شغلها عن طريق نقل أو ندب موظف من ذات الجهة أو ترقية موظف تتوفر فيه شروط الترقية" وبذلك يكون المشرع قد حدد طرق شغل الوظائف العامة، إما بالتعيين، ويكون ذلك لشغل الوظيفة لأول مرة، بإعمال كافة الضوابط الموضوعية المحيطة باختيار المترشحين، أو بطريق التعاقد، وهذا مقرر لشغل وظائف الإدارة العليا، أو الترقية أو الندب أو الإعارة أو النقل حسب المقتضى داخل الوحدة الإدارية عند وجود أي وظيفة شاغرة أو خارجها.

وهذا يعني إعمال إحدى الأوضاع القانونية المناسبة لشغل الوظائف الشاغرة، وحسب الملاك الوظيفي وأعداد الموظفين داخل الوحدات الإدارية<sup>(٣)</sup>.

٣

ورد في لسان العرب حول معنى الجدارة، هو جدير بكذا وكذا أي خليق له، والجمع جديرون وجدراء، والأثنى جديرة، وقد جدر جدارة، وأنه لجدرة أن يفعل وكذلك الاثنان والجمع وأنها لجدرة بذلك وبأن تفعل ذلك، وكذلك الاثنان والجمع وجدير أن يفعل ذلك وأتقما لجديران.

والكفاءة: كفاءه عن الشيء مكافأة وكافأه جزاءه، والكفاء النظر، وكذلك الكفاء والكفوء والمصدر الكفاءة، وتقول لا كفاء له بالكسر وهو في الأصل مصدر أي لا نظير له، والكفاء النظر والمسار، وتكافأ الشيطان تماثلاً، حرف الجيم ص ٤٤٣، حرف الكاف ص ٤٠٧ الجزء ١٣، أما الاستحقاق فقد ورد في معجم المعاني الجامع بأنه جمع استحقاقات المصدر استحق، نجح باستحقاق بجدارة، واستحقاق الدين وقت سداه، بدون استحقاق، بدون وجه حق.

[www.almaany.com](http://www.almaany.com)

تنص المادة ٢٢ من مشروع الدستور على أنه ".... يكون تولي الوظائف العامة بين كافة الليبيين وفق معايير الاستحقاق والجدارة ويحدد القانون مرتبات الموظفين وفق ضوابط الكفاءة والمسؤولية والتدرج الوظيفي ومتطلبات الحياة الكريمة...". بالرغم من أن النص على تحديد المرتب وفق الكفاءة قد يبدو متعذر التطبيق العملي، إذ أن المرتبات تدرج في الميزانية حسب تقسيم الوظائف، وليس كفاءة الموظفين في القيام بأعمالهم، فالكفاءة معيار شخصي يصعب الأخذ به في مسألة عامة كتحديد المرتبات. ذهب رأي في الفقه الليبي، وفي مصاف التعليق على هذه المادة إلى أن المشرع قد ساوى بين التعيين والتعاقد والترقية والندب والإعارة والنقل، وجعلها جميعاً وسائل أصلية لشغل الوظائف العامة بالرغم من اختلاف أوصافها القانونية وما يترتب عنها من أوضاع، أ. وسيلة محمد خليفة عدس، بحث بعنوان قراءة نقدية لنصوص القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ بشأن إصدار قانون علاقات العمل الصادر في ليبيا، مجلة جامعة طرابلس، ٢٠١٧-٢٠١٨، ص ٢١.

وهذا التفسير كما يبدو ليس مقصود المشرع حسب النص الذي سبق ذكره، والذي اعتبر التعداد الوارد طريق لشغل الوظائف العامة عند وجود وظيفة شاغرة، وليس التعيين لأول مرة، لأنه لا يمكن أن يحدث إلا وفق الضوابط التي تم النص عليها.

ويعزز هذه الوجهة من النظر ما نصت عليه المادة ١٢٨ من القانون التي أكدت على عدم جواز شغل الوظائف الشاغرة بالملاك الوظيفي إلا إذا تعذر شغلها عن طريق نقل أو ندب موظف أو ترقبته إذا توفرت فيه شروط الترقية، وذلك لتخفيف العبء على القطاع العام الذي يشهد أعداداً متزايدة للموظفين العموميين على حساب جودة الأداء، ذلك أن الأوضاع المذكورة لا تسري إلا على موظفين سبق تعيينهم، لحل مشكلة أي فراغ وظيفي داخل الوحدات الإدارية على وجه السرعة، وبأقل تكلفة، ويتبقى رائد الإدارة في النقل والندب والإعارة محكوماً باعتبارها المصلحة العامة تحت رقابة دوائر القضاء الإداري.



### الفرع الثاني: أحقية المرأة في تولي وظائف الإدارة العليا.

يقوم مبدأ تكافؤ الفرص على الإنصاف وعدم التمييز في كافة المجالات من خلال مراعاة الاحتياجات والكفاءة، وهذا المبدأ منصوص عليه في مشروع الدستور<sup>(١)</sup>، فمبدأ تكافؤ الفرص مقصده منح جميع الموظفين فرص التدريب والتطوير وتقلد المناصب على أساس موضوعي، والسؤال الذي يطرح هنا: هل يمكن أن نجد تطبيقاً يتعلق بالمبدأ في القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ ذي علاقة بالمرأة؟ أو هل يمكن للمرأة تولي مناصب الإدارة العليا تطبيقاً لهذا المبدأ؟

بالنظر لنص المادة الثانية من القانون التي أكدت على المساواة في الاستخدام، ولنص المادة ٢٤ من القانون التي تقضي "لا يجوز تشغيل النساء في الأعمال التي لا تتناسب وطبيعة المرأة التي يصدر بتحديدتها قرار من اللجنة الشعبية العامة سابقاً، ولا يجوز تمييز الرجال على النساء في المعاملة والاستخدام"<sup>(٢)</sup>.

وأيضاً تنص المادة ٣ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠<sup>(٣)</sup>، التي تنص على أنه "العمل لحق للمرأة القادرة عليه تجاه المجتمع ولها الحق في مزاولة كافة الأعمال والوظائف كما لها الحق في التمتع بكافة فرص التدريب التي تتطلبها مزاولة هذه الأعمال والوظائف".

وهذا التفسير يتماشى مع مبدأ الوظيفة تكليف وليست تشريف، الذي نصت عليه المادة ١٢٢ من القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ بالقول "الوظيفة العامة تكليف للقائمين بها وواجبهم أن يقوموا بأعمالهم بكل جد وإتقان وأن يسلكوا في تصرفاتهم مسلماً يتفق مع الدين والخلق والكرامة وأن يكون رائدهم في القيام بأعمالهم خدمة المواطنين وتحقيق المصلحة العامة...".

وانطلاقاً من النصوص السابقة، يمكن للموظفة تولي مناصب الإدارة العليا، طالما كانت هذه الوظيفة تناسب طبيعتها بحسب ما نص عليه القانون على الوجه السالف بيانه<sup>(٤)</sup>.

والذي يلاحظ أنه لم يحدد ما هو العمل الذي لا يناسب طبيعة المرأة، خاصة مع دخول المرأة كافة مجالات الوظيفة العامة، التي كانت قبل زمن حكرًا على الرجال.

وغالب الرأي أنه سيكون طبعاً لما يحدده القانون بغض النظر عن العرف، وهذا ما سوف يتم تناوله لاحقاً عند دراسة موضوع تشغيل النساء، وفي هذا السياق تنص المادة ١٢٤ من القانون التي قسمت الوظائف بالنص على

تنص الفقرة الثانية للمادة ١ من التعديل الدستوري رقم ٥ لسنة ٢٠١٣، على أنه الليبيون سواء أمام القانون ومتساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفي تكافؤ الفرص، كما نص مشروع الدستور في المادة ٢١ منه على أن "تكافؤ الفرص مكفول للمواطنين والمواطنات وتعمل الدولة على اتخاذ التدابير اللازمة لتحقيق ذلك"، كما نصت المادة ٥٨ على أن "النساء شقائق الرجال وتلتزم الدولة بدعم ورعاية المرأة وسن القوانين التي تكفل حمايتها ورفع مكانتها في المجتمع والقضاء على الثقافة السلبية والعادات الاجتماعية التي تنتقص من كرامتها ومنع التمييز ضدها وإتاحة الفرص أمامها في المجالات كافة وتتنفذ التدابير اللازمة لدعم حقوقها المكتسبة".

ينص قانون تعزيز الحرية في المادة ٢٨ منه "للمرأة الحق في العمل الذي يناسبها وإلا توضع في موضع يضطرها للعمل، بما لا يناسب طبيعتها".

صدرت اللائحة بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم ٥٩٥ لعام ٢٠١٠، موسوعة التشريعات، سنة ١١، العدد ٢.

الجدير بالذكر إلى أن قانون نظام القضاء كان يمنع تولي المرأة منصب القضاء إلى حين تعديله في عام ١٩٨٩، بموجب القانون رقم ٨ الذي نص في مادته الأولى "يحق للمرأة تولي وظائف القضاء والنيابة العامة وإدارة القضايا = بالشروط المقررة، ذاتها بالنسبة للرجل"، ونصت المادة الثانية من القانون على إلغاء كل حكم يخالف لهذا القانون، وهذا التوجه التشريعي ليس مقصور على ليبيا فقط، بل حتى في مصر، حيث صدر قرار جمهوري في عام ٢٠٠٣ بتعيين أول قاضية، بمنصب رئيس المحكمة الدستورية العليا، وقرار آخر في ٢٠٠٥ بتعيين ٣٠ قاضية وفي عام ٢٠٠٨ تم تعيين ١٢ قاضية، والقبول لازال مغلقاً أمام وصول المرأة إلى منصة قضاء مجلس الدولة الذي رفضت جمعيتها العمومية في ٢٠٠٥ قبول عضوية المرأة فيه، انظر في ذلك التقرير الوطني لجمهورية مصر العربية، بكين + ٢٠، مرجع سبق ذكره ص ٤، ص ٢٥، ويشار هنا إلى أن الدستور المصري لسنة ٢٠١٤، كفل للمرأة حقها في تولي الوظائف العامة، ووظائف الإدارة العليا، المواد (٩-١١-١٧-٢٧-٥٣).



أنه "تحدد وظائف الإدارة العليا وشروط تقلدها ونظام تقييم أداء شاغليها بقرار يصدر عن اللجنة الشعبية العامة سابقاً بناء على اقتراح من الجهة المختصة" الاعتبار في تقسيم الوظيفة المرجع فيه إلى التشريعات فيما إذا كانت وظيفة إدارة عليا أم دونها، وعند تحديد هذه الوظائف يتم النص على شروط تقلدها، وكيفية إخضاع القائمين بها لتقييم الأداء.

وأجازت المادة ١٢٧ من القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ التعاقد لشغل وظائف الإدارة العليا<sup>(١)</sup>.

أما المادة ١٣٠ فقد وضعت ضوابط شغل هذه الوظائف، حيث تنص على أن "مع مراعاة أحكام المادة ١٢٨ من هذا القانون يراعى عند شغل الوظائف لأول مرة.... ٢- يكون شغل وظائف الإدارة العليا بمراعاة الأقدمية ثم المفاضلة بين المؤهلات العلمية والتدريبية والخبرات والصلاحيات لشغل الوظيفة ومن ذات المجموعة الوظيفية وإذا كان المراد شغله لإحدى وظائف الإدارة العليا غير الموظفين بالوحدة الإدارية فيجب أن يكون من بين الحاصلين على مؤهل جامعي أو ما يعادله ولديه خبرة عملية لمدة عشر سنوات على الأقل تالية للحصول على المؤهل".

وبذلك فالمشرع وضع معاييرًا لشغل وظائف الإدارة العليا بمراعاة الأقدمية ثم المفاضلة بين مؤهلات المترشحين العلمية والتدريبية، والخبرة أو الصلاحية لشغل الوظيفة.

ويجب مراعاتها بالترتيب، كما وضع النص ضابطاً آخر في حال كان الموظف من خارج الوحدة الإدارية التي سيشغل بها منصب إداري، فيجب أن يكون متحصلاً على مؤهل جامعي أو ما يعادله وهذا النص لم يعد يتماشى في الوقت الحالي، إذ بات المؤهل الجامعي أمر ضروري لا مناص منه، إن لم تكن الحاجة تتطلب ما هو أكثر من ذلك، خاصة مع اتساع المؤسسات التعليمية داخل البلاد، أو الإيفاد للخارج لمنح والحصول على درجتي الإجازة العليا والدقيقة، وتزايد أعداد المتحصّلين عليها، وبالتالي يجب اشتراط المؤهلات العليا لوظائف الإدارة العليا.

مع ملاحظة أن شاغلي وظائف الإدارة العليا لا يخضعون لفترة اختبار بحسب ما نصت عليه المادة ١٣٥. وعدم التمييز ضد المرأة يفرض عدم التعرض لها، بالإضافة إلى عدم تفضيل الرجل عليها، والذي سيتم تناوله في حظر التحرش الجنسي كأحد المحظورات التي نص عليها القانون.

### الفرع الثالث: حظر التحرش الجنسي.

مما يحسب للقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ نصه على حظر التحرش الجنسي<sup>(٢)</sup>، الذي يعتبر انتهاكاً لحقوق الإنسان، ومن أشكال التمييز المتصلة بالصحة والسلامة ويهين كرامة الموظف<sup>(٣)</sup>. وتضمنت المادة ١٢ من القانون النص على أنه "يحظر على العامل أو الموظف أن يقوم بالذات أو بالواسطة بأي عمل من الأعمال المحظورة، أو المحرمة بمقتضى القوانين واللوائح أو الأنظمة المعمول بها وبوجه خاص: ١٠- القيام أو التحريض على القيام بأي فعل يعد من قبيل أفعال التحرش الجنسي".

تنص المادة ١٢٧ على أنه "يجوز أن يتم شغل بعض المجموعات الوظيفية النوعية المحددة بالمادة ١٢٤ من هذا القانون بما فيها وظائف الإدارة العليا بطريق التعاقد طبقاً للإلحاح تصدر في هذا الشأن عن اللجنة الشعبية العامة بناء على اقتراح من الجهة المختصة تحدد فيها مرتباتهم وشروط استخدامهم والمجموعات الوظيفية التي تطبق بشأنها على ألا يتعارض مع أحكام هذا الباب ويجوز أن تقوم الوحدات الإدارية بالتعاقد مع مكاتب أو شركات متخصصة للقيام بالخدمات العامة كأعمال الطباعة وأمانة السر وتشغيل الحاسوب والأعمال الفنية وأعمال النظافة والمقاهي وغيرها وفقاً للضوابط التي تحددها اللجنة الشعبية العامة".

التحرش الجنسي في بيئة العمل كناية عن أي سلوك أو تقرب جنسي شهوي أو جسدي لا يكون مرحباً به ويرتدي طبيعة جنسية ويعتبر قبوله صراحة أو ضمناً شرطاً لقرارات تصب في مصلحة المستخدم أو يقضي إلى التدخل بشكل غير مسوغ في أداء الفرد المهني أو خلق بيئة تهيبة أو معادية أو استغلالية أو هجومية ويمكن أن يكون إهانات ملاحظات، نكت، أو تلميحات ذات طبيعة جنسية، وتعليقات غير مناسبة على لباس الشخص أو شكله أو سنه أو وضعه العائلي، أو اتصال جسدي غير مرغوب فيه وغير ضروري مثل اللمس والمداعبة والقرص والاعتداء، أو ملاحظات مركبة وتحرش شهوي ونظرات وإهانات شهوانية متصلة بالحياة الجنسية، أو دعوات مثيرة للشبهات أو طلب أداء خدمة جنسية، أو تهديدات صريحة بالفصل أو رفض ترقية في حال عدم أداء الخدمات الجنسية، ألقاب حقوق المرأة العاملة والمساواة بين الجنسين، مكتب العمل الدولي، جنيف- الطبعة الثانية، ص ٤٦.

نفس المرجع السابق، ص ٤٦.





ويلاحظ على النص أنه جاء مقتضباً فلم يعرف التحرش، كما ذهب لذلك بعض القوانين<sup>(١)</sup>، أو يحدد الأفعال التي تعد من قبيل التحرش الجنسي<sup>(٢)</sup>.

إلا أنه يجب أن تمتد للأقوال والأفعال معاً، والنص هنا لا يخص النساء الموظفات وحدهن، وإنما تمتد الحماية لجميع الموظفين على حد سواء، إلا أن الغالب أن ضحية التحرش الجنسي يكون من النساء، كما نصت المادة ٤٦ من القانون على أنه "يجب على جهة العمل أن تتخذ جميع التدابير اللازمة لحماية وسلامة وصحة العاملين والموظفين لدى قيامهم بالأعمال التي يكلفون بها تحت إشرافها وأن تسهر على مراعاة حسن السلوك والأخلاق الحميدة وعلى استتباب الأمن والآداب داخل المؤسسة..."

كما أنه تطبيقاً للقواعد العامة فإن تأديب الموظف إدارياً لوقوع مخالفة أو محذور نص عليه القانون، لا يخل بتوقيع الجزاءات الجنائية عند الاقتضاء.

وهذا ما نصت عليه المادة ١٥٥ من القانون "كل موظف يخالف أحد الواجبات أو يرتكب أحد المحظورات المنصوص عليها في هذا القانون أو يخرج على مقتضى الواجب يعاقب بإحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون وذلك مع عدم الإخلال بحق إقامة الدعوى المدنية أو الجنائية ضده عند الاقتضاء".

فإذا كان وصف العمل الذي قام به الموظف يعد جريمة يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في المادة ٤٢٠ مكرر من قانون العقوبات الليبي وفقاً لأصول المحاكمات الجزائية<sup>(٣)</sup>.

وما يجب أن ينص عليه المشرع في القانون هو كفالة إجراءات التظلم السرية التي توفر الحماية من الثأر، وتشكل سبباً في تحفيز من وقع عليه التحرش في التبليغ عنها.

بالإضافة إلى القيام بحملات توعوية لمكافحة التحرش والتبصير بمخاطره، فهو من الأفعال التي تمس كرامة وهيبة الوظيفة التي يجب على الموظف أو العاملين بالجهاز الإداري الامتناع عنها<sup>(٤)</sup>.

### المطلب الثاني: تنظيم تشغيل النساء في القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠.

نظم القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ تشغيل النساء في الفصل الثالث من الباب الأول، وهي أحكام عامة تسري على النساء العاملات في إطار القانون العام والخاص أي العاملات والموظفات وفي الوحدات الاقتصادية. وسيتم تناول هذا المطلب من خلال الأحكام الخاصة بتشغيل النساء وذلك كما يلي:

نص القانون العراقي الجديد للعمل على أن مفهوم التحرش الجنسي يقصد به "أي سلوك جسدي أو شفهي ذو طبيعة جنسية أو أي سلوك آخر يستند إلى الجنس ويهين كرامة النساء والرجال ويكون غير مرغوب فيه وغير معقول ومهيناً لمن يتلقاه ويؤدي به إلى رفض أي شخص أو عدم خضوعه لهذا السلوك صراحة أو ضمناً لاتخاذ قرار يؤثر على وظيفته". منشور على [simaetbatha.vercel.app](http://simaetbatha.vercel.app)

ينص قانون العمل المصري "... الامتناع عن كافة صور التحرش الجنسي من أقوال أو أفعال أو إيماءات مناوئة للحياة سواء بشكل مباشر أو مستتر" ويلاحظ أن النص يحظر التحرش قد ورد في قوانين العمل وليس الخدمة المدنية ربما السبب في ذلك بيئة العمل المختلفة في كليهما. منشور على موقع [manpower.gov.eg](http://manpower.gov.eg).

نص المادة ٤٢٠ مكرر من قانون العقوبات الليبي "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ستة أشهر كل من تعرض لأنتى على وجه يחדش حياها بالقول أو الفعل أو الإشارة في طريق عام أو مكان مغلق وكل من حرض المارة على الفسق بإشارات أو أقوال أو أفعال وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن شهرين ولا تزيد على ستة أشهر إذا عاد الجاني إلى ارتكاب جريمة من نفس الجرائم المشار إليها في الفقرة السابقة خلال سنة من تاريخ الحكم عليه ولا يجوز في هذه الحالة الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة المحكوم بها".

نص القانون على الالتزام بالمحافظة على كرامة الوظيفة في المادة ١١ منه فقرة ١٢ "أن يحافظ على شرف المهنة وكرامتها ويلتزم بأخلاقياتها، وهذا الالتزام هو ما تنص عليه أغلب قوانين الخدمة المدنية، انظر م ٥٨ من قانون الخدمة المدنية المصري على سبيل المثال.





### الفرع الأول : الأعمال التي لاتناسب طبيعة النساء .

كما سبق القول تضمنت المادة ٢٤ من القانون النص على عدم جواز تشغيل النساء في الأعمال غير المناسبة لطبيعتهن، ويلاحظ على النص أنه وضع حكماً مرناً، يمكن تفسيره بشكل مختلف عند التطبيق من إدارة لأخرى، فتارة توسع الإدارة في التفسير وأخرى تضيق إعمالاً لسلطتها التقديرية، لذا فالأفضل أن يضع المشرع حدوداً للنص بحيث لا يترك للإدارة التي يمكن أن تطبق النص، كأن ينص على حظر تشغيل النساء في الأعمال الخطرة والضارة والشاقة، حتى لا ينصرف المعنى فقط للأعمال الشاقة التي لا تناسب طبيعة المرأة، أو الأعمال التي تتطلب إقامتها في مناطق نائية بعيدة عن العمران، أو أوقات العمل الليلي، إذ من شأن النص على الأعمال الخطرة والشاقة أيضاً المساس بها كأثري.

وهنا يجب التنويه إلى أن المادة ٤٦ من القانون أقرت نوع من الحماية للموظفين ضد أخطار العمل، حيث تنص على أنه "يجب على جهة العمل أن تتخذ جميع التدابير اللازمة لحماية وسلامة وصحة العاملين والموظفين لدى قيامهم بالأعمال التي يكلفون بها تحت إشرافها... كما عليها اطلاع العاملين والموظفين كتابة لدى تشغيلهم على مقتضيات المتعلقة بالمواضيع التالية: -

- النظام الداخلي للعمل.
- ساعات العمل.
- المقتضيات القانونية والتدابير المتعلقة بحفظ الصحة والسلامة والوقاية من الأخطار المهنية.
- الجهة المؤمنة من حوادث العمل والأمراض المهنية.

وهذا النص بالحق في السلامة المهنية، كان هو الآخر مقتضب، إذ راعى اطلاع الموظفين كتابة على جملة أمور منها المقتضيات القانونية والتدابير المتعلقة بحفظ الصحة والسلامة والوقاية من الأخطار المهنية، ومجرد الإعلام بالأخطار غير كاف فلا بد من حصول الموظف على تجهيزات ومعدات الحماية الشخصية للوقاية من الأخطار دون أي تكاليف مالية تقع عليه، بل توفرها الإدارة، فضلاً عن الخدمات الصحية المتعلقة بهذا الأمر.

وهذا ما نصت عليه المادة ٣٩ من اللائحة التنفيذية للقانون التي نصت على تدريب الموظفين على الأسس السليمة لتأدية العمل دون تحمل الموظف أي نفقات مقابل الاحتياطات.

كما يلاحظ أن النص لم يتضمن أي إبلاغ للسلطات المختصة بوجود قصور في إجراءات الصحة والسلامة المهنية المتبعة في مكان العمل، وقبل ذلك يجب التبصير بالأخطار المصاحبة للعمل أو المحتمل وقوعها وحصول الموظف على تدريب كاف ليتفادها.

ونصت المادة ٢٨ من اللائحة التنفيذية للقانون على أنه يعد من أمراض المهنة الأمراض أو حالات التسمم المنصوص عليها بقانون الضمان الاجتماعي رقم ١٣ لسنة ١٩٨٠ واللوائح الصادرة بمقتضاه أو أي مرض من أمراض المهن الأخرى التي تضاف بقرار من اللجنة الشعبية العامة \_ سابقاً بناء على عرض من الجهة المختصة بشئون الصحة بالتعاون مع الجهات الفنية ذات الاختصاص"<sup>(١)</sup>.

تقضي المادة ٣٠ من قانون الضمان الاجتماعي على أن "تشمل الرعاية الصحية النوعية التي يقدمها الضمان الاجتماعي:"



في حين تضمنت المادة ٢٩ من اللائحة النص على إصابات العمل باعتبارها من أخطار المهنة، أما المادة ٣٨ فقد نصت على التأمين على الموظفين من أخطار المهنة. وبذلك فإن القانون الليبي قد وضع نصوص لحماية الموظفين من أخطار المهنة التي تحمل في طياتها ضمانات للوقاية من أخطار المهنة سواء للعاملين أو الموظفين رجالاً ونساء. ولكنه لم يتم بتحديد طبيعة الأعمال التي لا تناسب المرأة، كما فعلت بعض القوانين الأخرى<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني: أنظمة تشغيل النساء وفق القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠.

إذا كان الأصل المساواة في تشغيل الموظفين، فإن هذا المبدأ يفترض توحيد ساعات العمل<sup>(٢)</sup>، وبالتالي المقابل المالي الذي يتقاضاه جميعهم ذكوراً وإناث. والملاحظ أن القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ استحدث نظامي تشغيل للنساء. إذ تنص المادة ٤ من اللائحة التنفيذية للقانون بأنه "يجوز تشغيل المرأة بعض الوقت بدلاً من كامل الوقت في كافة جهات العمل الإدارية والخدمية والإنتاجية ويواكب نظام التشغيل لبعض الوقت نظام التشغيل كامل الوقت ويخضع لنظامي التشغيل المشار إليهما جميع العاملين من النساء". وحددت المادتين ٥، ٦ كيفية تحويل نظام تشغيل النساء لبعض الوقت أو كامل الوقت، وساعات العمل وفق النظامين، ووضعت ضابط بأن يكون ذلك خلال الفترة الليلية في الأحوال والأعمال الجائرة قانوناً، وتبعاً لذلك حددت

اتخاذ عى الأمن الصناعي بما في ذلك الكشف الدوري لضمان الوقاية من إصابات العمل أو أمراض المهن وكفالة السلامة العمالية وتقديم خدمات الطب الصناعي اللازمة لإسعاف حالات الإصابات والأمراض المذكورة فور حدوثها وذلك تنفيذاً لأحكام قانون الأمن الصناعي والسلامة العمالية رقم ٩٣ لسنة ١٩٧٦ واللوائح التي تصدر بهذا الشأن.

كما نص القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٧٦ بشأن الأمن الصناعي والسلامة العمالية في المواد ١ إلى ٨ على إلزام صاحب العمل باتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة لحماية العاملين واتخاذ احتياطات لمواجهة أخطار الآلات والإجراءات الكفيلة بتلافي أضرار المواد الضارة بالصحة وإبعاد العاملين عن مصادر الخطر وتوفير سبل العلاج الطبي والإسعاف العاجل بسبب أخطار المهنة أو الصناعة واتباع وسائل الوقاية والقيام بدورات لإتباع وسائل الحماية إذا كانت تلك الوسائل معقدة".

كما نصت المادة ١١ "يلزم كل من يقوم بالتعامل في الآلات والأدوات أو المواد التي ينشأ عن استعمالها أو تداولها خطر إلحاق الأذى لمن يستعملها وإصابته أو إصابة الغير باتخاذ كافة وسائل الوقاية المتعلقة بضمان إحكام غلقها أو تغليفها أو تغليف أجزائها الخطرة وفقاً للأصول الفنية الكفيلة بدرء أية أخطار تنجم عنها".

وقد حددت المادة ١٥ من هذا القانون سريانه على جميع مجالات العمل في ليبيا أيا كان الشكل القانوني للمنشأة التي تزاوله وعلى الأخص المطارات والموانئ والمناجم والمهاجر ووسائل المواصلات والنقل والتفريغ والصناعة.

ذهبت التوصية الصادرة من منظمة العمل الدولية التي تحمل الرقم ١٧٧ حظر تشغيل المرأة في الأعمال الضارة إذا كانت حاملاً أو مرضع، وهذا ما أخذ به القانون الجزائري.

وقد حظر المشرع الفرنسي دخول النساء للمجالات التي تستخدم فيها المواد الكيميائية كالهواء المضغوط والزئبق والفسفور والسيلين الحر، لتأثير هذه المواد السامة على الوظائف التكاثرية للمرأة وتؤدي لتشوهات الجنين.

في حين حظر القانون المصري تشغيل النساء مطلقاً في الأعمال الخطرة والضارة، بالرغم من النص وفق القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٦٠ في مرحلة سابقة- على جواز عمل النساء بالأعمال المتصلة بالإشعاع المؤين بشرط احترام الجرعات المقررة، كما حظر الدستور الأردني تشغيل النساء ليلاً أو في الأعمال الشاقة والخطيرة، على أن تقوم وزارة الصناعة بتحديد الأعمال التي يجوز فيها تشغيل النساء، د. طاوسي فاطمة، الحماية القانونية للمرأة العاملة دراسة مقارنة في القانون الدولي والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية- ٢٠١١، ٢٠٢٠، ص ٦٥، آلاء رزق يونس الحاج، ضمانات حقوق المرأة في التشريعات الأردنية والمواقف الدولية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٢٠، ص ٥٧.

عزف المشرع ساعات العمل في المادة الخامسة منه بأنها "الوقت الذي يكون فيه العامل أو الموظف تحت تصرف جهة العمل بما في ذلك الأوقات المخصصة للراحة أو تناول الطعام".



المادة ٧ من نفس اللائحة التنفيذية مرتبات العاملات لبعض الوقت وكامل الوقت حيث تقضي المادة المذكورة بأنه "تمنح المرأة العاملة بنظام التشغيل لبعض الوقت ٦٠% ستين بالمائة من المرتب الأساسي المقرر لنظيراتها من العاملات وفقاً لنظام التشغيل كامل الوقت".

كما نصت المواد ٨ - ٩ - ١٠ من اللائحة التنفيذية حساب العلاوة السنوية والترقية، وعلاوتي العائلة والسكن للنساء تبعاً للنظام التشغيلي الذي عليه كان كاملاً أو لبعض الوقت.

حيث تنص المادة ٨ "تعتبر كل سنتي خدمة من نظام العمل لبعض الوقت بمثابة سنة خدمة كاملة في مقام حساب مدة الخدمة لأغراض العلاوة السنوية والترقية".

أما الترقية فتكون بحساب ضعف المدة للمرأة العاملة بنظام التشغيل لبعض الوقت، حيث تنص المادة ٩ "تستحق المرأة العاملة لبعض الوقت الترقية بتوافر شروطها القانونية على ألا تتم الترقية إلا بعد قضاء ضعف المدة المقررة للترقية بالنسبة للعاملات بنظام التشغيل كامل الوقت، وإذا استحققت المرأة العاملة بنظام التشغيل لبعض الوقت الترقية أو تقرر نقلها إلى وظيفة أخرى لا يتم فيها التشغيل بنظام بعض الوقت فلا يجوز ترقيتها أو نقلها إلا إذا أقرت كتابة بقبولها التحويل إلى نظام التشغيل كامل الوقت"، وبذلك فالمشرع أتاح للموظفة بأحد نظامي التشغيل إذا كان معمولاً به في الإدارة التي تعمل بها، دون أن يقر النص بثبوت الحق للموظفة في الاختيار بين نظامي التشغيل لكامل الوقت أو بعضه.

كما أن المشرع لم يحل بمبدأ المساواة، ذلك أن إيجاد نظامين لتشغيل المرأة، لا يعد تخفيضاً لساعات العمل الذي يكون مبناه حماية فئة معينة، أو لمصلحة مرجو تحقيقها<sup>(١)</sup>، وذلك أن أداء الالتزامات المحددة بالقانون لجميع الموظفين، من بينها تحديد ساعات العمل التي تدخل في الإطار التنظيمي الذي يتناوله القانون، والذي جاء بنظامين للتشغيل بالنسبة للنساء، كما أنه أقر حقوقاً مالية تتناسب مع عدد ساعات العمل.

### الفرع الثالث : الحقوق المالية المترتبة على أداء الوظيفة العامة.

الأساس الذي نص عليه القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠، هو عدم التمييز في المقابل المالي للجميع، ذكوراً وإناث، إذ تنص ٢١ من القانون على أنه "لا يجوز التفرقة في المقابل المالي للعمل ذي القيمة المتساوية على أساس الجنس أو العرق أو الدين أو اللون"، وأيضاً نصت المادة ٢٤ من القانون على ذات الأمر إذ نصت على "... ولا يجوز تمييز الرجال على النساء في المعاملة والاستخدام وفي مقابل العمل ذي القيمة المتساوية"<sup>(٢)</sup>.

طالما وحد المشرع الالتزامات التي تقع على كل منهم كما فعل في المادة ١٢ التي ساوت في أداء الالتزامات الوظيفية.

تنص المادة ١٣ من القانون على جواز تخفيض ساعات العمل لبعض الفئات يصدر بها بقرار من اللجنة الشعبية العامة - سابقاً بتحديداتها.

تم النص على هذا المبدأ في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة ٢٣ فقرة أ "لجميع الأفراد دون أي تمييز الحق في أجر متساو على العمل المتساوي"، وأيضاً المادة ٧ من العهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تنص على أنه "تتعترف الدول الأطراف في هذا العهد بما لكل شخص من حق في التمتع بشروط عمل عادلة ومرضية تكفل على وجه الخصوص: ١- أجراً منصفاً ومكافأة متساوية لدى تساوي قيمة العمل دون أي =

تمييز على أن يضمن للمرأة خصوصاً تمتعها بشروط عمل لا تكون أدنى من تلك التي يتمتع بها الرجل وتقاضيها أجراً يساوي أجر الرجل لدى تساوي العمل"، كما نصت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة فقرة ١ من البند "الحق في المساواة في المعاملة فيما يتعلق بالعمل ذي القيمة المتساوية وكذلك المساواة في المعاملة وفي تقييم نوعية العمل". www.un.org.



وطالما أن المساواة هي الأساس، فسيتم تناول ما وجد من اختلاف في أحكام التشريع، مراعاة للموظفة، وفي هذا الصدد فإن علاوتي العائلة والسكن، وجدت بما بعض الأحكام المتباينة عن باقي الموظفين لزم تناولها كما يلي:  
**أولاً: علاوة العائلة**

تمنح العلاوات وفقاً للشروط والأوضاع التي يحددها القانون حيث نظمت المادة ١٠ من اللائحة التنفيذية للقانون العلاوات بالنص على أنه "تستحق المرأة العاملة بنظام التشغيل لبعض الوقت نصف المبلغ المقرر لعلاوات التدريس والتميز وأية علاوات أخرى، وذلك بالشروط والأوضاع المحددة لهذه العلاوات، وتستحق المرأة العاملة لبعض الوقت علاوتي السكن والعائلة كاملتين بالشروط والأوضاع المحددة في هذه اللائحة".  
وبالتالي أوجد المشرع نظامين للعلاوة فيما يخص الموظفات في القانون، وذلك على حسب النظام التشغيلي، أحدها يتعلق بحساب العلاوة كاملة والأخرى بنصف المقررة حسب الحالات.

ففيما يخص علاوتي التدريس والتميز قرر المشرع أن تستحق الموظفة نصف مقدار العلاوة المقررة، وهذا يتلاءم مع ساعات العمل التي تقضيها المرأة وفق هذا النظام في الدوام الرسمي، وهذا ما نصت عليه المادة ٨ من اللائحة التي تقتضي "تعتبر كل سنة خدمة من نظام العمل لبعض الوقت بمثابة سنة خدمة كاملة في مقام حساب مدة الخدمة لأغراض العلاوة السنوية والترقية".

أما فيما يخص علاوتي السكن والعائلة فتحسب العلاوة كاملة، وهذا النص يمثل حماية قصوى للموظفة التي راعى المشرع الظروف المحيطة بهاتين العلاوتين، ففيها حماية محققة لأسرة الموظفة المتزوجة وأبنائها وحماية لكيان الأسرة.

لذا قرر المشرع حسابها كاملة دون النظر لساعات العمل والنظام التشغيلي الذي عليه الموظفة.  
وما يجب ملاحظته أن القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ وضع شروط لاستحقاق المرأة علاوة العائلة. حيث تنص المادة ١٤٥ من القانون "تحدد اللائحة التنفيذية المستحقات المالية الأخرى وسائر المزايا الوظيفية وتبين قواعد وشروط منحها وتتضمن على وجه الخصوص:

١- علاوة العائلة وتشمل الزوج والأطفال على النحو الذي تبينه اللوائح.

٢- علاوة السكن....".

وتقتضي المادة ١٣٢ من اللائحة التنفيذية للقانون على أنه "تدل العبارات أو الكلمات المالية على المعاني المقابلة لها: **العلاوة: علاوة العائلة.**

**الموظف:** الموظف الليبي المتزوج أو الموظفة الليبية المتزوجة.

**الأولاد:** البنون من الذكور والإناث.

٢- تسري أحكام هذا الفصل على جميع الموظفين بالوحدات الإدارية.

أما المادة ١٣٣ فتتضمن على أنه "يتمتع الموظف علاوة عائلة تحدد وفقاً لجدول المرتبات المعتمد".

والمادة ١٣٤ تقتضي بأنه "لأغراض تطبيق أحكام هذا الفصل يكون الأفراد الذين يستحق الموظف بشأنهم

علاوة العائلة هم:

١- الزوج أو الزوجة.



- ٢- الأولاد الذكور الذين لم يتموا الثامنة عشرة من أعمارهم والأولاد الذكور المقعدين لعاهة دائمة تمنعهم من الكسب مهما كانت أعمارهم والأولاد الذكور المتابعين لدراساتهم في أي مؤسسة تعليمية معترف بها حين إتمام دراستهم أو إكمالهم سن الرابعة والعشرين من العمر أيهما أسبق.
- ٣- البنات اللاتي لم يتزوجن والبنات الأرامل والمطلقات اللاتي يجب نفقتهن على الموظف".
- وتضمنت المادة ١٣٥ شروط منح العلاوة حيث تنص على "يشترط لمنح العلاوة المذكورة ما يلي:
- ١- ألا يكون أي من الأبناء الذكور من ذوي الدخل الناتج من العمل أو ممن يتقاضون أجراً أو مرتباً أو معاشاً أو نفقة أو ما شابه ذلك.
- ٢- ألا يكون أي من الأولاد أو البنات تحت رعاية أي شخص أو جهة غير الموظف ينفق على إعاشتهم أو دراستهم.
- ويشترط لمنح علاوة العائلة للموظفة اللببية المتزوجة ألا يكون زوجها موظفاً في جهة عامة تطبق نظام علاوة العائلة".
- فالاتجاه الذي عليه المشرع اللببي هو منح علاوة العائلة للمعيل في الأسرة سواء الزوج الموظف أم الزوجة الموظفة<sup>(١)</sup>.
- فعلاوة العائلة وفقاً للقانون اللببي تمنح عند الزواج، وبذلك يخرج منها الأولاد غير الشرعيين والأولاد بالتبني، ويشترط عدم وجود العائل للأولاد الذكور أو الإناث.
- وتمنح العلاوة بتحقيق شروطها، بغض النظر عن تعدد زوجات الموظف بحسب النص.
- ولم يعالج المشرع أيضاً فيما إذا شمل الزواج المتعدد زوجة موظفة، فهل يصرف لها علاوة عائلة باعتبار أن زوجها مسئول عن الإنفاق على أكثر من زوجة؟
- وكما لم يتضمن التشريع أي معالجة لعلاوة العائلة إذا كانت الزوجة مهجورة، أو لها قضية منظورة أمام المحاكم لغرض الطلاق.
- والحرى بالمشرع التدخل في هذا الأمر والنص في حالة ما إذا كانت الزوجة مهجورة وثبت بالأوراق الرسمية، وبإقرار من الزوجة رسمي بنفقة الزوجة عليها، فيستحق عندئذ علاوة عائلة، أما إذا كان لا ينفق عليها فحتماً لا يستحق هذه العلاوة<sup>(٢)</sup> التي قررت للنفقة على الأسرة، فرغم حرص المشرع ونصه على ضرورة قيام الموظف بتقديم بيان عن

لا تعتبر المرأة عائلاً للأسرة وفق القانون المصري، لهذا لم يعف المشرع دخلها من الضريبة عكس الزوج، إلا أن المشرع المصري راعى الحالات التي تكون فيها المرأة معيلة، وذلك ما نص عليه قانون التأمين الصحي في مصر رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٢، الذي ألزم الهيئة العامة للتأمين الصحي بتقديم خدمات العلاج والرعاية الطبية في جهات العلاج التي تحددها داخل أو خارج وحداتها للمرأة المعيلة وفقاً لمستويات الخدمة الطبية والقواعد التي يصدر بها قرار من وزير الصحة والسكان، كما اشترطت وزارة المالية اللبنانية عدم تقاضي الزوج والزوجة التعويض العائلي عن نفس أفراد العائلة بنفس الوقت في حالة كانا موظفين، وتمنح التعويض لأحدهما وقرر مستشار الشؤون الإدارية مجلس الوزراء أن الزوج هو من يتقاضى التعويض العائلي لما عليه من مسؤولية تجاه عائلته وفقاً لروح أحكام الشرائع السماوية والقوانين والأنظمة النافذة، انظر في ذلك على التوالي، التقرير الوطني لجمهورية مصر العربية ببيكين + ٢٠ مرجع سبق ذكره، ص ١١- ٢١، فادي كرم، حقوق المرأة في التشريع اللبناني - الأحكام الجديدة والإصلاحات المرجوة، لبنان- بعبدا- بيروت- الهيئة الوطنية لشؤون المرأة اللبنانية، ٢٠١٤- ص ٤٠.

والجدير بالتنويه أن القانون أن القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٤ بشأن الزواج والطلاق وأثارها، كان ينص قبل تعديله في المادة ٢٣ على أنه "يجب نفقة الزوجة على زوجها الموسر من تاريخ العقد الصحيح كما تلزم الزوجة الموسرة بالنفقة على زوجها وأولادها منه مدة إعياس الزوج...." وبعد تعديل القانون بموجب القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠١٥، تم حذف عجز المادة ٢٣ سابقة الذكر، لتصبح "يجب نفقة الزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح...."

يلاحظ أن المشرع امتدح حمايته ليس للموظفة فقط، وإنما لنساء الأسرة من بناتها اللاتي لم يتزوجن أو الأرامل أو المطلقات، أخذاً في الاعتبار الظروف الاجتماعية التي يعيشها، سيما أنه في حالة المرأة الأرملة قد تكون أصابت تركة من زوجها، وكذلك المطلقة التي لها مؤخر صداق، ولكن المشرع تغاضى عن هذا الأمر باعتباره عارضاً،



وضعه العائلي وأي تغيير يحدث فيه خلال أسبوعين من تاريخ وقوع التغيير (م ١٣٨) إلا أن هذا الإجراء لا يمكن أن يمتد لحالة الزوجة المهجورة، حيث أن مقصود النص حدوث طلاق بعد الزواج الذي استحق بسببه الموظف علاوة عائلة.

كما أن في نص المادة ١٣٥ من اللائحة فراغ فيما يتعلق بالزوجة الليبية المتزوجة بأجنبي، حيث اكتفت اللائحة بشرط منح العلاوة للموظفة الليبية المتزوجة بشرط ألا يكون زوجها موظفًا في جهة عامة وإطلاق النص بلا حدود يمكن معه القول بجواز صرف علاوة العائلة في هذه الحالة إعمالاً لظاهر النصوص إذا حازت موافقة بالزواج من أجنبي، وفي هذا المقام ذهب رأي في الفقه الليبي<sup>(١)</sup>، إلى أن النص استبعد الموظفات غير الليبات ولو كن متزوجات بليبيين، ويحدث أن توفي الأب فبقيت الأم متكلفة بمصاريف الأبناء.

وهذا التفسير وإن كان يطرح إشكالية قانونية<sup>(٢)</sup> إلا أنه يصطدم مع صراحة نص المادة ١٢٨ من القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠، التي قضت بأنه يشترط في المرشح لشغل إحدى وظائف ملاكات الوحدات الإدارية ما يلي: أو أن يكون متمتعاً بجنسية الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى وبحقوقه المدنية، ب- ألا يكون متزوجاً بأجنبية ما لم يكن مأدوماً له بذلك<sup>(٣)</sup>.

كما يتساءل عن مدى إمكانية أن تبقى علاوة العائلة للزوجة في الحالة التي يلزم فيها الزوج بالنفقة عليها بعد الطلاق طيلة مدة العدة، ويقر بحل النص من هذه الفرضية، وينتهي لعدم إمكان إسقاط الحكم على هذه الحالة، وإلى أن العلة التي أقرت فيها العلاوة للزوج وهي تغطية نفقات الأسرة تبرر استمرار العلاوة، إلا في حال كانت الزوجة موظفة فتمنح هي علاوة العائلة إذا كانت مسؤولة عن الانفاق على الأبناء، وإلا فتمنح للمسئول عن النفقة عليها بعد الطلاق.

ثانياً: علاوة السكن

نص القانون على صرف العلاوة لأحد الزوجين إذا كان أحدهما موظفًا، وتخفيض للنصف إذا كان الموظف أعزباً (م.٥)

ويذهب رأي في الفقه الليبي<sup>(٤)</sup> إلى أن القانون لم يراع الوضع الاجتماعي للمجتمع الليبي في الحالة التي تكون فيها الموظفة عزباء، والتي تحتاج لإقامة محرم منها، مما يجعل تخفيض العلاوة بمقدار النصف مسألة يتعذر معها الحصول على سكن لائق.

واعتبر وجودهن في رعاية الموظف سبباً لسفاه العلاوة لأنها دائمة بدوام المرتب، وهذا دأب المشرع الليبي في التشريعات عموماً حيث ينص قانون التأمين الصحي رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٠ في المادة ٥ منه "وتتولى الدولة دفع أقساط التأمين الصحي كاملة للنفقات الثالثة: الأرامل والأيتام ومن لا ولي له" وكذلك ما تنص عليه المادة ٢٤ من قانون الضمان الاجتماعي رقم ١٣ لسنة ١٩٨٠ التي تقضي بأنه "يستحق صاحب المعاش علاوة عائلة تصرف له شهرياً... ويستحق هذه العلاوة لأصحاب المعاشات الأساسية وغيرها من المعاشات التي تقرر بمقتضى هذا القانون ولأصحاب المعاشات المقررة وفقاً لقانون التقاعد أو قانون التأمين الاجتماعي، وذلك فيما عدا معاش العجز الجزئي لإصابة العمل ويقصد بالعائلة في هذا الخصوص الزوج والزوجة والأبناء الذكور إلى سن الثامنة عشر والبنات غير المتزوجات وتنظم اللوائح شروط وقواعد استحقاق وصرف هذه العلاوة: وهذا ما نص عليه مشروع الدستور في المادة ٥٩ فقرة ٣"، يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعي وتضمن الدولة معيشة كريمة للمحتاجين من كبار السن والأيتام والأرامل والمطلقات والمتأخرات عن الزواج وفاقد السند."

د. محفوظ علي عمران توائي، العلاوة السنوية للموظف العام في القانون الليبي - دراسة في أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ بشأن علاقات العمل - مجلة آفاق اقتصادية، المجلد ٣، العدد ٦، يونيو ٢٠١٧، ص ٦٢.

ينص مشروع الدستور في المادة ٣٢ "فيما عدا الحقوق السياسية يتمتع أولاد الليبات الأجانب بكافة الحقوق التي يتمتع بها المواطن الليبي".

د. محفوظ علي عمران توائي، المرجع سابق الذكر، ص ٦٢.

د. محفوظ علي عمران توائي، العلاوة السنوية للموظف العام في القانون الليبي، مرجع سبق ذكره، ص ٦٨ - ٦٩.



وهذا الأمر وجيه فيجب مراعاة خصوصية المرأة الموظفة في ظل الظروف البيئية التي تعيشها، والتي تتطلب وجود رفقة في السكن من ذويها.

### المبحث الثاني: الأحكام الخاصة بالوظيفة نظرا لطبيعتها البيولوجية.

تمر المرأة الحامل بظروف صحية خاصة، بسبب الحمل والوضع ورضاعة الطفل والعناية به. وهذا الدور الذي تقوم به المرأة في المجتمع يحتاج رعاية، وحماية من المشرع للموظفة التي تعمل وتقوم بهذا الدور الإنساني والاجتماعي المهم لكيان الأسرة؛ لذا سيتم تناول حقوق الأمومة، كما جاء بها القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ بالتفصيل، للوقوف على مدى تمتع الموظفة بالحماية المرجوة.

### المطلب الأول: إجازة الأمومة والآثار المترتبة عنها.

الحمل ليس حالة مرضية، وإنما هو دور تؤديه المرأة يحتاج لرعاية وإحاطة. وسيتم تناول حقوق المرأة في هذه المراحل وذلك وفق الآتي:

### الفرع الأول: إجازة الحمل والوضع.

نص المشرع الليبي على حق المرأة سواء موظفة أو عاملة في الباب الأول من التشريع، الذي يتضمن أحكاماً عامة في فصله الثالث، حيث نظم أحكام تشغيل النساء وذلك في المادة ٢٥ منه على أن "للمرأة الحق في إجازة أمومة بمقابل مدتها أربعة عشر أسبوعاً عند تقديمها شهادة طبية تبين التاريخ المحتمل للولادة وتتضمن هذه الإجازة فترة إلزامية بعد الوضع لا تقل عن ستة أسابيع وتمتد إجازة الأمومة إلى ١٦ أسبوعاً إذا أنجبت أكثر من طفل ولا يجوز إنهاء عمل المرأة أثناء حملها أو أثناء تغييبها في إجازة أمومة إلا لأسباب مبررة لا تمت بصلة إلى الحمل أو الولادة أو مضاعفاتهما أو الرضاع".

أول ما يلاحظ على النص أن المشرع لم يتعرض لفترة الحمل، فقرر لها إجازة، دون التأكيد على عدم جواز عمل المرأة في هذه الفترة في أعمال لا تناسب طبيعة الحمل<sup>(١)</sup>.

وربما المرجح في ذلك لوجود نص عام في القانون يحظر تشغيل النساء فيما لا يناسب طبيعتهن.

والحماية التي أقرها النص عدم جواز إنهاء عمل المرأة في فترات الحمل أو الوضع، إلا لأسباب تخرج عن الحمل والإرضاع<sup>(٢)</sup>.

وعند العودة تطبق أحكام المادة ٢١ من اللائحة التنفيذية للقانون التي تقضي بشغل الموظف وظيفته الأصلية إذا كانت شاغرة أو أي وظيفة شاغرة من المجموعة الوظيفية التي تندرج فيها وظيفته وإلا اعتبر شاغراً لدرجته بصفة شخصية.

أوصت اتفاقية حماية الأمومة لعام ٢٠٠٠ في الفقرات ٣-ب بالتخاذ تدابير توفير عمل بديل للحامل أو المرضع إذا كان عملها ينطوي على التعرض لعوامل بيولوجية أو كيميائية أو فيزيائية لأنها تشكل خطراً على الوظائف الإنجابية، كما حضرت اتفاقية الأمومة رقم ١٣ استعمال الرصاص الأبيض وكبريتات الرصاص وجميع المنتجات التي تحتوي هذه الأصباغ في أعمال الطلاء الداخلي للمباني، وكذلك أوصت التوصيات الصادرة عن الدورة ٩١ لمؤتمر العمل الدولي لعام ٢٠٠٣ على مراجعة المعايير المتعلقة بالبنزين والتسمم بالرصاص أو الفوسفور الأبيض وتأثيرها على النساء العاملات، كما أوصت التوصية الصادرة من منظمة العمل الدولية المتعلقة بالسلامة في استعمال المواد الكيميائية رقم ١٧٧ في البند ٢٥-٤ "ومن حق العاملة في حالة الحمل أو الرضاعة الحصول على عمل بديل لا يتضمن استعمال أو التعرض لمواد كيميائية خطيرة على صحة الطفل الذي لم يولد أو الرضيع إذا وجد مثل هذا العمل والحق في عودتها لوظيفتها الأصلية في الوقت المناسب" الفباء حقوق المرأة العاملة والمساواة بين الجنسين مكتب العمل الدولي، جنيف، الطبعة الثانية ص ١٧٠-١٩٣-١٩٤، وبعض التشريعات الداخلية أخذت بهذا التوجه منها الجزائر، حيث صدر مرسوم رقم ٨٦-١٣٢ في المادة ٤ ينص على "لا يجوز أن يشغل أحد في أعمال متصلة بإشغاعات أيونية... إذا كان العامل امرأة حاملاً". يتفق النص مع ما قضت به الاتفاقية ١٨٣ في المادة ٨ منها "لا ينبغي إنهاء استخدام أي امرأة أثناء تغييبها في إجازة الحمل أو خلال فترة تعقب عودتها إلى العمل".





وبذلك يمكن للحامل الاستفادة من إجازة حمل تقدر بثمانية أسابيع قبل الوضع، ذلك أن وجه الالتزام في النص السابق ألا تقل إجازة ما بعد الوضع عن ستة أسابيع من مجمل مدة أقرها القانون وهي أربعة عشر أسبوعاً وهي المدة المعتادة لخروج المرأة من النفاس.

وينص المشرع على مدة الإجازة دون تحديد المدة السابقة على الوضع يكون قد تلافى إشكالية عملية تتعلق بتأخير الولادة، وتكون الموظفة قد استنفذت مدة الإجازة المحددة بالقانون قبل الوضع، فكيف يتم حساب إجازة ما بعد الوضع عندئذ إذ يتعذر حسابها؟

وقد يتبادر إلى الذهن تساؤل عما إذا كان بمقدور الأم الاستفادة من الإجازات المرضية أثناء الحمل؟ هذا الأمر يبدو أنه لا يثير إشكالية بتطبيق القواعد العامة في الإجازات، إذا لم يكن المرض ناجماً عن الحمل. إلا أنه إذا كان المرض ناجماً عن الحمل فإنه يثير إشكالية مدة الإجازة المغلقة التي وضعها المشرع وهي ١٤ أسبوعاً.

فلم يبين المشرع ما إذا كان من الممكن تجزئتها. لذا فإنه إعمالاً للنص يحق للمرأة الحامل أن تطلب إجازة مرضية لا تتجاوز المدد المنصوص عليها في القانون<sup>(١)</sup>.

كما لم يتعرض المشرع الليبي، لمسألة المواعيد الطبية التي ترافق مدة شهور الحمل، وفيما إذا كان للموظفة الانتظام فيها، دون إجازة مرضية، حيث أن تكرار طلب الإجازة من الموظفة قد يضعف موقفها أمام جهة العمل. ويمكن تفادي ذلك بالنص على تخفيض ساعات العمل للموظفة الحامل كما فعل قانون الخدمة المدنية المصري الذي قضى في لائحته التنفيذية وفقاً للمادة ١٣١ على أن "تخفيض ساعات العمل اليومية بمقدار ساعة لكل من ... الموظفة الحامل اعتباراً من الشهر السادس من الحمل".

وتوجد توصيات بمد إجازة الأمومة إلى ثمانية عشر أسبوعاً<sup>(٢)</sup> إلا أن نص القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٠ يتوافق مع الاتفاقية رقم ١٨٣ لسنة ٢٠٠٠ لحماية الأمومة<sup>(٣)</sup>.

والمدة التي نص عليها القانون الليبي تعد جيدة بالنظر إلى أن بعض قوانين الدول العربية اقتصرتها فيها الإجازة  
الا على ١٠ أسابيع<sup>(٤)</sup>.

نص قانون نظام الموظفين اللبناني المعدل في عام ٢٠١٤ في الفقرة ٣ من المادة ٣٨ على أنه "لا يحق للموظفة التي أعطيت إجازة أمومة أن تتقدم بتقارير طبية مرضية أثناء مدة إجازة الأمومة ولا يحق لها تجزئة هذه الإجازة"، والسبب في هذا المنع أنه تم تعديل القانون اللبناني بناءً على طلب الهيئة الوطنية لشؤون المرأة اللبنانية، للموافقة على تعديل المادة ١٥ من المرسوم الاشتراعي، بحيث تعطى للحامل إجازة بأجر كامل تدعى إجازة الأمومة مدتها = ٦٥ يوم، وقد صدر بها مرسوم في ١٥/١٠/٢٠١٢، فادي كرم، حقوق المرأة في التشريع اللبناني، مرجع سبق ذكره، ص ٤٠.

كما نصت اتفاقية العمل رقم ١٨٣ لسنة ٢٠٠٠ في المادة ٥ بمنح الأم إجازة الأمومة أو بعدها إذا تعرضت لإصابة أو مرض أو حادث بناءً على شهادة طبية في حال حدوث مضاعفات أو احتمال حدوثها تكون ناجمة عن الوضع أو الحمل، ويجوز تحديد طبيعة هذه الإجازة وحدودها القصوى وفقاً للقواعد والممارسات الوطنية"، توضح حقوق إجازة الأمومة، "دليل حماية الأمومة لسنة ١٩٩٤-٢٠٠٤، الاتحاد الأوروبي - مترجم من الوكالة الأكاديمية ص ٧. التوصية رقم ١٩١١، دليل الاتحاد الأوروبي لتوضيح حقوق إجازة الأمومة ص ١٧.

نصت الاتفاقية على حق جميع المستخدمات بما فيهن اللاتي يمارسن أشكال غير نمطية في العمل لدى الغير في الحصول على إجازة أمومة لا تقل عن أربعة عشر أسبوعاً (م ١٠٤)، تكون على الأقل منها ستة أسابيع بعد ولادة الطفل وتمتد فترة إجازة ما قبل الولادة لفترة متساوية للفترة الفاصلة بين التاريخ المقرر للولادة وتاريخها الفعلي دون تخفيض أي إجازة الزامية بعد الولادة - نفس المرجع السابق - ص ١٧.

ينص قانون الخدمة المدنية العراقي قبل تعديله على إجازة حمل وولادة تصل إلى أثناء وسبعون يوماً براتب تام، يكون منها ٢١ يوم قبل الوضع، ويجوز تكرارها كلما تكرر الحمل والولادة، أما بعد التعديل فأصبحت الإجازة ١٤ أسبوعاً قبل الوضع و٦ بعده.

كما نص قانون نظام الموظفين في لبنان والمعدل عام ٢٠١٤ في المادة ٣٨ منه على أن "تعطى الموظفة الحامل إجازة براتب كامل تدعى إجازة أمومة أقصاها عشر أسابيع



فإجازة الأمومة وفقاً للنص تكون بمقابل، ولكن دون توضيح فيما إذا كان الراتب كاملاً، خاصة أن المادة ١٦ من القانون التي تضمنت النص على إجازات الموظفين بمرتب كامل لم ترد من بينها إجازة الأمومة<sup>(١)</sup>.  
أما عن جواز قطع الإجازة أو تأجيلها فقد نصت المادة ٣٠ من القانون على أنه "... ولا يجوز أن يتنازل العامل أو الموظف عن إجازته كما لا يجوز له تأجيلها أو قطعها إلا لضرورة تقتضيها مصلحة العمل أو إذا رغب في ذلك".

فحسب النص يجوز قطع الإجازة أو تأجيلها برغبة الموظف ويترك لسلطة الإدارة التقديرية قبول ذلك من عدمه حسب حاجة الإدارة، كما لو حدث أن دخل المولود للمستشفى مثلاً، فعندها يمكن تأجيل إجازة الأمومة.  
ولم يتناول المشرع الليبي أيضاً فرضية خروج الجنين ميتاً من بطن أمه؟ فهل يحق لها أخذ إجازة وضع؟  
ويمكن القول إنه بالنظر لمقصد منح الموظفة إجازة وضع بعد الولادة، فإنه لا يقتصر فقط على رعاية الطفل، وإنما لمشقة الولادة والحمل الذي يسبقها، فضلاً عن مرور المرأة في مرحلة النفاس باضطرابات هرمونية الأمر الذي يستلزم دخولها في فترة راحة جسمية هي الأخرى، لا سيما في ظل التوجهات التشريعية الحديثة التي تنص على إجازات لرعاية الأطفال بعد الولادة مباشرة ما يعني أن مقصود إجازة الوضع الأول هو الأم.  
كما أن حالة الأم التي فقدت جنينها أثناء الولادة أو بعدها ليس هيئاً، فهذا يجعلها أكثر عرضة للوهن والضعف النفسي والجسدي، بعد شهور طويلة من الأعياء؛ مما يجعلها غير قادرة على القيام بواجبات الوظيفة المثلى.  
وعلى صعيد الإجراءات لم ينص المشرع الليبي على أي تفصيل، حيث جاء النص مجملاً، فيما عدا ما يتعلق بتقديم شهادة طبية تبين التاريخ المحتمل للولادة.

وهذا يعني أن الموظفة ستتقدم بطلب إجازة الأمومة على مرحلتين، الأولى قبل الولادة.  
والثاني بعدها، حيث ألزم النص الموظفة بتقديم شهادة طبية للتاريخ المحتمل للولادة كما تستطيع قضاء إجازة قبل الولادة وبعدها بالشكل الذي نص عليه القانون<sup>(٢)</sup>.

ولا تدخل إجازة الأمومة في حساب الإجازات الإدارية ولا في حساب الإجازات المرضية، كذلك فعل القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ في الأردن وتعديلاته لعام ٢٠١٩ بالنص على أنه "يحق للمرأة العاملة الحق في الحصول على إجازة أمومة بأجر كامل قبل الوضع وبعده مجموع مدتها عشرة أسابيع على ألا تقل المدة التي تقع من هذه الإجازة بعد الوضع عن ستة أسابيع وحظر تشغيلها قبل انقضاء تلك المدة". انظر في ذلك فادي كرم، حقوق المرأة في التشريع اللبناني الأحكام الجديدة والإصلاحات المرجوة، مرجع سبق ذكره - ص ٥٧، م. وفاء محمود أحمد، النظام القانوني لإجازات الموظف العام، مجلة دراسات تربوية: العدد ٤٩-٢٠٢٠- ص ٢٣٥.  
وتفوق قانون الخدمة المدنية المصري من حيث المدة على باقي التشريعات إذ تنص المادة ٥٢ منه على أن "تستحق الموظفة إجازة وضع لمدة أربعة أشهر بحد أقصى ثلاث مرات طوال مدة عملها بالخدمة المدنية على أن تبدأ من اليوم التالي للوضع ويجوز أن تبدأ هذه الإجازة قبل شهر من التاريخ المتوقع للوضع بناءً على طلب مقدم من الموظفة والمجلس الطبي المختص".

تنص المادة ١٦ من القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ على أنه "على العامل أو الموظف الذي يتمتع بإجازة خاصة بمرتب كامل أن يقدم المستندات التالية خلال ثلاثين يوماً من انتهاء الإجازة. ١- صورة من التأشيرة لجواز السفر أو بوثيقة الحج بالنسبة لإجازة فريضة الحج. ٢- صورة من وثيقة الزواج بالنسبة لإجازة الزواج. ٣- شهادة وفاة بالنسبة للمرأة العاملة المتوفى عنها زوجها. ٤- شهادة بنتيجة الامتحان بالنسبة لإجازة أداء الامتحانات الدراسية".

نص القانون العراقي على وجوب تقديم الموظف طلب تحريري مشفوع بتقرير طبي يحدد تاريخاً تقريبياً للولادة، وأيضاً بعد الولادة تقدم الموظف طلب مشفوع ببيان الولادة مصادقاً عليه من جهة الصحة الرسمية، وبدء استكمال الإجراءات لإصدار الأمر الخاص بمنح الإجازة بعد الوضع، وفاء محمود أحمد، النظام القانوني لإجازات الموظف العام، مرجع سبق ذكره ص ٢٣٥.

والملاحظ على طلب إجازة الوضع في القانون العراقي التعقيد يتطلب المصادقة من جهة الصحة الرسمية، فضلاً عن تقديم الطلب قبل الولادة، وآخر بعدها مشفوعة بالتقرير الطبية، وهذا فيه مشقة للأم دون مراعاة لوضعها الصحي والأسري، لإمكان وجود أطفال آخرين في الأسرة، في حين أن الإجازة مقررة للراحة كما نص القانون اللبناني المعدل في ٢٠١٤ في الفقرة ٢ من المادة ٣٨ "لكي تمنح إجازة الأمومة يجب على الموظفة أن تتقدم بطلب خاص يتضمن أ- تاريخ ابتداء الإجازة وتاريخ انتهائها. ب- تاريخ الوضع تقريبي حسب تقرير الطبيب" وهذا الإجراء أبسط وأقل تعقيداً ويفي بالغرض.



وظاهر النص يبدو أنه لا يحمل إلزام فيما يتعلق بالمدد قبل وبعد الإجازة، فهو متروك للموظفة نفسها، التي تستطيع تقدير وضعها الصحي والجسدي، وما لا يلائمها في وقت الاستفادة من الإجازة قبل أو بعد الوضع وهذا ما يفهم من عبارة المشرع "... وتتضمن الإجازة فترة إلزامية بعد الوضع لا تقل عن ستة أسابيع..." بمعنى أنه لا يمكن أن تقل إجازة ما بعد الولادة عن هذه المدة، ويجوز أن تزيد برغبة الموظفة.

وهذا النص يحوي مرونة لتقدير أوضاع الموظفة حسب الأحوال.

وبحسب للمشرع الليبي عدم التقيد بعدد معين من الولادات، لتمتع الموظفة بالإجازة، فيمكنها استحقاقها كلما تكررت الولادة.

وأيضاً راعى المشرع الموظفة الأم بامتداد إجازتها لمدة ستة عشر أسبوعاً إذا أنجبت توائم لزيادة أعبائها بتعدد المواليد.

ومما لم ينص عليه المشرع منع الحامل أو المرضع من ممارسة العمل الإضافي، فتقييم حالة الحامل توجب مراعاة خطر فقدانها للجنين بسبب الإرهاق، لذا يجب النص على منع الأم من ممارسة العمل الإضافي في كل الأحوال.

وأيضاً لم يتعرض المشرع لفرضية دخول الأم للمستشفى لأمر خارج عن مضاعفات الولادة، كمصاحبة طفل ولد قبل أوانه (الأطفال الخدج)، والذي يحتاج لأوقات طويلة في المستشفى بعد ولادته.

ولأغراض حساب الإجازة فإن أيام العطلات الرسمية والأسبوعية لا تدخل ضمن حساب الإجازة (م ١٧).

#### الفرع الثاني: إعانة الأمومة النقدية والطبيع.

لم ينص القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢ على إعانات الأمومة، ولو بالإحالة إلى قانون الضمان الاجتماعي، أو قانون تأمين الصحي رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٠<sup>(١)</sup>، والذي قضى في مادته الأولى بأن الانتساب لنظام التأمين الصحي إلزامي لجميع المواطنين<sup>(٢)</sup>.

وقد جاء النص على هذه الإعانات في قانون الضمان الاجتماعي في المادتين ١١ و ٢٧ من القانون، حيث تنص المادة ١١ فقرة د على "المنح المقطوعة وهي منح تقدر بمبالغ معينة تستحق كل منها دفعة واحدة عند توافر شروطها وهي: إعانة الحمل -منحة الولادة".

كما نصت المادة ٢٧ على أنه "تصرف للمشارك المنح المقطوعة الآتي بيانها وتستحق كل منها دفعة واحدة من توافرت شروطها: أ- إعانة الحمل وتستحق عن المدة التي تبدأ من الشهر الرابع للحمل حتى تمام الوضع ب- منحة الولادة".

وهذه المنحة<sup>(٣)</sup> تصرف منذ الشهر الرابع للحمل، بعد ثباته وغلبة الظن بأنه سيكتمل إلى حين الولادة.

يقصد بالتأمين الصحي كما نص عليه القانون في مادته الثانية "نظام تمويل خدمات الرعاية الصحية الذي يقوم على التكافل الاجتماعي من خلال اشتراكات إلزامية لجميع الفئات المشمولة بهذا النظام".

نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة ٢٢ سنة "يكون لكل شخص بوصفه عضواً في المجتمع الحق في الضمان الاجتماعي ومن حقه أن توفر له كافة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية"، وأيضاً المادة ٩ من العهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، نص في المادة ٩ منه بأن "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في الضمان الاجتماعي بما في ذلك التأمينات الاجتماعية"، و إلى هذا ذهب الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان، التي قضت في الفقرة ١٤ "المجتمع الجماهيري متضامن يضمن رعاية الطفولة والأمومة وحماية الشيخوخة والعجز والمجتمع ولي من لا ولي له".

وفقاً للاتفاقية ١٨٣ فإنها تنص على حق المرأة المتغيبية في إجازة أمومة على إعانات نقدية تبلغ مستوى يسمح للمرأة بإعالة نفسها وطفلها في ظل ظروف صحية مناسبة وفقاً لمستوى معيشة لائق، كما يحق لها الحصول على الإعانات الطبية التي تشمل الرعاية قبل الولادة وأثنائها وبعدها، وكذلك الرعاية في المستشفيات عند الضرورة، والمادة ٣-١ تقضي بحرية المرأة في اختيار الطبيب والمستشفى، ويجب ألا تقل مقدار الإعانات عن ثلثي كسب المرأة (١٦م) مشار إليه في الفباء حقوق المرأة العاملة، مرجع سبق



وتسري أحكام المادتين على الموظفين، بحسب ما نظمه الباب الثالث من قانون الضمان الاجتماعي، الذي حدد المضمونون المنتفعون بأنظمة الضمان الاجتماعي، حيث نصت الفقرة ب من المادة ٣١ "المضمونون ... ب الموظفون العموميون بالأمانات والهيئات والمؤسسات العامة واللجان الشعبية وسائر الجهات العامة بما في ذلك رجال الشرطة وحرس الجمارك" وتكون حصة المشترك فيها، بحسب ما نصت عليه المادة ٣٢ التي تقضي بأن "يكون تمويل الضمان الاجتماعي من الاشتراكات والموارد الأخرى على النحو المبين في ما يلي ... ب- وفيما يتعلق بالموظفين والعمال يوزع عبء الاشتراك على ثلاثة أطراف بالنسب الآتية:

- الخزانة العامة وتحمل ٤٠% على الأقل من قيمة الاشتراك

- جهة العمل وتحمل ٣٥% من الاشتراك.

- المشترك وتحمل ٢٥% في المية من الاشتراك على الأكثر.

وهذا النص يشبه نص المادة ٣ من قانون التأمين الصحي التي أوجبت على جهة العمل بالاشتراك لصالح منتسبيها في إحدى أدوات التأمين الصحي والمساهمة في حصة المشترك. كما تصرف للمشارك طبقاً لقانون التأمين الصحي قيمة الوفاء بعلاج المنتفع من خلال جهة التأمين (م ٤).

### الفرع الثالث: الوقت المستقطع للرضاعة.

تضمنت المادة ٢٥ من القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ النص على إجازة الرضاع حيث جاء فيها "... كما يكون للمرأة العاملة في خلال الثمانية عشر شهراً التالية لتاريخ الوضع الحق في التمتع بفترة أو فترات توقف عن العمل خلال ساعات العمل لا تقل في مجموعها عن ساعة واحدة من أجل إرضاع طفلها على أن تعتبر ساعات عمل مدفوعة المقابل".

الفلمدة المقررة لانتفاع الموظفة بساعة الرضاعة اليومية تستمر إلى عام ونصف من عمر الطفل، كما جاء في النص، بما لا يتجاوز ساعة يومياً، دون تحديد فيما إذا كان للموظفة استقطاع هذه الساعة خارج مكان العمل، بالرغم من إشارة النص إلى فترات توقف عن العمل خلال ساعات العمل، بمعنى عدم إمكانية أخذ الساعة للرضاعة متصلة. والأفضل هو النص على وقت مستقطع لإرضاع الطفل في مقر العمل، أو تخفيض ساعات العمل بدون خسارة في المرتب لإرضاعه خارج مقر العمل، كما ذهب لذلك القانون المصري، وقانون حماية الأمومة للاتحاد الأوروبي، لعام ١٩٩٤<sup>(١)</sup>.

فهنا الحل هو الأنسب، ذلك أن جل القطاعات الحكومية لا تحوي أماكن خاصة بالرضاعة، التي تحتاج لدور حضانة داخل مقر العمل لتناسب الموظفات المرضعات، وهو ما لا يتوفر في أغلب القطاعات الحكومية. كما أن السماح للمرأة باستقطاع ساعة إرضاع خارج مكان العمل وخلال الدوام الرسمي، لا يفي هو الآخر باحتياجات الأم والطفل، ذلك أن ذهاب الموظفة وإيائها وإرضاعها للطفل في غضون ساعة يعد ضرباً من المستحيل في ظل الوضع الحالي للطرق والمواصلات.

ذكره ص ١٧.

نص المادة ٤٦ من قانون الخدمة المدنية المصري على تخفيض ساعات العمل بمقدار ساعة للموظفة التي ترضع طفلها حتى بلوغه العامين.



### الفرع الرابع: إجازة رهاية الأطفال.

تمنح هذه الإجازة لغرض انصراف الأم لرعاية طفلها بعد ولادته، وقد نص عليها حديثاً في بعض القوانين منها قانون الأمومة الصادر عام ١٩٩٤، ضمن برنامج الاتحاد الأوروبي، وبعض التشريعات كالقانون العراقي<sup>(١)</sup> غير أن المشرع الليبي لم ينص على هذه الإجازة.

والحرى به النص عليها ولو بنصف الراتب، تاركاً الخيار للموظفة في رعاية مولودها بعد الوضع أو العودة للعمل، على أن تحسب هذه المدة ضمن المدة التي ينص عليها القانون لأغراض الترقية، والتي تلتزم فيها جهة العمل بدفع اشتراكات الضمان الاجتماعي. كما فعلت بعض القوانين<sup>(٢)</sup>.

وهذا الطرح يناسب الحالات التي تلد فيها الموظفة قبل الميعاد (الأطفال الخدج، أو طفل معاق أو مريض بمرض مزمن لا يرجى شفاؤه، أو معدي والتي غفل النص أيضاً عن تنظيمها، بخلاف بعض قوانين الدول الأخرى، وكما غفل عنها أيضاً قانون رعاية الطفولة رقم ٥ لسنة ١٤٢٧ ميلادية<sup>(٣)</sup>

### الفرع الخامس: توفير دور حاضنة الأطفال.

نصت اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ على هذا الالتزام، بتخصيص دور حضانة للأطفال بالنص في مادتها الثانية عشر على أنه "يجب على جهات العمل تخصيص أماكن بمقر العمل أو دور للرعاية النهارية للأطفال الأمهات العاملات في الجهات الإدارية والخدمية والإنتاجية التي تتوفر فيها أعداد مناسبة من الأمهات العاملات ويجوز أن تشترك أكثر من جهة عمل واحدة في إقامة هذه الدور وتتولى جهات العمل تجهيز وإدارة هذه المقار بالتعاون مع النساء العاملات. وعلى جهات العمل المختلفة تقديم العون والمشورة في هذا الشأن".

كما تنص المادة ١٣ من ذات اللائحة "على جهات العمل المشغلة للنساء وفقاً لأي من النظامين المشار إليهما توفير الأماكن والظروف الملائمة للعمل من حيث تزودها بالمرافق اللازمة والتي تتسم بالخصوصية...".

وأكدت المادتين على ضرورة توفير مرافق مخصصة للنساء ودور رعاية أطفال الأمهات العاملات<sup>(٤)</sup>. ولكن ليس في كل الأحوال، وإنما فقط إذا كانت أعدادهن ليست يسيرة، وبذلك فإن الأمر مناط بسلطة الإدارة التقديرية، فضلاً أن هذه الدور بحسب النص تقدم خدماتها خلال النهار وهو أمر منطقي.

نص القانون العراقي على إجازة لرعاية الأطفال لمدة عام واحد براتب لمدة ستة أشهر وبنصف الراتب للستة أشهر التي تليها، علماً بأنها لا تدخل في حساب الإجازة السنوية، وتكون الإجازة لمدة عام مدفوعة الراتب للأم التي تلد توأمًا، وتمتع الموظفة بهذه الإجازة لأربع مرات طيلة مدة خدمتها، وتحمل عنها الإدارة التي تعمل بها نصف حصة التقاعد أو اشتراك الضمان وتحمل الأم النصف الآخر، وقيد المشرع العراقي الموظفة بالبقاء في العراق لاستحقاق هذه الإجازة إلا إذا كان الطفل مريضاً، بالرغم من أن تقييد حريتها في التنقل خارج البلاد يعد تزييداً، لا يهيم المرفق الذي تعمل به، طالما أن الإجازة مقصدها رعاية المولود.

نص قانون الخدمة المدنية المصري في المادة ٤٦ سنة على تخفيض ساعات العمل لفترات معينة، والحالات التي تنص عليها اللائحة، والتي ورد في المادة ١٣١ منها "تخفيض ساعات العمل اليومية بمقدار ساعة لكل من الموظف ذوي الإعاقة، الموظف الذي لديه ولد من ذوي الإعاقة. الموظفة التي ترضع طفلها وحتى بلوغه العامين"، وقد انتهى الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة بشأن الإفادة بالرأي عن مدى أحقية الموظفة المعاقة وحامل في الاستفادة من الرخصة القانونية بتخفيض ساعات العمل بواقع ٤ ساعات باعتبارها معاقبة وترضع طفلها وحامل في الشهر السادس، حيث أن كل منها له قواعد ومناطق استحقاق وخلصوا القانون من نص يمنع الجمع بينها مشار إليه في موسوعة الوظيفة والموظف العام - سلسلة قانونية شهرية العدد الأول - مايو ٢٠٢٢ - ص ١٥ إعداد كمال إبراهيم.

نص قانون حماية الطفولة في المادة ٤ منه على "تأجيل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية للمرأة الحامل والمرضع مدة لا تتجاوز سنة بعد الوضع ما لم تكن الجريمة ماسة بأمن الدولة".

تعضي المادة ٤٨ من القانون بتخصيص دورات مياه للنساء مستقلة عن الرجال.



كما منحت إدارة وتجهيز هذه الدور لجهات العمل بالتعاون مع النساء العاملات، وهذا النص معيب، لأن أداء التزامات الوظيفة محددة بالقانون، وعلى حسب الوظيفة المدرجة في الملاك، خلال ساعات الدوام الرسمي، وإلزامها بالتجهيز يتنافى مع واجب الإدارة في هذا الشأن، أخذاً في الاعتبار ترقية الموظفة أو نقلها لخارج وحدتها الإدارية، فلا تكون تضررت مادياً فيما يتعلق بتجهيز دور رعاية الأطفال، ثم انتقلت لجهاز إداري جديد، فتلزم حينها بنفس العبء إذا كان الطفل لا يزال يحتاج لرعاية.

ولا يمنع أن تكون دور الرعاية بمقابل.

أما إذا كان مقصود المشرع الإشراف على تجهيز وإدارة دور حضانة الأطفال، بالاشتراك بين الإدارة والموظفات العاملات لديها، فهو عندئذ أمر منطقي ومحمود.

وهذا يتماشى مع ما نص عليه قانون حماية الطفولة الذي نص في المادة ١١ منه "يجب أن تكون مخططات المدن والقرى مشتملة على ساحات ملاعب وحدائق ومرافق خدمات للأطفال ودور الحضانة المناسبة لمواقع العمل التي تشتغل فيها النساء على أن تقدم خدماتها للأطفال بمقابل وذلك بما يضمن لهم أسوياء ومعاقين أسباب النمو وحرية الحركة والانطلاق واللعب في ظروف صحية مأمونة".

### المطلب الثاني: نظام الإجازات الأخرى للموظفة وانتهاء الخدمة.

سنتناول في هذا المطلب الكيفية التي عالج بها المشرع الإجازات وسن التقاعد، للوقوف على مدى منحه رعاية خاصة للموظفة في ظل القانون.

### الفرع الأول: الإجازة المرضية.

تنص المادة ٣٣ من القانون على هذه الإجازة بالقول "للعامل أو الموظف الحق في إجازة مرضية مدفوعة المقابل أو المرتب لمدة لا تزيد عن خمسة وأربعين يوماً متصلة أو ستين يوماً متقطعة خلال السنة الواحدة." ويكون منح الإجازة المرضية بناءً على تقرير طبي من طبيب معتمد وإذا مرض العامل أو الموظف أثناء وجوده في الخارج كان منح الإجازة بناءً على تقرير طبي من الطبيب المعتمد لدى البعثة السياسية للجماهيرية العظمى أو من يقوم مقامها...".

فالنص نظم أحكام الإجازة المرضية من حيث مددها وضرورة اعتمادها من طبيب معتمد في الداخل، أو من السفارات الليبية بالخارج، إذا كان الموظف مسافراً واعتراه عارض المرض هناك.

إلا أن المشرع لم يراع الأمراض المزمنة والخطيرة التي تتطلب علاجاً لمدة طويلة تفوق ٤٥ يوم أو ٦٠ يوم خلال السنة مقررًا فيها إحالة الموظف إلى التقاعد المبكر.

أما يتعلق بإجازة الموظفة المريضة، فإن تقييد الطلب بإرفاق شهادة من طبيب معتمد قد يحرم الموظفة من الاستفادة بهذه الإجازات خلال الدورة الشهرية<sup>(١)</sup>، ذلك أنه عارض مستمر وشهري لا يحتاج لكشف الطبيب، ويسبب الانزعاج إذا كان المدير ذكراً للإحراج الذي يقع على الموظفة.

تخلل الدورة الشهرية جملة من الظروف مثل انحباس الطمث والنزف وعسر الطمث وغيرها من العوارض التي تعترى المرأة خلالها.



وقد يثير إشكالية حول الإجازة المرضية المتكررة للمرأة حيث أن لجوئها الكثيف للإجازة لهذا السبب "قد يؤدي إلى ترسيخ قوالب نمطية سلبية تسيء إلى فاعلية المرأة العاملة وإمكان التعويل عليها، وبالتالي ينظر إلى أحكام الإجازة الخاصة بالمرأة على أنها تزيد الكلفة غير المباشرة لاستخدام المرأة مما يولد تبعات تمييزية تؤدي بالنظر للمرأة على أنها عامل غير موثوق فيه"<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني: الإجازة بدون مرتب

تنص المادة ٣٥ من القانون على أنه "يجوز بقرار من جهة العمل منح العامل أو الموظف إجازة خاصة بدون مرتب في الحالات والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية".

ونصت اللائحة في المادة ١٩ منها على "يجوز بقرار من جهة العمل منح العامل أو الموظف إجازة خاصة بدون مرتب في الحالات والشروط التالية:

١- .....

٢- .....

٣- للأسباب الأخرى التي يبيدها العامل أو الموظف وتقدرها جهة العمل ويجب ألا تقل الإجازة في هذه الحالة عن شهرين ولا تزيد على سنة إلا إذا كانت ممنوحة لعرض الدراسة أو العمل فهي قابلة للتجديد".  
والمادة ٢٨ تنص على أنه "تضع جهات العمل التي يسري في شأن العاملين بها عقود عمل الشروط المتعلقة بالإجازة الخاصة بدون مرتب مع مراعاة مدة الإجازة ومدة العقد وتاريخ انتهائه".

يلاحظ أن صدر الفقرة ٣ من المادة ١٩ من اللائحة تحوي نوعاً من المرونة، فيما يتعلق بالأسباب التي يمكن للموظفين إبداءها، للحصول على هذا النوع من الإجازات لكن المشرع قيدها في مدتها بألا تتجاوز سنة إلا إذا كان الغرض منها الدراسة والعمل فتقبل التجديد، هذا عدا عن القيد الذي ورد في النص نفسه بإيراد ثلاث حالات عدداً وحصرًا يجوز فيها تقديم طلب الإجازة.

والأفضل أن يجعل المشرع النص يتسم بالمرونة ليوافق التطورات والظروف المحيطة ببيئة العمل، طالما أن الإجازة بدون مرتب، فيترك للإدارة السلطة التقديرية لمنحها من عدمه بحسب وجهة الأسباب، خاصة بعد ظروف التهجير التي عاشتها البلاد سواء في الداخل أو ما اضطر منها بعض المواطنين للهجرة خارجاً.

## الفرع الثالث: إجازة المرافق للخارج.

لم ينص القانون رقم ١٢ على هذه الإجازة، وإنما تضمنتها اللائحة التي نصت عليها في المادة ١٩ عندما نظمت أحكام الإجازة بدون مرتب، حيث تقضي بأنه "يجوز بقرار من جهة العمل منح العامل أو الموظف إجازة خاصة بدون مرتب في الحالات والشروط التالية: ١- للزوج أو الزوجة إذا رخص لأحدهما بالسفر للخارج بشرط ألا تتجاوز المدد المرخص بها. ٢- لأغراض العلاج للزوج أو الزوجة أو الأبناء أو الوالدين".

فالإجازة هنا تقتصر على سفر أحد الأزواج خارج البلاد فيكون للزوجة حق أخذ إجازة بدون مرتب، لمرافقة زوجها أو لأغراض العلاج، وهنا وسع المشرع فلم يقصرها على الأزواج فقط، وإنما امتدت للأبناء والوالدين، وهذا أمر محمود، لاستمرار روابط الأسرة وكيانها.

ألفباء حقوق المرأة العاملة، مرجع سبق ذكره ص ٢٢.





وما غفل عنه المشرع النص مع عدم الإخلال بحق أحد الأزواج في إجازته بمرتب إذا كان له رصيد إجازات اعتيادية، ثم يحال للإجازة بدون مرتب.

كما يلاحظ أن المشرع لم يتطلب تقديم عقد قران وما يفيد وجود أحد الزوجين بالخارج، ودون أي وجوب على الإدارة في الموافقة على الطلب<sup>(١)</sup>.

#### الفرع الرابع: إجازة العدة.

قضت المادة ٣٤ من القانون بأنه "يكون للعامل أو الموظف الحق في إجازة خاصة بمرتب كامل في الحالات الآتية:

ج- للمرأة عند وفاة زوجها وتكون لمدة أربعة أشهر وعشرة أيام.

وهذه الإجازة الاعتيادية للمرأة المتوفى عنها زوجها، حددها المشرع الليبي كما نص عليها القرآن الكريم، بشكل متماثل وهنا يجب ملاحظة أن حساب المدة تكون بالتاريخ الهجري. كما يصرف للمرأة مرتبها الكامل؛ ولم يحدد لها المشرع سقفًا معينًا، بمعنى أنه إذا تكرر زواج الموظفة وحدثت وفاة للزوج تستحقها بمرتب كامل دون قيد<sup>(٢)</sup>.

#### الفرع الخامس: سن التقاعد.

تنص المادة ٤٢ من القانون على أنه "تنتهي خدمة العامل أو الموظف لأحد الأسباب التالية: ... بلوغ السن المقررة قانوناً لانتهاج الخدمة" والمادة ٤٣ نصت على أنه "تنتهي خدمة العامل أو الموظف ببلوغ ٦٥ سنة شمسية من الرجال و ٦٠ سنة شمسية من النساء .... ويجوز استثناء بعض المواقع والوظائف والفئات من السن المقررة لانتهاج الخدمة وذلك وفقاً للشروط والضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

وجاءت المادة ٤٠ من اللائحة التنفيذية بالنص على الوظائف التي يمكن استثناءها من السن المقررة قانوناً والجهات التي تملك ذلك.

وتختلف الأنظمة القانونية في السن المقررة لانتهاج الخدمة فبعضها حددها بسن معينة وهو الغالب<sup>(٣)</sup> وبعض آخر حدد انتهاء الخدمة للموظفة بعدد الأطفال للمرأة المتقاعدة<sup>(٤)</sup>. وتحدد قوانين الضمان الاجتماعي بحسب نسبة اشتراكات المتقاعدين<sup>(٥)</sup>.

ولم يشر القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ للنظام الذي أخذ به فيما إذا كان عدد سنوات العمل أم العمر فقط<sup>(٦)</sup>. أما قانون الضمان الاجتماعي رقم ١٣ لسنة ١٩٨٠ فقد نص في المادة ١٣ على سن انتهاء الخدمة أو العمل (٦٥ سنة ميلادية كاملة للرجال و ٦٠ سنة ميلادية كاملة للنساء).

نص قانون الخدمة المدنية المصري في المادة ٣٣ منه على أنه "يتعين على الوحدة أن تستجيب في كل الأحوال لطلب الزوج أو الزوجة بالموافقة لسفر للخارج".  
حدد القانون العراقي إجازة العدة للمرأة المتوفى عنها زوجها بـ ١٣٠ يوماً.

سن التقاعد في الأردن ٥٥ عام بالنسبة للنساء حسب قانون الضمان الاجتماعي الأردني رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٩.

في روسيا يمكن للموظفة التي أنجبت ٤ أطفال التقاعد، والنساء اللاتي لديهن أربعة أطفال لا تتجاوز أعمارهم أربعة سنوات، يمكن لهم التقاعد قبل ٤ سنوات من السن المقررة لانتهاج الخدمة، بينما النساء اللاتي لديهن أكثر من ٥ أطفال يمكنهن التقاعد في سن الخمسين، مشار إليه في بحث: م.م أحمد محمد حسين، أ.م.د. كوثر حازم سلطان، أنظمة تقاعد الموظف العام من الخدمة المدنية في القوانين المقارنة، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية: العدد الأول مجلد ١٢ حزيران - ٢٠٢١ - ص ١١٩. ففي فرنسا مثلاً كانت سن التقاعد ٦٠ سنة، ثم رفعت إلى ٦٢ سنة عندما تبين أن الضريبة التي يقوم بدفعها الموظف لا تسهم في تغذية نفقاته مستقبلاً، مشار إليه في - ص ١٢٤.

ففي بريطانيا وإيطاليا يؤخذ بنظام عدد سنوات العمل التي يسهم من خلالها الموظف في دفع مستحقات التقاعد التي تحوله الحصول على راتب تقاعدي كامل وهي ٤٠ سنة في إيطاليا و ٣٥ سنة في بريطانيا وهذا النظام له عيوب فهو يؤثر على الراتب التقاعدي الذي تتقاضاها النساء، حيث يصل إلى ٨٢٥ يورو، في حين يتقاضى الرجل



وأجازت الفقرة ت من نفس المادة "يجوز لمن بلغ السن المحددة بالفقرة ب أن يستمر في الخدمة أو العمل بعد الخامسة والستين أو بعد الستين بحسب الأحوال بشرط موافقته هو وموافقة جهة العمل أو الخدمة وذلك مع عدم الإخلال بالشروط الأخرى المقررة قانوناً للبقاء في الخدمة أو العمل". ونظمت المادة ١٤ طريقة حساب معاش الشيخوخة "يحسب معاش الشيخوخة للمشارك على أساس متوسط مرتبه الفعلي أو أجره الفعلي أو دخله المفترض في خلال السنوات الثلاثة الأخيرة من مدة خدمته أو عمله ويضرب هذا المتوسط في  $\frac{1}{2}$  عن كل سنة خدمة أو عمل من العشرين سنة الأولى للمشارك و ٢% عن كل سنة خدمة أو عمل له تالية لذلك.

ب- على ألا يقل معاش الشيخوخة عن ثمانين في المائة من الحد الأدنى للأجور ولا يزيد عن ثمانين في المائة من متوسط المرتب أو الأجر أو الدخل الذي سوى على أساسه المعاش".

وبالتالي فإن المشرع الليبي أخذ بمتوسط سنوات الخدمة أو العمل في حساب معاش التقاعد.

وبذلك يكون المشرع الليبي وفق القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ قد راعى الموظفة في سن التقاعد، بانتقاصها عن سن انتهاء خدمة الرجال.

### الخاتمة

في ختام البحث المعنون بحقوق الموظفة في ظل قانون علاقات العمل، وبعد الانتهاء من البحث تم رصد عدة نتائج لعل أهمها:

- ١- كرس المشرع مبدأ المساواة بين الجنسين، بما فيها أحقية المرأة في تولي وظائف الإدارة العليا، وبذات الشروط بالنسبة للموظفين الرجال.
- ٢- ينطبق قانون علاقات العمل فيما يتعلق بتشغيل النساء على العاملات والموظفات، فلم يحدد القانون الأعمال التي تتناسب وطبيعة المرأة والتي يحظر تشغيل النساء فيها.
- ٣- حظر القانون التحرش الجنسي وكل الأفعال التي يمكن أن تؤدي إليه بإلزامه الإدارة المحافظة على الأخلاق والآداب، وإلزامه الموظفين بالالتزام بالقانون وتجنب الأعمال التي تحط من كرامة الوظيفة.
- ٤- استحدث القانون نظامين لتشغيل النساء أحدهما يتعلق بنظام التشغيل لكامل الوقت وآخر لبعض الوقت.
- ٥- منح المشرع الموظفة العاملة بنظام التشغيل لبعض الوقت علاوة عائلية وسكن كاملتين.
- ٦- لم يتضمن التشريع أي معالجة تشريعية لمسألة علاوة العائلة للزوجة المهجورة التي لا ينفق عليها زوجها.
- ٧- تضمن التشريع نص قانون واحد لمعالجة إجازة الحمل والوضع فحوى مميزات وعيوب تحمل في الآتي:

أ- المزايا: - عدم إنهاء عمل الموظفة أثناء الحمل.

- قرر المشرع إجازة طويلة تقدر بـ ١٤ أسبوع وفقاً لما نصت عليه الاتفاقيات وقوانين الدول المتقدمة.

- لم يلزم المشرع الموظفة بتقسيم الإجازة إلى قبل الوضع وبعده ووجه الإلزام فقط في المدة التي تلي الوضع

والمقدرة بست أسابيع.

- يجوز تأجيل أو قطع الإجازة بناءً على رغبة الموظفة وبموافقة الإدارة.

- عدم تقييد المشرع بعدد معين من الولادات لمنح إجازة الحمل والوضع.

ب- أما العيوب فتتمثل في: - لم يحدد المشرع قدرة الموظفة على طلب إجازة مرضية خلال الحمل.



- لم يحظر المشرع العمل الإضافي للحامل.
- لم ينص المشرع على تخفيض ساعات العمل للحامل خلال الأشهر الأخيرة.
- لم يتناول المشرع فرضية خروج الجنين ميتاً.
- لم يتعرض المشرع لحالة دخول الأم للمستشفى لأمر خارج عن مضاعفات الولادة.
- لم ينص المشرع الليبي على إجازة رعاية الأطفال بعد الوضع.
- لم ينص المشرع على إجازة للموظفين المخالطين لمرضى بمرض معدي.
- ٨- راعى المشرع سن التقاعد للموظفة بـ ٦٠ سنة.
- ٩- قيد المشرع الإجازة بدون مرتب بحالات محددة على سبيل الحصر.  
وفي ظل النتائج السابقة يمكن التوصية بالآتي:
- ١- معالجة حالة المرأة المهجورة بدون نفقة فيما يتعلق بعلاوة العائلة، بحيث يلزم الخروج بنفقتها أو إيقاف صرفها عنه.
- ٢- مراعاة العيوب التي جاءت بالمادة ٢٥ التي نظمت إجازة الحمل والوضع والرضاعة على أن تتضمن الآتي:
  - أ- منح الحامل الحق في إجازة مرضية خلال الحمل لا تدخل في حساب إجازة الأمومة.
  - ب- حظر العمل الإضافي للحامل مطلقاً.
  - ج- تخفيض ساعات العمل للحامل خلال الأشهر الأخيرة للحمل بمعدل ساعة يومياً مدفوعة الراتب.
  - د- النص صراحة على استحقاق الموظفة التي يخرج جنينها ميتاً أو يموت بعد الوضع وقبل انتهاء مدة إجازة الوضع.
  - د- منح الموظفة الحق في إرضاع طفلها خارج مقر العمل بالنص على تخفيض ساعات الدوام الرسمي بمقدار ساعة يومياً إلى حين انتهاء الرضاعة الطبيعية.
  - و- النص على حق الموظفة في إجازة رعاية الأطفال لمدة عام بعد الوضع مدفوعة الراتب إسوة بالقوانين العربية والاتفاقيات الدولية.
- ٣- تنظيم إجازة الموظفين المخالطين لمرضى بمرض معدي.
- ٤- النص على وجوب استجابة جهة العمل لطلب الموظفين للسفر بالخارج سواء لمرافقة الزوج أو الوالدين أو الأبناء.
- ٥- منح الموظفين الحق في إجازة دون مرتب بغير تعداد لحالات بعينها، وإنما النص على قاعدة عامة.



## قائمة المراجع:

### أولاً: الرسائل العلمية

#### أ- رسائل الدكتوراه:

- ١- طاوسي فاطمة، الحماية القانونية للمرأة العاملة - دراسة مقارنة في القانون الدولي والقانون الجزائري - رسالة دكتوراه - جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ٢٠١٩-٢٠٢٠.

#### ب- رسائل الماجستير

- ١- آلاء رزق يونس الحاج، ضمانات حقوق المرأة في التشريعات الأردنية والمواثيق الدولية - دراسة مقارنة - جامعة الشرق الأوسط - ٢٠٢٠.

#### ثانياً: الكتب

- ١- كمال إبراهيم - موسوعة الوظيفة والموظف - العدد الأول - مايو ٢٠٢٢ سلسلة قانونية شهرية.

#### ثالثاً: الأبحاث

- ١- د. محفوظ علي عمران تواتي، العلاوة السنوية للموظف العام في القانون الليبي - دراسة في أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ بشأن علاقات العمل - مجلة آفاق اقتصادية - المجلد ٣ - العدد ٦ - يونيو ٢٠١٧.
- ٢- وسيلة محمد خليفة عدس، قراءة نقدية لنصوص القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ بشأن إصدار قانون علاقات العمل الصادر في ليبيا مجلة كلية القانون - جامعة طرابلس - ٢٠١٧-٢٠١٨.
- ٣- وفاء محمود أحمد، النظام القانوني لإجازات الموظف العام - مجلة دراسات تربوية - العدد ٤٩ - ٢٠٢٠.

#### رابعاً: القوانين والاتفاقيات الدولية

- ١- توضيح حقوق إجازة الأمومة - دليل قانون حماية الأمومة لسنة ١٩٩٤ - ٢٠٠٤ تمت ترجمة هذا الدليل المعتمد من الوكالة الأدبية للبالغين الوطنيين ٢٠١٢.
- ٢- ألفباء حقوق المرأة العاملة والمساواة بين الجنسين - مكتب العمل الدولي - جنيف - الطبعة الثانية.
- ٣- حقوق المرأة في التشريع اللبناني - إعداد وتجميع المحامي فادي كرم، الهيئة الوطنية لشؤون المرأة اللبنانية - لبنان - بيروت - ٢٠١٤.

#### خامساً: التقارير

- ١- التقرير الوطني بجمهورية مصر العربية بيكن + ٢٠ - المجلس القومي للمرأة - مايو ٢٠١٤.



## مدى صحة استعمال القضاء الجنائي لمسمى المتهم

(دراسة نقدية في ضوء بعض المبادئ الإجرائية)

### THE VALIDITY OF USING THE TERM ACCUSED BY CRIMINAL COURTS

(A Critical Study in the Light of Some Principles of Criminal Procedure)

د. نجلاء محمود الجيَّاش

أستاذ مساعد بكلية القانون / جامعة طرابلس

#### ملخص :

قد يُتهم المرء بظلمه في جريمة ما على يد مَنْ منحه المشرع صلاحية توجيه الاتهام، فيحمل على ذلك وصف المتهم ويُتعت به قولاً وكتابة؛ ليس من قِبَل سلطة اتّهامه فحسب بل وأيضاً من قِبَل المحكمة التي أُحيلت إليها دعواه. بحثنا هذا هو للنظر في مدى صحة استخدام جهة الحكم لفظ المتهم، والحال أن الأنظمة الإجرائية الحديثة تركز على الفصل بين سلطتي الاتهام والحكم، وتحرص أشد الحرص على احترام أصل البراءة. في تقديرنا أن تطبيق مبدأ الفصل يُتّم ألا تستعير جهة الحكم مصطلحات جهة الاتهام؛ لئلا توحى بممارستها وظيفية الاتهام أو تأييدها لموقفها، كما يفترض بالمحاكم تقديراً لأصل البراءة ترك الإشارة إلى المتهم بهذا اللفظ لما فيه من مساس ببراءته المفترضة، فالأصل في الإنسان عدم اقتراه لأي جرم، واتهامه بالعكس قدح في ذلك الأصل وادعاء بخلافه، وهو مساس تحول طبيعة عمل القضاء دون تبريره خلافاً لمهمة سلطة الاتهام.

#### Abstract:

A person may be accused of being involved in a crime by whom the legislator granted them the power to charge. Accordingly, he/she carries the description of the accused and referred to them as an accused verbally and in writing, not only by the prosecuting authority but also by the judge before whom the accused case was litigated. This Paper examines the validity of the use of the term accused by the Judge, especially where the modern procedural systems are based on the separation of powers between the prosecuting authority and the judicial authority, and are keen to respect the presumption of innocence. The author believes that applying the doctrine of the separation of powers requires that the courts not use the term accused which belongs to the prosecuting party. Otherwise, it will suggest that the courts are exercising the accusatory function or endorsing the prosecuting authority position. In addition, the courts should appreciate the principle of presumption of innocence by refining from using the term accused because it prejudices the presumption of innocence, especially they do so without any justification as opposed to the prosecuting authority.



## مقدمة

لم يضع المشرع الليبي تعريفاً للمتهم، بل أطلقه على كل من قد يكون محالاً لإجراءات الاستدلال أو التحقيق الابتدائي أو المحاكمة، غير أنه يمكن تعريف المتهم بأنه من وجه إليه الاتهام بارتكاب جريمة ما بوصفه فاعلاً أو شريكاً<sup>(١)</sup>، ويوجه الاتهام من قبل سلطة التحقيق ممثلة في النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي، أو برفع الدعوى من طرف المضرور من الجريمة عبر الادعاء المباشر أو من قبل المحكمة في جرائم الجلسات، ويتوسع بعض الفقه في مدلول المتهم ليشمل حتى من اتخذت ضده سلطة الاستدلال أحد إجراءات التحقيق في إطار اختصاصها الاستثنائي<sup>(٢)</sup>.

وعليه، فثبوت صفة المتهم للشخص بتوجيه الاتهام إليه ممن يملكه قانوناً قد يكون سابقاً على مرحلة المحاكمة وقد يتزامن معها، ومن الممكن أيضاً ألا يمر المتهم بتلك المرحلة أصلاً، فلا يمثل أمام أي محكمة لعدم رفع الدعوى عليه من الجهة المختصة، غير أنه متى ثبتت له تلك الصفة، اكتسب حقوقاً ورتب عليه المشرع بعض الإلتزامات إلى حين زوالها بالحكم بالبراءة أو بالإدانة، أو قبل ذلك بالأمر بالأمر بوجه لإقامة الدعوى أو الحكم بانقضائها.

**إشكالية البحث:** ما أن تثبت صفة المتهم لشخص ما وبغض النظر عن جهة اتهامه حتى تُفعل المحاذير بتجنب الإشارة إليه بالجرم أو نظير ذلك طالما لم يقل القضاء كلمته ويفصل في الدعوى بالإدانة، بيد أن الفكر القانوني لم يُلَقِ بالأمدى صحة أن ينعت القاضي الجنائي -وهو جهة الحكم- الشخص محل الاتهام والمرفوعة عليه الدعوى الجنائية بالمتهم شفاهة أو كتابة، لا سيما في ظل نظام يقوم على الفصل بين سلطتي الاتهام والحكم، واحترام حياد القضاء، والاعتراف بأصل البراءة كأحد قواعد الخصومة الجنائية، الأمر الذي يدفعنا إلى طرح التساؤلات الآتية: ألا يوحى استخدام القاضي لمسمى المتهم بأنه يمارس سلطة الاتهام بدل وظيفة الحكم؟ أليس في ذلك تأييداً ولو ضمناً لقرار سلطة الاتهام بتوجيه التهمة إلى المتهم؟ ألا تتضمن دعوة القاضي للمتهم بهذا اللفظ إنكاراً لأصل البراءة المفترض في كل إنسان دون مسوغ يبرره خلافاً لحالة إطلاقه من قبل جهة الاتهام؟ غير أنه في معرض محاولتنا الإجابة على تلك التساؤلات، لا يجب أن يغيب عن الأذهان أن مقصدنا يتمحور حول البحث في مدى صحة استعمال وصف المتهم ذاته دون المساس بحقيقة ثبوته أو بما يمنحه من حقوق للمتهم، فالحقوق تُكتسب كما الوصف بمجرد توجيه الاتهام، وتظل مثله ثابتة للمتهم بصرف النظر عن استعمال ذلك الوصف من عدمه.

**أهمية البحث:** القضاء هو حارس الحقوق الشخصية للأفراد، وبه نظم على سير محاكمة المتهمين وفقاً للشكل الذي حدده القانون، وعليه نزع من المهم بمكان أن نتقصى مدى ملائمة استعمال المحاكم مصطلح المتهم للقواعد العامة ذات العلاقة في قانون الإجراءات الجنائية، واقتراح مسمى بديل في حال الانتهاء إلى عدم ملائمتها.

<sup>١</sup> - انظر عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٨، ص ٨٩.

<sup>٢</sup> - من هذا الرأي: مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الجزء الأول، بيروت: مطبعة دار الكتب، ١٩٧١، ص ١٩١، عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، مرجع سبق ذكره، ص ٩١، عبد الرحمن محمد أبو توتة، شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، الجزء الأول، طرابلس: دار الرواد، ٢٠١٧، ص ٢٦٨. وثمة من يذهب إلى خلاف ذلك، باعتبار أن المتهم هو كل من حركت الدعوى الجنائية في مواجهته؛ والدعوى لا تتحرك بما تتخذها سلطة الاستدلال من إجراءات، ولو كانت بحكم طبيعتها إجراءات تحقيق. الهادي علي يوسف بوحرة، الموجز في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، طرابلس: مكتبة طرابلس العلمية العالمية، الطبعة الثالثة، ٢٠٢٠، ص ٦٦، ٦٧.



**نطاق ومنهج البحث:** تقيّمنا مدى توفيق القضاء في اعتماده لفظ المتهم للإشارة إلى الشخص المرفوعة عليه الدعوى الجنائية هو دراسة نقدية تنطلق من تحليل بعض المبادئ الإجرائية المستقر عليها في سائر الأنظمة القانونية الحديثة والتعمق بفلسفتها، مع التعرض لبعض من نصوص القانون الليبي ذات الصلة بالموضوع، ليكون منهج بحثنا على ذلك جامعاً بين الأسلوبين التحليلي والنقدي.

**خطة البحث:** اخترنا معالجة موضوع البحث وفق التقسيم التالي:

**الفرع الأول:** في ضوء مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والحكم

أولاً: القاعدة (القضاء سلطة حكم)

ثانياً: الإستثناء (القضاء سلطة اتهام وحكم)

**الفرع الثاني:** في ضوء مبدأ أصل البراءة

أولاً: في حالة توجيه الاتهام من قبل سلطة التحقيق

ثانياً: في حالة الادعاء المباشر

**الفرع الأول : في ضوء مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والحكم.**

حتى لا يكون الخصم في الدعوى هو ذاته الحكم؛ وُجد مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والحكم، وعلى أهميته في ضمان حياد القضاء وبالتالي كفالة حق المتهم في محاكمة نزيهة وعادلة، استوجبت مصلحة أخرى الخروج عليه عبر تحويل المحكمة صلاحية توجيه الاتهام في جرائم الجلسات والفصل فيها. ومما يلاحظ على قضاة المحاكم؛ استخدامهم مصطلح المتهم بشأن من رُفعت عليه الدعوى الجنائية في كل الأحوال، الأمر الذي جرنا إلى البحث في مدى صحة مسلكهم ذلك في ظل مبدأ الفصل بين الاتهام والحكم عند تقلدهم سلطة الحكم فقط (أولاً)، ثم حكم ذلك المسلك حين يجمعون -استثناء على المبدأ المذكور- بين سلطتي الاتهام والحكم (ثانياً).

**أولاً: القاعدة (القضاء سلطة حكم):**

وصف المتهم هو صنيعة السلطة المخولة بالاتهام، تسبغه على الشخص عبر اتهام توجهه إليه بارتكاب فعل هو وفق القانون جريمة، بصفته فاعلاً أو مجرد شريك. ولما كان النظام الإجرائي الليبي-كسائر الأنظمة الحديثة- يقوم بحسب الأصل- على مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والحكم؛ بإسناد صلاحية الاتهام إلى النيابة العامة- أو من يقوم مقامها-، واستثناء القضاء بوظيفة الحكم، فإننا نرى أن في استعمال القاضي للفظ المتهم شفاهةً في قاعة المحكمة أو كتابةً في صفحات الحكم مساس بهذا المبدأ، إذ يجب أن يمتد الفصل إلى الأوصاف المستخدمة من قبل النيابة العامة والمحكمة، كلٌّ بحسب نطاق سلطته، فلا يتبنى الحكم مصطلحات الخصم أو العكس لما بين وظيفتي الاتهام والحكم من تعارض، وعليه فليس للقاضي وهو سلطة حكم لا اتهام؛ استخدام مسمى المتهم احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطتين.

وإذا كان ما يبرر عدم مؤاخذة سلطة الاتهام في نعتها للشخص بالمتهم هو أنها لا تصم أحدهم بذلك الوصف إلا لتوافر دلائل كافية على أنه فاعل لجريمة يوحي ظاهر الحال بوقوعها فعلاً أو كان مساهماً فيها بإحدى





وسائل الاشتراك، فما هو يا ترى سند القاضي في اطلاق ذات الوصف بمجرد دخول الدعوى في حوزته، والحال أنه لا دراية له بأدلة الاتهام تلك، بل ويُحظر عليه الاعتداد - في باب تكوين عقيدته - إلا بما يُطرح منها في الجلسة؟! كذلك إذا سلمنا بأن إضفاء صفة المتهم على شخص ما هو عمل من أعمال الاتهام، فذلك يعني أن نعتة بتلك الصفة يجب أن يكون حكراً على السلطة المخولة بالاتهام كونها من يملك الدلائل الكافية على صحة الاتهام، وأن تشارك المحكمة سلطة الاتهام استعمال لفظ المتهم هو في تقديرنا تطفل على اختصاص هذه الأخيرة يرفضه مبدأ الفصل بين وظيفتي الاتهام والحكم، تماماً كرفضه لتجاوز المحكمة حدود الدعوى، لما في ذلك من افتئات على صلاحيات سلطة الاتهام<sup>(١)</sup>.

قد يُعترض علينا بالقول أن نعت القاضي لمن رُفعت عليه الدعوى الجنائية بالمتهم ما هو إلا تقرير لواقع سطرته النيابة العامة قبل اتصاله بالدعوى وبمعزل عنه، لذا لا ضير في ذلك ولا مؤاخذة. ربما يغرينا هذا الطرح بصحته إذا نظرنا إلى المسألة من منظور القاضي، ولكن ماذا عنها من زاوية المتهم نفسه؟ ألا يضره أن يسمع قاضيه وهو ينعته بالمتهم أسوة بخصمه في الدعوى الذي وضعه بدائرة الاتهام؟! ألا يرمي ذلك بالشك في نفسه حول مدى تحقق الفصل الفعلي بين السلطة التي اهتمته وتلك التي سوف تقضي في أمر اتهامه؟! ذلك قد يُصير القاضي حكماً وخصماً، وهو ما قد يذكرنا - مع الفارق - بنظام الاتهام القضائي القائم على مبدأ "كل قاضٍ هو مدعٍ عام"، والذي كان سائداً أثناء العصور الوسطى في إطار النظام التنقيبي قبل الانتهاء إلى مبدأ الفصل بين السلطات الجنائية، عندما كان قاضي الحكم يقوم بدور الادعاء عبر تحريك الدعوى الجنائية في أحوال معينة، كالتلبس أو تقدم المحني عليه بشكوى<sup>(٢)</sup>.

إضافة لكل ما سبق، فإن مبدأ الفصل بين السلطات الجنائية هو ضمان لمبدأ أسمى ممثلاً في حياد القاضي<sup>(٣)</sup>، والذي يقتضي عدم انحيازه مسبقاً إلى أي من أطراف الدعوى وأن يقف على نفس المسافة من كل طرف، فحيادة القضاء "ضمانة للخصوم، لأن ميزان العدل لا يستقيم في يد منحازة"<sup>(٤)</sup>، والمائل أمام القضاء هو الأخرج إلى حياده، وإذا كان الأمر كذلك، فأين الحياد في مجارة القاضي لسلطة الاتهام في موقفها من الشخص محل اتهامها والإشارة إليه بالمتهم أسوة بما؟! أليس في ذلك شبهة تحيز ومحاباة لصالح النيابة العامة على حساب الخصم الآخر في الدعوى؟! ألا يتعين على المحكمة المفترض حيادها التزام التجرد وتوقي الميل لأي طرف حتى في مصطلحاتها؟! وفي هذا المقام، يُذكر أن مدونة القيم القضائية - الخاصة بالقواعد المنظمة لسلوك القاضي والتي وضعتها هيئة القضاة المغاربة عام ٢٠٠٩م - قد أشارت في المبدأ الرابع (مبدأ المساواة) منها إلى ما نصه: "المساواة سمة تتجسد في حياد القاضي ومعاملته للخصمين على قدم المساواة وهي أمر ضروري لقيام المحاكمة العادلة. ولتحقيق ذلك عليه أن: ... (٤) يتجنب في كلامه وسلوكه الظهور بمظهر الانحياز أو المحاباة نحو أي طرف"<sup>(٥)</sup>.

<sup>١</sup> - نص المشرع الليبي على قاعدة تقيد المحكمة بالحد العيني والشخصي للدعوى الجنائية في المادة (٢٨٠) من قانون الإجراءات الجنائية بقولها: "لا تجوز معاقبة المتهم عن واقعة غير التي وردت بأمر الإحالة أو طلب التكليف بالحضور. كما لا يجوز الحكم على غير المتهم المقامة عليه الدعوى."

<sup>٢</sup> - انظر أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري (الشرعية الدستورية في قانون العقوبات الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية)، القاهرة: دار الشروق، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢، ص ٣٧٤. وثُمي أيضاً بنظام الاتهام التلقائي لتصدى القاضي بنفسه لأي جريمة تصل إلى علمه. عبد الفتاح مفتاح الصيفي، تأصيل الإجراءات الجنائية، الإسكندرية: دار الهدى للطبوعات، ٢٠٠٢، ص ٧٠.

<sup>٣</sup> - انظر أحمد فتحي سرور، مرجع سبق ذكره، ص ٣٧٣.

<sup>٤</sup> - عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ٥٠٨.

<sup>٥</sup> - مدونة القيم القضائية، ص ٤، <https://www.amjaonline.org/wp-content/uploads/2019/04/2010-8-ethics.pdf>



نحسب أن نعت المحكمة للشخص محل الاتهام بالمتهم إنما يقدح في تجردها ويولد لديه مظنة انحيازها، فحول معيار تحقق الحياد أو فقدانه، ذكر الفقيه عوض محمد عوض أنه "لا يشترط للقول باختلال حياد القاضي أن يباشر في الدعوى إجراء يفصح بالفعل عن انحيازه، بل يكفي أن يُظن به ذلك، وأن يكون هذا الظن قائماً على واقع يسوغه. .... ذلك أن الحياد - وهو من مقومات القضاء - لا يتحقق بمجرد ثقة القاضي في نفسه، واطمئنانه إلى قدرته على الصمود لما قد يحوطه من ضغوط، والتسامي على ما قد تجيش به نفسه من عواطف وأهواء، وإنما يتحقق الحياد أساساً حين يعتقد الناس في قضايتهم ذلك. فحياد القاضي ليس مجرد اعتقاد يعتقد ولا موقف يقفه، ولكنه في المقام الأول اطمئنان الغير إليه واعتقادهم في حياده. والقضاء إنما يكون محايداً بقدر ما يظن الناس فيه، لا بقدر ما يظنه القضاة في أنفسهم"<sup>(١)</sup>. ولولا جوهرية ما يعتقد الغير - ومنهم المتهم - في حياد القاضي، لما مُنح الخصوم حق طلب رده عن نظر الدعوى عند توافر أحد الأسباب المخلة بحياده - حسب اعتقادهم - في حال عدم تنحيه من تلقاء نفسه (م. ٢٢١ إجراءات جنائية).

هذا، ولا خلاف على أن الفصل بين سلطتي الاتهام والحكم - بالنظر إلى تضارب وظيفتيهما - هو ضرورة مفترضة لحياد كل منهما، وإذا كان المشرع قد جعل من سبق قيام القاضي بوظيفة النيابة العامة - تحقيقاً أو اتهاماً - في الدعوى المنظورة أمامه قرينة قاطعة على عدم حياده تستوجب قانوناً تنحيه عنها<sup>(٢)</sup>، تفادياً لانتهاك مبدأ الفصل<sup>٢</sup> بين سلطتي التحقيق أو الاتهام والحكم، وحماية لمظهر حياد القضاء ودفعاً لمظنة أي تحيز، فإننا نرى أن في استعارة القضاء مسمى المتهم من ملف النيابة العامة مصادقة على الاتهام؛ ترتقي لأن تكون قرينة على تحيزه لصالح سلطة الاتهام وباعت على عدم الاطمئنان إلى حيادته من جانب المتهم.

وأخيراً نشير إلى أن حرص المشرع على ضرورة تجرد المحكمة في معاملتها للمتهم ودرءاً لاحتمال انحيازها، دفعها إلى حظر استجواب المتهم في مرحلة المحاكمة إلا إذا قبل بذلك (م. ٢٤٧ إجراءات جنائية)، على اعتبار أن قيام المحكمة باستجواب المتهم قد يربكه ويجره إلى الاعتراف بما تُسب إليه، فيقوم على إثره احتمال ميلها لصالح سلطة الاتهام، وعلى ذلك ألا يجدر اعتبار تحلي المحكمة عن استعمال لفظ المتهم بحق المرفوعة عليه الدعوى هو الآخر من باب الحرص على صفة الحياد في القضاء وتلافي شبهة تحيزه؟! ولا يُفترض أن يقف غياب نص بالخصوص حائلاً دون ذلك؛ مادامت حماية مصلحة المتهم هي المبتغى.

أما وقد انتهينا إلى أن في استعمال القضاء - كسلطة حكم - للفظ المتهم تجاوز لوظيفته الأصل، فإن التساؤل يثور حول حكم المسألة حال ممارسته استثناءً لوظيفة الاتهام في جرائم الجلسات، وهو ما سوف نتولى مناقشته تفصيلاً في الفقرة الموالية.

(تاريخ الزيارة: ٢٠٢٣/٢/١٥ م).

<sup>١</sup> - عوض محمد عوض، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠٩.

<sup>٢</sup> - تحت عنوان "أسباب التنحي"، نصت المادة (٢٢٠) من قانون الإجراءات الجنائية على ما يلي: "يمنع على القاضي أن يشترك في نظر الدعوى إذا كانت الجريمة قد وقعت عليه شخصياً أو إذا كان قد قام في الدعوى بعمل مأمور الضبط القضائي أو بوظيفة النيابة العامة أو المدافع عن أحد من الخصوم، أو أدى فيها شهادة، أو باشر عملاً من أعمال أهل الخبرة ويمتنع عليه كذلك أن يشترك في الحكم إذا كان قد قام في الدعوى بعمل من أعمال التحقيق أو الإحالة، أو أن يشترك في الحكم في الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً منه".



ثانياً: الإستثناء (القضاء سلطة اتهام وحكم):

خروجاً على مبدأ الفصل بين الاتهام والحكم، أجاز القانون للمحاكم الجنائية بمختلف درجاتها ممارسة وظيفة الاتهام إلى جانب الحكم في الوقت ذاته، حيث لها في الجرح والمخالفات المرتكبة أثناء انعقاد الجلسة توجيه الاتهام برفع الدعوى الجنائية والفصل فيها بعد سماع أقوال النيابة العامة ودفاع المتهم (م. ٢١٧ إجراءات جنائية)، كما تشاركها المحاكم المدنية هذه الصلاحية الإستثنائية مع قصرها على جنح التعدي على هيئة المحكمة أو أحد أعضائها أو موظفيها (م. ١٣٧ مرافعات)، ولعب القضاء دور الخصم والحكم في آن ما هو إلا أثر من آثار نظام الاتهام القضائي، ويجد مبرره فيما يشكله ارتكاب جريمة أثناء الجلسة من امتهان حرمة القضاء<sup>(١)</sup>، فلزم الخروج عن الأصل صوناً لهيئته، والتغاضي في المقابل عن مصلحة المتهم في الفصل بين سلطي الاتهام والحكم، وكذا عن موقف من قررت لمصلحته - المجني عليه أو جهة عامة - قيود الدعوى الجنائية فجعل المحاكم في حل منها (م. ٢/٢١٧ إجراءات جنائية)، كما سُحبت من النيابة العامة سلطتها في تقدير مدى ملاءمة تحريك الدعوى ورفعها من عدمه.

وحول مدى صحة استعمال القضاء لوصف المتهم في جرائم الجلسات، قد يقول قائل أنه استعمال لا تثير عليه؛ تأسيساً على أن المحكمة ذاتها هي من أضفت عليه ذلك الوصف، ولكن أيتوجب على المحكمة -وهي الحكم- أن تظهر بمظهر الخصم فتدعو من رفعت عليه الدعوى بالمتهم؟! ألا يُخل ذلك بحيادها؟! أم أن تصديها للحكم على من قامت باتهامه بحد ذاته يصممها بالتحيز وينأى بالحياد عنها، فلا يسوء من أهمته بعد ذلك أن تتعته بالمتهم؟!!

مما لا شك فيه أن علة صيانة مكانة القضاء وعلو كلمته في جرائم الجلسات كلفت المشرع ثناً باهظاً، فالتضحية في سبيل تلك العلة لم تكن بمبدأ الفصل بين سلطي الاتهام والحكم فحسب -والذي وُجد لضمان مبدأ حياد القاضي-، بل تجاوز القانون لأجلها قواعد تنحي القضاة وردهم وهي الأخرى من ضمانات حيادهم، فيحسب الأصل يمتنع على القاضي نظر الدعوى حال وقوع الجريمة عليه شخصياً<sup>(٢)</sup>، أو كانت له مصلحة في الدعوى<sup>(٣)</sup>، أو سبق له القيام بوظيفة النيابة العامة، أو أداء الشهادة فيها<sup>(٤)</sup>، وعليه في كل تلك الأحوال التنحي وجوباً ولو لم يكن هناك طلب برده، بيد أن المشرع استثنى جرائم الجلسات من الطوق الذي ضربه لحفظ حياد سلطة الحكم وعرضها لشبهة التحيز، باعتبار أن المجني عليه في تلك الجرائم قد يكون القاضي ذاته، مما تتحقق معه مصلحة في الدعوى، والقاضي هو كذلك من تولى عمل النيابة العامة في رفع الدعوى بشأن الجريمة الواقعة بالجلسة عموماً، ليكون الخصم والحكم، وهو أيضاً بمثابة الشاهد في تلك الدعوى لوقوع الجريمة تحت سمعه وبصره، فيجمع على ذلك بين مركزي الشاهد والحكم.

والرأي عندنا أن المشرع في جرائم الجلسات، وإن اضطر في سبيل صون هيئة المحكمة إلى التفريط بما يضمن حيادها من خلال خروجه عن مبدأ الفصل بين السلطات الجنائية وقواعد تنحي القضاة، فلا أقل من أن تسعى المحكمة

<sup>١</sup> - ويضيف البعض أن المحكمة التي ترتكب الجريمة أثناء جلستها هي الأقدر من غيرها على إثباتها والحكم على فاعلها. محمد جواد زيدان، النظام القانوني لجرائم الجلسات (دراسة مقارنة)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية القانون، جامعة الفلوجة، المجلد ١٤، ع ٢، ٢٠١٦، ص ٢٧٥. (تاريخ الزيارة: ٢٠٢٣/٢/١٥)

<https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/٧٢/٧/٢/٤٩٣٣>

<sup>٢</sup> - (م. ٢٢٠ إجراءات جنائية).

<sup>٣</sup> - (م. ١/٢٦٧ مرافعات).

<sup>٤</sup> - (م. ٢٢٠ إجراءات جنائية)، (م. ٤/٢٦٧ مرافعات).



نفسها لدفع مظنة التحيز ما أمكن، وترسيخ صورتها كحكم محايد لدى المتهم لا كخصم منحاز، وذلك بالتخلي عن دعوتها له أو الإشارة إليه بوصف المتهم وإن كانت سلطة اتهامه، بل أن المشرع ذاته عندما نص في المادة (٢١٧) من قانون الإجراءات الجنائية على أن للمحكمة إقامة الدعوى والحكم فيها "بعد سماع أقوال النيابة العامة" ودفاع المتهم؛ كأنه أراد التأكيد على عودة المحكمة لوظيفتها الأصل كسلطة حكم بمجرد رفع الدعوى، تاركة مركز الخصم لممثل النيابة العامة كونه من يحتكر مباشرة الدعوى ولو رُفعت من غيره حتى الفصل فيها، علّه بذلك -أي المشرع- يُحيي في نفس المتهم اطمئنانه إلى حياد قاضيه. هذا ويجب أن نستحضر أن المشرع لم يُجبر القضاء في جرائم الجلسات على تقلد وظيفتي الاتهام والحكم معاً، فالأمر برمته جوازي، إذ بوسع المحكمة إحالة الأمر إلى النيابة العامة لتتصرف فيه وفقاً للقواعد العامة (م. ٢١٩ إجراءات جنائية)، ونزعم أن مسلك المشرع ذاك يعكس إدراكه لأهمية حياد القضاة وخطورة التفريط بضماناته، فالحياد أحد ركائز القضاء، وباختلاله يهتز ميزان العدل ويضطرب.

بعد أن خالصنا فيما سبق إلى أن في استخدام القضاء لمصطلح المتهم مساس بمبدأ الفصل بين الاتهام والحكم، أن الآوان للخوض في مدى مساسه بمبدأ جوهري آخر هو أصل البراءة، وذلك عبر الفرع الثاني من هذا البحث.

## الفرع الثاني

### في ضوء مبدأ أصل البراءة

مبدأ أصل البراءة كقاعدة من قواعد الخصومة الجنائية، يحتم على القائمين على الدعوى الجنائية معاملة من وُجّهت إليه أصابع الاتهام بإتيان جرم ما معاملة البريء حتى يصدر حكم قضائي بإدانته، غير أن التساؤل يثور حول مدى تأثير هذا المبدأ بما استقر عليه القضاء -الممثل لجهة الحكم- من الإشارة بلفظ المتهم إلى من رُفعت عليه الدعوى الجنائية! رأينا التعرض للمسألة عبر فقرتين اثنتين، بحيث تُخصص الأولى لحالة توجيه الاتهام لشخص ما بفعل سلطة التحقيق، بينما تتناول الثانية فرضية اتهامه من قبل المتضرر من الجريمة بطريق الادعاء المباشر.

### أولاً: في حالة توجيه الاتهام من قبل سلطة التحقيق:

يُشير مبدأ أصل البراءة -حسب ما استقر عليه الفقه القانوني- إلى أن كل متهم بجريمة يُعد بريئاً حتى ثبوت إدانته بحكم قضائي، وهو ما يترتب عليه عدم جواز وصف المتهم بأي من أوصاف الإدانة طوال مراحل الخصومة الجنائية حتى صدور حكم بإدانته، ولكن ماذا عن وصف الإنسان بالمتهم؟! لتتوقف برهته للتمتع في مضمون المبدأ، إذا كان الأصل في الإنسان البراءة، بمعنى أن الأصل في فلان أنه ليس بسارق؛ أفلا يكون من اتهمه بالسرقة قد ادعى بخلاف ذلك الأصل؟! من الجلي أن في نعت الإنسان بالمجرم أو المدان أو الجاني قبل ثبوت إدانته مخالفة لأصل البراءة، بيد أن المخالفة متحققة أيضاً إذا دعونه متهماً، ذلك أن مجرد اتهام شخص ما بارتكاب جريمة هو ادعاء بعدم براءته، ومحض الادعاء بالعكس ينال من أصل البراءة وإن كان لا يدحضه إلا ثبوت ذلك الادعاء بحكم قضائي، مما يفيد أن وصف المتهم شأنه شأن أوصاف الإدانة كلاهما يناقض أصل البراءة في غياب الحكم بالإدانة، وهو ما تنبه إليه المشرع الفرنسي، حيث نراه وقد حدا به شديد احترامه لأصل البراءة إلى العدول عن مسمى "المتهم" "inculpé"، واستخدام



"الشخص محل الفحص" "personne mise en examen" كمصطلح بديل، منذ تعديله لقانون الإجراءات الجنائية في عام ١٩٩٣م<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك، لعلنا نتفهم خروج سلطة التحقيق (النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام) عن أصل البراءة عبر اتهام أحدهم واضفاء صفة المتهم عليه ونجد له ما يبرره، إذ على جهة التحقيق تغليب المصلحة العامة في التصدي للجرائم وملاحقة مرتكبيها لاقتضاء حق الدولة في العقاب على مصلحة المتهم في احترام أصل براءته، فطبيعة وظيفتها تحتم عليها تجاوز أصل البراءة -بالقدر الذي لا تفريط فيه بضمانات المتهم الأخرى-، لذا قيل بأن اتخاذ أي إجراء جنائي يغدو مستحباً في ظل الاحترام الحرفي لأصل البراءة، وأن مضمونه الواقعي يدور حول ضمان الحقوق والحريات المحيطة بتطبيق ذلك الأصل<sup>(٢)</sup>. أما بالنسبة إلى القاضي، فنحسب أنه باستخدامه لفظ المتهم إنما يشارك جهة الاتهام ادعاءها بخلاف الأصل، حيث ينكر على الشخص المرفوعة عليه الدعوى أصل البراءة أحد أهم حقوقه، ولا يُجديه في هذا المقام التدرج بالمصلحة العامة لأنه سلطة حُكم لا اتهام، فالمنتظر من القضاء حراسته للحقوق وحمايته للحريات لا المساس بها دون مسوغ، وهو من يتوقع منه المتهم ويأمل أن يعامله كالأبرياء بعدم دعوته متهماً على الأقل، لا أن يفعل على الملأ ويظعن في براءته كسلطة اتهامه.

والدعوة إلى إيلاء مبدأ أصل البراءة مزيداً من التقدير -عبر مطالبتنا القضاء بأن يعفّ عن استعمال مصطلح المتهم- ليست بغريبة ولا شطط فيها، فها هي جُل القوانين تنص على مثول المتهم أمام القضاء بغير أغلال ولا قيود مع إجراء الملاحظة اللازمة عليه<sup>(٣)</sup>، وما ذلك إلا من باب الإلتزام الشديد بأصل البراءة الذي يقتضي معاملة المتهم كأبي شخص عادي لم تثر حوله الشبهات وبغض النظر عن جسامة الجريمة المنسوب إليه ارتكابها<sup>(٤)</sup>، وكذلك ما يقره تشريع ولاية كارولينا الشمالية الأمريكية على سبيل المثال من حق المتهم في الحضور إلى جلسة المحكمة بملابس مدنية بدل زي السجن، وبغير إجبار على مثوله حليق الرأس إلا إذا كانت تلك حاله قبل اتهامه<sup>(٥)</sup>، وذلك من منطلق أن "افتراض

<sup>١</sup> - حيث تنص المادة (٨٠-١) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على أن :

"... Le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi"

<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006575204>. (تاريخ الزيارة: ٢٠٢٣/٢/١٥م)

<sup>٢</sup> - مُشار إليه في: أحمد فتحي سرور، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٤.

<sup>٣</sup> - انظر مثلاً: (م. ١/٢٤٣) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، (م. ١/٢٧٠) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، (م. ١/١٦٤) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي.

<sup>٤</sup> - يعتبر البعض أن النص على حضور المتهم غير مكبل إلى الجلسة هو من النتائج الثانوية لأصل البراءة. انظر محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية (محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة)، الإسكندرية: الفنية للطباعة والنشر، ١٩٨٥، ص ٤٨.

<sup>٥</sup> -

NC Gen Stat § ١٥-١٧٦ (٢٠١٨)،

<https://law.justia.com/codes/north-carolina/٢٠١٨/chapter-١٥/article-١٧/section-١٥-١٧٦>. (تاريخ الزيارة:

٢٠٢٣/٢/١٥م)

كما يلزم قانون مدينة نيويورك الأمريكية دائرة السجن بتمكين المتهم من ارتداء ملابسه الشخصية عند مثوله أمام القضاء، أو تزويده بملابس جديدة أو مستعملة قليلاً



البراءة يتطلب لباس البراءة" حسب تعبير المحكمة العليا لولاية كولورادو الأمريكية، وأن "من حق المتهم المائل أمام المحكمة أن يُضمن له ما يتمتع به الرجل الحر البريء من مظهر وكرامة واحترام للذات"<sup>(١)</sup>، بالإضافة إلى ما نشهده في قاعات المحاكم الغربية ومنها الأمريكية والأوروبية من تخصيص مكانٍ لجلوس المتهم -ومحاميه إن وجد- إلى جانب ممثل الادعاء العام، فيكونان "معاً" قُبالة القاضي، بحكم أن المتهم مجرد طرف في الدعوى شأنه شأن المدعي العام، وبراءته المفترضة تمنع أسره في "قصص الاتهام"، وإذا بلغت الأنظمة القانونية المختلفة في احترام أصل البراءة هذا المبلغ، فليس بكثير البتة على الشخص البريء بحكم الأصل إذا زُفعت عليه الدعوى، أن يمسك قاضيه على وجه التحديد عن مناداته بالمتهم، تلبيةً لما يُمليه ذلك الأصل.

مما لا شك فيه أن مجرد الاتهام وإسباغ وصف المتهم فيه مساس بسمعة شخص لم تثبت إدانته بعد، ففي الادعاء باقتراه جريمة ما -أي بخلاف ما يقتضيه أصل البراءة- نيل من شرفه واعتباره وقدره بين الناس، وإذا كان لجهة الاتهام عذرها في ذلك كما أسلفنا، فتلك ليست الحال بالنسبة للقضاء، إذ لا حجة لديه للإضرار بسمعة من ينظر في دعواه -عبر نعتة بالمتهم- لاسيما في ظل علانية إجراءات المحاكمة، حيث سوف يُنعت الشخص بالمتهم من قبل قاضيه وجهة اتهامه على مسمع من الناس، وهؤلاء في الغالب لا يلتزمون بمبدأ أصل البراءة وقد يجهلون، فتراهم يميلون إلى بناء حكمهم وفق ظاهر الحال قبل حسم الأمر من قبل القضاء، ولكن يظل -باعتقادنا- لكلمة "متهم" من قاضي الحكم وقع أثقل وأعمق في نفس الجمهور من وقعها وهي تصدر من الخصم في الدعوى، مما يجعل ضررها أبلغ وأشد على سمعة المتهم، لا سيما وقد قيل بأن العلانية هي "ضمان عدم الشك في حياد القاضي بواسطة الجمهور"<sup>(٢)</sup>، ولا نظن أن دعوة القاضي للشخص بالمتهم -أسوة بسلطة اتهامه- تخدم حياده في نظرهم. واستناداً إلى كل ما سبق، ربما يكون من شأن ترك المحاكم استعمال وصف المتهم؛ الحدّ -ولو بقدر يسير- من الضرر الذي يلحق بسمعة من يوصف به، وتعزيز مفهوم أصل البراءة لدى الجمهور وكذا ثقتهم بجيدة قضائهم.

ولما كانت صفة المتهم تُنسب لأحدهم أيضاً عن طريق الادعاء المباشر، رأينا أن نتعرض في الفقرة الموالية لمدى مساس القضاء بمبدأ أصل البراءة عند استخدامه لوصف المتهم؛ وقد أضفاه شخص عادي هو المدعي بالحق المدني.

تناسب مقاسه ومن النوع الذي يرتديه عادة.

N.Y.C. Admin. Code § 9-147 (2016)،

<https://codelibrary.amlegal.com/codes/newyorkcity/latest/NYCAAdmin/0-0-0-0-5648> (تاريخ الزيارة: ٢٠٢٣/٢/١٥).

١ -

Eddy v. People, 110 Colo. 488, 489 (1946)،

<https://casetext.com/case/eddy-v-people> (تاريخ الزيارة: ٢٠٢٣/٢/١٥).

لمزيد من التفصيل، انظر:

Robert G. Neds, *Criminal Defendants: Maintaining the Appearance of Innocence*, Law, MISSOURI LAW REVIEW, 37 MO. L. REV. 660 (1972)،

<https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2173&context=mlr> (تاريخ الزيارة: ٢٠٢٣/٢/١٥).

٢ - مُشار إليه في: أحمد فتحي سرور، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠٠.





ثانياً: في حالة الادعاء المباشر:

سمح المشرع الليبي في الجناح والمخالفات بحلول المدعي المدني (المضروب من الجريمة) محل سلطة التحقيق في رفع الدعوى الجنائية وذلك بالادعاء بحقه في التعويض عبر تكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة الجنائية المختصة (م. ٢٠٥ إجراءات جنائية)، وهكذا تتحرك الدعوى الجنائية في الادعاء المباشر برفعها، وعبره يتسنى للمضروب من الجريمة إسباغ وصف المتهم على من يكلفه بالحضور أمام المحكمة، بحسبان أن من يملك تحريك الدعوى الجنائية ضد أحدهم؛ يملك اتهامه قانوناً أي إضفاء صفة المتهم عليه<sup>(١)</sup>.

وإذا كنا قد وجدنا في استخدام القضاء لفظ المتهم في الدعاوى المقامة من قبل سلطة التحقيق مساساً بمبدأ أصل البراءة، فإن في إتباع المسلك نفسه مع من رُفعت عليه الدعوى بطريق الادعاء المباشر انتهاك أكثر جلاء للمبدأ المذكور وضرب لمقتضاه عرض الحائط، كيف لا، والقاضي يدعو أحدهم متهماً مجرد أن "شخصاً عادياً" آخر وجه إليه اتهاماً! أيعقل أن ينال القضاء ذاته من أصل البراءة المكفول للإنسان اعتماداً على "ادعاء" باقتراه جريمة أضرت بغيره مادياً أو معنوياً؟! لا سيما إذا وضعنا في الاعتبار محدودية إمام رافع الدعوى بالقانون، فكمن من دعوى جنائية رُفعت بطريق الادعاء المباشر لظن المضروب أن في الأمر جريمة، ليظهر لاحقاً أن الواقعة لا تعدو أن تكون منازعة مدنية لا خرق فيها لأي نص تجرمي، كأن يعتقد المضروب بأن الفعل يشكل جريمة خيانة أمانة والحال أنه محض إخلال بتنفيذ عقد بيع مثلاً، ومع ذلك يُحمل "المتهم" وزر ذلك الاعتقاد الخاطئ، فيرى قاضيه وهو يقدر في أصل البراءة لديه عبر نعته بالمتهم إلى حين تدارك ذلك الخطأ والفصل في أمر اتهامه.

ولعل الصلاحية الواسعة التي يتمتع بها المضروب من الجريمة في ظل نظام الادعاء المباشر تدعم مأخذنا على القضاء في اطلاق مسمى المتهم على الشخص المرفوعة عليه الدعوى المباشرة، إذ يملك المضروب رفع الدعوى الجنائية ولو رأت النيابة العامة بأن لا محل للسير فيها مُصدرة أمراً بحفظها - وهو ما قد يكون مبنياً على عدم صحة أو كفاية الأدلة لإثبات الواقعة أو نسبتها إلى "المتهم" -، كذلك حتى وإن حركت سلطة التحقيق الدعوى في جريمة ما، يظل للمدعي المدني حق تحريك ورفع الدعوى (أي توجيه الاتهام) على أشخاص آخرين لم يتناولهم تحقيق المحقق في تلك الجريمة بوصفهم متهمين، ولو وردوا في المحضر بصفتهم شهوداً أو مسؤولين مدنياً<sup>(٢)</sup>، ويقدر اتساع تلك الصلاحية الممنوحة للمضروب، تتسع دائرة الخطر الذي يهدد مبدأ أصل البراءة طالما استمر القضاء في نعت من يرفع عليه المضروب دعواه بالمتهم.

والحكمة من الادعاء المباشر، سواء كانت تلافي تقاعس النيابة العامة عن تحريك الدعوى الجنائية، أو تحقيق مصلحة المضروب في أن تُنظر دعواه المدنية أمام القضاء الجنائي، لا يجوز إتخاذها ذريعة للمساس بأصل البراءة عبر استعمال القضاء مصطلح المتهم، ورعاية صالح المضروب يجب ألا تكون على حساب حقوق المتهم، وفي هذا الصدد لا بد من رصد خروج المشرع المصري عن القاعدة العامة التي توجب حضور المتهم بشخصه في الجناح المعاقب عليها

<sup>١</sup> - انظر الهادي علي يوسف بوحمة، مرجع سبق ذكره، ص ٦٦، ٦٧.

<sup>٢</sup> - رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، القاهرة: مطبعة نخضة مصر، ١٩٥٦، ص ١٠٧.





بالحبس<sup>(١)</sup>، وسماحه للمتهم في حالة الادعاء المباشر بأن يُنيب عنه وكيلاً يتولى تقديم دفاعه في الدعوى الجنائية، ليعفيه بذلك من الحضور شخصياً "كمتهم" أمام المحكمة<sup>(٢)</sup>، في محاولة منه لحماية المتهم من احتمال اتخاذ الادعاء المباشر وسيلة للكيد والإساءة إليه من قبل شخص يدعي وقوع جريمة وأنها سببت له ضرراً، وهو مسلك لا نظير له في القانون الليبي، وربما كان ذلك أدعى لأن تُحجّم المحاكم عن الإشارة إلى المتهم بهذا اللفظ من باب الحفاظ على سمعته وسمعته أسرته، والحرص على التعامل معه على أساس عدم ارتكابه للفعل المنسوب إليه، وبمثل ذلك يُحترم ويُصان؛ أصل البراءة في الإنسان.

## الخاتمة

حول مدى ملائمة استعمال القضاء الجنائي مسمى المتهم لبعض المبادئ الإجرائية كمبدئي الفصل بين سلطتي الاتهام والحكم وأصل البراءة، فرغنا فيما يتعلق بالمبدأ الأول إلى أن احترامه يستوجب أن ينسحب الفصل على الأوصاف المستخدمة من قبل كل من سلطتي الاتهام والحكم، بالألا يستعير القاضي الوصف الخاص بجهة الاتهام فلا ينعت المرفوعة عليه الدعوى بالمتهم، خاصة وأن إسباغ وصف المتهم يُعد من أعمال الاتهام، واستخدامه ينبغي أن يكون قاصراً على من يملك الدلائل الكافية على صحة الاتهام وهي جهة الاتهام، هذا عدا عما يحققه ذلك من اطمئنان المتهم ذاته لتحقيق الفصل الفعلي بين السلطتين، وإلى حياد قاضيه باعتبار أن مبدأ الفصل بين الاتهام والحكم ما هو إلا ضمان لمبدأ حياد القضاء، وحتى عند خروج المشرع عن مبدأ الفصل في جرائم الجلسات بجمع المحاكم بين وظيفتي الاتهام والحكم، فإن ترك المحكمة استخدام مصطلح المتهم قد يعمل على تأكيد صفة الحياد فيها أمام المتهم والعامّة، ولو كانت هي من وجهت الاتهام.

أما بالنسبة لمبدأ أصل البراءة وما يعنيه من أن الأصل في الإنسان البراءة، فقد وجدنا في استعمال القضاء مصطلح المتهم مساساً بذلك الأصل تماماً كمصطلحات الجاني أو المجرم أو الفاعل، لأن مجرد اتهام الإنسان بارتكاب جريمة هو ادعاء بعدم براءته أي بمخالفة الأصل، ناهيك عما في ذلك من إضرار بسمعته وسمعة عائلته في ضوء علانية الإجراءات بمرحلة المحاكمة، وإذا كانت طبيعة وظيفة جهة الاتهام (سلطة التحقيق) تبرر لها النيل من أصل البراءة بإسباغ واستعمال وصف المتهم، فذلك لا يصدق على القضاء، بل يفترض أن تكون مهمته الأساسية هي الحرص على تمتع المتهم بكافة حقوقه وعلى رأسها كفالة معاملته كشخص بريء حتى يصدر حكم بإدانته، كما انتبهنا إلى أن انتهاك المبدأ المذكور يبلغ منتهاه في حالة الاتهام الموجه بطريق الادعاء المباشر، ففي ظلّه يدعو القاضي إنساناً ما بالمتهم فقط لأن آخر قرر اتهامه، طلباً للتعويض عن الضرر الذي ألحقته به جريمة الأول حسب ادعائه.

<sup>١</sup> - تنص المادة (٢٣٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه: "يجب على المتهم في جنحة معاقب عليها بالحبس الذي يوجب القانون تنفيذه فور صدور الحكم به أن يحضر بنفسه، ...".

<sup>٢</sup> - جاء في المادة (٤/٦٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري ما يلي: "واستثناء من حكم المادة ٢٣٧ من هذا القانون، يجوز للمتهم عند رفع الدعوى عليه بطريق الادعاء المباشر أن ينيب عنه في أية مرحلة كانت عليها الدعوى وكيلاً لتقديم دفاعه، وذلك مع عدم الإخلال بما للمحكمة من حق في أن تأمر بحضوره شخصياً".



## مقترح

ولئلا يُنسب إلى القضاء أي مساس بالمبادئ العامة في قانون الإجراءات الإجرائية؛ وطالما أن المتهم تثبت له صفة المدعى عليه بمجرد اتصال المحكمة بالدعوى، نقترح أن يعتمد القاضي مصطلح "المدعى عليه" عند الإشارة -قولاً أو كتابة- إلى الشخص محل الاتهام بدلاً عن "المتهم"، بل لا مانع حتى من دعوته باسمه -دون لقبه- مسبقاً بسيد أو سيده أو آنسة حسب الأحوال عند مخاطبته بقاعة المحكمة، وأخيراً نأمل أن يشد اقتراحنا هذا انتباه المشرع؛ علّه يُفرغه في نص ملزم.

والله ولي التوفيق.



## قائمة المراجع:

### أولاً- الكتب:

١. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري (الشرعية الدستورية في قانون العقوبات الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية)، القاهرة: دار الشروق، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢.
٢. الهادي علي يوسف بوحمة، الموجز في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، طرابلس: مكتبة طرابلس العلمية العالمية، الطبعة الثالثة، ٢٠٢٠.
٣. رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، القاهرة: مطبعة نفضة مصر، ١٩٥٦.
٤. عبد الرحمن محمد أبو توتة، شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، الجزء الأول، طرابلس: دار الرواد، ٢٠١٧.
٥. عبد الفتاح مفتاح الصيفي، تأصيل الإجراءات الجنائية، الإسكندرية: دار الهدى للمطبوعات، ٢٠٠٢.
٦. عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٨.
٧. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
٨. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الجزء الأول، بيروت: مطبعة دار الكتب، ١٩٧١.
٩. محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية (محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة)، الإسكندرية: الفنية للطباعة والنشر، ١٩٨٥.

### ثانياً- البحوث والمقالات:

١. محمد جواد زيدان، النظام القانوني لجرائم الجلسات (دراسة مقارنة)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد ١٤، ع ٢، ٢٠١٦.
٢. Robert G. Neds, Criminal Defendants: Maintaining the Appearance of Innocence, Law, MISSOURI LAW REVIEW, 37 MO. L. REV. 660 (1972).

### ثالثاً- القوانين:

١. قانون الإجراءات الجنائية الليبي.
  ٢. قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي.
- قانون الإجراءات الجنائية المصري.



الإطار النظري للعدالة المستعادة

(دراسة في المفاهيم والمبادئ والمسؤوليات)

Theoretical Frame Of Restored justice

" study of concepts principles and responsibilities".

د. فاتن البوعيشي الكيلاني

محاضر في كلية القانون/ جامعة طرابلس

ملخص:

ازدادت مبادرات العدالة المستعادة في جميع أنحاء العالم، وغالبا ما قوبلت بالفشل بسبب نقص الوعي الحقيقي بمعناها وأدواتها واستراتيجياتها التي تهدف إلى خلق توافق في الآراء حول ما يمكن أن يفعله الجاني لإصلاح الضرر الناجم عن جرمته، ويتفهم الضحية ظروف وملايسات الجريمة تحت رعاية المجتمع، لأن محتوى العدالة المستعادة يهدف إلى محاسبة الجناة على أفعالهم، وفهم الضرر الذي تسببوا فيه، ومنحهم فرصة لتعويض أنفسهم والآخرين، وثنيهم عن التسبب في المزيد من الضرر للضحايا، ومنحهم دوراً نشطاً في الإصلاح وتقليل مشاعر القلق والعجز لذلك فإن الإطار النظري للعدالة يحتاج إلى الكثير من الاجتهادات الفقهية لتحقيقه على أرض الواقع بطريقة مثمرة، مما يجعل الوصول إلى مسار العدالة المستعادة منفذا لإغلاق أبواب الصراع في المستقبل، وتحقيق الاستقرار في المجتمع بشكل دائم دونما خوف، سعياً نحو تحقيق العدالة الدائمة ما أمكن إلى ذلك سبيلاً.

الكلمات المفتاحية: العدالة الانتقالية، العدالة التصالحية، العدالة الترميمية، العدالة الآمنة، العدالة المجتمعية

**Abstract:**

Restored justice initiatives have increased throughout the world, which have often been met with failure due to a lack of real awareness of their meaning, their tools, and their strategies aimed at creating a consensus on what the offender can do to repair the harm caused by his crime, and the victim understands the circumstances and circumstances of the crime under the auspices of the society. Because the content of restored justice aims to hold perpetrators accountable for their actions, understand the harm they have caused, give them an opportunity to compensate themselves and others, discourage them from causing further harm to the victims, give them an active role in the restorative process, and reduce feelings of anxiety and helplessness. Therefore, the theoretical framework of justice needs a lot of jurisprudence to achieve it on the ground in a fruitful manner, making the access to the restored justice path an outlet to close the doors of conflict in the future, achieving stability in society permanently without fear in order to achieve permanent justice to some extent.

**Key words: Transitional Justice, Restorative justice, Safe justice, Community justice, Balanced justice.**



تزايدت في جميع أرجاء العالم واتسعت مبادرات العدالة المستعادة "التصالحية"، والتي قوبلت بالفشل في أحيان كثيرة لعدم الإدراك الحقيقي لمعناها، ولأدواتها، ولاستراتيجياتها الهادفة إلى خلق توافق في الآراء بشأن ما يمكن أن يفعله الجاني لإصلاح الضرر الناجم عن جرمته، ويتفهم المجني عليه ظروف وملابسات الجريمة برعاية تقويمية من المجتمع.

ولأن مضمون العدالة المستعادة: يهدف إلى حمل الجناة على تحمل المسؤولية عن أفعالهم، وفهمهم الضرر الذي تسببوا فيه، ومنحهم فرصة لتعويض أنفسهم والغير، وثنيهم عن التسبب في المزيد من الضرر بالنسبة للضحايا، ومنحهم دوراً نشطاً في العملية التصالحية، وتقليل مشاعر القلق والعجز(.). فإن الإطار النظري يحتاج الكثير من الاجتهادات لتحقيقه على أرض الواقع بشكل مثمر، يجعل من ولوج طريق العدالة المستعادة منفذاً إلى تحقيق الاستقرار في المجتمعات مستقبلاً من خلال سد أبواب الصراع تحقيقاً لعدالة آمنة دائمة إلى حد ما.

لكل ذلك جاءت هذه الدراسة قاصدة البحث في الإطار النظري القابل للتطبيق بفعالية لبرنامج العدالة المستعادة، من خلال بيان أصول وضوابط هذا المصطلح في حدود أدواته واستراتيجياته، بياناً يُخرج كل ما لا يحتمله، وكل ما هو غير مقدور عليه وغير مستطاع على المستوى النظري والعملي. ذلك البيان يقوم على تحديد مهام الأطراف المعنية بتطبيق برامج العدالة المستعادة بمنأى عن المثالية، بحيث توصف المصطلحات والوظائف بشكل متجرد عما هو مأمول إليه وفق رؤية يغلب عليها المنطق المحاط بظروفه وأوصافه، لا وفق آمال وطموحات تعلو وتربو على طبيعة الجرائم المتصالح بشأنها، وطبيعة المجتمع وخلفية أفكاره وسلوكياته.

فغاية الدراسة تقديم قراءة لمنهجية التعامل في تجارب العدالة المستعادة، قراءة تكون بمثابة التوثيق والأرشفة، ليتمكن التقييم، ويعاد طرح تلك التجارب في صورتها المتكاملة "ما كان، وما يجب أن يكون" لنستطيع تقديم أطر وأسس ملموسة مجربة وناجحة لمفهوم العدالة التصالحية يوفر الوقت والكثير من الآلام على المجتمعات التي ما زالت تحاول النهوض من أعقاب حروبها الداخلية والخارجية.



## المبحث الأول: الإطار المفاهيمي والفلسفي للعدالة المستعادة.

يعتمد مفهوم العدالة المستعادة على ركيزة أساسية هي التحول والعبور من مرحلة اختلال موازين العدالة وانحسارها، إلى مرحلة تحقيقها والمحافظة على دوام قيامها، من خلال؛ إما الابتعاد عن تصفية حسابات الماضي بالكلية، وهذا يحتاج درجة عالية من القدرة على التشاف من تلك الأوجاع والحسابات، أو عدم التوقف الطويل أمامها، طالما كان الهدف التطلع إلى تأسيس واقع جديد يستجيب لرؤى مشروعة، حيث تؤكد نتائج كافة تجارب العدالة المستعادة الناجحة انطلاقها ومنذ البداية نحو توضيح الحقيقة وتبيان المظالم والاعتراف بها، لتحصين المستقبل في مواجهتها لاحقاً وضمان عدم تكرارها.

ولتحقيق الذي يلزمنا وصف الأمور بأوصافها الحقيقية، والإشارة إليها بمسمياتها الواقعية التي تحملها، ليكون مبتغى بحثنا مطلبين اثنين؛ يعنى الأول ببيان المفاهيم والقواعد التي ترتكز عليها العدالة المستعادة، وحقيقة التسمية ومنطوق الوصف بناء على وقائع ونتائج التجارب المعاشة، بينما يعنى المطلب الثاني بالآليات وأدوات تحقيق العدالة المستعادة، وهل تتطور وتتغير تلك الآليات أم أن طبيعتها الجمود والاستقرار؟

### المطلب الأول: العدالة المستعادة في سياق العدالة الانتقالية

يملي اختيار هذا العنوان بيان معنى مصطلح العدالة المستعادة، ولماذا اختارت الدراسة هذا المصطلح عنواناً لها، رغم وجود مرادفات وتعارف أهل التخصص وغيرهم على غيره مثل العدالة التصالحية؟. ليختص بذلك الفرع الأول معنوناً ب: نظرية مصطلح العدالة المستعادة

### الفرع الأول: نظرية مصطلح العدالة المستعادة

العدالة المستعادة هي الترجمة الحرفية للمصطلح في اللغة الإنجليزية Restored Justice والذي يعنى إعادة إلى الأصل، إعادة العدالة من خلال: "فهم المشكلة أو الجريمة التي وقعت، وتعويض الضحية بشكل كامل، وكأن المشكلة لم تكن إلى حد ما" ( )، والوقوف عند هذا المصطلح غايته التنبيه إلى أن هناك عدالة فُقدت بالنسبة للمجني

John Braithwaite, Responsive Regulation, pg.; ٣١٤ - ١



عليه، يقابلها محاولة لاستعادتها، كما أن هناك محددات لسياسة التصالح وتحقيق العدالة التصالحية، فليست كل الجرائم يمكن إجراء عدالة تصالحية بشأنها، ولهذا لكي نحقق العدالة المستعادة نحن بحاجة بأن تكون هناك ضحية مباشرة في الجريمة، لأن هناك جرائم لا ضحايا لها، وبالتالي كيف يمكن التعامل بشأنها؟ وهذا يطرح تساؤل حول ما هو الإطار النظري الذي يُسيّر العدالة المستعادة؟ وما هي نظريات علم الجريمة التي تُعَدّ للعدالة المستعادة؟

النظريات القائمة تفترض أن الجريمة وأسبابها محصورة في المجتمع، وأن ارتكاب الجاني للجريمة كان بسبب ظروف المجتمع المحيطة به، لهذا أدخلت هذه النظريات دور المجتمع كطرف ثالث لمحاولة الحد من تلك الجرائم، وركزت تلك النظريات والأفكار على أن تجتهد مراحل تحقيق العدالة المستعادة على التخلص من الوصمة الاجتماعية، ولذلك كان من ضوابط تحقيق العدالة التصالحية أو المستعادة اعتراف الجاني بجريمته وتحمله للمسؤولية عن الحادث أو الجريمة المرتكبة، لا التبرير ومحاولة التخلص من المسؤولية ( ). ما يعني أن العدالة المستعادة بهذا الضابط تكون قد ركزت على الأسباب الاجتماعية للجريمة، أما الأسباب الشخصية للجريمة كأن يكون الجاني ممن يعانون من اضطرابات نفسية أو سلوكية، فنلك الجرائم لا مجال للحديث عن التصالح بشأنها أساسا، لأن الجاني هنا ليس في حاجة للتصالح بل هو في حاجة للعلاج وإعادة التأهيل النفسي.

وعليه نتساءل كيف يمكن استيعاب مفهوم العدالة المستعادة لخطوات تحقيق العدالة الانتقالية؟ وما هي المبادئ والقيم الكامنة في صميم هذا النهج؟ لا سيما وأن مسار العدالة الانتقالية قد يفضي إلى التصالح وقد يفضي إلى غير ذلك.

يحيلنا هذا إلى ضرورة تناول تطبيقات ومفاهيم العدالة المستعادة في زمن الرسول ﷺ لاسيما ونحن مجتمع إسلامي يتطلع إلى الانتهاء بمنهج صالح لكل زمان ومكان، كما أن الظروف التي تمر بها بلادنا اليوم تشبه تماما ما عليه الحال عند فتح مكة مع اختلاف الأشخاص والمكان، فيؤسفنا أن يكون أبرز معرقل لنجاح مسار التصالح في بلادنا هو

١ - محاضرة بعنوان: العدالة التصالحية في السياسة الجنائية المعاصرة من المنظور القانوني والاجتماعي والاقتصادي، نظمها معهد الدوحة للدراسات العليا تاريخ البث على اليوتيوب ١٢ فبراير ٢٠٢١.





الجهل الممزوج بالعناد وعدم الرغبة في استيعاب أبعاد التصالح وفوائده، والإصرار على أفعال الجاهلية الأولى من انتقامٍ وتشفٍ وإقصاءٍ.

### الفرع الأول: مبادئ تحقيق العدالة المستعادة في الشريعة الإسلامية

شهد التاريخ الإسلامي أهم نماذج وصور للعدالة التصالحية بالمفهوم الحديث، وقعد لأوثق الأسس والمبادئ التي جعلت تلك النماذج من أنجحها على الإطلاق حتى الوقت الحاضر، ونحن إذ نشير إلى تلك النماذج في هذا المقام فإن ذلك ليس من باب بيان أسبقية التشريع الإسلامي ومنهجيته الناجعة، ولا من باب الدفاع والبرهنة، فالشريعة الإسلامية في غنى عن ذلك دون أدنى شك، إلا أن الإشارة تدفعنا لها الخلفية التاريخية، والدين الواحد الذي يجمع الدول العربية الإسلامية التي عانت بسبب حروبها ونزاعاتها، وأيضاً للاستدلال والقياس والبحث في أسباب تأخر نجاح تجربة التصالح واستعادة العدالة في بعض تلك الدول والتي من بينها ليبيا. ومن أهم تلك المبادئ التي أقام عليها الفتح الإسلامي أسسه الانتقالية بنجاح:

#### ١. العفو العام الذي استثنى رؤوس الإجرام والكفر:

وكان ذلك في فتح مكة، عندما أصدر الرسول صل الله عليه وسلم عفو عاماً بقوله: " لا تثريب عليكم اليوم يغفر الله لكم وهو أرحم الراحمين" (١).

ولم يكن هذا العفو إلا والمسلمون في أوج درجات القوة، وأعلى مقاييس النصر والمنعة.

#### ٢. رد الحقوق لأصحابها:

العفو العام لم يُلغى الحقوق ويمنع أصحابها عنها، تأكيداً على أن نجاح التعايش وتحقيق الاستقرار في أي مجتمع لا يكون إلا برد المظالم والحقوق لأصحابها بكل حزم وأمانة، وهذا ما روي عن الرسول صل الله عليه وسلم حينما أعاد مفاتيح الكعبة لمن كان يرفعها قبل الفتح، وقال: "هاك مفتاحك يا عثمان اليوم يوم بر ووفاء" (٢).

١ - البيهقي، السنن الكبرى، باب فتح مكة، دار الكتب العلمية، ط١، بيروت، ٢٠٠٣م، ج٩، ص: ١٥٥.

٢ - ينظر، ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، لا. ط، بيروت، ١٩٩٨م، ج٣، ص: ٢٥٠.



تلك أهم وأوثق الأسس والتي بناء عليها تأسست معايير وضوابط التعامل بين الناس في مجتمع الدولة الإسلامية عند بدايتها، بأن ساد التفاضل بين الناس بعد التساوي على أساس التقوى والعمل الصالح، وغُرست فيهم معاني التسامح ونبذ الانتقام والتشفي، وهم من عانوا ويلات التهجير، والإبعاد، والاعتداء على المال والممتلكات، ولُوحقوا في الأمصار المجاورة، وفُوطِعوا وجُوعوا وقُتِل أهلهم وذويهم، ولهذا لا أنسب من الاقتداء بهم ولا أنجح.

فالمصالحة في الشريعة الإسلامية كما يشير إلى ذلك علماء العصر الحديث: "هي فعل تشاركي وهي مشروع حضاري إنساني رفع لواءه الأنبياء والمرسلون، ورفع رايته الحكماء والمصلحون، ويسير على درجهم السادة العلماء المخلصون..". ( )

### الفرع الثاني: مهام العدالة المستعادة في وعاء مبادئها

تمثل العدالة التصالحية نهجاً قضائياً يعقد اجتماعاً بين المعتدي والمعتدى عليه برعاية مجتمعية، تركز معاني الحوار وعيش تجربة الفعل المعتدى به بتقييمها تقييماً مجرداً عن التحيز أو التفريط، للتوصل إلى سبيل جبر الأذى وتعويض الضرر بالطريقة التي تطمئن المتضرر وتمنع المعتدى مستقبلاً من أن يقدم على أفعاله المجرمة مجدداً ( ).

ومن التعريفات التي تدارست العدالة المستعادة أو التصالحية، تبرز أهم محاورها وأسسها التي تقوم على كونها "عملية يكون فيها لكل أصحاب العلاقة في المظلمة فرصة مناقشة ما جرى وكيف تأثروا بالجريمة، وتقرير ما يجب أن يُقدّم لهم بالتعويض" ( )، ولهذا تُؤسس العدالة المستعادة نظرياتها على أنه كما أن الجريمة تؤذي، فإن العدل يشفي، وبناء عليه فإن الحوادث مع أطراف العملية \_ العملية التصالحية \_ يجب أن يكون مركزياً ومحدوداً، فلا مجال للاستبعاد اعتماداً على أن ذلك يعيد التجربة لذاكرة المعتدى عليهم ويؤجج جراحهم.

والسؤال هنا: ما هي أساليب العدالة المستعادة التي تجعل منها فكرة لها نظرياتها وخصائصها التي تميزها عن

العدالة التقليدية، بحيث صار نصح العدالة الجنائية الحديثة تعزيز مفاهيم \_ العدالة المستعادة \_ وترسيخ أسسها.؟

١ - علاء الدين زعتري، المصالحة في الإسلام، قناة الميادين، تم عرض اللقاء في ٤ يناير ٢٠٢١ م. www.alzatari.net

٢ - Rebecca Webber, ANEW KIND of Criminal Justice, Parade, October ٢٥, ٢٠٠٩, p. ٦

٣ - Braithwaite, John, "Restorative Justice and De Professionalization", ٢٠٠٤, P. ٢٨\_ ٣١



يشير جمع من الباحثين المعتمدين بدراسة علوم السياسة الجنائية الحديثة إلى أن هدف العدالة المستعادة أوسع من العدالة التقليدية، بالقول: "إن حل الخلاف البديل المضموم إلى المحكمة أبعد ما يكون عن العدالة التصالحية، فأما الأول فيهدف إلى معالجة مشكلات قانونية وحماية حقوق الطرفين، وأما العدالة التصالحية فتهدف إلى توسيع القضايا أبعد من المشكلات القانونية، لا سيما إلى مناطق العلاقات" (1)، وهي بذلك تستهدف الإجابة على مجموعة من التساؤلات الملحة، مثل: من تأذى؟ وما احتياجاتهم؟ وتلك الاحتياجات مسؤولية من؟ وما الأسباب؟ ومن أصحاب العلاقة في القضية؟ وما هي العملية المناسبة لإشراك أصحاب العلاقة في طريقة لمعالجة الأسباب وحل الأمور؟ (2). لتحدد تلك الإجابات استراتيجيات المنهج المثبتى في حل القضايا القائمة تمهيدا لتحقيق العدالة المستعادة.

وكل الذي مضى من إشارات واستفهامات توجه نحو حقيقة مفادها قاعدة يجب أن يُتنبه إليها؛ تتعلق بأن القول بالعدالة التصالحية أثناء السعي لتحقيق العدالة الانتقالية أمراً ليس تلازماً ولا وجوباً، فقد ينتهي مسار العدالة الانتقالية إلى غير التصالح، ولهذا وسعياً لأن ينتهي بالتصالح وجب تكوين عقيدة كاملة عن خلفية الجريمة أو الجرائم المعترم التصالح بشأنها، وهل يمكن تحقيق ذلك حتى على المدى البعيد، أم أن الأمر لن تستوعبه عدالة مستعادة ولا يمكن أن يكون لها دورها الفعال والمؤثر، وبهذا نوفر الوقت الذي قد يُستغرق دون جدوى ويوصف الدواء لدائه مباشرة، لا أن تعيش دول ما بعد الحروب في كنف تطبيق أفكار واستعادة تجارب لا تناسب إطلاقاً بيئتها، ولا طبيعة رعاياها، ومحكوم عليها منذ البداية بأن تفشل، لأنها ليست بمقاسها.

ومن ثم إذا كانت للعدالة المستعادة أساليبها وسياساتها وطرق كثيرة تؤدي إلى أهدافها، فإن للمجتمعات أن تنتقى ما يناسبها من تلك الطرق بعد دراسة معمقة لطبيعة الجرائم والانتهاكات التي عاشتها، لا وفق قوالب ونماذج معدة سلفاً.

1. Braithwaite, John, Restorative Justice & Responsive Regulation, Oxford University Press, ٢٠٠٢, P: ٢٤٩-١

2. Zehr, Howard, Changing Lenses – A New Focus for crime and Justice, ٢٠٠٥, ٣<sup>rd</sup> ed, P: ٢٧١-٢



### المطلب الثاني: آليات العدالة المستعادة

مع الاتفاق بأن فكرة العدالة التصالحية قديمة ولها تأريخها، وتجاربها، ونتائجها والكثير من التأييد، فإن ذلك يستدعي دون أدنى شك تطورا دائما في آلياتها وبرامجها، وسبل تحقيق غاياتها وأهدافها، والذي يدفع نحو ذلك التطور؛ إما تقييم التجارب السابقة والاستفادة منها نحو التطوير وإصلاح خلل الفشل أو عدم تحقيق النجاح التام في تلك التجارب، وإما تغيير سلوك وثقافة المجتمعات التي خضعت لبرامج العدالة التصالحية، فكان للتركيبية الاجتماعية وخصوصيتها، وطبيعة النزاع واختلاف زمنه، وسببه، ومكانه، ومدى اتساعه، كان لكل ذلك انعكاسه وتأثيره في اختيار الطريق الأنجح لتحقيق العدالة التصالحية.

لنتساءل هنا: هل تطور برامج وآليات الوصول لتحقيق العدالة التصالحية أحدث فرقا في نتائج تلك التجارب أم أن الأمر يعد استجابة طبيعية مفروضة بسبب التطور الطبيعي لكل الأمور؟ قد تتاح الإجابة بناء على ما يتوفر من دراسات تُفصح عن نتائج ونسب عالية أو منخفضة تكون قد تحققت إما على التجربة كاملة، أو على جزء فيها، يظل ذلك مرهونا بعوامل عديدة تتعلق بخلفيات النزاع، وطبيعة أطرافه. فيكون: -

### الفرع الأول: فاعلية التشريعات القانونية

الواقع يشير إلى أن تطبيق برامج العدالة التصالحية جاء للمساعدة في إنهاء الصراع على المستوى الاجتماعي وما يترتب عليه من تفكك وتصدع للعلاقات بين أفراد المجتمع، والذي لا تداويه العدالة التقليدية غالبا، والتي قد تُنهى الخصومة لكنها لا تُنهى النزاع. ولهذا لا يتوافق أبدا برمجة العدالة التصالحية في إطار عدالة انتقالية تُشرع قوانينها المرحلية نحو الإقصاء والإبعاد للأفراد أو القبيلة أو أيٍّ من مكونات المجتمع التي قد تستغل في هذا الاتجاه، ومثاله ما عليه الحال في ليبيا، والتي لا اعتقد بأنه يصح بأن يحكم عليها بأنها تجربة عدالة تصالحية أساساً، وهذا الحكم مبني على ضبطها بمعايير وأهداف العدالة المستعادة أو التصالحية المتفق عليها دوليا، والتي جاءت في خطواتها نحو إرساء نظام العدالة الانتقالية بتشريعات حملت ملامح بعيدة كل البعد عن مفهوم العدالة التصالحية، إلا إذا كان المقصود تحقيق برامج العدالة الانتقالية بمنأى عن تبني برامج العدالة التصالحية، والذي فشل هو الآخر أساساً.



فصدور القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن العفو العام عن بعض الجرائم نص في مادته الأولى على: "لا تسري أحكام العفو على ... الجرائم المرتكبة من زوج المدعو معمر محمد عبد السلام أبو منيار القذافي وأبنائه وبناته أصالة أو بالتبني وأصهاره وأعوانه" ( ) ليعقبه فيما بعد القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٥ في مادته الثالثة على استبعاد بعض الجرائم من شمولها بالعفو العام بالإشارة إليها بالتنصيص في فقرتها الرابعة "جرائم القتل على الهوية والاختطاف والإخفاء القسري والتعذيب". ( ) . وإذا كان الأمر كذلك فإن مسار العدالة الانتقالية سواء تبني العدالة التصالحية أو لم يتبناها فإن لتلك التشريعات سياسة إقصائية واضحة، جردت مفهوم العدالة الانتقالية حتى من الأهداف التي كان يجب أن تخدم مرحلة النزاع وطبيعته، والتي تقوم على رأب الصدع وتسوية الخلاف بين أطرافه، فكيف بالعدالة المستعادة أو التصالحية والتي يكون لأهدافها مدى أبعد وأكثر تأثير في درء مفاصد التصدع المحتملة، وليس القائمة بالفعل.؟ وبخاصة والتجربة الليبية والتي لم تنته بعد، تُصنّف بأنها من أكثر التجارب تحمة تشريعية ( ) حيث تجاوزت في عدد تشريعاتها في الخمس

١ - القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن العفو العام عن بعض الجرائم. متاح على شبكة المعلومات الدولية.

٢ - القراءة المنهجية لتلك التشريعات يحيل إلى تلك الرؤية بكل وضوح. للاستزادة ينظر، مروان الطشاني، مسارات متعثرة مع غياب الرؤية المجتمعية والإرادة السياسية، مقال منشور من قبل مركز دعم

للتحول الديمقراطي، بتاريخ ٥ ديسمبر ٢٠١٩م. مقال موجز من أربع صفحات متاحة على شبكة المعلومات الدولية في موقع المركز.

[WWW.defendercenter.org](http://WWW.defendercenter.org)

٣ - القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١١ بشأن إنشاء المجلس الوطني للحريات العامة وحقوق الإنسان.

- القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠١٢ بإضافة بعض الأحكام إلى القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٢ بشأن صرف مبلغ مالي للأسر الليبية.

- القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢ بشأن إرساء قواعد المصالحة الوطنية والعدالة الانتقالية.

- القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن العفو العام عن بعض الجرائم.

- القانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٢ بشأن تجريم تمجيد الطاغية "تم إلغاؤه".

- القانون رقم ٤١ لسنة ٢٠١٢ المنقح للقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢ بشأن إرساء قواعد المصالحة والعدالة في ليبيا.

- القانون رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٢ بشأن تعويض السجناء السياسيين.

- القانون رقم ٥١ لسنة ٢٠١٢ بتعديل حكم في القانون ٣٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن العفو عن بعض الجرائم.

- القانون رقم ٥٢ لسنة ٢٠١٢ بشأن وضع ضوابط تقلد بعض الوظائف. " ألغي بطعن دستوري رقم ١٦ لسنة ٥٩ قضائية".

- القانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٢ بإنشاء هيئة مكافحة الفساد.

- القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٣ في شأن تجريم التعذيب والإخفاء القسري والتمييز.

- القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٣ بشأن العزل السياسي والإداري.

- القانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٣ بشأن العدالة الانتقالية.

- القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٤ بشأن رعاية أسر الشهداء والمفقودين بثورة ١٧ فبراير.

- القانون العفو العام رقم ٦ لسنة ٢٠١٥.

ويضاف إلى ذلك عدد كبير جدا من القرارات التي لم تختلف في مضمونها الغير تصالحي، منها على سبيل المثال: قرار المؤتمر الوطني العام رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢ بشأن إقرار مبدأ الإصلاح المؤسسي



السنوات الأولى رقما يوحى بقراءة تحليلية للحوارات والاجتهادات الحاصلة، كان يجب بعدها اتخاذ مبادرات أكثر جدية، تكون محاطة بتشريعات أكثر عمقا وتفاعلا مع طبيعة المجتمع الليبي وطبيعة صراعه الداخلي وعلاقته بالصراع الدولي المعقد.

واستجابة لذلك كان ينبغي أن ينظر متبنى مبادرات التصالح إلى العدالة التصالحية من خلال تشريعات تستوعب كونها عملية سياسية قوامها تضافر الجهود السياسية للسلامة، وكل مؤسسات الدولة ذات العلاقة وبخاصة المؤسسات القضائية والأمنية، بالإضافة إلى ناشطي المجتمع المدني من خلال التعويل بشكل أساس على المصالحات المجتمعية بين القبائل، لأن مهمة العدالة الانتقالية المتمثلة في معالجة ماضي أليم من أجل معالجة الحاضر والمستقبل بشكل أفضل، يفرض التوجه نحو اطلاق مبادرات المصالحة الوطنية الاجتماعية بين القبائل في مجتمع عماد بنيانه القبيلة ومكوناتها، وسيرتها وإنجازاتها والكثير من التفاصيل.

**والسؤال هنا كيف كانت هيئة تلك المبادرات في ليبيا وما هي آلياتها؟** ومن أين انطلقت وإلى أين اتجهت وكيف كانت النتائج؟ وهل تعتبر المصالحات الوطنية من ضمن هيكلية برنامج العدالة الانتقالية، حتى وإن لم تنته مساراتها \_ العدالة الانتقالية \_ بتحقيق عدالة مستعادة تصالحية؟

### الفرع الثاني: مبادرات المصالحة الوطنية

يتطلب إنجاز برنامج متكامل وذا فاعلية للعدالة الانتقالية تحقيق مصالحات متعددة، أولها المصالحات الاجتماعية، ومن ثم تأتي المصالحات السياسية، تليها المصالحات الاقتصادية، مروراً بكل اتجاه وجانب يحتاج إلى مصالحة وتهدئة معه نفعاً. وتُعرّف المصالحة المحلية: " بأنها عملية اجتماعية تعكس جهوداً جماعية على نطاق المجتمعات المحلية، وتضم جملة العمليات والمبادرات والأنشطة التي تهم فئات المجتمع الداخلة في النزاع أو الصراع، وذلك بهدف الوصول إلى تسويات



يتم التوافق عليها من قبل أطراف ذلك النزاع" ( ). ما يعنى أن آليات تحقيق المصالحة تعتمد على تطبيق ثقافة المساءلة بدلا من ثقافة الإفلات من العقاب، وبالنتيجة يمنح ذلك شعوراً بالأمان وإحساساً بالاستقرار لدى مكونات المجتمع يتشكل لديهم تجاه ملامح الدولة الجديدة، ويقوّض التفكير في تكرار تلك التجاوزات التي سيتم أو تم التصالح بشأنها، ولا يبقى من مجال لاستدعاء الماضي وإثارته إلا للمؤسسات القضائية في خانة رد الحقوق والمظالم لأهلها، وفي إطار ضيق ومحدد تحت شعار ضمان الاستقرار والتقارب واستتباب الأمن.

إلا أن مسار تلك الآليات تعثر إلى حد الاختفاء في التجربة الليبية بسبب توالي الانتهاكات وتكرار التجاوزات وتحورها، ففي الوقت الذي لا تزال فيها محاولات بذور ثقافة التصالح والتجاوز والسعي نحو الاستقرار في أعقاب تغيير النظام، تلاحقت الحروب والخروقات في البلاد وبدأت جرائم الاختفاء القسري والمقابر الجماعية والاعتداءات بالتصنيف على حسب التوجه والانتماء والميول والعقيدة السياسية والقبلية، فوجد المعتنقون بمسار تحقيق العدالة بكل مسمياتها أنفسهم أمام تداخل التركات وتشعب أطرافها، فما أن تنتهي حزمة من التجاوزات ويبدأ في توثيقها ومعالجتها حتى تُفاجئ بتجاوزات جديدة أكثر تعقيداً ترسخ بعدا عميقاً في القطيعة والضعينة والتشتت بين أبناء المجتمع الواحد، ابتداءً بما جرى في عام ٢٠١٤ وانتهاء بعام ونصف من الاعتداءات المتكررة من أوائل عام ٢٠١٩ حتى منتصف عام ٢٠٢٠م، في وقت يحتاجهم فيه الدولة وهم على الحد الأدنى على الأقل من التوافق والتقارب.

ولهذا فإن آليات العدالة المستعادة تواجه تحديات عنيفة في المجتمعات المنقسمة، والتي تتابع فيها صور النزاع وتتصاعد، فيصعب ممارسة منهجية العدالة المستعادة بما يتيح الشعور بتطبيقها بشكل حيادي بعيداً عن ترسيخ نموذج عدالة المنتصر، وبناء ذاكرة جماعية لتصفية العوائل والشوائب والحد من استعادتها واستخدامها لإثارة صور ممتدة للنزاع والصراع. وبالتالي يبدو من متطلبات النجاح في تحقيق العدالة المستعادة ضرورة دراسة خصائص المجتمعات المنقسمة والمستهدفة ببرامج العدالة في عمومها والعدالة المستعادة خصوصاً، وتحديد مكانم الخلل في العجز عن تحقيقها \_ العدالة المستعادة \_ هل هي كامنة في الفلسفة المتبناة في الآليات أم في بنية تلك المجتمعات؟. لمتابعة جذور الصراع

<sup>١</sup> - آمال سليمان العبيدي، المصالحات المحلية في ليبيا، تقييم عام، مجلة المفكرة القانونية، تونس، العدد ١٤ أبريل ٢٠١٩م. متاح على شبكة المعلومات الدولية





وتحديد ما لات استمره، وهل يمكن أن تكون برامج العدالة المستعادة كافية لاستيعابه والقضاء عليه من خلال بناء ذاكرة جماعية لإيجاد أرضية شاملة لتحقيق السلام.

واعتقد أنه بات من الضرورة بمكان على المتخصصين استنتاج واستنباط آليات جديدة لمعالجة الإخفاقات التي مرت على التجربة الليبية، وعدم استيرادها مجدداً من الخارج، وهذا لا يعني عدم الاستئناس بما كان من تجارب مؤثقة، ولا بما يجرى حولنا من تجارب ما تزال قائمة وقيد المحاولة والتقدم نحو الإنجاز، وإنما يكون ذلك الاستئناس بالتزامن مع الاجتهاد في دراسة خصائص الحالة الليبية، لا سيما ومفاهيم العدالة المستعادة من تطورات السياسة الجنائية المعاصرة، والتي يتسع مجال تطبيقها ليشمل الجرائم الحاصلة داخل الأسرة الواحدة، وبالتالي يُستفاد من تبيينها القضاء على مشاكل جانبية أخرى تعرقل تحقيق ثقافة العفو والتسامح وبناء ذاكرة جماعية تستوعب معاني العدالة المستعادة والتي يخرج فيها المحني عليه منتصراً، مستعيد لعافية ذاكرته قدر المستطاع، فالذكريات لا تتعلق بالتفاصيل التاريخية للجريمة أو الحادثة فحسب بل تتعلق بمكونات وجدانية ومعرفية لها صلة بكيفية فهم المجموعة لنفسها، وما تقوم به من بناء التصورات الاجتماعية والسياسية للحاضر<sup>(١)</sup>.

إن الممارسات الخاطئة لآليات العدالة المستعادة، سبب يضاف ومرتّب على افتقار المجتمع لثقافة قبول ما بعد التغيير والتحول الديمقراطي، وينبه إلى توجيه الجهود نحو إيجاد برامج تستهدف تقليل حجم التدابير المتخذة حيال إجراءات تحقيق العدالة بكل صنوفها، الانتقالية والمستعادة، لأننا سنجد أنفسنا بعد مضي زمن وجيز أمام الحاجة إلى إجراءات جديدة لمعالجة نتائج الحدة في تلك التدابير، فمثلاً في راوندا بلغ عدد المشتبه فيهم في السجن عام ١٩٩٦ ما يقارب ١٢٠٠٠ شخص، لم تتمكن المحكمة أساساً من البت في قضاياهم<sup>(٢)</sup>، قد تسبب ذلك في تدهور نخالة ما بعد

<sup>١</sup> - Marc Howard Ross, "The Politics of Memory and Peacebuilding" in Roger Mac Ginty (ed) Rutledge, Handbook of Peacebuilding, New York

:Rutledge, ٢٠١٣, p:٩٢

<sup>٢</sup> - Megan M. Westberg "Rwanda's Law Review Inc., vol.٥٩, no٢ (January ٢٠١١), p ٣٣١



الصراع وبخاصة إذا ما شعر أحد أولئك أن مساءلته تمت بصورة خاطئة، فتتقلب النتائج عكسية بتحويل المذنبين إلى أبطال بما يؤدي بدوره إلي عودة عنيفة إلي الصراع(1).

وللاستفادة مما تعيشه المجتمعات المنقسمة والساعية نحو الاستقرار، يجب العمل على التقعيد والتوثيق لنشر ثقافة استيعاب ما بعد النزاع والسعي نحو إنهاء الصراعات، والعمل على ربط هذه الثقافة بالهدف الأساس وراء كل محاولات تطبيق أوجه عدالة ما بعد النزاع، رويدا رويدا حتى تقتنع الشعوب التي تسعى للتحويل نحو الديمقراطية بأهمية تجاوز صراعاتها واختصار الوقت وعدم الوقوف طويلا عند معاني الانتقام والاقضاء، ويتقن أطراف العدالة المستعادة فهم حقوقهم ومسئولياتهم تجاه أنفسهم وتجاه المجتمع، وبأن مدى تحقيقها يتجاوز حدود دائرة الجاني والمجني عليه، سعيا نحو درء النزاع إلي الأبد.

وللوقوف عند حدود ذلك وبيان مداه، اهتم المبحث التالي بدراسة المسؤوليات الملقاة على عاتق أطراف النزاع في العدالة المستعادة أو التصالحية، وغرض هذا التناول إعطاء بعد أعمق يتّوج بروح المسؤولية، ليتاح القول بأنه وإن كان من حق المجني عليه أو المعتدى عليه قبول العدالة المستعادة والتراجع عنها في أي مرحلة من مراحلها، فإن ذلك لا يعني إعفائه \_ المجني عليه \_ من مسؤولياته نحو تحقيق الأمن المجتمعي مستقبلا له ولأولاده ومجتمعه، شريطة أن يكون ذلك بعيدا عن إفلات الجناة من العقاب، لتكون العدالة المستعادة في ميزان الاتزان.

### المبحث الثاني: مسؤوليات الأطراف في تحقيق الأمن المجتمعي.

تتطور كل المفاهيم استجابة للتطورات التي تعيشها المجتمعات والإنسانية جمعاء، سواء تطورت فيها معاني الاستقرار، أو كانت ضحية تطورات مفاهيم التمدن والديمقراطية وحرية الرأي، فكما تطورت مفاهيم العدالة، وسياساتها، وتصنفت فيها الميول والأهداف، فإن السلوك الذي تنظمه تلك التشريعات والغايات التي تسعى إلى تحقيقها تتطور أيضا، ولذلك جاء مفهوم تعزيز الأمن المجتمعي لينبه إلى حجم المسؤوليات التي أخفقت فيها القوانين والمنظمات التي ترعى تلك القوانين.

١- للاستزادة بنظر، عماد رزيك عمر، تحديات العدالة الانتقالية في المجتمعات المنقسمة، مجلة قضايا سياسية، كلية العلوم السياسية، جامعة النهرين، العراق، العدد ٢٣، السنة ١٢، ٢٠٢٠م، ص: ٣١٤.



اتخاذ القرار نحو التغيير ورفض الظلم والاستبداد، والبحث عن حرية التعلم والتعبير والحياة، يجب أن يعقبه بعد الوصول إلى المتغى، سعي حثيث نحو تحقيق الاستقرار والأمن المجتمعي، فلو كانت القاعدة المنطقية تحمل الأجيال المعاصرة لعمليات التحول الديمقراطي أعباء ذلك التحول، والصبر على غرمة، فإن ذلك لا يعنى الاستمرار دائما في مناقشة الأوضاع بقاعدة الغنم بالغرم، بل يجب فوراً ودوماً توجيه الجهود نحو تقعيد ملامح الاستقرار في المجتمعات لضمان تحديد المسؤوليات وحجم الأضرار وتحجيمها، بما في ذلك توجيه المجني عليهم في نتائج تلك الصراعات والحروب نحو تفهم أبعاد الأمن المجتمعي وعدم نفع الانتقام ولا في أحيان كثيرة توقيع الجزاءات والعقوبات، وهذا لا يعنى إطلاقاً حرمان الضحايا وأصحاب الحقوق من الحصول عليها، ولا حتى الضغط عليهم لإقناعهم بمفاهيم الأمن المجتمعي وميزاته، بل يلزم البحث من قبل المتخصصين دوماً في إيجاد خطاب مجرد عن الميل والهوى والمصالح الشخصية، وإعطاء قيمة أعلى وأكبر لحجم أمن الوطن وأمن نسيجه، وبيان خطورة التعنت في قبول التصالح دون تضييع الحقوق على مستقبل الأجيال القادمة.

من هنا كانت منهجية الأفكار في هذا المقام تتجه نحو دراسة مسؤوليات الأفراد والمجتمع نحو بعضهم البعض، ونحو الأجيال القادمة، لكون الصراع دائما لا يقتصر مداه على أطرافه وزمانه وحسب. وسنركز هنا على السجال الدائر بين خبراء تسوية النزاعات والمؤسسات التي تسعى لبناء السلام حول تحديد الأولوية: هل هي رسم العدالة وتطبيقها على مجرمي الحروب والنزاعات، أم تقديم الأولوية للتعامل مع مطالب الانتقام، وبناء ذاكرة جماعية تستوعب التعامل مع الآثار النفسية لضحايا تلك الصراعات.؟ بمعنى مختصر هل العدالة أم الأمن المجتمعي.؟

### المطلب الأول: المسؤوليات القانونية

تشكل صور العدالة ذرعا من أذرع حماية حقوق الإنسان والدفاع عنها، والتي برزت أعقاب الحرب العالمية الثانية، واستهدفت فض النزاعات وإرساء سلام متحمس لبناء عدالة مستعادة وانتقالية تخدم الهدف الأساس من صور العدالة، ألا وهو بناء الأمن المجتمعي.

وتعد الإحاطة بما يحتاجه المجتمع من سياسات لتبني مفهوم العدالة المستعادة وإجراءاتها من أهم المطالب التي يجب على الدول الخارجة من أتون الحرب والتحول نحو الديمقراطية التفتن فيها وإتقانها، من أجل تسهيل ذلك التحول، بما في



ذلك التغلب على التحديات والعراقيل التي تصعب مهمة تحقيق الأمن المجتمعي، ويجب أن يتزامن التفكير في السياسات الرشيدة لإنجاح الانتقال والتحول الديمقراطي مع مسارين متوازيين: تطبيق القانون من خلال معاقبة الجناة، ونتائج ذلك التطبيق وحصيلته، المؤسسة على تنفيذ العقوبات تحت سيطرة الدولة وإيصال الحقوق لأصحابها، ووصولاً إلى بناء السلام المجتمعي.

ومن هنا يقر عدد من خبراء الأزمات والصراعات بأن تلك المجتمعات المقدمة على مرحلة ما بعد النزاع والتحول الديمقراطي تواجه خيارات صعبة ومريرة في أقل ما قد توصف به، بين الرغبة في تحديد أنسب الوسائل والحلول التي تساعد في تجاوز تركة مليئة بالقتل والانتقام والاعتصاب والتشويه النفسي، والرغبة في التفاعل مع المجتمع لبناء سلام مجتمعي وإقامة دولة الحقوق والحريات المقننة.

ولذلك نرى أن هناك مسؤوليات تقع على الأطراف الموجهة إليها برامج العدالة الانتقالية والعدالة المستعادة، تصل إلى درجة من الأهمية في ضرورة استيعابها وفهمها حد القول: بأن المعتدى عليهم والمتضررين في أعقاب النزاعات يقع عليهم العبء الأكبر في نجاح مسار العدالة المستعادة، وبأني ذلك بسبب التدابير المعتمد عليها في تحقيق تلك العدالة المؤسسة على التدابير التصالحية وليس التدابير الجزائية.

### الفرع الأول: التدابير التصالحية في ميزان المسؤوليات

تقوم منهجية العدالة المستعادة على إعادة الأصل، وجبر الضرر، وتمهينة كل من الجاني والمجني عليه في جريمة ما تقبل التصالح على تفهم أبعاد ومآل التصالح المقنن، وقد يُعتقد بأن المجني عليهم فقط هم من تضرروا من جراء جرائم مخلفات أتون الحرب، وإن كانت ذلك واضحاً ملموساً في حقهم، إلا أن بعض الجرائم المتصالح بشأنها قد تضم جناة قبلوا التصالح خوفاً من عقوبات أقسى وأعنف، وهذه وجهة نظر يمثلها المعترضون على استخدام نظام العدالة التصالحية بحجة أنه نظام يعصف بحقوق الجاني ويهدد تمتعه بالضمانات القضائية المقررة للمتهم أو الجاني في نظام العدالة التقليدي( ). وحتى في ظل الرد على هذه الشبهة أو ذاك الاتهام من قبل المعتننين بنظام العدالة المستعادة والمدافعين عنه

١ - للاستزادة ينظر، سر الحتم عثمان ادريس، النظرية العامة للصلح في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، ١٩٧٩م، ص: ٤١. وينظر، أحمد محمد براك، العقوبة الرضائية، رسالة



وتفنيده بجحج أقوى وأكثر اقناعاً ( )، إلا أنه يظل مأخذاً له وجهه وخلفياته، والتي ربما كانت وراء فشل بعض تجارب التصالح إما بالكلية، أو في بعض من مراحلها.

ولهذا ربما يكون من درجات الأهمية القصوى تدارس كل التجارب السابقة الناجحة منها قبل الفاشلة، لاستخلاص واستنتاج معايير النجاح العامة التي يتاح الاستشهاد بها، والتعويل عليها في ضبط إجراءات أي تصالح جديد، وليس لتطبيق التجربة بحرفية التفاصيل، فهذا أمر غير ممكن وغير منطقي.

ومن هنا يجب وضع التدابير التصالحية في ميزان التقييم والمساءلة، حول مدى تقديم تلك التدابير لضمانات تحقيق غاية التصالح دون إجحاف قد يلحق أي طرف من أطرافه مهما كان هذا الطرف، فإذا كان المجني عليهم هم الحلقة الأضعف غالباً، فإن توقيع إجراءات العدالة المستعادة بصيغة عدالة المنتصر يقلب المراكز، وتدخل الدول في دائرة مفرغة من الجرائم المركبة، والرغبة في الانتقام وعدم استتباب أمن مؤسساتها المعنية وغير المعنية بتحقيق العدالة وضبط انحرافات تطبيقها.

الواقع يشير إلى أن التأخر في تحقيق نتائج مسار العدالة المستعادة وتعرته، يعني أن هناك خلل ما في مرحلة ما يجب تداركه، والحاجة التي تدفعنا إلى ذلك التدارك حاجة ملحة، لأن ترك مسار العدالة التقليدية واللجوء إلى غيره من صور تطبيق العدالة خارج مؤسساتها المعتادة، يوحي بقصور نتائج النظام التقليدي، ومادام الأمر كذلك وجب التدقيق في التشريعات ومنابعها، ومنافذ تطبيقها، والمناخ الذي يحيطها وقد يسهم في إحباطها أو يدعمها نحو النجاح. ولا حرج اطلاقاً من إعادة الاستكتاب في نظريات العدالة المستعادة وفق التطورات الحاصلة والتغيير الذي يجتاح أنظمة الدول، وأفكار رعاياها، ويخيم على منطوق مفكرتها وأصحاب التنظير والتأصيل، بغية إيجاد قراءة جديدة تستوعب تقديم العدالة المستعادة في إطار كونها مسؤوليات متعددة ملقاة على عاتق أطرافها دون إهمال لحقوقهم، وضمانات محاسبتهم، ضابط كل ذلك تحقيق الأمن المجتمعي الذي جاءت العدالة المستعادة لأجل تعميمه وتقعيده والتنعم بنتائجه.



وهذا لا يعني إطلاقاً الإفلات من العقاب، بل تحديث سياسات العقاب بما يتلاءم مع حداثة الفكر وتطور الجريمة وبيان مآلات التخلي عن تحقيق الأمن المجتمعي.

### الفرع الثاني: العدالة المستعادة والسياسة العقابية

يتصدر هنا مفهوم عدم الإفلات من العقاب ( )، الذي دون أدنى شك يعتبر من أدوات تحقيق العدالة المستعادة، لأن إجراءاتها التي تسمح للمجني عليه والجاني سحب اتفاقهما على التصالح والتراجع عنه في أي مرحلة من مراحلها، يعد الوجه الآخر للإصرار على عدم إفلات الجاني من العقاب، إذا كان لا يصلحه إلا ذلك. إلي جانب التنبيه إلى أن اللجوء إلى التصالح لا يعني الإفلات أساساً من العقاب، بل يعني التخفيف من حدة آثار ما بعد الجريمة، لأننا نرى في الكثير من تطبيقات نظام العدالة التقليدي الذي بدأ يوصف بعد ظهور العدالة المستعادة بأنه نظام قاسٍ وقاصر بسبب الجزاءات التي يتبناها، نرى حالات انتقام وتأثر تحصل حتى بعد توقيع تلك الجزاءات من أهل المجني عليه أو منه شخصياً لعدم قناعته بعدالة الجزاء، أو بجسامة الجريمة أو الفعل الذي تعرض له، ما يعني أن مسألة عدم الإفلات من العقاب تستوعب عدم اقتناع المجني عليه بالعقاب الموقع على الجاني أصلاً، مما يدفعه إلى البحث في سبل الانتقام والتشفي من الجاني.

ولذلك جرت في العقد الأخير إعادة تقييم للعلاقات بين الدولة والجناة والمجني عليهم، وتبين أنه إلى جانب ولوج باب القضاء اتجه الكثير من الضحايا إلى تطبيق ثقافتهم الخاصة وأعرافهم وأسس دينهم لتسوية الصراعات القائمة أو الماضية، إيماناً منهم بأن التصالح والتسامح ومحاولات تجاوز الماضي هو الحصن الحصين أمام تجددتها ( )، إلا أنه يجب اللجوء إليه بالمواءمة مع تتبع إجراءات العدالة التقليدية، لأن ثقافة التسامح والعفو من وجهة نظرهم يجب بعد أن يتم إثبات قدرتهم على الاقتصاص والتوجه إلى القضاء، وأن لجوئهم للعفو والتسامح جاء وهم منتصرون وفي أوج مراتب

١ - للاستزادة ينظر، خالد عبد الله علي، وفتحي محمد الحياتي، آليات تقييد مبدأ عدم الإفلات من العقاب خلال فترة العدالة الانتقالية، مجلة دراسات إقليمية، السنة ١٥، العدد ٤٨، نيسان ٢٠٢١م،

ص: ٢٣٣ وما بعدها.

٢ - الأمم المتحدة، التقرير الحادي عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية "تعزيز العدالة الجنائية بما في ذلك العدالة التصالحية" بانكوك، ٢٠٠٥م، رقم الوثيقة (١٠/٢٠٠٣. A/CONF) ص: ٩.



القوة لا الضعف. وتلك ثقافة لا يجب أن يستهان بها وتأثيرها في تحقيق السلم والأمن الاجتماعي، لأن التجارب أنتجت منطق مفاده؛ أنه كلما وصل الإنسان السوي إلى خياراته وهو قوى اختار الأنسب له ولمن حوله.

وكل الذي مضى يعطي بعداً أعمق لمنهجية تحديث سياسات العقاب بالمحاذاة مع تطبيق إجراءات العدالة في وجهيها التقليدي والمستحدث، ويوجه إلى الاعتناء بالآثار المترتبة بعد الاعتداء أو الجريمة على كل من الجاني والمجني عليه، ومحاولة التدخل بحذر لفهم ما خلفته ظروف الجريمة من آثار على نفسية كل منهما، والتحاور بشأنها في مناخ يضمن تلقي كل المعلومات ومعالجتها بطريقة علمية محسوبة. وإلى ذلك يشير قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع لهيئة الأمم المتحدة: "عندما تكون العمليات التصالحية غير ملائمة أو غير ممكنة، ينبغي أن تحال القضية إلى سلطات العدالة الجنائية وأن يبت دون إبطاء في كيفية التصرف. وفي تلك الحالات ينبغي أن يسعى مسؤولو العدالة الجنائية إلى تشجيع الجاني على تحمل المسؤولية تجاه الضحية والمجتمعات المحلية المتضررة، وأن يدعموا إعادة اندماج الضحية والجاني في المجتمع" (١)

إن تطبيق قيم العدالة المستعادة وتحقيق معاني الاستقرار والأمن المجتمعي مسؤولية كل الأطراف المعنية بهذا المشروع القومي، ولذلك فكل من يتأثر ويؤثر في مسارات ذلك المشروع تتحدد مسؤوليته بحجم ذلك التأثير ومدى ذلك التأثير، وكما تقوم العدالة المستعادة على محاسبة الجناة في إطار تشجيعهم على تحمل المسؤولية تجاه أفعالهم، فإن مؤسسات الدولة وأجهزتها وأدواتها المؤثرة يقع عليها عبء تحمل مسؤولياتها تجاه خطابها وآلية تنفيذ مهامها إذا كان لكل تلك الحزم تأثير على تقدم الجهود نحو تحقيق العدالة المستعادة والأمن المجتمعي. ويقودنا ذلك إلى التنبيه إلى الدور الذي تقوم به المؤسسات الإعلامية ومؤسسات المجتمع المدني في التأطير والتععيد لمفاهيم العدالة المستعادة الصحيحة الهادفة إلى استتباب الأمن بعدالة، بل إنه من واجب تلك المؤسسات تقديم المفاهيم الخاصة بكل مجتمع، تلك التي تدفع نحو نجاح المهمة، وتميزها وتنهض بنتائجها، لا التركيز على الاختلافات وفتح الماضي كلما سار أصحاب القرار وقادة الصراعات نحو التهدة والمصالحة. وسيأتي تناول الفكرة بتعميق غير مطول وغير مغل من خلال المطلب التالي بفرعيه.

١ - القرار رقم ١٢/٢٠٠٢، المؤرخ في ٢٤ تموز/ يولييه ٢٠٠٢.





### المطلب الثاني: المسؤوليات المجتمعية.

إن تعدد مناهج السياسات الجنائية الحديثة وارتباطها والذي يقابله اختلاف الظروف والأحوال في المجتمعات التي تحتاج إلى تفعيل العدالة التصالحية وغيرها من نظريات تحقيق العدالة، وتبنى قواعد القانون الدولي لمتطلبات تطبيق العدالة بمختلف مسمياتها، وجه نحو استخدام وسائل وتبني مسارات تساعد في تطبيق تلك المناهج، أو على الأقل لا تقف أمام تحقيق غاياتها. ومن أبرز تلك الأدوات مؤسسات الإعلام المكتوبة والمسموعة والمرئية، ويضاف إليها وسائل الميديا الإلكترونية.

ولأنه لكل عصر أدواته التي تميزه بات من الحكمة استثمار تلك الأدوات في تحقيق استراتيجيات التحول والتغيير نحو الأفضل لكل دولة، لأن عدم ذلك يُفضي إلى استخدام عكسي لمن يرغب في توطين أفكاره ومعتقداته وسياساته المغايرة. لكل ذلك ربما كان من الأهمية بمكان الإشارة إلى دور الإعلام ومؤسسات المجتمع المدني في تأطير ثقافة العدالة المستعادة والتصالح، بالطريقة التي تسهل لاحقا تطبيق ذلك التأطير عمليا بين الضحايا والجناة، تحت رعاية الدولة.

### الفرع الأول: المؤسسات الإعلامية

تشير الندابير المستخدمة في تحقيق أوجه العدالة والتي من بينها العدالة المستعادة إلى تحول في القيم السائدة في المجتمعات، من بيئة لا أمان فيها لأي شخص ينتمي إلى تلك الفئة المستهدفة والموسومة بأنها معتدية أو معتدى عليها، إلى بيئة تستوعب كل ذلك التحول وتوظفه في إقامة سلام دائم مستدام محاط بمنظومة من القيم والمعتقدات التي تحترم سيادة القانون لثقة الرعايا مواطنين وغير مواطنين في ضمان دولتهم لحقوقهم واستجلاهما عند أخذها عنوة أو التعدي عليها وعلى الحريات المكفولة بنص القانون. ومن ثم فإن تكوين تلك البيئة ليس بالأمر السهل، ولن يحصل ما بين عشية وضحاها، بل عادة يستغرق السنوات العديدة، بل وربما أعمار من الأجيال المتتالية. ومن أهم معايير تشكيل تلك البيئة الإعلام؛ الذي تُصاغ تقاريره وتُنشر تقييماته عادة في نسق يستعدى الماضي ويثير النزاعات مجددا، ويوقظ نوازع الفتن والمشاكل بعدما بدأت تدخل في سبات الركود ومخدع النسيان.



فلم تعد وسائل الإعلام مجرد منابر تدعو أو توجه فحسب، بل أصبحت قنوات لتمرير الأفكار والسياسات، وتغيير القناعات وإطالة مدى الصراعات أو توقفها، ولذلك لا مناص من تقبل حقيقة أن وسائل الإعلام والتكنولوجيا أصبحت تصنف في دائرة الأسلحة الفتاكة والنووية، وبأن إهمال التعامل معها وتقنين سلوكها بعد رصده بات من متطلبات قيام الأمن القومي والمجتمعي في دول العالم. وستتناول تلك الحقيقة في اتجاهين كما يلي: -

### أولاً: العلاقة بين الإعلام وتحقيق صور العدالة

إن العلاقة بين أجهزة الإعلام والجهود الحثيثة نحو تحقيق العدالة بمختلف صورها ومن بينها العدالة المستعادة، يتم رصدها غالباً من خلال ظاهرتين متناقضتين: التصادم، والتكيف أو التعايش. فقد لعبت مؤسسات الإعلام المختلفة دوراً فعالاً في العديد من محاولات تحقيق مسارات العدالة عموماً، ما يعنى ثقل التأثير الواقع بسبب استخدام الإعلام على عقل المتلقي والمستهدف من الخطاب الإعلامي.

فعلى سبيل المثال الذي يقاس عليه، كان للمشاريع الإعلامية دور مؤثر في تحفيز عمليات العدالة الانتقالية عن طريق الكشف عن الحقائق حول الجرائم ومرتكبيها، ففي تجربة جنوب أفريقيا لعبت وسائل الإعلام دوراً فعالاً في التقدم نحو الحصول على الحقيقة وتحقيق المصالحة ( )، وعليه تقاس الأدوار التي يمكن للإعلام ووسائله أن يفعلها في سبيل تحقيق وتعزيز ثقافة العدالة المستعادة، وبيان أهدافها وغاياتها.

ولهذا فإن ذلك التأثير القوي في العلاقة بين أجهزة الإعلام والأجهزة المعنية بتحقيق العدالة المستعادة، يلقي بالمسؤولية عند اضطراب العلاقة بينهما على ممارسي العدالة، وهذا ما يجعل من تقييد الخطاب الإعلامي وإن كان يتعارض مع الحريات العامة، يجعله أمراً لا بد منه في دول تتصارع فيها الأقليات، أو الطوائف، أو حتى أبناء الوطن الواحد كما في ليبيا. ويكون ذلك التقييد من خلال وضع النصوص والقوانين وتفعيلها ولو لوقت مؤقت لتهدئة الصراع الذي تتسبب فيه أنواع من الخطابات الإعلامية المؤسفة. فلا يجب الاعتماد على الخطاب الإعلامي في حسم الصراعات العميقة دون أن يكون ذلك بالتوازي مع خطط متكاملة تبنيها كافة مؤسسات الدولة وأجهزتها، ولا يجوز

<sup>1</sup> - للاستزادة عن دور الإعلام في تحقيق الأمن التنموي، ينظر، لبني سويقات، الإعلام المحلي وأبعاده التنموية في المجتمع "دراسة وصفية تحليلية للخطاب الإعلامي" مذكرة

تخرج لنيل الماجستير، جامعة

وهران، الجزائر، ٢٠٠٩ / ٢٠١٠، ص: ٢١٣ وما بعدها.



أن تثير مؤسسات الإعلام الماضي مهما كان قريب من الذاكرة، بل يجب في المقابل أن ترجم بعض صنوف الخطاب الذي يدعم ويعزز روح الانتقام والتحريض. ولا يجب أن يُسمح بأن تتحمل الأجيال القادمة نتائج قرارات من يتصدرون صنع القرار في الوقت الحالي.

### ثانياً: تقنين الخطاب الإعلامي

إن تطور تنظيم الحقوق واستقلالها يوازيه في التطور تقنين استخدامها والتفاعل مع آثار ذلك الاستخدام، ولذلك فإن كان هناك من قيمة عليها ستتهدد في مقابل استخدام حق محدود، ربما وجب أخذ القرار في ذلك بالتمايز بمنع الضرر الذي قد يترتب على تجميد ذلك الحق.

ولأن الأمن القومي للدول من أهم المعايير التي تعطي تقييماً لمستوى الحريات وتطبيق الحقوق، فإن تقييد ما يهدد ذلك الأمن وجب أن يكون متاحاً ومراقباً في آن واحد، ويجب الجمع بين ذلك لكيلا يكون في مقابل إعمال حق إهمال قيمة.

ويجب أن يكون ذلك بتقديم دراسات حقيقية تثبت أنه من الأصح في مرحلة ما تقييد بعض صنوف الخطاب رغبة في تحقيق الأمن المجتمعي، على أن ترفع تلك القيود لاحقاً بعد التأكد من تحقق الاستجابة الفعالة لمفاهيم الأمن المجتمعي ( ).

إن النظرة الوظيفية لوسائل الإعلام يجب أن تتسم بالتوازن في التعامل مع قيم حرية الإعلام وتداول الحقيقة، فلا يُعطي التقييد معنى التعتيم أو الإقصاء، إنما يعني تداول الحقيقة كما هي وبيان نتائج عدم تفهم خلفياتها دون تزييف، وعدم استخدام تلك الحقائق في تعقيد مسارات العدالة بوجه عام ( ).

١ - للاستزادة ينظر، دور مجال الاتصالات في العدالة الانتقالية، تقرير صادر عن منظمة IFIT منظمة غير حكومية مستقلة تقدم تحليلات ومشورات للجهات الفاعلة الوطنية المشاركة في المفاوضات

والانتقالات في المجتمعات الهشة والمتأثرة بالصراعات. [WWW.ifit.transitions.org](http://WWW.ifit.transitions.org)

٢ - ينظر، جمال نون، وغسان مراد، الفعل السياسي الرقمي في العالم العربي ومنظومة القيم والتحول، مجلة لباب، الصادرة عن مركز الجزيرة للدراسات، العدد الثالث، نوفمبر ٢٠١٩، ص: ١١.



وتستوعب وسائل الإعلام اليوم صورة أخرى من صور العمل الجماعي والخطاب المؤثر في عقائد الناس وخلفياتهم، يستهدف التأطير لبرامج وأفكار وعقائد مختلفة على مراحل وبمزيد من القوة والتأثير. وهي: -

### الفرع الثاني: مؤسسات المجتمع المدني

يشهد الانتشار المتزايد لعمليات الانتقال السياسي في أعقاب الحروب والصراعات اهتماما من قبل من مؤسسات المجتمع المدني، رغبة منها في تقليل أمد الصراع وتحجيم آثاره، وهناك أيضا قبول واسع للأنشطة المدنية ولدور الفاعلين في إطار مؤسساته، ما يفيد أن هناك مساهمات فاعلة لها - مؤسسات المجتمع المدني - ومؤثرة في مجال بناء السلام ومعالجة النزاعات ( ).

وهذا ما يعني أهمية دعم العمل الجماعي تحت مظلة مؤسسات منظمة، تحاول القيام بما قد تعجز عن القيام به مؤسسات الدولة، وهذا ما يحصل الآن فعلا

عندما تتعرض الدولة إلى الانقسام المؤسسي والسياسي الداخلي، ويتحرك فيها الصراع مدعوما بأجهزته الكاملة، يأتي دور تلك المؤسسات التي غالبا ما تدعم مسار التصالح ولم الشمل، ومحاولة تقريب وجهات النظر من خلال تبني فكرة تدافع عنها، أو قيمة تستهدف زرعها وتثبيتها في سلوك المجتمع.

ويدخل في دائرة مؤسسات المجتمع المدني أي كيان منظم يؤسس على الانتساب والعضوية المنظمة، لتحقيق الغرض والهدف من ذلك الكيان. ما يعني أن مكونات المجتمع المدني هي كيانات مهنية وعمالية، وحركات اجتماعية، وحتى نوادي هيئات تدريس وقضاء، ومراكز شباب وغيرها الكثير، هذه الإشارة لمكونات المجتمع المدني تعني أن لها سماتها واسهاماتها التي تؤثر وتتأثر.

ومن المهم جدا التنبيه إلى تلازم العلاقة بين مؤسسات المجتمع المدني والدولة، فلا يمكن تصور قيام مجتمع مدني قوي في ظل دولة ضعيفة متهالكة، بل هما "مكونان يميز بينهما توزيع الأدوار وليس الانفصال الكامل" ( )، ولهذا لا يجب

١ - للاستزادة ينظر، مارتينا فيشر، المجتمع المدني ومعالجة النزاعات " التجاذبات والامكانيات والتحديات، ترجمة يوسف حجازي، إصدارات مركز بحوث برغوهف للإدارة البناء للنزاعات، ٢٠٠٩، ص: ٤.

٢ - مطرف صديق علي، دراسة حقوقية حول: منظمات المجتمع المدني ودورها في تحقيق الأمن العربي الشامل ودعم الحقوق، جامعة الأمير نايف للعلوم، الرياض، نوفمبر



استبعاد أو إضعاف حجم تأثير مؤسسات المجتمع المدني من قبل الدولة بل يجب بناء علاقة تكاملية تسير في طريق واحد، تختلف فيها آليات السير لا مآلاته.

ولهذا يبدو من الحكمة استثمار مؤسسات المجتمع المدني لدراسة التقارير المقدمة من قبلها، والاستفادة منها في تقييم سياسات الدولة المختلفة، فعندما تؤسس العلاقة بين المجتمعين \_ الدولة والمؤسسات المدنية \_ على التكامل في النهج والمنهجية والغاية، حينها يُتاح تمرير الكثير من الرؤى والقيم التي تستهدف تحقيق الأمن المجتمعي ورعاية الحقوق في آن واحد.

ويجب الانتباه جيداً إلى ضرورة ألا تكون قيم الأمن المجتمعي قائمة على أنقاض حقوق الأفراد، وهذه مهمة المعتنقين بمساعي العدالة في كل صورها، بأن يكون الطرح مستوفياً لكل الفروض والاحتمالات، مدافعاً على كل الحقوق بشكل متزن ومتوازٍ.

نختم بالإشارة إلى ضرورة أن تستوعب المجتمعات العربية التغيير الوارد إلى ثقافتها وسلوكها كوحدة واحدة، وتناقش ذلك بشكل متكامل، لتأثير ذلك على سياساتها الضابطة لمؤسساتها، ومنهجياتها التقليدية منها والمستحدثة، فلم يعد النظر إلى برامج العدالة المستعادة اليوم مثلاً، كما عليه قبل أقل من عقد من الزمان.

ولكي تنتهي مسارات العدالة المستعادة إلى تحقيق أهدافها يجب أن تخضع دائماً إلى تحديث التأطير والطرح والوسائل والأدوات، استجابة للمتغيرات والأحداث والظروف والخصائص التي تميز كل أزمة أو جريمة أو صراع ينتج عنه جرائم تحتاج إلى تفعيل برامج العدالة المستعادة، وإنه ليس من المثالية القول إنه بعد مرور زمن يسير سيصبح تطبيق برامج السياسات الجنائية الحديثة من معايير تقييم مدى تطور الدول وتقديم سلوك رعاياها، ومدى احتواء سلطاتها وأجهزتها المؤسسية العامة والخاصة ومنظماتها المجتمعية لكل التفاعلات والتداخلات التي تحصل بسبب الصراعات والنزاعات مهما كام منشئها والدوافع إليها.



وإلى أن نصل إلى ذلك يجب دائما التوجه نحو بناء المجتمعات القائمة على قيم ومبادئ منطقية خالية من المثالية والتوقعات الغير متاحة الحصول، وتدارس السلوك البشري وفق الواقع والمأمول.

#### الخاتمة:

يمر العالم اليوم بمتغيرات عديدة، أثرت وتؤثر على جوانب الحياة المختلفة للشعوب والأمم، الحروب وما بعد الحروب، الأوبئة، تغير المناخ، اقتصادات تهمز وأخري تتعرض للاهتزاز، جميعها عوامل مجتمعة تؤثر في تشكيل ثقافة الوعي لدى المجتمعات بمفاهيم الاستقرار والأمن المجتمعي. والحروب وآثار ما بعد الحروب تحديدا من أهم تلك المتغيرات التي مع تكرارها وتواليها خلفت آثار ونتائج على سلوك الناس وتوجهاتها نحو الرغبة في تحقيق العدالة والاقتصاد لأنفسهم ولدويهم. لنستنتج الآتي: -

١. المفاهيم النظرية لتجارب للعدالة المستعادة كانت في أغلب التجارب ومن بينها التجربة الليبية مستوردة من

خارج ثقافات الشعوب، فلم تكن مستوعبة للاختلافات التي تخص كل مجتمع، ولا معبرة عن حاجاته.

٢. استدعاء التجارب الناجحة للقياس لا للتطبيق، القياس في القيمة لا في الوسيلة والمضمون.

٣. إن مسارات تحقيق العدالة المستعادة الغير قضائية هي أهم ما يجب التعويل عليه للوصول للأهداف بكل

حيادية وإيجابية.

٤. برامج العدالة المستعادة تحولت إلى إحدى متطلبات السياسة الجنائية الحديثة، وأهم متطلبات القانون الدولي

المعاصر في ظل التحولات السياسية والديمقراطية الحديثة، وحاجة المجتمعات في ظل المتغيرات الحاصلة إلى

توظيف مفاهيم العدالة المستعادة لتحقيق الأمن المجتمعي والسلام داخل مكونات الدولة، يستدعى مساهمة

التطور وتحديث الآليات والوسائل الموصلة إلى ذلك.

أما عن التوصيات فهي تخص الحالة الليبية، وربما تتشابه ما قد يُوصى به لغيرها من البلدان التي تشهد نزاعات

متواصلة:

١. يجب أن تتخلى جميع القوى والقيادات في الدول التي تعيش صراعاتها عن الشروط المسبقة لكي يتم تحقيق

مسارات العدالة التصالحية والانتقالية.



٢. أن تتبنى جهات صنع القرار السياسي، وكذلك الجهات المؤثرة في صنعه خطاب يتعد عن إثارة نوازع الماضي، بل ربما يجب أن توصى الجهات التشريعية بتحديد ضوابط الخطاب الإعلامي وتوضيح ملامح الخطاب الداع إلى الفتن، وتجرمه كسلوك.
٣. نشر الوعي بثقافة العدالة التصالحية والانتقالية، وإشراك مؤسسات المجتمع المدني في نشر تلك الثقافة.
٤. العمل من قبل المهتمين في مختلف التخصصات على تقديم دراساتهم وأبحاثهم التي تساعد في اكتشاف أو استحداث آليات جديدة وجديدة تساعد في تحقيق مسارات العدالة المستعادة.
٥. تعزيز مفهوم الأمن المجتمعي وقيمه، وتوجيه الناس نحو التفكير في التصالح بطريقة المنتصر لا المغلوب، وهذا خطاب يتولى الاعتناء به كل من له علاقة بعلوم النفس السياسي والجنائي، وغيرهما من التخصصات التي يمكن أن تساعد على المدى الطويل في توطيد مفاهيم الاستقرار واستتباب الأمن.
٦. ضرورة تبني مفهوم خصوصية السلوك ونتائجه، بأن تُحمّل الأجيال المقبلة أخطاء الماضي والحاضر.





### قائمة المراجع:

١. محاضرة بعنوان: العدالة التصالحية في السياسة الجنائية المعاصرة من المنظور القانوني والاجتماعية والاقتصادي، نظمها معهد الدوحة للدراسات العليا تاريخ البث على اليوتيوب ١٢ فبراير ٢٠٢١.
٢. البيهقي، السنن الكبرى، باب فتح مكة، دار الكتب العلمية، ط١، بيروت، ٢٠٠٣م، ج٩.
٣. ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، لا. ط، بيروت، ١٩٩٨م، ج٣.
٤. علاء الدين زعتري، المصالحة في الإسلام، قناة الميادين، تم عرض اللقاء في ٤ يناير ٢٠٢١ م. [www.alzadari.net](http://www.alzadari.net).
٥. القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٢ بشأن العفو العام عن بعض الجرائم. متاح على شبكة المعلومات الدولية.
٦. مروان الطشاني، مسارات متعثرة مع غياب الرؤية المجتمعية والإرادة السياسية، مقال منشور من قبل مركز دعم التحول الديمقراطي، بتاريخ ٥ ديسمبر ٢٠١٩م. مقال موجز من أربع صفحات متاحة على شبكة المعلومات الدولية في موقع المركز. [WWW.defendercenter.org](http://WWW.defendercenter.org)
٧. محمود محمد، العدالة الانتقالية في ليبيا تشريعات عدة بلا مردود في الواقع، مجلة سياسات عربية، تشرين الثاني/ نوفمبر ٢٠٢٠، العدد ٤٧.
٨. آمال سليمان العبيدي، المصالحات المحلية في ليبيا، تقييم عام، مجلة المفكرة القانونية، تونس، العدد ١٤ أبريل ٢٠١٩م. متاح على شبكة المعلومات الدولية [www.Legal-agenda.com](http://www.Legal-agenda.com).
٩. عماد رزيق عمر، تحديات العدالة الانتقالية في المجتمعات المنقسمة، مجلة قضايا سياسية، كلية العلوم السياسية، جامعة النهريين، العراق، العدد ٢٣، السنة ١٢، ٢٠٢٠م.
١٠. سر الختم عثمان ادريس، النظرية العامة للصالح في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، ١٩٧٩م.
١١. أحمد محمد براك، العقوبة الرضائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩.
١٢. خالد عبد الله علي، وفتحي محمد الحياني، آليات تقييد مبدأ عدم الإفلات من العقاب خلال فترة العدالة الانتقالية، مجلة دراسات إقليمية، السنة ١٥، العدد ٤٨، نيسان ٢٠٢١م.
١٣. تقارير الأمم المتحدة: التقرير الحادي عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية "تعزيز العدالة الجنائية بما في ذلك العدالة التصالحية" بانكوك، ٢٠٠٥م، رقم الوثيقة (٢٠٠٣/١٠).
١٤. القرار رقم ١٢ / ٢٠٠٢ الصادر عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع لهيئة الأمم المتحدة المؤرخ في ٢٤ تموز / يوليه ٢٠٠٢.
١٥. لبنى سويقات، الإعلام المحلي وأبعاده التنموية في المجتمع "دراسة وصفية تحليلية للخطاب الإعلامي" مذكرة تخرج لنيل الماجستير، جامعة وهران، الجزائر، ٢٠٠٩/ ٢٠١٠.
١٦. جمال نون، وغسان مراد، الفعل السياسي الرقمي في العالم العربي ومنظومة القيم والتحويلات، مجلة لباب، الصادرة عن مركز الجزيرة للدراسات، العدد الثالث، نوفمبر ٢٠١٩.
١٧. مارتينا فيشر، المجتمع المدني ومعالجة النزاعات "التجاذبات والامكانيات والتحديات، ترجمة يوسف حجازي، إصدارات مركز بحوث برغوف للإدارة البناء للنزاعات، ٢٠٠٩.
١٨. دور مجال الاتصالات في العدالة الانتقالية، تقرير صادر عن منظمة IFIT منظمة غير حكومية مستقلة تقدم تحليلات ومشورات للجهات الفاعلة الوطنية المشاركة في المفاوضات والانتقالات في المجتمعات المهشة والمتأثرة بالصراعات [WWW.ifit.transitions.org](http://WWW.ifit.transitions.org)



١٩. مطرف صديق علي، دراسة حقوقية حول: منظمات المجتمع المدني ودورها في تحقيق الأمن العربي الشامل ودعم الحقوق، جامعة الأمير نايف للعلوم، الرياض، نوفمبر ٢٠١١م.
٢٠. Marc Howard Ross, “The Politics of Memory and Peacebuilding” in Roger Mac Ginty (ed) *Rutledge Handbook of Peacebuilding*, New York, Rutledge, 2011, p 331.
٢١. Megan M. Westberg “Rwanda’s Law Review Inc., vol.59, no2 (January 2011), p 331.
٢٢. Rebecca Webber, *ANEW KIND of Criminal Justice*, Parade, October 25, 2009.
٢٣. John Braithwaite, *Responsive Regulation*, Oxford University Press, 2002 – Law.
٢٤. Braithwaite, John, “Restorative Justice and De Professionalization” ,2004.
٢٥. Braithwaite, John, *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford University Press, 2002.
٢٦. Zehr, Howard, *Changing Lenses – A New Focus for crime and Justice*, 2005.



## The Relationship Between Amnesty Procedures and Transitional Justice: Prospects and Challenges

د. محمد المبروك عامر رعدان  
محاضر بكلية القانون / جامعة طرابلس  
أ. موسى عبدالحفيظ القنيدي  
محاضر بكلية القانون / جامعة مصراتة

### ملخص:

أثبتت التجارب العملية أن الدول التي مرت بحالة صراع مسلح ارتكبت به انتهاكات وجرائم جماعية، غالبًا ما خلفت ورائها أحوالاً أمنية واجتماعية هشة. كما أن تلك الانتهاكات قد تضعف ثقة المواطنين في الدولة، و قدرة مؤسساتها على ضمان حقوقهم وسلامتهم. ومن أجل معالجة هذه الانتهاكات الجماعية، ويحثنا عن الاستقرار لجأ العديد من الدول لبرنامج متكامل للعدالة الانتقالية متضمنا تدابير العفو لدفع الفرقاء إلى استبعاد لغة السلاح والقوة، وتحقيق المصالحة الوطنية الشاملة. ويجدر بالذكر أن تدابير العفو هذه غالبًا ما تخضع لسلطة تقديرية واسعة من الدول، لكن هناك مجموعة من المبادئ بالقانون الدولي يجب أن تكون محل اعتبار، من ذلك أن تدابير العفو التي تمنع مقاضاة الأفراد المتهمين بارتكاب جرائم حرب أو إبادة جماعية أو جرائم ضد الإنسانية يُستبعد أن تفضي إلى حل دائم. كما أنها تتنافى مع التزامات الدول بموجب العديد من المعاهدات الدولية، و أيضا مع مبادئ القانون الدولي العرفي. وبناء عليه، تسلط هذه الورقة البحثية الضوء على أهمية الموازنة بين المصالحة والعفو، وضرورة سد فجوة الإفلات من المحاسبة القانونية. كما أنها تناقش المعايير التي يجب توافرها في تدابير العفو، لكي تكون عنصر فعالا ضمن العدالة الانتقالية، وتسهم في تحقيق السلام والمصالحة الوطنية.

### Abstract

States that have experienced armed conflict frequently leave behind disastrous security and socioeconomic situations. In addition, the violations that occurred may weaken the citizens' trust in the state and its institution. In order to address these mass violations, many countries have resorted to a comprehensive program of transitional justice to achieve stability. In general, amnesty measures will be included in transitional justice, in order to push all the conflict parties to exclude the violence and achieve real national reconciliation. These amnesty measures often are subject to the power of states' discretion, but there are international law principles that must be respectful. For instance, amnesty measures should not prevent the prosecution of individuals accused of war crimes, genocide, or crimes against humanity. Therefore, this paper will discuss the legal requirements that amnesty measures must meet in order to be an effective component of transitional justice. It will also discuss the Libyan experience in transitional justice and assess the extent to which its amnesty measures meet international obligations.



## مقدمة:

تلجأ الدول التي عانت من نزاعات مسلحة داخلية أو حروب أهلية إلى اعتماد عدد من التدابير القضائية وغير القضائية من أجل بناء السلام وتحقيق الاستقرار، وصولاً للمصالحة الوطنية، والعفو أحد أبرز تلك التدابير. تهدف تدابير العفو في سياق العدالة الانتقالية لإستعادة العلاقات الطبيعية، وترميم السلم الاجتماعي، وهو ما سيسهم في كشف الحقائق، ونزع أسباب التوتر والنزاع، وتقليل احتمالية تجدد الحرب.

ومع ذلك، فإن اعتماد تدابير العفو غالباً ما تخضع لسلطة تقديرية واسعة من الدول، فقد لوحظ أن هناك دول وسعت من نطاق العفو، بحيث تمنع مقاضاة الأفراد المتهمين بارتكاب جرائم حرب أو إبادة جماعية أو جرائم ضد الإنسانية. وفي الواقع، مثل هذه التطبيقات تتنافى مع التزامات الدول بموجب مبادئ القانون الدولي العرفي والعديد من المعاهدات الدولية، التي تتطلب ضرورة إجراء تحقيقات ومحاكمات بشأن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان.

انطلاقاً من ذلك، سيناقش البحث الشروط الواجب توافرها في تدابير العفو ضمن إجراءات العدالة الانتقالية، وسيعتمد البحث في ذلك على المنهج التحليلي، الذي من خلاله سيتم مناقشة هذه المعايير القانونية التي يجب توافرها في تدابير العفو، حتى تكون عنصراً فعالاً ضمن برنامج العدالة الانتقالية، وبما يسهم في تحقيق السلام، وبناء مصالحة وطنية ذات أسس مثينة. كما سيقوم بنفس المنهج تدابير العفو خلال المرحلة الانتقالية التي اتخذتها السلطات في ليبيا، كوسيلة للوصول للمصالحة الوطنية. ذلك سيكون عبر مبحثين وفقاً للتفصيل التالي:

-المبحث الأول: سيناقش ماهية العفو كعنصر للعدالة الانتقالية، ومدى ضرورة موازنة تدابير العفو بين تحقيق المصالحة الوطنية، والحد من الإفلات من العقاب.

-المبحث الثاني: سيكون مركزاً على تقييم تحليلي لتجربة العفو في ليبيا، ومعرفة مدى توافقها مع الالتزامات الدولية، ومن جهة أخرى، سيناقش متطلبات نجاح العفو ضمن برامج العدالة الانتقالية في ليبيا.



المبحث الأول: العفو ضمن برنامج العدالة الانتقالية.

غالبًا ما تمر بعض الدول بصراعات داخلية ناجمة عن عدم توافق وانسجام بين مكونات مجتمعاتها، خاصة إذا كانت شعوب هذه الدول مكونة من أطياف مختلفة وقبائل، مما يزيد من عوامل الفرقة وخطر نشوب نزاعات مسلحة بين أبناء البلد الواحد. لعل أبرز العوامل المحركة لهذه النزاعات، هو الصراع على السلطة، وبالتأكيد أن تلك النزاعات المسلحة يترتب عليها حدوث انتهاكات جسيمة لأحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان، والقانون الدولي الإنساني، والتي ينطبق عليها في غالب الأحيان وصف الجرائم الدولية الأشد خطورة، والتي تدخل ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية

١.

إن معظم تلك النزاعات المسلحة تضع أوزارها بموجب وساطات داخلية ودولية، حيث توجب استبعاد لغة السلاح والقوة، واستبدالها بلغة الحوار والتفاهم، والعمل على إيجاد حل سلمي مبني على إعادة التوافق والانسجام بين مختلف مكونات المجتمع، يكون أساسه العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية .

٢

في معظم الأحيان، تلجأ مجتمعات مابعد النزاعات إلى العفون مرتكبي الجرائم في إطار السعي للقضية مع الماضي، وترسيخ ثقافة المصالحة الوطنية. وفي هذا الصدد، قيل بأن العفو يؤدي عدة وظائف بوصفه أداة ضمن برامج العدالة الانتقالية، والتي تشمل على سبيل المثال تشجيع مرتكبي الانتهاكات على الاعتراف، وإثبات الحقائق، كما أن العفو يمنع تجدد النزاع أو إطالة أمده. وسيناقش هذا المبحث محورين أساسيين، وهما:

المطلب الأول: ماهية العفو كعنصر للعدالة الانتقالية ومدى ضرورته.

المطلب الثاني: ضرورة موازنة العفو بين تحقيق المصالحة الوطنية والحد من الإفلات من العقاب.

١ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ٢٠٠٢، متاح على الرابط: [https://legal.un.org/icc/statute/arabic/rome\\_statute\(a\).pdf](https://legal.un.org/icc/statute/arabic/rome_statute(a).pdf)

٢ بن عطا الله بن عليا، تدابير العفو كالية للعدالة الانتقالية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٥ العدد ١، ٢٠٢٠، ص ١٢٧-١٤٩. ص ١٢٨.

٣ اللجنة الدولية لصليب الأحمر، تدابير العفو والقانون الدولي الإنساني: الغرض والنطاق، المجلة الدولية للصليب الأحمر ٣٥٧-٣٦٣، (١) ١٠١، (٢٠١٩)، ص ٣٥٧.



## المطلب الأول: ماهية العفو كعنصر للعدالة الانتقالية ومدى ضرورته.

يعرف العفو في اللغة على أنه التجاوز عن الذنب وترك العقاب عليه، ومصدر الكلمة عَفَا يَعْفُو عَفْوًا، وهو المحو والطمس، ومنها عفوت عن الحق: أي بمعنى أسقطته و محوته عن الذي عليه. وفي هذا قيل على لسان الخليل: (وكلُّ مَنْ استحقَّ عُقوبَةً فتركتَه فقد عفوت عنه). وتعود فكرة العفو إلى خلفيات دينية، وقيم أخلاقية راسخة في العمل لدى النفس البشرية منذ القدم. فعلى سبيل المثال، قد حثت الشريعة الإسلامية الناس على العفو، وشجعت عليه، وبينت الأجر الكبير في ذلك من الخالق، ومنها قول الله تعالى: ( فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ ). كما عرف العفو أيضا في الحضارة اليونانية القديمة، وفي هذا قيل بأن كلمة العفو في اللغة العربية يقابلها (Amnesty) في اللغة الانجليزية، التي تعني "عفو السلطة الحاكمة عن جرائم الماضي"، واشتقت من كلمة (Amnistie) في اللغة الفرنسية، والتي تعني "التغاضي المتعمد"، وكلاهما مستقتان من كلمة العفو في اليونانية القديمة 'Amnestia' والتي تعني باللاتينية "النسيان (خاصة عن الخطأ)".<sup>٤</sup>

ويعرف العفو اصطلاحا على أنه التجاوز الرسمي عن العقوبة، والعواقب القانونية الأخرى المترتبة عن الفعل المجرم. كما يعرف على أنه أحد الموانع التي تحول دون العقوبة، والتي تؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية بموجب تشريع يميز ذلك. والعفو هو أحد التدابير التي تلجأ إليها الدول في زمن الانتقال السياسي، والتحول الديمقراطي مابعد الصراع. وفي هذا السياق، قيل بأن العفو هو التشريع الرسمي الذي يمنع الملاحقة القضائية، وتلغى به العقوبة لمجموعة أو فئة معينة عن جرائم محددة، وقد تتخذ تدابير العفو شكل اتفاق سياسي أو معاهدة. وبهذا يمكن أن توقف المحاكمات الجارية أو الوشيكة، أو تلغى أوامر القبض والأحكام المفروضة الصادرة بالفعل بناء على العفو.

<sup>١</sup> (لسان العرب)) لابن منظور (٧٢/١٥)، ((المصباح المنير)) للفيومي (٤١٩/٢).

<sup>٢</sup> ((مقاييس اللغة)) لابن فارس (٥٦/٤).

<sup>٣</sup> القرآن الكريم، سورة الشورى، الآية ٤٠.

<sup>٤</sup> بن عطا الله بن عليا، تدابير العفو كالية للعدالة الانتقالية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٥ العدد ١، ٢٠٢٠، ص ١٢٧-١٤٩. ١٣٠. Online Etymology Dictionary, amnesia, available at <https://www.etymonline.com/word/amnesty> اخر زيارة (٩-١-٢٠٢٢)

<sup>٥</sup> محمود عقي و فريدة بلفراق، تأثير تدابير العفو والعدالة الانتقالية على فعالية المحكمة الجنائية الدولية، مجلة العلوم الاجتماعية الإنسانية، المجلد ٥، العدد ٢، ٢٦-٣٩

<sup>٦</sup> مفوضية الامم المتحدة لحقوق الانسان، أدوات سيادة القانون لدول مابعد الصراع، تدابير العفو، الأمم المتحدة جنيف، ٢٠٠٩، ص ٥. بن عطا الله بن عليا، تدابير العفو كالية للعدالة الانتقالية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٥ العدد ١، ٢٠٢٠، ص ١٢٧-١٤٩. ١٣٠.



وبناء على ذلك، فإن الآثار القانونية التي تترتب على ارتكاب جرائم بعينها تحمي بموجب تدابير العفو، وقد اعتمدت عدة دول تدابير العفو في سياقات ما بعد النزاع المسلح غير الدولي بهدف إحلال السلام، وتعزيز المصالحة الوطنية.<sup>١</sup> ذلك ورد تحديدا في البروتوكول الإضافي الثاني ١٩٧٧ الملحق باتفاقيات جنيف الأربع ١٩٤٩، والمتعلق بالنزاعات المسلحة غير الدولية، حيث أجاز للدول أن تعتمد تدابير العفو؛ من أجل تعزيز المصالحة والسلام أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية وبعد انتهائها. فقد نصت الفقرة ٥ من المادة ٦ على " تسعى السلطات الحاكمة - لدى انتهاء الأعمال العدائية - لمنح العفو الشامل على أوسع نطاق ممكن، للأشخاص الذين شاركوا في النزاع المسلح، أو الذين قيدت حريتهم لأسباب تتعلق بالنزاع المسلح، سواء كانوا معتقلين أم محتجزين".

وقد أيدت عدد من المنظمات الدولية والهيئات الإقليمية (منظمة الأمن والتعاون في أوروبا، منظمة حلف شمال الأطلسي و الاتحاد الأوروبي) تدابير العفو التي انتهجت في جمهورية مقدونيا اليوغوسلافية السابقة؛ كوسيلة لإنهاء النزاع غير الدولي. كما أن مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة حث على منح العفو في النزاع في كرواتيا، وأنغولا وجنوب أفريقيا عقب النضال ضد جرائم الفصل العنصري. وكذلك اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة عدد من القرارات التي تدعم منح العفو في كوسوفو، و أفغانستان، وتبنت واتخذت لجنة حقوق الإنسان إجراءات تشجع على منح العفو في السودان، و البوسنة والهرسك.

لقد لجأت عدد من الدول لمنح العفو في إطار تسوية ما، أو التفاوض لإنهاء حالات النزاع المسلح غير الدولي، وذلك كآلية من آليات العدالة الانتقالية. وفي هذا قد يثور تساؤل مفاده، ماهي العدالة الانتقالية، وما أهمية تدابير العفو ضمن إجراءات هذه العدالة؟

<sup>١</sup> محمود عقي و فريدة بلقران، تأثير تدابير العفو والعدالة الانتقالية على فعالية المحكمة الجنائية الدولية، مجلة العلوم الاجتماعية الإنسانية، المجلد ٥، العدد ٢، ٢٦-٣٩ ص ٣١.

<sup>٢</sup> اللجنة الدولية للصليب الأحمر، تدابير العفو والقانون الدولي الإنساني: الغرض والنطاق، المجلة الدولية للصليب الأحمر ٣٥٧ - ٣٦٣، (١) ١٠١، (٢٠١٩)، ص ٣٥٧.

<sup>٣</sup> اللجنة الدولية للصليب الأحمر، البروتوكول الإضافي لاتفاقيات جنيف المؤرخة في ١٢ أغسطس ١٩٤٩، والمتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية (البروتوكول الثاني)، ٨ يونيو ١٩٧٧.

<sup>٤</sup> انظر القاعدة ١٥٩ العفو، من دراسة القانون الدولي الإنساني العربي: متاح على الرابط التالي [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/ara/docs/v1\\_rul\\_rule159](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/ara/docs/v1_rul_rule159) تاريخ التصفح (٩-١-٢٠٢٢).





لقد برز مصطلح العدالة الانتقالية مطلع تسعينيات القرن الماضي، حيث تم استخدامه لمعالجة حقبة سابقة من الانتهاكات الحقوقية، وجاء في الأغلب والأعم استجابة لارتفاع الأصوات المطالبة بالعدالة في دول ما بعد النزاع، وانسجاما مع التغيرات السياسية في هذه الدول. فأثناء مرحلة النزاع وبعده، تزداد المطالبات بالتصدي للانتهاكات الحقوقية التي ارتكبت، ولكن مع مراعاة التحولات السياسية التي تحصل، و غالبًا ما توصف هذه التحولات بالانتقال الديمقراطي، والذي أطلق عليه لاحقًا "العدالة الانتقالية".<sup>١</sup>

وفي الواقع، لا تصبو العدالة الانتقالية لغاية جنائية صرفه، بل إلى ما أشمل وأوسع نطاقًا، ممثلًا في مستقبل أكثر سلامًا واستقرارًا. وليست للعدالة الانتقالية شكلًا خاصًا أو إجراءات محددة، بل هي إجراءات تتواءم مع طبيعة المجتمعات، وما تمر به في مرحلة الانتقال أعقاب حقبة تفتشت فيها انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان. ونتيجة لذلك، لقد عرفت العدالة الانتقالية على أنها عبارة عن مجموعة من الإجراءات القضائية وغير القضائية التي تقوم دول ما بعد النزاع بتطبيقها؛ من أجل معالجة ما ورثته من انتهاكات حقوقية جسيمة، ومن بين تلك الإجراءات العفو.<sup>٢</sup>

تبرز أهمية تدابير العفو ضمن إجراءات العدالة الانتقالية لعدة أسباب عملية، منها حث الأطراف المتنازعة إلى استبعاد لغة العنف والقوة، وتشجيعهم على طي صفحة الماضي بكل آلامها وجراحها. فالمحاكمات القضائية لوحدها في مرحلة ما بعد الصراع قد تؤدي إلى إحداث نتائج عكسية داخل المجتمع، وتكون سببًا في عدم الاستقرار، وذلك لتخوف أطراف الصراع من المحاكمات والعقوبات التي يمكن أن توقع عليهم، مما يؤدي إلى امتناعهم عن وضع السلاح، والنتيجة استمرار آلة الحرب. وبالتالي يستخدم العفو كوسيلة توجه إلى الأطراف الفاعلة في الصراع المسلح، بأنهم لن يخضعوا للمساءلة القضائية عن جرائم سابقة، وذلك لحثهم على وقف أعمال العنف المسلح.<sup>٣</sup>

ويستخدم العفو أيضا ضمن سياق العدالة الانتقالية لتحقيق الاستقرار السياسي في الحياة الديمقراطية في دول ما بعد الصراع، فقد تكون الحياة الديمقراطية في هذه الدول مهددة بالخطر من قبل أطراف فاعلة في النزاع، على خلفية ملاحقات قضائية تكون قد اتخذت

<sup>١</sup> محمود عقي و فريدة بلقران، تأثير تدابير العفو والعدالة الانتقالية على فعالية المحكمة الجنائية الدولية، مجلة العلوم الاجتماعية الإنسانية، المجلد ٥، العدد ٢ . ص ٣٢.

<sup>٢</sup> المركز الدولي للعدالة الانتقالية [ICTJ]، ما هي العدالة الانتقالية؟ متوفر على رابط التالي: <https://www.ictj.org/ar/about/transitional-justice> تاريخ التصفح (٩-٢٠٢٢).

<sup>٣</sup> اللجنة الدولية لصليب الأحمر، تدابير العفو والقانون الدولي الإنساني: الغرض والنطاق، المجلة الدولية للصليب الأحمر ٣٥٧ - ٣٦٣، (١) ١٠١، (٢٠١٩)، ص ٣٥٨.



ضدهم. كما أن العفو يعد دافعا لأطراف النزاع نحو الإعتراض وعدم إنكار الحقائق، حيث إن قيام محاكمات واسعة النطاق قد يقود

المتهمين بارتكاب الجرائم نحو تدمير وطمس الأدلة، وإخفاء الحقيقة، ويبقى العفو هو المحفز لأطراف النزاع نحو الاعتراف.

وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من أن تدابير العفو هي أحد أهم الإجراءات التي تتخذها الدول خلال مرحلة العدالة الانتقالية، لكن يلزم

أن يكون مشروطا ومقيدا بعدد من الالتزامات الدولية التي لا يجوز إغفالها. ولعل أهم تلك الالتزامات معرفة الحقيقة والاعتراف بها،

وطلب الصفح والمغفرة من الضحايا، والإعتذار منهم. من جهة أخرى، فإن تدابير العفو خلال مرحلة العدالة الانتقالية غالبًا ما

يستثنى منها مرتكبي الجرائم الدولية الأشد خطورة (جرائم الحرب، جرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية).

وبناء على ما سلف، يمكن القول أن تدابير العفو أحد أهم آليات العدالة الانتقالية، شرط أن يكون هناك توازن منطقي بين متطلبات

المصالحة الوطنية، وضرورة الحد من الإفلات من العقاب.

#### المطلب الثاني: العفو بين متطلبات المصالحة الوطنية وضرورة الحد من الإفلات من العقاب.

تعرف المصالحة الوطنية على أنها مرحلة تحول الاتفاق المؤقت للسلم بعد انتهاء مرحلة النزاع إلى اتفاق دائم، يكون قوامه الابتعاد عن

لغة السلاح، التسامح وإزالة آثار الماضي، وتحقيق التعايش السلمي بين أبناء المجتمع، شريطة خضوع الجميع دون استثناء لضوابط

محددة.

تبرز أهمية المصالحة الوطنية في أنها لا تقتصر على بحث مسببات النزاع فقط، بل يمتد الأمر لتحويل العلاقات العدائية بين المتنازعين من

علاقة سلبية إلى إيجابية، عبر ما يعرف باستراتيجيات إدارة الصراع. إن المصالحة الوطنية مرحلة تسعى لها عادة الدول التي عانت من

<sup>١</sup> محمود عقي و فريدة بلقران، تأثير تدابير العفو والعدالة الانتقالية على فعالية المحكمة الجنائية الدولية، مجلة العلوم الاجتماعية الإنسانية، المجلد ٥، العدد ٢، ص ٣١.

<sup>٢</sup> اللجنة الدولية لصليب الأحمر، تدابير العفو والقانون الدولي الإنساني: الغرض والنطاق، المجلة الدولية لصليب الأحمر ٣٥٧ - ٣٦٣، (١) ١٠١، (٢٠١٩)، ص ٣٥٨.

<sup>٣</sup> الهادي أبوحر، مقدمة في العدالة الانتقالية: ورقات علمية في العدالة الانتقالية، المنظمة الليبية للعدالة الانتقالية ٢٠١٩، ص ١٤.

<sup>٤</sup> بن عطا الله بن عليا، تدابير العفو كآلية للعدالة الانتقالية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٥ العدد ١ ٢٠٢٠، ص ١٢٧-١٤٩. انظر ايضا عبدالله علي عبو

وإحمد علي حسين، تدابير العفو في دول ما بعد النزاع، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والإنسانية، جامعة كركوك، العدد ٥، س ٢٠١٦. ص ٥.

<sup>٥</sup> حنان عز العرب خالد، دور البرلمان في المصالحة الوطنية: دراسة لبعض الحالات الإفريقية، المكتب العربي للمعاف، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠١٥، ص ١٥.



خلافات ونزاعات داخلية، وهي تعد ركيزة لأي تسوية سياسية. ومن أجل تحقيق هذه المصالحة، يتم الاعتماد على أساليب عدة، هدفها التوفيق بين الفرقاء، ومن أهمها تدابير العفو.

ويجدر بالذكر أن المصالحة الوطنية هي الغاية التي تصبو إليها برامج العدالة الانتقالية. وفي هذا الصدد، نوه مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة إلى أن المصالحة هي أحد أهم الأهداف التي تسعى العدالة الانتقالية إلى تحقيقها. فإن كانت تدابير العفو تعد ضمن عناصر العدالة الانتقالية المهمة، فإن المصالحة الوطنية هي الهدف الأسمى لهذه العدالة. لكن السؤال الذي يثور هو، أهل هناك دائما حاجة لتدابير العفو ضمن إجراءات العدالة الانتقالية لتحقيق مصالحة وطنية أم لا؟.

في الواقع، فإن المسألة نسبية، فهناك بعض الحالات تظهر فيها الحاجة لتدابير العفو، بحيث تكون هي الوسيلة الوحيدة لإنهاء حالة الصراع الذي ارتكبت خلاله انتهاكات وتجاوزات جسيمة. على سبيل التأكيد، فقد كانت تدابير العفو هي الوسيلة الوحيدة المتاحة للأمم المتحدة في اتفاق المصالحة، وإنهاء النزاع الذي وقع في هايتي بين عامي ١٩٩٠-١٩٩٤، مما حدا بمجلس الأمن إلى اعتبار الاتفاق "هو الإطار الوحيد لحل الأزمة في هايتي". وفي ذات السياق، لم تجد جنوب أفريقيا أمامها إلا اعتماد تدابير العفو كآلية لبلوغ المصالحة الوطنية، وذلك بشرط أن يقر الجاني بما ارتكبه من تجاوزات وانتهاكات، وأن يعتذر عما ارتكب.

بشكل عام، إن علاقة العفو بالمصالحة تكمن في أن العفو ليس غاية في حد ذاته، بل وسيلة وأداة تستخدم ضمن برنامج العدالة الانتقالية، وذلك لتحقيق غاية أبعدها وهي المصالحة الوطنية. وقد قيل بأن العفو يجب أن يكون له دور مصلح، فإن لم يكن للعفو دور مصلح، فلا حاجة له، لأنه لن يؤتي ثماره، بل من الممكن أن تكون له نتائج عكسية، وذلك بتأجيج حالة النزاع من جديد. فالعفو يجب أن يصقّي ويطهر، لا يشقّي ويدمر، يقوّم لا يهدم، يصلح لا يفسد. بمعنى أن العفو يجب أن يكون مقيّدا بالإصلاح، بحيث لا

<sup>١</sup> شافية بوغابة، تدابير العفو عن انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني المطبق على نزاعات المسلحة الغير الدولية: بين مبررات المصالحة الوطنية ومتطلبات إنفاذ العدالة، مجلة الآداب و العلوم الإجتماعية، المجلد ١٧، العدد ٢، ٢٠٢٠، ص ٢٢٥.

<sup>٢</sup> سمر محمد حسين، دور المحكمة الخاصة لسيراليون في تحقيق العدالة الانتقالية، المكتب العربي للمعارف، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٢٤.

<sup>٣</sup> شافية بوغابة، تدابير العفو عن انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني المطبق على نزاعات المسلحة الغير الدولية: بين مبررات المصالحة الوطنية ومتطلبات إنفاذ العدالة، مجلة الآداب و العلوم الإجتماعية، المجلد ١٧، العدد ٢، ٢٠٢٠، ص ٢٢٧. انظر ايضا، محمد نصر محمد، الحماية الإجرائية امام المحاكم الدولية: دراسة تطبيقية على المحكمة الجنائية الدولية، مركز الدراسات العربية للنشروالتوزيع، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٢٢٨.

<sup>٤</sup> شافية بوغابة، المرجع السابق.

<sup>٥</sup> اللجنة الدولية لصليب الأحمر، تدابير العفو والقانون الدولي الإنساني: الغرض والنطاق، المجلة الدولية للصليب الأحمر ٣٥٧ - ٣٦٣، (١) ١٠١، (٢٠١٩)، ص ٣٥٨.



يتمادى المسيء في إساءته، ولهذا يمكن القول أن العفو في العدالة الانتقالية يجب أن يصلح حال من استفاد منه، فتبرّئه مما هو فيه؛ أي تعالجه، وتمنعه من حمل السلاح وتأجيج نار النزاع من جديد، وارتكاب أي انتهاكات حقوقية في المستقبل.

في هذا الصدد، يمكن الاستشهاد بقوله تعالى (فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ). ففي هذه الآية الكريمة قرن الله العفو بالإصلاح، وعلق على ذلك الشيخ آبن عثيمين في تفسير هذه الآية بالقول، ﴿فَمَنْ عَفَا﴾ أي المظلوم عن ظالمه، والعفو عنه يعني عدم مؤاخذته. ﴿وَأَصْلَحَ﴾ المراد أصلح في عفو، أي صار عفوّه مشتملاً على الإصلاح.

فما يمكن استخلاصه من قوله تعالى ﴿فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ﴾، هو الحث على العفو إذا كان مصلحاً، فإن لم يكن كذلك، فالأخذ بالمحاسبة والحزم أولى. و استرسل المفسر في شرحه، وقال فلو عرف الجاني بالفساد والشر فاعتدى على شخص، هل يمكن القول: أن العفو عنه أفضل؟ الجواب: لا، لأن العفو مقيد بأن يكون إصلاحاً، فهذا الرجل الذي عرف بالشر إذا اجرم في حق شخص ما، هل يمكن حث المجني عليه بالعفو عنه وأن يؤجر على ذلك من الله؟ الجواب قولاً وحداً لا؛ لأن المجني عليه لو عفا عن هذا الرجل الشرير في هذه القضية قد يرتكب جرم أشد بعد ذلك؛ لأنه اعتاد على العفو، فيأمل أن يُعفى عنه في كل جرم. وبناء عليه، إذا كان الجاني معروف بالشر و بالفساد فجنى على شخص، فهل يمكن القول: العفو عنه أفضل أو الأخذ بالحق؟ قال المفسر إن الأفضل هو الأخذ بالحق ومحاسبة الجاني؛ لأن هذا الرجل الشرير المجهول على الشر إذا عفي عنه الآن، ذهب يفعل ما هو أشد في اليوم الثاني. وأضاف المفسر قائلاً فلنفرض مثلاً أن شخص ما قتل آخر بدون عمد، وذلك بعد ما صدمه بسيارته، فما هو الأفضل أن يعفى عن القاتل أو أن يحاسب على ما اقترفه ويدفع الديه؟ يرد المفسر قائلاً الأمر نسبي يعتمد على حال القاتل، و هل العفو سيكون مصلح له أو لا، فإن كان هذا القاتل شخص معروف بعدم المبالاة والتهور، فهذا لا ينبغي أن يُعفى عنه، وأما إذا كان رجلاً ذا مروءة، وما حصل معه كان على سبيل خطأ، فإن الأفضل أن يُعفى عنه.

٢

وعلى ما تقدم، فهل يمكن إسقاط هذا التفسير على تدابير العفو في العدالة الانتقالية؟ بمعنى آخر، هل يشترط اقتران تدابير العفو بالإصلاح خلال مرحلة العدالة الانتقالية أم لا؟

١ القرآن الكريم، سورة الشورى، الآية ٤٠.

٢ محمد ابن صالح العثيمين، تفسير القرآن الكريم، سورة الشورى، اصدار مؤسسة الشيخ محمد ابن صالح العثيمين الخيرية، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ جري، القسيم، ص ٢٩٩-٣٠٣.



من خلال تتبع الممارسة الدولية لتدابير العفو في مرحلة ما بعد النزاع المسلح غير الدولي، ومرحلة العدالة الانتقالية بشكل عام، لوحظ كما أسلفنا أن العفو غالباً ما يكون مشروطاً بمعرفة الحقيقة والإعتراف بها، فعلى سبيل المثال في قضية أزابو في العام ١٩٩٦، استندت المحكمة الدستورية في جنوب أفريقيا على نص المادة ٦ (٥) من البروتوكول الإضافي الثاني للعفو، ولكن تجدر الإشارة إلى أنّ العفو كان مشروطاً بكشف كافة الحقائق ذات الصلة أمام لجنة الحقيقة والمصالحة في جنوب أفريقيا.

ومن جانب آخر، لوحظ أن العفو في مرحلة العدالة الانتقالية مقيد بإستثناء مرتكبي الجرائم الدولية الأشد خطورة، والتي تشمل جرائم الحرب، جرائم الإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية، وهذا ما أكدته الممارسات الدولية. فعلى سبيل المثال قضت محكمة استئناف سانتياغو في تشيلي في قضية فيديلافي العام ١٩٩٤، أنّ جرائم الحرب هي جرائم غير قابلة للعفو. وبالمثل، أكد المدعي الخاص في إثيوبيا في ١٩٩٥ في قضية منغيستو وآخرين، أنّ تدابير العفو لا يمكن أن تشمل جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، و في العام ٢٠٠١، أكد القضاء الفدرالي في الأرجنتين على ذلك في قضية كافالو. كما أن هناك عدد من السوابق القضائية الدولية تؤكد على ذلك، ولعل أبرزها قضية فورونديزا في العام ١٩٩٨، عندما حكمت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، بعدم جواز منح العفو عن مرتكبي جرائم الحرب.

ولهذا يمكن أن نخلص إلى أن العفو على مستوى برنامج العدالة الانتقالية هو الآخر يشترط فيه أن يكون مصلحاً، فالإصلاح المأمول منه لن يتحقق إلا باحترام القيود المفروضة عليه وفق الممارسة الدولية، والتي تشمل أن يكون العفو مقابل كشف الحقائق، مع استثناء مرتكبي الجرائم الدولية.

<sup>١</sup> جنوب أفريقيا، دائرة مقاطعة كيب، قضية أزابو، الحكم، ٦ مايو / أيار ١٩٩٦.

<sup>٢</sup> أنظر القاعدة ١٥٩ العفو، من دراسة القانون الدولي الإنساني العربي: متاح على الرابط التالي [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/ara/docs/v1\\_rul\\_rule159](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/ara/docs/v1_rul_rule159) تاريخ التصفح (٩-١-٢٠٢٢).

<sup>٣</sup> تشيلي، محكمة الاستئناف بسانتياغو، قضية فيديلافي، ٢٦ أيلول / سبتمبر ١٩٩٤.

<sup>٤</sup> إثيوبيا، مكتب المدعي الخاص، قضية منغيستو وآخرين، ٢٣ أيار / مايو ١٩٩٥.

<sup>٥</sup> الأرجنتين، القاضي الأتحادي، قضية كافالو، ٢٦ أكتوبر ٢٠١١.

<sup>٦</sup> المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابق، قضية فورونديجا، الحكم، ١٠ ديسمبر ١٩٩٨، لاهاي، E-372 / JL / PIU.



من زاوية أخرى، إذا كان اقتراح العفو بالإصلاح في العدالة العادية (التقليدية) يعتمد على معيار شخصي، وهو تقييم حال المعني عنه، ومدى استحقاقه للعفو وإصلاحه لحاله، فإن اقتراح العفو بالإصلاح في العدالة الانتقالية يستند على معيار موضوعي، متمثلاً في مدى الالتزام بالشروط التي تم ذكرها، ومن أهمها كشف الحقائق، واستثناء مرتكبي الجرائم الدولية.

### المبحث الثاني: العفو في سياق تجربة العدالة الانتقالية في ليبيا.

بالرغم من أن تدابير العفو مقيده ببعض القيود والمعايير الدولية، إلا أنها عادة ما تكون خاضعة للسلطة التقديرية للدول بشكل يلي رغباتها. وقد يترتب على ذلك ضياع الحقوق، وإهدار القيمة الفعلية من العفو، والتي تتجلى في الوصول لمصالحة تنصف وترضي الجميع. وحتى لا يكون ذلك منهجا متبعاً، بات العفو من خلال التجارب الدولية المتعددة منظماً بركائز، ومنضبطاً بمبادئ أساسية متينة تتفق وقواعد القانون الدولي، كما تمت الإشارة إليه سلفاً. وبناء عليه، سيناقش هذا المبحث في مطلبين: المطلب الأول: تقييم قوانين العفو في ليبيا، ومدى توافقها مع القيود والالتزامات الدولية. المطلب الثاني: متطلبات نجاح العفو ضمن العدالة الانتقالية في ليبيا .

#### المطلب الأول: تقييم قوانين العفو في ليبيا

تشهد ليبيا منذ أكثر من عقد من الزمن فترة تحول حقيقية وفعالية من نظام حكم شمولي إلى محاولة بناء نظام ديمقراطي، ركيزته سيادة القانون واحترام حقوق الإنسان. ولذلك، فإن السلطات الانتقالية تفتنت مبكراً لأهمية طي صفحة الماضي، وتجاوزها، وبناء دولة يتساوى فيها الجميع، ويكون الحكم فيها للقانون، وبما يتماشى مع فكرة المواطنة. ولهذا، فقد عمدت إلى سن مجموعة من القوانين بشأن العدالة الانتقالية والعفو العام، ومثال ذلك، القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢ بشأن العدالة الانتقالية والتعديلات اللاحقة عليه، والقانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢، والقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٥ في شأن العفو. ورغم ذلك، لم تعرف ليبيا طريقاً للاستقرار بعد،

<sup>١</sup> قانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٢ م بشأن إرساء قواعد المصالحة الوطنية والعدالة الانتقالية، المجلس الوطني الانتقالي المؤقت، الجريدة الرسمية ١٦-٠٤-٢٠١٢ العدد ٣.

<sup>٢</sup> قانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٢ بشأن العفو عن بعض الجرائم، المجلس الوطني الانتقالي المؤقت، الجريدة الرسمية ١٩-٠٥-٢٠١٢ العدد ٦.

<sup>٣</sup> القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ في شأن العفو العام، مجلس النواب الليبي، صدر في مدينة طبرق ٠٧-٠٩-٢٠١٥.



ولعل من الجيد تقييم ومراجعة تلك القوانين، خاصة ما يتعلق منها بالعفو، ومعرفة مدى تماثيه مع متطلبات الحالة الليبية، وانسجامه مع المعايير الدولية.

كما لاحظنا في المبحث السابق، إن أي تشريعات أو تدابير يتم اتخاذها من أي دولة تتضمن إسقاط حق الضحايا في مقاضاة أفراد مسؤولون قانونياً، أو يتحملون مسؤولية قانونية عن انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان لا يمكن أن يتم قبولها أو الرضا بها، ولن تفلح في بناء استقرار متين ودائم. فتدابير من ذلك، هي دلالة وإشارة على انتهاك الدولة التزاماتها الدولية، وتهدر حق الضحايا في الحصول على سبل إنصاف قضائية، أكدت عليها كل الشرائع السماوية .<sup>١</sup>

فمعظم القوانين والاتفاقيات الدولية تفرض التزاماً إيجابياً على عاتق الدول، وذلك بضمان توفير حماية فعالة للأشخاص من حدوث انتهاكات لحقوقهم. فالإفلات من العقاب يدفع الشخص بطبيعته لتكرار الإساءة، وفعل الانتهاكات مرات عدة، ولن يكون هناك من رادع عندما يحس الجاني بالأمان والنجاة، وبأن لا عقاب. ونتيجة لذلك، ينادي القانون الدولي بضرورة التحقيق في الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، وأهمية اتخاذ إجراءات جنائية فعليه ضد المسؤولين عنها تفضي لمحاكمتهم، وتفرض الجزاء المناسب. عليه فإن أي تدابير للعفو حتى وإن لم تكن ضمن منظومة العدالة الانتقالية تتجاوز المقاضاة، ولا توفر سبل انتصاف مختلفة، يستبعد أن تؤدي إلى سلام حقيقي، وسيكون أي استقرار مهدد بالانهيار في أي وقت، لعدم بنائه على أسس صلبة، وأرضية سليمة.

صحيح أن المصالحة الوطنية لا يمكن أن يتصور تحقيقها ووجودها دون عفو، وعفو دون ضمان حق الضحايا في الملاحقة القضائية، والاقتصاص من الجناة، سيكون مؤداه إفلات من العقاب، واستمرار لآلة الإحرام. بعبارة أخرى، إن تدابير العفو التي تعفي المسؤولين عن ارتكاب انتهاكات حقوق الإنسان من العقاب الجنائي، كثيراً ما انتهت حتى قبل أن تبدأ. فطبيعتها تلك تدفع المسؤولين عن الانتهاكات للاعتقاد بأن ضوءاً أخضراً قد منح لهم، وبالتالي الاستمرار في ارتكاب الفضائع الوحشية.<sup>٤</sup>

<sup>١</sup> أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع، تدابير العفو، مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان HR/PUB/09، منشورات الأمم المتحدة، ٢٠٠٩، ص ٧٨ وما بعدها.

<sup>٢</sup> عبدالإله القياي، المساءلة الجنائية في العدالة الانتقالية، المركز العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، الطبعة الثانية، برلين ٢٠١٤، ص ٦٣ وما بعدها.

<sup>٣</sup> لويس جونييه، إقامة العدل وتأمين حقوق الإنسان (إفلات مرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان من العقاب)، تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي ٢٠١٢، ص ٩٤.

<sup>٤</sup> اللجنة الدولية للحقوقيين، المساءلة عن الجرائم الخطيرة بموجب القانون الدولي في ليبيا، تقييم نظام العدالة الجنائية، ٢٠١٩/٧، ص ٧٣ وما يليها.





من خلال تقييم الوضع الليبي نلاحظ أن هناك ملامح تكريس لسياسة الإفلات من العقاب، فلقد أصدر المجلس الوطني الانتقالي القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢ والذي جاء على خلفية ما وقع إبان الانتفاضة والصراع المسلح في ٢٠١١، حيث حصن بعض الأفعال التي جاء ارتكابها في سياق الانتفاضة من الملاحقة القضائية، وهو ما ساهم في شرعنة الإفلات من العقاب. وبسبب العديد من الانتقادات الحقوقية لذلك، أخضع المؤتمر الوطني العام (السلطة التشريعية المنتخبة في ٢٠١٢) بعض ماحدث إبان أحداث ١٧ فبراير للمحاسبة في قانون العدالة الانتقالية رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٣. ومع ذلك، فقانون العدالة الانتقالية رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٣ لم يعالج كل الانتهاكات الجسيمة التي تعد جرائم لا تسقط بالتقادم بموجب القانون الدولي، ولم يتضمن تعريفا لبعض الجرائم التي تناولها بالمعالجة بما يتطابق والمعايير الدولية.<sup>٢</sup>

لقد جاء قانون العدالة الانتقالية شموليًا في معالجة كل ما وقع زمن النظام السابق، إلا أنه كان على النقيض من ذلك في ما حدث زمن ١٧ فبراير من قبل مجموعات مسلحة غير نظامية أو جهات شبه رسمية. فالمادة الأولى من قانون العدالة الانتقالية شملت ضمن نطاق تطبيقها بعض وليس كل آثار الأفعال التي وقعت زمن ١٧ فبراير، وتمت تسميتها بأعمال كانت ضرورية لتحسين الثورة، و عبارة مواقف أو أعمال أدت لخرق النسيج الاجتماعي، دون أن تبين ماهية تلك الأعمال والمواقف، فهل هي انتهاكات جسيمة أم لا؟ وهل الملاحقة القضائية ممكنة بخصوصها أم لا؟. ولا بد من الإشارة هنا إلى أن منح الحصانة من الملاحقة القضائية عن الجرائم التي ارتكبتها أيا من الأطراف المتنازعة، يعد مخالفة واضحة للالتزامات دولة ليبيا في التحقيق في كل الانتهاكات الجسيمة ومساءلة مرتكبيها بموجب القانون الدولي.<sup>٤</sup>

من جانب آخر، فإن العلاقة بين القانون رقم ٣٨ لسنة ٢٠١٢ والقانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٣ غير واضحة، فالأول نص على أنه (لا عقاب على ما استلزمته ١٧ فبراير من تصرفات عسكرية وأمنية قام بها الثوار من أجل إنجاح الثورة أو حمايتها)، وهو ما اعتبر على

<sup>١</sup> قانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٢ بشأن العفو عن بعض الجرائم، المجلس الوطني الانتقالي المؤقت، الجريدة الرسمية ١٩-٠٥-٢٠١٢ العدد ٦.

<sup>٢</sup> قانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٣ بشأن العدالة الانتقالية، المؤتمر الوطني العام، ٠٢-١٢-٢٠١٣.

<sup>٣</sup> المرجع السابق، المادة ١.

<sup>٤</sup> صادقت ليبيا على ثمان اتفاقيات دولية من أصل تسع معنية بحقوق الإنسان، والاتفاقية الوحيدة التي لم تصادق عليها في هذا السياق، هي الاتفاقية الدولية المعنية بالإختفاء القسري ٢٠٠٦، رغم أن هناك توجه نحو المصادقة عليها، دون أن يتم ذلك حتى تاريخ كتابة هذا البحث. عليه فإن اتفاقيات حقوق الإنسان تتطلب تحقيقًا في الجرائم الخطيرة التي تؤثر بشكل مباشر على الضحايا، وكل المجتمع على حد سواء.



أنه عفو وتحصين مطلق من إمكانية قيام المسؤولية القانونية، ومستندا في ذلك على ما يبدو بتوجهات سياسية، وهو ما كرس دون شك للإفلات من العقاب.

في مطلع العام ٢٠١٥، أصدر مجلس النواب الليبي القانون رقم ٦ بشأن العفو، والذي ألغى ضمنا القانون رقم ٣٨ لسنة ٢٠١٢، حيث وصف بأن صدوره كان صفقة سياسية لنيل دعم وتأييد مناصري النظام السابق. فعلى إثر هذا القانون، أصدر وزير العدل بالحكومة الليبية المؤقتة التي كان يترأسها (عبدالله الشني) قرارا طالب فيه بالإفراج عن عدد من المتهمين بارتكاب انتهاكات جسيمة ترقى لأن تكون جرائم دولية، وهو ما عده كثر مصادرة لحق الضحايا في الاقتصاص من الجناة. ولعل شمول القانون بعض الشخصيات المطلوبة من المحكمة الجنائية الدولية، والمتهمة بارتكاب انتهاكات وجرائم خطيرة، فيه ترسيخ لفكرة الإفلات من العقاب، ولا يمكن أن يقود مثل هذا العفو للاستقرار. فلقد أكدت المحكمة الجنائية الدولية مرارا وتكرارا على أن أخطر الجرائم الدولية على الأسرة الدولية، والمجتمعات المحلية لا يمكن أن تمر دون عقاب، ويجب ضمان مقاضاة مرتكبيها على نحو فعال. و لقد أثبتت الأحداث في ليبيا طيلة عقد من الزمن، أن الذهاب نحو العفو، وتجاوز المحاسبة القانونية عن الجرائم، يشجع ويدفع المسؤولين عن الانتهاكات نحو ارتكاب فضائع جديدة، وكما يقال، من آمن العقاب توحش في الإجرام.

ولعل ما تجدر الإشارة إليه، هو أن منح القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢ العفو لمرتكبي الجرائم التي وقعت في الفترة من ١٥ فبراير ٢٠١١ حتى ١٢ مايو ٢٠١٢ وتحصينهم من الملاحقة القانونية ساهم من حدة انتشار الإفلات من العقاب. ولعل الثابت أن العفو لا يمكن أن يكون على حساب حقوق الضحايا، وإلا فإن وجوده والعدم سواء. ورغم صدور قانون العفو رقم ٦ لسنة ٢٠١٥ من مجلس النواب الليبي، الذي ألغى القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٢، إلا أنه منح عفو غير مرتكز أو مستند على مراعاة واحترام حقوق الضحايا. طبقا للقانون الدولي، فإن مثل هذه الأشكال أو الصور من العفو غير مقبولة، ولا يمكن تبريرها، فهي تعارض وتخالف المبدأ رقم ٢٤ المستوفاة من المبادئ المتعلقة بحقوق الإنسان، والتي تهدف لمكافحة الإفلات من العقاب. فاللجنة المعنية بحقوق الإنسان في العام

<sup>١</sup> قانون رقم (٣٨) لسنة ٢٠١٢ بشأن بعض الإجراءات الخاصة بالمرحلة الانتقالية، المجلس الوطني الانتقالي المؤقت، الجريدة الرسمية ١٩-٠٥-٢٠١٢ العدد ٦.

<sup>٢</sup> النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ٢٠٠٢، متاح على الرابط: [https://legal.un.org/icc/statute/arabic/rome\\_statute\(a\).pdf](https://legal.un.org/icc/statute/arabic/rome_statute(a).pdf)

<sup>٣</sup> أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع، تدابير العفو، مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ٠٩/PUB/HR، منشورات الأمم المتحدة، ٢٠٠٩، ص ٨٦ ومايليها.



٢٠٠٥، أوصت بأن لا تخرج تدابير العفو أو الرأفة في إطار السلم والمصالحة من مسارها الطبيعي، ومن الغرض المرجو منها، ولا يسمح بأن تؤدي لتحسين الأفعال المحظورة من العقاب، ويستفاد المسؤولون عن الجرائم منها.

من زاوية أخرى، بموجب المبدأ رقم ١٩، فإن الدولة ملزمة بالتحقيق، واتخاذ إجراءات على صعيد الملاحقة الجنائية لكل المسؤولين عن الانتهاكات. فمنح العفو هكذا يعتبر انتهاكا لالتزامات ليبيا بموجب العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦. وذات المبدأ تم التأكيد عليه من قبل اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، التي قالت أن منح أي عفو لمنتهكي حقوق الإنسان يعد انتهاكات لحق الضحايا في الحصول على سبل وأدوات انتصاف فعالة.

### المطلب الثاني: متطلبات نجاح العفو ضمن العدالة الانتقالية في ليبيا.

لا يمكن تصور نجاح تدابير العفو، وتحقيق ما تسعى إليه إذا كانت تفرط في حق الضحايا في معرفة ماذا حدث؟ ولماذا حدث؟ وكيف حدث؟. فالحق في كشف الحقيقة، ومعرفة ذو بعد فردي وجماعي، وكلاهما غير قابل للتصرف، وهو أساس وركيزة في شعور الضحية بنوع من الرضا، الذي سيسهم لاحقا وبشكل فعال في توفير بيئة مناسبة للمصالحة الوطنية.

قد يكون من المتصور أن يتنازل الضحية عن حقه في مقاضاة المسؤولين عن الانتهاكات والجرائم، ولكن من غير المتوقع أن يصادر حقه في معرفة ماذا جرى على سبيل المثال لذويه الذين قتلوا، أو لمدينته التي دمرت، أو لأهله الذين هجروا. كما أن لعموم الشعب حق لا يقبل السقوط أو التفريط، يتمثل في معرفة حقيقة الجرائم المرتكبة، والأحداث التي وقعت، وعن الظروف والأسباب التي أفضت لوقوع الانتهاكات الجسيمة، وتقدم الممارسة الكاملة والفعالة للحق في معرفة الحقيقة ضمانا حيويا ومحوريا؛ لتفادي تجدد وقوع هذه الانتهاكات.

كما أن المعاهدات الدولية تتطلب من الدول ضمان مقاضاة مرتكبي الجرائم الأكثر خطورة، ولا بد من توفير سبل انتصاف فعالة للضحايا. حيث إن المبادئ المتعلقة بمكافحة الإفلات من العقاب تؤكد على أن تدابير العفو يجب أن لا تخل بالحق في المعرفة (مبدأ ٢٤ ب). وتماشيا مع هذا النهج، خلص تقرير الأمم المتحدة لحقوق الإنسان في ٢٠٠٦ إلى أن معرفة الحقيقة بشأن الانتهاكات الجسيمة والممنهجة لحقوق الإنسان، هو حق غير قابل للتصرف أو التجزئة، مستقل بذاته، ولا يجوز المساس به، ولا يمكن إخضاعه

<sup>١</sup> اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، الدراسة المتعلقة بالحق في معرفة الحقيقة، وثيقة الأمم المتحدة رقم ٢٠٠٦/٩١، فبراير ٢٠٠٦، الفقرات ٣٦ وما تليها.



للقيد. ولهذا فإن مسألة التوازن بين أحكام العفو أو التدابير المشابهة لها، والحق في كشف الحقيقة أو معرفتها ضرورية ولا يمكن تجاهلها تحت أي ذريعة.

لا شك بأن الكشف عن الحقيقة سيساعد بشكل دقيق في تحقيق المصالحة، ولا بد أن تكون هناك مشاركة كاملة في مسار العدالة الانتقالية لمعرفة حقيقة ما وقع، واعتماد الشفافية في عمل آليات العدالة الانتقالية، وذلك بدءاً من الإجراءات، وصولاً للنتائج، و مروراً بالتحقيقات. ولعل من المفيد ربما أن يمنح الجاني فرصة للتحدث، وكشف ما تم ارتكابه، أو ما حدث مقابل العفو، فالعقاب قد لا يكون غرضاً في حد ذاته، وإنما محاولة لمنع تجدد ارتكاب الانتهاكات أو وقوعها.

وياسقاط ما أشرنا له سلفاً كفكرة أو معيار مرتبط بكشف الحقيقة، فإن قانون العدالة الانتقالية ٢٩ لسنة ٢٠١٣ أشار إلى ماهية الإجراءات التي يجب اتخاذها بداية من التحقيقات، إلا أنه لا يضمن نشر ماتم التوصل إليه في التحقيقات، أو المشاركة فيها من قبل الضحايا. فالمادة ١٨ من القانون المذكور على سبيل المثال، لاتسمح ولا تعطي الضحايا حقاً في مباشرة الدعاوى، ولا دور لهم ولا للجنة في التحقيقات التي يلزم أن تجريها هيئة تقصي الحقائق. ولعل ما يجب أن يقال أيضاً هو أن اللجوء للعفو وحرمان الضحايا وتجريدهم من حقهم في معرفة الحقيقة، يعد مساساً بكرامتهم الإنسانية، ولا يمكن أن يساعد في دعم وجمع والحفاظ على الذاكرة الجماعية. فتجاوز كشف الحقيقة يعني ائتمار وعدم نجاح العفو.

ومن جهة أخرى، تبدو الحاجة ماسة لضرورة اقتراح تدابير العفو بالحق في جبر الضرر. فبقدر ضرورة العفو لبلد شهد حالة من انعدام الاستقرار الأمني مست السلم الاجتماعي بشكل كبير، فإن جبر الضرر بصوره المختلفة لاغنى عنه لترطيب النفوس، وتهدئتها، ومنح المتضررين فرصة بداية حياة جديدة. وبهذا، فإن تدابير العفو لا يجوز أن تؤثر على حق الضحايا في الوصول لسبل انتصاف مناسبة، ودقيقة، ولا بد من زاوية أخرى، أن يكون هناك نوع من التناسب بين جبر الضرر (التعويض بكل صوره)، وجسامه الانتهاك.

وانطلاقاً من ذلك، فإن هناك مسؤولية والتزاماً على الدولة بأن تقوم بجبر الضرر للمتضررين أو الضحايا عن معظم التجاوزات التي طالتهم (تزداد وتيرة الالتزام عندما يكون الانتهاك جسيماً). بالتأكيد سواء ارتكب باسم الدولة وعبر أجهزتها الرسمية، أو حتى عن طريق

<sup>١</sup> ياحمين سووكا، النظر إلى الماضي والعدالة الانتقالية، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مجلد ٨٨، عدد ٨٦٢، ٢٠٠٦، ص ٣٢-٣٥.

<sup>٢</sup> رونال ستايل - مارك فريان، حدود العقاب، معهد العمليات الانتقالية المتكاملة، (٢٠-١) (٨)، ٢٠١٠، ص ٢٣-٢٧.



جماعات غير منتمية للدولة (غير حكومية) أو أجهزة ليست تابعة لها، بأن كانت تعمل بإشراف أو إذن أو قبول أو تواطؤ أو اعتراف أو تحويل رسمي بممارسة صلاحيات حكومية. وعليه، فإن الدولة مسؤولة بشكل تام حينما تتجاهل، ولا تراعي الأصول القانونية في حماية جميع الأشخاص من تجاوزات حقوق الإنسان التي ترتكبها الجهات غير التابعة لها .<sup>١</sup>

لقد ألزم قانون العدالة الانتقالية رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٣ الدولة بتوفير سبل فعالة للتظلم والانتصاف لأي شخص انتهكت حقوقه أو حرياته أمام سلطة مختصة، دون إدراج آلية واضحة تضمن حصول ضحايا انتهاكات القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان على جبر تام وملائم. لقد أعطى القانون أمر تقرير التعويض لمن تعرض لانتهاكات جسيمة لهيئة تقصي الحقائق، إلا أنه لم يتضمن أو يشير لاستعادة الحرية والملكية، والحق في العودة الآمنة الطوعية للأشخاص المشردين، واقتصر في أشكال الترضية كأداة لجبر الضرر على تخليد الذكرى، ولم ينص على استرداد الحرية الشخصية، وعودة الشخص لمكانه.

وما يعاب أيضا على القانون هو أن تقرير أي صورة لجبر الضرر وردت بالمادة ٢٣ من القانون رقم ٢٩ تستلزم صدور قرار من مجلس الوزراء بذلك، لتكون نافذة بناء على اقتراح من هيئة تقصي الحقائق والمصالحة، وهذا لا يتوافق مع المعايير الدولية، ولا ينسجم مع ما يتطلبه القانون الدولي. ولعل ما ينبغي التنويه إليه هنا هو عدم تعامل السلطات التشريعية الانتقالية في ليبيا مع ضحايا الانتهاكات بذات المعايير، فعلى سبيل الاستشهاد، جرى تعويض العديد من المعتقلين السياسيين إبان النظام السابق بمبالغ مالية طائلة بين عامي ٢٠١٢ - ٢٠١٣، صرفت لهم مباشرة بإيعاز يبدو سياسيا، في وقت لم يتحصل ضحايا كثير نتيجة للنزاعات المختلفة على أي من أشكال جبر الضرر. ذلك بالتأكيد سيؤي لعدم شعور بعض ضحايا الانتهاكات بالرضا، وسيرون بأن التعامل معهم قد تم بالمخالفة لغيرهم، وبشكل تمييزي دون النظر للانتهاك بحد ذاته.<sup>٢</sup>

<sup>١</sup> المبادئ الأساسية والتوجيهية بشأن الحق في الانتصاف وجبر الضرر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، الوثيقة رقم ١/٤٧ / ٦٠A / RES/ المبدأ ٨-٩.

<sup>٢</sup> قانون رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٢ بشأن تعويض السجناء السياسيين، صدر المجلس الوطني الانتقالي المؤقت، الجريدة الرسمية ٩-٩-٢٠١٢ العدد ١٦.

<sup>٣</sup> المبادئ الأساسية والتوجيهية بشأن الحق في الانتصاف وجبر الضرر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، الوثيقة رقم ١/٤٧ / ٦٠A / RES/ المبدأ ٨-٩.



## الخاتمة

ناقش البحث علاقة تدابير العفو بإجراءات العدالة الانتقالية، بحيث سلط الضوء على المعايير القانونية التي يجب توافرها في تدابير العفو، حتى تكون عنصرا فعالا للعدالة الانتقالية في تحقيق السلام والمصالحة الوطنية. وفي هذا الصدد، خلص البحث إلى أن تدابير العفو أحد أهم عناصر العدالة الانتقالية، وذلك كونها حافزا لوقف ارتكاب الانتهاكات، وإنهاء الأعمال القتالية بشكل عام، وكذلك لدورها البارز في تهيئة المناخ المناسب لترميم السلم الاجتماعي، وتحقيق المصالحة الوطنية.

ما لوحظ هو أن تدابير العفو خلال مرحلة العدالة الانتقالية لا بد أن تترن بمعرفة الحقيقة وكشفها، وطلب الصفح والمغفرة من الضحايا والاعتذار إليهم. ومن جهة أخرى، فإن تدابير العفو خلال مرحلة العدالة الانتقالية لا بد أن يستثنى منها مرتكبي الجرائم الدولية الأشد خطورة، كجرائم الحرب، جرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية.

ومن خلال تقييم تدابير العفو خلال المرحلة الانتقالية التي اتخذتها السلطات في ليبيا كوسيلة لتحقيق المصالحة الوطنية، تبين أن هناك أوجه مخالفت عديدة احتوتها التشريعات الوطنية، أبرزها تعارضها مع التزامات دولة ليبيا على مستوى الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها، ومخالفتها لأحكام القانون الدولي العرفي.

وما يمكن التأكيد عليه هو أن تعدد قوانين العفو ساهم في زيادة وتيرة الإفلات من العقاب، دون أن تسهم في بناء الاستقرار أو إنجاح المصالحة. كما أن قانون العدالة الانتقالية ٢٩ لسنة ٢٠١٣ لم يحدد على سبيل المثال نطاق تطبيق تدابير العفو، ولم يكن هناك التزام دقيق بالقيود التي يجب أن تكون بالعفو، كمحاكمة مرتكبي الجرائم الدولية.

مما تقدم خلص البحث الى أن السلطات الانتقالية في ليبيا لم تحسن، أو تجيد التعامل مع العدالة الانتقالية، ومن بين أدواتها العفو بهدف الوصول إلى الاستقرار الحقيقي. ومن باب الاجتهاد فإن هناك عددا من الشروط أو المتطلبات للعفو التي يرى البحث ضرورة توافرها، أو أهمية ضمانها لإنجاحه على الأقل، ، ومن أهمها:

- ربط العفو ببرامج العدالة الانتقالية التي لا بد أن تبنى على أساس حوار مجتمعي يشارك فيه كل أطراف المجتمع (لا فئة بعينها) ولا يستثنى منه أحد، ويكون الضحايا - دون تمييز بينهم - حاضرين و ممثلين في كل مراحلها.



## مجلة القانون مجلة علمية نصف سنوية محكمة معتمدة تصدر عن كلية القانون جامعة طرابلس

- إبعاد كلي ومطلق للعفو بشكل خاص، والعدالة الانتقالية في العموم عن أي توجه أو استغلال سياسي، بحيث تكون قوانين خالقة للاستقرار، لا أداة للانتقام، وتصفية الحسابات بين الخصوم.
  - لإنجاح أي برامج للعدالة الانتقالية والعفو لا بد أن تكون هناك قابلية كاملة لإنفاذها على كافة إقليم الدولة، وذلك لن يكون ممكناً، إلا بوحدة المؤسسات.
  - لا بد أن تكون برامج العدالة الانتقالية - تحديدا العفو- بإشراف هيئة أو إدارة أو مؤسسة تتمتع بالاستقلالية التامة والمطلقة، وتكون قراراتها نافذة موجبة لكل السلطات، وأن يختار لها قيادات ذات تخصصات متباينة بعيدا عن المحاصصة بكل أشكالها.
  - لا بد أن يكون برنامج العدالة الانتقالية - متضمنا العفو - مؤسسي، بأدوات متنوعة، تراعي خصوصية الحالة في ليبيا.
  - يلزم إبعاد تدابير العفو وبرامج العدالة الانتقالية عن الانتقائية في التعامل مع الانتهاكات حسب نوع الضحية أو الجاني، مع أهمية مراعاة عنصر الزمن بخصوص الانتهاكات المراد علاجها.
  - الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني يشترط أن يتم استبعادها من أي تدابير للعفو بشكل واضح.
  - إلغاء كافة التشريعات الموازية التي أفرغت قوانين العفو، والعدالة الانتقالية من محتواها.
  - لا يتصور أي نجاح لتدابير العفو أو العدالة الانتقالية في المجمل في ظل انتشار السلاح بمختلف أشكاله، وسط شعور فئات متهممة بارتكاب فضائع وانتهاكات بالقوة، ولهذا من الضروري أن يكون من آليات العدالة الانتقالية برنامج شامل لنزع السلاح، خاصة الأسلحة الثقيلة.
  - أي تدابير للرفقة أو الرحمة أو العفو لا بد أن تنطلق من معادلة توازن بين العقاب وعدم الإفلات من العقاب.
- وفي الختام، يشدد البحث على ضرورة أن تقوم السلطات التشريعية في دولة ليبيا بسن قانون جديد للعدالة الانتقالية، يشارك فيه جميع أطراف المجتمع. ويكون مرتكزا على: استثناء مرتكبي الجرائم الدولية الأشد خطورة من العفو، صون حق الأشخاص المتضررين وأفراد أسرهم في معرفة الحقيقة، جبر الضرر بصوره المختلفة لكل الضحايا عن الجرائم، والانتهاكات التي ارتكبت، وبما يتوافق مع خصوصية الوضع في ليبيا.



### قائمة المراجع:

- القرآن الكريم، سورة الشورى.
- قانون رقم ( ١٧ ) لسنة ٢٠١٢ م بشأن إرساء قواعد المصالحة الوطنية والعدالة الانتقالية، المجلس الوطني الانتقالي المؤقت، الجريدة الرسمية ١٦-٤-٢٠١٢ العدد ٣.
- قانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٢ بشأن العفو عن بعض الجرائم، المجلس الوطني الانتقالي المؤقت، الجريدة الرسمية ١٩-٥-٢٠١٢ العدد ٦.
- قانون رقم (٣٨) لسنة ٢٠١٢ بشأن بعض الإجراءات الخاصة بالمرحلة الانتقالية، المجلس الوطني الانتقالي المؤقت، الجريدة الرسمية ١٩-٥-٢٠١٢ العدد ٦.
- قانون رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٢ بشأن تعويض السجناء السياسيين، صدر المجلس الوطني الانتقالي المؤقت، الجريدة الرسمية ٩-٩-٢٠١٢ العدد ١٦.
- قانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٣ بشأن العدالة الانتقالية، المؤتمر الوطني العام، ٢٠١٣-١٢-٠٢.
- القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ في شأن العفو العام، مجلس النواب الليبي، صدر في مدينة طبرق ٠٧-٠٩-٢٠١٥.
- أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع، تدابير العفو، مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان HR/PUB/٠٩، منشورات الأمم المتحدة، ٢٠٠٩، ص ٨٦ وما يليها.
- بن عطا الله بن عليا، تدابير العفو كالية للعدالة الانتقالية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٥ العدد ١ ٢٠٢٠.
- حنان عز العرب خالد، دور البرلمان في المصالحة الوطنية: دراسة لبعض الحالات الإفريقية، المكتب العربي للمعاف، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠١٥.
- رونال ستايل - مارك فريان، حدود العقاب، معهد العمليات الانتقالية المتكاملة، (٢٠-١) (٨)، ٢٠١٠، ص ٢٣-٢٧.
- سمر محمد حسين، دور المحكمة الخاصة لسيراليون في تحقيق العدالة الانتقالية، المكتب العربي للمعارف، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٢٤.
- شافية بوغابة، تدابير العفو عن انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني المطبق على نزاعات المسلحة الغير الدولية: بين مبررات المصالحة الوطنية ومتطلبات إنفاذ العدالة، مجلة الآداب و العلوم الإجتماعية، المجلد ١٧، العدد ٢، ٢٠٢٠.
- شافية بوغابة، تدابير العفو عن انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني المطبق على نزاعات المسلحة الغير الدولية: بين مبررات المصالحة الوطنية ومتطلبات إنفاذ العدالة، مجلة الآداب و العلوم الإجتماعية، المجلد ١٧، العدد ٢، ٢٠٢٠.
- عبدالإله القيافي، المساءلة الجنائية في العدالة الانتقالية، المركز العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، الطبعة الثانية، برلين ٢٠١٤، ص ٦٣ وما بعدها.
- عبدالله علي عبو ومجد علي حسين، تدابير العفو في دول ما بعد النزاع، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والانسانية، جامعة كركوك، العدد ٥، ص ٢٠١٦.
- قواعد القانون الدولي الإنساني العرفي: متاح على الرابط التالي [https://ihl-databases.icrc.org/customary-  
hl/ara/docs/v1\\_rul\\_rule159](https://ihl-databases.icrc.org/customary-hl/ara/docs/v1_rul_rule159)
- اللجنة الدولية للصليب الأحمر، تدابير العفو والقانون الدولي الإنساني: الغرض والنطاق، المجلة الدولية للصليب الأحمر ٣٥٧ - ٣٦٣ (١) ١٠١، (٢٠١٩).
- اللجنة الدولية للحقوقيين، المساءلة عن الجرائم الخطيرة بموجب القانون الدولي في ليبيا، تقييم نظام العدالة الجنائية، ٢٠١٩/٧.
- اللجنة الدولية للصليب الأحمر، البروتوكول الإضافي لاتفاقيات جنيف المؤرخة في ١٢ أغسطس ١٩٤٩، والمتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية (البروتوكول الثاني)، ٨ يونيو ١٩٧٧.
- اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، الدراسة المتعلقة بالحق في معرفة الحقيقة، وثيقة الأمم المتحدة رقم ٢٠٠٦/٩١، فبراير ٢٠٠٦.
- (لسان العرب، لابن منظور)، (المصباح المنير، للفيومي)، (مقاييس اللغة، لابن فارس).
- لويس جونييه، إقامة العدل وتأمين حقوق الإنسان (إفلات مرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان من العقاب)، تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي ٢٠١٢.
- المبادئ الأساسية والتوجيهية بشأن الحق في الانتصاف وجبر الضرر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، الوثيقة رقم RES/٦٠A/١٤٧/المبدأ ٨-٩.
- محمد ابن صالح العثيمين، تفسير القرآن الكريم، سورة الشورى، اصدار مؤسسة الشيخ محمد ابن صالح العثيمين الخيرية، الطبعة الأولى، ١٤٣٧ هجري، القصيم.
- محمد نصر محمد، الحماية الإجرائية امام المحاكم الدولية: دراسة تطبيقية على المحكمة الجنائية الدولية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٢٢٨.
- محمود عقي و فريدة بلفراف، تأثير تدابير العفو والعدالة الانتقالية على فعالية المحكمة الجنائية الدولية، مجلة العلوم الاجتماعية الإنسانية، المجلد ٥، العدد ٢.
- المركز الدولي للعدالة الانتقالية ICTJ، ما هي العدالة الانتقالية؟ متوفر على رابط التالي: [https://www.ictj.org/ar/about/transitional-  
justice](https://www.ictj.org/ar/about/transitional-justice)



## مجلة القانون مجلة علمية نصف سنوية محكمة معتمدة تصدر عن كلية القانون جامعة طرابلس

- مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، أدوات سيادة القانون لدول مابعد الصراع، تدابير العفو، الأمم المتحدة جنيف، ٢٠٠٩.
- الهادي أبوحمرة، مقدمة في العدالة الانتقالية: ورقات علمية في العدالة الانتقالية، المنظمة الليبية للعدالة الانتقالية ٢٠١٩.
- ياسمين سووكا، النظر إلى الماضي والعدالة الانتقالية، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مجلد ٨٨، عدد ٨٦٢، ٢٠٠٦، ص ٣٢-٣٥.



تدويل السلطات العامة في إطار مبدأ سمو الدستور  
( دراسة تطبيقية على مشروع الدستور الليبي ٢٠١٧ ) .

## Internationalization of Public Powers within the Framework of the Principle of the Supremacy of the Constitution

أ. دارين سالم اللافي

محاضر بكلية القانون / جامعة طرابلس

ملخص:

لاشك أن التطور المتنامي والسريع للقانون الدولي، وزيادة تسلل قواعد إلى القانون الداخلي والدستوري للدول، ادت إلى تطور العلاقة بين القانونين ومن ثم زوال الحدود الفاصلة بينهما تدريجياً، الأمر الذي أسفر عن إحداث آثار قانونية لعل من أهمها المساس بالمبدأ الدستوري الذي يعبر عن سيادة الدولة والمتمثل في مبدأ سمو الدستور، ومن ثم تراجع قيمته القانونية، وبالتالي التأثير في السلطات العامة وإعادة تنظيمها بشكل يستجيب للتطور الحاصل في المجتمع الدولي، وبذلك أصبح مبدأ سمو الدستور في الدولة يتحدد بمدى التزامها بأحكام وقواعد القانون الدولي ومواءمة قوانينها الداخلية له .

الكلمات المفتاحية : مبدأ سمو الدستور - تدويل الدساتير - السلطات العامة - القانون الدولي .

### Abstract:

There is no doubt that the growing and rapid development of international law and the increasing infiltration of its rules into the internal and constitutional law of states has led to the development of the relationship between the both laws and thus the gradual disappearance of the boundaries between them.

This resulted in legal effects, perhaps the most important of which is a violation of the constitutional principle which expresses the sovereignty of the state, which is represented in the principle of the supremacy of the constitution, and which has been retracted Its legal value.

As a result, this influences the public authorities and reorganizes them in a way that responds to developments that have been happening in the international community, and for this reason the principle of the supremacy of the constitution in the state has become determined by its extent of Its commitment to the provisions and rules of international law and the harmonization of its internal laws with it.

**Keywords:** The Principle of the Supremacy of the Constitution - the Internationalization of Constitutions - Public Authorities - International law.



مقدمة:

الدستور هو الوثيقة العليا في الدولة، وسموه مظهراً من مظاهر سيادة الدولة، وهو يعلو على ما عداه من القوانين في الدولة، ويعد مصدراً لكل نشاط قانوني فيها، والمحدد لفلسفتها السياسية والاجتماعية والاقتصادية، ويمقتضى هذا السمو للدستور فإن النظام القانوني للدولة يرتبط بالقواعد الدستورية ارتباطاً من شأنه أن يمنع أية سلطة من ممارسة اختصاصات غير الاختصاصات التي حددها الدستور، ذلك أن أي تراجع لهذه القيمة الدستورية سيؤثر حتماً على سيادة الدولة بصفة عامة وسلطاتها السيادية الداخلية بصفة خاصة، ونظراً للتطورات التي شهدتها الساحة الدولية في الآونة الأخيرة التي فرضت تزايد تسلل القانون الدولي إلى القانون الداخلي للدول، مما دفع الدول إلى تعديل دساتيرها لتحقيق التوافق بين القانونين، الأمر الذي أفضى إلى تجاوز الفكر الدولي التقليدي والتوجه نحو توحيد الدساتير، عن طريق إحداث تغييرات في اختصاصات السلطات العامة فيها، وعلاقتها ببعضها بعضاً، وفي علاقاتها بالأفراد .

أهمية البحث

تتمثل أهمية البحث بما يأتي :

- ١ . الأهمية العلمية (النظرية) : وتتمثل في تناولها موضوعاً علمياً على درجة من الأهمية، إذ يتم فيه تسليط الضوء على ظاهرة تدويل الدساتير، كما تتمثل في أنها تفسح المجال أمام الباحثين لتناول جوانب علمية أخرى مكتملة له .
- ٢ . الأهمية العملية : وتتمثل في اختبارها مجالاً تطبيقياً يمثل في الدستور الليبي كميدان للدراسة النظرية .

أهداف البحث :

يسعى هذا البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية :

- ١ . لتقديم إطار مفاهيمي للتدويل .
- ٢ . التعريف بمفهوم الدستور وخصائصه وأهميته وأساسه .
- ٣ . بيان أثر التدويل على سمو الدستور، والسلطات العامة والسيادية في الدولة .

إشكالية البحث

من خلال الإطلاع على الدراسات القانونية المتعلقة بالقانون الدولي، وكذلك البحوث والدراسات الخاصة بتدويل، تبين أن هذه الظاهرة تؤثر على خصوصية الدساتير الوطنية وهو ما يمثل مشكلة بحثية تمت صياغتها عبر تساؤل رئيسي مفاده :

ما المقصود من فكرة التدويل؟ وما مدى انعكاس هذه الظاهرة على مبدأ سمو الدستور والسلطات العامة في الدولة؟

وينبثق عن هذا التساؤل مجموعة من التساؤلات الفرعية مفادها :

- ١ . كيف اكتسب الدستور المكانة العليا في الدولة، وكيف آلت لقواعده السمو على ما عداها من قوانين أخرى، وما أساس هذا المبدأ ؟
- ٢ . هل الدولة ملزمة بمواكبة تلك التطورات التي شهدتها الساحة الدولية، ومن ثم تكيف دساتيرها على ضوءها حتى توصف بالديمقراطية؟ وما أثر ذلك على سمو دستورها والسلطات العامة فيها في حالة استجابتها للتغيرات والتطورات الدولية ؟
- ٣ . ماذا عن مشروع الدستور، هل كان مواكباً لتلك التطورات لا سيما في مجال السلطات العامة واختصاصاتها؟



## منهج البحث

إن المنهج المتبع في دراسة موضوع البحث تدويل السلطات العامة في ظل مبدأ سمو الدستور هو المنهج التحليلي والوصفي لظاهرة التدويل وأثرها على السلطات العامة والسمو الدستوري، باعتباره من أكثر المناهج ملائمة لموضوع البحث، حيث يقوم بوصف الظاهرة المدروسة (التدويل) من كافة جوانبها، ومن تم تحليلها تحليلاً علمياً مستنداً إلى مجموعة من المصادر والمراجع العلمية .

### خطة البحث (تقسيمات البحث)

المبحث الأول : مبدأ سمو الدستور ومظاهره في مشروع الدستور الليبي .

المطلب الأول : المقصود بمبدأ سمو الدستور .

الفرع الأول : معنى سمو الدستور .

الفرع الثاني : أساس سمو الدستور .

المطلب الثاني : مظاهر سمو الدستوري في مشروع الدستور الليبي .

الفرع الأول : مظاهر سمو الموضوعي .

الفرع الثاني : مظاهر سمو الشكلي .

المبحث الثاني : آليات التدويل وأثرها على السلطات العامة في الدولة .

المطلب الأول : مدى تأثير سمو الدستور بظاهرة التدويل .

الفرع الأول : تمييز التدويل عن غيره من المصطلحات المشابهة .

الفرع الثاني : آليات وأساليب التدويل .

المطلب الثاني : انعكاس ظاهرة التدويل على السلطات العامة في الدولة .

الفرع الأول : مظاهر التدويل وانعكاسه على السلطتين التنفيذية والتشريعية .

الفرع الثاني : مظاهر التدويل وانعكاساته على السلطة القضائية .

الخاتمة .



### المبحث الأول: مبدأ سمو الدستور ومظاهره في مشروع الدستور الليبي ٢٠١٧.

إذا كان القانون الدستوري يُعنى من حيث الأصل بنظام الحكم في الدولة، فهو الذي يُنشئ السلطات العامة، ويحدد لها اختصاصاتها، فلا بد من تقييد تلك السلطات بالقواعد الدستورية؛ لأن مخالفتها يعني التنكر لسند وجودها، ومن ثم فإن الدستور يعلو على الحكام وعلى القوانين التي يضعونها، بل ويلزمهم باحترام قواعده في كل ما يصدر عنهم من أعمال وتصرفات. (١)

ويعد سمو الدستور من المبادئ المسلم بها لدى الفقه الدستوري سواء نص عليه الدستور أو لم ينص. (٢) ويتميز الدستور بسموه على غيره من القوانين من الناحية الشكلية والناحية الموضوعية وللإحاطة بهذا المبدأ لا بد لنا من بيان المقصود به لغةً واصطلاحاً، تم محاولة بيان مظاهره وأنواعه وفقاً للآتي :

#### المطلب الأول : المقصود بمبدأ سمو الدستور.

يقصد بمبدأ سمو الدستور عدّ الدستور القانون الأعلى في الدولة سواء أكان مكتوباً أم عرفياً. (٣) ونظراً لأهمية هذا الموضوع فقد إرتأينا دراسته على النحو الآتي :

#### الفرع الأول : معني سمو الدستور.

السمو لغة يعني العلو والرفعة، صاحب السمو : لقب كل أمير. (٤)

سما سمواً : ارتفع، سما به : أعلاه. (٥)

وسمو الدستور في الاصطلاح القانوني يعني علو القواعد الدستورية على غيرها من القواعد القانونية المطبقة في الدولة، وهذا يعني أن أي قانون تصدره الدولة يجب ألا يكون مخالفاً للدستور. (٦)

ويعتبر هذا سمو فإن النظام القانوني للدولة يرتبط بالقواعد الدستورية ارتباطاً من شأنه أن يمنع أية سلطة عامة من ممارسة اختصاصات غير الاختصاصات التي حددها الدستور، فإذا كان الدستور هو الذي يضع النظام القانوني للدولة، وينشئ السلطات العامة فيها، ويحدد لها اختصاصاتها، ويبين حقوق الأفراد وحررياتهم، فمن البديهي إذاً أن يكون للدستور المكانة السامية العليا في الدولة دون حاجة للنص عليها في صلبه. (٧)

ويعد مبدأ سمو الدستور من أهم المبادئ التي تقوم عليها الدولة القانونية الحديثة، فهو يرتبط بالدول الديمقراطية، أما في الدول ذات الحكومات الاستبدادية التي لا تخضع لدستور ولا تتقيد بقانون، فمن الصعب الحديث عن سمو القاعدة الدستورية. (٨)

<sup>١</sup> القيسي، حنان محمد الوجيز في نظرية الدستور، ط١، مكتبة صباح، بغداد، بدون سنة نشر، ص١٦٣، وما بعدها.

<sup>٢</sup> يونس، منصور ميلاد القانون الدستوري والنظم السياسية، بنغازي، ليبيا، دار الكتب الوطنية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص٣٦١.

<sup>٣</sup> شيحا، إبراهيم عبد العزيز المبادئ الدستورية العامة، بيروت، دار الجامعة للطباعة والنشر، سنة ١٩٨٢، ص١٧٤.

<sup>٤</sup> ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفيقي المصري، لسان العرب، بيروت : دار الصادر، ١٩٩٦، مجلد الرابع عشر، ص٣٨٧.

<sup>٥</sup> الفيروز ابادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيروت، دار الفكر، ١٩٧٨، الجزء الرابع، ص٣٤٤.

<sup>٦</sup> بدوي، ثروت القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص٨.

<sup>٧</sup> الزائدي، محمد فوج مذكرات في النظم السياسية، ط٢، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، ١٩٩٧، ص١٢٣.

<sup>٨</sup> يونس، منصور ميلاد المرجع السابق، ص٣٦١.



وهو مبدأ نظري تتحدد أبعاده في إلزام السلطات بعدم الخروج عن مضمونه سواءً ضمن التشريعات الصادرة عنها أو التصرفات التي تقوم بها. (١)

وأصبح من غير الممكن الاعتراف بوجود هذا السمو في أية دولة إلا بوجود رقابة فعالة تتولى مهمة إلغاء القوانين المخالفة للدستور، أو تقوم بتعطيل تنفيذها، لعدم مشروعيتها.

ويقودنا مبدأ سمو الدستور إلى التسليم بمبدأ آخر يطلق عليه مبدأ سيطرة أحكام القانون أو مبدأ المشروعية، والذي يعني خضوع الحكام والمحكومين لسيطرة القانون، إذ لا يجوز لأي جهة أن تقوم بتصرف مخالف للقانون، فهذا المبدأ يفرض على الجميع دون استثناء احترام أحكام القانون.

فمبدأ سمو الدستور يعد مظهراً من مظاهر سيطرة أحكام القانون، وهو ما يطلق عليه مبدأ سيادة القانون (٢). فما أساس هذا المبدأ؟

### الفرع الثاني: أساس سمو الدستور.

يعود سمو الدستور إلى فكرة قديمة نشأت في القرنين السابع عشر والثامن عشر في أوروبا عند فلاسفة القانون الطبيعي، ومضمون هذه الفكرة أن الدستور هو الذي ينشئ الدولة، فالدولة لا وجود لها قبل وجود الدستور، أي أن الدستور سابق على وجود الدولة، ولتبرير هذه الفكرة فقد تصور الفلاسفة أن الدستور ما هو إلا بلورة للعقد الاجتماعي (٣)

ومن ثم فإن الدستور هو الذي ينشئ الدولة والسلطات الحاكمة فيها، وبهذا الشكل يكون الدستور أعلى قاعدة في الدولة، لكن هذا القول كان من الصعب التسليم به إذ أن فكرة العقد الاجتماعي هي فكرة قانونية ترجع إلى عالم القانون، أي أن الدولة تتم في عالم القانون، إلا أن الوقائع التاريخية تثبت أن نشأة الدولة تتم بعيداً عن عالم القانون فهي تتم في عالم الواقع، ويكون ذلك عندما يقبض على السلطة فرد من الأفراد. (٤)

ومهما كان الاختلاف في ظهور الدولة إلا أنها ظهرت، كما ظهرت السلطة، ثم القانون الأساسي (الدستور) المتفق عليه، وعلى الجميع احترامه، وأن هذا الدستور يعلو ويسمو على ما عداه من القوانين، ولا يجوز الخروج على أحكامه ومخالفة قواعده، أما الأساس الحديث لفكرة سمو الدستور فيعود الفضل إلى الاستاذ (بورديو) الذي عدّ في نظريته أن الدستور هو الذي أنشأ الدولة، والتي لا توجد لمجرد فئة من الأفراد تقبض على السلطة؛ لأن السلطة ملكاً لهذه الفئة، تتغير كيفما شاءت.

وكون الدستور هو الذي سحب السلطة من أصحابها القدامى وهم الحكام وأعطاهم لكيان مجرد ودائم وهو الدولة، وحدد للحكام ممارسة هذه السلطة، لذلك يكون للدستور المكانة السامية والرفيعة في الدولة؛ لأنه هو الذي أوجدها وحدد ممارسة السلطة فيها. (٥)

إلا أنه كان من الصعب الاتفاق مع وجهة نظر الاستاذ (بورديو)، حيث يرى غالبية الفقهاء أن تنظيم ممارسة السلطة هو مرحلة لاحقة على وجود الدولة، ومن ثم فهو لا ينشئ الدولة وقد أكدت دساتير دول العالم هذه الحقيقة وضمنتها في نصوصها.

١ آدم، عبد الحميد جبريل مشروع الدستور الليبي، ٢٠١٧، دراسة نقدية للمحتوى والمضمون، الجزء الأول، دار البيان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٢٠، ص ٢٠.

٢ شبحا، إبراهيم المبادئ الدستورية العامة، دار الجامعة للطبع والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٨٢، ص ١٧٩.

٣ الشاوي، منذر القانون الدستوري، مطبوعات جامعة بغداد، مطبعة العاني، ١٩٧٠ م ص ١٥.

٤ زريقي، غازي يوسف مبدأ سمو الدستور " دراسة تطبيقية للدستور الأردني، أطروحة دكتوراه، غير منشورة جامعة القاهرة، ١٩٩٠، ص ٣٥٧.

٥ زريقي، غازي المرجع السابق، ص ٣٥٨.





وحتى يكون لهذا الدستور الاحترام والعلو والسمو في الدولة، لا بد أن يكون هذا الدستور بقواعده وأحكامه أساساً لكل نشاط قانوني فيها وينشئ السلطات الحاكمة، ويبين لها اختصاصاتها حتى يكون له المكانة العليا والرفيعة في الدولة .

ويأتي الدستور في القمة بالنسبة لسائر القوانين فيها، وسمو الدستور قد يكون سموً موضوعياً وقد يكون شكلياً، ويكون سمو الموضوعي عندما يرتبط بمحتوى ومضمون القاعدة الدستورية، أما سمو الشكلي فإنه يتحقق عندما يكون إجراءات وضع وتعديل الدستور مختلفة كلياً عن إجراءات وضع وتعديل القوانين العادية .

وهو ما سوف يتم بحثه في المطلب الثاني :

### المطلب الثاني : مظاهر سمو الدستور .

يتحقق مبدأ سمو الدستور بتوافر عنصرين أساسيين هما سمو الموضوعي للدستور، أي أن القاعدة الدستورية تستمد سموها الموضوعي من طبيعة ومضمون القاعدة نفسها، وسمو شكلي يتحقق بالنظر إلى إجراءات وضع وتعديل الدستور بحيث يكون لها طبيعة خاصة تختلف تماماً عن إجراءات وضع وتعديل القوانين العادية، فسمو الدستور كونه القانون الأساسي في الدولة يفقد أهميته إذا لم يتحقق في قواعد سمو الموضوعي والشكلي، وعليه سنسلط الضوء على مظاهر سمو الدستور في مشروع الدستور الليبي ٢٠١٧ وما إذا كان يتحقق لهذا الدستور سمو الموضوعي أم سمو الشكلي، أم كلاهما معاً .

### الفرع الأول : مظاهر سمو الموضوعي في مشروع الدستور الليبي .

يتحقق سمو الموضوعي للقواعد الدستورية في جميع أنواع الدساتير، سواء أكانت جامدة، أم مرنة، عرفية، أم مكتوبة، فهو يرتبط بطبيعة القاعدة الدستورية من ناحية موضوعها ومضمونها وسموها على ما عداها من القواعد القانونية الأخرى. (١) وكذلك في طبيعة الموضوعات التي ينظمها، لأن الدستور يعد الأساس الذي يقوم عليه النظام القانوني في الدولة، وعن طريقه تتحدد الأيدولوجية السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الدولة، ومن ثم فإن جميع القواعد القانونية يجب أن تتوافق مع الدستور ولا تخالفه . (٢)

ويترتب على سمو الموضوعي التوسع في تحديد مصادر النظام الدستوري، ليشمل القواعد العادية التي تتناول مواضيع ذات طبيعة دستورية، وعليه فلا تنحصر مصادر القانون الدستوري في القواعد التي تتضمنها الوثيقة الدستورية فحسب، بل يمتد ليشمل كل قاعدة لها صفة إلزام، وتتعلق بنظام الحكم داخل الدولة أو حقوق وحرريات الأفراد، بغض النظر عن مصدر هذه القاعدة أو الجهة التي أصدرتها.

وهذا ما يؤكد الاستاذ بورديو ( Burdequ ) بقوله : " إن الأولوية التي تتمتع بها القواعد الدستورية ترجع إلى مضمونها أو إلى موضوع هذه القواعد، إنَّها في الحقيقة القوانين الأساسية في الدولة باعتبار أنَّها تعطيها الوجود القانوني، والوقت نفسه، تحدد طبيعة النظام، وفكرة القانون في الدولة، وكذلك تحدد الهيئات الحاكمة، ولا يجوز أن يمنح أي عمل إلا بموجب الدستور، إن الدستور هو المنبع لكل نشاط سواء أكان نشاطاً سياسياً أم قانونياً في الدولة، وإنَّ النظام القانوني في الدولة بأكمله يستند على الدستور حتى يتحقق التدرج للقواعد القانونية في الدولة) . (٣)

وعليه سوف نتناول مظاهر سمو الموضوعي في مشروع الدستور الليبي لعام ٢٠١٧ على ضوء هذا المفهوم وفقاً للآتي :

١ يونس، منصور ميلاد، المرجع السابق، ص ٣٦٢ .

٢ سليمان، عبد العزيز محمد، رقابة دستورية القوانين، "رسالة دكتوراه"، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٤م، ص ٦٠ .

٣ زريقي، غازي يوسف، مرجع سابق، ص ٣ - ٤ .



أولاً : شكل الدولة ونظام الحكم فيها : من الجدير بالذكر أن شكل الدولة يختلف بمضمونه عن شكل الحكومة، فشكل الدولة يعني تركيب السلطة فيها، والتميز بين الدولة الموحدة أو البسيطة، والدولة المركبة أو الاتحادية ( الفيدرالية) .

فلقد نصت المادة الأولى من مشروع الدستور في الباب الأول الذي تناول شكل الدولة ومقوماتها الأساسية على ما يأتي :

" ليبيا دولة مستقلة لا تقبل التجزئة، ولا يجوز النزول من سيادتها، ولا عن أي جزء من اقليمها، تسمى الجمهورية الليبية "

لقد اكتفى مشروع الدستور بذكر أن ليبيا دولة مستقلة تمتاز باللامركزية الإدارية. وإن لم يرد مصطلح " موحدة في الدستور " إلا أنه يفهم ضمناً أن ليبيا دولة موحدة، ونظامها الدستوري واحد، وهيئتها كذلك واحدة، وتحقق مظاهر الوحدة أيضاً على الصعيدين الدولي والداخلي .

أما شكل النظام السياسي فيقصد به نظام الحكم في الدولة أي كيفية، ممارسة السلطة من قبل صاحب السيادة، ويتمثل شكل النظام السياسي في "رئيس الدولة" الذي يُعد وفقاً للدستور الليبي هو الرئيس الأعلى .

وبالرجوع إلى المادة الأولى سالفة الذكر فإن نظام الحكم هو نظام جمهوري ورئيس الدولة "الجمهورية " وفقاً للمادة ٩٨ من مشروع الدستور،<sup>(١)</sup> رئيساً للدولة ومحافظاً على وحدة البلاد واستقلالها ومراعياً لمصلحة الشعب، ومن جهة أخرى فهو نظام شبه رئاسي إذ تتكون السلطة التنفيذية استناداً لنص المادة (١١١) من رئيس الوزراء والوزراء .

يتضح من خلال النصوص السابقة أن شكل النظام السياسي في ظل مشروع الدستور الليبي جمهوري قائم على التعددية السياسية والتداول السلمي للسلطة .<sup>(٢)</sup>

وبالنسبة لشكل النظام السياسي من حيث مشاركة الشعب في السلطة، فقد أخذ مشروع الدستور بالديمقراطية النيابية (التمثيلية)، إذ يقوم الدستور على أساس النظام النيابي شبه الرئاسي ، فيوجد رئيس جمهورية ورئيس مجلس الوزراء، وهناك نوع من الرقابة والتوازن بين السلطتين التنفيذية والتشريعية وهذا ما نجده واضحاً في نص المادة (٨) من مشروع الدستور الليبي<sup>(٣)</sup>

ثانياً : فيما يتعلق بالحقوق والحريات العامة : إذا كان الفقه قسم هذه الحقوق والحريات العامة إلى أقسام عدة، إلا أن معظم الدساتير تقريباً في مختلف الدول العالم قررتها تحت قسم الحقوق والحريات العامة بما في ذلك مشروع الدستور الليبي الذي تضمن الباب الثاني منه الحقوق والحريات.

ومن خلال استقراء نصوص الدستور اتضح أن مشروع الدستور أكد على مبدأ مهم وهو مبدأ المساواة في الحقوق من جوانب عدّة ، فمن ذلك المساواة أمام القانون في المادة السابعة والتي قضت : ( المواطنون والمواطنات سواء في القانون وأمامه ، لا تمييز بينهم، وتحظر أشكال التمييز كافة لأي سبب كالعرق، أو اللون، أو اللغة، أو الجنس، أو الميلاد، أو الرأي السياسي، أو الإعاقة، أو الأصل، أو الانتماء الجغرافي، وفق أحكام هذا الدستور) .

والمساواة أمام القضاء : قررتها المادة "٦١" (الحق في اللجوء للقضاء مكفول للجميع...)

<sup>١</sup> نص المادة ٩٨ من مشروع الدستور الليبي على " يحافظ رئيس الجمهورية على وحدة البلاد، واستقلال الوطن، وسلامة أراضيه، ويراعي مصالح الشعب، ويمارس اختصاصاته، ويحدد مسؤولياته وفق أحكام الدستور".

<sup>٢</sup> كندير، عادل عبد الحفيظ ، مشروع الدستور الليبي ٢٠١٧، في ضوء المعايير الدولية للديمقراطية، مجلة القانون والأعمال الدولية، ص ١٨١.

<sup>٣</sup> نص م ٨ " يقوم النظام السياسي على مبادئ التعددية السياسية، والتداول السلمي للسلطة، والفصل بين السلطات والتوازن، والرقابة بينهما على أساس الحكم الرشيد القائم على الشفافية والمراقبة والمساءلة " .



ومن الحقوق والحريات على سبيل المثال حرية الحياة الخاصة الذي تضمنته المادة "٣٥" من الدستور.<sup>(١)</sup>

والحق في الحياة<sup>(٢)</sup> والحق في السلامة<sup>(٣)</sup> اللذان تضمنتهما المادتان (٣٢-٣١) من مشروع الدستور وهو ما نجده متوافقاً مع المعايير الدولية للديمقراطية .

ثالثاً : أما عن تكوين السلطات العامة الثلاث واختصاصاتها : فقد احتوى مشروع الدستور الليبي كغيره من دساتير العالم المعاصرة في نصوصه على بيان لكيفية تكوينها واختصاصاتها، والذي يهمننا في هذا المقام أن الدستور هو الذي نظم وكون هذه السلطات حتى تكتسب السمو الموضوعي .

فقد نظم في الباب الثالث الخاص بنظام الحكم، السلطة التشريعية من حيث تكوينها وعضويتها واختصاصاتها، وكل الأمور المتعلقة بها، وكذلك الأمر بالنسبة للسلطة التنفيذية، أما فيما يخص السلطة القضائية فقد أفرد لها مشروع الدستور باباً خاصاً، ونظم كل ما يتعلق بها من حيث استقلاليتها واختصاصاتها وضماناتها .

### الفرع الثاني : مظاهر السمو الشكلي في مشروع الدستور الليبي .

لقد تبين لنا آنفاً أن مشروع الدستور الليبي يتمتع بسمو موضوعي؛ نظراً لما تضمنه من قواعد أساسية في تشييد بناء الدولة، وأن الدستور نفسه هو الذي نص وقرر تلك القواعد .

وكما هو معروف لا بد من دعم السمو الموضوعي للدستور ذا الطابع السياسي، بسمو آخر له طابع قانوني، ألا وهو السمو الشكلي للدستور، وهو الذي يستند إلى الشكل والإجراءات التي يوضع بها الدستور أو اللازمة لتعديله .<sup>(٤)</sup>

ويتحقق السمو الشكلي للدستور عندما تكون إجراءات تعديله تختلف عن الإجراءات التي يتطلبها التشريع العادي، بحيث تكون هذه الإجراءات صعبة ومعقدة، وفي الوقت ذاته تحمي القاعدة الدستورية من العبث بها وتعديلها بإجراءات مبسطة يسهل على السلطة التشريعية المساس بها وتعديلها.<sup>(٥)</sup>

لذا فإن السمو الشكلي، لا يتحقق إلا إذا كان الدستور جامداً، أما الدستور المرن فلا يتحقق له السمو الشكلي؛ وذلك بسبب استطاعة السلطة التشريعية تعديله بذات الكيفية التي تتبعها في تعديل القوانين العادية، فتستطيع هذه السلطة أن تخرج على الدستور، وتحالف أحكامه فيما تسنّه من قوانين، دون أن يترتب على ذلك أية آثار قانونية .<sup>(٦)</sup>

إن جمود الدستور هو الذي جعل للقواعد الدستورية مركزاً خاصاً وأسمى بين القواعد القانونية الأخرى، ويحميها من التغيرات المستمرة، ومن تعدي المشرع العادي، وهو أمر لا يتحقق فيما إذا كانت إجراءات وضعه وتعديله مشابهة لتلك المتبعة في القوانين العادية

<sup>١</sup> نصت م ٣٥ "للحياة الخاصة حرمة، ولا يجوز دخول الأماكن الخاصة إلا لضرورة، ولا تفتيشها، إلا في حالة التلبس، أو بأمر قضائي، كما لا يجوز المساس بالبيانات الشخصية، أو إخضاع الاتصالات والمراسلات للمراقبة، إلا بإذن من القاضي المختص".

<sup>٢</sup> نص م ٣١ " لكل إنسان الحق في الحياة ولا يجوز النزول عنه وتضمن الدولة حمايته، وتتخذ التدابير اللازمة، لضمان دية القتلى عند عدم معرفة الجاني، وفقاً ما ينظمه القانون".

<sup>٣</sup> نص م ٣٢ " لكل إنسان الحق في سلامته الجسدية والعقلية، ولا يجوز الكسب المادي من الكائن البشري وعضائه، وتتخذ الدولة التدابير اللازمة، لتعويض ضحايا النوازل من المواطنين والمقيمين إقامة شرعية بما "

<sup>٤</sup> عبد العال، محمد حسين ، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥، ص ١٠٩ .

<sup>٥</sup> يونس، منصور ميلاد، المرجع السابق، ص ٣٦٤.

<sup>٦</sup> البدوي، ثروت ، المرجع السابق، ص ٨٢.



ويلاحظ أيضاً أن السمو الشكلي يمتد إلى جميع القواعد التي تحتويها الوثيقة الدستورية بغض النظر عن موضوعها أو مضمونها، وعلى العكس في ذلك لا يمتد السمو الشكلي إلى القواعد القانونية الصادرة عن المشرع العادي حتى لو كانت هذه القواعد دستورية من حيث الجوهر والمضمون، فالعبرة في السمو بشكل القاعدة لا جوهرها. (١)

وعلى ذلك يمكننا معرفة ما إذا كان مشروع الدستور الليبي يتمتع بالسمو الشكلي أم لا؛ وذلك بالنظر إلى طريقة وضعه وطريقة تعديله، فبالنسبة لطريقة وضع الدستور تختلف من دولة إلى أخرى، وذلك باختلاف أنظمة الحكم، ومن ثم فالجهة التي لها صلاحية وضع الدساتير اختلفت على مر العصور، ففي الماضي كانت الطريقة التقليدية المتبعة في وضع الدساتير تتمثل في أسلوب المنحة وأسلوب العقد، أما الطريقة الحديثة المتبعة في وضع الدساتير المعاصرة، فتتمثل في أسلوب الجمعية التأسيسية أو أسلوب الاستفتاء. (٢) ومنعاً للإطالة سنقتصر على أسلوب الهيئة التأسيسية باعتبارها الألية المتبعة في وضع مشروع الدستور الليبي.

فمقتضى هذه الطريقة يتم وضع الدستور بواسطة هيئة ينتخبها الشعب لوضع وثيقة الدستور، وتسمى أيضاً بالجمعية التأسيسية أو المجلس التأسيسي .

ويصبح الدستور نافذ المفعول دون أن يتوقف ذلك على قرار أحد، وذلك بعد عرض المشروع على الشعب لاستفتاءه، وتعتبر هذه الصورة أقرب إلى الديمقراطية، لذا فهي الأكثر انتشاراً في الوقت الحاضر.

ولكي يكون الدستور صادراً عن الجمعية التأسيسية قد يتطلب الأمر أن يكون جميع أعضاء هذه الهيئة منتخبين من قبل الشعب، إذ لا يجوز أن يكون تشكيل هذه الهيئة عن طريق التعيين من قبل أي سلطة في الدولة. (٣)

أما عن كيفية تعديل الدستور والإجراءات المتبعة في ذلك فيثار التساؤل حول ما إذا كان الدستور جامداً أم مرناً !!

وبالرجوع إلى أحكام الدستور نجد أن المادة "١٩٥" اعطت الحق لكل من رئيس الجمهورية، أو ثلث مجلس النواب، أو ثلث مجلس الشيوخ طلب تعديل مادة، أو أكثر من مواد الدستور، على أن يتضمن الطلب المواد المطلوب تعديلها والأسباب والاقتراحات البديلة .

وهذا معناه أن المشرع الدستوري قد أعطي الحق إلى السلطة التنفيذية متمثلة برئيس الجمهورية، تعديل الدستور، كما أنه لم يقصد الحق بتعديل الدستور إلى هذه الجهة فقط، بل إنه أعطى للسلطة التشريعية متمثلة بثلث مجلس النواب، أو ثلث مجلس الشيوخ الحق باقتراح تعديل الدستور .

كما أشارت الفقرة الثانية، من المادة نفسها بعدم المساس بالمبدأ الذي تقوم عليه المادة الثانية ولا المبادئ المتعلقة بالتعددية السياسية، والتداول السلمي على السلطة، ووحدة التراب الوطني وسلامته، ولا بالضمانات المتعلقة بالحقوق، والحريات إلا بغرض تعزيزها، ولا بزيادة عدد دورات، أو مدد رئاسة الجمهورية. (٤) وأكدت الفقرة الخامسة أنه في حالة الموافقة على التعديل يعرض رئيس الجمهورية الأمر على المحكمة الدستورية، لرقابة صحة الإجراءات .

يتضح مما سبق أن المشرع الدستوري حرص على حماية الدستور وأحكامه وقواعده، وذلك بالتشدد في طريقة تعديله حتى تصان من العبث والالغاء، وحتى تكون لنصوص الدستور الأهمية القصوى والاحترام، وأنه قد أخذ بأهم مميزات الدساتير الجامدة إلا وهو الجمود النسبي.

١ يونس، منصور ميلاد، المرجع السابق، ص ٣٦٤ .

٢ للمزيد حول نشأة الدساتير يراجع. يونس، منصور ميلاد، المرجع السابق، ص ٣٢٧ وما بعدها .

٣ بدوي، ثروت، المرجع السابق، ص ٤٦ .

٤ تنص المادة الثانية من مشروع الدستور الليبي على " تقوم الهوية الليبية على ثوابت جامعة، ومتنوعة ويعتز الليبيون بكل مكوناتهم الاجتماعية والثقافية واللغوية .... "



لذا فإن مشروع الدستور الليبي يُعد جامداً جموداً نسبياً، ويظهر ذلك جلياً عندما نص على عدم جواز تعديل بعض نصوصه إلا بعد مضي فترة زمنية معينة ألا وهي خمس سنوات من دخوله حيز النفاذ.<sup>(١)</sup>

ويعد القانون الدستوري بصفة عامة مسألة داخلية منذ القدم، والدساتير تُعد القوانين الأساسية داخل الدول التي تشكل جزءاً من القانون الدستوري، وتقوم بتنظيم العلاقة بين السلطات العامة والأشخاص الخاضعين لها، أما في الوقت الراهن فتوجد معايير دولية يتم التعامل معها في بعض الأحيان، وهذا ما له تأثير على الدساتير، فكيف أثر ذلك على مبدأ سمو الدستور والسلطات العامة في الدولة !! هذا ما سيتم تناوله في المبحث الثاني :

### المبحث الثاني : آليات التدويل وأثره على السلطات العامة في الدولة.

انطلاقاً من أن الدستور يتضمن كما يبينه أنفاً مجموعة من القواعد تتعلق بعضها بشكل الدولة، ونظام الحكم فيها، والابدلوجية التي يقوم عليها هذا النظام، وبعضها يحدد طبيعة السلطات العامة واختصاصاتها، وطائفة أخرى تتعلق بالحقوق والحريات، فإن تأثره بظاهرة التدويل ينعكس حتماً على هذه القواعد، أو جزءاً منها، مما يؤدي إلى تراجع احتكار الدولة ممارسة سلطتها ومن ثم انتقاص سيادتها.

وفكرة التدويل ليست وليدة الظروف الحالية إنما نشأت مع بداية القرن التاسع عشر، وظهرت إلى الساحة الدولية في فترة ما بعد مؤتمر فيينا عام ١٨١٥، إلا أنها لم تتبلور قانوناً في تلك الفترة، بسبب تمسك الدول بمفهوم السيادة المطلقة، وأولوية القانون الداخلي على القانون الدولي، إلا أن التطورات التي شهدتها المجتمع الدولي، والتعاون بين الدول، ترتب عنه إعادة بلورة هذه الفكرة باعتبارها مصطلح حديث وواسع الاستخدام للدلالة على ظواهر دولية مختلفة.<sup>(٢)</sup>

ومما لاشك فيه أن هذه الظاهرة تمس وبشكل مباشر مبدأ سمو الدستور كونه مظهراً من مظاهر سيادة الدولة، فتنعكس آثاره تبعياً على السلطات العامة فيها، وتغير من اختصاصاتها، ومن علاقاتها مع بعضها بعضاً، وفيما يأتي بيان مدى تأثير مبدأ سمو الدستور بالتدويل، وكيف انعكس ذلك على السلطات العامة في الدولة ؟ في مطلبين اثنين :

### المطلب الأول : مدى تأثير سمو الدستور بظاهرة التدويل.

يقصد بالتدويل " إخضاع علاقة حكومة سابقاً بالقانون الداخلي إلى القانون الدولي لمعالجتها " وهو ما عبرت عنه (هيلين تورار) في كتابها " تدويل الدساتير ".<sup>(٣)</sup> ويتشابه التدويل مع غيره من المصطلحات الأخرى كالعولمة والكوكبية في عالميته، وفي الوقت نفسه يتميز عنهم في النشأة والغاية، وهو ما يستدعي أيضاً التساؤل عن الآلية التي يتم فيها التدويل داخل الدولة. هذا ما سوف يتم تناوله في الفرعين التاليين :

### الفرع الأول : تمييز التدويل عن غيره من المصطلحات المشابهة منه .

يتميز التدويل بأنه مصطلح سهل الاستخدام، غامض المعنى لارتباطه بالعولمة تارة، وبالأنظمة القانونية تارة أخرى، فهو يشترك مع العولمة في خاصية العالمية والنطاق، لكنه يختلف عنها حيث الهدف المقصود.<sup>(٤)</sup>

<sup>١</sup> نص م ١/١٩٥ من مشروع الدستور الليبي " لا يجوز تعديل أحكام الدستور، إلا بعد انقضاء خمس سنوات من دخوله حيز النفاذ"

<sup>٢</sup> بن صديق، فتحة ، هاملي محمد ، تدويل الدساتير وأثره على السيادة الوطنية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد ١٢، العدد ٢، سنة ٢٠٢١، الجزائر ص ٥٤.

<sup>٣</sup> القحطاني غفران بنت عائض ، تدويل السيادة الوطنية في ظل المعاهدات الدولية، المجلة العلمية للنشر، العدد ٤٢، الرياض، سنة ٢٠٢٢، ص ٣٥٥.

<sup>٤</sup> تعرف العولمة بأنها "عملية لإقامة نظام دولي يتجه نحو التوحيد في القواعد والقيم والأهداف، مع إدماج مجموع الإنسانية ضمن إطاره"، انظر : بن صديق، فتحة . الهاملي، محمد ، المرجع السابق، ص ٥٧.



فالعملية لا تعني التجانس بين مختلف أنحاء العالم، ولكن تعني التفاعل والاندماج بين مختلف المجتمعات البشرية، مما يؤدي إلى زيادة درجة التأثير والتأثر المتبادلين الذي يتعدى مجال القانون ليشمل كل مجالات الحياة.

فمفهوم العولمة يرتبط بالاعتماد المتبادل، أما الكوكبية أو ما يعرف بالعالمية فهي تعني الاعتراف المتبادل مع الاحتفاظ بالتنوع الأيدلوجي دون الرغبة في الاحتواء، وهي ظاهرة ناتجة عن عوامل خارجية للدول، كتحسين الاتصال مثلاً، وتسهيل النقل عبر العالم.<sup>(١)</sup> وعليه إذا كانت العولمة والكوكبية والتدويل تجتمع في صفة العالمية، فإن التدويل يركز على الجانب القانوني والداخلي للدولة، ومعالجته بصفته دولية .

ولكي يتم مواءمة القانون الداخلي للدول مع متطلبات القانون الدولي، فإن الدستور هو المنفذ الرئيسي باعتبار أن تدويل القواعد الدستورية سيؤدي حتماً إلى تدويل جميع القواعد القانونية الوطنية بالتبعية .<sup>(٢)</sup>

وقد أصبح تدويل الدساتير نتيجة حتمية لإدراج القانون الداخلي في القانون الدولي، ويتم ذلك آليات وأساليب عدة.

### الفرع الثاني : آليات وأساليب التدويل .

يتخذ التدويل أساليب عدة تنقسم إلى أساليب تقليدية وأخرى حديثة كنتيجة حتمية للتطور المتنامي للقانون الدولي، وما يميز التدويل أنه لا يملك آلية واحدة متفق عليها بين الدول، إنما طرق مختلفة حسب كل حالة وما يحكمها من توقيت أو ديمومة للواقعة التي تحكمها<sup>(٣)</sup> . ويقع على الدولة الالتزام حسب الحالة، إما ببذل عناية لتنفيذه باستعمال طرقها الخاصة، وهو ما يكون في الصورة التقليدية للتدويل أو بتحقيق نتيجة وهي الصورة الحديثة للتدويل، فتلجأ الدولة هنا للوسائل التي يتضمنها هذا الإلزام لتنفيذه، وذلك بإفراغ محتوى القانون الدولي في قوانينها الوطنية وعلى رأسها الدستور .

وذهبت بعض الدساتير إلى أبعد من ذلك بأن أجازت تعديل نصوصها قبل المصادقة على نص المعاهدة الدولية الذي يتعارض مع أحكامها، ومن ذلك الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨.<sup>(٤)</sup>

### أولاً : الأليات التقليدية للتدويل وتأثيرها على سمو الدستور .

ترتبط هذه الآليات بالالتزامات الدولية الناتجة عن المصادر التقليدية للقانون الدولي، والمتمثلة في المعاهدات والاتفاقيات الدولية والأعراف الدولية، وبمجرد مصادقة الدولة على المعاهدات الدولية يقع على عائقها الالتزام بأحكامها، وضرورة مطابقتها لتشريعها الداخلية معها وفقاً لنظامها القانوني في إدراج قواعد القانون الدولي، وهو التزام دولي لا يخول للدولة التمسك بقوانينها الداخلية بحجة التنصل عن التزاماتها الدولية، إلا أنه لا يمتد إلى الدستور؛ لأن فرضية تفوق القانون الدولي على الداخلي لا أساس لها<sup>(٥)</sup> .

وهذا ما أكدته المادة (١٣) من مشروع الدستور الليبي بنصها على أن : " تكون المعاهدات والاتفاقيات المصادق عليها في مرتبة أعلى من القانون، وأدنى من الدستور، وتتخذ الدولة التدابير اللازمة لإنفاذها بما لا يتعارض مع أحكام هذا الدستور " .

<sup>١</sup> نفس المرجع، نفس الصفحة .

<sup>٢</sup> بن صديق، فتحة . الهاملي، محمد، المرجع السابق، ص ٥٨ .

<sup>٣</sup> مخامرة، شاربهان جميل، تدويل الدساتير " رسالة ماجستير" غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، عمان، سنة ٢٠١٣، ص ٣٩ .

<sup>٤</sup> بن صديق، فتحة . هاملي، محمد المرجع السابق، ص ٥٩ .

<sup>٥</sup> المرجع نفسه ، ص ٥٢ .



ثانياً : الآليات الحديثة للتدويل وتأثيرها على سمو الدستور .

تكمّن الصورة الحديثة للتدويل في تفعيل دور المنظمات الدولية سواء كانت حكومية أو غير حكومية في تحريك الرأي العام العالمي، ودفع الدولة إلى تغيير نصوص دساتيرها أو تعديلها بشكل سيتجيب لمطالبات الرأي العام، والذي يتم تحريكه أساساً من قبل هذه المنظمات، لتحقيق مصالح وأهداف خاصة بها، فتقوم هذه المنظمات لتحقيق أهدافها بالضغط على الدول التي مازالت قوانينها تنص على أمر معين يتنافى مع التطور الفكري وقواعد حقوق الإنسان، فعلى سبيل المثال: قيام هذه المنظمات بالحماية الدولية والوطنية لحقوق الإنسان وتأثيرها في تنفيذ العهدين الخاصين بحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.

إلى جانب ذلك أسهمت المحاكم الدولية بشكل فاعل في تزايد وتطور ظاهرة التدويل من خلال المحاكم الجنائية الدولية والتي أوضحت قراراتها تشكل مبادئ عامة لجميع الدول، وما يؤكد ذلك هو أن نظام روما الأساسي بشأن المحكمة الجنائية الدولية يتطلب في بعض أحكامه قيام الدول الأطراف بتعديلات دستورية، لكي تكون متوافقة مع هذا النظام المذكور.<sup>(٢)</sup>

كذلك التدويل الناتج عن حالة الانقسام والصراع داخل بعض الدول والناتج عن تطور عملية حفظ السلام، إذ يتطلب الأمر تدخل دولي لمساعدة هذه الدولة في بناء أجهزتها المنهارة بما في ذلك الإشراف على وضع دساتيرها، وتنظيم الانتخابات فيها على نحو ديمقراطي، ويمكن إسقاط ذلك على الحالة الليبية وتدخل الأمم المتحدة في ذلك، فمن المعلوم أن نظام الانتخابات من اختصاص الداخلي للدولة، والتدخل الخارجي لفرض إجراء يضمن انتخابات حرة نزيهة ودورية يشكل اعتداء على سيادة الدولة، وسمو دستورها، وحريتها في اختيار نظامها الانتخابي، إلا أنه باسم الشرعية الديمقراطية نصبت الأمم المتحدة نفسها الوصية على تعزيز مبدأ الانتخابات الحرة والنزيهة على المستوى العملي والقانوني، وأول بوادر اعتراف بهذا المبدأ جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ والذي أكدته العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦، أما على المستوى العملي، فتتحرك المساعدات الانتخابية بطلب من الدولة وبرضاها لمراقبة الانتخابات، والسهر على تنظيمها .

" فعملية التدويل أدت إلى تضمين الدساتير قواعد تؤسس لتوافق نظام الدولة الانتخابي مع النظام الدولي، وتسمح ببسط رقابة منظمة الأمم المتحدة على الانتخابات وإدارة الصراع على السلطة داخل الدولة المعنية بالعملية"<sup>(٣)</sup>.

يتضح مما سبق أن : هناك تأثير واضح للتدويل على الدولة وسيادتها والذي انعكس على مبادئ دستورية جوهرية كمبدأ سمو الدستور، من خلال نص الدستور نفسه على احترام مبادئ وأحكام القانون الدولي، ولا يقتصر أثره على سمو الدستور فحسب، بل يمتد إلى السلطات العامة داخل الدولة. هذا ما سوف نتناوله في المطلب الثاني :

### المطلب الثاني : انعكاس ظاهرة التدويل على السلطات العامة في الدولة .

لاشك أن ظاهرة تدويل الدساتير تمس بمبدأ سمو الدستور الذي يعد مظهرًا من مظاهر سيادة الدولة، ويمتد ذلك الأثر إلى سلطات الدولة الداخلية ومن ثم تغير من اختصاصاتها لا سيما السلطة التنفيذية، وفيما يأتي نستعرض مظاهر وانعكاسات هذا التأثير للتدويل على كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية في فرع أول ثم السلطة القضائية في فرع ثانٍ :

### الفرع الأول : مظاهر التدويل وأثر انعكاسه على السلطتين التنفيذية والتشريعية.

يعد مبدأ الفصل بين السلطات من المبادئ المهمة في أية دولة تسعى لتطبيق القانون والديمقراطية .

<sup>١</sup> مخامرة، شاربهان، المرجع السابق، ص ٤١.

<sup>٢</sup> بن صديق، فتيحة . الهاملي، محمد ، المرجع السابق، ص ٥٩.

<sup>٣</sup> المرجع نفسه ، ص ٦٥.





فالسلمة في الدولة تنقسم إلى ثلاثة أجزاء رئيسة : تشريعية، تنفيذية، قضائية وكل سلمة منفصلة عن الأخرى في ممارسة عملها، والقيام بمهامها، ولكن ذلك لا يعني الفصل المطلق والتام بين السلطات، وإنما القصد من هذا المبدأ هو عدم تركيز وظائف الدولة وتجميعها في فرد أو سلمة واحدة، وأن توزع على سلطات منفصلة كل منها عن الأخرى مع إمكانية التعاون والتوازن بينهم باعتبار أن الدولة جسم سياسي واحد.<sup>(١)</sup> وبفصل السلطات، يبقى الدستور قائماً على مبدأ الحكم القانوني ومن ثم يتم حماية الحقوق والحريات الفردية، ويتمكن المواطنون من الاعتماد على نظام أساسي قائم على العدالة والشفافية والشراكة والتوازن والرقابة بين السلطات الثلاث وهو ما قضت به المادة الثامنة من مشروع الدستور الليبي .<sup>(٢)</sup>

وقد أعطت غالبية الدساتير الحديثة للسلمة التنفيذية الأولوية في ميدان السياسة الخارجية، فهي تتميز بتجميعها لصلاحيات متعددة دبلوماسية وحرية فضلاً عن دورها المركزي في ظل الديمقراطيات الحديثة.<sup>(٣)</sup>

ومن المعروف في ظل الدساتير الحديثة أيضاً أن القائم بالعمليات العسكرية هو القائد الأعلى للقوات المسلحة، والممثل في رئيس السلمة التنفيذية وهذا ما قضت به المادة (١٠٦) من مشروع الدستور الليبي.<sup>(٤)</sup> وتمثيل الدولة في الخارج.<sup>(٥)</sup> وتستلزم السلمة التنفيذية اختصاص الزام الدولة على الصعيد الدولي، وهذا ما يظهره التدويل من خلال امتداد اختصاص السلمة التنفيذية بسبب تكثيف العلاقات الدولية المعاصرة، الأمر الذي سهل إجراءات عقد المعاهدات الدولية، وغياب الشكلية التي تميز القانون الدولي من جهة أخرى .

فهذه السلمة تحتكر الوظائف في مجال السياسة الخارجية، ومن ثم يفرض عليها القانون الدولي احترام مبادئه وقواعده في توجيهها، وبتزايد دور المنظمات الدولية والحكومية، أدى إلى تزايد الاتفاقيات الدولية خارج إطار المعاهدات وتوسيع الطريق غير التعاقدية الذي لا يتخذ شكل المعاهدة، ولكنه موجه لتنظيم العلاقات بين الدول في شكل جماعي، ومثال على ذلك البيانات الختامية والإعلانات الناتجة عن اجتماع حكومات الدول الأعضاء في المنظمة الدولية، هذه الاتفاقيات وإن كانت لا تولد التزاماً قانونياً، لكنها تبرز وبشكل واضح التدخل الحصري للسلمة التنفيذية في إدارة الشؤون الخارجية وتفتح أمامها مجالاً لاستبعاد البرلمان ومشاركته في ذلك.<sup>(٦)</sup>

وبالرجوع إلى الدستور الليبي يمكن القول بأن أحكامه جاءت أكثر مواءمة للمعايير الدولية للديمقراطية عندما خصّ هذه السلمة أسوة بدساتير العالم بالأولوية في ميدان السياسة الخارجية، كما أوضحته المواد سالف الذكر، في حين تأثرت هذه السلمة وبشكل إيجابي من التدخل من خلال التعبير عن إرادة الدولة على الصعيد الخارجي.

هذا عن السلمة التنفيذية ومدى تأثيرها بظاهرة التدويل فماداً عن السلمة المعبرة عن إرادة الشعب والمشرعة للقوانين، هل طالها التدويل في ما تصدره من تشريعات ؟

إن التطور في المعاهدات الدولية تجاه السلمة التشريعية أدى وبصورة رئيسية إلى تعديل قوانينها الوطنية النافذة لكي تكون متوافقة مع الالتزامات الدولية التي تلتزم بها الدول، أو من خلال اعتماد قواعد جديدة لتنفيذ تلك الالتزامات .<sup>(٧)</sup>

<sup>١</sup> يونس، منصور ميلاد ، مرجع سابق، ص٢٥٨.

<sup>٢</sup> انظر اعلاه، ص ٨ .

<sup>٣</sup> مخامرة، شاربهان ، المرجع السابق، ص٦٣ .

<sup>٤</sup> نص المادة ١٠٦ "رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى للقوات المسلحة، ويعلن الحرب ويعقد الصلح وفق أحكام الدستور .

<sup>٥</sup> نص المادة ١٠٧ "رئيس الجمهورية هو ممثل الدولة في علاقاتها الخارجية، وله إبرام المعاهدات ، والاتفاقات الدولية، وفق الدستور"

<sup>٦</sup> بن صديق، فتيحة . الهاملي، محمد ، مرجع سابق، ص٦٣ .

<sup>٧</sup> مخامرة، شاربهان ، مرجع سابق، ص٦٧ .



وما يبرز تأثر هذه السلطة بظاهرة التدويل هو قيامها بوضع قواعد داخلية تسمح بتنفيذ المعاهدات الدولية فينتج عن ذلك تقييد وتراجع في عمل المشرّع بسبب الالتزام باعتماد قواعد للقانون الداخلي متوافقة مع المبادئ المدرجة في القانون الدولي، وبالأحرى "المعاهدات الدولية"

إذاً للتدويل أثر بالغ على الدساتير المعاصرة التي أصبحت تقر بحق الشعب في المشاركة السياسية، وإنشاء الأحزاب السياسية، والتي يكمن الهدف من إنشائها في مراقبة عمل السلطات العامة .

فتحت الضغط الدولي إتجهت الدساتير الحديثة إلى إشراك الأحزاب المعارضة في عمل البرلمان، وهذا الأمر يحقق نتيجتين: الأولى إيجابية تتمثل في تعزيز مبدأ المشاركة الشعبية والسيادة الداخلية الحقيقية للشعب في مواجهة الإستبداد والتعسف، أما النتيجة السلبية والوجه الخفي لمشاركة المعارضة في السلطة تحت مسمى حرية التعبير وحق المعارضة، ينجم عنها بث التوتر وزعزعة الاستقرار بين الشعب ونظام الدولة من قبل القوى الكبرى في العالم، بهدف ضرب مشروعية الأنظمة السياسية والسلطات الحاكمة التي تحاول الاستقلال بسياساتها عن مصالح هذه القوى وتمنع عن الانصياع لأوامرها ومطالبها .<sup>(١)</sup>

أما عن موقف المشرّع الدستوري الليبي فإنه وضع موازنة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية وهو ما تحقق توافقاً مع المعايير الدولية للديمقراطية عندما نص على تمثيل مجلس الشورى للشعب كله، وعدم جواز تحديد وكالته بقيد أو شرط.<sup>(٢)</sup> بل وأضاف أن لكل عضو من أعضاء المجلس كامل الحرية في إبداء رأيه في حدود النظام الداخلي للمجلس المنتسب إليه، ولا يسأل عن أي رأي يبدئه أو خطاب يلقيه في أثناء جلسات المجلس أو اللجان التابعة له .<sup>(٣)</sup>

وهذا ما يحقق توافقاً مع المعايير الدولية للديمقراطية المعمول بها في مجال السلطة التشريعية<sup>(٤)</sup> . وإذا كان التدويل أدى إلى تقوية السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية فماذا عن السلطة القضائية هل تأثرت بظاهرة التدويل ؟ هذا ما سنتناوله تناوله في الفرع الآتي:-

### الفرع الثاني : مظاهر التدويل وانعكاساته على السلطة القضائية .

إذا كان لتدويل الدساتير الأثر الفعال في تقوية السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية، فكذلك الحال بالنسبة للسلطة القضائية سواء على مستوى القضاء العادي أو القضاء الدستوري، لا سيما بالرجوع إلى بعض المواثيق الدولية التي تفرض على القضاء الوطني للدول الأطراف في اتفاقية ما، الالتزام بمطابقة أحكامه للقرارات الصادرة عن القضاء الدولي .<sup>(٥)</sup>

فلم يقتصر التدويل على إعادة صياغة النصوص الدستورية والتشريعية بما يوافق القانون الدولي، بل امتد إلى أبعد من ذلك بتوجيه القضاء الدستوري الوطني للأخذ بمفاهيم القانون الدولي عند تفسير النصوص الدستورية .<sup>(٦)</sup>

وقد لعبت المحاكم الدستورية دوراً بارزاً في إدراج قواعد القانون الدولي ضمن أحكامها في العديد من الدول التي تأثرت بالديمقراطية وعملية بناء دساتير حديثة تواكب التطور المتصاعد للقانون الدولي، لا سيما في المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان.

<sup>١</sup> بن صديق، فتحة .. هاملي، محمد ، مرجع سابق، ص ٦٥ .

<sup>٢</sup> نص م ٨٣ من مشروع الدستور الليبي .

<sup>٣</sup> نص م ٨٦ ف ١، من مشروع الدستور الليبي .

<sup>٤</sup> كندير، عادل عبد الحفيظ ، مرجع سابق ، ص ١٨٢ .

<sup>٥</sup> بن صديق، فتحة . الهاملي، محمد ، مرجع سابق، ص ٦٧ .

<sup>٦</sup> سرور، أحمد فتحي ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات دار الشروق، عمان ٢٠٠٠، ص ٧٢ نقلاً عن محامرة، شاربهان ، المرجع السابق، ، ص ٨ وما بعدها .



والأمثلة على ذلك كثيرة منها على سبيل المثال المحكمة الدستورية في ألمانيا التي أعطت للمبادئ العامة للقانون الدولي قوة القانون الاتحادي . ( )

وكذلك اتجهت المحكمة الدستورية الايطالية إلى استخدام القواعد المتعلقة بحقوق الإنسان باعتبارها مرجعية لأحكامها . ( )

ولكي يتمكن القاضي الوطني من تطبيق أحكام المعاهدة على النزاعات المعروضة عليه، يقع عليه التزاماً بضرورة فحص إجراءات وضع المعاهدة الدولية، والتأكد من صحة إجراءات التصديق عليها ونشرها لكي تصبح نافذة، وفي حالة عدم النشر يتعذر عليه تطبيقها على النزاع . ( ) وتنقسم رقابة القضاء الوطني إلى رقابة شكلية ورقابة موضوعية وفقاً للآتي :

**أولاً : الرقابة الشكلية :** تقتصر على التأكد من صحة وسلامة إجراءات إتمام المعاهدة، فلكي تكون لها قوة القانون لا بد من التصديق عليها من قبل الجهة المختصة بالتصديق وهي السلطة التشريعية، وكذلك التأكد من صحة نشر المعاهدة في الجريدة الرسمية، وقد أنط مشرع الدستور الليبي مهمة التصديق على المعاهدات الدولية لمجلس الشورى وفقاً للمادة (٩٢) . ( )

#### ثانياً: الرقابة الموضوعية .

لا يقتصر دور القاضي هنا على مراقبة مدى صحة إبرام المعاهدة وشكلها، بل يتعدى ذلك ليشمل مضمون المعاهدة ومدى توافقه أو تعارضه مع الدستور . ( ) وتتوقف هذه الرقابة على مدى اعتراف النظام الداخلي بمرتبة المعاهدة بالنسبة للدستور، هل هي أعلى منه أم أدنى ؟

وهذا يختلف من دولة إلى أخرى فعلى سبيل المثال الدستور الأردني الذي التزم الصمت، ولم يحدد وضع القانون الدولي، ومكانة المعاهدة الدولية بالنسبة للقواعد الداخلية .

وعلى الرغم من ذلك أن المشرع الدستوري الأردني لم يبين مكانة المعاهدة الدولية بنص صريح فإن الاجتهاد القضائي استقر على تطبيق أحكام المعاهدة مع غياب النص الدستوري المؤكد لذلك . ( ) تطبيقاً لمبدأ سمو المعاهدة الدولية على القانون الداخلي، ويظهر ذلك واضحاً في أحكام محكمة التمييز حينما نصت بعض الأحكام صراحة على أن الاتفاقية هي أعلى مرتبة من القانون المحلي وأولى بالتطبيق . ( )

وبخلاف ذلك اتجه الدستور الهولندي إلى النص صراحة على سمو القانون الدولي على الدستور الوطني، " إذ يمكن للمعاهدة أن تخالف أحكام الدستور إذا كان تطور النظام القانوني الدولي يستوجب ذلك" . ( ) وهذا الاتجاه تبنته الدانمارك ولوكسمبرغ وبلجيكا .

ولا يقصد سمو المعاهدة على القانون الداخلي، العلو والسمو المطلق بقدر فسح المجال لقواعد القانون الدولي حتى يتم تطبيقها دون إعاقه . ( )

١ مخامرة، شاربهان ، مرجع سابق، ص٨.

٢ مخامرة، شاربهان، المرجع السابق، ص٨.

٣ علوان، محمد يوسف ، القانون الدولي العام، ط٣ عمان، دار الأوائل للنشر، بدون سنة نشر، ص١٩٨.

٤ " يتولى مجلس الشورى المصادقة على المعاهدات، والاتفاقيات الدولية بأغلبية أعضائه" .

٥ علوان، محمد يوسف ، المرجع السابق، ص١٩٩.

٦ مخامرة، شاربهان ، مرجع سابق ص٢٥.

٧ علام، بدر الدين ، مكانة المعاهدات الدولية في الأنظمة القانونية، دار القلم، بيروت ٢٠١٤، ص١٢٠.

٨ نص م ٦٣ من الدستور الهولندي المعدل ١٩٥٣ نقلاً د. محمد يوسف علوان، المرجع السابق ص ٢٠٠ وما بعدها وكذلك، د. بدر الدين علام، المرجع السابق، ص١٢١.



في حين هناك دساتير جعلت المعاهدة الدولية في مرتبة متساوية مع القانون الداخلي مثل الدستور المصري المعدل ٢٠١٢<sup>(١)</sup> حيث نصت المادة "١٤٥" منه على (أن يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية، ويبرم المعاهدات ويصدق عليها، بعد موافقة مجلسي النواب والشورى، ويكون لها قوة القانون بعد التصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة ولا يجوز إقرار أي معاهدة تخالف الدستور).

بينما أجهت دساتير أخرى إلى إعطاء المعاهدة مكانة بين الدستور والقانون الداخلي، كالدستور الفرنسي الذي نص صراحة على سمو المعاهدة الدولية على القانون الداخلي دون الدستور<sup>(٢)</sup>.

وسار على ذات السياق الدستور الجزائري ١٩٩٦ حيث نصت المادة (٣٢) منه على أن (المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمى على القانون، وتكون لها الأولوية على القانون الداخلي، ولكنها تبقى أدنى من الدستور<sup>(٣)</sup>).

أما عن مشرّع الدستور الليبي فقد أعطي للمعاهدة مكانة أعلى من القانون وأدنى من الدستور، وذلك بنصه في المادة (١٣) منه على أن : ( تكون المعاهدات والاتفاقيات الدولية المصادق عليها، في مرتبة أعلى من القانون، وأدنى من الدستور، وتتخذ الدولة التدابير اللازمة لإنفاذها بما لا يتعارض مع أحكام هذا الدستور).

مما سبق يتضح لنا أن القضاء الوطني يلعب دوراً مهماً في استقبال قواعد القانون الدولي، وهو ما يكشف وبشكل واضح مدى تأثيره بالتدويل من خلال تفسير النصوص الدستورية وتطبيقها، والبحث في العلاقة المترابطة بين أحكام القانون الدولي والقانون الدستوري، وهذا ما ينعكس على نصوص الدستور التي تأثرت بشكل صريح أو ضمني بأحكام القانون الدولي أي (بتدويل الدساتير).

#### الخاتمة

إن ظاهرة التدويل استقرت في القوانين الوطنية بعد علو القانون الدولي وتساعد نفوذه، فهي باتت تفرض نفسها على غالبية الدول، ولا شك بأن هذه الظاهرة هي نتيجة حتمية لتزايد تسلسل القواعد القانونية الدولية ومعالجتها لمسائل كانت تدخل في صميم الاختصاص الداخلي للدولة، ومن ثم إخضاعها لتلك القواعد، الأمر الذي دفع بالدول إلى مواءمة قوانينها الداخلية (الدستورية) مع القانون الدولي، متجاوزة في بعض الأحيان الأسس الدستورية وهو ما ينعكس سلباً على أهم مبدأ دستوري التي تقوم عليه الدولة، والمعبر عن سيادتها وهو مبدأ سمو الدستور، الأمر التي ترتب عنه تقليص في صلاحيات السلطات العامة فيها، ذلك بأن إدخال القانون الدولي في القانون الداخلي للدولة تنظمه الأحكام الدستورية، إلا أن هذا الأمر تم تجاوزه إلى التأثير في مضمون هذه الأحكام المنظمة لاختصاصات تلك السلطات ومواءمتها مع القواعد الدولية.

بالإضافة إلى ذلك أيضاً بينت الدراسة أن التدويل يهدف إلى توسيع اختصاصات السلطة التنفيذية ويقلل من صلاحيات السلطة التشريعية، الأمر الذي يعارض مبدأ سيادة الشعب، وهذا ما يحدث خلل في البناء القانوني للدولة.

أما عن موقف مشروع الدستور الليبي فقط حقق الموازنة المطلوبة بين القواعد الدستورية والمعايير الدولية فيما يتعلق بالسلطات العامة والسيادية في الدولة، من خلال النص على التقليل من صلاحيات السلطة التنفيذية في مواجهة السلطة التشريعية، كي لا تطغى الأولى على الثانية، وكذلك عمل على تقوية صلاحيات السلطة القضائية بموجب نصوص دستورية، نظراً للدور الرئيسي والهام التي تقوم به هذه السلطة في تفسير النصوص الدستورية، والبحث في العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي، هذا ما ينعكس على نصوص الداخلية للدستور، ويبين مدى تأثيرها بظاهرة التدويل.

<sup>١</sup> علام، بدر الدين، المرجع السابق، ص ١٢٢.

<sup>٢</sup> علام، بدر الدين، المرجع السابق، ص ١٢٣.

<sup>٣</sup> علوان، محمد، المرجع السابق، ص ٢٠٢ وكذلك علام، بدر الدين، المرجع السابق ص ٢٢.

<sup>٤</sup> علام، بدر الدين، المرجع السابق، ص ١٢٢.



## قائمة المراجع:

### أولاً الكتب :

١. آدم، عبد الحميد جبريل ، مشروع الدستور الليبي، ٢٠١٧، دراسة نقدية للمحتوى والمضمون، الجزء الأول، دار البيان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٢٠ .
٢. بدوي، ثروت ، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩ .
٣. الزائدي، محمد فرج ، مذكرات في النظم السياسية، ط٢، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، ١٩٩٧ .
٤. الشاوي، منذر ، القانون الدستوري، مطبوعات جامعة بغداد، ١٩٧٠م، مطبعة العاني .
٥. شبحا، إبراهيم عبد العزيز ، المبادئ الدستورية العامة، بيروت، دار الجامعة للطباعة والنشر، سنة ١٩٨٢ .
٦. عبد العال. محمد حسين ، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥ .
٧. علام، بدر الدين ، مكانة المعاهدات الدولية في الأنظمة القانونية، دار القلم، بيروت ٢٠١٤ .
٨. علوان، محمد يوسف ، القانون الدولي العام، ط٣ عمان، دار الأوائل للنشر، بدون سنة نشر
٩. القيسي، حنان محمد ، الوجيز في نظرية الدستور، ط١، مكتبة صباح، بغداد، بدون سنة نشر .
١٠. يونس، منصور ميلاد ، القانون الدستوري والنظم السياسية، بنغازي، ليبيا، دار الكتب الوطنية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨ .

### ثانياً الأطروحات :

١. زريقي، غازي يوسف ، مبدأ سمو الدستور " دراسة تطبيقية للدستور الأردني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٠ .
٢. سليمان، عبد العزيز محمد ، رقابة دستورية القوانين، "رسالة دكتوراه"، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٤ م .
٣. مخامرة، شاريهان جميل ، تدويل الدساتير " رسالة ماجستير" جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، سنة ٢٠١٣ .

### ثالثاً البحوث والمقالات :

١. بن صديق، فتيحة ، هاملي. محمد ، تدويل الدساتير وأثره على السيادة الوطنية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد ١٢، العدد ٢، الجزائر، سنة ٢٠٢١ .
٢. القحطاني، غفران بنت عائض ، تدويل السيادة الوطنية في ظل المعاهدات الدولية، المجلة العلمية للنشر، العدد ٤٢، الرياض، سنة ٢٠٢٢ .
٣. كذدير، عادل عبد الحفيظ ، مشروع الدستور الليبي ٢٠١٧، في ضوء المعايير الدولية للديمقراطية، مجلة القانون والأعمال الدولية ٢٠٢١ .

### رابعاً المعاجم العربية :

١. ابن المنظور، جمال الدين محمد بن مكرم الافريقي المصري، لسان العرب (بيروت: دار صادر، ١٩٩٦، المجلد الرابع عشر) .
٢. الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، (بيروت: دار الفكر، ١٩٧٨)

### خامساً الوثائق :

١. مشروع الدستور الليبي ٢٠١٧ .
  ٢. الدستور المصري ٢٠١٢ وتعديلاته .
  ٣. الدستور الجزائري ١٩٩٦ .
  ٤. الدستور الفرنسي ١٩٥٨ .
- شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) .



مفهوم عقوبة العزل التأديبي في القانون الليبي وتمييزها عن عقوبة الفصل التأديبي  
(دراسة مقارنة)

## The concept of disciplinary isolation in Libyan law and its disciplinary dismissal

(A comparative study)

د. إيناس عبد الوهاب الزكولي

أستاذ مساعد بكلية القانون / جامعة طرابلس

ملخص:

تتناول هذه الدراسة مفهوم العزل التأديبي في القانون الليبي من خلال دراسة تحليله لعقوبة العزل التأديبي بحيث تبين الاتجاه الذي تبناه المشرع الليبي في كيفية تنظيم عقوبة العزل من حيث المفهوم والحالات المستوجبة لتوقيع هذه العقوبة، وقد تبين للدراسة أن المشرع لم يحدد المقصود بعقوبة العزل كما أنه استخدم مفهوم العزل للدلالة على عقوبة الفصل التأديبي، أيضاً لم يحدد بشكل واضح ودقيق الحالات والأسباب المستوجبة لتوقيع هذه العقوبة، لذلك تركزت الدراسة على توضيح مفهوم عقوبة العزل وبيان الاختلاف بينه وبين مفهوم عقوبة الفصل التأديبي، كما تركزت الدراسة على إبراز كيفية استقلال عقوبة العزل التأديبي عن الفصل التأديبي في القانون الليبي بوضع المشرع أحكام وقواعد تميز حالات توقيع عقوبة العزل عن عقوبة الفصل، بحيث تكون كل عقوبة منفصلة ومستقلة عن الأخرى من حيث المفهوم وأسباب حالات توقيعهم، وقد اعتمدت الدراسة لتحقيق هذا الهدف على منهج المقارنة بالقانونين العراقي والأردني اللذين فصلا بين العقوبتين.

Abstract:

This study explores the concept of disciplinary isolation in Libyan law by examining its analysis of the penalty of isolation so that it shows the direction adopted by the Libyan legislator. How to organize the penalty of isolation in terms of the concept and the cases that require the imposition of this penalty will be discussed.

The study indicates that dismissal to indicate the punishment of disciplinary dismissal was not clearly specified or accurate by the legislator in the cases. Nor were the reasons for imposing this punishment therefore this study is based on clarifying the concept of the dismissal penalty and explaining the difference between it and the concept of the disciplinary dismissal penalty. The legislator lays down provisions and rules that distinguish the cases of imposing the dismissal penalty from the dismissal penalty, so that each punishment is separate and independent from the other in terms of the concept and the reasons for the cases of their imposition. To achieve this goal, the study relied on a comparative approach to the Jordanian and Iraqi laws, which separated the two penalties.

## المقدمة

تعتبر عقوبة العزل التأديبي إحدى الأسباب المؤدية إلى انتهاء العلاقة الوظيفية بين الموظف وجهة عمله، نتيجة ارتكاب الموظف مخالفة جسيمة تصدر السلطة التأديبية قراراً تأديبياً بعزله من الوظيفة التي تمثل أقصى العقوبات التأديبية، ورغم خطورة هذا الأثر إلا أن المشرع الليبي لم يحدد المخالفات التأديبية التي تفرض توقيع عقوبة العزل، إضافة إلى عدم تمييزها عن عقوبة الفصل التأديبي بل أنه ترك للسلطات التأديبية سلطة تقديرية وفقاً للمخالفة المرتكبة، لذا تبدو من الأهمية دراسة عقوبة العزل التأديبي، لمحاولة استخراج وتطبيق مجموعة من القواعد التي من شأنها تجعل الموظف المتهم والمعزول تأديبياً على ثقة أن له محاكمة عادلة.

**الهدف** من البحث هو دراسة مدى كفاية الأحكام التي شرعها المشرع الليبي للموظف المتهم أثناء توقيع عقوبة العزل التأديبي وفيما الاختلاف بينها وبين عقوبة الفصل التأديبي، حيث أن العدل يقتضي أن يتمتع الموظف بمحاكمة نزيهة تتناسب فيها العقوبة مع المخالفة التأديبية المرتكبة، وأن تتوافر حقوق للموظف المتهم تحميه من تعسف السلطات التأديبية، من أهمها أن الموظف في هذه المرحلة يجب أن يعلم مسبقاً مفهوم عقوبة العزل التأديبي وأسباب توقيعها.

**منهج البحث** تم الاعتماد على المنهج التحليلي من خلال دراسة تحليلية لمواد القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، وكذلك المنهج المقارن بالقانونين العراقي والأردني، وقد أختار الباحث القانونين العراقي والأردني لما يمثلاه من أحكام متطورة في العزل التأديبي، وعليه فإن المقارنة مع القانونين ستربط بمدى الاستفادة من هذين القانونين ومدى حاجة الدراسة إلى تغطية القصور في القانون الليبي بنقل ما يناسب منها من أحكام إلى القانون الليبي.

**مشكلة البحث** تكمن في أن مفهوم العزل التأديبي وتحديد أسبابه بشكل واضح ودقيق في القانون الليبي لازالت قاصرة عن مواكبة أحكام العزل التأديبي في التشريع المقارن، ونظراً لأهمية هذا الموضوع ومزاياه من الحياة العملية للموظف العام المتهم والمسؤول تأديبياً، جاء اختيار البحث محل الدراسة في القانون الليبي، وذلك للوقوف على موقف المشرع الليبي من مفهوم وحالات عقوبة العزل التأديبي بحسب ما جاء في القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م بشأن علاقات العمل ولائحته التنفيذية<sup>(١)</sup>، مع التعرض بإيجاز للقانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٥م بشأن قواعد تطهير الأجهزة الإدارية<sup>(٢)</sup>، بحيث يناقش البحث عدة تساؤلات أهمها ما مدى كفاية القانون الليبي لتحديد مفهوم وحالات توقيع عقوبة العزل في القانون الليبي؟ هل ميز القانون بين عقوبيتي العزل والفصل التأديبي ونظم كل منهما بأحكام مختلفة؟ وهل الأحكام الخاصة بعقوبة العزل كافية لاطمئنان الموظف بمحاكمة عادلة؟ أم أن هناك قصور في التشريع الليبي بشأنها؟ وإذا وجد قصور هل يمكن معالجته من التشريع المقارن؟

تأسيساً على ذلك يتم تقسيم الدراسة وفقاً للخطة التالية:

المطلب الأول: مفهوم العزل التأديبي وحالاته.

المطلب الثاني: مفهوم الفصل التأديبي وتمييزه عن العزل التأديبي.

### المطلب الأول: مفهوم العزل التأديبي وحالاته.

يعد العزل التأديبي إحدى العقوبات الجسيمة التي توقع على الموظف العام في حالة ارتكابه مخالفة جسيمة تخل بواجبات الوظيفة، وفي هذا المطلب سيتم تناول مفهوم العزل التأديبي وفيما إذا وجدت حالات توجب توقيعها في القانون الليبي.

(١) الجريدة الرسمية، السنة ٢٠١٠، السنة ٢٠١٠، العدد (٧)، ص ٢٦٠.

(٢) الجريدة الرسمية، السنة (٢٣)، العدد (١٩)، ص ٥١٠.





## الفرع الأول: المفهوم اللغوي والاصطلاحي والتشريعي للعزل التأديبي.

العزل التأديبي له مفهوم لغوي وآخر فقهي يختلف عن التعريف التشريعي، وفي هذا الفرع سيتم تناول مفهوم العزل وموقف المشرع الليبي والمقارن من عقوبة العزل، وذلك وفقاً لما يلي:

### أولاً: المفهوم اللغوي والفقي للعزل التأديبي.

العزل لغة من عزل عزلاً أبعدته، ويقال عزله من منصبه، والعزل التنحية، ومنه عزلت النائب أو الوكيل أي أخرجته عما له من الحكم<sup>(١)</sup>، أما الفقه فقد عرفه بأنه أقصى العقوبات التأديبية التي توقع على الموظف أي كان درجته الوظيفية أو المالية لإخلاله الجسيم بواجباته، مما يترتب عليه قطع صلة الموظف بالوظيفة سواء كان بشكل إرادي أو غير إرادي أي إقصاء نهائي للوظيفة<sup>(٢)</sup>، كما عرفه البعض الآخر بأنه<sup>(٣)</sup> (قرار يصدر من المجلس التأديبي إذا تبين الأفعال تنطوي على درجة من الخطورة تقتضي إيقاع عقوبة العزل ويتعين أن تحاط بكافة الضمانات التأديبية)<sup>(٤)</sup>، بينما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه (جزء يصدر عن السلطة الإدارية الذي يتبعها الموظف وبموجبه يتم إنهاء رابطة العمل للموظف نتيجة إخلاله بواجباته الوظيفية)<sup>(٥)</sup>، وأخيراً عرف بأنه (إنهاء العلاقة الوظيفية بينه وبين الجهة التي يعمل بها بصورة نهائية)<sup>(٦)</sup>.

مما سبق يلاحظ أجمع الفقه على أن العزل عقوبة تأديبية توقع على الموظف المتهم بارتكاب مخالفة تأديبية مع اتباع الإجراءات التأديبية أثناء توقيعها والتي تنتهي بقطع صلته بالوظيفة. ويمكن تعريفه بأنه إجراء يترتب عليه إنهاء صلة الموظف بالوظيفية نتيجة خروجه على مقتضيات الواجبات الوظيفية لارتكابه فعل يشكل مخالفة تأديبية جسيمة تمس شرف المهنة.

### الفرع الثاني: المفهوم التشريعي للعزل التأديبي.

نص المشرع الليبي في قائمة العقوبات التأديبية على عقوبة العزل التأديبي تحت اسم (العزل من الخدمة) إلا أنه لم يعرف ما المقصود به<sup>(٧)</sup>، وربما هذه عادة المشرع إذ أنه يترك المهمة للفقه لتحديد المفاهيم والتعريفات، أما المشرع العراقي فقد عرفه بأنه (تنحية الموظف عن الوظيفة ولا تجوز إعادة توظيفه في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي)<sup>(٨)</sup>، أما المشرع الأردني فقد<sup>(٩)</sup>

(١) الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، الجزء الحادي عشر، دار صادر بيروت، ١٩٩٧، ص ٤٤١.

(٢) الدقباني، خالد الدقباني، فوزي فرحات، القانون الإداري العام، الكتاب الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، طرابلس، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، ص ٣٧٥. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ٤٦١.

(٣) علي خطار شطاوي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، ص ٩٦.

(٤) محمد زهير جرانة، "عزل الموظف في النظام الإداري العراقي"، مجلة القضاء، السنة (٣)، العددان (١) (٢)، ١٩٣٦، ص ١١٧.

(٥) إسماعيل احفيظة إبراهيم، "أحكام العقوبة التأديبية في الوظيفة العامة"، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد (٦)، يونيو ٢٠١٥، ص ٢٦٤.

(٦) المادة (١٦٠) الفقرة (ج) من القانون الليبي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ بشأن علاقات العمل.

(٧) المادة (٨) الفقرة (٨) من القانون العراقي رقم ٥ لسنة ٢٠٠٨ بشأن انضباط موظفي الدولة والقطاع العام. منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://www.customs.mof.gov.iq/index.php/ar/node/٨٥>



استخدم مصطلح العزل من الوظيفة للدلالة على العزل التأديبي، حيث حدد المخالفات التي بمقتضاها توقع عقوبة العزل دون وضع تعريف له<sup>(١)</sup>، مثل الحكم على الموظف بجناية أو جنحة مخلة بالشرف كالرشوة والتزوير وسوء استعمال الأمانة. مما سبق يتبين أن المشرع الليبي لم يضع مفهوم لعقوبة العزل بخلاف المشرع العراقي الذي نص صراحة على تحديده، لذلك تهيب الدراسة بالمشرع الليبي إلى تحديد مفهوم هذه العقوبة كما فعل المشرع العراقي، للآثار الجسيمة المترتبة على توقيعها والمتمثلة في حظر عودة الموظف المسؤول تأديبياً إلى العمل.

### الفرع الثالث: حالات العزل التأديبي .

نص المشرع الليبي على العزل التأديبي كعقوبة توقع على الموظف الذي ثبتت إدانته إلا أنه لم يحدد في قوانين الوظيفة العامة الصادرة في ليبيا بما فيها القانون الحالي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، الحالات التي تستوجب توقيع هذه العقوبة<sup>(٢)</sup>، أما القانون ٣ لسنة ١٩٨٥م بشأن قواعد تطهير الأجهزة الإدارية، حدد في المادة (٢) بعض الحالات التي تنتهي بها خدمة الموظف العام وتجسدت في المحظورات التي يجب على الموظف العام عدم القيام بها أثناء أداء الوظيفة، تتمثل في:

(١)- إذا عاد بعد إنذاره كتابياً إلى ارتكاب مخالفة أو أكثر من المخالفات التالية. ٢- عدم المحافظة على مواعيد العمل الرسمية أو تخصيص وقت العمل لغير أداء واجبات الوظيفة....

ويسري حكم هذا البند على الموظف أو المستخدم الذي يرتكب مرسومه مخالفة أو أكثر من المخالفات المشار إليها فيه إذا ثبت أن سبب وقوع المخالفة يعود إلى إهماله أو تقصيره في مراقبة مرتكب المخالفة والإشراف على أداء مرسومه لواجباته. إذا حكم عليه -ولو ابتدائياً- في إحدى الجرائم ضد أمن الثورة، على أنه إذا ثبتت براءته بحكم نهائي وجب سحب قرار إنهاء الخدمة وإلغاء كل ما ترتب عليه من آثار).

كما سبق يتبين أن القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٥م، قد ميز بين نوعين من الحالات لعدم استمرارية الموظف في الوظيفة أحدهما تتعلق بالأفعال الذي اعتبرها مخالفات تأديبية تخضع للإجراءات التأديبية، إذ استوجب لتوقيع العقوبة الواردة في الفقرتين (١) (٢) صدور قرار تأديبي مسبباً من الجهة المختصة وذلك بعد إجراء التحقيق كتابة مع الموظف المخالف وتحقيق دفاعه بسماع أقواله<sup>(٣)</sup>، وفي هذا أيضاً القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، نص على ذات الضمانات التأديبية وقيد السلطات التأديبية بما عند إجراء المحاكمة التأديبية للموظف العام المتهم،

<sup>(١)</sup> المادة (١٧٢) الفقرتين (أ) (ب) من القانون الأردني رقم ٩ لسنة ٢٠٢٠م بشأن نظام الخدمة المدنية وتعديلاته. منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://moe.gov.jo/node/٨٣٨١٣>

<sup>(٢)</sup> صدرت العديد من القوانين ذات العلاقة بالوظيفة العامة في ليبيا إلا أنها لم تعرف مفهوم العزل الوظيفي أو تبين حالاته تفصيلاً وتمثل في: القانون رقم ٢ لسنة ١٩٥١م بشأن الخدمة المدنية، القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٥٦م بشأن الخدمة المدنية، القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٦٤م بشأن الخدمة المدنية، القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٦م بشأن الخدمة المدنية، تم إلغاء هذه القوانين، أما القانون الساري حالياً القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م بشأن علاقات العمل.

<sup>(٣)</sup> المادة (٤) من القانون الليبي رقم ٣ لسنة ١٩٨٥م.



وما يلاحظ أن المشرع قد اقتصر تطبيق الضمانات التأديبية بالنسبة للمخالفات المذكورة في الفقرتين (١) (٢) من المادة (٢) السالفة الذكر دون أن تطبق على غيرها من الأفعال الأخرى المنصوص عليها في هذه المادة، كما يتبين أنها أيضاً إحدى المخالفات الواردة في القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م<sup>(١)</sup>، وهذا ما يؤيد أن هذه الأفعال تعتبر مخالفات تأديبية وتتطلب إحاطتها بالضمانات التأديبية.

أيضاً لم يكتف المشرع على اعتبار هذه المخالفات على درجة من الجسامه ما تستحق معه توقيع أشد العقوبات، بل أنه ذهب إلى أبعد من ذلك حيث نص على ترتيب نفس الآثار (إنهاء الخدمة الوظيفية) المترتبة على العزل التأديبي من الوظيفة، وهذا في رأينا يبدو اعتراف من المشرع بأن المقصود بإنهاء الخدمة في الفقرتين المذكورتين اعلاها عقوبة تأديبية بسبب طبيعة الأفعال المرتكبة، وما يؤيد وجهة النظر ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القضية التي تخلص وقائعها أن موظف اشتغل بوزارة الرياضة، إلا أنه بعد إلغاء هذه الوزارة تم تنسيبه بقرار ضم للعمل بجهاز الأمن الداخلي، وبعد التحاقه بالعمل صدر قرار بعزله من وظيفته لتغييره عن العمل مدة اثني عشر يوماً دون عذر مقبول. تقدم الموظف بطعن إلى الدائرة الإدارية بمحكمة الاستئناف طالباً فيه إلغاء قرار العزل، وقد حكمت المحكمة بإلغائه، إلا أن إدارة القضايا تقدمت بطعن إلى المحكمة العليا مستندة على القرار الصادر ضد الموظف ليس بعقوبة فصل تأديبي وإنما هو قرار استقالة حيث أن القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٦م بشأن الخدمة المدنية<sup>(٢)</sup>، يمنح الجهة الإدارية الحق في<sup>٢</sup> اعتبار الموظف مستقبلاً إذا تغيب عن العمل بدون مبرر وأن الإدارة قد عبرت عنه بطريقة خاطئة، قضت المحكمة العليا بعدم صحة دفع إدارة القضايا وإلغاء قرار العزل استناداً على أن القرار الصادر نص صراحة على عقوبة العزل، وبالتالي فهو عقوبة تأديبية وليس قرار استقالة، وأن هذه العقوبة وفقاً للمادة (٨٤) الفقرة (٤) من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٦م، تعد من اختصاص مجلس التأديب وليس من اختصاص الجهة الإدارية<sup>(٣)</sup>.

إن وجه الاستدلال بالحكم السابق الوقوف على التكييف القانوني للمحكمة العليا لقرار العزل، حيث اعتبرت المحكمة العليا الجهة الإدارية أن هذا التصرف قرار استقالة وليس قرار عزل، أما المحكمة فقد وصفته بقرار عزل تأديبي استناداً على طبيعة المخالفة المرتكبة وعلى العبارات الصريحة الصادرة بالقرار إذ أنه صدر تحت (العزل من الخدمة وليس الاستقالة)، ووجه الاستدلال بهذه القضية أنه لتفسير النصوص ومعرفة القصد منها ينبغي العودة إلى الإرادة الصريحة ثم الضمنية للمشرع، وبالعودة إلى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٥م، يتبين أن المشرع قد أفصح

(١) المادة (١١) الفقرتين (١) (٦) من القانون الليبي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م.

(٢) ألغى هذا القانون بموجب القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، وقد وضعت المادة (٧٤) الأحكام الخاصة باستقالة الموظف المتغيب عن العمل بدون مبرر وهي تقابل المادة (١٠٩) من القانون (الملغى) رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٦م.

(٣) المحكمة العليا، الطعن الإداري رقم ٥٦/١١٩ق، جلسة (٢٠٠٦،٠٧،٢)، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، ٢٠٠٦، ص ٥٤٠.



صراحة على اعتبار هذا الإجراء عقوبة تأديبية إضافة إلى أنه رتب عليه ذات الآثار المترتبة على العزل التأديبي،<sup>١</sup> أيضاً أحاطه بالضمانات التأديبية الذي يترتب على مخالفتها بطلان المحاكمة التأديبية<sup>(١)</sup>.

أما الجانب الثاني لإنهاء خدمة الموظف وفقاً للمادة المذكورة أعلاه يتعلق بحكم قضائي ضد الموظف ولو كان حكم ابتدائي صادر عن فعل محدد على سبيل الحصر (الجرائم ضد أمن الثورة)، والذي يبدو أن طرد الموظف من الوظيفة في هذه الحالة بسبب السوابق الجنائية في نوع خاص من القضايا لا علاقة له بالوظيفة العامة ومدى الإخلال بالواجب الوظيفي وإنما له ارتباط بالجانب السياسي الذي يترتب عليه الإضرار بأمن ومصالح الثورة<sup>(٢)</sup>، وفي هذا يبدو القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٥م، وضع السوابق السياسية بحكم قضائي حائلاً دون الاستمرار في الوظيفة وتعتبر وفقاً لذلك في ذات مرتبة السوابق الجنائية للاستمرار في الوظيفة أو تقلدها بالنسبة للقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، إذ بالعودة إليه يلاحظ أن المشرع في الفقرة (٤) من المادة (١٢٨) وضع عدة شروط للتعين في الوظيفة منها أن لا يكون المتقدم سبق وأن عوقب بحكم جنائي، ويظهر أن غاية المشرع واحدة في كلا القانونين الحفاظ على سمعة وكرامة الوظيفة بحيث لا يشغلها إلا الموظف الكفوء ذو الأخلاق العالية.

يلاحظ على الاختلاط السابق الذي وضعه القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٥م، بالجمع بين المخالفات التأديبية والجرائم السياسية في نص واحد أمر غير سليم، إذ نتج عنه اختلاف فقهي حول تفسير عبارة (إنهاء خدمة الموظف) هل تعد عقوبة تأديبية أم لا؟ حيث ذهب بعض الفقه إلى أن عبارة إنهاء الخدمة الواردة في القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٥م، تعتبر عزل بالطريق التأديبي وعلل رأيه بأنه بعد أن حدد القانون في مادته الثانية الحالات التي يجوز فيها للجهة المختصة إنهاء خدمة الموظف نص في مادته الثالثة على أن يعتبر إنهاء الخدمة وفقاً لإحكام المادة (٢) من العقوبات التأديبية وتترتب عليه كافة آثار القانونية الناجمة عن العزل التأديبي من الوظيفة<sup>(٣)</sup>، ويؤيد وجهة النظر هذه<sup>٢</sup> بعض الفقه بالقول أن المادة (٢) السابقة الذكر تشير بوضوح رغبة المشرع الليبي في تعلق العقوبات التأديبية الواردة فيها بالعزل التأديبي<sup>(٤)</sup>، بينما ذهب الجانب الآخر من الفقه بالقول أنه "لا يمكن أن تدخل تلك القرارات في مفهوم القرارات التأديبية، ولا يجوز أن ينسحب عليها نظامها القانوني إلا حكماً وفي النطاق المنصوص عليه من حيث ترتيب

(١) المادة (٣) من القانون الليبي رقم ٣ لسنة ١٩٨٥م.

(٢) عرفت المادة (٢١) فقرة (أ) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م، الجرائم ضد أمن بأثما (الجريمة التي ترتكب بباعث سياسي أو تقع على الحقوق السياسية العامة أو الفردية وفيما عدا ذلك تعتبر الجريمة عادية ومع ذلك لا تعتبر الجرائم التالية سياسية لو كانت قد ارتكبت بباعث سياسي... الجرائم المخلة بالشرف كالسرقة والاختلاس والتزوير وخيانة الأمانة والاحتيال والرشوة وهتك العرض). قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م، بتاريخ (١٠١،١٩٦٩). منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/٢٠٧٠٦.html>

(٣) محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، المكتبة الجامعة، الزاوية، الطبعة السادسة، ٢٠١٠، ص ٤٩٣.

(٤) مصطفى عبد الحميد دلاف، شرح أحكام قانون الأمن والشرطة في القانون الليبي، منشورات أكاديمية العلوم الأمنية، طرابلس، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ٤٥.



ذات الآثار الناجمة عنها كونها تصدر عن السلطة التأديبية في إطار ممارسة وظيفتها التأديبية<sup>(١)</sup> أما تجاه آخر يرى أنه ينبغي "التمييز بين نوعين من المخالفات، حيث أخضع بعضها للنظام التأديبي، وأعطى بعض الضمانات للمخالف، في حين حرم المخالف من هذه الضمانات وذلك بموجب البند (ج) من نفس المادة، حيث ينص هذا البند على إمكانية فصل المخالف من العمل دون اللجوء إلى التحقيق معه أو تحقيق دفاعه أو سماع أقواله، وذلك حالة الحكم عليه ولو ابتداءً في إحدى الجرائم ضد أمن الثورة"<sup>(٢)</sup>.

كما سبق يستنتج أنه اختلف الفقه حول التكييف القانوني لمصطلح (إنهاء الخدمة الوظيفية)، ويبدو إن الاتجاه الأخير هو أقرب للمنطق وما نؤيده، حيث أن المشرع وضع السوابق السياسية بحكم قضائي جرائم يحرم فيها الموظف من الضمانات التأديبية لطبيعة الجريمة كونها سياسية، أما الأفعال الإدارية خصها بالحماية التأديبية كونها تشكل مخالفة تأديبية، وما يبدو على المشرع فعله لإزالة الجدل الفقهي الفصل بين المخالفات التأديبية والجرائم المذكورة بهذا القانون بحيث يتضمن القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٥م، كافة الجرائم المتعلقة بالأضرار بأمن الدولة والأحكام التفصيلية لها، أما الأفعال التي تشكل مخالفات تأديبية تنقل إلى القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، وأن يتم النص صراحة على أن تكون عقوبتها الفصل وليس العزل التأديبي باعتبارها أفعال لا تمس شرف المهنة<sup>(٣)</sup>.

**والسؤال الذي يطرح هل الضمانات التأديبية التي منحها القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٥م، ضمانات مكفولة حقيقة للموظف المتهم؟**

تعتبر ضمانات الحيدة في مرحلة توقيع الجزاء إحدى الضمانات التأديبية التي لا يجوز محاكمة الموظف بدونها، حيث تحتم هذه الضمانة أن من سبق له التحقيق مع الموظف المتهم لا يجوز له الاشتراك في توقيع العقوبة<sup>(٤)</sup>، وعليه كل من اشترك في التحقيق أو أبدى رأياً عليه الامتناع في الاشتراك في الحكم<sup>(٥)</sup>، فالحيدة تعتبر تنظيم لقواعد الاختصاص بما يكفل التجرد من التحيز أو الميل لأحد الخصوم<sup>(٦)</sup>، وإبعاد كل محقق له اعتبارات شخصية أو وظيفية أو موضوعية تشكك في حيده<sup>(٧)</sup>، ووفقاً للقانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٥م، لا يوجد تفرقة بين سلطات الاتهام والإدانة، حيث الجهة الإدارية السلطة المختصة بتوجيه الاتهام والتحقيق وكذلك توقيع أقصى العقوبات،

(١) خليفة سالم الجهمي، المسؤولية التأديبية للموظف العام عن المخالفة المالية في القانون الليبي، دراسة مقارنة، منشورات جامعة قاربونس، بنغازي، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م، ص

(٢) محمود عمر معروق، "إنهاء العلاقة الوظيفية بإرادة الإدارة"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد (١٩) السنة ٢٠١٩، العدد (١)، ص ٣٦.

(٣) حول الفرق بين عقوبتي الفصل من الخدمة والعزل التأديبي أنظر ما سيأتي بيانه في المطلب الثاني من هذا البحث.

(٤) وحيد إبراهيم، حجية الحكم الجنائي في الدعوى التأديبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص ١٤-١٤٩.

(٥) محمد فؤاد مهنا، سياسة الوظائف العامة وتطبيقاتها، دار المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٦٧، ص ٣٦٣.

(٦) محمد ياقوت، التحقيق في المخالفات التأديبية، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ٤٢٥.

(٧) عبد الفتاح عبد البر، الأحكام ذات المبادئ في التأديب والتعليقات عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ١٤٦.



أي أنها الخصم والحكم في آن واحد، بالتالي قد تنحرف الإدارة وتوقع هذه العقوبة الجسيمة لاعتبارات شخصية كالانتقام من الموظف أو تحقيق نفع خاص، بناء عليه يمكن القول أن الضمانات التأديبية يشوبها النقص وأحياناً الحرمان من التمتع بها، وما يبدو على المشرع فعله تعديل قواعد الاختصاص بإسناد توقيع عقوبة العزل إلى المجالس التأديبية أو لجان إدارية ذات الاختصاص القضائي بدلاً من السلطة الإدارية، تطبيقاً لمبدأ الحيطة الذي يحظر عدم الجمع بين أعمال التحقيق والالتزام وسلطة توقيع الجزاء، كما أن هذا الجزاء يبلغ درجة من الخطورة بما يقتضي معه إسناد الاختصاص إلى جهة محايدة تتكون من أكثر من عضو يجمع بين العناصر الإدارية والقضائية بما يوفر المحاكمة العادلة.

إن الطرح السابق في تحديد بعض المخالفات في القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٥م، يؤدي إلى تساؤل مفاده لماذا لم ينص القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، على هذه المخالفات التأديبية التي تستوجب توقيع عقوبة العزل التأديبي؟

لم يحدد القانون الإداري (قانون الخدمة المدنية) منذ ولادته الأفعال المستوجبة لتوقيع عقوبة العزل، وإنما رتب على الحكم بجنابة أو جنحة مخلة بالشرف إنهاء العلاقة الوظيفية دون أن يذكر صراحة أنها أحد أسباب العزل أو يبين نوعية الجرائم المخلة بشرف المهنة<sup>(١)</sup>، وفي هذا يبدو أنه ترك للسلطة التأديبية تقدير توقيعها وفقاً لخطورة المخالفة التأديبية، وربما هذا يعود إلى تأثير المشرع الليبي بنظيره التشريعي المصري الذي أيضاً لم يحدد المخالفات لعقوبة العزل، وقد يرجع إلى القاعدة العامة في التأديب أن العقوبات محددة على سبيل الحصر بخلاف المخالفات المذكورة على سبيل المثال، وبالتالي عدم التحديد الحصري للأفعال التي تعتبر مخالفات تأديبية يعد سبباً في عدم تحديد المخالفات التأديبية المستوجبة لعقوبة العزل.

أما المشرع الأردني حدد صراحة الحالات التي توقع فيها عقوبة العزل التأديبي، وذلك عندما نص على أن تكون توقيع عقوبة العزل من تاريخ القرار النهائي في إحدى الحالات الآتية:

(١) - إذا حكم عليه بجنابة أو جنحة مخلة بالشرف كالرشوة والاختلاس والتزوير وسوء استعمال الأمانة والشهادة الكاذبة أو أي جريمة مخلة بالأخلاق العامة.

- إذا حكم عليه بالحبس من المحكمة لمدة تزيد عن ستة أشهر لارتكابه أي جريمة أو جنحة...

٢

٣- إذا صدر قرار من المجلس التأديبي بعزله<sup>(٢)</sup>.

(١) حيث نصت المادة (٤٢) الفقرة (٤) من القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، على أن " تنتهي خدمة العامل أو الموظف لأحد الأسباب الآتية: -٤...-الحكم عليه بعقوبة جنابة أو في إحدى الجنابات أو الجنح مخلة بالشرف أو الأمانة أو الأمن...".

(٢) المادة (١٧٢) الفقرتين (أ) (ب) من القانون الأردني رقم ٩ لسنة ٢٠٢٠م.



أيضاً حدد القانون العراقي الحالات المستوجبة لتوقيع عقوبة العزل وذلك (أ-إذا أثبت ارتكابه فعلاً خطيراً يجعل بقائه في الدولة مضر بالمصلحة العامة. ب-إذا حكم عليه عن جناية ناشئة عن وظيفة أو ارتكبتها بصفة رسمية. ج-إذا عوقب بالفصل ثم أعيد توظيفه فأرتكب فعلاً يستوجب الفصل مرة أخرى).<sup>(١)</sup>

مما سبق يلاحظ أن القانون الليبي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، أغفل النص على الحالات التي تستوجب توقيع عقوبة العزل مما يعد قصور خاصة أنه يعتبر قانون حديث وقد صدر بعد تجربة طويلة بما يحتم أن يتضمن نصوص قانونية تتلاءم والتطور في مجال التأديب، وهذا على خلاف القانونين الأردني والعراقي اللذين حددا صراحة الحالات التي تستحق توقيع هذه العقوبة، وفي هذا يبدو القانون المقارن أكثر عدالة من القانون الليبي كونه أقرب من القانون الجنائي في كيفية توقيع هذه العقوبة، حيث نص القانون الأردني صراحة على المخالفات التي ترتكب بسبب أو أثناء الوظيفة والمترتب عليها جناية أو جنحة مخلة بالشرف والمستوجبة لتوقيع عقوبة العزل، كما حدد بوضوح نوعية الجرائم المخلة بالشرف كالشهادة الكاذبة أو الاختلاس<sup>(٢)</sup>، أيضاً الحكم بعقوبة تفوق مدّة الستة أشهر نتيجة ارتكابه جناية أو جنحة، أما المشرع العراقي شرع عقوبة العزل تشديد لعقوبة الفصل الذي وقعت ابتداء<sup>(٣)</sup>، وجعل من أسباب التشديد العود لارتكاب المخالفة التأديبية المخلة بالشرف والأمانة والآداب العامة<sup>(٤)</sup>، أو لارتكاب الموظف جنائية بسبب أو أثناء الوظيفة أو اقترافها باستغلال صفة الوظيفة.

يبدو الاتجاه السابق للمشرع المقارن في تقييد حالات توقيع عقوبة العزل أمر جيد لما فيه وضع أبعاد قيد على السلطة التقديرية للسلطات التأديبية التابع لها الموظف والتي قد تسئ استعمالها بتوقيع هذه العقوبة لذنب صغير، ومن ثم تبدو من الأهمية تحديد القانون الليبي هذه الحالات لأنها تشكل إحدى الضمانات التأديبية للموظف العام، لذلك تدعو الدراسة المشرع الليبي إلى أن ينص صراحة عليها، وذلك كما فعل المشرعين العراقي والأردني، وأن يرتب القضاء الإداري البطلان المطلق الذي يؤدي إلى انعدام القرار على مخالفة السلطات التأديبية قواعد حصر هذه الحالات العقوبة، إذ بدون تحديدها يكون الموظف عرضة لتوقيع هذه العقوبة حتى وإن لم ترق المخالفة إلى درجة من الخطورة أو الجسامه.

إن الطرح السابق يقود إلى نتيجة مفادها أنه لم ينص المشرع الليبي على الحالات المستوجبة توقيع عقوبة العزل، ولكن رغم ذلك فإن ما جرى عليه العمل في المؤسسات الإدارية أن المجالس التأديبية لها صلاحية توقيع هذه العقوبة للمخالفة التأديبية المرتكبة، هذا يقود إلى تساؤلاً ما هو الأساس القانوني الذي اعتمدت عليه السلطات التأديبية والمؤسسات في إجراء هذا التصرف؟

(١) المادة (٨) الفقرة (٨) من القانون العراقي رقم ٥ لسنة ٢٠٠٨م.

(٢) المادة (١٧٢) الفقرتين (أ) (ب) من القانون الأردني رقم ٩ لسنة ٢٠٢٠م بشأن الخدمة المدنية. أما القانون العراقي فقد حددت المادة (٨) الفقرة (٧) من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٨م، الحالات التي تستوجب عقوبة الفصل منها ارتكاب الموظف جريمة غير مخلة بالشرف والأمانة، ومفهوم المخالفة يستنتج من هذا النص أنه إذا ارتكب الموظف جريمة مخلة بالشرف والأمانة فإنه يستوجب توقيع عقوبة العزل.

(٣) غازي فيصل مهدي، شرح أحكام قانون انضباط موظفي الدولة، المكتبة المركزية، بغداد، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ٥٩.

(٤) أحمد سلامة بدر، التحقيق الإداري والمحاكمة التأديبية، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠١٠، ص ١١٨-١١٩.





حدد القانون الليبي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، العقوبات الواجب توقيعها على الموظف المتهم<sup>(١)</sup>، إلا أنه لم يحدد المخالفات التأديبية لكل عقوبة بما في ذلك عقوبة العزل وذلك على خلاف المشرع الجنائي، حيث ترك للسلطة التأديبية تقدير مدى جسامة الفعل المستحق لتوقيع هذه العقوبة، وهذا أيضا ما سارت عليه المحكمة العليا من "... وإن كان سلطة تقدير الجزء المناسب من صلاحيات السلطة التأديبية إلا أن هذه السلطة تخضع لرقابة القضاء من حيث مشروعية الجزء، ومن أسباب عدم المشروعية الغلو في تقدير العقاب والذي يجب على السلطات توقيع عقوبة مناسبة فإذا هي خرجت عن الحد وقررت عقوبة قاسية لذنوب صغيرة فأنما تكون قد خرجت بفعلها هذا من المشروعية إلى عدم المشروعية"<sup>(٢)</sup>. أيضاً ما أكدته في الطعن الإداري رقم ٦٥/١٦ق، من أن "تقدير العقوبة أمر تقديري للسلطة التأديبية يراعي في تقديرها جسامة المخالفة والأثر المترتب عليها... إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة ألا يشوبها استعمال غلو يؤدي إلى عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري، وبين الجزء ومقداره بما يخالف روح القانون والحكمة التي توخاها المشرع من العقاب التأديبي، فيخرج بذلك تقدير العقوبة من ... المشروعية ومن ثم يخضع لرقابة القضاء الإداري."<sup>(٣)</sup>

مما سبق يلاحظ أن القضاء الإداري قد أرسى مبدأ عام تلتزم بمقتضاه جميع السلطات التأديبية بعدم المغالاة في توقيع الجزء التأديبي<sup>(٤)</sup>، حيث أن اشتراط القضاء أن تكون العقوبة مناسبة لجسامة وخطورة الذنب المرتكب، وبما أن عقوبة العزل إحدى العقوبات التأديبية المنصوص عليها قانوناً فإنه ينطبق عليه هذا المبدأ، إذ أنها تعد أشد العقوبات للأثار المترتبة عليها (إنهاء الرابطة الوظيفية للموظف المتهم)، بناء عليه يفترض أن هذه العقوبة لا توقع إلا في المخالفة التأديبية الجسيمة كالمخالفات التأديبية التي تشكل جريمة جنائية وفقاً للقانون الجنائي وقانون الجرائم الاقتصادية والتي تمس شرف المهنة والوظيفة العامة وتكون على درجة من الخطورة في بقاء الموظف في الوظيفة، وقد حددا هذين القانونين الجرائم الجنائية التي يرتكبها الموظف بصفته الرسمية أو الناشئة عن الوظيفة مثل جريمة السرقة والشروع فيها والاختلاس والتزوير والرشوة والنصب والاحتيال وتبديد الأموال، ووفقاً لذلك يفترض من المشرع النص صراحة على هذه الجرائم كسبب لتوقيع هذه العقوبة في قانون الوظيفة العامة، وذلك كما فعل المشرع الأردني الذي اعتبر هذه الجرائم مالية ماسة بشرف المهنة<sup>(٥)</sup>، بالإضافة إلى مخالفات أخرى يمكن أن يتضمنها القانون لعقوبة العزل كإفشاء أسرار المهنة وخيانة الأمانة والشيك بدون رصيد واستغلال الوظيفة كأن يستأجر الموظف عقارات أو منقولات بقصد استغلالهم في الدائرة التي يؤدي بها وظيفته، أو أن يزاول أية أعمال تجارية أو أن تكون له مصلحة في مناقصات أو مزايدات أو مقاولات وعقود مما يتصل بأعمال وظيفته، ذلك هذا النوع من الجرائم فيه مساس بكرامة الوظيفة الذي أوجب قانون علاقات العمل احترامها والابتعاد عن كل ما من شأنه المساس بها، ذلك أن بارتكاب الموظف هذه الجرائم يكون خالف القانون وأهدر الثقة والأمانة الواجب توافرها.

(١) المادة (١٦٠) من القانون الليبي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠.

(٢) المحكمة العليا الليبية، الطعن الإداري رقم ٢١/٦ق، جلسة (١٩٧٥،٠٢،١٣)، مجلة المحكمة العليا، السنة (١١)، العدد (٣)، ص ٢٩.

(٣) المحكمة العليا الليبية، الطعن الإداري رقم ٦٥/١٦ق، جلسة (٢٠١٩،٠٥،٨). منشور على الموقع الإلكتروني:

pdf-٦٥--https://supremecourt.gov.ly/wp-content/uploads/٢٠١٩/٠٨/he-١٦

(٤) محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، المكتبة الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الزاوية، الطبعة السابعة، ٢٠١٩، ص ٤٦١.

(٥) سليمان محمد الطماوي، قضاء الإداري، قضاء التأديب، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، ١٩٨٧، ص ٢٥٤-٢٥٥.



إن هذا الاتجاه (تحديد المخالفات التأديبية صراحة وعلى سبيل الحصر التي تكون سبباً لتوقيع عقوبة العزل) يحنو بمشعر الخدمة المدنية نحو الاقتراب النهج الذي سلكه المشرع الجنائي حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وهذا يعتبر تجاه عادل فيما لو أخذ به المشرع الليبي، ذلك أن هذه العقوبة مثل عقوبة الإعدام أو السجن المؤبد إذ أن أحدهما تحجز فيها حرية الشخص بشكل أبدي وتنتهي حياته بوفاته بالنسبة للإعدام، كذلك العزل تنتهي فيها حياة الموظف كونه إنسان حرم من مصدر رزقه وبقي حبيساً لهذا القرار بشكل مؤبد دون إمكانية العمل في مكان عمل آخر وإن وجدت ستكون ضئيلة جداً بسبب وثائق تعيين الوظيفة منها شهادة الحالة الجنائية المطلوبة للقبول ومباشرة العمل والمتضمنة أن له سوابق جنائية ومن ثم تعسر إعادة التوظيف، إضافة إلى أن جهة الإدارة السابقة لن تقوم بإرجاعه إلى سابق عمله لاتحاد العلة السابقة الجنائية.

### المطلب الثاني: مفهوم الفصل التأديبي وتمييزه عن العزل التأديبي.

نظم المشرع المقارن أحكام عقوبة الفصل التأديبي، وفي هذا الفرع نناقش فيما إذا سلك المشرع الليبي نفس الاتجاه بالنص على عقوبة الفصل كعقوبة مستقلة عن عقوبة العزل التأديبي وما موقف المشرع المقارن، وما هو الاختلاف بين العقوبتين؟، وذلك وفقاً لما يلي:

#### الفرع الأول: المفهوم اللغوي والفقي للفصل التأديبي

يقصد بالفصل لغة فصل فصولاً: فرق، أو الحكم بين الخصمين أي قضى، وفصل الشيء عن غيره أي أبعده والفصل الإبعاد أو الإخراج أو التفريق، أي الحجز بين الشيعين<sup>(١)</sup>.

أما الفقه فقد عرف الفصل بأنه أقصى العقوبات التي تؤدي إلى قطع العلاقة الوظيفية للموظف وإنهاء المركز القانوني له، أي أنه (تنحية الموظف عن الوظيفة التي كان يتقلدها بقرار تأديبي يصدر من الجهة المختصة قانوناً بذلك)<sup>(٢)</sup>، كما عرفه البعض الآخر بأنها (عقوبة تأديبية شديدة الضرر مالياً ووظيفياً على الموظف)<sup>(٣)</sup>، أو أنها (إحدى الأساليب التي تؤدي إلى إنهاء الرابطة الوظيفية إذا ما تم تقريرها)<sup>(٤)</sup>.

يتبين مما سبق أنه أنفق الفقه على أن عقوبة الفصل عقوبة تأديبية تنتهي فيها خدمة الموظف من تاريخ صدور القرار التأديبي، ويمكن تعريفه بأنه عقوبة تأديبية تصدر عن السلطة التأديبية المختصة نتيجة ارتكاب الموظف العام مخالفة تأديبية جسيمة ترتب عليها قطع صلته بالوظيفة مؤقتاً مالم يكن الموظف موقوفاً عن العمل ابتداءً.

(١) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، الجزء الأول والثاني، دار الدعوة، اسطنبول، الطبعة الأولى، ١٩٨٩، ص ٦٩١.

(٢) محمود عمر معتوق، "انتهاء العلاقة الوظيفية بإرادة الإدارة"، المرجع السابق، ص ٢٨.

(٣) إعاد علي القيسي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص ٢٥٦.

(٤) سعيد مقدم، الوظيفة العمومية بين التقدم والتحول، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الطبعة الأولى، ٢٠١٠، ص ٤٣٨.



## الفرع الثاني: المفهوم التشريعي للفصل التأديبي .

لم يضع المشرع الليبي تعريف للفصل التأديبي للموظف العام، أما المشرع العراقي عرفه بأنه (تنحية الموظف عن الوظيفة مدة تحدد بقرار ويتضمن الأسباب التي استوجبت فرض العقوبة عليه)<sup>(١)</sup>، وهذا يقود إلى تساؤل لماذا لم يعرف المشرع الليبي المقصود بالفصل التأديبي؟

إن عدم وضع مفهوم للفصل التأديبي يعود إلى أن المشرع الليبي لم ينص في قوانين الوظيفة العامة الصادرة في ليبيا بما فيها القانون الحالي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، على الفصل التأديبي كعقوبة منفردة ومستقلة في قائمة العقوبات المنصوص عليها، وهو ما يقود إلى التساؤل هل المقصود بعقوبة العزل التأديبي ذاتها الفصل التأديبي في القانون الليبي؟ وهل يختلف موقف المشرع المقارن عن تجاه المشرع الليبي؟

للإجابة على ذلك فإنه يجب معرفة موقف المشرع الليبي بشأن العقوبتين العزل والفصل التأديبي، أي النظر فيما إذا نص على أحكام تمييز كل منهما على الآخر، وهذا ما سنتطرق له في الفقرة التالية.

### الفرع الثالث: التمييز بين عقوبتي العزل والفصل التأديبي وحالاته

لم يدرج القانون الليبي الحالي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، عقوبة الفصل ضمن العقوبات التأديبية، وإنما أكتفى بالنص على عقوبة العزل وأعطى المجلس التأديبي سلطة توقيعها، كما أنه عندما أدرج أسباب انتهاء خدمة الموظف العام لم ينص على عقوبة الفصل بينما نص على عقوبة العزل بقرار تأديبي<sup>(٢)</sup>، ومع ذلك يلاحظ استعمال المشرع مصطلح الفصل من الخدمة بقرار تأديبي عند تحديد شروط شغل الوظيفة إذ نص على "ألا يكون المرشح للوظيفة قد سبق وأن فصل من الخدمة بقرار تأديبي نهائي"<sup>(٣)</sup>، وما يستنتج معه أن المشرع أستخدم المصطلحين للدلالة على معنى واحد (العزل التأديبي) باعتبارها العقوبة المدرجة في قائمة العقوبات أي أن المقصود بعقوبة العزل عقوبة الفصل التأديبي، لأنه إذا لم يكن كذلك لما أحوزه النص صراحة في قائمة العقوبات على عقوبة الفصل بالإضافة إلى عقوبة العزل أو استبدل مصطلح العزل بمصطلح الفصل.

أما المشرع العراقي فقد فرق بين عقوبتي الفصل التأديبي والعزل التأديبي، حيث نص صراحة على مصطلح الفصل وحدد الحالات التي يجوز فيها توقيع عقوبة الفصل التأديبي، إذ منح السلطات التأديبية توقيع عقوبة الفصل مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن ثلاثة سنوات وذلك إذا عوقب الموظف المتهم بأثنين من عقوبات التوبيخ أو انقاص الراتب أو

(١) المادة (٨) الفقرة (٧) من القانون العراقي رقم ٥ لسنة ٢٠٠٨م.

(٢) نصت المادة (١٧٢) من القانون الليبي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، على أنه (بالإضافة إلى الأسباب الواردة بالمادة (٤٢) من هذا القانون تنتهي خدمة الموظف لأحد الأسباب الآتية: ١- العزل بقرار تأديبي. ٢- فقد الجنسية. ٣- الزواج من أجنبية ما لم يكن مأذونا له بذلك من الجهة المختصة قانوناً. ٤- الحصول على تقرير كفاية بدرجة ضعيف مرتين أو بدرجة متوسط ثلاث مرات خلال مدة خدمته. ٥- إنهاء مدة الإحالة تحت التصرف دون العودة إلى العمل. ٦- طلب التقاعد الاختياري متى بلغت خدمته عشرين سنة). أما المادة (٤٢) فقد حددت حالات إنهاء العلاقة اللائحة في الآتي (١- بلوغ السن المقررة قانوناً لانتهاء الخدمة. ٢- عدم اللياقة البدنية. ٣- الاستقالة. ٤- الحكم عليه بعقوبة جنائية أو إحدى الجنايات أو الجنح المخلة بالشرف أو الأمانة أو الأمن، على أنه إذا كان الحكم مع وقف تنفيذ العقوبة فلا يترتب عليه انتهاء خدمة العامل أو الموظف، وذلك مع عدم الإخلال بالمسؤولية التأديبية عند الاقتضاء. ٥- الوفاة).

(٣) المادة (١٢٨) الفقرة (٥) من القانون الليبي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م.



تخفيض الدرجة، أو إذا عوقب بإحدى هذه العقوبات لمرتين، أو إذا ارتكب الموظف مخالفة تأديبية أخرى تستوجب توقيع عقوبة التوبيخ أو انقاص الراتب أو تخفيض الدرجة وقد اشترط أن تكون ارتكاب هذه المخالفة خلال خمسة سنوات من تاريخ إصدار القرار التأديبي بالجزاء الأول بإحدى العقوبات المذكورة<sup>(١)</sup>، كذلك إذا حكم على الموظف بالحبس أو السجن لارتكابه جريمة غير محملة بالشرف على أن تحسب مدة الوقف من ضمن مدة الفصل<sup>(٢)</sup>، أما عقوبة العزل من الوظيفة أفقد حدد الأسباب التي تستوجب توقيعها وذلك في الحالات التالية:

(أ)- إذا ثبت ارتكابه فعلاً خطأ يجعل بقاءه في خدمة الدولة مضرراً بالمصلحة العامة.

ب- إذا حكم عليه في جنائية ناشئة عن وظيفته أو ارتكبتها بصفة رسمية.

ج- إذا عوقب بالفصل ثم أعيد توظيفه وارتكب فعلاً يستوجب الفصل مرة أخرى<sup>(٣)</sup>.

كما سبق يلاحظ وضع المشرع العراقي أحكام صريحة تبين كيفية توقيع عقوبة الفصل تميزها عن عقوبة العزل، حيث جعل السبب الرئيسي لإنزال عقوبة الفصل في حالة الحكم على الموظف بالحبس أو السجن عن جريمة غير محملة بشرف المهنة، أيضاً توقيع عقوبة الفصل كتشديد للعقوبات السابقة التي ارتكبت ابتداءً والمحددة أعلاه، بالإضافة إلى تكرار توقيعها على الموظف المتهم خلال مدة محددة خمس سنوات من تاريخ ارتكاب المخالفة الأولى، وفي هذا يبدو المشرع العراقي واضحاً وعماداً، ذلك أن تكرار ارتكاب المخالفات خلال مدة قريبة يدل على النزعة الإجرامية تغلغلت نفس الموظف، علاوة على ذلك يعد قرينة على إهمال الموظف وعدم الحرص على أداء الواجب الوظيفي بدقة وأمانة، الأمر الذي يحتم ضرورة رده حتى لا يعود لارتكاب ذات الفعل مستقبلاً، وكذلك يكون عظة وعبرة لغيره من الموظفين، إضافة إلى أنه يمثل الوسيلة الفعالة للحفاظ وضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد والمثابرة على تقديم الخدمات بشكل مستمر.

أيضاً فرق المشرع الأردني بين عقوبتي الفصل والعزل التأديبي وقد استخدم مصطلح الاستغناء عن الخدمة للدلالة على الفصل وتميزه عن العزل التأديبي، حيث جاءت المادة (١٧١) من القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٢٠م، تحت اسم الاستغناء عن الخدمة والذي حدد فيها الحالات المستوجبة توقيع عقوبة الفصل، بينما جاءت المادة (١٧٢) تحت عنوان العزل من الوظيفة التي أوضح بموجبها حالات توقيع عقوبة العزل، وبالعودة إلى المادة (١٧١) يتبين نصت على أن يتم الاستغناء عن الموظف بقرار من المرجع المختص بتعيين مثليه في الدرجة والراتب إذا وقعت عليه عقوبات ثلاثة مختلفة التأديبية المنصوص عليها في البنود (٣) (٤) (٥) (٦) من الفقرة (أ) من المادة (١٤٢) ووفقاً لهذه البنود الواردة تتمثل العقوبات في:

(١)- الحسم من الراتب الأساسي بما لا يزيد عن سبعة أيام في الشهر.

٢- حجب الزيادة السنوية لمدة سنة.

(١) المادة (٨) البند (أ) من الفقرة (٧) من القانون العراقي رقم ٥ لسنة ٢٠٠٨م.

(٢) المادة (٨) البند (ب) من الفقرة (٧)، المرجع السابق ذكره.

(٣) المادة (٨) الفقرة (٨)، المرجع السابق ذكره.



٣- حجب الزيادة السنوية لمدة سنتين.

٤- حجب الزيادة السنوية لمدة خمس سنوات.

كما سبق يبدو أن المشرع الأردني قريب من المشرع العراقي في التمييز بين عقوبتي الفصل والعزل التأديبي، ويلاحظ أن اعتمد المشرع الأردني في توقيع عقوبة الفصل على أن يكون الموظف قد سبق وأن عوقب بإحدى العقوبات الذي حددت قانوناً على سبيل الحصر إلا أنه لم يشترط تكرار العقوبة أكثر من مرة كما فعل المشرع العراقي.

نستنتج مما سبق لم يفرق القانون الليبي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م بين عقوبتي الفصل التأديبي والعزل التأديبي، حيث استخدم مصطلح العزل من الخدمة للدلالة على الفصل، ولم ينص صراحة على عقوبة الفصل كعقوبة تأديبية منفصلة عن عقوبة العزل أو يشترط لها أحكام تميزها عن عقوبة العزل، كما أنه لم يشر حتى على الحالات التي يمكن أن يستفاد منها بشكل ضمني أن المشرع اتجه نحو توقيع هذه العقوبة مثل أن ينص يفصل الموظف من الخدمة في حالة ارتكابه جنحة غير مخللة بالشرف، وأنه يبدو إزاء ذلك اتجاه المشرع الليبي نحو استخدام عقوبة العزل من الخدمة والفصل التأديبي بمفهوم واحد والغاية واحدة إبعاد الموظف نهائياً عن مزاولة الوظيفة.

يبدو اتجاه المشرع الليبي بالدمج بين عقوبتي العزل والفصل التأديبي غير صائب، وما ناشد المشرع به تعديل النص القانوني بأن ينص صراحة على عقوبة الفصل كعقوبة مستقلة عن عقوبة العزل، أيضاً يفرد لها أحكام وإجراءات تبين كيفية وحالات توقيعها بحيث ينشئ قاعدة تستند عليها السلطات التأديبية عند إصدار القرار التأديبي، ويمكن للمشرع الليبي السير على النهج الذي سلكه المشرع العراقي بأن يشترط توقيع عقوبة الفصل إذا ما عوقب الموظف بأثنين من عقوبات الإنذار أو اللوم أو الخصم من الراتب أو خفض الدرجة أو الحرمان من الترقية أو إذا عوقب بإحدى هذه العقوبات لمرتين، أو في حالة ارتكاب الموظف مخالفة تأديبية أخرى تستوجب توقيع عقوبة الإنذار أو الخصم من الراتب أو تخفيض الدرجة أو الحرمان من الترقية أو الحرمان من العلاوة السنوية على أن تكون ارتكاب هذه المخالفة خلال خمسة سنوات من تاريخ إصدار القرار التأديبي الأول، أيضاً يشترط توقيع عقوبة الفصل للحكم بالإدانة الحبس أو السجن عن جريمة غير مخللة بالشرف مع تحديد المدة<sup>(١)</sup>، ببيان الحد الأدنى والأقصى لمدة العقوبة.

يبدو الاتجاه السابق عادل فيما لو انتهجه المشرع، ذلك عدم تحديد مدة الحبس أو السجن قد يؤدي إلى توقيع عقوبة الفصل لعقوبة قصيرة المدة، كالحبس لمدة الحبس شهر أو مخالفة بسيطة وهذا ما قد يترتب عليه ضرر للموظف العام المتهم، لذلك يبدو من الأهمية تحديد مدة الحبس والسجن التي بموجبها يحق للسلطات التأديبية إنزال عقوبة الفصل مع اتباع الإجراءات التأديبية التي تشكل ضماناً تأديبية.

أيضاً نهي المشرع إلى تحديد نوع المخالفات التأديبية المستوجبة قرار الفصل التأديبي مثل المخالفات التأديبية التي تعد جرائم جنائية ولا تمس شرف المهنة كالإهمال في أداء الواجب الوظيفي أو الجمع بين وظيفته وبين أي عمل آخر

(١) المادة (٨) البند (أ) من الفقرة (٧) من القانون العراقي رقم ٥ لسنة ٢٠٠٨م.



إذا كان من شأن ذلك الإضرار بأداء واجبات الوظيفة أو إهمال تطبيق القوانين واللوائح بشكل متكرر أو عدم تخصيص ساعات العمل للعمل بتكرار أو التغيب عن العمل بتكرار ودون عذر مقبول، ويمكن للمشرع الليبي بشكل أوسع الاستعانة بالواجبات والمحظورات المنصوص عليها في القانون والذي تعتبر درجة من الجسامه بحيث ينص عليها ويحدد عقوبتها بالفصل التأديبي.

كذلك يمكن للمشرع الليبي أن يحدد اتجاه النهج مسلك المشرع الأردني، وذلك بأن يحدد الحد الأدنى والأقصى لمدة عقوبة الفصل بحيث لا تقل عن ثلاثة ولا تزيد عن خمسة سنوات، وأن يحدد الحالات التي توجب توقيعها، بحيث تكون إذا وقعت على الموظف ثلاثة مختلفة التأديبية المنصوص عليها في البنود (ب) (ج) (د) (هـ) (و) من الفقرة (٢) من المادة (١٦٠) من القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، بالنسبة للموظفين الذين يشغلون وظائف الدرجة العاشرة فأقل، ووفقاً لهذه البنود الواردة تتمثل العقوبات في:

(ب- اللوم.

ج- الخصم من المرتب بما لا يجاوز الستين يوماً في السنة.

د- الحرمان من العلاوة السنوية لمدة سنة.

هـ- الحرمان من الترقية مدة لا تزيد عن سنة ولا تزيد عن ثلاث سنوات.

و- خفض الدرجة.)

كذلك يكون ذات النص بالنسبة للموظفين الذين يشغلون وظائف الدرجة العليا بحيث توقع عقوبة الفصل إذا وقعت على الموظف ثلاثة عقوبات التأديبية مختلفة من العقوبات المنصوص عليها في البنود (ب) (ج) (د) (هـ) من الفقرة (١) من المادة (١٦٠)، وفقاً لهذه البنود الواردة تتمثل العقوبات في:

(ب- الخصم من المرتب بما لا يجاوز التسعين يوماً في السنة.

ج- الحرمان من العلاوة السنوية لمدة سنة.

د- الحرمان من الترقية مدة لا تزيد عن سنة ولا تزيد عن ثلاث سنوات.

هـ- خفض الدرجة.)

إن هذا التحديد يمثل ضماناً للموظف المتهم من عدم إساءة السلطات التأديبية وإيقاع الضرر به، إذ أنه يقيد السلطة التأديبية بالالتزام بما هو منصوص عليه قانوناً بحيث لا يقع الجزاء إلا في حالة وقوع المخالفة وفقاً للشكل المحدد قانوناً<sup>(١)</sup>، كما أن هذا الحصر يمنح الجهة الإدارية مكنة تصحيح الخطأ الصادر عنها بسحب قرارها<sup>(٢)</sup>، لذلك يبدو من

(١) محمد باهي يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ١٠٦.



الأهمية تحديد أسباب توقيع عقوبة الفصل وذلك كما فعل المشرعين الأردني والعراقي، إذ أن كلا القانونين أوضح أحكام وآثار لكل من العقوبتين تختلف عن الأخرى وتؤثر على الجانب النفسي والمادي للموظف العام.

والسؤال الذي يطرح ماذا لو أن الموظف ارتكب مخالفة تمس شرف المهنة كتقديمه مستندات ووثائق مزورة لشغل الوظيفة كشهادة دراسية إلا أنه قبل إدانته من السلطة التأديبية المختصة أحيل إلى محكمة الجنايات التي أصدرت الحكم بسجنه، في هذه الحالة هل يجب على جهة الإدارة إصدار قرار بعزل الموظف أم لها سلطة تقديرية في ذلك؟

أجاب القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، بأنه "تنتهي خدمة العامل أو الموظف لأحد الأسباب الآتية- ٤...- الحكم عليه بعقوبة جنائية أو في إحدى الجنايات أو الجنح مخلة بالشرف أو الأمانة أو الأمن، على أنه إذا كان الحكم مع وقف تنفيذ العقوبة فإنه يترتب عليه انتهاء خدمة العامل أو الموظف، وذلك مع عدم الإخلال بمسؤولية الموظف عند الاقتضاء." (١).

يتبين من النص السابق أنه المشرع لم ينص صراحة على أن الحكم بجناية مخلة بالشرف يؤدي إلى عزل الموظف تأديبياً وإنما يؤدي إلى إنهاء العلاقة الوظيفية، ومع ذلك تعتبر عقوبة العزل التأديبي عقوبة تبعية تلحق الموظف المحكوم عليه جنائياً بحكم القانون دون حاجة إلى إصدار قرار إداري (٢)، وعليه يصيب العزل الموظف حتى وإن لم يصدر قرار عن المجلس التأديبي المختص به، باستثناء الحالة التي يكون فيها الحكم بالإدانة مشمول بوقف التنفيذ، فإنه لا يؤثر الحكم الجنائي على العزل التأديبي، أي لا تنتهي العلاقة الوظيفية بين الموظف والوظيفة (٣)، وإنما يكون تقدير توقيع عقوبة العزل للمجلس التأديبي من خلال الوقائع والأدلة التي تؤيد قيام المخالفة من عدمها، وهذا تطبيق لمبدأ استقلال المخالفة التأديبية عن الجريمة الجنائية، يبدو هذا أمر سليم، بسبب الإدانة بحكم جنائي تفقد الموظف وظيفته لإخلاله بإحدى الواجبات المنصوص عليها قانوناً وهي الحفاظ على شرف المهنة والأمانة والالتزام بأخلاقيتها، كما يلاحظ رغم أن جعل المشرع الجريمة المخلة بالشرف والأمانة إحدى الأسباب لانتهاء خدمة الموظف إلا أنه لم يضع معيار للشرف والأمانة وإنما ترك تقديره للسلطات التأديبية، أما الفقه فقد ذهب بالقول أن المعيار في هذه الجرائم يتمثل في ضعف أخلاق الموظف وانحراف في طبيعه مع ترك التقدير للسلطة التأديبية في تحديدها وفقاً لتطور المجتمع (٤).

أيضاً يلاحظ عدم الدقة في صياغة المادة (٤٠) المذكورة اعلاه، حيث بينت أثر الحكم الجنائي بالإدانة بتنفيذ العقوبة أو الحكم بالإدانة المشمول بوقف النفاذ على المسؤولية التأديبية كونه يؤدي إلى انتهاء خدمة العامل أو الموظف إلا أنها لم تذكر أثر الحكم الجنائي بالبراءة على المسؤولية التأديبية للموظف العام، ويرى الباحث في هذا أنه قد يقول البعض

(١) السناري، محمد عبدالعال، حمدي أبو النور السيد، قضاء التأديب، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦-٢٠٠٧، ص ٥٤٥.

(٢) المادة (٤٠) من القانون الليبي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م.

(٣) إبراهيم المنجي، إلغاء الجزاء التأديبي، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ٧٧-٧٨. عبد المنعم خليفة، المسؤولية التأديبية في الوظيفة العامة، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ٢٦٤-٢٦٥. محمد ماجد ياقوت، شرح القانون التأديبي، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص ٤٢٧-٤٣٠.

(٤) محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص ٦١٣.

(٥) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٢٥٢-٥٥٣.





أنه طالما الحكم بوقف النفاذ لا يترتب عليه إيقاف المسؤولية التأديبية للموظف المتهم فمن باب أولى لا يكون هذا الأثر بالنسبة للمسؤولية للموظف المحكوم ببراءته جنائياً، ولكن قد لا يجد هذا التفسير قبولاً بحجة أن النصوص القانونية لا تختمل القياس بل يجب الخضوع فيها لإرادة المشرع، وهذا ما أوضحته المحكمة الإدارية العليا المصرية من أن "إذا ورد النص عاماً دون تخصيص، مطلقاً دون تقييد، كان مؤداه يطبق كافة على سبيل الشمول والاستغراق إلى كل الأفراد الذين ضمنه ذلك العام لا يخصص إلا بدليل ولا يقيد المطلق إلا بقرينة لها لا يسوغ إسباغ لها معنى آخر على النصوص التشريعية.." (١)، لذلك كان على المشرع تكملة الفقرة السابقة (٤) من المادة (٤٠) بالنص على (ولا تحول براءة الموظف أو الإفراج عليه من المحكمة المختصة جنائياً دون مساءلته تأديبياً)، وذلك كما فعل المشرع العراقي الذي نص صراحة على أن الحكم جنائياً ببراءة الموظف المتهم لا يؤدي إلى براءة الموظف تأديبياً حيث يجوز معاقبته بإحدى العقوبات المنصوص عليها قانوناً (٢).

### الخاتمة

هدف البحث إلى دراسة إحدى العقوبات التأديبية تحديداً ( مفهوم العزل التأديبي وتمييزه عن مفهوم الفصل التأديبي)، إذ تبين أن هناك أن هناك قصور في تنظيم الأحكام بشأن مفهوم وحالات عقوبة العزل التأديبي، ونظراً للقصور الذي تبينه البحث في التشريع الليبي الأمر الذي تتطلب الاستعانة بقانون مقارن للاستفادة منه في إمكانية نقل ما يناسب من أحكام إلى القانون الليبي، وقد اختار الباحث القانونين الأردني والعراقي لما يمثلان من أحكام متطورة في مجال التأديب، والتي يمكن الاستفادة منهما في تطوير أحكام القانون الليبي، وقد خلصت إلى جملة من التوصيات والتي في الاعتقاد أنه لو تم الأخذ بما ستؤثر في خلق أحكام متطورة في مجال التأديب في القانون الليبي.

### أولاً: النتائج

١- لم يعالج المشرع الليبي عقوبة العزل التأديبي بوضع أحكام ضمن نصوصه تنظم عقوبة العزل التأديبي بشكل تفصيلي، إذ أن أحكامه وردت في القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، وقد جاءت في مواد محدودة جداً، وهذا ما لا يتناسب مع درجة جسامة آثار هذه العقوبة كونها تؤدي إلى القطع النهائي للعلاقة الوظيفية بين الموظف العام المتهم والجهة الإدارية.

٢- انتهت الدراسة إلى أنه لم يعرف القانون الليبي مفهوم عقوبة العزل التأديبي، وفي هذا يبدو أن القانون العراقي أكثر عدلاً كونه حدد صراحة مفهوم عقوبة العزل.

٣- لم ينظم القانون الحالات التي تستوجب توقيع عقوبة العزل بأحكام واضحة وتفصيلية، ويعد هذا قصور في القانون كونه قد صدر بعد تجربة طويلة بما يحتم أن يشتمل مواد تتلاءم والتطور الإداري في مجال التأديب، وفي هذا القانون ٣

(١) المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم ٣٤/٩٤، جلسة (١٩٩٤، ٦، ٢٠) مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا من أول ١٩٩٣ حتى آخر سبتمبر ١٩٩٤، الجزء السادس، ص ٣٠٢.

(٢) المادة (٢٣) من القانون العراقي رقم ٥ لسنة ٢٠٠٨م، نصت على أنه "لا تحول براءة الموظف أو الإفراج عنه عن الفعل المحال للمحكمة المختصة دون فرض إحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون..".



لسنة ١٩٨٥م بشأن قواعد تطهير الأجهزة الإدارية، أبعاد النظر للعدل كونه حدد بعض الحالات التي تنتهي بها خدمة الموظف العام وتجسدت في المحظورات التي يجب على الموظف العام عدم القيام بها أثناء أداء الوظيفة، كما استنتجت أن القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٥م، جمع بين السوابق السياسية بحكم قضائي والمخالفات التأديبية كسبب لإنهاء خدمة الموظف.

٤- أيضاً انتهت إلى أن القانون المقارن أكثر عدالة من القانون الليبي كونه أقرب من القانون الجنائي في بيان حالات توقيع هذه العقوبة، حيث نص كلاً من القانون الأردني والعراقي صراحة على المخالفات التأديبية بسبب الوظيفة أو أثناء الوظيفة والمستوجبة توقيع عقوبة العزل التأديبي.

٥- توصل البحث إلى أن القانون الليبي لم ينظم مفهوم وحالات عقوبة الفصل كعقوبة تأديبية منفصلة عن عقوبة العزل التأديبي أي أنه لم يفرق بين عقوبتي العزل والفصل التأديبي إذ جسدهما في عقوبة واحدة وطبق عليهما ذات الأحكام والقواعد وقد اعتبر هذه العقوبة نهائية ودائمة لعدم تقييدها بمدة محددة، وفي هذا يبدو القانون العراقي والأردني أكثر عدلاً كونهما فصلاً بين العقوبتين وأقرباً من القانون الجنائي في تحديد الحالات المستوجبة لتوقيع عقوبة الفصل بشكل مستقل عن حالات عقوبة العزل.

٦- انتهت الدراسة إلى أن القانون الليبي شرع عقوبة العزل التأديبي كعقوبة تبعية تلحق الموظف المحكوم عليه بحكم جنائياً بقوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار إداري باستثناء الحكم الجنائي بالإدانة مع وقف تنفيذ العقوبة، إلا أنه لم يبين صراحة ولا ضمناً أثر الحكم الجنائي بالبراءة على المسؤولية التأديبية للموظف المتهم.

#### ٧- ثانياً: التوصيات

١- توصي الدراسة المشرع الليبي أن يفصل عقوبة الفصل التأديبي عن العزل التأديبي، وذلك بأن ينص صراحة على عقوبة الفصل كعقوبة مستقلة في القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، وذلك كما فعل المشرعين الأردني والعراقي، كذلك نوصي المشرع أن يحدد لكل منهما مفهوم يختلف عن الآخر، وذلك كما فعل المشرع العراقي.

٢- يوصي الباحث المشرع الليبي أن يقيّد عقوبة العزل التأديبي بحالات محددة تكون سبباً لتوقيع هذه العقوبة، وأن يحدد حصراً أسباب توقيع عقوبة الفصل باعتبارها عقوبة منفصلة عن العزل وذلك كما فعل المشرعين العراقي والأردني، كما أنه أعطت الدراسة أمثلة يمكن للمشرع أن يستهدي بها كأن يجعل سبب توقيعها إذا وقعت على الموظفين سواء الدرجات العليا أو موظفي الدرجة العاشرة فأقل ثلاثة عقوبات تأديبية مختلفة من العقوبات المنصوص عليها في المادة (٦٠) من القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، أيضاً إذا حكم على الموظف بالحبس أو السجن لارتكابه جريمة غير مخلة بالشرف وذلك اهتداء بما سار عليه المشرع العراقي، على أن يحدد مدة السجن المستوجب لتوقيع عقوبة العزل.

٣- يوصي البحث المشرع الليبي تكملة الفقرة (٤) من المادة (٤٠) من القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، بالنص صراحة على مساءلة الموظف تأديبياً إذا حكم ببراءته جنائياً، وذلك كما فعل المشرع العراقي الذي لم يرتب على الحكم ببراءة الموظف المتهم جنائياً براءته تأديبياً.



## قائمة المراجع:

### أولاً: الكتب العامة

- ١- الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، الجزء الحادي عشر، دار صادر بيروت، ١٩٩٧.
- ٢- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، الجزء الأول والثاني، دار الدعوة، اسطنبول، الطبعة الأولى، ١٩٨٩.

### ثانياً: الكتب القانونية

- ١- أحمد سلامة بدر، التحقيق الإداري والمحكمة التأديبية، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠١٠.
- ٢- إبراهيم المنجي، إلغاء الجزاء التأديبي، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥.
- ٣- إعاد علي القيسي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.
- ٤- السناري، محمد عبدالعال، حمدي أبو النور السيد، قضاء التأديب، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦-٢٠٠٧.
- ٥- الدقباني، خالد الدقباني، فوزي فرحات، القانون الإداري العام، الكتاب الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، طرابلس، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.
- ٦- خليفة سالم الجهسي، المسؤولية التأديبية للموظف العام عن المخالفة المالية في القانون الليبي، دراسة مقارنة، منشورات جامعة قارون، بنغازي، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م.
- ٧- سعيد مقدم، الوظيفة العمومية بين التقدم والتحول، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.
- ٨- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التأديب، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، ١٩٨٧.
- ٩- عبد الفتاح عبد البر، الأحكام ذات المبادئ في التأديب والتعليقات عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٩.
- ١٠- عبد المنعم خليفة، المسؤولية التأديبية في الوظيفة العامة، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.
- ١١- علي خطار شنتاوي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣.
- ١٢- غاري فيصل مهدي، شرح أحكام قانون انضباط موظفي الدولة، المكتبة المركزية، بغداد، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.
- ١٣- محمد باهي يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.
- ١٤- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥.
- ١٥- محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القضاء الإداري، المكتبة الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الزاوية، الطبعة السادسة، ٢٠١٩.
- ١٦- محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، المكتبة الجامعة، الزاوية، الطبعة السادسة، ٢٠١٠.
- ١٧- محمد فؤاد مهنا، سياسة الوظائف العامة وتطبيقاً، دار المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٦٧.
- ١٨- محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦.
- ١٩- محمد ماجد ياقوت، شرح القانون التأديبي، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦.
- ٢٠- محمد ياقوت، التحقيق في المخالفات التأديبية، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢.
- ٢١- مصطفى عبد الحميد دلاف، شرح أحكام قانون الأمن والشرطة في القانون الليبي، منشورات أكاديمية العلوم الأمنية، طرابلس، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.
- ٢٢- وحيد إبراهيم، حجية الحكم الجنائي في الدعوى التأديبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.

### ثالثاً: البحوث العلمية

- ١- إسماعيل احفيظة إبراهيم، "أحكام العقوبة التأديبية في الوظيفة العامة"، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد (٦)، يونيو ٢٠١٥.
- ٢- محمد زهير جرانة، "عزل الموظف في النظام الإداري العراقي"، مجلة القضاء، السنة (٣)، العددان (١) (٢)، ١٩٣٦.

٣- محمود عمر معنوق، "انتهاء العلاقة الوظيفية بإرادة الإدارة"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد (١٩) العدد (١)، ٢٠١٩.



رابعاً: المجموعات التشريعية والقضائية:

١- الجريدة الرسمية.

٢- مجلة المحكمة العليا.

٣- مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، السنة ٢٠٠٦.

خامساً: القوانين واللوائح والمواقع الالكترونية:

١- المحكمة العليا الليبية، الطعن الإداري رقم ٦٥/١٦ق، جلسة (٢٠١٩,٠٥,٨). منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://supremecourt.gov.ly/wp-content/uploads/2019/08/he-16--65-.pdf>

تاريخ ٦,١٦,٢٠٢٣ الساعة ٧:١٠ صباحاً

٢- القانون العراقي رقم ٥ لسنة ٢٠٠٨م بشأن انضباط موظفي الدولة والقطاع العام. منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://www.customs.mof.gov.iq/index.php/ar/node/85>

تاريخ ٦,٥,٢٠٢٣ الساعة ٧:١٠ مساءً

٣- القانون الأردني رقم ٩ لسنة ٢٠٢٠م بشأن الخدمة المدنية وتعديلاته. منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://moe.gov.jo/node/٨٣٨١٣>

تاريخ ١,١٩,٢٠٢٣ الساعة ٧:١٠ مساءً

٤- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م، بتاريخ (١٩٦٩,١٠,١). منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/٢٠٧٠٦.html>

تاريخ ١,٢٢,٢٠٢٣ الساعة ٩:١٠ مساءً

٥- المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم ٣٤/٩٤ق، جلسة (١٩٩٤,٠٦,٢٠) مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا من أول ١٩٩٣ حتى آخر

سبتمبر ١٩٩٤، الجزء السادس.



## فكرة العقوبات التبعية والتكميلية في الميزان

The idea of consequential and complementary sanctions is in the balance

أ. محمود سالم الغالي

محاضر بكلية القانون / جامعة طرابلس

### ملخص:

يدور السؤال الرئيس للبحث حول قيمة العقوبات التبعية والتكميلية، ومبررات تبنيها، بما يحمله هذا التساؤل من أهمية كبرى، وتتأتى الإجابة عنه من خلال الكشف عن أسس هذه العقوبات، وما بُنيت عليه، والرجوع إلى فلسفة العقوبة - عموماً - كمعيار لتقييم هذه الأسس. ومن خلال هذا البحث أجبنا عن كثير من التساؤلات التي يثيرها السؤال الرئيس له، وانطلقنا إلى تقييم هذه العقوبات تقييماً مجملًا، ثم تفصيليًا، وانتهينا إلى جملة من النتائج، تتلخص في رفض هذه العقوبات، وذلك بعد تسلسل منطقي للمبررات والأسباب الموجبة لهذا الرفض.

الكلمات المفتاحية: العقوبات التبعية، العقوبة التكميلية، نفعية العقوبة، عدالة العقوبة، محمود الغالي

### Abstract:

This paper assesses secondary penalties in relation to their value and importance in achievement of the punishment functions. It focuses, on the one hand, on the purposes of accessory and complementary penalties and, on the other hand, evaluating the need for the secondary penalties by examining whether they are useful and fair. The paper, thereby, arguing that whether secondary penalties are closely related to principal punishments and whether they are useful and justiciful compared to the principal sanctions.

Key words: Expediency of punishment, fairness of punishment, accessory and complementary penalties.

## مقدمة:

العقوبة - كما نعلم - هي رد فعل اجتماعي ضد مرتكب الجريمة، الذي أعرب عن عصابه لإرادة المشرع، بأن أتى سلوكًا يحظره النص الجنائي، أو امتنع عن واجب يفرضه عليه، ولا يتصور - بطبيعة الحال - أن يُوقَّع عقابٌ على من لم يخرق النص، وإلا كان هذا العقاب ظلمًا، ومن غير المنطقي - كذلك - أن يتم النص على جريمة دون أن يُنصَّ على عقاب يُوقَّع على إتيانها، والعقاب لا بد أن يكون منضبطًا في حدود تحقيق غايته، يراعى فيه ألا ينتهك القيم التي ناضلت البشرية لحمايتها والدفاع عنها. ودراسة العقوبات التبعية والتكميلية - لوزنها وتقييمها - لها ما يبررها، وهو العودة إلى أسسها المنطقية والفلسفية، ومحاولة فهم المنطق الذي بُنيت عليه، وهو ما يضيفي على هذا البحث - كما نأمل - أهمية وقيمة، كما أن التركيز على فكرتها - في المقام الأول - يعود إلى سبب رئيس، وهو أنه عندما عدنا إلى القوانين المقارنة لنرى تنظيمها لهذه العقوبات، خلصنا إلى أنها لا تتفق على نسق واحد في تناولها، بل إنها لا تتفق حتى في وصفها على نحو منضبط وثابت، فما يُعد عقوبات تبعية في بعض القوانين يحسب من التكميلية في قوانين أخرى، والعكس صحيح، بل إن القانون الواحد قد يحوي عقوبات تعد تارة تبعية، وتارة أخرى تكميلية، وأيضًا قد تعد تديرًا وقائيًا، وهناك من يضعها جميعًا تحت مسمى واحد وهو العقوبات الإضافية، ناهيك عن التفاوت والاختلاف في المضمون والتفاصيل، وهذا ما جعلنا نوقن بأننا لسنا أمام موضوع ثابت ومحدد، وإنما أمام فكرة يتغير محتواها ويتشكل بحسب نظرة التشريع المنظم لها، وهذا ما حدا بنا إلى اختيار هذا العنوان: (فكرة العقوبات التبعية والتكميلية في الميزان)، وما لا شك فيه أن الفقه الحديث بحاجة ماسة إلى إعادة التفكير بعمق في كل فكرة وموضوع مهما يكن راسخًا، رغم ما يمنحه لنا الثبات من راحة، إلا أننا لا نتعلم إلا بالشك.

أما إشكالية البحث فيمكننا - كما جرت العادة - أن نعبر عنها بالتساؤلات الآتية:

ما مبرر وجود العقوبات التبعية والتكميلية؟ وبعبارة أدق: ما مبرر فكرة اللجوء إلى عقاب تبعية أو تكميلية يُضاف إلى العقاب الأصلي؟ وهل فلسفة العقوبة - في العموم - وعدالتها، وكل ما يتصل بأساس وجودها ومنطقه ينطبق على هذه العقوبات؟، والإجابة عن هذه التساؤلات، وغيرها مما قد تتفرع عنها، تستلزم - بالضرورة - البحث في خلفيات هذه العقوبات وتفصيلها، وتقليب وجوه الرأي بشأنها، وهذا ما يوجب الاستعانة بالمنهج التحليلي والنقدي، كما أننا سنبحث في هذه العقوبات بصرف النظر عن مكان ورودها، وهذا ما يوجب الاستعانة بالمنهج المقارن، إلا أننا سنولي قانون العقوبات الليبي أهمية خاصة.

وسنعمل على تنفيذ هذا البحث؛ وفق الخطة الآتية:



المطلب الأول

فلسفة العقوبة

الفرع الأول

الأساس النفعي للعقوبة

الفرع الثاني

عدالة العقوبة

المطلب الثاني

تقييم فكرة العقوبات التبعية والتكميلية

الفرع الأول

تقييم فكرة العقوبات التبعية

الفرع الثاني

تقييم فكرة العقوبات التكميلية

ولكن قبل ذلك، لا بد أن نوضح مفهوم هذه العقوبات من خلال تمهيد نتناول فيه مفهوم العقوبات التبعية (أولاً)، ثم مفهوم العقوبات التكميلية (ثانياً)، وذلك لأهمية هذا التوضيح، ودوره في اكتمال الفائدة المرجوة من هذا البحث، وذلك على النحو الآتي :





## تمهيد

### مفهوم العقوبات التبعية والتكميلية

درج الفقه عند دراسة العقوبات على تصنيفها وفقاً لمعايير عدة، من بينها تصنيف العقوبات بحسب كفايتها، ويأتي تحت هذا التصنيف العقوبات التبعية والتكميلية لكونها لا تكفي بذاتها ولا بد أن تضاف إلى عقوبات أصلية، وهذه العقوبات موجودة في كل القوانين الجنائية مع اختلاف مساحتها عمومًا، وتنوع في تفاصيلها، وفي مدى ثباتها تحت تصنيف العقوبة أصلاً!، وسنحاول إلقاء الضوء - وبتكيز - على مفهوم هذه العقوبات التي حرصت القوانين العقابية على تبنيها:

### أولاً/ مفهوم العقوبات التبعية:

وفقاً لما نصت عليه المادة (١٨) من قانون العقوبات الليبي، فإن العقوبات التبعية هي تلك التي تتبع الإدانة بحكم القانون، ولا داعي للنطق بها؛ إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون، وفي مختلف القوانين العقابية نجد أن هذه العقوبات لم ترد على نحو منظم ومنضبط، فمنها ما وُضعت في هذه الخانة، في حين أنه ينبغي وضعها في خانة العقوبات التكميلية، ذلك أنه لا بد من النطق بها، كما هو الحال في عقوبة نشر الحكم بالإدانة، كما أن قانون العقوبات المصري - على سبيل المثال - نظم هذه العقوبات في المادة (٢٤) منه، إلا أنها لم تُحط بكل هذه العقوبات، فهناك عقوبات أخرى، منها ما تم النص عليه في مواضع متفرقة في قانون العقوبات، ومنها ما نصت عليه القوانين الخاصة<sup>(١)</sup>.

وفي قانون العقوبات الأردني لم يتم النص على هذه العقوبات، إذ يرى الفقه الأردني بأن التدابير الوقائية وتنظيمها بإحكام يغني عن تبني العقوبات التبعية، وعدد من هذه التدابير الواردة في هذا القانون وضعت في قوانين أخرى في مصاف العقوبات التبعية<sup>(٢)</sup>.

وفي قانون العقوبات المغربي وردت هذه العقوبات تحت مسمى العقوبات الإضافية وهي سبعة، وذلك في الفصول (٣٦ - ٤٨) مدمج فيها ما هو تبعي، وما هو تكميلي، بحسب القوانين الأخرى، كما أن بعضها كان مزدوجاً يمكن تصنيفه أصلياً في بعض الفروض، وإضافياً في فروض أخرى.

أما في قانون العقوبات الليبي، فقد وردت هذه العقوبات في المادة (١٧ - ٢)، وهي الحرمان من الحقوق المدنية، والحرمان من مزاولة المهنة أو الأعمال الفنية، وفقدان الأهلية القانونية، ونشر الحكم بالإدانة، وهو ما تم تنظيمه في قانون العقوبات المصري، في المادة (٢٤) وهي الحرمان من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة (٢٥)، والعزل من الوظائف الأميرية، ووضع المحكوم عليه تحت مراقبة البوليس، والمصادرة.

<sup>١</sup> - انظر، علي عبدالقادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الكتاب الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، بلا طبعة، ١٩٩٧م، ص ٣١٢ -

٣١٣.

<sup>٢</sup> - انظر، محمد مطلق عساف، المصادرات والعقوبات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عط ند الأكو ن الطبعة ٢٠٠٠، ص ٩١.



والقاسم المشترك بين كل هذه العقوبات، وفي مختلف القوانين الجنائية أنها عقوبات ثانوية تهدف إلى دعم العقوبة الأصلية.

### ثانياً/ مفهوم العقوبات التكميلية:

وهي العقوبات التي لا تتبع العقوبة الأصلية بقوة القانون، إذ يتعين النطق بها من قبل القاضي، إما على سبيل الجواز، ذلك أن القاضي مخير بين الحكم وعدم الحكم بها، وإما على سبيل الوجوب، وهي التي ينبغي على القاضي أن ينطق بها مع العقوبة الأصلية، وفي القانون الليبي تم النص عليها بشكل متناثر ومتفرق في قانون العقوبات وبعض القوانين الجنائية المكمل له، ومن أهمها الغرامات والمصادرة، وبعض القوانين المقارنة تنص على العزل من الوظيفة العامة كعقوبة تكميلية، ومراقبة البوليس، والتي يمكن تصنيفها تارة بالعقوبة التبعية، وتارة بالتكميلية، كما تُعد - أيضاً - تديراً وقائياً، وفي قانون العقوبات الجزائري لم يُنص إلا على العقوبات التكميلية، حيث تم إلغاء المواد ٦، ٧، ٨ التي كانت تنص على العقوبات التبعية، وأدمجت كلها في العقوبات التكميلية في المادة التاسعة.

ولوضع هذه العقوبات وفكرتها في الميزان، لا بد أن نعود إلى الأسس والمقدمات التي بنيت عليها العقوبات - عموماً - فرؤية الأشياء على حقيقتها، ومن ثمّ تقييمها تستلزم العودة إلى فلسفتها وأساسها المنطقي وعلّة وجودها، لنتمكن من وزنها وتحديد مواطن الخلل التي اكتنفتها، ولذلك سنبدأ هذا البحث بتحديد فلسفة العقوبة، وما ينبغي أن تكون عليه لتؤدي أغراضها، وتحقق غاياتها (المطلب الأول)، ثم ننتقل لتقييم فكرة العقوبات التبعية والتكميلية وتفصيلها بناءً على ما تم تحديده من أسس ومعايير في المطلب الأول؛ لنرى مدى انسجامها واستجابتها لهذه الأسس والمعايير، ومن ثمّ نستطيع الحكم عليها، وتقييمها (المطلب الثاني)، وفيما يأتي تفصيل ذلك:

### المطلب الأول فلسفة العقوبة:

#### تمهيد وتقسيم:

العقوبة ليست عبئاً، كما أنها ليست ظلماً، فقد انتهى زمن الانتقام بمختلف صورته وأنماطه، ومرّت العقوبة بتطورات تاريخية عدة، من حيث محاولة فهم أساس وجودها وتبريرها، حتى وصلت إلى ما هي عليه اليوم، ومهما تطورت العقوبات تبقى أسسها راسخة وكاشفة باستمرار عن خصائصها، وفلسفتها وغايتها، وما ينبغي أن تكون عليه، وهي أسس يمكن قراءتها من زوايا عدة، منطقياً وفلسفيّاً وحتى نفسياً، فحيث ما ذهبنا داخل العقوبة كفكرة سنجد ذات الجوهر والمضمون الذي لا يُجاد عنه، فهي جزاء نافع؛ لأنه يحقق الردع بنوعيه العام والخاص، كما أنها جزاء عادل ومنضبط يتناسب مع شخصية مرتكب الجريمة وظروفه ولا يتعدها؛ لأنه محكوم بغاية دقيقة لو أزعناها جانباً ستصبح العقوبة محض أذى، إذاً فالعقوبة لها أساس وجوه نفعي وهذا ما يبرر وجودها (الفرع الأول)، كما أن النفع بمفرده دون أي ضوابط يؤدي إلى الخرافة عما ينبغي أن تكون عليه، فلا بد أن تكون العقوبة عادلة، والعدل قيمة تجتمع فيها معاني عدة تعطي للعقوبة قوة وجودها، وتعزز وظيفتها (الفرع الثاني)، وسنعرض هذه الأسس بشيءٍ من التفصيل:



## الفرع الأول: الأساس النفعي للعقوبة.

وفقاً للمنطق العام<sup>(١)</sup>؛ فإن البحث عن طرق الانتقال الفكري يعرفنا أيها يوصل إلى الحقيقة، وأيها يوصل إلى الخطأ، ومن يتأمل فكرة العقاب سيصل منطقياً إلى كون العقاب نافعا؛ لأنه يحقق الردع، أو أنه رادع؛ لأنه يحقق النفع، لا فرق<sup>(٢)</sup>، وهذا ما أكده العلماء والفلاسفة القدامى، فهذا مؤسس المدرسة التقليدية الأولى (شيزار دي بكاريا) يقول إنَّ هدف العقوبة هو منع المجرم من تكرار جرمته، ومنع غيره من تقليده؛ أي الحيلولة دون وقوع جرائم جديدة مستقبلاً، وهذا ما يعبر عنه بالردع بنوعيه (العام والخاص)<sup>(٣)</sup>، وكذلك بنتام وفون فويرباخ اللذان يتفقان على فكرة النفع المتحقق من خلال الردع، فالإنسان - كما يرى بنتام - أناني بطبعه، يسعى نحو أكبر قدر من اللذة، وتجنُّب الألم قدر الإمكان، ولذا فهو يوازن دائماً بين اللذة التي ستعود عليه من وراء ارتكاب الجريمة، والألم الذي قد يصبه من ورائها، ويرجح في النهاية كفة اللذة على الألم، ومن ثم، فإن الإنسان الحر الذي يمتلك إرادة تسمح له بالموازنة بين اللذة والألم، يجب أن يفوق ألم العقوبة بالنسبة إليه المنفعة المتوقعة إحرارها إذا ما اقتترف الجريمة، وهذا ما يؤدي إلى ارتداعه وامتناعه عن ارتكابها<sup>(٤)</sup>، ويلتقي بنتام هنا مع العالم النمساوي سيجموند فرويد، والذي غاص في أغوار النفس البشرية محلياً إياها بغرض فهم ما يصدر عنها من سلوكيات، ووضع لنا نظرية التحليل النفسي، والتي مازالت تعد من الأسس الراسخة في فهم النفس البشرية وتعليل تصرفاتها الشاذة والمخالفة للقيم، ففرويد يرى أن النفس البشرية مقسمة إلى ثلاثة مناطق: الذات السفلى والأنا، والذات العليا، ووظيفة الأنا هي الموازنة بين الذات العليا والسفلى، فالذات العليا تحوي القيم والمثل والأخلاق والدين، والسفلى هي مخزن الشهوات والغرائز والرغبات الفطرية، كما أن الذات السفلى تسعى إلى تحقيق إشباعها من هذه الغرائز وبلوغ المتعة دون أدنى مراعاة لأية قيمة، كما أنها ترفض الوقوع في الألم وتتجنبه<sup>(٥)</sup>، ومن هنا، فإن بناء الذات السفلى وتصميمها النفسي كونه بناءً يسعى لجلب المتعة والهرب من الألم، يجعل التهديد بالعقاب من خلال النص القانوني - والذي بإمكاننا حسابه إحدى القيم المضافة لمنظومة القيم الراسخة في الذات العليا - يؤدي دوره في تحقيق نفع المجتمع ومصالحته، فالتهديد بالعقاب يعني التهديد بالألم المتمثل في المساس بالحرية أو الحقوق عمومًا، والذي قد يصل إلى سلب اسمي هذه الحقوق (الحياة)، ولذلك فإن الأنا هنا تملك آلية دفاع قوية، وهي مواجهة هذه الذات وتذكيرها بالمصير المحتمل، وبالخسارة التي ستلحق بها؛ إذ إنَّ ألم العقوبة سيكون متجاوزاً للنفع الذي تسعى إليه من وراء ارتكاب الجريمة، وهذا ما قد يجعل الأنا تفلح في كبح جماح الذات السفلى والسيطرة عليها، وفي هذا السياق، يؤكد فون فوير باخ أن الردع لا بد أن ينصب على

١- فالمنطق نوعين، صورياً وعائلاً، الأول يهتم بالشكل والثاني يهتم بالموضوع والمادة، وللمزيد حول هذا الموضوع، انظر: حسين عدليل، بحث عن المنطق، مقال منشور

بتاريخ ٢٠١٩/٢/١٣ على الموقع الإلكتروني: <http://mawdoo3.com>

٢- انظر: احمد معمر الرازي، تأملات في فلسفة العقوبة، بحث منشور في مجلة القانون، جامعة طرابلس، العدد الرابع، ٢٠١٩م، ص ١٦.

٣- انظر: محمد صبحي نجم، أصول علم الإجرام وعلم العقاب، دراسة تحليلية وصفية موجزة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ١٠٣ - ١٠٤.

٤- انظر: محمد رمضان بارة، مبادئ علم العقاب، مكتبة الوحدة، طرابلس، ليبيا، الطبعة الأولى، ٢٠٢٠م، ص ١٥٤ - ١٥٥.

٥- للمزيد حول هذا الموضوع، انظر: أكرم نشأت إبراهيم، علم النفس الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى - الإصدار الرابع، ٢٠٠٩م، ص ٩٤ وما بعدها.



الجانب النفسي للإنسان؛ لأن اللذة هي الدافع النفسي لارتكاب الجريمة، ومن ثمَّ، فإن وظيفة العقوبة هي خلق بواعث مضادة للبواعث الإجرامية تتوازن معها، أو تُرَجِّح عليها فتصرف الفرد عن الإجماع<sup>(١)</sup>.

وتحقيق النفع يعد - في الواقع - هدفاً للجزاء الجنائي عمومًا، فحتى المدرسة الوضعية - التي حيدت حرية الاختيار جانبًا، ونادت بحتمية الجريمة، ومن ثمَّ بضرورة العلاج والإصلاح من خلال الإخضاع للتدابير الوقائية (لمن يُرجى صلاحه وشفاءؤه)، أو الاستئصال لمن هو ميؤوس منه، وتأسيس كل ذلك على فكرة الخطورة الإجرامية - تهدف إلى أن يحقق الجزاء الجنائي الذي تنادي به غايته في توقي خطر المجرمين، وهذا يعد نفعًا - بلا شك -، وكذلك الحال بالنسبة للمدرسة التوفيقية، وأيضًا مدرسة الدفاع الاجتماعي، فكل المدارس الجنائية بمختلف مقدماتها ومنطلقاتها تشترك في كون الهدف هو تحقيق نفع المجتمع، إمَّا بالإيلاء، وإمَّا بالإصلاح والعلاج، المهم هو تحقيق الحماية، ودرء الخطر، والحد من الإجماع.

إدًا فالعقاب يهدف إلى إيقاع الألم بمرتكب الجريمة، وهذا هو جوهره، ولكنه إيلاءٌ مشروعٌ؛ لأنه مرتبط بتحقيق مصلحة عامة، ونفع اجتماعي يتمثل في مكافحة الجريمة، والحد منها من خلال الردع، وهو ألم فوري ومباشر؛ لأنه يضع المجرم في بادئ الأمر في مكانة أدنى منزلة عن سائر الأفراد، ويترب على ذلك إحساسه بالمهانة لوضاعة شأنه في المجتمع<sup>(٢)</sup>، إلا أن مآلات هذا الألم تبرره، وهي تحقيق المصلحة العامة، وهذا ما أكده العز بن عبدالسلام الملقب بسُلطان العلماء حينما قال "ربما كانت أسباب المصالح مفسد فيؤمر بها أو تباح لا لكونها مفسد، بل لكونها مؤدية إلى المصالح، وكذلك التعزيرات كلها مفسد، وأوجبها الشرع لتحصيل ما رتب عليها من المصالح الحقيقية، وتسميتها بالمصالح من قبيل المجاز بتسميته السبب بالمسبب<sup>(٣)</sup>"، والمفاسد هنا - كما هو واضح - هي العقوبات، وقد وُصفت بكونها مفسد لما تؤدي إليه ظاهريًا من أذى وألم بمن تُوقَّع عليه، إلا أنها مبررة؛ لأنها تحقق مصلحة عامة أولى بالرعاية، ومن ثمَّ فإن الشريعة الإسلامية كذلك لم تخرج عن هذا التأصيل والتأسيس للعقاب، وهو التأسيس النفعي من خلال الردع الحاصل من الألم أو العذاب كما وُصف في آيات الذكر الحكيم في أكثر من موضع، حيث يقول جلَّ وعلا: "الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين"<sup>(٤)</sup>، وأيضًا قوله تعالى: "ويسئلونك عن ذي القرنين قل سأتلوا عليكم منه ذكراً (٨٣) إننا مكنا له في الأرض وءاتيناه من كل شيء سبباً (٨٤) فأتبع سبباً (٨٥) حتى إذا بلغ مغرب الشمس وجدها تغرب من عين حمئة ووجد عندها قوماً قلنا يا ذا القرنين إمَّا أن تعذب وإمَّا أن تتخذ فيهم حسناً (٨٦) قال أمَّا من ظلم نفسه فسوف نعذبه ثمَّ يردُّ إلى ربه فيُعذِّبه عذاباً نكراً (٨٧)"<sup>(٥)</sup>، إدًا فالعقاب له دائماً طبيعة واحدة أينما درسناه، وله فلسفة ثابتة يفرضها المنطق، وتوجيهها العلة من وراء إيقاعه، وقد يؤدي العقاب إلى صلاح المجرم، وإن كان هذا الهدف الأخير لا يدخل ضمن وظائفه، ولا شأن له به بحسب الأصل، إلا أنه قد يتحقق دون قصد وهذا إن حدث فهو - بلا شك - أفضل الحلول: إلا أن هذا التفكير النفعي ينبغي أن يكون

<sup>١</sup> - انظر: محمد رمضان بارة، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٤ - ١٥٥.

<sup>٢</sup> - انظر: فكري أحمد عكاز، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، ١٩٧١م، ص ٢٠.

<sup>٣</sup> - مشار إليه لدى محمد الرازقي، مرجع سبق ذكره.

<sup>٤</sup> - سورة النور، الآية (٢).

<sup>٥</sup> - سورة الكهف.



منضبطاً ومقيداً، وإلا أدى إلى التعسف والجور تحت غطاء الحماية، وبدافع تحقيق النفع، فلا بد أن تكون العقوبة عادلة، فلن ينتفع المجتمع، ولن تتحقق مصلحته؛ إذا عدنا إلى مرحلة الجور والتعسف، ولكن كيف تكون العقوبة عادلة؟، هذا هو محور النقاش في الفرع الثاني.

### الفرع الثاني: عدالة العقوبة.

في الواقع هناك ارتباط منطقي بين العدالة والنفع، فإذا قلنا - بناءً على ما سبق - إنَّ النفع من وراء فرض العقوبة يتمثل في الوقاية من الإجرام، فإن تجاوز العقوبة لقدرها الضروري سيؤثر سلباً على وظيفتها الرادعة، فإحدى قواعد تحديد مقياس العقوبة النافعة هو الاقتصاد، وذلك لأن العقوبة لا يمكن أن تجاوز في الشدة ما هو ضروري لتحقيق الوقاية<sup>(١)</sup>، وهذه الشدة - بطبيعة الحال - يملكها القاضي بين حدي العقاب، ويملكها قبل ذلك المشرع من خلال اختيار ما يناسب جسامته الجرمية من الناحية الموضوعية، ومن هنا؛ فإن تحديد العقاب من قبل المشرع يفترض فيه - منطقيًا - أنه تحديد مناسب، ويؤدي بهذا العقاب لتحقيق وظيفته، وأن ما هو أشد من ذلك لا يعدو كونه افتتاناً ومحض أذى.

والعدالة لم تكن ضمن خلفيات تأسيس العقاب عندما ظهرت المدرسة التقليدية القديمة، أو بمعنى أدق كانت عدالة مادية بين الجريمة والعقوبة، لا تتجاوز النصوص، ودون مراعاة لشخص مرتكبها، في حين أن العدالة الحقة والمفصلية تنطلق من التناسب بين العقوبة والإرادة الآتمة لمرتكب الجريمة، فظروف ارتكاب الجريمة، ودوافعها، وكل ملاسباتها وما يحيط بها من تفاصيل تتصل بشخص مرتكبها - وهي تختلف بطبيعة الحال من واقعة لأخرى - هي الفيصل في تقدير العقاب المناسب والعدل، وقد أدخلت العدالة بهذا المعنى كإحدى أهداف العقاب بظهور المدرسة التقليدية الحديثة - كما نعلم جميعاً - وكان ذلك تأثيراً بأفكار الفيلسوف الألماني "إيمانويل كانت" وإن كانت أفكاره حول العدالة متطرفة وغير واقعية، كونه نادى بالعدالة المطلقة، وهي - بالطبع - من المستحيلات، ولكن اهتمامه بالعدالة وبالفلسفة الأخلاقية عمومًا هو ما وجه الأنظار إلى ضرورة إحاطة العقوبة بهذا الضابط، فلا بد أن تكون نافعة وعادلة، كما أن "هيغل" بأفكاره حول العدالة أثر تأثيراً كبيراً في ضرورة احترام هذه القيمة وعدم الافتئات على الحقوق، فهو يرى أنَّ الجريمة تنفي العدالة، والعقوبة تنفي هذا النفي، ومن ثمَّ؛ فإن العقوبة تعيد العدالة، وذلك لأن نفي النفي إثبات<sup>(٢)</sup>، إذاً ينبغي أن تكون العقوبة متعادلة، فالقسوة أو الظلم فيه مفسدة كبرى؛ لأنه يهدر المصلحتين معاً (مصلحة الفرد والمجتمع)، فالعقوبة لكي تكون أفعال في الردع، يجب أن يأتي الشخص الخاضع للعقوبة، أو من فرضت عليه، من الجرم والإثم ما يجعله مستحقاً لهذا العقاب، أما العقاب الزائد عن حاجة الإرادة أو الروح الآتمة إلى الردع، فهو عبث لا يلي الهدف من العقاب، فالقسوة تجعل النفوس تقسو أكثر، فتأتي العقوبة بنقيض المقصود منها<sup>(٣)</sup>.

٢

<sup>١</sup> - انظر: موسى الشتيوي النابض أحد، مبدأ التفريد العقابي في القانون الجنائي الليبي والمقارن، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا، ٢٠١١م، ص ٢٢٣.

<sup>١</sup> - انظر: إسحاق إبراهيم منصور، موجز في علم الإجرام والعقاب، ديوان المطبوعات الجامعية . بن عكنون . الجزائر . الطبعة الثانية، ١٩٩١م، ص ١٣٦ - ١٣٧.

<sup>٢</sup> - انظر: محمد معمر الرازي، بحث في القانون الجنائي الليبي والمقارن، منشورات جامعة المرقب، الخمس، ليبيا، بلا طبعة، ٢٠٠٩م، ص ١٥٠.



ولتوضيح أهمية أن تكون العقوبة عادلة، يمكننا توظيف فكرة العقد الاجتماعي (روسو) ، فالأفراد تنازلوا عن مبدأ استيفاء الحق بالذات - الذي كان راسخًا وضارًا بجذوره في عمق التاريخ، وكان عنوانًا للعدالة بمقاييس الزمن الغابر، وكان مرضيًا للذوات السفلى ومشبعًا لها - لصالح الدولة في مقابل تعهداتها باستيفاء الحقوق والتأثر ممن يعتدي على غيره وباسم الجماعة، فأصبحت الدولة هي صاحبة الحق في الانتقام ممن يرتكب الجريمة انتقامًا شرعيًا يستند إلى نصوص القانون التي تحدد ما هو متاح وما هو محظور، ومن ثم؛ فإن الدولة عليها أن تفي بهذا الالتزام، وإلا عُذَّ ذلك خرقًا لما بينها وبين الأفراد من عقد، إلا أن وفاءها بهذا الالتزام ينبغي أن يتقيد بحدود وضوابط تتلخص في عدالة هذا التأثر، وموضوعيته، وتناسبه مع إثم المجرم، وإلا فلن يكون هناك فارق بينها وبين الفرد الذي يطلق العنان لشهوة انتقامه ولذته، ولا شك أن كل تجاوز لما هو لازم وضروري من العقاب سيكون جليًا لدى المحكوم عليه ولدى الجميع بقياس منطقي يدركه كل صاحب عقل، مما يولد في النفس شعورًا بالظلم والتعسف، ويضرب بعرض الحائط أي ردع مرتقب، فالردع في جوهره هو الكف عن المضي في طريق الجريمة، وهو شعور ينبع من عدالة العقاب أولًا، فشعور المحكوم عليه بأن ما تعرض له هو ما يستحقه فعليًا يولد في داخله - تلقائيًا - الشعور بجدوى الاستقامة مستقبلًا والابتعاد عن طريق الإجرام، طالما أن تعرضه للعقاب هو رد فعل لما أقدم عليه، وليس ذلك فحسب، بل إنه رد فعل يخضع لقانون الحركة في الميكانيكا التقليدية فهو مساوٍ للفعل في المقدار ومضادٌ له في الاتجاه، وعدالة العقوبة لا تتطلب أكثر من التناسب بين العقوبة وشخصية مرتكب الجريمة التي تعكس مستوى معينًا من إثم الإرادة، يستعين القاضي في تقديره بالضوابط التشريعية والمعايير المنصوص عليها في القوانين العقابية، وهو تفريد يتعدى إطار الدعوى ليصل إلى مرحلة التنفيذ العقابي، إلا أن العقاب لا يستهدف ما هو أبعد من ذلك وهو ضمان إصلاح المحكوم عليه، وتطهيره، وصورته نافعًا لمجتمعه، فما يهيم قانون العقوبات - منطقيًا - هو فقط أن يكف الفرد أذاه عن المجتمع، وأن يمتنع عن خرق نصوص القانون وإتيان السلوكيات المعدة جرائمًا؛ بحسب هذه النصوص، فتلك ذروة أهداف القانون الجنائي، ولكن هذا لا يعني - بطبيعة الحال - أن صلاح الفرد، وتطهيره، وصورته عضوًا نافعًا في مجتمعه هو هدف ينبغي تجنبه، و من ثم قطع الطريق أمام بلوغه!!، فهذا - أيضًا - مما لا يمكن - منطقيًا - قبوله، أو تصوره، فلو تحقق هذا الصلاح والتطهير فهو وضع مثالي لا يمكن بأي حال من الأحوال رفضه، أو الاستياء من تحققه، إلا أن تحققه ليس هدفًا مقصودًا، فهو يرهق السلطة العامة، ويكلفها فوق طاقتها، فليس من شأن القانون الجنائي أن يصل بالأفراد إلى الكمال، وإنما هو محض قانون حمائي يدافع عن القيم والمقدسات الاجتماعية، وإن كان هناك من يرى أنَّ العقاب ينبغي أن يضطلع - أيضًا - بوظيفة الإصلاح، وهذا ما نادى به كذلك بعض الفلاسفة قديمًا من خلال النظريات التي اصطلح على تسميتها بالنظريات المستقبلية كنظرية الإصلاح الأخلاقي، ونظرية الحفظ الاجتماعية، وقد تزعم هذه النظريات العالم الإيطالي (كارارا)، وكذلك (فوستان هيلي)، و(أودولف فرانك)<sup>(١)</sup>، إلا أننا نرى أن الإصلاح هدف بعيد لا شأن للعقوبة ببلوغه، ولا من مقاصدها إصابته، وإن حدث وتحقق فهذا لا يؤدي بنا للقول بأن للعقاب وظيفة أخرى غير الردع، ولا يمكننا إدخاله ضمن وظائفه، فهذا لا ينسجم أصلًا مع فلسفة القانون برمتها، والتي تعد فلسفة العقوبة تفرغًا عنها؛ فالقانون ينظم العلاقات ويحمي الحقوق والمصالح؛ للحفاظ على الاستقرار الاجتماعي، ولا شأن له بما هو أبعد من ذلك، فحتى الإصلاح المرتبط بوظيفة التدابير الوقائية لا يتخطى حدود زوال الخطورة الإجرامية،

١- للمزيد حول هذه النظريات، انظر: عبدالرحيم صدقي، فلسفة القانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بلا طبعة، بلا سنة نشر، ص ٨٩ وما بعدها



وتماثل الجرم للشفاء، وعودته للطبيعة المعتادة، وهو مفهوم مرتبط بوظيفة النص وطبيعة الجزاء، أما ما هو أبعد من ذلك مما يدخل ضمن المفاهيم الأخلاقية والدينية فهو يخرج عن دائرته واهتماماته.

وبعد هذا العرض للأسس النظرية والتأصيل النظري لفكرة العقوبة، وفلسفتها، والمنطق الذي يحكمها، سنعمل على تقييم فكرة العقوبات التبعية والتكميلية انطلاقاً من هذه الأسس، وهذه الفلسفة، وهذا المنطق؛ لأنه من المفترض ألا تخرج هذه العقوبات عن هذه الأسس، وهذا التأصيل النظري لفكرة العقوبة عمومًا، فإن كان للعقوبة جوهر ومنطق محدد؛ فينبغي أن يسري على كل تقسيماتها - إذا كان لهذا التقسيم مقتضى - وهذا ما سيتم بحثه في المطلب الثاني من هذا البحث.

## المطلب الثاني: تقييم فكرة العقوبات التبعية والتكميلية.

### تمهيد وتقسيم:

بعد أن عرضنا أساس العقوبة فلسفيًا، وعرضنا منطق بناء العقاب، وما ينبغي أن يكون عليه، سنجري تقييمًا ووزنًا للعقوبات التبعية، لنرى هل تتفق في مضمونها وأساس ومنطق وجودها وأغراضها مع ما سبق عرضه من تأسيس للعقوبة عمومًا، وهذا سؤال منطقي ومشروع، إذ إن هذه العقوبات لا بد أن تخضع لما تخضع له العقوبة عمومًا، بصرف النظر عن مسماها، فهي - أولاً وأخيراً - مجرد عقاب، فلا بد أن تتسم بسماته، وتؤدي وظيفته (الفرع الأول)، ثم ننتقل بعد ذلك إلى إجراء التقييم ذاته للعقوبات التكميلية، وصولاً للغرض ذاته (الفرع الثاني)، وفيما يأتي تفصيل ذلك:

### الفرع الأول: تقييم فكرة العقوبات التبعية.

عرفنا مما سبق أن فكرة هذه العقوبات تكمن في كونها تدور مع العقوبة الأصلية وجودًا وعدمًا دون تدخل قضائي، وهي تهدف إلى دعم العقوبة الأصلية، ولوضع هذه الفكرة بكل تفاصيلها المرتبطة بهذه العقوبات في الميزان، فإننا سنقيّمها على مستويين، أحدهما عام، نورد من خلاله تقييمًا عامًا لفكرة هذه العقوبات، وما تتصف به إجمالاً (أولاً)، ثم ننتقل إلى التقييم التفصيلي لفحوى هذه العقوبات، وذلك في إطار مقارن؛ لأننا، وكما سبق أن أشرنا، لا نقيّم هذه العقوبات في إطار قانوني محدد، وإنما في إطار واسع مقارن، فالأمر يتعلق بالفكرة، كما أن لهذه المقارنة فائدة جمّة - في اعتقادنا - لنشير إليها الآن، فهي ستعلن عن نفسها بنفسها (ثانيًا)، وذلك على النحو الآتي:

### أولاً: التقييم العام للعقوبات التبعية.

يمكننا أن نجمل الملاحظات حول هذه العقوبات - بوجه عام - في الآتي:

١- إن فكرة هذه العقوبات وعلّة وجودها تتمثل في دعم العقوبة الأصلية، وهنا لا بد أن نتساءل عن سبب هذا الدعم ومنطقه؟، فهل تعجز العقوبات الأصلية بكل درجات شدتها، والتي تناسب مختلف الجرائم مهما اشتدت جسامتها، عن مواجهة الإرادة الأثمة لمرتكب الجريمة وردعه؟، هل هناك شك في افتقارها لمقومات الردع؛ رغم تنوعها في الجساماة وتقديرها من قبل المشرع ابتداءً؛ لتكون مناسبة لأخطر أنواع الجرائم؟. هناك من يرى أن الحكمة التشريعية لهذه العقوبات تكمن في





استكمال الأثر العقابي الناتج عن العقوبة الأصلية، ومن ثمّ تفعيل قدرة الردع العام والخاص للعقوبة؛ وذلك لأن العقوبات الأصلية قد لا تحقق الردع<sup>(١)</sup>، وهذا المبرر يخلق في ذهن من يقرأه استغراباً وتعجباً من المنطق الذي يقوم عليه، فالعقوبة ينبغي ابتداءً أن تكون مفرّدة تشريعياً لتناسب ما تواجهه من جرائم، ومن ثمّ، فإن تحقيق العقوبة للردع كهدف جوهرى لها، وأساس لوجودها يراعيه المشرع ابتداءً باختياره عقاباً يحقق هذا الهدف بتناسبه مع الجريمة، وبما يفسح مجالاً للقاضي - أيضاً - بأن يفردها حسب شخصية مرتكب الجريمة، وهذا هو الأهم، إذاً فكيف نقول هكذا - وبكل سهولة - أن العقاب قد لا يردع، وأن هذه العقوبات التبعية ستؤدي إلى حل هذه المشكلة؟!، ويزداد الاستغراب والتعجب إذا ما لاحظنا أن هذه العقوبات تتبع معظم العقوبات الأصلية، لهذا الحد فشل المشرع في مهمة اختيار العقاب المناسب ابتداءً والكافي لتحقيق هدفه من ردع وزجر في حدود ما هو عادل ومشروع!.

في الحقيقة نحن بحاجة إلى التمعن أكثر في فكرة العقوبة التابعة والداعمة، فهي فكرة متصورة ومنطقية في نطاق محدود وضيق جداً، وذلك فيما يتعلق بعدم قبول الشهادة في جريمة القذف<sup>(٢)</sup>، فهذا الجدل يؤلف مع عدم قبول الشهادة عقوبة واحدة في الواقع من حيث ما يجمع بينهما من ارتباط وتكامل، وإن انفصلا بحكم اختلافهما الظاهر، إذ إنّ القاذف سؤلت له نفسه أن يُدبّس أعراض الناس بلسانه، ومن ثمّ فقد بلغ أقصى درجات الكذب والزيف في القول، وهو ما يستتبع ضمناً عدم الاطمئنان لما يقوله مستقبلاً، فهذا لا غضاضة في قبول هذه العقوبة؛ لأنها تنطلق مع أساس متحد مع منطق وأساس العقاب الأصلي، ويؤدي معه الغرض، فالأمر يتعلق بجزاء تبعية ينصب على موضوع الجريمة (الكذب والافتراء)، وكأن العقاب مجزأ على نصفين: الألم البدني بسبب افتراء هذا اللسان، ثم تحييد هذا اللسان، وعدم الركون لما يرويه مستقبلاً، ومن هنا فإنه يمكننا الاحتكام إلى معيار التكامل والوحدة بين العقوبة التبعية والأصلية، لنقيّم كل هذه العقوبات التبعية ونحكم على مدى مشروعيتها من خلاله.

٢- العقوبة التبعية لا يحتاج القاضي إلى النطق بها، فهي تتبع العقوبة الأصلية بقوة القانون، ومن ثمّ فإن مبدأ قضائية العقوبة لا يشملها، ونحن لسنا ممن يميل إلى الإفراط في التخصيص وقبول الاستثناءات، ومبدأ القضاية لا تنحصر أهميته ومكانته - حسب اعتقادنا - في كونه دليلاً على شرعية العقوبة، وأنها نتاج حكم قضائي صادر عن محكمة مختصة ينفي ما هو مفترض في الإنسان (البراءة)، وإنما هو آلية من آليات الردع العام، فالحكم لا بد أن يصدر علانية، وفي كل الحالات دون استثناء، وهذه العلانية لها دور في إرضاء الشعور العام بالعدالة، وكذلك في تحقيق الردع العام عندما يخرق الحكم آذان الحضور، ويريهم مآل من يعتدي على أمن الجماعة، ومن هنا؛ فإن تأسيس العقوبات التبعية على فكرة دعم العقوبات الأصلية؛ لتحقيق الردع الكامل، يقتضي اتخاذ ما يلزم لتحقيق هذا الردع، وعلى النحو المتبع نفسه في توخي الردع بالعقوبة الأصلية، بل إن المنطق يجعل هذا الحرص على تحقيق الردع أدعى فيما يتعلق بالعقوبة التبعية، طالما أنها بُنيت على فكرة الاستدراك والتتمة لغرض العقوبة الأصلية، ثم إنّ للأحكام القضائية دوراً - وإن كان غير مباشر - في نشر

<sup>١</sup> انظر: حسون عبيد هيجج، حسن خنجر عجيل، شخصية العقوبات الفرعية (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بابل - كلية التربية للعلوم الإنسانية، ص

١١٨، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://search.mandumah.com/Record/635845>

<sup>٢</sup> المادة (٤) من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٤م بشأن إقامة حد القذف.



القانون وبيان محتواه، فمعظم العامة يعرفون العقوبات من خلال ما يسمونه من أحكام قضائية سواء حضروا النطق بها، أو تداولت بين الناس وذاع خبر القضاء بها، ولا شك أن هناك صلة بين الردع والعلم بفحوى النص العقابي، فإذا كان العلم (المفترض) بالقانون في نطاق العقاب الأصلي، والمدعم مباشرة بالنص، وبشكل غير مباشر بالحكم القضائي، يشكل إحدى الإشكاليات الكبرى التي مازال الفقه يدرسها، وي طرح ما تؤدي إليه من مساوئ وظلم واقعي، فإن الأمر أشد وطأة إذا ما فُقدت إحدى آليات هذا الدعم (الحكم القضائي)، والجدير بالإشارة هنا - ما دنا نتحدث عن الحكم القضائي - إن إحدى هذه العقوبات التبعية هي نشر الحكم بالإدانة، وقد تبناها القانون الليبي، إلا أنها حقيقة تعد عقوبة تكميلية، إذ إنَّ النطق بها لازم<sup>(١)</sup>.

٣- إن هذه العقوبات لا تخضع للتفريد العقابي، فلا يمكن - بوجه عام - إعمال القاضي لسلطته التقديرية بشأنها وتخفيفها؛ إلا في نطاق محدد<sup>(٢)</sup>، وذلك عندما يقوم باستبدال عقوبة السجن بالحبس إعمالاً لسلطته التقديرية، فهنا لا مجال لتوقيع عقوبة الحرمان من الحقوق المدنية، إذ إنها تتبع عقوبة السجن، كما أن عقوبة الوضع تحت المراقبة التي أخذ بها قانون العقوبات المصري في المادة (٢٨) كعقوبة تبعية، يمكن إعمال السلطة التقديرية للقاضي بشأنها وتخفيفها أو الإعفاء منها، وخارج هذه الدائرة الضيقة جداً والمحددة، لا يمكن تجزئة هذه العقوبات أو التخفيف منها، وهذا الأمر يثير تساؤلاً مهماً: أو ليس التفريد يعني اختيار الجزاء المناسب حسب ما أراد القانون، ووفقاً للمعايير التي وضعها لتكون العقوبة عادلة؟، فكيف تطبق العدالة على العقوبة الأصلية بتفريدها، وتترك العقوبة التبعية كما هي؟!، أو ليس من المفترض أن يترجم اختيار القاضي للجزاء المناسب على أنه قدّر أن هذا الجزاء هو ما يستحقه الجاني من عقاب، وأن ما هو أزيد من ذلك هو شرٌّ لا داعي له؟!، ومن ثمَّ فهو ظلم!، فكيف لا نتخلص من هذا الظلم - أيضاً - في العقاب التبعية، طالما أنه يقوم على استدراك العقاب الأصلي ودعمه، وليس ذلك فحسب، بل إن القاضي عندما يقدر أن العقاب يستوجب التخفيف طبقاً لسلطته التقديرية الممنوحة له قانوناً، فقد يرى ويقدر أن العقاب التبعية برمته لا مبرر لوجوده، إلا أنه لا يملك أن يغير في هذه العقوبات شيئاً.

### ثانياً: التقييم التفصيلي للعقوبات التبعية.

عند التمعن في أهم هذه العقوبات وأشهرها نجد الكثير مما ينبغي تسجيله عليها، فهي تصطدم في جوانب كثيرة مع التأصيل الفلسفي والمنطقي للعقوبة، ويمكننا رصد ذلك على النحو الآتي:

<sup>١</sup> - انظر: محمد رمضان بارة، مرجع سبق ذكره، ص ٧١.

<sup>٢</sup> - وهذا ما أكدته المحكمة العليا في حكمها الصادر في جلسة ١٩٥٥/١١/٢٨، ع ٢٠ ع ٣، ص ٣١١، مشار إليه لدى محمد رمضان بارة، شرح قانون العقوبات الليبي القسم العام الجزء الثاني، مكتبة الوحدة، طرابلس، ليبيا، الطبعة الثانية، ٢٠٢١م، ص ١١٤.

## ١- عقوبة الحرمان من الحقوق المدنية والمزايا:

يكون الحرمان دائماً عند الحكم بعقوبي السجن المؤبد والسجن لمدة عشر سنوات فأكثر من يوم صدور الحكم نهائياً، ويكون مؤقتاً بحيث يساوي مدة تنفيذ العقوبة، ومدة بعد ذلك لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات في حال الحكم بالسجن لمدة ثلاث سنوات أو أكثر<sup>(١)</sup>.

وأول ما يُثار في الذهن عند مطالعة هذا النص هو التساؤل عن الغرض من الحرمان الدائم من هذه الحقوق المحددة حصراً<sup>(٢)</sup> عند الحكم بالسجن المؤبد أو السجن لمدة عشر سنوات فأكثر، فإذا ما قُدِّرت العقوبة على هذا النحو، وهو تقدير يجعلها مؤقتة إذا ما تعلق الأمر بالسجن عشر سنوات فأكثر، ولن تتعدى خمس عشرة سنة، فيحتمل أن تكون مؤقتة كذلك في حال الحكم بالسجن المؤبد، حيث من الممكن أن يُفرج عن المحكوم عليه شرطياً، وهو احتمال يطال حتى العقوبة الأولى رغم تأكيد تأقيتها، إذًا في كل الأحوال لا يستحق مرتكب الجريمة - في هذا الفرض - أن يطاله الألم مدى الحياة، فلمَ إذًا نصدر حكماً عليه بهذا الألم المؤبد والذي سيناله من العقاب التبعي؟!، والسؤال يُطرح من زاوية أخرى فيما يتعلق بمسلك المحكوم عليه مستقبلاً، فنحن نوهنا إلى أن العقوبة، وإن كانت لا تهدف إلى تحقيق الإصلاح؛ إلا أن الإصلاح في حال تحققه هو أمر محمود لا يمكن للمشرع أن يوصد الأبواب أمام احتمال تحققه، بل إن تحققه يعد الصورة المثلى للردع، ولكن عندما نحكم بتأييد حرمانه من هذه الحقوق، ألا يعد ذلك إحباطاً كبيراً بشيخه عن أية نوايا للاندماج في مجتمعه، وزرع لبذور اليأس بعدم الجدوى في نفسه؟، أو لا يعد هذا الألم افتئات وظلم لا مسوغ له؟؛ إذ إن ألم العقوبة ينبغي أن يكون مستحقاً، وهو استحقاق عقاباً ينتهي بمضي خمسة عشر عاماً، وربما أقل من ذلك، فلمَ الجرم بوجوب تألمه مدى الحياة عن جريمة ربما تكون هي الوحيدة في حياته؟! وطبعاً إن عاد للجرم، فسيعود المجتمع لمواجهته وعلى نحو أشد، فلمَ كلُّ هذه القسوة؟!، أو لا يعد هذا انتقاماً لغرض الانتقام؟!، ونلاحظ من جهة أخرى أن الفقرة الثانية من هذه المادة تنص على الحرمان الدائم كذلك في حال كان الجاني معتاداً، أو محترفاً للإجرام في الجنايات أو الجنح، أو له نزعة إجرامية منحرفة، وهنا نكون أمام حالة من حالات الأزواج بين الخطورة الإجرامية والمسؤولية الجنائية، والتي تستوجب الجمع بين العقوبة والتدبير الوقائي<sup>(٣)</sup>، وهنا يثور التساؤل عن جدوى إيقاع التدبير الوقائي طالما أننا حكمنا عليه مؤبداً بالحرمان من هذه الحقوق؟، فأسهل مقومات الإصلاح أن تُمكن المحكوم عليه من تحديد عقده مع المجتمع وممارسة حياته، دون أية نقيصة قد تشعره بأنه في منزلة أدنى من غيره، ولا ريب أن الحرمان الدائم سيعيق الاندماج المنشود من وراء إيقاع التدبير

١- المادة (٣٤) من قانون العقوبات الليبي.

٢- وهي: ١- حق الترشيح أو الانتخاب لأية هيئة نيابية وجميع الحقوق السياسية الأخرى.

٢- الصلاحية للبقاء في أية وظيفة عامة أو القبول في أية خدمة عامة، وتجريده من أية صفة اكتسبت بسبب العمل في وظيفة عامة.

٣- الصلاحية للعمل كوصي أو قيم، وكل حق آخر له علاقة بالوصاية أو القوامة.

٤- الألقاب والرتب والأوسمة وغير ذلك من شارات الشرف العامة.

٥- جميع حقوق الشرف المترتبة على أية وظيفة أو خدمة أو درجة أو لقب على الصفات أو الامتيازات المذكورة فيما تقدم، والأهلية لاكتساب أي حق أو صفة أو خدمة أو لقب أو شارة من شارات الشرف السابقة

٢- المواد (١٤٦، ١٤٧، ١٤٨) من قانون العقوبات الليبي.



الوقائي، ومن المفترض - منطقيًا - أن يعود المحكوم عليه - بعد زوال خطورته الإجرامية - حرًا طليقًا، ليس على الصعيد المادي فحسب، وإنما أيضًا على صعيد مختلف حقوقه وواجباته، وإلا كيف يمكننا تصور الإصلاح في هذا الفرض؟!.

ونلاحظ أن النظام القانوني في مصر يفرض هذا العقاب حتى في حال الحكم بالإعدام، إذ يفقد المحكوم عليه هذه الحقوق إلى حين تنفيذ الحكم، وأيضًا إذا عُفي عنه، أو سقطت عقوبة الإعدام بمضي المدة، فإن الحرمان الدائم من هذه الحقوق سيكون في انتظاره<sup>(١)</sup>؟!، ومن جهة أخرى نلاحظ أن قانون العقوبات المصري - في حال حُكِم مؤقتًا بهذه العقوبة - فإنه يقيد بها بزمن العقوبة الأصلية؛ إذ تنتهي بانتهائها، أما في قانوننا الليبي فهو يقي عليها لمدة لا تقل عن سنة، ولا تزيد على خمس سنوات؟، وهنا تكمن الفائدة في المقارنة بين القوانين، فالاختلاف يؤكد أننا لسنا بصدد مُسَلِّمة يتفق عليها كل عقل بشري، وإنما نحن بصدد مسألة متنازعة بين الخطأ والصواب، ولا نظن أن المنطق وفلسفة العقاب يبرران استمرار العقاب التبعية بعد انتهاء العقاب الأصلي، ولمدة قد تصل إلى خمس سنوات، ونحن إذا كنا نرفض هذا العقاب التبعية من الأساس، ولا نجد تصورًا منطقيًا لأساس وجوده، فكيف يمكننا قبول ما هو أبعد وأسوأ من ذلك؟!.

وفي قانون العقوبات المغربي نجد منحى مغايرًا، فهو يزداد تسلطًا وقسوة من جهة كونه يسلب هذه الحقوق ليس في الجنايات فقط، وإنما كذلك في الجنح، إلا أنه يمنح إلى التخفيف من جهة أخرى، لكونه يجعل سلب هذه الحقوق في الجنح جوازيًا وفي حق أو عدة حقوق، أي أنه حرمانًا يقبل التجزئة، كما أنه حرمانًا مؤقتًا في كل الفروض، سواء تعلق الأمر بجناية، أم بجنحة، وأيضًا فإنه يسلب الحق في المعاش بشكل نهائي؛ إذا تعلق الأمر بعقوبات الإعدام والسجن المؤبد، وعدا ذلك فإنه يبيح الحكم بالحرمان من المعاش، ويكون مقيدًا بمدة تنفيذ العقوبة<sup>(٢)</sup>.

ومن بين الحقوق التي تنص بعض القوانين على الحرمان منها هو الحق في الإدلاء بالشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة؛ إلا استدلالًا<sup>(٣)</sup>، وهذا يثير عدة إشكاليات، فهو سلب يقتصر على مرحلة المحاكمة فقط، وليس مطلقًا، بل يمكن سماع الشاهد استدلالًا، ومن ثم؛ فيجوز الإدلاء بالشهادة في مرحلة التحقيق الابتدائي بعد حلف اليمين، ومن هنا نكون أمام معضلتين، أولاهما أن الحرمان من أداء الشهادة يمين بالنسبة لطائفة المحكوم عليهم بجناية هو في الواقع فقدان للدليل مهم، وقد يكون هو الدليل الوحيد في الدعوى، فضلًا عن أن هذا الحرمان يحول دون إدانة المحكوم عليه بشهادة الزور والتي تستوجب حلف اليمين<sup>(٤)</sup>.

## ٢- الحرمان من الأهلية القانونية:

وهذا الحرمان مصوغ في كل القوانين بالمضمون ذاته، فهي فكرة معقدة، إلا أنها تستوجب النقاش والنقد، فالمحكوم عليه بالسجن يفقد أهليته بحكم القانون، وعليه أن يعين قيمًا لإدارة أمواله تقره المحكمة، أو تعينه المحكمة الابتدائية التابع لها

١- حكمة محكمة النقض المصرية، جلسة ١٩٥٨/١١/٣ س ٩، رقم ١٥، مشار إليه لدى، أحمد شوقي عمر أبي خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بلا طبعة، ٢٠٠٧م، ص ٦٨٥.

٢- المادتان (٤٠، ٤١) من قانون العقوبات المغربي.

٣- المادة (٢٥) من قانون العقوبات المصري.

٤- انظر: أحمد شوقي عمر أبي خطوة، مرجع سبق ذكره، ص ٦٨٦.



محل إقامته بناءً على طلب النيابة العامة أو ذي مصلحة في ذلك، وهذا القِيم يتبع المحكمة في جميع ما يتعلق بقوامته، ولا يتصرف المحكوم عليه في أمواله إلا بإذن المحكمة، وتُرد أمواله بعد انقضاء العقوبة، أو عند الإفراج عنه، ويقدم له حساباً عن إدارته<sup>(١)</sup>. والسؤال الذي يثار في الذهن هنا، هل نحن بصدد عقوبة مؤلمة وراذعة؟، أم أننا أمام ميزة ورعاية وحماية يقدمها المشرع؟، وهل أصلاً يستطيع المحكوم عليه القابع خلف أسوار السجن أن يدير أمواله كما لو كان حرّاً طليقاً؟. نحن في الحقيقة أمام أمر واقع، فلا بد من إدارة الأموال إلى حين خروجه من السجن، ولا بد أن تكون إدارة مثلى من شخص مؤتمن، وتحت إشراف المحكمة ورعايتها، وبإمكان المحكوم عليه أن يتصرف في أمواله بعد إذن المحكمة، وذلك لضمان صواب التصرف، وهذا جوهر الحماية والرعاية؛ قد نكون أمام قيود معينة إلا أنها تصب في مصلحته وحمايته، فهو لا يشعر - في الواقع - إلا بألم سلب حريته، أما عدم القدرة على إدارة الأموال فهي تحصيل حاصل، وسيستلم بعد خروجه من السجن حساباً كاملاً عن إدارة أمواله، فمنذ متى كانت العقوبة تستهدف حماية مرتكب الجريمة ورعايته؟!، ثم إن الأمر برمته يتعلق بمسألة مدنية فهو ينصب على الحكم على الأهلية المدنية<sup>(٢)</sup>.

### ٣- الحرمان من مزاوله المهنة والفنون:

الحرمان من القبول في أي عمل حكومي، وسلب الحق في مزاوله المهنة أو الفنون تناولته معظم التشريعات المقارنة، ولعلنا نتخذ موقف القانون الليبي نموذجاً للتعليق على فكرة سلب الحق في العمل؛ أيًا كانت تفاصيلها، وصياغتها، وأياً كان مكان ورودها، فالقانون الليبي - على سبيل المثال - يرتب الحرمان المؤقت من ممارسة مهنة أو صناعة في حال الحكم بجناية أو جنحة عمدية، ارتكبت إساءة لممارسة المهنة أو الصناعة، ويكون طوال مدة تنفيذ العقوبة، ومدة أخرى مضافة لا تتعدى ثلاث سنوات في الجرح، وخمس سنوات في الجنایات<sup>(٣)</sup>، وهنا يُصدّق على مدة الحرمان المضافة هذه مثلما علقنا به بشأها سابقاً، فهي فكرة واحدة لا تتجزأ، وإذا كان الشخص يزاول أكثر من وظيفة أو مهنة؛ فإنه يحرم من مزاوله جميع المهنة، إذا ما حكم عليه في جنابة، وهنا نلاحظ أنه حرمان شامل لكل مهنة أو حرفة حتى لو لم تتعلق بها الجريمة، وهذا توسع لا مبرر له مهما تكن جسامة الجريمة، فنحن نتعامل مع إنسان نشد من وراء عقابه ردعه وربما إصلاحه، فلم نسد أمامه أبواب الرزق التي يعيش منها ويعول أسرته، ونحن ندرك أن الفقر أو الوضع الاقتصادي الرديء يُعد أحد مخاوف علماء الإجرام، كونه قد يشكل سبباً للانزلاق في طريق الجريمة، فلم يفتح المشرع نافذة قد تقود الفرد إلى الجريمة، في حين أن النص الجنائي يهدف إلى مكافحتها!!.

هذا بشأن العقوبات التبعية، فماذا عن العقوبات التكميلية؟

<sup>١</sup> - المادة (٣/٣٧) من قانون العقوبات الليبي.

<sup>٢</sup> - انظر: عبدالرحيم صدقي، القانون الجنائي، الجريمة والعقوبة، دار المعارف، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م، ص ١٠٦.

<sup>٣</sup> - المادتان (٣٥، ٣٦) من قانون العقوبات الليبي.



## الفرع الثاني: تقييم فكرة العقوبات التكميلية.

للوهلة الأولى عند مطالعتنا لهذا الوصف (التكميلية)، نجد أنفسنا أمام السؤال الذي يُثار فوراً في الذهن، وطرحه جانب من الفقه الليبي وهو: ما الذي سوف تكمله هذه العقوبات؟! هي قطعاً ستكمل العقوبة الأصلية، ولكن إذا ثبت أنها كاملة بذاتها لكونها من أقسى العقوبات، فهل يعقل أن نكمل ما هو كامل؟!<sup>١</sup>

إن هذه الفكرة في ذاتها - وقبل الدخول في أية تفاصيل - محل استفهام، فما بني على مقدمة تفتقر إلى المنطق في أساسها لا يمكن أن يقود إلى نتائج منطقية، وعلى النهج ذاته الذي سلكناه في تقييم العقوبات التبعية، سنقيم العقوبات التكميلية، وذلك على النحو الآتي:

### أولاً/ التقييم العام للعقوبات التكميلية:

١- ناهيك عن التساؤل السابق الذي بدأنا به تناولنا هذه العقوبات، فإنه حتى لو سلمنا جدلاً بمنطقية الدور الذي تلعبه هذه العقوبات، وأنها لها دور مكمل - ولاسيما أنه حتى العقوبات التبعية لها الدور ذاته في مضمونها، كما يرى الفقه عند تعريفه لها، فكلاهما يُعتقد أنهما يكملان العقاب الأصلي، وهناك من يسميهما بالعقوبات الإضافية، فالمصطلحات والمسميات الخاصة بهذه العقوبات ليست ثابتة؛ لأنها تعبر عن فكرة، ولا تعبر عن معنى محدد ينبغي أن يلازمه مصطلح محدد يعبر عنه بدقة، بدليل أن قانون العقوبات الجزائري نقل العقوبات التبعية وضمها إلى العقوبات التكميلية - فإن المعيار المنطقي الذي احتكمنا إليه لإمكانية قبول العقوبات التبعية، سنحتكم إليه الآن لنرى مدى مقبولية العقوبات التكميلية، فإذا كانت عقوبة الحرمان من الإدلاء بالشهادة هي الوحيدة التي يمكننا قبولها كعقوبة تبعية، فإننا سنخرج من هذا الاحتكام (بصدد العقوبات التكميلية)، إلى عدم وجود أية عقوبة ترتبط ارتباطاً منطقياً متكاملًا بالعقوبة الأصلية، فكلها تخرج بالعقاب عن ضرورته، وتفضي إلى الظلم، وربما الاستغلال، وتأسيس العقاب على معطى اقتصادي صرف.

٢- إذا كانت العقوبات التبعية يمكن أن يطالها - ولو نسبياً - التخفيف الناجم عن إعمال القاضي لسلطته التقديرية، فإن العقوبات التكميلية لا يسري عليها التفريد العقابي، ونحيل إلى ما سبق عرضه من نقد بخصوص هذا الجانب عند تناولنا له بمناسبة حديثنا عن العقوبات التبعية، وما يعكسه عدم إمكانية تفريد هذه العقوبات من تساؤلات.

٣- بمطالعة هذه العقوبات وأنواعها في مختلف القوانين المقارنة، نجد أن جملها في جوهرها - وكما يؤكد ذلك الشراح والفهاء - عبارة عن تدابير وقائية، ففي القانون الجزائري - على سبيل المثال - نجد أن جل العقوبات التكميلية تأخذ صورة التدابير الوقائية أو الأمنية، كما اصطلح على تسميتها في هذا القانون<sup>(١)</sup>؛ كتحديد الإقامة، والمنع منها، وسحب جواز السفر، ورخصة القيادة، وحظر إصدار الشيكات، وغيرها<sup>(٢)</sup>، وهنا لا بد أن نتوقف قليلاً، فنحن أمام لبسٍ وتداخل

<sup>١</sup> - انظر: احمد معمر الرازي، تأملات في فلسفة العقوبة، مرجع سبق ذكره، ص ١٦.

<sup>٢</sup> - الفقرتان (١، ٤) من المادة الرابعة من قانون العقوبات الجزائري.

<sup>٣</sup> - المادة التاسعة من قانون العقوبات الجزائري.



في المفاهيم لا يمكن أن يمر مرور الكرام، فهذه الجزاءات اصطلاح على تسميتها بالعقوبات، وهي تسمية لها دلالة محددة، فالعقوبة مؤسسة على المسؤولية الجنائية، وتهدف إلى إيلاء المحكوم عليه بها، ومن ثم رده، أما التدابير فهي مؤسسة على الخطورة الإجرامية، وتهدف إلى الإصلاح، وهذه الخطورة إما أن يستنتجها القاضي من خلال ظروف وملايسات الواقعة، وأدوات ارتكابها، وإما من خلال قرائن يمنحها المشرع له، ولا يمكن الحكم بأي تدبير وقائي؛ إلا بتوافر هذا المقتضى، وهي كذلك لا تقبل التحديد في حدها الأقصى؛ لكونها معلقة على تحقيق نتيجة لا يستطيع المشرع أن يتكهن بها، فهل هذه العقوبات التكميلية، والتي هي في حقيقتها تدابير وقائية - مؤسسة على هذه الخطورة، وتهدف إلى الإصلاح؟، الجواب بالطبع هو النفي، فهي في حقيقتها تدابير، ولكنها غلفت بغلاف العقوبات عنواناً ومدى، فهي محددة بحد أقصى، فهل يُقبل هذا التداخل والخلط بين الجزاءات؟، إنه يعد إخلالاً جسيماً بما ينبغي توافره من ضبط للجزاءات، فلكل جزء مقتضى، وحالات تحكمه، وأساس يخصه، وغاية يرمي إليها، ولا يمكن أن نركن إلى جزء هجين مختلط، وأن نخرج عن الأصول العامة للجزاء الجنائي، ثم ما الداعي إلى ذلك؟!، وهذا التداخل والتهجين للمفاهيم يذكّرنا بإدخال الدية في النظام القانوني الجنائي، رغم كونها أقرب إلى التعويض، بل إن هناك من يجزم بكونها كذلك، وهناك من يرى أنها نظاماً خاصاً يجمع بين الاثنين، ومازلنا نتساءل عن أهمية خلق مثل هذه الأوضاع غير المنطقية؟!، وهي في الحقيقة لا توجد إلا بسبب الفصل بين الأساس الفلسفي والمنطقي للفكرة وتطبيقاتها، فالجزاء له أساس وتصميم يُبنى عليه، وينبغي أن يكون حاضراً ومائلاً عند صياغة كل النصوص الجنائية، وعند التفكير في تبنى أي نظام وإدخال أية قاعدة أو نقلها، وذلك لتنضبط بناءً عليه، وتستجيب لمنطقه، أما إذا لم يُحترم ذلك ويُراعى، فمن المؤكد أننا سنواجه هذه الفوضى التشريعية، ومما يزيد الطين بلّة - كما يقولون - أن عقوبة تحديد الإقامة في القانون الجزائري كعقوبة تكميلية ليست مرتبطة بجريمة محددة، ومن ثم فيجوز الحكم بها حتى في مجال المخالفات، وإن مخالفة أحد شروط وتدابير تحديد الإقامة تفضي إلى توقيع عقوبة أخرى وهي الحبس، وكذلك الغرامة من ٢٥٠٠٠ إلى ٣٠٠٠٠٠ د. ج<sup>(١)</sup>، إذا فنحن أمام سلسلة مركبة من العقوبات، عقوبة أصلية، فتكميلية، ثم عقوبة مترتبة على عدم الامتثال لهذه العقوبة التكميلية!، فهل يُعقل أن يكون هذا السيل من العقوبات بين مؤكد واحتمال ضرورياً بأكمله؟، أم إنه إسرافٌ في تحصيل النفع على حساب العدالة!؟.

### ثانياً: التقييم التفصيلي للعقوبات التكميلية.

ربما كان كافيًا ما عرضناه من انتقادات عامة لهذه العقوبات، ومع ذلك فنحن لدينا ما نضيفه حتى على الصعيد الخاص بكل عقوبة منها، إلا أننا سنقتصر على تناول الغرامات والمصادرة، فهي ما نرى أنها تثير أهم ما يمكن إضافته من إشكاليات وانتقادات، أمّا ما عداها فيصدق عليه ما سبق بيانه، ولذلك فلا داعي لتكراره:

#### ١- الغرامات:

الغرامة - كما نعلم جميعاً - تكون عقوبة تكميلية في الجنايات، وهي - كأية عقوبة تكميلية -، قد تكون وجوبية، أو جوازية، ولكن ما العلة من فرض هذه الغرامات المكتملة؟! ويزداد طرح هذا السؤال إلحاحاً إذا ما علمنا أن هناك نوعاً من

<sup>١</sup> - انظر: ربود منال، ضواوي سارة، العقوبات التكميلية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى فارس بالمدية، الجزائر، ٢٠٢٢م، ص ٣٥.





الغرامات لا يكون إلا تكميليًا، وهي الغرامة النسبية، والتي لا تُحدّد بمجدين أدنى وأقصى، وإنما بمعيار واسع يجعلها أقرب إلى التعويض المدني، كما أنها لا تخضع لمبدأ شخصية العقوبة، وتُدفع بالتضامن في حال تعدد الجناة، وتهدف إلى: "تعويض ما نال الخزانة العامة من ضرر بسبب حرمانها من الضريبة، وهي في الوقت نفسه عقوبة قد تعادل أضعاف ما كان يحتل أن ينال الخزانة من ضرر وتناسب مع القدر الذي حصل الإجراء على تهريره"<sup>(١)</sup>، فهناك مبالغ تدفع كغرامات، أو كعقوبات تكميلية، علاوة على العقوبة الأصلية بجسامتها، وإن لم تكن هذه الأخيرة كافية، فالأولى أن تُشدّد وكفى، ولكن يبدو أن هناك نفعًا اقتصاديًا يحكم هذه المسألة، فطالما أن الغرامة تؤول إلى الخزانة العامة، فلا ينبغي أن تُسقط هذا الاحتمال من أذهاننا، وبمطالعة قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي، نجد ما يؤيد شكنا هذا، فالغرامات كعقوبة تكميلية في هذا القانون تميزت بارتفاع حدها الأدنى عن المقرر في قانون العقوبات، وإن كان الأمر مقتصرًا على الجناة المتاجرين بهذه العقاقير المخدرة، لقلنا إنَّ الهدف من فرض هذه الغرامات هو حرمانهم من الأموال والمكاسب المتأتية من جرائمهم، إلا أنها تطال كذلك فئة مستهلكي هذه المواد، وهي بلا شك لم تهدف إلى تحقيق الربح، بل إنها الفئة التي يتم استنزاف أموالها<sup>(٢)</sup>.

ومن جانب آخر، فكون الغرامة النسبية لا تخضع لمبدأ شخصية العقوبة، وتُدفع بالتضامن، فإن الردع هنا غير مضمون تحققه، فالمسألة تخضع للفلسفة المدنية التي يهتما - فقط - جبر الضرر، وهذه صورة أخرى من صور التهجين القانوني التي تضع الغايات، وتستعصي على التطابق مع الأسس.

## ٢- المصادر:

المصادرة كونها عقوبة تكميلية تتسم بقسوتها البالغة، وتنال من شخصية العقوبة بوضوح، ويصدق عليها ما يصدق على الغرامة، كما أنها في القانون الفرنسي تطبق على كل أنواع الجرائم بلا استثناء، الأمر الذي يتعارض مع فكرة التناسب بين الجريمة والعقوبة، ومن ثم مع مبدأ التفريد التشريعي للعقاب<sup>(٣)</sup>.

بقي لنا - قبل أن نطوي هذا البحث - أن نشير إلى نقطة في غاية الأهمية وهي ما يتعلق بأثر رد الاعتبار - في حال الحكم به - على هذه العقوبات، فقد نُجاّه بأن الحرمان من الحقوق المدنية، أو أية عقوبة من هذه العقوبات، لن تكون مؤيدة في كل الفروض، إذ قد يحصل المحكوم عليه على رد الاعتبار تنتهي بموجبه كافة الآثار الجنائية للحكم، ونحن هنا نرد بأن رد الاعتبار لا يحل المشكلة، وإن كان يخفف من حدتها، فأولاً مشكلة هذه العقوبات ليس في مداها أو في تأييدها من عدمه، بل أنها مشكلة أساس وجود من الأصل، وغياب منطلق يسهم في تقبلها، ثم إن رد الاعتبار إذا كان قضائيًا، فهو يتطلب عدة شروط وضوابط، من بينها انقضاء العقوبة بتنفيذها أو بأية صورة من صور الانقضاء؛ شريطة مضي مدة زمنية بعد ذلك، وهي ست سنوات أو ثلاث؛ بحسب الأحوال، وإذا كان قانونيًا فالمدة قد تصل إلى اثني عشرة سنة، فإذا رد الاعتبار - حتى على فرض تحققه - لا يفرغ مواطن نقدنا لهذه العقوبات من محتواها، وبالنسبة إلى أسباب انقضاء

<sup>١</sup> - انظر: جلسة ١٩٥٥/١٢/٢٨، مجموعة أحكام المحكمة العليا، الجزء الأول، جنائي، ص ٢٤٦.

<sup>٢</sup> - انظر: فائزة بونس الباشا، السياسة الجنائية في جرائم المخدرات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثالثة، بلا سنة نشر، ص ١٢٨.

<sup>٣</sup> - احمد معمر الرازي، تأملات في فلسفة العقوبة، مرجع سبق ذكره، ص ٦٢.



العقوبة الأخرى، فهي لا تمس بهذه العقوبات بشكل حتمي، فالعفو الخاص لا يطالها، والعفو العام يطالها؛ إن كان منصباً على الجريمة، ووقف التنفيذ يطالها، إن أرادت المحكمة ذلك، والإفراج الشرطي - كذلك - لا يؤثر في سريانها، وبقاء هذه العقوبات مع تحقق هذه الفروض يزيد من حدة رفضنا وانتقادنا لها.

وفي الأحوال كلها نحن ننتقد أساس وجود هذه العقوبات، مهما جوبهنا بما قد يخفف من حدتها.

## الخاتمة

نخلص مما سبق عرضه إلى النتائج الآتية:

- ١- العقوبات التبعية والتكميلية أينما تتبعناها - في أي قانون - سنجد عدم انضباط في فحواها وتنظيمها الشكلي، وثمة تشويش يرافق عرضها، وهذا ينتهي بما إلى كونها فكرة تفتقد إلى الأسس التي يتفق حولها الجميع.
- ٢- لم نصل إلى أساس منطقي لقبول العقوبات التبعية، فهذا الأساس ينبغي أن يتصل مباشرة بالفعالية مع احترام العدالة، ونحن باستعراض هذه العقوبات إما أن نجد الظلم من خلال الإسراف في النفع، أو ألا نجد النفع أصلاً لغياب موجب تحقيقه، وهو الإيلاء، كما هو الحال في عقوبة سلب الأهلية القانونية.
- ٣- على صعيد العقوبات التكميلية نجد أنها قد تؤسس على أبعاد أخرى وهي اقتصادية صرفة، كون معظمها - في بعض التشريعات - تتمثل في الغرامات والمصادرة، وهي كذلك تفتقد إلى ضوابط تحقيق العدالة.
- ٤- العقوبات التكميلية في عدد من التشريعات المقارنة، تنتهي إلى كونها تدابير وقائية ليس إلا، وهذا قد يكون منطقياً في حال ربطها بموجبه وهو الخطورة الإجرامية، الأمر الذي يتطلب أن تكون التدابير الوقائية المعمول بها لها خصائص التدابير المتعارف عليها كي تؤدي غرضها، وهو أمر لم يُراعَ.
- ٥- قد تُقبل هذه العقوبات إذا ما رُبطت بمعيار التكامل والوحدة، الأمر الذي يحتم ارتباط العقوبتين (الأصلية والتبعية) برابط منطقي، وأن ينصب كلاهما على الموضوع ذاته والفكرة نفسها، كعقوبة الحرمان من الإدلاء بالشهادة التي تتبع عقوبة الجلد في جريمة القذف، أما عدا ذلك فنحن نرفضها، ومن ثم نطالب بإلغائها، وإن كانت ثمة مشكلة في ضعف بعض العقوبات وعدم تحقيقها لهدفها، فيمكن معالجة ذلك بتعليقها، وإعادة النظر فيها.



## قائمة المراجع:

### أولاً/ القرآن الكريم

### ثانياً/ الكتب:

- ١- أحمد شوقي عمر أبي خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بلا طبعة، ٢٠٠٧م.
- ٢- إسحاق إبراهيم منصور، موجز في علم الإجرام والعقاب، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثانية، ١٩٩١م.
- ٣- أكرم نشأت إبراهيم، علم النفس الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، ٢٠٠٩م.
- ٤- محمد معمر الرازي، بحث في القانون الجنائي الليبي والمقارن، منشورات جامعة المرقب، الخمس، ليبيا، بلا طبعة، ٢٠٠٩م.
- ٥- عبدالرحيم صدقي، فلسفة القانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بلا طبعة، بلا سنة نشر.
- ٦- عبدالرحيم صدقي، القانون الجنائي، الجريمة والعقوبة، دار المعارف، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م.
- ٧- علي عبدالقادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الكتاب الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٧م.
- ٨- فائزة يونس الباشا، السياسة الجنائية في جرائم المخدرات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثالثة، بلا سنة نشر.
- ٩- محمد رمضان بارة، مبادئ علم العقاب، مكتبة الوحدة، طرابلس، ليبيا، الطبعة الأولى، ٢٠٢٠م.
- ١٠- محمد صبحي نجم، أصول علم الإجرام وعلم العقاب، دراسة تحليلية وصفية موجزة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
- ١١- محمد رمضان بارة، شرح قانون العقوبات الليبي القسم العام الجزء الثاني، مكتبة الوحدة، طرابلس، ليبيا، الطبعة الثانية، ٢٠٢١م.
- ١٢- محمد مطلق عساف، المصادر والعقوبات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوصفية، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.



### ثالثاً/ الرسائل العلمية:

- ١- ربود منال، ضواوي سارة، العقوبات التكميلية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى فارس بالمدينة، الجزائر، ٢٠٢٢م
- ٢- موسى الشتيوي النايض أحمد، مبدأ التفريد العقابي في القانون الجنائي الليبي والمقارن، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا، ٢٠١١م.
- ٣- فكري أحمد عكاز، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، ١٩٧١م.

### رابعاً/ البحوث والمقالات:

- ١- احمد معمر الرازقي، تأملات في فلسفة العقوبة، بحث منشور في مجلة القانون، جامعة طرابلس، العدد الرابع، ٢٠١٩م.
- ٢- حسون عبيد هجيج، حسن خنجر عجيل، شخصية العقوبات الفرعية (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بابل، كلية التربية للعلوم الإنسانية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:  
<http://search.mandumah.com/Record/635845>.
- ٣- حسين عديل، بحث عن المنطق، مقال منشور بتاريخ ١٣/٢/٢٠١٩م، على الموقع الإلكتروني:

<http://mawdoo3.com>

### خامساً/ القوانين:

- ١- قانون العقوبات الليبي الصادر في ٢٣/١١/١٩٥٣م.
- ٢- القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٤م بشأن إقامة حد القذف.
- ٣- قانون العقوبات المغربي.
- ٤- قانون العقوبات المصري.
- ٥- قانون العقوبات الجزائري.

### سادساً/ المجالات:

- ١- مجموعة أحكام المحكمة العليا، الجزء الأول، جنائي، ٢٠٠٦م.



المعاملة بالمثل بين الإيجابية و السلبية  
(في إطار العلاقات الدولية الدبلوماسية)

The principle of reciprocity between positive and negative  
Within the framework of international diplomatic relations

أ.سالمة يوسف موسى عمار  
محاضر بكلية القانون / جامعة طرابلس

ملخص:

في هذه الدراسة البحثية توضيح لمضمون هذا المبدأ، والتأصيل القانوني له، وبيان نطاق العمل به وضوابطه، والتطبيقات العملية له للكشف عن واقع الممارسات العملية للمبدأ وتأثيرها على سير العلاقات الدولية وحفظ السلم والأمن الدوليين داخل المجتمع الدولي. وانتهت الدراسة البحثية وإلى ضرورة تقييد مبدأ المعاملة بالمثل بقيم العدالة والتعاون والاحترام المتبادل بين الدول تحقيقاً لمقاصد ومبادئ القانون الدولي، وذلك بمجموعة من التوصيات الهامة التي أوردتها هذه الدراسة.

كلمات المفتاحية : المقابلة بالمثل ، العلاقات الدولية، المساواة في السيادة ، الانتقام ، التعويض

**Abstract:**

This research study provides an explanation of the content of this principle, its legal foundation, an explanation of its scope and controls, and its practical applications to reveal the reality of the practical practices of the principle and its impact on the conduct of international relations and the maintenance of international peace and security within the international community. The research study concluded with the necessity of restricting the principle of reciprocity to the values of justice, cooperation, and mutual respect between countries in order to achieve the purposes and principles of international law, with a set of important recommendations contained in this study..

**Keywords:** reciprocity, international relations, sovereign equality, revenge, compensation.



### مقدمة:

للمعاملة بالمثل جذور تاريخية بعيدة، فقد عرفه البابليون ونص عليه تشريع حمورابي في المواد (١٩٦ - ٢٠٠)، كما عرف المبدأ عند القبائل العربية، وورد ذكره في الشريعة الإسلامية، ثم انتقل تطبيق هذا المبدأ ليمارس على مستوى المجتمع الدولي، إذ أخذت تطبق غالبية الدول مبدأ المعاملة بالمثل إذا ما عجزت عن الحصول على تعويض عما أصابها من ضرر أو لرد الضرر، وأصبح مبدأ المعاملة بالمثل يشير في إطار ممارسته بين الدول إلى التصرف الذي يستجيب به الشخص الدولي بحسب ما يلقاه، إلا أن مبدأ المعاملة بهذا المفهوم ألغي نتيجة لفشله في تحقيق العدالة، فهو يقوم على فكرة الانتقام، خاصة ومع التطور الحاصل في القانون الدولي والذي يريد للعلاقات المتبادلة بين الدول أن تكون قائمة في أساسها على الشكل الذي يخدم السلم والأمن الدوليين، وعلى الأخذ والعطاء وتبادل المنافع بين الدول لاسيما وأن الدول لا يفرض عليها الدخول في علاقات مع غيرها من الدول أو منح الحقوق والامتيازات إلا لرغبة منها في الحصول على ذات ما قدمته لغيرها، فنجاح واستمرارية العلاقات بين الأشخاص مرهون بالاحترام والتقدير المتبادلين، وبالتوازن الذي يجب أن يكون قائماً في الحقوق والالتزامات بين طرف وآخر، والذي بخلافه تتعطل كل صلات التعاون اللازمة بين الدول، وعلى الرغم من أن المبدأ لا أثر لذكره صراحة في مبادئ ميثاق منظمة الأمم المتحدة، فإن الممارسات الدولية تكشف عن دور واضح للمبدأ، على اعتباره مبدأ مقبولاً لدى أعضاء المجتمع الدولي في تعاملاتهم لا سيما الدبلوماسية منها .

٣

### أولاً: أهمية الدراسة

تكمن أهمية الدراسة في جانبين هما:-

#### ١. الجانب القانوني:

تفيد الدراسة القانونيين في كونها توصل لمبدأ المعاملة بالمثل، مبينة لمفهومه، ومشروعيته، وما يدخل في نطاقه، وضوابطه.

#### ٢. الجانب الدبلوماسي:

تفيد الدراسة الدبلوماسيين للمكانة المهمة التي يحظى بها مبدأ المعاملة بالمثل في العلاقات الدبلوماسية للحفاظ على ديمومتها وانسيابيتها، فضلاً على المحافظة على المصالح الأجنبية الحيوية.

### ثانياً: إشكالية الدراسة

يدور محور إشكالية البحث حول دراسة: مدى عدالة مبدأ المعاملة بالمثل وأثره الإيجابي والسلبي على نطاق العلاقات الدبلوماسية بين الدول، ومن خلال هذه الدراسة سنحاول الإجابة على عدة أسئلة فرعية متعلقة بالبحث وهي:-

١. ما مضمون مبدأ المعاملة بالمثل في العلاقات بين الدول؟

٢. ما مدى مشروعية إعمال مبدأ المعاملة بالمثل بين الدول؟ وهل للمبدأ أساساً قانونياً، أم تحكمه قواعد المجاملات

الدولية التي لا إلزام قانوني بها؟

١ - علي صادق أبو هيف: القانون الدبلوماسي، ط٢، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٧، ص١٣١.

٢ - سهيل حسين الفتلاوي: الدبلوماسية بين النظرية والتطبيق، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص٦٤.

٣ - أحمد أبو الوفا: قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية (علماً وعملاً)، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص٣٣.



٣. هل يمارس مبدأ المعاملة بالمثل على إطلاقه بين الدول، أم حظي بتنظيم قانوني من حيث نطاق العمل به، وما يرد عليه من استثناءات وضوابط تضع حدود لممارسته؟
٤. هل جاء المبدأ في إطار الواقع الدولي متفقاً في كل أحواله مع مقاصد القانون الدولي، أم تعدى ذلك لمقابلة الضرر بالضرر والرد بالانتقام؟ وما أثر ذلك على العلاقة الدبلوماسية الدولية؟
٥. هل أمكن أن يثار مبدأ المعاملة بالمثل تلقائياً من قبل القاضي أثناء عرض النزاعات عليه، أم تقع إثارته على عاتق الخصوم؟
٦. هل لمبدأ المعاملة بالمثل صعوبات عملية لتطبيقه على أرض الواقع وذلك في ظل نظام دولي قائم على عدم التوازن وتكافؤ القوى بين الدول؟

### ثالثاً: حدود الدراسة

#### ○ حدود موضوعية

- من خلال عنوان البحث واهتمامه ستكون حدود الدراسة على مبدأ المعاملة بالمثل وذلك في نطاق القانون الدولي الدبلوماسي، وذلك للأسباب التالية:-
١. أنه الأقرب إلى مجال التخصص والاهتمام الدراسي.
٢. باعتباره المجال الأوسع الذي يطبق فيه مبدأ المعاملة بالمثل.

كما ستركز الدراسة على المبدأ في نطاق العلاقات الدبلوماسية دون القنصلية منها، وذلك على اعتبار أن البعثة الدبلوماسية هي الممثل الرسمي للدولة الباعثة خصوصاً على الصعيد السياسي والخارجي، وهي الوسيلة العملية لتحقيق المصالح بين الدول.

#### ○ حدود زمنية

ستتناول الدراسة تطبيق المبدأ في أوقات السلم والنزاع بين الدول، لبيان أثر المبدأ على العلاقات الدولية الدبلوماسية من حيث استمراريتها أو إنهائها، أو من حيث المزايا والسلبيات .

### رابعاً: ضبط المصطلحات

#### ١. المثل لغة واصطلاحاً

- أ) لغة: تعني الشبه والنظير، جمع أمثال، فهي تأتي بمعنى التساوي في المقدار والصفة، كما يضرب للحث على فعل الخير والاتجاه إلى أسمى المقاصد، كما في قوله تعالى (لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ) .<sup>١</sup>
- ب) اصطلاحاً: تعني الفعل ورد الفعل المتبادلان بين شخصين، بحيث تدفع الحركة التي يقوم بها أحدهما إلى قيام الآخر بحركة مماثلة أو مشابهة .<sup>٢</sup>

١- ابن منظور: لسان العرب، المجلد الثاني، دار صادر، بيروت، ١٩٨٤، ص ٨٨٧.

٢- إبراهيم النجار، د. أحمد زكي بدوي: القاموس القانوني، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٨٣، ص ٢٤٠.





## ٢. الدبلوماسية لغة واصطلاحاً

(أ) لغة: كلمة دبلوماسية تعد من الكلمات الدخيلة على اللغة العربية، فهي كلمة مأخوذة من اللغة اليونانية القديمة ومعناها يطوي، وتطلق على الوثائق الرسمية كالتى تعطى للرسول والسفراء وتمنحهم امتيازات وتسهيلات خاصة .

(ب) اصطلاحاً: العلم والفن والقدرة على التعامل مع العلاقات والمصالح وتصريف الأمور وتمثيل الدول والمفاوضة بلباقة وذكاء وكفاءة وقدر وصبر من أجل تحقيق أفضل وأحسن النتائج لصالح الوطن .

## خامساً: الدراسات السابقة

بعد البحث والاطلاع بما توفر بين يدي الباحث من أدوات للبحث، وجد حسب الاطلاع، قلة الدراسات العلمية التي تناولت مبدأ المعاملة بالمثل على نطاق العلاقات الدبلوماسية بين الدول، لذا كان مجموع ما استعان به الباحث من الدراسات السابقة تم تقسيمه إلى:-

### ١. دراسة سابقة ذات صلة مباشرة بموضوع البحث

دراسة جنان كاظم جنجر: مبدأ المعاملة بالمثل في القانون الدولي الدبلوماسي، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي الدبلوماسي، منشورة، جامعة كربلاء، العراق، ٢٠٢٢م.

### ٢. دراسة سابقة تناولت في فحواها موضوع البحث

دراسة مؤيد حمدان موسى، عبد الله إبراهيم الكيلاني: مبدأ المعاملة بالمثل وتطبيقاته في العلاقات الدولية في الفقه الإسلامي، بحث علمي، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٤، العدد ٤، ملحق ٣، ٢٠١٧م.

تتميز الدراسة الحالية للباحث عن كل ما سبق ذكره من دراسات، أنها أوردت تطبيقات على مبدأ المعاملة بالمثل لم تتطرق لها الدراسات السابقة، تخص العلاقات الدولية الدبلوماسية الليبية مع غيرها من الدول، وما تضمنه القانون الليبي ولائحته الداخلية ومشروع الدستور الليبي لعام ٢٠١٧م حول هذا المبدأ، كما تميزت الدراسة أنها تناولت صعوبات تطبيق المبدأ، بتسليط الضوء على نمط السياسة الخارجية وأدوات التحكم بها في عالم أحادي القطب.

## سادساً: منهجية الدراسة

استعان الباحث في دراسته بالمنهجين التاليين:-

١. المنهج الاستقرائي: القائم على جمع المادة العلمية حول ظاهرة معينة، وتتبع الملاحظات بدقة.

٢. المنهج الاستنباطي: القائم على استنتاج الحقائق بناء على تحليل المعلومات والوقائع، وترجيح الأقوى دليلاً.

## سابعاً: خطة الدراسة

جاءت الدراسة في مبحثين وخاتمة، وذلك وفق الخطة التالية:-

١- شفيق عبدالرزاق السامرائي: الدبلوماسية، دار الحكمة، لندن، ٢٠١١، ص ١١.

٢- حسين محمد جميل: دراسات في القانون الدولي العام، الجزء الثاني، جامعة بنها، مصر، ٢٠٠٩، ص ٣٩.



المبحث الأول: الإطار النظري لمبدأ المعاملة بالمثل في العلاقات الدولية الدبلوماسية.

المطلب الأول: مضمون مبدأ المعاملة بالمثل

الفرع الأول: مفهوم مبدأ المعاملة بالمثل

الفرع الثاني: جذور نشأة مبدأ المعاملة بالمثل

المطلب الثاني: المشروعية القانونية لمبدأ المعاملة بالمثل

الفرع الأول: التأصيل القانوني لمبدأ المعاملة بالمثل

الفرع الثاني: الضوابط القانونية لمبدأ المعاملة بالمثل

المبحث الثاني: الإطار التطبيقي لمبدأ المعاملة بالمثل في العلاقات الدولية الدبلوماسية

المطلب الأول: المظاهر الإيجابية للممارسة العملية لمبدأ المعاملة بالمثل

الفرع الأول: المبدأ وسيلة مرنة لتطوير قواعد القانون الدولي

الفرع الثاني: المبدأ وسيلة عادلة لحل النزاعات الدولية

المطلب الثاني: المظاهر السلبية للممارسة العملية لمبدأ المعاملة بالمثل

الفرع الأول: مظاهر سلبية مشروعة

الفرع الثاني: مظاهر سلبية غير مشروعة

الفرع الثالث: صعوبات تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل في عالم تسلط القوى الكبرى



## المبحث الأول: الإطار النظري لمبدأ المعاملة بالمثل في العلاقات الدولية الدبلوماسية.

في هذا المبحث سيتم تناول الإطار النظري والتأصيل القانوني لمبدأ المعاملة بالمثل فضلاً عن النطاق القانوني الذي يخضع له المبدأ وما يرد عليه من ضوابط، وذلك من خلال المطالبين التاليين :

المطلب الأول : مفهوم مبدأ المعاملة بالمثل

المطلب الثاني : المشروعية القانونية لمبدأ المعاملة بالمثل.

المطلب الأول : مفهوم مبدأ المعاملة بالمثل

وذلك من خلال بيان تعريف مبدأ المعاملة بالمثل وجذور نشأته ومقاصده.

الفرع الأول: تعريف مبدأ المعاملة بالمثل

اختلفت المفاهيم حول تعريف مبدأ المعاملة بالمثل بين فقهاء العلاقات الدولية تأثراً بالمدارس التي ينتموا إليها، وذلك ما بين من عرفه من منظور سلمي والآخر إيجابي .

أولاً: تعريف مبدأ المعاملة بالمثل من منظور سلمي .

على الرغم من التطور الحاصل على صعيد القانون الدولي والذي يريد للعلاقات الدولية أن تكون قائمة على الشكل الإيجابي بين الدول، إلا أن أصحاب المدرسة الواقعية وعلى رأسهم المفكر الإيطالي ميكافيلي، لا زالوا يعرفون مبدأ المعاملة بالمثل من منظور سلمي بأنه ينطوي على معنى التباديل المضادة التي تهدف الى العقاب و رد القوة بمثلها، ووفقاً لذلك تم تعريفهم لمبدأ المعاملة بالمثل على أنها اعتداء دولة على حق دولة أخرى رداً على اعتداء مماثل من جانب الأخيرة، كما عرف بأنه اجراءات قصرية مخالفة لقواعد القانون الدولي تكون رداً على مخالفات ارتكبتها دولة أخرى بهدف إلحاق الضرر بها وإجبارها على احترام القانون، وبهذا المعنى فإن مبدأ المعاملة بالمثل ينطوي على معنى الانتقام أو الاقتصاص وهو ما يخالف مقاصد ومبادئ القانون الدولي، وبهذا الخصوص فإن المعاملة بالمثل من هذا المنظور تعد من إجراءات الاقتصاص بوجود عناصر ثلاثة: وهي مخالفة قواعد القانون الدولي، وعدم إزالة المخالفة أو التعويض عليها، والرد بمخالفة لقواعد القانون الدولي على المخالفة الأولى .<sup>٢</sup>

ثانياً: تعريف مبدأ المعاملة بالمثل من منظور إيجابي .

هناك جانب آخر من الفقه وعلى رأس هؤلاء المفكر الإنجليزي جون لوك، يعرفون مبدأ المعاملة بالمثل من منظور إيجابي على أنه التنازلات المتبادلة لإبداء كافة أنواع التساهيل والتسامح لتعزيز التعاون الدولي، وعلى اعتبار أن الاحترام يتحكم في مجمل العلاقات الدولية والتعاملات الإنسانية، فالإنسان غالباً ما يتطلع إلى السلام وحماية نفسه بذات القدر الذى يتطلع به الآخرون، كما إنه يسعد بذات الحرية التي يتمتع بها الآخرون ازاءه وهو ما يدفع الدول نحو تبادل الأشياء شكل متساو ومتبادل بين الأطراف، كون المعاملة بالمثل هي الأداة لتحديد المصالح المشتركة وأوجه التعامل بين الدول وبوجود قدر من الامتيازات والحصانات يتفق عليها الطرفين في مقابل تعامل مماثل أو تساوى المصالح. وهو ما يتفق مع المفهوم القانوني الدولي الدبلوماسي لمبدأ المعاملة بالمثل والذي يشترط لممارسة المبدأ أن لا يخل بمبدأ عدم التمييز

١ - أنظر في ميثاق منظمة الأمم المتحدة لعام ١٩٤٥: الفصل ١١، المقاصد الجيئة، وبادها، المقاصد: المادة (١)، المبادئ: المادة ٢

٢ - حنا كاظم جعفر: مبدأ المعاملة بالمثل في الفقه الدولي، في الدبلوماسية، أطروحة دكتوراه في الفقه الدولي، في الدبلوماسية، منشورة: جامعة كربلاء، العراق، ٢٠٢٢، ص ١٢، ١٣



بين الدول وفق المادة (٢/٤٧) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١ م ، كما يتفق مع غايات ومبادئ القانون الدولي في شكل العلاقات الدولية والتي يراد لها أن تكون قائمة على التعاون والاحترام المتبادل وعدم الاقتصار أو التأثير بين الدول، وهو ما يقرأ من خلال بعض الاتفاقيات الدولية التي تنظم العمل الدبلوماسي بين الدول، وهو ما سنوضحه بشيء من الإسهاب عند الحديث عن المشروعية القانونية لمبدأ المعاملة بالمثل، كما يتفق هذا التعريف مع فقهاء الشريعة الإسلامية للعلاقات الدولية ، حيث جاء المبدأ في مجال العلاقات الدبلوماسية مع الدول غير الإسلامية مقيداً بالقواعد الإنسانية التي جاء بها القرآن الكريم و السنة النبوية، فالإسلام يرفض تبادل الإساءة بما يشكل تعدى على الحصانات والحقوق الإنسانية بين المبعوثين الدبلوماسيين كما جاء في قوله تعالى { وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين } فبالرغم من وجود آيات قرآنية تدعو إلى رد الاعتداء أو الفعل بمثله منه قوله تعالى في سورة البقرة، الآية (١٩٤) { .. فمن اعتدى عليكم فاعتدوا بمثله ما اعتدى عليكم .. } ، وكذلك ما جاء في سورة النحل، الآية رقم (١٢٦) { و إن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به .. } إلا أن هنالك استثناءات على هذه القاعدة ومنها عدم قتل المستأمن فإذا قتل مسلم في بلاد غير مسلمة، فلا يجوز للدولة الإسلامية قتل غير المسلمين المقيمين لديها وذلك لحرمه قتل المعاهد المستأمن لقوله تعالى في سورة النجم، الآية (٣٨) { ولا تزر وازرة وزر أخرى }

### الفرع الثاني : جذور نشأة مبدأ المعاملة بالمثل.

بداية لإعمال مبدأ المعاملة بالمثل لا يكون بداية إلا بين الدول ذات سيادة توفر لها شرط الرضائية التي تتيح لها التعبير عن مصالحها في علاقاتها الدولية، و شرط وقوع الاعتراف الدولي المتبادل بينهم لكي يتيح لهم الدخول في علاقات ، وحدوث التوازن بين الحقوق والالتزامات لاستمرار هذه العلاقات .  
إلا أنه يعود جذور نشأة المعاملة بالمثل إلى قواعد المجاملات الدولية ، أكثر ما في كونها سلوكاً أخلاقياً، وذلك على اعتبار أن هناك فرقاً بين المجاملات الدولية و الاخلاق الدولية.

### أولاً: الفرق بين المجاملات الدولية والأخلاق الدولية.

المجاملات الدولية: عبارة عن عادات مستحبة يملئها سير العلاقات بين الدول وتوثيق العلاقات فيما بينها، ولكنها لا ترقى إلى مصاف القواعد القانونية الملزمة، ولا يعتبر إغفال هذه المجاملات عملاً غير مشروع يترتب عليه المسؤولية الدولية، وما هو إلا عمل غير ودي ولا يترتب عليه سوى المعاملة بالمثل، ومن قبيل المجاملات الدولية، قواعد البروتوكول في استقبال رؤساء الدول الأجنبية السابقين بالامتيازات و الحصانات التي كانت مقررة لهم قبل زوال صفتهم، وعدم نشر المراسلات أو محاضر المفاوضات قبل الاتفاق على ذلك بين الدول المعنية، وتبادل التهاني بين الدول في المناسبات الوطنية.

أما الأخلاق الدولية: عبارة عن قواعد يملئها الضمير العام أو الأخلاق المثلى على الدول دون أن تتوفر لها كذلك الإلزام القانوني شأنها في ذلك شأن المجاملات الدولية ولا يقتزن بها جزاء، ولكنها تولد استهجان أخلاقي، ومن قبيل قواعد

١ - يمثل مبدأ عدم التمييز، مع المساواة أمام القانون والحماية المتساوية التي يكفلها القانون دون أي تمييز، مبدأ أساسياً وعماماً يتعلق بحماية حقوق الإنسان.

٢ - هاني السباعي: القصاص (دراسة في الفقه الجنائي المقارن)، مركز الريزي للدراسات، ٢٠٠٤م، ص ٢١٨.

٣ - منتصر سعيد حمودة: القانون الدبلوماسي، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ٢٠١١م، ص ٩٢.



الأخلاق الدولية، القاعدة التي توجب على الدول والمنظمات الدولية تقديم المساعدة و العون للدول التي تتعرض للكوارث الطبيعية أو الأوبئة والمجاعة .

إلا أن قواعد المجاملات والأخلاق الدولية يمكن أن يتحوّلوا مع الزمن إلى قواعد قانونية ملزمة، فالحصانات و الامتيازات الدبلوماسية بدأت مجاملات ثم تحوّلت إلى قواعد قانونية وفق ما سنرى.

#### ثانياً: مقاصد نشأة مبدأ المعاملة بالمثل .

١- يهدف مبدأ المعاملة بالمثل مراعاة حسن التعامل بالمثل، فتحقيق المصالح بين الدول مرهون بالاحترام والتقدير الذي يجب أن يكون متبادلاً بين طرف وآخر.

٢- مبدأ المعاملة بالمثل وسيلة لتعزيز كل صلات التعاون الدولي اللازمة الاستمرار الحياة المشتركة من الدول.

٣- يحقق مبدأ المعاملة بالمثل التكافؤ والمساواة بين الدول، أي تحقيق المساواة القانونية والتوازن بين أشخاص القانون الدولي وذلك بين ما لهم من حقوق وما يقع عليهم من التزامات .

٤- يحافظ مبدأ المعاملة بالمثل على ديمومية وانسيابية العلاقات الدولية بشكل منطقي وعادل، فالمعاملة بالمثل هي المحرك لإقامة المصالح وهو وسيلة من وسائل الاتصال الخارجي وكيفية إدارة الدول لشؤونها الدولية.

٥- المعاملة بالمثل ليست مجرد ردود من نوع متجانس، فالمعاملة المثل صورتان اساسيتان تتم أولهما بالتماثل المتطابق المطلق أو الحقيقي، إذ تقوم الدولة بتصرفات مماثلة تماماً لتلك التي جاءت بها الدولة الأخرى، في حين ثم الصورة الثانية بالتبادل، وذلك حين تقوم الدولة بتصرفات مختلفة عن تصرفات الدولة الأخرى ، بيد أن لها القيمة القانونية ذاتها، فالتماثل هنا ليس تماثل مطابق قيمي .

#### المطلب الثاني : المشروعية القانونية لمبدأ المعاملة بالمثل.

وذلك من خلال بيان أساسه القانوني ونطاق ممارسته وضوابطه

#### الفرع الأول: التأصيل القانوني لمبدأ المعاملة بالمثل

وهو ما سيتضح من خلال التالي :

#### أولاً: أساسه المستمد من القانون الدولي :

للعرف دور كبير في نشوء المبادئ والقواعد القانونية، لاسيما الدبلوماسية منها، إذ ينشأ العرف الدولي من التقاليد والعادات والمجاملات التي تواتر العمل بها من قبل الدول في تصرفاتها ليكتسب بذلك القوة الملزمة، ولذلك يعد مبدأ المعاملة بالمثل عرفي الطابع في نشأته القانونية، ويعد العرف من المصادر الأساسية للقانون الدولي عامة وهو ما أورده المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وهنا يتجلى دور المعاملة بالمثل شكل كبير في إطار العرف الدولي إذ تدرك الدولة أن أفعالها يمكن أن تتكرر من قبل الدول الأخرى ليتم بذلك تبادل المصالح في مثل هذه السلوكيات، وهذا أمر أساسي لدور المعاملة بالمثل في القانون العرفي، إلى أن تم تقنينه في الاتفاقيات الدولية للعمل الدبلوماسي، حيث تمت الإشارة إليه في اتفاقية فيينا لعام ١٩٦١م، في المادة (٤٧ / ٢) والتي أشارت إلى أنه يمكن

١ - منتدى المقالات والأبحاث القانونية الدولية: الفرق بين الأخلاق الدولية والمجاملات الدولية، مقال علمي، شبكة قانون الأردن، ٢٠١٠م، منشور على الموقع

<http://www.lawjo.net>:

٢ - سعد عزت السعدي: مبدأ المعاملة بالمثل في تطبيق القانون، مقال علمي، قناة الحوار المتمدن، العدد (٦٠٥٠)، ٢٠١٨م، منشور على الموقع:

<http://www.anewar.org/debat/snow.art.asp?aid=617706>



للدول أن تمنح وبشكل متبادل وعلى أساس العرف أو الاتفاق معاملة أكثر ما تمليه أحكام هذه الاتفاقية سواء بشكل أوسع أو العكس بما تسمح به الاتفاقية وعلى أساس المعاملة بالمثل وهو ذاته الأمر الذي أوردته اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣م، في المادة (٧٢/ ٢) وكذلك اتفاقية البعثات الخاصة لعام ١٩٦٩م، في المادة (٩٤/ ٢) .

وعلى الرغم من عدم وجود النص الصريح على المبدأ في مبادئ ميثاق منظمة الأمم المتحدة فإنه يقرأ من خلال المبادئ القانونية الأخرى المنصوص عليها في الميثاق، ومن هذه المبادئ التي جاء مبدأ المعاملة بالمثل نتاجاً لها، مبدأ المساواة القانونية والمساواة في السيادة بين الدول كما يقرأ في المقاصد والغايات المنصوص عليها في الميثاق والتي من بينها : تحقيق التعاون الدولي وإتمام العلاقات الودية بين الأمم على أساس الاحترام، كما له صلة بمبادئ أخرى مثل مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية، وهو ما أكدت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم (٢٦٢٥) لعام ١٩٧٠م، والتي بيت فيه ضرورة مراعاة مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالتعاون الدولي والعلاقات الودية وتنفيذ الالتزامات وفقاً لمبدأ حسن النية تحقيقاً لمقاصد الأمم المتحدة، كما له صلة بمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق وهو من المبادئ القديمة المعترف بها في القانون الدولي .

كما يجد المبدأ أساسه في النظام الأساسي لعمل محكمة العدل الدولية، باعتبارها محكمة تختص بفض النزاعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١م، وذلك على سبيل الاختصاص الإلزامي وفق المادة الأولى من البروتوكول الاختياري لاتفاقية فيينا الدبلوماسية بشأن التسويات الإجبارية للمنازعات لعام ١٩٦٤م ، كما يتيح العمل لمحكمة العدل الدولية في تسوية القضايا والخلافات القانونية، عند صدور إعلانات من الدول بقبول الولاية الإلزامية للمحكمة وذلك وفقاً للمعاملة بالمثل، أي أن تصدر دولة اعلان بقبول اختصاص المحكمة للنظر في محتوى خلاف معين، تم تتبعها دولة أخرى بإعلان مماثل لاختصاص المحكمة لهذا الخلاف وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل، وهو ما تأكده الفقرة الثالثة من المادة (٣٦) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية فهي تشير إلى المعاملة بالمثل فيما يتعلق بمحتوى إعلانات قبول اختصاص المحكمة .

#### ثانياً: أساسه المستمد من القوانين الوطنية:

تم النص على مبدأ المعاملة بالمثل في عدد من دساتير دول العالم، كالدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨م، وذلك في موضوعين هما: في ديباجته والمادة (٥٥) من الدستور الفرنسي ، والدستور الإسباني لعام ١٩٧٨م، في المادة (١٣)

١ - أحمد أبو الوفا: قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية (علمياً وعملاً)، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣.

٢ - سمير محمد فاضل: المسؤولية الدولية عن الأضرار الناتجة عن استخدام الطاقة النووية وقت السلم، القاهرة، ١٩٧٦م، ص ١٥٨.

٣ - مسلم طاهر حسون: اللجوء الدبلوماسي في القانون الدولي، ط ١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٩م، ص ٩٤.

٤ - جنان كاظم جنجر: مبدأ المعاملة بالمثل في القانون الدولي الدبلوماسي، مرجع سبق ذكره، ص ٧٣.

٥ - كرم خلفان: العلاقة بين القانون الدولي و أحكام القانون الدستوري، مجلة المجلس الدستوري (تعبية، سمو أم تكامل)، العدد ٣، ٢٠١٤م، ص ٣٢.

٦ - المادة (٥٥) من الدستور الفرنسي تنص علي : ( يكون للمعاهدات أو الاتفاقيات التي يتم التصديق أو الموافقة عليها حسب الأصول وعند نشرها قوة تفوق قوانين البرلمان شريطة أن يطبقها الطرف الأخر بالمثل فيما يتعلق بهذا الاتفاق أو هذه المعاهدة).

٧ - المادة (١٣) من الدستور الإسباني تنص على مبدأ المعاملة بالمثل في موضوعين، الأول : يتعلق بمنح الأجانب بعض الحقوق السياسية (استثناء من القاعدة التي توجب منح تلك الحقوق لمواطني الدولة فقط) وهي حق التصويت والترشح في الانتخابات البلدية مراعاةً لمبدأ المعاملة بالمثل، أما الموضوع الثاني فهو في مجال تسليم المطلوبين.



والدستور العراقي لعام ٢٠٠٥م، في المادة (٨) أما عن مشروع الدستور الليبي لعام ٢٠١٧م فلم يجد الباحث إلا الإشارة غير الصريحة للمبدأ وفق المادة (١٤) والتي بعنوان اللجوء السياسي، حيث أوردت المادة أحد ضوابط مبدأ المعاملة بالمثل وهو حظر تسليم اللاجئين السياسيين لغير القضاء الدولي، فالشخص الدبلوماسي يصنف على أنه سياسي كذلك.

كما تم النص على المبدأ في غالبية التشريعات الوطنية للدول، ومن هذه التشريعات ما ورد في القانون الليبي رقم (٩) لعام ١٩٧٧م، بشأن انضمام ليبيا إلى اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١م، وذلك تحديداً في المادة (٢/١) من القانون والتي تنص على المعاملة بالمثل فيما يخص حرمة مراسلات البعثة الدبلوماسية ووظائفها، كذلك ما ورد في القانون المصري رقم (٩١) لعام ٢٠٠٥م، والمعدل بالقانون رقم (١٩٩) لعام ٢٠٢٠م، وتحديداً في المادة (١٣) بشأن الإعفاءات من ضريبة الدخل وفق المعاملة بالمثل، والقانون الأردني رقم (٢٠) لعام ١٩٩٨م، وتحديداً في المادة (١٥٠) بشأن الإعفاءات الدبلوماسية من الرسوم الجمركية والضرائب .<sup>٤</sup> كما تمت الإشارة إلى المبدأ في اللوائح التنفيذية للقانون، كالإشارة غير الصريحة للمبدأ في اللائحة التنفيذية للقانون الليبي رقم (٢) لعام ٢٠٠١م، بشأن تنظيم العمل السياسي والقنصلي، وذلك في المادتين (١٠)، (١٧/ب) من اللائحة التنفيذية .

### الفرع الثاني : الضوابط القانونية لمبدأ المعاملة بالمثل.

وهو ما سيتم تناوله من خلال التالي :

#### أولاً: النطاق القانوني الخاضع لمبدأ المعاملة بالمثل.

لممارسة مبدأ المعاملة بالمثل في إطار العلاقات الدولية الدبلوماسية يكون في إطار النطاق القانوني التالي :

#### ١. المعاملة بالمثل في الحصانات الدبلوماسية

#### وهي تنقسم إلى :

أ. المعاملة بالمثل في الحصانة الشخصية: والتي تتجسد في المحافظة على حقوق الرسل والسفراء وسلامتهم وهي كالاتي :

١ - المادة (٨) من الدستور العراقي تنص على: يعرى العراق مبدأ حسن الجوار، ويلتزم بعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الاخرى على أساس التعامل بالمثل  
٢ - المادة (٢/١) من القانون الليبي رقم (٩) لعام ١٩٧٧م، تنص: ( إن الجمهورية العربية الليبية لن تكون ملزمة بتنفيذ الفقرة الثانية من المادة (٢٧) من الاتفاقية المشار إليها إلا على أساس المعاملة بالمثل)، علماً أن المادة تتحدث عن حرمة مراسلات البعثة الدبلوماسية ووظائفها.  
٣ - المادة (١٣) من القانون المصري رقم (١٩٩) لعام ٢٠٠٥م المعدل تنص: ( استثناء أعضاء السلك الدبلوماسي من ضريبة الدخل في نطاق عملهم الرسمي وبشرط المعاملة بالمثل ومحدود تلك المعاملة).  
٤ - سهيل الفتلاوي: الحصانة الدبلوماسية للمبعوث الدبلوماسي، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، مصر، ٢٠٠٤م، ١٤٧.  
٥ - المادة (١٠) من اللائحة التنفيذية للقانون الليبي رقم (٢) لعام ٢٠٠١م، تنص على: (... يكون مسؤول المكتب أو من يجل محله مسؤولاً تجاه سلطات الدولة المعتمد لديها... ويقوم بجميع الواجبات التي يفرضها القانون والعرف الدولي... وقواعد المجاملة بين الدول).  
المادة (١٧/ب) من ذات اللائحة تنص على: ( إذا وجد نص بالإعفاء في التشريعات الليبية أو في معاهدة أو اتفاقية تكون ليبيا طرفاً فيها، أو كان الإعفاء مقررًا بمقتضى عرف دولي ).





- عدم تعرض المبعوث الدبلوماسي للخطر أو الأذى أو القتل، وهو ما نصت عليه المادتين (٢٩)، (١/٣٠) من اتفاقية فيينا الدبلوماسية لعام ١٩٦١ م .
- حصانة مقر البعثة الدبلوماسية وممتلكاتها من الاقتحام أو إساءة الاستخدام، وهو ما تأكده المادة (٢٢) من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦١ م، والمادة (٢/٤٧) من اتفاقية البعثات الخاصة لعام ١٩٦٩ م.
- ب. **المعاملة بالمثل في الحصانة القضائية:** وتتجسد في تمتع المبعوث الدبلوماسي بالإعفاء من القضاء الجنائي في الدولة المعتمد لديها، وبناء على ذلك ليس للدولة المضيفة أن تحاكم المبعوث الدبلوماسي في محاكمها عند ارتكابه جريمة جنائية، وكل ما تستطيع أن تفعله الدولة في أسوأ الأحوال هو القبض على المبعوث الدبلوماسي وطرده ليس أكثر، أو ترفع الأمر إلى دولته للنظر فيه، ويترتب أيضاً على الحصانة القضائية عدم إلزام المبعوث الدبلوماسي بأداء الشهادة أمام قضاء الدولة المضيفة، لان فيه معنى الاعتداء على سيادة الدولة المرسله المتمثلة في شخص المبعوث الدبلوماسي، وهو ما نصت عليه المادة (١/٣١) من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦١ م، كما يتمتع المبعوث الدبلوماسي بالحصانة التنفيذية بعدم جواز تنفيذ الحكم الصادر على المبعوث من محاكم الدولة المعتمد لديها وهذا ما نصت عليه اتفاقية فيينا الدبلوماسية لعام ١٩٦١ م، في المادة (٤/٣٢).
- ج. **المعاملة بالمثل في الحصانة المالية:** وهي ما يتمتع به الرسل والسفراء من إعفاءات مالية مثل الإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية، وهي تدخل كذلك من اطار الامتيازات التي تمنح للمبعوث الدبلوماسي وهو نصت عليه المادة (٢٣) بفقرتها الأولى والثانية من اتفاقية فيينا الدبلوماسية لعام ١٩٦١ م .

## ٢. المعاملة بالمثل في الامتيازات والتسهيلات الأخرى :

- قد تتطلب الضرورة الدبلوماسية توفير امتيازات أخرى، مثل حرمة تفتيش الحقيبة الدبلوماسية والمراسلات وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٢٧) من اتفاقية فيينا الدبلوماسية لعام ١٩٦١ م، واستعمال علم الدولة المعتمدة وشعارها، وهو ما نصت عليه المادة (٢٠) من اتفاقية فيينا الدبلوماسية لعام ١٩٦١ م .

## ٣. المعاملة بالمثل في مهام البعثة الدبلوماسية :

- نص القانون الدولي العام في المادة (٣) من اتفاقية فيينا الدبلوماسية لعام ١٩٦١ م، على مهام البعثة الدبلوماسية، ومن هذه المهام:

- تمثيل الدولة الموفدة لدى الدولة المعتمدة لديها
- حماية المصالح الخاصة بالدولة الموفدة
- مراقبة تنفيذ الدولة الموفد لديها لالتزاماتها قبل الدولة الموفدة
- حماية رعايا الدولة الموفدة للبعثة إذا وقع عليهم اعتداء إن لم تدفع الدولة المضيفة الاعتداء عنهم مباشرة .

١ - علي صادق أبو هيف: القانون الدبلوماسي، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٢ .

٢ - علي حسين الشامي: الدبلوماسية نشاطها وتطورها وقواعدها، ط٣، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ٢٠٠٧، ص٤٧٠ .

٣ - سعيد المهيري: العلاقات الخارجية للدولة الاسلامية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلاقات الدولية، منشورة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، الرياض، ١٩٨٨ م، ص٣٥١ .



### ثانياً : استثناءات مبدأ المعاملة بالمثل.

على الرغم من أهمية مبدأ المعاملة بالمثل كوسيلة تعاون وتقارب بين العلاقات الدولية، إلا إن الأخذ به على إطلاقه قد ينعكس سلباً على هذه العلاقات، ويلاحظ أن اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١م، لم تضع قيود على هذا المبدأ بل جاءت صياغة نص المادة (٢/٤٧) مطلقة وهو ما قد يتناقض مع الهدف من إقامة العلاقات الدبلوماسية، خلاف اتفاقية البعثات الخاصة لعام ١٩٦٩م، والتي تحظر المعاملة بالمثل في انتهاك حرمة وحصانات المبعوث الدبلوماسي وفق المادة (٢/٤٩)، وهي اتفاقية تنظم حقوق وامتيازات بعثة دبلوماسية مؤقتة ولأداء مهمة محددة، فمن باب أولى أن يورد ذكر هذه الاستثناءات على صعيد البعثات الدبلوماسية الدائمة التي تنظمها اتفاقية فينا لعام ١٩٦١م.

على كل حال للمبدأ مؤكّد ضوابط وقيود، وذلك بمنع أي معاملة بالمثل تخالف المقاصد والأهداف التي يقام عليها القانون الدولي والمنصوص عليها في ميثاق منظمة الأمم المتحدة .

وهنا سنقسم الضوابط أو القيود إلى :

#### ١ . قيود في أوقات السلم :

ففي أوقات السلم يحظر المساس بحصانات وامتيازات المبعوث الدبلوماسي ومقر البعثة الدبلوماسية، الوارد ذكرهم، أي ما للمبعوث الدبلوماسي من حصانة شخصية، والتي لا تقتصر على ذات المبعوث بل تشمل مسكنه ووثائقه ومراسلاته وأفراد أسرته، والحصانة القضائية في المسائل الجنائية والمسائل المدنية والإدارية استناداً للعرف الدولي، وما جاءت به اتفاقية البعثات الخاصة لعام ١٩٦٩م، فضلاً عن الحصانة التنفيذية للحماية الدبلوماسية للموظفين تعد جوهرها وأساساً للقانون الدولي وأحكامه والتي من شأنها أن تساعدهم على القيام بمهامهم على أفضل وجه، وما يرافق ذلك من امتيازات ومزايا، واعفائهم من الخضوع لبعض القوانين المحلية للدولة المعتمد لديها، وهو ما اعتمده اتفاقية فينا الدبلوماسية لعام ١٩٦٠م، في ديباجتها.

#### ٢ . قيود في أوقات النزاع :

ففي أوقات النزاع يحظر استخدام القوة بكافة أنواعها، أو حتى التهديد باستخدامها، فضلاً عن الامتناع عن أية أعمال إرهابية على المبعوثين الدبلوماسيين ومقراتهم الدبلوماسية، فحظر المعاملة بالمثل في استخدام القوة فإن لم تنص عليه اتفاقية فينا الدبلوماسية لعام ١٩٦١م، فهو يعد من أهم مبادئ وأهداف منظمة الأمم المتحدة ، لا سيما أن القانون الدولي يفرق بين حالة الدفاع الشرعي ورد القوة يمثلها خارج إطار الشرعية الدولية فالمادة (٥١) من الميثاق أجازت حالة الدفاع الشرعي اذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء الأمم المتحدة، إلا أن لهذا الحق قيود عدة منها أن يكون هنالك عدوان مسلح موجه إلى الدولة مباشرة، وأن يكون العدوان حالاً واقعاً، وأن لا تكون هناك وسيلة أخرى لرد العدوان، إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين.

١ - المادة (٤/٢) من ميثاق منظمة الأمم المتحدة التي تنص : ( يمتنع أعضاء الهيئة جميعاً في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستخدام القوة، أو استخدامها ضد سلامة الأراضي... ومقاصد الامم المتحدة ).



كما يجب على الدول تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني واعتبار المبعوثين الدبلوماسيين من ضمن المدنيين الذين أقرت لهم اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩م، حماية خاصة بأن لا يكونوا أهدافاً للضغط على الدولة العدو عملاً بالمادة (١٠٤) التي تنص : لا يعتمد الالتزام باحترام وكفالة القانون الدولي الإنساني على المعاملة بالمثل، وكذلك يجب تصنيف مقرات البعثات الدبلوماسية من الأعيان المدينة التي يجب أن لا تكون هدفاً للعمليات العسكرية وإلا ستقام المسؤولية الدولية على انتهاك هذه الحرمات الدبلوماسية ، فهناك مسؤولية تقصيرية من قبل الدولة المعتمد لديها المبعوث على اعتبار أنها لم تحقق الأمن للبعثة الدبلوماسية سواء من سلطتها التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، كما تقوم المسؤولية الجنائية الشخصية لكل من قام بانتهاك جسيم لاتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ م .

### المبحث الثاني: الإطار التطبيقي لمبدأ المعاملة بالمثل في العلاقات الدولية الدبلوماسية.

في هذا المبحث سيتم تناول الإطار التطبيقي لمبدأ المعاملة بالمثل، وذلك لمعرفة هل يقتصر تطبيق المبدأ على الجانب المثالي الذي أرادة القانون الدولي وذلك على أنماط التعاون والمحبة، أم تعداه إلى مناح العنف والانتقام. وذلك في خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول : المظاهر الإيجابية للممارسة العملية لمبدأ المعاملة بالمثل

المطلب الثاني : المظاهر السلبية للممارسة العملية لمبدأ المعاملة بالمثل

#### المطلب الأول : المظاهر الإيجابية للممارسة العملية لمبدأ المعاملة بالمثل.

لمبدأ المعاملة بالمثل العديد من المظاهر الإيجابية سواء على مستوى القانون الدولي والعلاقات الدولية وذلك من خلال الممارسة والتطبيق، ويعود ذلك بداية لعدة أسباب منها:

#### الفرع الأول : مبدأ المعاملة بالمثل وسيلة مرنة لتطوير قواعد القانون الدولي.

وهو ما سيتضح من خلال التالي :

##### أولاً: وسيلة لتعزيز الحقوق والامتيازات:

فمن خلال الممارسة العملية لمبدأ المعاملة بالمثل، أصبح مصدراً تشريعياً غنياً لإنتاج القواعد القانونية وذلك لكون مبدأ المعاملة بالمثل يتسم بالمرونة في التطبيق دون التقيد بالنص الحرفي للنصوص سواء بالزيادة أو النقصان، وبما لا يحل بمبدأ عدم التمييز بن الدول وذلك بفضل قواعد المحاملات الدولية التي تسير جنباً إلى جنب مع القواعد القانونية، وبفضل ما منحه القانون الدولي الدبلوماسي من مرونة للدول وفق المادة (٢/٤٧) من اتفاقية فيينا الدبلوماسية لعام ١٩٦١م، الأمر الذي جعل مبدأ المعاملة بالمثل مصدراً تشريعياً غنياً لإنتاج القواعد القانونية، كما يحافظ المبدأ على ديمومة و انسيابية العلاقات الدولية بشكل منطقي وعادل.

١ - عبدالرزاق تيطراوي: حماية البعثة الدبلوماسية أثناء النزاعات المسلحة، بحث علمي، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، الجزائر، ٢٠١٨م، الملخص.

٢ - اللجنة الدولية للصليب الأحمر: قواعد بيانات القانون الدولي الإنساني العرفي، القاعدة ١٤٠، مبدأ المعاملة بالمثل، المجلد الثاني،

الفصل ٤٠، القسم ب، متاح على الإنترنت، رابط الموقع الإلكتروني: [http://ihl\\_databases.icre.org](http://ihl_databases.icre.org)



ومن الأمثلة الإيجابية على ذلك، منح الحصانات والامتيازات لسفير دولة أخرى في إقليم دولة غير معتمد عليها، وكأن على سبيل المثال يقوم السودان بتكريم سفير المملكة العربية السعودية في أمريكا إذا ما زار السودان في جولة سياحية كما لو كان سفيراً معتمداً لديها، ومعاملة المملكة بالتالي لسفير السودان في فرنسا معاملة مماثلة إذا ما زار فرنسا للأسباب ذاتها .<sup>١</sup>

كذلك من المظاهر الإيجابية لتطبيقات مبدأ المعاملة بالمثل، قرار مجلس وزراء حكومة الوحدة الوطنية رقم (٧٨١) لسنة ٢٠٢٢م، بشأن الموافقة على تخصيص عقار، حيث وافق مجلس الوزراء على المعاملة بالمثل للدول التي توافق على تخصيص أراضي أو مبان لصالح السفارات الليبية ويصدر قراراته بتخصيص أرض لسفارات قطر وتركيا والإمارات والولايات المتحدة الأمريكية، وجاري التنسيق مع وزارة الخارجية فيما يخص باقي السفارات التي تتعامل بنفس المبدأ .

#### ثانياً : وسيلة لضمان تنفيذ الالتزامات الدولية .

يشكل مبدأ المعاملة بالمثل قوة كامنة لضمان تنفيذ الالتزامات الدولية، وذلك لكونه يضمن تلافي شبهة الغبن في الاتفاقيات الدولية، فالحقوق والالتزامات متوازنة بين الدول في علاقاتها، وكذلك لما يحمله مبدأ المعاملة بالمثل من جزاء منتظر متبادل في حال عدم الالتزام من قبل أحد الأطراف، وكذلك لما يشكله مبدأ المعاملة بالمثل من ضمان في حال غياب القواعد القانونية وهو ما أكدته مجلس الدولة المصري في فتوى صادرة عنه بشأن تحديد نطاق الإعفاءات من الضرائب المقررة للبعثات الدبلوماسية، إذ قدرت بفتواها اندماج المبادئ والقواعد العرفية دون الحاجة إلى إجراء تشريع في القانون الدولي، فالعرف يسد النقص الذي يكون حاصل في قواعد التشريع الخاص بالحصانات والامتيازات الدبلوماسية .<sup>٣</sup>

#### الفرع الثاني: وسيلة عادلة لحل النزاعات بين الدول.

وذلك وفقاً للتالي :

#### أولاً: على صعيد القضاء الدولي:

في سياق العدالة الدولية أثير مبدأ المعاملة بالمثل على صعيد القضاء الدولي، فقد نظرت محكمة العدل الدولية في عدة قضايا أثير فيها مبدأ المعاملة بالمثل، من هذه القضايا قضية شركة النقط (الأنجلو- إيرانية) والتي قدمتها المملكة المتحدة ضد إيران، في العام ١٩٥٢م، بسبب تأمين هذه الشركة في عام ١٩٥١م، من قبل محمد مصدق رئيس وزراء إيران سابقاً، ما ألحق خسائر للمملكة البريطانية، وقد أعلنت المحكمة أنها لا تملك الولاية للفصل في القضية، وفق الفقرة الثانية من المادة (٣٦) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية وذلك عند حدوث اتفاق خاص بين الدول بقول الاختصاص الإلزامي للمحكمة وذلك وفق مبدأ المعاملة بالمثل، بسبب أن الإعلان الإيراني بقبول الاختصاص الإلزامي لمحكمة العدل الدولية ووفقاً للمعاملة بالمثل، كان أضيقت نطاقاً من إعلان المملكة المتحدة، فقبول اختصاص محكمة العدل الدولية وفقاً للإعلان الإيراني كان وفقاً لاتفاقيات محددة، وبذلك لا تستطيع المحكمة النظر في القضية.

١ - سعد عزت السعدي: مبدأ المعاملة بالمثل في تطبيق القانون، مرجع سبق ذكره، منشور على الموقع:

<http://www.anewar.org/debat/snow.art.asp?aid=6117706>

٢ - حكومتنا، منصة إلكترونية للتواصل بين حكومة الوحدة الوطنية مع عموم الشعب الليبي، موجودة على موقع التواصل الاجتماعي :

<https://www.facebook.com/HAKOMITNA>

٣ - عبدالعزيز محمد سرحان: القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م، ص ٢٢٨.



ولذلك أعربت محكمة العدل الدولية في قضيته نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٨٦م، أن (( على المحكمة ان تتأكد ما إذا كانت الدولتان قد قبلتا في تلك اللحظة التي اعلنوا فيها قبول اختصاص حكمة العدل الدولية للمعاملة بالمثل ذات الالتزامات)) وبالتالي هنا قد يقرأ أن لمبدأ المعاملة بالمثل أثر إيجابي ومساعد في حسم الخلافات حول اختصاص المحكمة من عدمه، وإن كانت المحكمة وفق الفقرة الثالثة من المادة (٣٦) سالف الذكر، تجيز تقديم الإعلانات لاختصاص المحكمة دون قيد أو شرط كالمعاملة بالمثل .

#### ثانياً: على صعيد القضاء الوطني :

أثير مبدأ المعاملة بالمثل داخل أروقة القضاء الوطني بمناسبة النزاعات التي عرضت عليه، ومن أمثلة ذلك حكم المحكمة الإدارية في باريس الصادر في ١٠-١-١٩٥٩م والذي قرر فيه القاضي: عدم إثارة أو حصر المعاملة بالمثل تشكل تلقائي من قبل القاضي، وأن الطرف الذي أرغم على المعاملة بالمثل أن يقدم الأدلة التي ثبت ادعاءاته، وذلك لعدم تعكير صفو العلاقات الدبلوماسية بين الدول نتيجة لأحكام قضائية صرحت بالمعاملة بالمثل، وهو ذات ما أكدته حكم مجلس الدولة المصري من حكمه الصادر في ٢٥-١-١٩٦٣م، بشأن عدم الإثارة التلقائية لشرط المعاملة بالمثل، وأن صمت الدولة في عدم إثارة المعاملة بالمثل، فإن ذلك يعنى عدم إمكانية تطبيق شرط المعاملة بالمثل .

#### المطلب الثاني : المظاهر السلبية للممارسة العلمية لمبدأ المعاملة بالمثل.

وجد الباحث من خلال الممارسة التطبيقية لمبدأ المعاملة بالمثل، وقائع سلبية مشروعة وأخرى سلبية غير مشروعة، وهو ما سنوضحه وفقاً للتالي.

#### الفرع الأول: وقائع سلبية مشروعة :

وهي التي أجازها القانون الدولي الدبلوماسي أو القانون الوطني على سبيل الاستثناء لاعتبارات أمنية أو احتجاجية مقبولة بين الدول، ومن ذلك على سبيل المثال :

#### أولاً: إنهاء العلاقات الدبلوماسية بطرد المبعوث الدبلوماسي:

وهو ما حدث بمناسبة صدور قرار مجلس الأمن رقم (٧٤٨) الخاص بقضيه لوكربي، حيث وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل، طردت القيادة الليبية وأندرت (٤١) دبلوماسياً من (١٦) دولة، كانت قد طردت سابقاً دبلوماسيين لبيين على أراضيها .

كذلك ما حدث في نطاق الحرب الأوكرانية - الروسية التي اندلعت في (٢٠٢٢-٢-٢٤م)، حيث قام عدد من الدول الأوروبية بطرد المبعوثين الدبلوماسيين الروس من على أقاليمها، وتطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل قامت روسيا بطرد المبعوثين الدبلوماسيين الفرنسيين والألمان رداً على هذه الاجراءات التي اتخذتها هذه الدول .

١ - جنان كاظم جنجر: مبدأ المعاملة بالمثل في القانون الدولي الدبلوماسي، مرجع سبق ذكره، ص٧٧، ٧٩ .

٢ - عائشة مرجال : مبدأ المعاملة بالمثل في تنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، بحث علمي، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، العدد ٨، ٢٠١٧م، ١٢٨ .

٣ - الموسوعة للكتاب : أزمة لوكربي، تطور الأزمة وتضعيدها، مقال علمي ، الفصل الرابع، الإصدار ٢١ ، منشور على الموقع <http://www.moqatel.com/openshare/behoth/siasia21/lokerby/sec05.doc-cvt.html>

٤ - جنان كاظم جنجر: مبدأ المعاملة بالمثل في القانون الدولي الدبلوماسي، مرجع سبق ذكره، ص١٨٣ .



### ثانياً: تقييد اتصالات ومراسلات المبعوث الدبلوماسي.

وهو ما طبقته قوانين كل من دولة هولندا والسويد ونيجيريا، حيث القاعدة التي يجري عليها العمل في هذه الدول هو أن وزارات خارجية هذه الدول هي حلقة الوصل بين البعثات الدبلوماسية الأجنبية ودولهم، وهو ما قوبل بالمعاملة بالمثل .<sup>١</sup>

وهو ما طبقته الدولة الليبية كذلك، حيث نصت صراحة في قانونها رقم (٩) لعام ١٩٧٧م، ومن خلال المادة (٢/١) أن الدولة الليبية لن تكون ملزمة بحزمة المراسلات السرية التي ترسل للدبلوماسيين الأجانب فوق إقليمها إلا وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل .<sup>٢</sup>

### ثالثاً: تفتيش الحقيبة الدبلوماسية.

وهو ما حدث في عام ١٩٨٤م، بتفتيش حقيبة دبلوماسية ليبية تضمنت رشاش واحدة من (٢١) حقيبة دبلوماسية، والذي استخدم لقتل الشرطة إيفون فليشر، من داخل السفارة الليبية في لندن، بالمملكة المتحدة، ونذكر هنا أن المعاملة بالمثل والتي هي عبارة عن فعل ورد الفعل، قد تكون وفقاً للتماثل القيمي الحكمي وليس بالضرورة بالتماثل المطابق .<sup>٣</sup>

### الفرع الثاني : وقائع سلبية غير مشروعة .

وهي التي لا يجيزها القانون الدولي بأي حال من الأحوال المعاملة فيها بالمثل، لانتهاكها الصارخ للحقوق الإنسانية التي يبنى عليها حفظ السلم والأمن الدوليين، وتدخّل في إطار الاستثناءات التي أقرها القانون الدولي لممارسة مبدأ المعاملة بالمثل، ومن هذه الوقائع:

### أولاً: استخدام القوة العسكرية .

فالأمثلة عديدة منها ما صرحت به إدارة عمليات الحرب الأمريكية بأن، مبدأ المعاملة بالمثل هو (أداة العدالة القسرية، وأن المعاملة بالمثل في رد القوة المستخدمة هي الطريقة الوحيدة التي لا يمكن تجنبها لإيقاف العدو لأفعاله غير المشروعة) وهو ما يناقض القانون الدولي الذي وكما رأينا يفرق بين حالة الدفاع الشرعي و الرد بالانتقام، ومن صور ذلك استهداف مقر البعثة الدبلوماسية لدولة ما رداً على هجوم تلك الأخيرة على مقر بعثتها، أو رد فعل على فعل وقع غير مقبول وفقاً للتماثل القيمي ، ومن ذلك أيضاً الهجوم الذئبي وقع على البعثات الدبلوماسية السعودية في إيران عام ٢٠١٦م، وذلك رداً على تنفيذ حكم الإعدام بحق (٤٧) شخصاً على علاقة بالإرهاب في السعودية، ما أدى إلى قطع العلاقات الدبلوماسية بين الدولتين، وطرد البعثة الدبلوماسية الإيرانية فوق الأراضي السعودية .<sup>٤</sup>

وكذلك أيضاً الهجوم على القنصلية الأمريكية في ليبيا بمدينة بنغازي بتاريخ ١١ سبتمبر من العام ٢٠١٢م، مما أدى إلى مقتل السفير الأمريكي (كريستوفر ستيفنز) وثلاثة من موظفي السفارة ، وذلك رداً على الإساءة التي قدمتها الولايات

١ - لويس دوللو : التاريخ الدبلوماسي، ترجمة سموي فوق العادة، منشورات عويدات، بيروت، ١٩٧٠م، ص ١٦٢ .

٢ - النظر في القانون رقم (٩) لعام ١٩٧٧م، المادة (٢/١)، بشأن انضمام ليبيا لاتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١م.

٣ - BBC NEWS عربي: وزير ليبي في عهد القذافي وراء مقتل شرطيّة بريطانية في لندن عام ١٩٨٤م، الغارديان، ١١ نوفمبر ٢٠٢١، منشور على الموقع: <http://www.bbc.com/arabic/interpress-09229666>

٤ - حسنين عبيد : الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩م، ص ٩١

٥ - ويكيبيديا: هجوم عام ٢٠١٦م على البعثات الدبلوماسية السعودية في إيران، منشور على الموقع: <http://ar.wikipedia.org/wiki>



المتحدة لشخص الرسول محمد عليه الصلاة والسلام من خلال إنتاجها لفيلم مسيء له، وقالت الإدارة الأمريكية أن الهجوم كان مخططاً ولم يكن نتيجة الاحتجاجات المعارضة للفيلم المسيء .

### ثانياً: خطف المبعوثين الدبلوماسيين واحتجاز الأملاك الدبلوماسية.

وهو ما حدث على صعيد العلاقات المصرية الليبية، حيث صرحت دولة مصر في العام ٢٠١٤م، إثر سلسلة من الاختطافات التي تعرض لها دبلوماسيها في ليبيا، وبعد ساعات من إعلان السلطات المصرية القبض على رئيس غرفة ثوار ليبيا في الاسكندرية، بأنه ووفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل يجب إخطار سلطات المطار ومنفذ السلوم البري والسفير الليبي في القاهرة بقرار منع سفر الدبلوماسيين الليبيين في مصر حتى يعود الدبلوماسيون المصريون المختطفون ، أما على صعيد احتجاز الأملاك الدبلوماسية، هو ما حدث بين روسيا والولايات المتحدة الأمريكية، بقيام الولايات المتحدة في ديسمبر من عام ٢٠١٦م، برهن احتجاز الأملاك الروسية الدبلوماسية في السفارة الروسية في واشنطن، بسبب مزاعم حول التدخل الروسي في الانتخابات الأمريكية، الأمر الذي دفع روسيا ووفق لمبدأ المعاملة بالمثل إلى استخدام تدابير مماثلة ضد السفارة الروسية في واشنطن .

### الفرع الثالث: صعوبات تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل في عالم تسلط القوى الكبرى .

المجتمع الدولي عامة يتصف بالتوزيع غير المتكافئ للقوة بين أعضائه وكذلك بالتفاوت الكبير للأدوار التي يلعبها الدول المكونة لهذا المجتمع ، لاسيما وبعد تسعينات القرن العشرين التي شهد فيها المجتمع الدولي متغيرات دولية بانتهاء نظام ثنائي القوى القطبية بانتصار الولايات المتحدة الأمريكية على الخصم السوفيتي، والإعلان عن نظام دولي جديد تنفرد فيه الولايات المتحدة الأمريكية بمقومات القوة الرئيسية وعودها على هرم النظام الدولي الجديد، لتعلن فيه الولايات المتحدة صراحة وحلفائها من الدول إدارة المجتمع الدولي وفق سياسات ومبادئ معينة، والقضاء على أية تهديدات تؤثر على هذه المكانة أو تظهر قوة ندية لها.

هذا الأمر الذي قد ينعكس سلبي على فاعلية القانون الدولي ومبادئه أمام دول كبرى تسعى إلى أن تكون المشرع والقاضي والشرطي والجلاد العالمي، بسبب ما تملكه من أدوات السيطرة والتحكم داخل المجتمع الدولي و الذي أصبح يتكون من دول تابعة لا تجرأ على المعاملة المماثلة أو الندية للدول المتبوعة والتي تفوقها في القوى والمكانة الدولية، ومن هذه الأدوات:

أولاً : سيطرت الولايات المتحدة الأمريكية والدول دائمة العضوية في مجلس الأمن على قرارات هيئة منظمة الأمم المتحدة. لتمرير سياساتها وأعمالها الانتقامية التي تخدم مصالحها الخاصة، وتحكمها في تمويل عدد من المنظمات الدولية والتي تمنح قروضاً ومساعدات مالية للدول التي تحت وطأة التأخر والضعف وتعد الهيمنة الأمريكية على مجلس الأمن، بتوجيه قراراته أو احباطها أو انتزاعها، أو القيام بممارسات دولية خارج مشروعيتها، هي السبب الرئيسي لعجز المجلس عن

<sup>١</sup> - ويكيبيديا: هجوم بنغازي ٢٠١٢ ، منشور على الموقع: <http://ar.wikipedia.org/wiki>

<sup>٢</sup> - BBC NEWS عربي: إختطاف عدد من موظفي السفارة المصرية في ليبيا، ٢٥ يناير ٢٠١٤ ، منشور على الموقع:

<http://www.bbc.com/arabic/middleeast/2014/01/120125-egypt-libya-kidnapping>

<sup>٣</sup> - نبيل عودة : استراتيجية القوة السببرانية (التدخل الروسي في الانتخابات الامريكية)، مقال علمي، الجزيرة نت، منشورة على الموقع:

<http://www.aljazeera.net/blogs/2018/7/18%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D8%B1%D8%A7%D9%8A%D8>





معالجة القضايا الدولية وإقرار السلم والأمن الدوليين، مما جعل من المجلس فعلياً خادماً للمصالح الأمريكية والغربية والتغطية لجرائمها، وبالتالي من سيجرؤ على معاملة أمريكا وحلفائها بالمثل.

### ثانياً: ازدواجية المعايير والكيل بمكيالين في القضايا الدولية.

ليس هناك صعوبة في إثبات سياسية الكيل بمكيالين ورد الصاع صاعين لدى الدول المهيمنة في المجتمع الدولي بموجب ما تملكه من أدوات التحكم والعقاب والانتقام في سياساتها الخارجية مع الدول الأخرى، وهو ما أقرت به رئيسة الوزراء البريطانية - مارجريت تاتشر - في تصريح لها ( بفشل النظام العالمي الجديد في إقرار الشرعية والعدالة، وإن القانون هو القانون، والحقوق هي الحقوق، ولا يستطيع المرء أن يدافع عن حقوق هنا ويتجاهلها هناك .. ) وبالتالي فإن عمالقة الأرض دبروا مؤامرة لينصبوا أنفسهم حكماً مستبدين على الكرة الأرضية في الوقت الذي كان العالم يتطلع بشوق إلى بزوغ فجر يوم جديد من المساواة والعدل والتوازن الدولي بين ما للدول من حقوق وما يقع عليها من التزامات، وهو الأمر الذي له من التأثير المؤكد على ممارسة مبدأ المعاملة بالمثل، حيث من سيجرؤ على معاملة الدول الكبرى والمهيمنة بقوتها على المعاملة بالمثل؟ بقدر ما سنجد مزيد من الخنوع والغبن والإذعان خشية الأعمال الانتقامية في ظل عدم توازن القوى بين الدول، ولهذا وجب على الأمة العربية جميعاً أن تنتبه لواقعها وتعمل على استقلالها من فلك الهيمنة الأمريكية، ومن الخطوات لتحقيق ذلك، إيجاد بديل حقيقي لهيئة الأمم المتحدة ومجلس الأمن أحد أدوات الانتقام ورد الصاع صاعين، بإنشاء هيئة الأمة العربية المتحدة ومجلس الأمن العربي، ومحكمة العدل العربية الدولية وفقاً للمعاملة بالمثل .

### ثالثاً: الحرب الدبلوماسية أحد أدوات السيطرة الخارجية.

فمن أنواع الحرب المتبعة لدى الدول المهيمنة على واقع السياسة الدولية، هي الحرب الدبلوماسية والتي يسميها البعض بالحرب الباردة الجديدة، والتي قد تصبح سلسلة من الأعمال الانتقامية التي لا تنتهي، وهي ما كانت قائمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وروسيا من عمليات طرد الدبلوماسيين وإغلاق السفارات والقنصليات بينهما رداً بالمثل، ما أدى إلى تدهور العلاقات بين البلدين، حيث صرحت روسيا أنها ((اضطرت لاتخاذ إجراءات انتقامية رداً على أعمال غير ودية وغير مشروعة قامت بها الولايات المتحدة الأمريكية)) وهو الأمر الذي نجده كذلك أعلى صعيد الولايات المتحدة الأمريكية وإيران، بتبادل حرب العقوبات الدبلوماسية بينهما، بسبب برنامج إيران النووي المهدد لمكانة قوى الولايات المتحدة الأمريكية من قبل دولة غير صديقة لها.

١ - حسام أحمد هندواوي: حدود سلطات مجلس الامن في ضوء قواعد النظام العالمي الجديد، ١٩٩١، ص ١٨٣

٢ - BBC NEWS عربي: العلاقات الامريكية الروسية (الحرب الباردة الجديدة) قسم المتابعة الاعلامية، ٢٢ مارس ٢٠٢١، منشور على الموقع:

<http://www.bbc.com/arabic/interpress-٥٦٤٨٢٥٨٥>



## الخاتمة

في نهاية الدراسة البحثية، ومن خلال ما تطرقت إليه من مباحث ومطالب توصلت لعدة نتائج ومقترحات وهي على النحو التالي:-

### أولاً: النتائج

1. التعريف الإيجابي لمبدأ المعاملة بالمثل يتفق مع المفهوم القانوني للمبدأ والذي اعتبر أن المبدأ لا يدخل ضمن مفهوم التمييز والقصاص بين الدول، كما يتفق مع فقه الشريعة الإسلامية في العلاقات الدولية، حيث جاء المبدأ في الشريعة الإسلامية محكوماً بقواعد إنسانية لا تقبل الإساءة بالتعدي على الحقوق والحريات.
2. على الرغم من أن المبدأ لا أثر لذكره صراحة في مبادئ ميثاق منظمة الأمم المتحدة إلا أن المبدأ على صلة بمبادئ قانونية أخرى منصوص عليها في ميثاق منظمة الأمم المتحدة أو معترفاً بها في القانون الدولي، ومن هذه المبادئ والتي جاء مبدأ المعاملة بالمثل نتاجاً لها؛ مبدأ المساواة القانونية والمساواة في السيادة بين الدول، ومبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية، ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق.
3. جاءت اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦٠م، خالية من أي قيود ترد على مبدأ المعاملة بالمثل، الأمر الذي قد ينعكس سلباً على العلاقات الدولية وبما يخالف مقاصد القانون الدولي.
4. تم النص على مبدأ المعاملة بالمثل في عدد من دساتير دول العالم، أما عن مشروع الدستور الليبي لعام ٢٠١٧م فلم يجد الباحث إلا الإشارة غير الصريحة للمبدأ وفق المادة (١٤) والتي بعنوان اللجوء السياسي، حيث أوردت المادة أحد ضوابط مبدأ المعاملة بالمثل وهو حظر تسليم اللاجئين السياسيين لغير القضاء الدولي، فالشخص الدبلوماسي يصنف على أنه سياسي كذلك.
5. مبدأ المعاملة بالمثل سلاح ذو حدين، فلم يقتصر تطبيق المبدأ على الجانب المثالي الذي أراده القانون الدولي وذلك على أنماط التعاون والمحبة بل يتعداه لعلاقات العنف والانتقام، وإن كان الباحث يرى أن الجانب الأول في التطبيقات هو الأبرز والأرجح دليلاً.
6. مبدأ المعاملة بالمثل صعوبات في التطبيق في عالم تسلط القوى العظمى، فتعد الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها الدول الأكثر تأثيراً على السياسة الدولية، وبالتالي من سيجرؤ على معاملة أمريكا وحلفائها بالمثل.

### ثانياً: المقترحات

يقترح الباحث التالي:-

1. ضرورة أن تتضمن اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١م، نصاً صريحاً يحظر فيه المعاملة بالمثل وفق استثناءات واضحة ومحددة وبما يتفق مع غايات القانون الدولي، وذلك قياساً على ما تضمنته اتفاقية فيينا للبعثات الخاصة عام ١٩٩٦م، وهي اتفاقية تنظم حقوق وامتيازات بعثة دبلوماسية مؤقتة فمن باب أولى أن يورد ذكر هذه الاستثناءات على صعيد البعثات الدبلوماسية الدائمة التي تنظمها اتفاقية فيينا لعام ١٩٦١م.



٢. ضرورة تضمين جزاءات دولية صارمة في حال إساءة تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل، والآثار المترتبة على هذه الإساءة وهو ما كان متجسداً في عدة صور سلبية غير مشروعة بين الدول في علاقاتها بما يخالف مبادئ ومقاصد القانون الدولي.
٣. تعديل صياغة نص المادة (٢/٤٧) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١م، والتي تعطي للدول مرونة في توسيع بنود الاتفاقية أو تضييقها حسب ما تقتضيه المعاملة بالمثل، وذلك بما يضمن عدم استغلال هذه المرونة بما يسئ للمبدأ، فالنص القانوني على شرط عدم التمييز بين الدول وفق ذات المادة لم يكن كافياً.
٤. تعديل الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون الليبي رقم (٩) لسنة ١٩٧٧م، والتي ترفض الالتزام بحزمة المراسلات الرسمية للبعثة ووظائفها إلا وفقاً للمعاملة بالمثل، وذلك حرصاً على المعاملة بالمثل في الشكل الإيجابي للعلاقات الدولية دون السليبي منها.
٥. أن يتم النص صراحة على مبدأ المعاملة بالمثل في صلب الدستور الليبي المنتظر إسوة بدساتير الدول الأخرى، بما يعكس مقاصد القانون الدولي، وبما يوحد الصياغات التشريعية التي تهدف إلى إقامة علاقات متبادلة أساسها التعاون بين الدول.
٦. لتطبيق مبدأ المعاملة بالمثل يحتاج إلى القوة والقدرة على التنفيذ، ولذلك على الدول التي تعيش تحت وطأة التخلف والضعف مقارنة بالدول التي تعيش في ظل التقدم والقوة، أن تسعى لامتلاك مقدرات القوة، لإحداث توازناً بين الدول يضمن ممارسة عادلة لمبدأ المعاملة بالمثل.



## قائمة المراجع:

### أولاً: القرآن الكريم

### ثانياً: الكتب

#### – الكتب العامة:

١. ابراهيم النجار، أحمد زكي بدوي: القاموس القانوني، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٨٣.
٢. ابن منظور: لسان العرب، المجلد الثاني، دار صادر، بيروت، ١٩٨٤م.

#### – الكتب المتخصصة:

١. أحمد أبو الوفا: قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية (علماً وعملاً)، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢م.
٢. حسام أحمد هندراوي: حدود سلطات مجلس الامن في ضوء قواعد النظام العالمي الجديد، ١٩٩١.
٣. حسنين عبيد: الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩م.
٤. حسين محمد جميل: دراسات في القانون الدولي العام، الجزء الثاني، جامعة بنها، مصر، ٢٠٠٩.
٥. سمير محمد فاضل: المسؤولية الدولية عن الأضرار الناتجة عن استخدام الطاقة النووية وقت السلم، القاهرة، ١٩٧٦م.
٦. سهيل حسين الفتلاوي: الدبلوماسية بين النظرية والتطبيق، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.
٧. سهيل الفتلاوي: الحصانة الدبلوماسية للمبعوث الدبلوماسي، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، مصر، ٢٠٠٤م.
٨. شفيق عبدالرزاق السامرائي: الدبلوماسية، دار الحكمة، لندن، ٢٠١١.
٩. علي حسين الشامسي: الدبلوماسية نشاطها وتطورها وقواعدها، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧.
١٠. علي صادق أبو هيف: القانون الدبلوماسي، ط٢، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٧.
١١. عبدالعزيز محمد سرحان: القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م.
١٢. كريم خلفان: العلاقة بين القانون الدولي و أحكام القانون الدستوري، مجلة المجلس الدستوري (تعبئة، سمو أم تكامل)، العدد ٣، ٢٠١٤م.

١٣. لوييس دوللو: التاريخ الدبلوماسي، ترجمة سموحي فوق العادة منشورات عويدات، بيروت، ١٩٧٠م.

١٤. مسلم طاهر حسون: اللجوء الدبلوماسي في القانون الدولي، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٩م.

١٥. منتصر سعيد حمودة: القانون الدبلوماسي، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ٢٠١١م.

١٦. هاني السباعي: القصاص (دراسة في الفقه الجنائي المقارن)، مركز القريري للدراسات، ٢٠٠٤م.

### ثانياً: الأطروحات العلمية:

١. جنان كاظم جنجر: مبدأ المعاملة بالمثل في القانون الدولي الدبلوماسي، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي الدبلوماسي، منشورة، جامعة كربلاء، العراق، ٢٠٢٢م.
٢. سعيد المهيري: العلاقات الخارجية للدولة الاسلامية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلاقات الدولية، منشورة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، الرياض، ١٩٨٨م.



### ثالثاً: البحوث العلمية

١. عبدالرزاق تيطراوي: حماية البعثة الدبلوماسية أثناء النزاعات المسلحة، بحث علمي، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، الجزائر، ٢٠١٨م.
٢. عائشة مرجال : مبدأ المعاملة بالمثل في تنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، بحث علمي، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، العدد ٨، ٢٠١٧م.

### رابعاً: المقالات العلمية

١. الموسوعة للكتاب : أزمة لوكربي، تطور الأزمة وتصعيدها، مقال علمي ، الفصل الرابع، الإصدار ٢١ ، منشور على الموقع <http://www.moqatel.com/openshare/behoth/siasia21/lokerby/sec05.doc-cvt.html>
٢. سعد عزت السعدي: مبدأ المعاملة بالمثل في تطبيق القانون، مقال علمي، قناة الحوار المتمدن، العدد (٦٠٥٠)، ٢٠١٨م، منشور على الموقع: <http://www.anewar.org/debat/snow.art.asp?aid=617706>
٣. منتدى المقالات والأبحاث القانونية الدولية: الفرق بين الأخلاق الدولية والمجاملات الدولية، مقال علمي، شبكة قانون الأردن، ٢٠١٠م، منشور على الموقع: <http://www.lawjo.net>
٤. نبيل عودة : استراتيجية القوة السيبرانية (التدخل الروسي في الانتخابات الأمريكية)، مقال علمي، الجزيرة نت، منشور على الموقع:

<http://www.aljazera.net/blogs/2018/7/18%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D8%B1%D8%A7%D9%8A%D8>

### خامساً: الاتفاقيات الدولية

١. اتفاقية فيينا للبعثات الخاصة لعام ١٩٦٩م.
٢. اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١م.
٣. اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣م.
٤. البروتوكول الاختياري لاتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية بشأن التسويات الإجبارية للمنازعات لعام ١٩٦٤م.
٥. ميثاق الأمم المتحدة لعام ١٩٤٥م.
٦. النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لعام ١٩٤٥م.

### سادساً: الدساتير والتشريعات واللوائح الوطنية:

#### ○ الدساتير:

١. دستور إسبانيا لعام ١٩٧٨ المعدل.
٢. دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥م.
٣. دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ المعدل.
٤. مشروع الدستور الليبي لعام ٢٠١٧م.

#### ○ التشريعات:

١. القانون الأردني رقم (٢٠) لعام ١٩٩٨م، والمعدل بالقانون رقم (١٠) لعام ٢٠١٩م، بشأن قانون الجمارك.



٢. القانون الليبي رقم (٢) لسنة ٢٠٠١م، والمعدل بالقانون رقم (٥٧) لعام ٢٠١٢م، بشأن تنظيم العمل السياسي والقنصلي.

٣. القانون الليبي رقم (٩) لعام ١٩٧٧م، بشأن انضمام ليبيا إلى اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١م.

٤. القانون المصري رقم (٩١) لعام ٢٠٠٥م، والمعدل بالقانون رقم (١٩٩) لعام ٢٠٢٠م، بشأن الضريبة على الدخل.

اللوائح:

اللائحة التنفيذية للقانون الليبي رقم (٢) لعام ٢٠٠١م، والمعدل بالقانون رقم (٥٧) لعام ٢٠١٢م.

سابعاً : المواقع الإلكترونية:

١. اللجنة الدولية للصليب الأحمر: قواعد بيانات القانون الدولي الإنساني العربي، القاعدة ١٤٠، مبدأ المعاملة بالمثل، المجلد الثاني، الفصل ٤٠، القسم ب، متاح على الإنترنت، تاريخ زيارة الموقع ٢٦/٠٤/٢٠٢٣، رابط الموقع الإلكتروني: [http://ihl\\_databases.icre.org](http://ihl_databases.icre.org)

٢. حكومتنا، منصة إلكترونية للتواصل بين حكومة الوحدة الوطنية مع عموم الشعب الليبي، موجودة على موقع التواصل الاجتماعي: <https://www.facebook.com/HAKOMITNA>

٣. BBC NEWS عربي: وزير ليبي في عهد القذافي وراء مقتل شرطية بريطانية في لندن عام ١٩٨٤م، الغارديان، ١١ نوفمبر ٢٠٢١، منشور على الموقع:

<http://www.bbc.com/arabic/interpress-59229646>

٤. ويكيبيديا: هجوم عام ٢٠١٦م على البعثات الدبلوماسية السعودية في إيران، منشور على الموقع <http://ar.wikipedia.org/wiki>:

٥. ويكيبيديا: هجوم بنغازي ٢٠١٢، منشور على الموقع: <http://ar.wikipedia.org/wiki>

٦. BBC NEWS عربي: اختطاف عدد من موظفي السفارة المصرية في ليبيا، ٢٥ يناير ٢٠١٤، منشور على الموقع:

<http://www.bbc.com/arabic/middleeast/2014/01/120125-egypt-libya-kidnapping>

٧. BBC NEWS عربي: العلاقات الأمريكية الروسية (الحرب الباردة الجديدة) قسم المتابعة الاعلامية، ٢٢ مارس ٢٠٢١، منشور على الموقع: <http://www.bbc.com/arabic/interpress-56482585>



## Impossible Crime in Balance

أ. أشرف الدوكالي منصور

محاضر مساعد بكلية القانون/جامعة طرابلس

### ملخص:

حاولنا من خلال هذا البحث الإجابة عن التساؤلات المرتبطة بالجريمة المستحيلة، سواء من حيث تحديد ماهيتها وتكييفها وفقاً للتشريع الليبي، أو من حيث معرفة الأساس الفقهي الذي يستند عليه ذلك التكييف؛ بعرض كل من النظرية الموضوعية التي ترى بأن أساس العقاب يكمن في محل السلوك الإجرامي والضرر الناجم عنه، والنظرية الشخصية التي ترى بأن شخصية مرتكب السلوك الإجرامي وخطورته الإجرامية هي الأساس في العقاب. ولقد توصلنا من خلال عرض النقيضين بأن علة العقاب ينبغي أن تبنى على الإرادة الأثمة للفاعل لما ينطوي عنها من خطر يستوجب العقاب حتى مع استحالة الوصول إلى نتيجة، وهو ما يستلزم تعديل تشريعي.

### Abstract:

Through this research, we tried to answer the questions related to the impossible crime, whether in terms of defining its nature and adapting it according to Libyan legislation, or in terms of knowing the jurisprudential basis on which that adaptation is based, by presenting both the objective theory that believes that the basis of punishment lies in the place of the criminal behavior and the resulting damage. About him, and the personal theory that believes that the personality of the perpetrator of criminal behavior and his criminal seriousness are the basis for punishment. We have concluded, by presenting the two extremes, that the reason for punishment should be based on the sinful will of the perpetrator because of the danger it entails that requires punishment even if it is impossible to reach a result, which necessitates legislative amendment.





### مقدمة:

إن البيان القانوني للجريمة من الممكن تصوره بناء على المعيار الذي رسمه القانون، وفقاً للنموذج التجريبي المنصوص عليه في قانون العقوبات. والذي يتطلب عناصر معينة للتجريم. فما الجريمة إلا حقيقة موضوعية واضحة. إلا أن في بعض الأحيان قد تبرز صور لجرائم يصعب فهمها كونها تظل مصاحبة لإشكاليات من نوع خاص. كما هو الحال بالنسبة للجريمة المستحيلة. التي اختلف الفقهاء في تحديد ماهيتها، وتباينت التشريعات في تكييفها، فمنهم من حسم المسألة، ومنهم من ترك ذلك للقضاء يحكم فيه بمقتضى الأحكام العامة للشروع. وعلى الرغم من وجود نص في قانون العقوبات يحدد الإطار القانوني للجريمة المستحيلة، فإنها تبقى محل جدل من وجهة فلسفة العقوبة ووظائفها.

### أهمية موضوع البحث.

تكمن أهمية موضوع البحث في تقويم النظريات المطروحة بشأن الجريمة المستحيلة، على الصعيد الفقهي والتشريعي. محاولة للوصول إلى التكييف الحقيقي لهذه الجريمة، التي يفترض أن يُبنى على أساس علة العقاب.

### إشكالية موضوع البحث.

هناك العديد من التساؤلات التي تعد محور البحث وإشكاليته. وهي تتمثل في:  
هل الجريمة المستحيلة صورة من الصور الشرع، أم إنها جريمة قائمة بذاتها؟  
ما هي النظريات الفقهية في تكييف الجريمة المستحيلة؟  
ما الأساس الذي يجب أن نعول عليه لبناء نظرية الجريمة المستحيلة؟

### خطة البحث.

سنتناول الإجابة عن الإشكالية السابقة، في مطلبين. مطلب أول لتوضيح مفهوم الجريمة المستحيلة. ومطلب ثانٍ لتقويم نظرية الجريمة المستحيلة.

### المطلب الأول: مفهوم الجريمة المستحيلة.

للتعرف على الجريمة المستحيلة يستوجب التمييز بينها وبين أنواع الجرائم الأخرى المشابهة لها. بتحديد ماهيتها أولاً، ثم معرفة التكييف القانوني لها ومناطق ذلك التكييف في التشريع والفقهاء الجنائيين ثانياً.

### الفرع الأول: ماهية الجريمة المستحيلة.

لم يرد في أغلب التشريعات العربية تعريف يوضح المقصود بالجريمة المستحيلة، إلا أنه توجد مجموعة من الأمثلة في الفقه والقضاء الجنائي نستطيع من خلالها تحديد ماهية الجريمة المستحيلة. ومن هذه الأمثلة قتل الأم لوليدها الذي تبين أنه ولد ميتاً، اختلاس مال ملك له بالميراث، محاولة القتل ببندقية غير صالحة، وغيرها من الأمثلة التي تبين المقصود من الجريمة المستحيلة.



حيث ترتبط استحالة الجريمة بمحل السلوك الإجرامي أو الوسيلة التي يستعملها مرتكبه، مما يعرقل تحقيق النتيجة الإجرامية التي انصرفت إليها إرادة الفاعل، رغم أنه استنفد كل الطرق لبلوغها؛ كونها مستحيلة التحقيق. وهذا ما يميزها عن جريمة الشروع، الذي يقوم فيها الفاعل بتنفيذ السلوك المؤدي إلى النتيجة التي كان من الممكن تحقيقها منذ اللحظة التي باشر فيها الفاعل نشاطه، ولكنه لم يتمكن من بلوغها لسبب  
خارج عن إرادته.

وفي ذات السياق، عرفها قانون العقوبات الليبي وفقاً للمادة (٥٦) بأنها الجريمة التي يستحيل تحقيق نتيجتها الإجرامية، أما لعدم جدوى الفعل أو لعدم وجود موضوعه. وعرف أيضاً الشروع بمقتضى المادة (٥٩) على أنه "البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة، إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا تدخل لإرادة الفاعل فيها". فالجريمة الموقوفة هي التي يفترض فيها أن تكون الأعمال التنفيذية للسلوك الإجرامي قد بدأت، ولكن هناك أسباباً خارجة عن إرادة الفاعل حالت دون تمام النتيجة. مثال ذلك من يصوب على شخص عياراً نارياً قاصداً قتله فيحول شخص ثالث بينه وبين فعله. ورغم تشابه الجريمة الموقوفة بالجريمة المستحيلة في عدم تحقيق النتيجة، فإن كليهما يختلفان من حيث النشاط الإجرامي، الذي يكون مكتملاً في الجريمة المستحيلة، ويقف عند حدود البدء بالتنفيذ في الجريمة الموقوفة. أما عن الجريمة الخائبة، فهي تكون عند عدم حصول النتيجة المتوقع حدوثها وفقاً للمجرى العادي للأمر، لسبب يجهله الفاعل بالرغم من اكتمال نشاطه الإجرامي. كما في محاولة قتل المجني عليه ولكن الإصابة جاءت في غير مقتل. فالسلوك الإجرامي في هذه الحالة مكتمل وهو ما يجعلها تتداخل مع الجريمة المستحيلة، إلا أنها تتميز عنها في كون تخلف النتيجة في الجريمة المستحيلة أمراً مؤكداً جداً الحدوث، أما في الجريمة الخائبة فهو أمر غير حتمي. نخلص مما سبق إلى نتيجة مؤداها، أن استحالة الجريمة قائمة قبل البدء في تنفيذها، أي أن أسباب استحالة النتيجة توافرت منذ أن باشر الفاعل نشاطه الإجرامي؛ لعدم وجود المحل أو لعدم صلاحية الوسيلة، فهي ليست أسباباً معاصرة للسلوك الإجرامي كما هو الحال في كل من الجريمة الموقوفة والجريمة الخائبة. ولعل من المفيد التنويه إلى أن هناك جانباً من الفقه المصري يرى أن الجريمة الخائبة ليست شروغاً بالمعنى الدقيق، حيث يتطلب الشروع عدم استفاد الجاني نشاطه الإجرامي ويعاقب على مجرد البدء في التنفيذ، مما

<sup>١</sup> - غزوي هندا وعتيق نظيرة، اشكاليات الجريمة المستحيلة وموقف الفقه والتشريع والقضاء، بحث منشور بمجلة البحث القانوني والسياسي، المجلد (٦)، العدد (٢)، ٢٠٢١، ص ٩١.



يجعل الجريمة الخائبة أكثر خطورة من الجريمة الموقوفة، وهو ما دفع بعض التشريعات إلى إفراد نص خاص بها.

### الفرع الثاني: تكييف الجريمة المستحيلة.

لقد تناول الفقيه الألماني (فيورباخ) نظرية الجريمة المستحيلة وفقاً للمذهب الموضوعي؛ الذي ينادي بأن أساس العقاب يكمن في الضرر الناتج عن الجريمة. إذ يرى بأن الجريمة المستحيلة لا تشكل أية ضرر أو خطر لاستحالة تنفيذ نتائجها الإجرامية، مما يستبعد إمكانية العقاب فيها لعدم توافر الركن اللازم لقيام الجريمة. وقد لاقى فكره صدى كبيراً لدى العديد من الفقهاء، إلى أن نالت سهام النقد من المذهب الموضوعي، فقام الفقيه الألماني (ميترماير) بتعديل تلك الأفكار ورفق بين درجات الاستحالة، وقسمها إلى استحالة مطلقة يستحيل معها الشروع في الجريمة لانعدام الموضوع، واستحالة نسبية يتحقق فيها البدء بالتنفيذ مما يجعلها صورة من صور الشروع المعاقب عليه. وهو ما يسمى بالمذهب التفويقي لنظرية الجريمة المستحيلة، والذي أعاد صياغته الفقيه الفرنسي (أورتولان).

وتفسيراً لنص المادة (٥٦) من قانون العقوبات، نجد أن المشرع الليبي قد تبنى هذا المذهب وميّز درجات الاستحالة، حيث يمنح العقاب في الاستحالة المطلقة التي يستحيل معها البدء في تنفيذ السلوك الإجرامي لعدم وجود محله أو لعدم صلاحية الوسيلة لارتكابه، في حين أنه يعاقب على الاستحالة النسبية بموجب أحكام المادة (٥٩) السابق الإشارة إليها؛ استناداً على سلوك الفاعل الذي يتوافق مع صورة الجريمة الخائبة. فقد قضت المحكمة العليا في ذلك، بأن الجريمة لا تُعد مستحيلة إلا إذا لم يكن في الإمكان تحقيقها مطلقاً. بسبب انعدام الموضوع الذي جعله الفاعل محلاً لسلوكه الإجرامي، أو بسبب انعدام الوسيلة؛ كأن تكون الوسيلة التي استخدمت غير صالحة بأي حال من الأحوال لتحقيق الغرض. أما إذا كانت الوسيلة صالحة بطبيعتها ولكن الجريمة لم تتحقق بسبب خارج عن إرادة الفاعل، فإنه لا مجال للقول باستحالة الجريمة ويعاقب الفاعل في هذه الحالة بعقوبة الشروع لتطابقه مع نموذج التجريم. وتأسيساً على ذلك، يظهر معيار التفرقة بين كل من الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية، والذي يكمن في مدى صلاحية الأفعال المرتكبة، فإذا كانت غير صالحة مؤقتاً، أي أنها تصلح لإحداث النتيجة الإجرامية إذا تغيرت الظروف القائمة، فهي استحالة نسبية. أما إذا كانت غير صالحة البتة، بمعنى غير قادرة على إحداث السلوك الإجرامي بأي حال من الأحوال، فهذه الاستحالة المطلقة.

١- انظر في ذلك، زقاوي حميد، النظرية العامة للجريمة المستحيلة، رسالة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٠، ص ٢٠-٢٧.

٢- انظر في ذلك، أمين نواف هواوشة، الجريمة المستحيلة (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٠.

٣- نصت المادة (٥٦) على أن "لا جريمة إذا استحال حدوث الضرر أو وقوع الخطر لعدم جدوى الفعل أو لعدم وجود موضوعه. ومع ذلك يعاقب على الأفعال التي ارتكبت، إذا كونت هذه الأفعال بذاتها جريمة أخرى".

٤- نقض جنائي ١٦/١٢/١٩٩٧، رقم الطعن ق ٢٤٧/٣٦، مبادئ المحكمة العليا في ليبيا، الإصدار الإلكتروني الأول.

٥- محمد عبدالمالك مهران، نظرية الجريمة المستحيلة، مجلة المحاماة، العدد الأول، س ٦١، ص ٧٠.



استخلاصًا لما سبق يمكن القول، أن الاستحالة المطلقة هي استحالة أصيلة تعيق تنفيذ السلوك الإجرامي، ومن ثم لا شروع ولا عقاب فيها. كمحاولة إجهاض امرأة غير حامل، أو محاولة القتل بمادة غير سامة. أما الاستحالة النسبية فهي استحالة عارضة، خاب من خلالها السلوك الإجرامي، مما يستوجب العقاب على الشروع في تنفيذه. حيث ترتبط هذه الاستحالة بالوسيلة؛ كأن تكون صالحة في ذاتها ولكنها غير كافية لتحقيق النتيجة، مثال ذلك عدم كفاية المادة السامة لإزهاق روح المجني عليه. أو بالموضوع؛ كما في حالة عدم وجود المجني عليه في المكان المعتاد وقت ارتكاب الجريمة. تجدر الإشارة إلى أنه، يعاب على هذا التقسيم التشريعي إن فكرة الاستحالة \_بطبيعتها\_ لا تشمل التدرج، أي أن السلوك الإجرامي إما أن يكون مستحيلًا إما أن يكون ممكنًا، فمتى وجدت الاستحالة تكون نتيجتها واحدة ولا أهمية للفرقة بين درجتها. فضلاً عن الخطورة الإجرامية القائمة، مما يجعل من غير المقبول الاعتراف بها ومحاربتها في الاستحالة النسبية، وتجاهلها بل والعتو عنها في الاستحالة المطلقة، رغم أنها كامنة لدى الفاعل في الحالتين. وهو ما يبرر إلغاء نص المادة (٥٦) في مشروع قانون العقوبات.

### المطلب الثاني: تقويم نظرية الاستحالة.

بعد إيضاح مفهوم الجريمة المستحيلة بتحديد ماهيتها وتكييفها وفقاً للتشريع الليبي، حري بنا محاولة معالجة هذه النظرية؛ نظرًا إلى الحاجة الملحة لإعادة ضبطها بما يتماشى مع مقتضيات القانونية. وسيأتي بيان ذلك في فرعين.

### الفرع الأول: مقتضيات التقويم.

في مقام موازٍ للمذهب الموضوعي نشأ المذهب الشخصي، والذي برزت صورته بوضوح بعد ظهور المدرسة الوضعية؛ التي ركزت اهتمامها على شخصية الفاعل والعوامل الدافعة لارتكاب السلوك الإجرامي، فهي لا تواجه الفعل إنما تواجه مرتكب الفعل باستئصال الخطورة الإجرامية الكامنة فيه عن طريق فرض مجموعة من التدابير. ومن هذا المنطلق أسس المذهب الشخصي الذي تبنى فكرة الخطورة الإجرامية واعتبرها علة العقاب في كل من الشروع والجريمة المستحيلة، فمتى أفصح الفاعل عن نيته الإجرامية كان لازماً توقيع العقاب عليه حتى وإن لم تتحقق النتيجة.

وقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى عدم الأخذ بنظرية الاستحالة، مادامت إرادة الفاعل حقيقية وجدية في إتمام السلوك الإجرامي، حيث يكفي أن يكون التنفيذ ممكنًا في ذهن الفاعل وتقديره، كونه يتفاجأ بعدم تحقيق النتيجة بعد استنفاد كافة المراحل المطلوبة للتنفيذ، فهو \_بطبيعة الحال\_ لن يشرع في ارتكاب ما هو مستحيل، مما يستحق معه عقاب الشروع.

١- غزوي هندا وعتيق نظيرة، مرجع سابق، ص ٩٢.

٢- محمد الرازي، محاضرات في القانون الجنائي (القسم العام) مكتبة طرابلس العلمية العالمية، طرابلس، ليبيا، ط ٢، ٢٠١٦، ص ٢٥٥.

٣- محمد سمير، الجريمة المستحيلة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط ١، ٢٠١١، ص ١٠٢.



وعليه، فإن أساس العقاب \_وفقاً للمذهب الشخصي\_ مبني على القصد الجنائي، فهو لا يرجع إلى الأفعال المادية ذاتها أو إلى خطورة تلك الأفعال، إنما لما لهذه الأفعال من دلالة واضحة على توافر الإرادة الآتمة.

استناداً إلى ما سبق، نصت بعض التشريعات العربية على مواجهة مرتكب الجريمة المستحيلة بعقوبة الشروع حتى وإن كانت استحالة التنفيذ مطلقة، لما يتحقق فيها من شروط تجعلها نموذجاً من نماذج الشروع المعاقب عليه. وبذات الاتجاه أخذ القضاء الفرنسي الحديث، حيث عدلت محكمة النقض أحكامها وتبنى قضاؤها المذهب الشخصي \_ بعد تبنيه للمذهب التوفيقي والتفريق بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية \_ وقد ظهر ذلك بصورة واضحة عندما وافق القضاء على الإدانة التي وجهتها محكمة الاستئناف في حالة الاستحالة المطلقة، معتبرة عدم صلاحية الوسيلة لإحداث الإجهاض صورة من صور الشروع، لما يتوافر فيها من قصد جنائي وبدء في التنفيذ. وقد سار على منواله القضاء الجزائري. حيث تنطوي وجهة نظر هذا المذهب في فكرة العقوبة المستحقة، التي ينبغي أن تكون متناسبة مع درجة الأثم والخطورة الإجرامية، بالإضافة إلى حرية الاختيار؛ فمقدار العقاب يتحدد على أساس حرية الاختيار في الفعل والترك، مما يتعين أن تكون عقوبة الفاعل في الجريمة المستحيلة متساوية مع درجة حرية الاختيار لديه. فضلاً عن وظيفة العقوبة المتمثلة في الردع والتخويف، فمعاقبة الفاعل على الجريمة التي استحالت تنفيذها؛ تضمن تحقيق المنفعة التي تعد الأساس المنطقي للعقاب، ذلك لأن عدم العقاب قد يشجع الفاعل على إعادة الجريمة \_ في ظروف أفضل \_ وإصلاح أخطائه في التنفيذ.

تبعاً لذلك، فإن تقرير العقوبة بالنسبة للجريمة المستحيلة يجعلها نافعة ومستحقة، فهي تترجم رد فعل عادل، ليس على الضرر غير المتصور في الجريمة التي استحالت تنفيذها، إنما على الإرادة الآتمة التي اتجهت نحو إحداث ذلك الضرر، والتي تهدد أمن المجتمع واستقراره.

<sup>١</sup> - المادة (٣٠) من قانون العقوبات العراقي والتي نصت على أن "يعتبر شروعاً في ارتكاب الجريمة كل فعل صدر بقصد ارتكاب جنائية أو جنحة مستحيلة التنفيذ، أما لسبب يتعلق بموضوع الجريمة أو بالوسيلة التي استعملت في ارتكابها". والمادة (١٨) من قانون العقوبات اليمني، والمادة (٤٥) من قانون الجزاء الكويتي.

<sup>٢</sup> - Roger merle et Andre Vitu, Traite de droit criminel Paris, ١٩٦٧, p٣٦٧, No. ٣٨١. مشار إليه في مرجع أمن هواوشة، ص٢٥١.

<sup>٣</sup> - زقاوي حميد، مرجع سابق، ص٩٦٠.

<sup>٤</sup> - احمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي، مرجع سابق، ص٢٥٧.

<sup>٥</sup> - احمد الرازقي، تأملات حول فلسفة العقوبة، بحث منشور في مجلة القانون، جامعة طرابلس، العدد الخاص بالمؤتمر العلمي التكريمي الثالث، الجزء الأول، ٢٠١٩، ص٢٠١.

<sup>٦</sup> - نفس المرجع السابق.



### الفرع الثاني: ضوابط المعالجة.

انطلاقاً مما سلف، كان لابد من وضع معالجة جديدة لنظرية الجريمة المستحيلة وضبطها وفق المعطيات والأركان العامة للجريمة. فنحن في هذا التصور ذهبنا إلى ما هو أبعد من الشروع؛ ذلك لأن بعد عرض أوجه الاختلاف بين الشروع والجريمة المستحيلة، لاحظنا أن الجريمة المستحيلة جريمة عادية قام فيها الفاعل بجميع الخطوات المطلوبة للجريمة التامة، حيث باشر التنفيذ وأتمه على أكمل وجه، ولولا تدخل القدر لتحققت النتيجة التي أراد الوصول إليها.

مما يستدعى معاقبة الفاعل في الجريمة المستحيلة بعقوبة أشد من عقوبة الشروع التي توقف عند البدء في التنفيذ، أو خاب أثره بسبب فشل الفاعل وعدم تمكنه من القيام بالجريمة. إذ أن ارتكاب جميع الأفعال المؤدية إلى النتيجة يفصح عن إرادة وإصرار مرتكبها، وهو ما يستوجب تقرير عقوبة مناسبة لدرجة الأثم وكافية للردع والتخويف. ولذلك ينبغي أن تكون فرضية الاستحالة جريمة قائمة بذاتها لها أركانها وخصوصيتها، شأنها في ذلك شأن بقية الجرائم التي نص عليها المشرع في صلب القانون وخصها بالعقاب. الأمر الذي يفترض وضع نموذج تجريمي مستقل ينص على عقوبة مستحقة للفاعل، تقدر بقدر عقوبة الجريمة التي قصد ارتكابها، مع تخفيضها بمقدار محدد؛ كونها لم تفض إلى نتيقتها.

فعلى مستوى الركن المعنوي للجريمة، والذي يتمثل في القصد الجنائي العام، نجد أن الأفعال التي قام بها مرتكب الجريمة المستحيلة تعد إفصاحاً عن نواياه - كما سبق القول - فهو يعلم ويريد تحقيق النتيجة، ولولا تدخل الأسباب الخارجة عن إرادته لاكتتمل نشاطه الإجرامي. بما في ذلك القصد الجنائي الخاص الذي يتحقق بمجرد اتجاه إرادة الفاعل - مثلاً - نحو إجهاض امرأة اتضح فيما بعد أنها غير حامل، مما استحالت تحقيق النتيجة. أما على مستوى الركن المادي والذي يعتبر السلوك أهم عناصره، إذ لا وجود لجريمة من دون اعتداء، فهو متحقق - أيضاً - في الجريمة المستحيلة بمجرد الضغط على زناد بندقية غير صالحة للقتل. وعلى الرغم من عدم تحقق بقية عناصر الركن المادي والمتمثلة في النتيجة وعلاقة السببية، فإن تخلفهما لا يمنع من قيام الجريمة، ومن ثم المعاقبة عليها؛ قياساً على جرائم الشروع التي تتحقق بمجرد البدء في التنفيذ، وجرائم السلوك المجرد التي لا يتطلب نموذجها التجريمي نتيجة معينة. حيث يتدخل المشرع بصفة استثنائية ويجرم الأفعال المرتبطة بالنية الإجرامية؛ كونها تضر بالحقوق والمصالح الاجتماعية. وعليه، فإن عدم اكتمال عناصر الركن المادي للجريمة المستحيلة ليس مبرراً للإفلات من العقاب.

ومن جهة أخرى قد ينكر البعض وصف الجريمة عن حالة الاستحالة؛ نظراً لانتفاء المفترضات القانونية لقيام الجريمة، والتي تتمثل في وجود المصلحة المحمية. حيث يفترض القانون وجود مصلحة ثم الاعتداء عليها، مثال ذلك، الحمل في جريمة الإجهاض والإنسان الحي في جريمة القتل. مما يستبعد إمكانية العقاب في بعض فروض الاستحالة

١ - محمد بارة، شرح قانون العقوبات الليبي (الأحكام العامة للجريمة) مكتبة الوحدة، طرابلس، ليبيا، ٢٠١٨، ص ١٢٧.



المطلقة، إلا أننا نرى بضرورة أن تُبنى علة العقاب في هذه الحالة على الخطر كأحد مناط التجريم وليس المصلحة فحسب.

تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن المشرع الفرنسي كان يساوي بين الجريمة التامة والجريمة المستحيلة، في نص المادة (٣١٧) من قانون العقوبات القديم، المتعلق بجريمة الإجهاض، والذي جاء فيه (يعاقب كل من قام بإجهاض امرأة، سواء كانت حاملاً أم غير حامل).

الخاتمة

إن وجود الجريمة وانتفاءها قائم على الركن المعنوي والركن المادي، فإذا وجد كل منهما أصبح هناك إمكانية للحديث عن وجود فعل غير مشروع، ومن ثم تقرير العقاب عليه بموجب نموذج تجريمي يحدد نطاقه وعناصره، والذي من الممكن أن ينحصر في السلوك دون النتيجة، طالما كانت هذه الأفعال تهدد المصالح الفردية والجماعية، وتنبئ عن وجود خطورة إجرامية.

حيث تفترض العدالة الجنائية تقرير العقاب على حسب درجة الأثم لمرتكب السلوك الإجرامي، سواء أدى ذلك السلوك إلى نتيجة أم لا، مادام الفاعل قد عبر عن إرادته بأفعال مادية ملموسة أكدت إصراره على إتمام الجريمة. ولأن دور الفاعل في الجريمة المستحيلة أبعد إجراماً من دوره في الشروع، فلا يمكننا إدخال صور الاستحالة ضمن النموذج التجريمي الخاص بالشروع الذي يتطلب شروطاً معينة، قد لا تتوافر فيها.

بناءً على ذلك، ولأن الجريمة المستحيلة تفتقر فقط إلى الركن الشرعي، الذي يستوجب تدخل المشرع بالنص الواضح والصريح، نوصي بإلغاء نص المادة (٥٦) والاستعاضة عنه بنص بديل، يحدد مفترضات الجريمة المستحيلة ويقابلها بعقوبة مناسبة. بحيث تكون عقوبة الجريمة المستحيلة اندماجاً بين عقوبة الشروع والجريمة التامة.





### قائمة المراجع:

أولاً: الكتب العلمية.

- ١- محمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي (القسم العام) مكتبة طرابلس العلمية العالمية، طرابلس، ليبيا، ط٢، ٢٠١٦.
- ٢- أيمن نواف الهواوشة، الجريمة المستحيلة (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٠.
- ٣- محمد بارة، شرح قانون العقوبات الليبي (الأحكام العامة للجريمة) مكتبة الوحدة، طرابلس، ليبيا، ٢٠١٨.
- ٤- محمد سمير، الجريمة المستحيلة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط١، ٢٠١١.

ثانياً: الرسائل والأبحاث القانونية.

- ١- محمد الرازقي، تأملات حول فلسفة العقوبة، بحث منشور في مجلة القانون، جامعة طرابلس، العدد الخاص بالمؤتمر العلمي التكريمي الثالث، الجزء الأول، ٢٠١٩.
- ٢- زقاوي حميد، النظرية العامة للجريمة المستحيلة، رسالة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٠.
- ٣- غزيوي هندا وعتيق نظيرة، اشكاليات الجريمة المستحيلة وموقف الفقه والتشريع والقضاء، بحث منشور بمجلة البحث القانوني والسياسي، المجلد (٦)، العدد (٢)، ٢٠٢١.
- ٤- محمد عبدالمالك مهران، نظرية الجريمة المستحيلة، مجلة المحاماة، العدد الأول، س٦١.

ثالثاً: التشريعات الجنائية.

- ١- موسوعة القوانين الجنائية والقوانين المكملة لها، الجزء الأول (قانون العقوبات والقوانين المكملة له) ط١، ٢٠٠٦.
- ٢- قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.
- ٣- قانون العقوبات اليمني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤.
- ٤- قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.



تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية لإلزام الدولة بتعويض متضرري الأعمال القتالية  
(الصعوبات ومحاولات تذييلها)

## Applying Rules of Ommisive (Tort) liability to oblige the state to compensate victims of hostilities

### difficulties and attempts to overcome them

أ. آمنة عمر محمد المحمودي

محاضر مساعد بكلية القانون/ جامعة طرابلس

ملخص:

تتناول الدراسة الصعوبات التي تواجه المضرور من الأعمال القتالية في إثبات أركان المسؤولية التقصيرية في جانب الدولة، من خلال إبراز مخاطر العجز عن إثبات الخطأ، وتقييم الأضرار، وتقدير التعويض، بالإضافة لاحتمالية نفي المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي.

وتلخص الدراسة إلى عدم مراعاة القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية لطبيعة الأضرار الناجمة عن أعمال القتال، وقصورها في التعويض عنها، وتطرح بدائل لتعويض متضرري تلك الأعمال؛ حيث تقوم تلك البدائل على مراعاة خصوصية الأعمال القتالية وتتجنب مواطن ضعف القواعد العامة.

الكلمات المفتاحية: مسؤولية الدولة، الخطأ، الضرر، التعويض، السبب الأجنبي

.Abstract:

The study review the difficulties faced by those injured by hostilities in proving the elements of Ommisive liability on the part of the state, by highlighting the risks of inability to prove fault, assess damages and estimate compensation, in addition to the possibility of denying liability by proving the foreign cause.

The study summarizes the lack of consideration of the general rules in Ommisive liability, due to the nature of the damages resulting from hostilities and their failure to compensate for them, and presents alternatives to compensate those harmed by those actions that are based on taking into account the specificity of hostilities and avoid the weaknesses of the general rules.

Keywords: State Responsibility, Fault, Damage, Compensation, Foreign caus.



## المقدمة:

يتزايد الاهتمام بتعويض المتضررين من الأعمال القتالية بمجرد أن يضع القتال أوزاره ما لم يكن بالتزامن معه؛ لتثير مسألة إعمال القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية تساؤلات عدة تتمحور حول مدى تحقيقها للغاية منها بتعويض تلك الفئة لاسيما بعد صدور حكم المحكمة العليا بدوائرها المجتمعة الذي أقر بمسؤولية الدولة عن الأضرار الناجمة عن النزاعات المسلحة وفقاً لمصادر الالتزام في القانون المدني، لتُفتح آفاق البحث عن مدى جدوى المعيار الموضوعي المجرد لإثبات ركن الخطأ في جانب الدولة، ومدى استيعاب القواعد العامة لأخطاء المقاتلين المدنيين المتطوعين، والقصر، والمتمردين، والمرتفة. كما أن السياسة التشريعية أفرزت بعض القوانين الخاصة التي تقوم على أسس تختلف عن القواعد العامة للفعل الضار في مراعاة المضرور مما يطرح إشكالية الموازنة بين تلك النصوص. وستناول تلك الجوانب في إطار صعوبات تحديد لوازم المسؤولية باتباع القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية (المبحث الأول)، وتلك الصعوبات لها تداعيات على المتضررين من حيث؛ جدوى التعويض من عدمه، واحتمالية تمسك الدولة بالسبب الأجنبي؛ لقطع الطريق أمام المضرور؛ لتضع نجاعة القواعد العامة في تعويض المضرور على المحك؛ الأمر الذي يدفعنا لإيجاد بدائل تراعي خصوصية الأضرار المترتبة عن أعمال القتال بحيث تتجاوز فكرة الخطأ؛ وتتركز على جبر الضرر (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: صعوبات تحديد لوازم المسؤولية باتباع القواعد العامة.

إن القواعد العامة للفعل الضار هي الوسيلة القانونية التي يعلق عليها المضرور آماله في إثبات مسؤولية الدولة التقصيرية عن الأعمال القتالية التي تحدث على أراضيها؛ لأجل حصوله على التعويض؛ لذلك كان عليه تحديد لوازم تلك المسؤولية وفي سبيل ذلك قد يصطدم ببعض العقبات عند البحث عن أساس المسؤولية (المطلب الأول)، كما يقع عليه عبء إثبات الضرر الأمر الذي يجعل عملية تقييمه يشوبها بعض الصعاب (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الصعوبات المتعلقة بتحديد أساس المسؤولية.

على المضرور البحث عن أساس يستحق التعويض من خلاله؛ لتبدأ رحلته في محاولة إيجاد، ورغم أن المادة (١٦٦) مدني (تشكل القاعدة العامة في التأسيس للمسؤولية التقصيرية إلا أن طبيعة أعمال القتال تفتح المجال أمام المضرور للاستناد إلى أكثر من أساس، وفي الوقت ذاته تُنوع في الصعوبات التي تواجهه بحسب الأساس الذي يختاره، سواء باستناده على مسؤولية الدولة عن الأفعال، (أولاً) أو الأشياء (ثانياً).

### أولاً: الاستناد على مسؤولية الدولة عن الأفعال.

لإثبات مسؤولية الدولة عن آثار الأعمال القتالية؛ إما أن يلجأ المضرور إلى القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية (أ)، أو يستند إلى مسؤولية الدولة عن خطأ الغير (ب).

١. المحكمة العليا الليبية، الدوائر المجتمعة، جلسة ٢٠٢٣/١/٢، القرار الصادر في الطلب المحال من الدائرة المدنية الثانية بمناسبة نظرها الطعن المدني رقم ٦٥/٦٨٨ ق، بشأن رفع التعارض بين المبدأ الصادر في الطعن المدني رقم ٦٤/٢٥٤ ق، والمبدأ الصادر في الطعن المدني رقم ٦٥/٧٢٦ ق، بشأن مسؤولية الدولة عن تعويض الأضرار الناشئة عن العمليات العسكرية بمختلف مسمياتها، غير منشور.

٢. القانون المدني الليبي، الجريدة الرسمية، عدد خاص، الموافق ١٩٥٤/٢/٢٠.



## أ. مسؤولية الدولة عن خطأها الشخصي:

إنّ مسؤولية الدولة قائمة على خطأ واجب الإثبات من المضرور (المادة ٦٦ مدني)؛ لذلك أول صعوبة تواجه المضرور تتعلق بإثبات العنصر المادي لركن الخطأ (١)؛ ليقع عليه لاحقاً وزر تمسك الدولة بحالة الضرورة (٢).

## ١. عدم جدوى المعيار الموضوعي في إثبات خطأ الدولة:

يجب على المضرور إثبات انحراف الدولة عن مسلك الشخص العادي؛ لإثبات العنصر المادي لركن الخطأ في جانبها، فإذا لم يفلح المضرور في ذلك انتفى ركن الخطأ عن الدولة، ولا تسأل عن التعويض؛ حيث إنّ المعيار الموضوعي المجرد في تقدير الانحراف في السلوك هو ما تبناه جمهور الفقه، والقضاء؛ لذلك على المضرور من أيّ أعمال قتالية في ليبيا أن يثبت أن خطأ الدولة لن تقوم بارتكابه أي دولة أخرى إذا ما وضعت في نفس ظروف الدولة الليبية، وذلك على اعتبار أنّ السلوك الخاطئ هو السلوك الذي لا يأتيه الشخص العادي، ونرى أنّ هذا المعيار يضر بمصلحة المضرور، لأن من شأنه أن يؤدي إلى نفي ركن الخطأ من جانب الدولة؛ حيث إنّ مسلك الدولة الليبية عند قيامها بشن، أو صد أي أعمال قتالية غالباً نجده يحاكي سلوكيات الدول الأخرى التي وُجدت في نفس ظروف الدولة الليبية، فأعمال القتال في سوريا، والعراق، واليمن. على سبيل المثال. أنتجت نفس الأضرار التي نتجت عن الأعمال القتالية في ليبيا سواء ما تعلق منها بالأرواح أو بالممتلكات، وما يعزز فرض نفي ركن الخطأ لعدم قيام عنصره المادي هو ما ذهب إليه الفقه من وجوب الاعتداد بالظروف الخارجية للمتعدّي؛ لذلك كانا ظريفي الزمان والمكان من الظروف الخارجية التي لا يجب التجرد منهما وهذا ليس في مصلحة المضرور أحياناً، فبالنظر لظريفي الزمان والمكان عند مقارنة الأعمال القتالية التي خاضتها الدولة الليبية ضد تنظيم الدولة الإسلامية في مدينة سرت سنة (٢٠١٥)، نجد أنّها خلّفت الأضرار ذاتها. وإن اختلف حجمها. إذا ما قورنت بالأعمال القتالية التي خاضتها الدولة المصرية ضد التنظيم

١. قضت المحكمة العليا الليبية بقولها: (...إن دوائر هذه المحكمة مجتمعمة قررت أن مسؤولية الدولة عن تعويض الأضرار الناشئة عن الاشتباكات المسلحة لا تتأني إلا من خلال ارتكاب الدولة أو تابعيها عملاً يشكل خطأ موجباً للتعويض... شريطة التقيد بأحكام المسؤولية التقصيرية في إثبات الخطأ) طعن مدني، جلسة ٢٠٢٣/٥/٢٨، رقم الطعن ٦٦/٩٤٢ق، غير منشور، وقضت أيضاً بأن: (...ما ساقه الحكم المطعون فيه في محاولة منه على تحقيق قيام أركان المسؤولية من خلال نسبة التقصير في حقهم وفقاً لنص المادتين ١٦٦، ١٦٧ مدني أجل ثبوت الخطأ في حقهم، لكونهم ملزمين بحكم عملهم وفقاً للقانون بتوفير الأمن والأمان للمواطنين، وحماية أرواحهم، وممتلكاتهم، وبسط سيادة الدولة على الجميع، وأنهم أخلوا بهذا الالتزام مما نتج عنه سقوط القذيفة على المخزن وإحراق الضرر، هي عبارات عامة مرسلة خلت من بيان كنه الاحتياطات الأمنية اللازمة التي كان يتوجب على الطاعنين بصفاتهم. أو حتى تابعيهم. اتخاذها والتي لو فعلت لحال ذلك دون حصول الفعل المسبب للضرر... الأمر الذي يكشف جلياً عن مدى ما وقع الحكم المطعون فيه من تذبذب في استظهار أركان المسؤولية فجاءت مفتقرة لدليلها القانوني وشكل ثغرة يتطرق منها التخاذل إلى مقومات الحكم ولا يتماسك معها قضاءؤه...) طعن مدني، جلسة ٢٠٢٣/٥/٢٨، رقم الطعن ٦٦/٨٤٢ق، غير منشور.

٢. محمد علي البدوي الأزهري، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، بنغازي: دار الكتب الوطنية، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٣، الصفحة ٢٩٣، وانظر أيضاً: الصالحين محمد العيش، مصادر الالتزام في القانون المدني الليبي، بنغازي: دار الكتب الوطنية، الطبعة الأولى، ٢٠٢١، الصفحة ٣٦٩.

٣. حيث قضت المحكمة العليا الليبية بقولها: (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن ما قامت به الشركة الطاعنة يمثل خطأ تقصيرياً باعتباره نوعاً من الإخلال بالالتزام القانوني الذي يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير والذي يقتضي من الجميع تبصراً في التصرف ويوجب على الأفراد بذل عناية الشخص العادي الذي يراعي في سلوكه دائماً ما يقتضيه هذا الالتزام من واجبات...) طعن مدني، جلسة ١٩٨٠/١/١٨، رقم الطعن ٣٩٩/٩ق، مجلة المحكمة العليا، السنة ٤، العدد ٢٥٥، الصفحة ٨٦.

٤. محمد علي البدوي الأزهري، مرجع سبق الإشارة إليه، الصفحة ٢٩٤.

٥. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، بيروت: دار إحياء التراث العربي، بدون سنة النشر، الصفحة ٧٨٢.



ذاته في مناطق متفرقة في مصر وفي الزمان ذاته، رغم عدم الاعتداد بالظروف الشخصية المحيطة بالدولة الليبية من حالة الفوضى، وانتشار السلاح... إلخ؛ لذلك يمكن القول: إن المعيار الموضوعي الذي يقاس به العنصر المادي للخطأ لا يصب في مصلحة المضرور، بيد أن الأضرار المترتبة عن أعمال القتال يكاد لا يستثنى منها أي نزاع مسلح مهما اتخذت الدولة المقاس عليها من وسائل حيطة، وتدابير وقائية، ولعل ما حصل في أوكرانيا منذ فبراير (٢٠٢٢) إلى يومنا هذا خير مثال، فكيف بالمضرور من أعمال القتال المباغتة مثلاً؟

نشير أخيراً إلى أن المعيار الموضوعي للعنصر المادي لركن الخطأ ليس هو العائق الوحيد أمام المضرور في إثبات ركن الخطأ؛ بل - أحياناً - حتى لو أفلح المضرور في إثبات الانحراف في سلوك الدولة يكون هذا الانحراف مشروعاً وهذا ما سنتنقل لتفصيله.

## ٢. تمسك الدولة بحالة الضرورة:

قد يجد المضرور نفسه مضطراً لقبول تعويض لا يغطي جميع الأضرار التي لحقت؛ وذلك إذا أثبتت الدولة أنها كانت في حالة ضرورة حال مشاركتها في الأعمال القتالية، وبذلك تكون مسؤولة الدولة موضوعية موضوعية، لا تقوم على أساس الخطأ؛ إنما قائمة على مجرد التسبب في الضرر، وفي سبيل تمسك الدولة بحالة الضرورة يجب عليها إثبات شروطها (المادة ١٧١ مدني) من وجود خطر حال هدها سواء هدد وجودها، أو أموالها، أو كان محققاً للمواطنين، أو الأجانب المقيمين على أراضيها سواء في أنفسهم أو أموالهم، ونرى أنه يستوي أن تكون الدولة في حالة دفاع، أو هجوم شنته كخطوة استباقية لدرء الخطر، ويجب أن يكون الخطر المراد تفاديه أكثر شدة من الضرر الواقع منها؛ لذلك قد تضطر الدولة إلى إتلاف بعض الممتلكات الخاصة، وإلى إحداث بعض الإصابات، أو قتل بعض الأرواح، في سبيل الحفاظ على وجود الدولة، وأموالها، أو الحفاظ على أعداد أكبر من الأرواح، والأموال الخاصة، وهذا لا يعني الدولة من المسؤولية التقصيرية جملة واحدة، وذلك وفقاً لما قضت به المحكمة العليا بقولها: (... إن توافر حالة الضرورة طبقاً للمادة ١٧١ من القانون المدني ليس من شأنه إعفاء المتسبب في الضرر من التعويض الذي يراه القاضي مناسباً)، وتقدر الضرورة بقدرها فتلزم الدولة بتعويض مناسب أي: بتعويض مخفف عن المسؤولية التقصيرية، وهذا الأثر يحرم المضرور من الحصول على التعويض المجزي لسبب غير متصل به، إلا أن ذلك مرتحن بتوافر الشرط الأخير لحالة الضرورة وهو وجوب أن يكون مصدر الخطر أجنبياً عن الدولة وهذا الشرط من السهل إثباته في بعض الأعمال القتالية كما هو الحال في أعمال القتال التي حدثت ضد تنظيم الدولة؛ لأنه يلزم إثبات أن الأعمال القتالية كانت ضد طرف غير تابع للدولة؛ لكنه يطرح التساؤل حول مسؤولية الدولة عن أعمال الأفراد، أو الجهات المتمردة عنها في أعمال قتالية أخرى، الأمر الذي يدفعنا للوقوف على مدى اعتبارهم من الغير.

١. محمد علي البدوي الأزهري، مرجع سبق الإشارة إليه، الصفحة ٢٩٧.

٢. المحكمة العليا الليبية، طعن مدني، جلسة ١٩٨٥/٤/٢٢، رقم الطعن ٣١/٢٨ق، مجلة المحكمة العليا، السنة ٢٣، العدد ٤، الصفحة ٦٨.

٣. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سبق الإشارة إليه، الصفحة ٧٩٥.

٤. حيث قضت المحكمة العليا الليبية بقولها: ( إن الإعفاء من المسؤولية بسبب حالة الضرورة مشروط بأن لا يكون لفاعل الضرر يد في إحداث الخطر الذي يتذرع به لإنزال الفعل الضار بالمضرور؛ لتثبت مسؤولية محدث الضرر كاملة إذا كان الخطر من فعله، وتوافرت فيه عناصر المسؤولية في القانون ولكن قد تتخلف المسؤولية إذا ما كان الخطر ناجماً عن ظروف خارجية لا شأن فيها لمحدث الضرر عملاً بالمادة ١٧١ من القانون المدني) طعن مدني، جلسة ١٩٦١/٦/١٧، رقم الطعن ٧/٢ ق، مجلة المحكمة العليا، السنة ٢، العدد ٣، الصفحة ٢٧٥.



## ب . مسؤولية الدولة عن خطأ الغير :

قد يلجأ المضرور إلى الاستناد على أحكام مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه في الرجوع على الدولة بالتعويض، مستفيداً من ما جرى عليه القضاء الليبي في عدّها مسؤولية قائمة على خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس، مردّه سوء اختيار تابعه أو تقصيره في رقابته أو توجيهه ، وللوقوف على مدى الحماية التي تقدمها هذه المسؤولية للمضرور وجبت التفرقة بين أخطاء المقاتلين النظاميين (١) و أخطاء المقاتلين غير النظاميين(٢).

### ١ . أخطاء المقاتلين النظاميين:

للهولة الأولى نجد أنّ أحكام مسؤولية المتبوع عن عمل التابع تقدم قدرًا جيدًا من الحماية للمضرور؛ لاكتفاء المشرع بوجود علاقة التبعية الفعلية بين التابع والمتبوع لقيام مسؤولية الأخير(المادة ١٧٧ مدني)، إذ يكفي لتوافر علاقة التبعية وجود السلطة الفعلية من المتبوع على تابعه قائمة على الرقابة والتوجيه التي تثبت للمتبوع على التابع، وعليه فإنّ المضرور من أعمال القتال له الرجوع على الدولة . بوصفها متبوعة . إذا تعرض لأضرار ناتجة عن أخطاء المقاتلين النظاميين . سواء كانوا عسكريين أو رجال أمن الذين حددت القوانين واللوائح ضوابط تبعيتهم للأجهزة العسكرية والأمنية . حيث إن مصدر هذه السلطة هو القانون، وعلى الرغم من أن شرط علاقة التبعية لا يشكل عائقاً في . الغالب . أمام المضرور فإنه ليس الشرط الوحيد لتوافر هذه المسؤولية؛ حيث إنه يجب أن يصدر خطأ من التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها (المادة ١٧٧/١ مدني)، وعليه فإنّ الأضرار المتمثلة في: الموت، أو الإصابات، أو التي تلحق بالممتلكات جراء استخدام الأسلحة من المقاتلين النظاميين في أثناء القتال تسأل عنها الدولة على اعتبار أنّها أخطاء حدثت حال تأدية الوظيفة، وكذلك يمكن الرجوع على الدولة إذا كان الخطأ بسبب الوظيفة من ذلك الأضرار التي لحقت بالمضرورين جراء اقتحام المقاتلين لمساكن المتضررين والمكوث فيها للتحصن، أو في حال إتلاف ممتلكاتهم عند استخدام المقاتلين لها، وذلك لأن الوظيفة . في هذه الحالة . هي السبب المباشر للخطأ فتكون هناك علاقة وثيقة بين الخطأ والوظيفة ، فلو لا الأخيرة لما أمكن للتابع ارتكاب الخطأ، أو ما كان ليفكر فيه من الأساس ، إلا أن (المادة ١٧٧ من القانون المدني) تجنبت ذكر الخطأ بمناسبة الوظيفة، والخطأ الأجنبي عنها، مما يعني استثنائهما من قيام مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه وهذا ما أكد عليه الفقه . وتطبيقاً لذلك فإنّ الدولة لا تسأل عن أعمال السرقة، والنهب الصادرة عن مقاتليها؛ لأن هذه الأخطاء حصلت بمناسبة الوظيفة على اعتبار أن الخطأ بمناسبة الوظيفة هو الخطأ الذي تقتصر فيه

١. انظر حكم المحكمة العليا الليبية، طعن مدني، جلسة ١١/٨/١٩٩٣، رقم الطعن ٣٨/١٧٧، مجلة المحكمة العليا، السنة ٢٩، العدد ٤، الصفحة ٢٢٧، كذلك الطعن المدني، جلسة ١٠/١٠/٢٠٠٥، رقم الطعن ٤٧/٥١١، مجلة المحكمة العليا، السنة ٤٠، العدد ١، الصفحة ١١٧، وأيضاً الطعن المدني، جلسة ١٧/١١/٢٠٢٠، رقم الطعن ٦٥/٧٢٦ ق، غير منشور.

٢. قضت المحكمة العليا الليبية بقولها: (إن مسؤولية المتبوع لا تقوم إلا إذا تحققت مسؤولية التابع باعتبار أن الأولى فرع من الثانية وأنه وإن كانت مسؤولية المتبوع وهو الفرع مفترضة في القانون إلا أن مسؤولية التابع وهي الأصل يرجع الاتبات فيها إلى تكييف العلاقة القانونية المنبئة عليها...) طعن مدني، جلسة ١٦/١٢/١٩٦٦، رقم الطعن ٦٦/٢٦، مجلة المحكمة العليا، السنة ٧، العدد ٧، الصفحة ٣٢٤.

٣. محمد علي البدوي الأزهرى، مرجع سبقته الإشارة إليه، الصفحة ٣١٢.

٤. الصالحين محمد العيش، مرجع سبقته الإشارة إليه، الصفحة ٤٥٣.

٥. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سبقته الإشارة إليه، الصفحة ١٠٣٥، انظر أيضاً: محمد علي البدوي الأزهرى، مرجع سبقته الإشارة إليه، الصفحة ٣١٣.



الوظيفة على دور التيسير للفعل الضار، أو تهيئة الظروف لارتكابه؛ ولكنها ليست ضرورية لإمكان وقوع الخطأ أو التفكير فيه بدونها، لذلك يمكن القول إن أعمال القتال . باعتبارها من أعمال الوظيفة . هيأت الظروف لارتكاب تلك السرقات من حيث؛ إخلاء المناطق من ساكنيها؛ لكن من المتصور ارتكابها بدون أعمال الوظيفة . إلا أن أحكام المحكمة العليا نجدها تتعارض بخصوص مدى مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع بمناسبة الوظيفة حيث إنها قضت بعدم مسؤولية المتبوع في هذه الحالة في بعض أحكامها من ذلك قولها: (إن المتبوع لا يكون مسؤولاً عن فعل تابعه إلا إذا كان الفعل صادراً منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، فإن لم يكن الأمر كذلك؛ بل كان الفعل واقعاً منه بمناسبة الوظيفة التي هيأت له ارتكابها فحسب، فإن المتبوع لا يكون مسؤولاً عن تعويض ما ينشأ عن عمل تابعه من ضرر) ، وقضت بمسؤوليته في ذات الشأن بقولها: (...فإن كان العمل غير المشروع الذي سبب الضرر واقعاً من التابع أثناء تأديته وظيفته، أو بسببها، أو بمناسبة فإن المتبوع يكون مسؤولاً عن جبر الضرر الذي يحدثه تابعه...) ، ونرى أنّ نص المادة (١٧٧/١مديني) اقتصر على ذكر حالي الخطأ أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها، لذلك لا داعي لهذا التوسع الذي تبنته بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا؛ لأن من شأنه أن يؤدي إلى وجود عقبات عملية حين تكييف الخطأ ينتج عنها التمييز بين المضرورين مما يؤدي إلى حرمان بعضهم من التعويض، كما أن الخطأ الأجنبي عن الوظيفة يعني المتبوع من مسؤوليته، وبناءً عليه لا يمكن للمضرورين من عمليات الاستيلاء على عقاراتهم . كالي حدثت من بعض المقاتلين بدوافع انتقامية وذلك بعد الانتهاء من الأعمال القتالية . الرجوع على الدولة بالتعويض بناءً على أحكام مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه؛ لإمكانها التمسك بالخطأ الأجنبي عن الوظيفة على اعتبار أنّها أخطاء حدثت بعد انتهاء أعمال القتال ولم تكن بسببه ولا بمناسبة.

أخيراً فإن ظاهر أحكام مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه تصب في مصلحة المضرور؛ ولكن بإمعان النظر فيها نجد أن اشتراطها لوجوب ارتباط الخطأ الصادر من التابع بالوظيفة من شأنه أن يحرم بعض المضرورين من التعويض، ذلك أن تكييف خطأ التابع من حيث؛ اعتباره مرتبطاً أو غير مرتبط بالوظيفة ليس بالأمر الهين؛ بل يعدّ من المسائل الدقيقة التي أثارت في العمل صعوبات كثيرة، وفي الفقه مناقشات حادة ؛ وذلك لعدم وجود معيار دقيق وواضح يمكن الاعتماد عليه؛ للفصل بين الخطأ بسبب الوظيفة، والخطأ بمناسبة، أو بين الأخير والخطأ الأجنبي عن الوظيفة.

## ٢ . أخطاء المقاتلين غير النظاميين:

إنّ أحكام مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه تقدم حماية للمضرور من أخطاء المقاتلين غير النظاميين، كما هو الحال مثلاً في أخطاء المتطوعين للقتال من المدنيين، أو مشاركة القصر في الأعمال القتالية؛ وذلك لأن المادة (١٧٧/٢مديني) ربطت عنصر السلطة الفعلية للمتبوع على التابع بالرقابة والتوجيه؛ ويراد بذلك أن يكون للدولة السلطة في إصدار الأوامر للتابع، والسلطة في الرقابة على

١. رمضان عبد الله الصاوي، تعويض المضرورين عن جرائم الأفراد من قبل الدولة وكيفية تمويل مصادر التعويض في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، الصفحة ٣١٧.

٢. المحكمة العليا الليبية، طعن مدني، جلسة ٢٠٠٢/٦/١، رقم الطعن ٤٤/٣٧٨ ق، غير منشور.

٣. المحكمة العليا الليبية، طعن مدني، جلسة ٢٠٠٥/١/١٠، رقم الطعن ٤٧/٥١١ ق، مجلة المحكمة العليا، السنة ١، العدد ٤٠، الصفحة ١١٧.

٤. عادل أحمد الطائي، المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، بيروت: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩، الصفحة ٦٦.





تنفيذ تلك الأوامر، وعليه فإنّ عنصر الرقابة، والتوجيه يمكن توافرها حتى وإن لم توجد علاقة عمل بين التابع والمتبوع؛ حيث يستوي أن يكون التابع مأجوراً أو يعمل بالجمان على وجه الدوام أو بصفة مؤقتة، كما أنّ أحكام هذه المسؤولية من شأنها أن تقدم الحماية للمضروب من الأخطاء الصادرة عن المقاتلين الأجانب (المرتقة) الذين شاركوا في أعمال القتال، حيث متى نشأت السلطة الفعلية فلا يهم بعدئذٍ مصدرها، وليس من الضروري أن تكون هذه السلطة مشروعة؛ بل يكفي وجودها فعلاً من الناحية الواقعية وإن من أجل القيام بعمل غير مشروع، حتى وإن نظمت علاقة المترتبة بأطراف القتال بعقود باطلة لعدم مشروعيتها محلها، وهذا ما قضت به المحكمة العليا الليبية بقولها: (...فإذا كان العمل غير المشروع الذي سبب الضرر واقعاً من التابع أثناء تأديته وظيفته، أو بسببها، أو حتى بمناسبةها فإن المتبوع يكون مسؤولاً عن جبر الضرر الذي يحدثه تابعه... طالما كان العمل الذي حصل الخطأ بسببه لمصلحة المتبوع، ولو كان عقد الوظيفة باطلاً أو غير موجود).

أمّا بخصوص مدى مسؤولية الدولة عن الأخطاء الصادرة عن المقاتلين النظاميين المتمردين عنها فنرى أن المقصود بعنصري: الرقابة، والتوجيه المذكورين في نص المادة (١٧٧/٢ مدني) لا يقتصران على سلطة المتبوع في إصدار تعليماته إلى التابع في طريقة أداء عمله، وسلطة رقيبته في تنفيذ هذه التعليمات فحسب؛ بل يشملان سلطة محاسبته حال الخروج عليها؛ لذلك نرى توافر شروط مسؤولية الدولة في هذه الفرضية؛ لأن الدولة تملك سلطة محاسبة المتمردين وفقاً للقانون، وتقوم هذه المسؤولية على الرّغم من أن الدولة لم تقم بإصدار الأوامر بتنفيذ العمل الذي أدى إلى الخطأ، ولا يشترط وقوع خطأ من جانب المتبوع بل تقوم مسؤوليته حتى لو لم يعلم بوقوع خطأ من التابع، أو كان الخطأ قد وقع من التابع على الرغم من تحذير المتبوع أو اعتراضه، ولا شك في أن هذا التفسير يصب في مصلحة المضروبين من أخطاء المتمردين الذين شاركوا في القتال، وهذا الاتجاه أيدت مضمونه المحكمة العليا بقولها: (...كما أنّ جل الخطأ في جانب الطاعنين تمثل في إشراكهم عناصر أخرى في تنفيذ العملية، وعدم ممارستهم واجب الرقابة على تابعيهم من عسكريين وثوار...).

٩

١. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سبقت الإشارة إليه، الصفحة ١٠١٤.

٢. محمد علي البدوي الأزهري، مرجع سبقت الإشارة إليه، الصفحة ٣١٠.

٣. عادل أحمد الطائي، مرجع سبقت الإشارة إليه، الصفحة ٣٠٩.

٤. محمد علي البدوي الأزهري، مرجع سبقت الإشارة إليه، الصفحة ٣١٢.

٥. المحكمة العليا الليبية، الطعن المدني، جلسة ٢٠٢٠/١١/١٧، رقم الطعن ٦٥/٧٢٦ق، غير منشور.

٦. يحي أحمد مواني، الشخص المعنوي ومسؤولياته قانوناً، الإسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٨٧، الصفحة ١٠٨.

٧. تنص المادة ٦٧ من قانون العقوبات العسكرية (العصيان العسكري) ١. يعتبر عصيانياً اجتماع شخصين أو أكثر من العسكريين علناً أو ترمدهم، أو ضجيجهم معلنين بذلك عدم إطاعتهم لأوامر رؤسائهم، أو محاولين مقاومتهم، أو الاعتداء عليهم ويعاقب مرتكبو العصيان بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات.. القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٤ بإصدار قانون العقوبات العسكرية، الجريدة الرسمية، السنة ١٢، عدد خاص ١، الموافق ١٩٧٤/٥/٢٤.

٨. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سبقت الإشارة إليه، الصفحة ١٠٢٨.

٩. المحكمة العليا الليبية، طعن مدني، جلسة ٢٠٢٠/١١/١٧، رقم الطعن ٦٥/٧٢٦ق، غير منشور.



خلاصة القول: إن الاستناد على مسؤولية الدولة عن خطأها الشخصي، أو خطأ الغير ليس بالسبيل الحتمي لتعويض المضرور، مما قد يدفع الأخير إلى الاستناد على قواعد المسؤولية الشيعية.

### ثانياً: الاستناد على مسؤولية الدولة عن الأشياء.

الأضرار الناشئة عن الأعمال القتالية في غاية التنوع، الأمر الذي يسمح بمناقشة مدى انطباق قواعد المسؤولية الشيعية سواء الناشئة عن حراسة الحيوان (أ)، أو عن حراسة الأشياء الخطرة بطبيعتها (ب).

#### أ. المسؤولية عن حراسة الحيوان في أماكن القتال:

الكثير من الأضرار التي لحقت بالمتلكات خلفتها الحيوانات بسبب أعمال القتال سواء كانت ناتجة عن تسريحها عمداً (١)، أو تسريحها (٢).

#### ١. التسريح العمدي للحيوان:

لجأ بعض مالكي الحيوانات إلى تسريحها عمداً عند وقوع اشتباكات في مناطق تواجدها؛ لكي تفتت ما تجود به الطبيعة عليها، وذلك خشية تعذر إطعامها ومن ثم نفوقها حال نزوحهم، وربما أدى تسريحها إلى إتلاف ممتلكات الغير، الأمر الذي يدفعنا للبحث حول مدى إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية عن حراسة الحيوان الواردة في المادة (١٧٩ مدني)، والقائمة على خطأ مفترض في الحراسة لا يقبل إثبات عكسه إلا بإثبات السبب الأجنبي، والأصل أنّ مالك الحيوان هو حارسه (المادة ١٧٩ مدني) مما يدفع المضرور إلى مطالبة المالك بالتعويض؛ لكن ما مدى جدوى رجوع المضرور على الدولة استناداً على أحكام المسؤولية عن حراسة الحيوان؟ إن من شروط قيام هذه المسؤولية تحقق الحراسة؛ والمقصود بها السيطرة الفعلية المستقلة عن الشيء، ولا نتصور أن الدولة ممثلة في تابعيها حال سيطرتها على منطقة معينة أثناء أعمال القتال تستطيع أن تمارس أي نوع من السيطرة الفعلية على الحيوانات الموجودة في تلك المنطقة؛ لانشغالها بالقتال إلا في حال قيام المقاتلين بتسريح الحيوانات عمداً بحيث يتحقق شرط الحراسة في هذه الفرضية، لأن الحراسة قد تنتقل من المالك إلى غيره بدون إرادة المالك أو بدون علمه وإن تعدد الحراس؛ لأنهم يمارسون السلطة الفعلية لوحدة المركز الواقعي لهم؛ لكن عدم معرفة المضرور للمقاتلين - غالباً - بالإضافة إلى ملاءة الدولة ستدفعه لاختيار الرجوع على الدولة بناءً على أحكام مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه، الأمر الذي من شأنه أن لا ينوله مبتغاه في الحصول على التعويض؛ لأن الدولة قد تتمسك بأن هذا الخطأ كان بمناسبة الوظيفة حيث إن التابع هنا هو الحارس طالما خرج عن وظيفته، ولا شك أن هذا الدفع ليس في مصلحة المضرور على النحو الذي تم توضيحه أعلاه.

#### ٢. تسرب الحيوان:

١. محمد علي البدوي الأزهرى، مرجع سبق الإشارة إليه، الصفحة ٣١٧.

٢. المرجع السابق، الصفحة ٣١٩، انظر كذلك: الصالحين محمد العيش، مرجع سبق الإشارة إليه، الصفحة ٤٦٤.

٣. أسامة أحمد بدر، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، الصفحة ٣٧.

٤. محمد علي البدوي الأزهرى، مرجع سبق الإشارة إليه، الصفحة ٣٦٦.



إنّ إعفاء المشرع للمضور طبقاً للقواعد العامة (المادة ١٧٩ مدني) من عبء إثبات وجود السيطرة الفعلية على الحيوان من حارسه عندما يضل أو يتسرب، وبالرغم أن ظاهره يصب في مصلحة المضور من الحيوان الهارب عن طريق تقرير التعويض على عاتق مالكة مع عدم توافر السيطرة الفعلية عليه، إلا أنه بمراعاة ظروف القتال المتمثلة في: النزوح والتهجير، وعدم التمكن من دخول أماكن الاشتباكات ينتج عنه تعزيز فرص تمسك المالك بعجزه عن رقابة الحيوان الأمر الذي يؤدي إلى نتائج بالغة الخطورة بالمضور مقارنةً بفرضية التسريح العمدي للحيوان من مالكة؛ لأن الفرضية الأولى تتيح للمالك فرصة أكبر لنفي علاقة السببية، الأمر الذي يعيد المضور إلى نقطة الصفر مع عدم فاعلية رجوعه على الدولة بناءً على أحكام مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه للأسباب السالف ذكرها، مما يلجئ المضور إلى البحث عن أساس آخر لمسؤولية الدولة إذا تعرض إلى أضرار من أنواع أخرى وهذا ما سيتم تفصيله حالاً.

#### ب . المسؤولية عن حراسة الأسلحة:

قد يختار المضور الاستناد إلى نص المادة (١٨١ مدني)؛ لتقرير مسؤولية الدولة عن الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة، ولعل في الأسلحة بكافة أنواعها خير مثال لما جرى الفقه على تسميتها بالأشياء الخطرة بطبيعتها؛ لكن التمسك بهذا النص قد يعطي نتائج متباينة للمضورين بحسب فرضية تحقق الحراسة (١)، من عدمها (٢).

#### ١ . تحقق الحراسة:

غالبًا لا يجد المضور من أعمال القتال صعوبة في إثبات الخطأ عند استناده على أحكام المسؤولية عن حراسة الأسلحة باعتبارها من الأشياء الخطرة؛ لأن أساس هذه المسؤولية وفقاً لما اسقرت عليه المحكمة العليا هو الخطأ المفترض في الحراسة الذي لا يقبل إثبات العكس، فلا يستطيع الحارس دفعه إلا بإثبات السبب الأجنبي، ومن الهين على المضور إثبات تدخل الأسلحة في إحداث الضرر بالنظر إلى طبيعة الأسلحة والمخلفات الحربية لملازمة صفة الخطورة لها؛ لكن كل ذلك مشروط بإثبات حراسة الدولة للأسلحة المستخدمة من قبل مقاتليها، بمعنى أن الأضرار التي لحقت بالمضور كانت نتيجة استعمال المقاتلين الذين يتبعون الدولة لتلك الأسلحة؛ لأنه بالنسبة لحراسة المتبوع يكفي لإثباتها توافر رابطة التبعية، فتنتفي الحراسة عن التابع بحيث يكون المتبوع هو الحارس المسؤول في حال كان الشيء يستخدم لحسابه .

#### ٢ . انتفاء الحراسة:

من العقوبات التي تواجه المضور عند تمسكه بمسؤولية الدولة عن حراستها للأشياء التي تتطلب عناية خاصة؛ هي احتمالية دفع الدولة عن نفسها حراستها للأسلحة، أو الألغام كأن تكون خرجت هذه الأشياء الخطرة من

١. الصالحين محمد العيش، مرجع سبقته الإشارة إليه، الصفحة ٤٦٤.

٢. قضت المحكمة العليا الليبية بقولها: (...إن مؤدى نصي المادتين ١٦٨ و ١٨١ من القانون المدني أن مسؤولية حارس الأشياء عما يحدثه بالغير من أضرار مفترضة لا يمكن للحارس درؤها إلا إذا أثبت أن الضرر ناشئ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كخطأ المضور، أو الغير أو القوة القاهرة، أو الحادث المفاجئ) طعن مدني، جلسة ٢٠٠٤/١٢/٤، رقم الطعن ٤٨/٥٠٠ ق، غير منشور.

٣. أسامة أحمد بدر، مرجع سبقته الإشارة إليه، الصفحة ٣٧.



سيطرهما، كما في حال تمت سرقتها أو اغتصابها من أطراف أخرى مشاركة في القتال ليسوا بتابعين للدولة حينها لا يكون أمام المضرور إلا الرجوع على الدولة على أساس الخطأ الشخصي؛ لتعذر إثبات الحراسة.

وإن كانت الأسلحة سبباً عاماً في معاناة المضرور، فإن الألغام المتخلفة عن الأعمال القتالية المتعاقبة على ليبيا والمدفونة في مساحات كبيرة من الأراضي سبب خاص لاتساع رقعة الموت، نتيجة زراعتها في المناطق الآهلة بالسكان حيث زرعت على جوانب الطرق العامة؛ بل في المساكن، وفي ظل غياب الخرائط العسكرية التي تسهل عملية إزالتها فهذا يعني ازدياد مخاطر التعرض للموت أو العوق، عطفاً على الأضرار التي لحقت بالأرواح والممتلكات في السابق، فالكثير من ضحاياها ماتوا أو أصيبوا بالعجز الكلي أو الجزئي، وأمام احتمالية تمسك الدولة بانتفاء حراستها لتلك الألغام، بل والتأكيد على أنها دخلت إلى الدولة بطرق غير مشروعة من دول أجنبية دعماً لأطراف معينة، كل ذلك يكاد يعدم فرصة حصول المضرور على التعويض من الدولة استناداً على أحكام المسؤولية الشيئية، ويتقل كاهله في إثبات أركان المسؤولية، ويضيف صعوبة أمامه لا تقل عن الصعوبات المتعلقة بركن الضرر.

### المطلب الثاني: الصعوبات المتعلقة بتقييم الأضرار.

الضرر المترتب على أعمال القتال رغم يسر إثباته من الناحية النظرية إلا أن العوائق العملية المترتبة بمسألة تقييم الأضرار لا يمكن تجاهلها منها الصعوبات الإجرائية ذات الطبيعة الأمنية تحديداً (أولاً)، ومنها ما هو ذو طبيعة موضوعية تتعلق بنوعية الأضرار ذاتها (ثانياً).

#### أولاً: الصعوبات الإجرائية.

إن ما يصاحب أعمال القتال من تعديات على الأملاك تضيف صعوبات إجرائية أمام المضرور؛ إفاً يتعذر بما رفع الدعوى للحصول على التعويض العيني(أ)، أو تتعذر بها المعالجة، وندب الخبراء (ب).

#### أ. تعذر رفع الدعوى:

بالنظر لما ينتج عن أعمال القتال من نزوح وتهجير، قد تتعرض عقارات المضرور النازح، أو المهجر للغصب فإذا أراد المضرور أن يحصل على التعويض العيني وذلك بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه بناءً على ما تجيزه قواعد المسؤولية التقصيرية من التعويض في صورة التنفيذ العيني(المادة ٢/١٧٤ مدني)، عليه المطالبة باسترداد حيازته، أو بمنع التعرض الذي لحق عقاره. وهنا يجب رفع دعوى منع التعرض، أو دعوى الاسترداد أمام محكمة موقع العقار(المادة ٥٤ مرافعات)؛ لأن المشرع ألحق دعوى الحيازة بالدعوى العقارية من حيث الاختصاص المحلي رغم أن الحيازة واقعة مادية وليست حقاً عينياً، ونرى أن دعاوى الحيازة تحقق مصلحة المضرور نظرياً من حيث إمكانية التعويض العيني؛ لكنها من الناحية العملية ليست في صالح المضرور الذي يقيم في مدينة بينما عقاره في مدينة أخرى خارجة عن سيطرة الدولة؛ لأن المضرور النازح سينكبد مصاريف وجهداً للانتقال لمحكمة موقع العقار لرفع دعواه، كما أن المضرور المهجر لن يتمكن من

١. منذر الفضل، أخطار الألغام الأرضية وحقوق الضحايا القانونية، مجلة الحوار المتمدن، www.alhewar.org، تاريخ الدخول ٢٣/٦/٢٠٢٣.

٢. الكوني علي أعبوده، قانون علم القضاء، النظام القضائي الليبي، طرابلس: المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣، الصفحة ٤٢٨.



الذهاب لمحكمة موقع العقار لرفع دعاوى الحيابة لأسباب أمنية فهو بذلك يعرض حياته أو حريته للخطر، إلا أن الصعوبات الإجرائية ذات الصبغة الأمنية لا تقتصر على تعذر رفع دعاوى الحيابة فحسب؛ بل قد تشكل عقبة أمام المحكمة المعنية بتقدير التعويض عند الانتقال للمعاينة، أو ندب الخبراء.

#### ب. تعذر المعاينة والخبرة:

قد يلجأ المضرور إلى رفع دعوى التعويض بناءً على قواعد المسؤولية التقصيرية؛ إلا أن معاينة العقارات والمنقولات قد تتعذر لأسباب أمنية، فإذا رفع المضرور المقيم في طرابلس مثلاً دعوى يطالب فيها الدولة بالتعويض النقدي عن الأضرار التي لحقت بمسكنه في مدينة أخرى ذات وضع أمني غير مستقر، فعلى الرغم من انعقاد الاختصاص المحلي للمحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه (المادة ٥٣ مرافعات) أي: في طرابلس. إذا كان المدعى عليه رئاسة الوزراء، أو وزارة الدفاع مثلاً. إلا أن الصعوبات التي تواجه المحكمة هنا تتمثل في: ندب الخبراء، والانتقال للمعاينة الأمر الذي يعيق مسألة حصر الأضرار المادية، مالم يتم المضرور بالاستعانة بوسائل أخرى لإثبات الضرر كالصور، ومقاطع الفيديو، وهذه الوسائل حتى وإن وجدت فإنها تظل قاصرة على الوقوف حول الحجم الحقيقي للأضرار.

#### ثانياً: الصعوبات الموضوعية.

تتعدد الإشكاليات المرتبطة بتنوع الضرر وفقاً للقواعد العامة للفعل الضار إلى: مادي، وأدبي؛ وما ينجم عنه بالتبعية صعوبة في حصره (أ)، أو تقديره (ب).

#### أ. صعوبة حصر الأضرار المادية:

عملية الوقوف على حجم الأضرار المادية قد تصطدم بعوائق قانونية لتقدير الأضرار الواردة على النفس (١)، كما قد تصطدم بعوائق مادية عند حصر الأضرار الواردة على الممتلكات (٢).

#### ١. الأضرار الواردة على النفس:

لا توجد صعوبة في إثبات الضرر إذا كان التعدي يمكن الوقوف عليه، كأن يكون ماساً بالحياة مما يترتب عليه فقد العائل، أو ماساً بالحق في سلامة الجسد مما نتج عنه مصاريف للعلاج، أو عجزاً عن العمل، فهذه الأضرار راعاها المشرع بالتعويض عنها طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية (المادة ٢٢٤/١ مدني)؛ لكن خصوصية الأعمال القتالية في ليبيا جعلت المشرع يصدر بعض القوانين الخاصة كالقانون رقم ١ لسنة ٢٠١٤ بشأن رعاية أسر الشهداء والمفقودين بثورة ١٧ فبراير، والقانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٣ في شأن تقرير بعض الأحكام المتعلقة بدوي الإعاقاة المستديمة من مصابي حرب التحرير؛ فهذان القانونان. على سبيل المثال. قدما منافع مالية للمخاطبين بأحكامهما مما قد يدفع الدولة إلى

<sup>١</sup> القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٤ بشأن رعاية أسر الشهداء والمفقودين بثورة ١٧ فبراير، الجريدة الرسمية، السنة ٣، العدد ٢، الموافق ٢٠١٤/٣/٦، الصفحة ١٢٣.

<sup>٢</sup> القانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٣ بشأن تقرير بعض الأحكام المتعلقة بدوي الإعاقاة المستديمة من مصابي حرب التحرير، الجريدة الرسمية، السنة ٣، العدد ٢، الموافق ٢٠١٣/٣/٢١، الصفحة ٢٤٦.



التمسك بهما في وجه المضرور الذي يطالبها بالتعويض بناءً على أحكام المسؤولية التقصيرية، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن طبيعة هذه المزايا التي تقدمها مثل تلك القوانين، ومدى إمكانية اعتبارها تعويضاً؟

نرى أن المزايا المالية المقررة في مثل هذه القوانين تحمل الصبغة التعويضية عن الأضرار التي لحقت بالمضرورين؛ لأن بعض نصوصها تبنت نفس شروط التعويض الواردة في القانون المدني من وجود الضرر، مثل نص المادة (١٠/١) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٤ (..ويشترط لاستحقاق هذه المنحة أن يكون المستفيد ممن يلزم الشهيد أو المفقود شرعاً بإعالتة في حال حياته...)، كذلك القانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٣ في مادته الثانية صنف فئات الإعاقة المستديمة إلى: فئة المصابين بإعاقة جسدية مستديمة، وفئة المصابين بإعاقة حسية، وفئة المصابين بفقد الأعضاء الجسدية أو الإصابة بالأمراض النفسية، مما يعني أنه يشترط للحصول على تلك المزايا تحقق الضرر على غرار أحكام العمل غير المشروع. إضافةً إلى ذلك فإن آلية منح تلك المنافع المالية المتمثلة في صورة منح شهرية تشابه آلية التعويض التي نصت عليها المادة (١٧٤/١ مدني) "...ويصح أن يكون التعويض إيراداً مرتباً..."، وعليه نرى أن مثل هذه القوانين يمكن اعتبارها قوانين خاصة متى ما تم الدفع بها من قبل الدولة أمام محكمة الموضوع، فإن من شأنها غل يد القاضي في الحكم بالتعويض وفقاً للأحكام العامة للمسؤولية التقصيرية؛ لأن النص الخاص يقيد العام، علاوةً على ما استقر عليه القضاء من عدم جواز الجمع بين تعويضين، ومثل هذه القوانين تثير صعوبة في تقييم الأضرار؛ لأن القاضي إذا تقييد بوجودها ليس له أن يقوم الأضرار بناءً على القواعد العامة للفعل الضار؛ بل يتقيد بالنصوص الواردة فيها مما يشكل عائقاً قانونياً في تقديرها.

## ٢. الأضرار الواردة على الممتلكات:

قد يعجز المضرور عن إثبات جميع الأضرار التي لحقت بعقارته كحالة الهلاك الكلي لمسكنه أو متجره؛ لاختلاف جودة المواد المستعملة في البناء من مبنى لآخر. فقد يكون المضرور استعمل مواد ذات جودة مرتفعة في البناء؛ لكنه لم يستطع إثبات ذلك، كما قد يعجز عن إثبات الأضرار التي لحقت بالمنقولات في حال سرقته، أو هلاكها هلاكاً كلياً مما يجعله تحت رحمة السلطة التقديرية للقاضي على النحو الذي قرره المحكمة العليا بقولها: (من المقرر أن غاية القاضي وهو ينظر الدعوى أن يصل إلى حقيقة الأمر فيها فيقضي على ضوءها بما يراه محققاً للعدالة، متقيداً بما رسمه القانون من إجراءات، وقواعد موضوعية، وهو مخول بتسيير الدعوى على النحو الذي يراه محققاً لمقصده...)، وبذلك تكون فرضيتنا الهلاك الكلي، والسرققة عائقاً فعلياً يجابه المضرور ويتني القضاء عن حصر جميع الأضرار.

## ب. صعوبة تقدير الأضرار الأدبية:

١. القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٤، في مادة ١/١ توسع في تعريف الشهيد فشمّل المدنيين ضمناً بنصه (..كل من قتل إثر إصابته داخل بيته أو في الطرقات، أو الأماكن العامة، أو المساجد، أو أي مكان آخر بمقدوف أطلقته عليه كقائد النظام السابق) كما نص في المادة ١٠ على أنه (تمنح أسرة الشهيد أو المفقود...منحة شهرية تعادل مرتب أعلى رتبة عسكرية في الدولة...٢. إلزام الدولة بالرعاية الصحية الممتازة لهم...٣. الأولوية في التدريب والتأهيل والدراسة بالداخل والخارج...٤. تخفيض ثمن تذاكر السفر...٥. توفير فرص عمل...٦. الأولوية في منح القروض السكنية والتجارية...)، كذلك منح القانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٣ منافع مشاهمة للمستفيدين من أحكامه في المادة الثالثة منه.

٢. المحكمة العليا الليبية، طعن مدني، جلسة ٢٧/١١/٢٠٠٤، رقم الطعن ٤٨/٢٠٥ ق، غير منشور.



أعمال القتال تفرز أضراراً أدبية متنوعة سواء وقع الفعل الضار الأصلي على المضرور (١)، أو ارتد أثره عن سواه (٢)، وتقدير كليهما يحتاج إلى التأمل.

## ١. الضرر الأدبي الشخصي:

قرر المشرع في المادة (١/٢٢٥) من القانون المدني التعويض عن الضرر الأدبي، وبذلك للمضرور الذي طالته الألام النفسية الناتجة عن الأضرار الجسدية، والتشوهات، والحرمان من مباحج الحياة أن يطالب بالتعويض عنها، بالإضافة إلى المطالبة بالتعويض عن مشاعر الحزن، والخوف، والقلق، المصاحبة للنزوح، والتهجير، والتوقف عن ممارسة الأنشطة التجارية، والتوقف عن الدراسة، والوظيفة، والألام الناجمة عن المساس بالحياة الخاصة كنتلك المترتبة على اقتحام المقاتلين للمساكن، والعبث بمحتوياتها؛ لكن الفقه يقر بصعوبة تقدير عناصر الضرر المعنوي، ويرى أن من واجب القضاء الحكم بمبلغ إجمالي دون إسراف أو تقتير، من خلال وضع جملة من المؤشرات التي يمكن الاهتداء بها في تحديد الطابع التعسفي من عدمه؛ لتقدير هذا النوع من الضرر كالتزام الغاية منه وهي: مواساة المضرور، والتوازن والاعتدال، وعدم الغلو في التقدير، والطابع الرمزي لهكذا تعويض. وبالنظر لمرونة المعايير المذكورة، وكثرة المتضررين من أعمال القتال الذين اختاروا الاستناد على القواعد العامة للفعل الضار؛ للمطالبة بالتعويض، الأمر الذي نخشى معه أن يتساهل القضاء في الحكم بمبالغ لا تغطي الحجم الحقيقي لتلك الأضرار؛ مراعاةً لميزانية الدولة.

## ٢. الضرر الأدبي المرتد:

إن القواعد العامة في المادة (٢/٢٢٥) تميز التعويض عن الضرر الأدبي المرتد نتيجة الألام النفسية التي تلحق بالمضرور جراء موت المصاب، أما الضرر الأدبي المرتد نتيجة الإصابة دون الوفاة فأصبح من غير الممكن التعويض عنه بعد ذهاب المحكمة العليا بدوائرها المجتمعة إلى عدم الحكم بأي تعويض للأقارب إذا لم ينجم عن الخطأ وفاة، ونرى أن موقف المحكمة العليا في هذا الشأن. مجحف في حق المضرورين عموماً، وفي حق المضرورين من الأعمال القتالية خصوصاً، فلا يمكن تغافل لوعة الآباء وحزنهم؛ نتيجة عجز دائم أصاب أبنائهم، أو تشوهات طالتهم نتيجة إصابتهم بمقدوف ناري، أو انفجار لغم، مما يعني ازدياد الصعوبات أمام المضرور. بتطبيق القواعد العامة. لذلك يجب الوقوف على تداعياتها.

١. ياسين محمد يحي، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩١، الصفحة ٩٤.

٢. محمد علي البدوي الأزهرى، المسؤولية الطبية والقضاء (المرولة نحو القواعد العامة)، مجلة القانون، جامعة طرابلس: كلية القانون، عدد خاص عدد خاص بالمؤتمر العلمي التكريمي الثالث، ٢٠١٩، الصفحة ٧٢.

٣. الكوني علي أعبوده، تعويض أضرار الحرب.. بداية أمل، تعليقا على حكم المحكمة العليا، طعن مدني رقم ٦٥/٧٢٥ ق، بتاريخ ٢٠٢٠/١١/١٧، [www.facebook.com](http://www.facebook.com)، تاريخ الدخول ٢٠٢٢/٩/٢٠.

٤. المحكمة العليا الليبية، الدوائر المجتمعة، طعن مدني، جلسة ١٠/٣/٢٠٠٤، رقم ٤٤٦/٤٩٥ ق، غير منشور.





### المبحث الثاني: تداعيات الصعوبات على مصالح المتضررين.

الصعوبات التي تواجه المضرور في الحصول على التعويض باتباع القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية لها نتائج يمكن قراءتها من منظور سلبي تستدعي الوقوف على مخاطر تطبيق تلك القواعد على مصالح المتضررين (المطلب الأول)، كما يمكن قراءتها من منظور إيجابي بحيث تستدعي البحث عن بدائل تخدم مصالح المتضررين عند تقييد القواعد العامة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مخاطر إعمال القواعد العامة على مصالح المتضررين.

إن سعي المضرور للحصول على التعويض لا يقف عند إيجاد أساس لمسؤولية الدولة عن آثار أعمال القتال التي تعرض لها، ولا لتمكين الجهات القضائية من الوقوف على حجم الأضرار؛ بل إن القواعد العامة للتعويض عن الفعل الضار قد تعسر من احتمالية التعويض أحياناً (أولاً) لكنها تظل في نهاية الأمر أفضل من تحديد المضرور بقطع الطريق أمامه للحصول على التعويض عند نفي علاقة السببية (ثانياً).

### أولاً: مخاطر تقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة.

إن غاية المضرور هي: الحصول على تعويض عادل إلا أن اختياره للقواعد العامة في تقدير التعويض قد يكتنفه عيوب (أ)، كما قد يتعرض لمخاطر الدفع بالتقادم (ب).

### أ. عيوب تقدير التعويض:

أعمال القتال ينجم عنها أضرار احتمالية لا يمكن التعويض عنها (١)، كما أن بعض القوانين من شأنها أن تكون أساساً للتعويض يختلف عن القواعد العامة للفعل الضار مما ينتج عنه تمييز بين المتضررين (٢).

### ١. عدم التعويض عن الضرر الاحتمالي:

يفرق الفقه والقضاء بين الضرر المحتمل وهو: ضرر غير محقق الوقوع فلا يكون التعويض عنه واجباً إلا إذا وقع فعلاً، وبين التعويض عن تفويت الفرصة، فعلى الرغم من أن الفرصة أمر محتمل فإن تفويتها أمر محقق يستوجب التعويض عنه؛ لذلك إذا نتج عن الأعمال القتالية توقف المضرور عن ممارسة نشاطه التجاري، كالضرر الذي يصيب أصحاب المتاجر، والمطاعم، وقاعات المناسبات فإنّ التعويض يشمل ما لحقهم من خسارة، وما فاتهم من كسب (المادة ٢٢٤/١ مدني)؛ لأن التوقف عن ممارسة النشاط هو ضرر محقق الوقوع. و في هذا الشأن قضت المحكمة العليا بقولها: (إن التعويض لا يكون إلا عن ضرر محقق الوقوع في الحال، أو في المستقبل فإذا كان الضرر محتملاً غير محقق

١. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سبق الإشارة إليه، الصفحة ٨٦٢.

٢. قضت المحكمة العليا الليبية بقولها: (...ولما كان الحكم المطعون فيه انتهى إلى سلامة تقدير الخبير للضرر والقيمة المقدرة لجبره وأقام عليه قضاءه بالتعويض دون تفرقة بين الضرر المحقق من تفويت الفرصة التي سحنت لمورثه المطعون ضده عن نفسه وبصفته لبناء الورشة والفرن حال حصولها على ترخيص في شهر الماء ١٩٩٢ ف، وبين الضرر المحتمل من حرمانها من الانتفاع باستثمار تلك العقارات مستقبلاً فإن الحكم إذ أقام قضاءه على التقدير الوارد في تقرير الخبير رقم ٢٠٥ لسنة ٩٤ من تعويض عن ضرر محتمل وقضى بالتعويض على أساسه فإنه يكون قد خالف القانون) طعن مدني، جلسة ٢٠٠٢/٧/٨، رقم الطعن ٤٤/١٦٥ ق، غير منشور.



الوقوع في المستقبل؛ فإنه لا يصلح سنداً للتعويض، ولا يجوز لمحكمة الموضوع أن تدخله في حسابها عند تقديرها له...؛ لكن الأعمال القتالية قد تفرز ضرراً مستقبلاً ويشترط للتعويض عنه أن يكون محقق الوقوع، الأمر الذي يجعلنا نقف عند حالة الانخفاض الكبير في قيمة العقارات بعد تعرض منطقة معينة لأعمال قتالية، ونرى أن هذا الضرر لا يمكن اعتباره محقق الوقوع إلا بعد إتمام بيع العقار؛ لذلك إذا رفع المضرور دعوى يطالب فيها بالتعويض عن هلاك عقاره مثلاً وأراد أن يبيعه، فلن يُعوض عن انخفاض قيمة العقار قبل البيع؛ لأن الضرر المستقبل لم يكن قائماً وقت الحكم بالتعويض فلا يدخل في حساب القاضي عند تقديره ما لم يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير في حال لم يتيسر له وقت الحكم بالتعويض تقديره الأخير نهائياً (المادة ١٧٣ مديني)؛ لكن بعد البيع للمضرور أن يرفع دعوى جديدة بالتعويض عما استجد من الضرر، ولا شك أن رفع المضرور أكثر من دعوى للتعويض يثقل كاهله بالجهد والمصاريف. ومن جهة أخرى نرى أن الضرر الأدبي المستمر جزاء معاناة المضرورين من الخوف، والقلق؛ نتيجة زراعة الألغام في مناطق سكنهم، هو ضرر محقق الوقوع رغم عدم حتمية وجود ألغام وانفجارها في مكان محدد؛ لكن حالتنا التأهب والحذر المستمرتان اللتان تحدثان لسكان تلك المناطق، واللذان تقلقان راحتهم، وتثير مخاوفهم تجاه سلامتهم وسلامة وذويهم في أماكن سكنهم التي من المفترض أن تكون أكثر الأماكن مخصصة للراحة نرى أنها أضرار محققة الوقوع يجب التعويض عنها.

## ٢ . التمييز بين المتضررين باختلاف أساس التعويض:

إن محاولة الموازنة بين القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية في تقدير التعويض، و بين بعض القوانين التي جاءت بأحكام خاصة وقدمت منافع مالية . يمكن وصفها بالتعويض . لبعض المضرورين من الأعمال القتالية على النحو المذكور أعلاه يمكن أن ينتج عنه تعويض مقدر على أسس قانونية مختلفة؛ لاختلاف وضع المضرور، ومن ذلك . على سبيل المثال . إذا طالب المضرور بالتعويض عن الضرر المادي؛ لتعرضه لإعاقة مستديمة من أعمال قتالية وقعت في سنة (٢٠١٥) أو (٢٠١٩) ، فإن التعويض سيقدره القاضي بناءً على المادة (١/٢٢٤ مديني) أي: ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، بخلاف المضرور من حرب التحرير في سنة (٢٠١١) الذي حتى وإن طالب بالتعويض وفقاً للقواعد العامة للعمل غير المشروع فإنه قد يتعرض لإمكانية تطبيق نصوص القانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٣ في شأن تقرير بعض الأحكام المتعلقة بذوي الإعاقة المستديمة من مصابي حرب التحرير والذي منح المضرور في المادة (٢/٣) (منحة شهرية لا تقل عن ثلاثة آلاف وثلاثمائة وخمسين ديناراً ولا تزيد عن خمسة آلاف ديناراً تحدد وفقاً لنسبة الإعاقة) فإذا تم تكييف هذه المنحة، وبقية المنافع المالية التي نص عليها القانون في مادته الثالثة تعويضاً؛ فإن ذلك ينتج تمييزاً بين المضرورين؛ للاختلاف في الأعمال القتالية التي تضرروا منها؛ بل إن الأمر قد يؤدي إلى اختلاف الأسس القانونية التي يتم التعويض بناءً عليها حتى في حال تعدد المضرورين من نفس الضرر؛ ومن ذلك . مثلاً . أن التعويض عن الضرر الأدبي جزاء الوفاة مقيد في نص المادة (٢/٢٢٥ مديني) باقتصار الحق فيه على الأزواج، والأقارب إلى الدرجة الثانية، بينما نص القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٤ بشأن رعاية أسر الشهداء، والمفقودين بثورة ١٧ فبراير على منح أسرة الشهيد، والمفقود مزايا مالية في صورة منح شهرية مشروطاً لاستحقاقها أن يكون من أقارب الشهيد، أو المفقود من الدرجة الأولى فقط (المادة ١/١٠)،

١. المحكمة العليا الليبية، طعن مديني، جلسة ١٩٧٨/٦/٤، رقم الطعن ٢٣/٥٠، مجلة المحكمة العليا، سنة ٢، العدد ١٥، الصفحة ٩٢.

٢. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سبق الإشارة إليه، الصفحة ٨٦١.



وعليه إذا تم إضفاء الصبغة التعويضية على تلك المنافع ستقام فوارق بين المضرور من أقارب الشهيد أو المفقود من الدرجة الأولى الذي يستحق التعويض بناءً على أحكام القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٤ في حال تم الدفع به وتطبيقه من المحكمة، وبين المضرور من الدرجة الثانية الذي يستحق التعويض استناداً إلى نص المادة (٢٢٥/٢مديني)١، بل لمحكمة الموضوع أن تطبق النصوص الخاصة من تلقاء نفسها وهذا ما قضت به المحكمة العليا في طعن منظور أمامها في حكم يقضي بالتعويض . بناءً على قواعد مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه . لورثة ضحايا التفجير الإرهابي الذي حدث أثناء حفل تخرج منتسبي أمن السواحل؛ من دورة تدريبية مقامة بمعهد تدريب الشرطة بمدينة زليتن، مما أودى بحياتهم، حيث قضت بقولها: (...فبالتالي ولما كان مورثو المطعون ضدهم قد التحقوا مستجدين بمؤسسة تدريب للشرطة، وكان القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ بشأن إصدار قانون الأمن العام قد نص في المادة (١٠١) " ...تعتبر خدمة من يفقد حياته من أعضاء هيئة الشرطة أثناء تأديته لواجبات وظيفته أو بسببها مستمرة إلى حين بلوغه السن المقررة لترك الخدمة، ويعامل معاملة أفرانه من الأحياء بالنسبة لاستحقاق المرتب والترقية وكافة العلاوات والمزايا المالية والعينية الأخرى، وتصرف المرتبات وكافة الحقوق المالية للأسرة التي كان يعولها عضو هيئة الشرطة حال حياته...". وبالتالي يكون المشرع . ومن خلال نصوص هذه التشريعات الخاصة . قد تكفل بموجبها تحديداً لكيفية معالجة أوضاع المستجد عند حصول ما أفقد حياته أثناء فترة التحاقه بمؤسسات تدريب الشرطة شأنه في ذلك شأن غيره من المنضوين للعمل بسلك الأمن العام، وعلى نحو قد يتماشى مع ما يأمل المطعون ضدهم تلبية تحقيقه من رفعهم الدعوى بشقي طلباتهم فيها. وهو ما كان يفترض التنبيه إليه من قبل محكمتي الموضوع؛ لتقرير على هدي أي نصوص من تشريع هي أولى بالتطبيق على وقائع الدعوى، دون الركون في ذلك إلى تكييف من الخصوم قد يكون خاطئاً لا ينطبق على وقائعها، والذي . وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة . لا يقيد القاضي في إعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح... ) ، وبناءً عليه نرى أن الضرر الناجم عن عمل إرهابي آخر طال غير منتسبي جهاز الأمن العام . مثلاً . يقبل الخضوع على أسس التعويض وفقاً لقواعد الفعل الضار، مما يؤدي إلى مخاطر التمييز بين المتضررين.

### ب . تقادم الحق في طلب التعويض:

بعد إصدار المشرع للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٧ الذي نص في مادته الأولى تحلى عدم سقوط الجريمة، وعلى عدم انقضاء الدعوى الجنائية بمضي المدة، قد يتبادر إلى الذهن بأن تقادم دعوى المضرور من الأعمال القتالية استناداً إلى أحكام المسؤولية التقصيرية أمر غير وارد؛ وذلك إعمالاً لنص المادة (١٧٥/٢مديني)؛ حيث إن دعوى التعويض الناشئة عن عمل غير مشروع يشكل جريمة لا تسقط بمضي المدة، وظاهر الحال هو تحصيل المضرور من الأعمال القتالية من وطأة التقادم، على اعتبار أن أغلب الأخطاء التي تنتج عن الأعمال القتالية تشكل جرائم صادرة عن تابعي الدولة . تماشياً مع الرأي الفقهي الذي يقضي بعدم قيام المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي . إلا أن واقع حال تلك الأفعال يظل محل نظر في حال تمكنت الدولة من إثبات مشروعية قيام تابعيها بالأعمال القتالية والتي قد

١ . المحكمة العليا الليبية، طعن مديني، جلسة ٢٤/٧/٢٠٢٢، رقم الطعن ٣٨٦/٦٧ق، غير منشور.

٢ . القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تقرير بعض الأحكام الخاصة بالدعوى الجنائية وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات والإجراءات الجنائية، الجريدة الرسمية، السنة ٣٦، العدد ٢١، الموافق ٢١/٢/١٩٩٨، الصفحة ٥٧.

٣ . إجماع معمر الرازي، تأملات حول فلسفة العقوبة، مجلة القانون، جامعة طرابلس، عدد خاص بالمؤتمر العلمي التكريمي الثالث، سنة ٢٠١٩، الصفحة ٢٥٣.



تدخل في إطار واجب الحماية والدفاع عن الوطن مع اتخاذهم سبل الحيطة والحذر؛ لتلافي تلك الأضرار، الأمر الذي من شأنه إدخال تلك الأفعال إلى دائرة العمل غير المشروع الذي لا يشكل جريمة، الأمر الذي يعيد المضرور تحت وقع التقادم مجدداً وفقاً لنص المادة (١٧٥/١ مدني) بحيث تنقضي دعواه بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه، كما تسقط الدعوى في كل الأحوال بمضي خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع، ونرى أن هذه المدة تعد قصيرة نسبياً بالنظر إلى الأضرار التي تلحق بالمضرور والتي تؤدي غالباً إلى انشغاله بتوفير مسكن، أو صيانتها، أو البحث عن عمل جديد أو علاج إصابات تعرض لها مما قد يتراخي معها لجوئه إلى القضاء قبل انقضاء مدة التقادم، ولا يخفف من وطأة هذه القواعد إلا ما يمكن اعتباره موانع يتعذر على المضرور بوجودها رفع دعواه للمطالبة بالتعويض وفقاً لنص المادة (٣٦٩/١ مدني)، كما هو الحال بالنسبة للمهجرين الذين حالت الموانع الأدبية مثل: الخوف على حياة ذويهم بينهم وبين رفع الدعوى، وتظل هذه الموانع خاضعة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بأنه (... من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تقدير المانع الأدبي الذي يتعذر معه المطالبة بالحق ويعتبر سبباً لوقف سريان التقادم من إطلاقات قاضي الموضوع متى كان هذا التقدير مبنياً على أسباب سائغة ومقبولة)، علاوة على ما يحيق بالمضرور من خطورة تتعلق بالركن الثالث من أركان المسؤولية التقصيرية على النحو الذي سنفصله حالاً.

#### ثانياً: مخاطر نفي المسؤولية وفقاً للقواعد العامة.

قد تفلح الدولة في قطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر من خلال الدفع بوجود السبب الأجنبي سواء بتمسكها بوجود حالة القوة القاهرة (أ)، أو بخطأ المضرور (ب).

#### أ. تمسك الدولة بالقوة القاهرة:

تعد القوة القاهرة من أبرز التحديات التي تواجه المضرور من أعمال القتال؛ لأنه متى ما أثبتت الدولة شروط تحققها فلا مجال للحديث عن التعويض وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، وإن كانت شروط تحققها وفقاً لما استقر عليه الفقه محددة على وجه الدقة على اعتبار أنها حدث غير متوقع، ومستحيل الدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فإن هذه الشروط قد لا تنطبق على جميع أعمال القتال، وفي إطار التشديد من حدة هذه الشروط ذهبت بعض الآراء الفقهية إلى القول: بأن الذي يجب أن يستحيل دفعه وتوقعه ليس هو الحرب ذاتها فحسب؛ بل ما خلفته من أحداث واضطرابات .

وتأسيساً على ما سبق نرى أن تحقق حالة القوة القاهرة من عدمها في موضوع البحث لا تخرج عن فرضيتين الأولى شن الدولة لأعمال القتال وهنا تكون الدولة قد بادرت بالنزاع. وعليه نرى أنه من غير المتصور التمسك بالقوة القاهرة من قبلها؛ لانتفاء شرط عدم التوقع، كما من المفترض أنها كانت على علم بالأضرار التي تخلفها تلك الأعمال . أيضاً . حتى وإن كانت مستحيلة الدفع إلا أنها متوقعة، أما الفرضية الثانية هي صد الدولة لأعمال قتالية تعرضت لها

١. المحكمة العليا الليبية، طعن مدني، جلسة ٢٠٠٩/٣/١٥، رقم الطعن ٥٣/٤٤٦ق، غير منشور.

٢. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سبقت الإشارة إليه، الصفحة ٨٧٩.



ولم تكن متوقعة، ولا يمكن دفع الآثار المترتبة عنها. وهنا فرصة تمسك الدولة بتوافر القوة القاهرة أكبر، وبذلك يكون المضرور في وضع أخطر من الفرضية السابقة؛ لإمكانية نفي رابطة السببية بين الخطأ والضرر، إضافةً لاحتمالية ارتكابه خطأً يمنح الدولة فرصة الدفع به على النحو التالي.

### ب. تمسك الدولة بخطأ المضرور:

من المتصور ارتكاب المضرور من أعمال قتالية خطأ يؤدي إلى عدم إمكانية حصوله على التعويض بالكلية، أو انقاص قيمته في أفضل الأحوال فالمادة (٢١٩ مدني) تجيز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر، أو زاد فيه، كاتخاذ رد فعل خاطئ لأنه يخشى أن يكون عرضة للضرر من ذلك مثلاً: أن يسارع بالخروج من مسكنه في ذروة الاشتباكات المسلحة مما ينجم عنه وفاته، أو تعرضه لإصابة رغم صدور أوامر من الدولة للمواطنين بالتزامهم مساكنهم؛ هنا المضرور يكون قد ارتكب خطأ عمدياً من شأنه أن يستغرق خطأ الدولة الذي اتخذ مثلاً إصابة المضرور بعيار ناري غير مقصود والخطأ العمد يستغرق الخطأ غير العمد طبقاً للسائد فقهاً، ومثله. أيضاً. أن تصدر الدولة أوامر بإخلاء منطقة معينة، وتطلب من سكانها مغادرتها؛ لأنها تريد اقتحامها فيرفض المضرور تنفيذ أوامر الإخلاء مما يؤدي إلى سقوط قذيفة على مسكنه تؤدي إلى إصابته، وقد يشترك المضرور بخطئه مع الدولة في إحداث الضرر، من ذلك أن تقصّر الدولة في إزالة الألغام، وتأذن للمواطنين بالعودة إلى مساكنهم عقب انتهاء أعمال القتال، وتصدر أوامرها بتجنب ملامسة الأجسام المشبوهة والغريبة ولا يمثل المضرور لهذه الأوامر الأمر الذي ينجم عنه إصابته نتيجة انفجار لغم؛ فسلوك الفاعل (الدولة) هنا حالة خطرة يجعلها الخطأ الآخر (خطأ المضرور) حالة ضارة؛ لأنه في هذا الفرض الفاعل سبق أن ارتكب خطأ حتى وإن لم ينجم عنه بعد ضرر؛ لكن احتمال حدوثه أمراً وارداً، كل هذه الأمثلة تؤدي بنا إلى القول إن المضرور عندما يشعر بخطره يكون من الطبيعي أن يبحث عن النجاة متخذاً تصرفاً تلقائياً لا روية فيه. وغالباً لا يكون موفقاً، فمؤاخذاته بهذا التصرف وتطبيق أحكام المادة (٢١٩ مدني) لا يخلو من التعسف في حق المضرور.

من خلال ما تقدم تبين لنا أنّ القواعد العامة للفعل الضار تثير صعوبات جمة أمام المضرور قد يصل بعضها إلى حرمانه من التعويض؛ الأمر الذي يدفعنا للتساؤل حول نوعية البدائل التي يمكن الركون إليها لتحقيق مصالح المتضررين إذا تمّ إبعاد القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية.

### المطلب الثاني: تقييد القواعد العامة تحقيقاً لمصالح المتضررين.

تحقيق مصالح المضرور تدفعنا إلى محاولة إيجاد بدائل تغني عن القواعد العامة للفعل الضار، منها ما نُظّم بقانون كما هو الحال بالنسبة للعدالة الانتقالية التي تقوم على أسس، وأهداف مغايرة للعدالة التقليدية، ولن نتطرق لها؛ لأنها لاقت حظها في البحث من قبل الفقه الليبي، وسيتم التطرق فقط إلى ما يلامس موضوع هذه

١. محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، مرجع سبقته الإشارة إليه، الصفحة ٣٥٤.

٢. يوسف أحمد حسين النعمة، دفع المسؤولية المدنية بخطأ المضرور دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، بدون ناشر، بدون سنة النشر، الصفحة



الدراسة(أولاً)، ومنها لم ينظمه المشرع بقانون خاص وهو التأمين التكافلي "التعاوي"; لكنه ربما يطرح كبديل مستقبلاً(ثانياً).

### أولاً: العدالة الانتقالية كبديل على المدى القريب.

رغم مواطن القصور التي شابته القانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٣ في شأن العدالة الانتقالية، إلا أنه قائم على خصوصية هذا النوع من العدالة التي من شأنها أن تقدم حماية أكبر للمضروب من الأعمال القتالية بتجاوزها لفكرة الخطأ(أ)، وتقديمها لآليات متنوعة لجبر الضرر (ب).

### أ. العدالة الانتقالية تتجاوز فكرة الخطأ:

إذا كانت أهم أركان المسؤولية التقصيرية هو ثبوت الخطأ من جانب المسؤول عنه حتى يتمكن المضروب من الحصول على التعويض فإن خصوصية العدالة الانتقالية - باعتبارها تعنى بإنفاذ العدالة في مراحل الانتقال مثل: الانتقال من نزاع مسلح، أو حرب أهلية إلى حالة السلم - لا ترتبط بالضرورة الحق في التعويض بثبوت الخطأ، ومعرفة مرتكبه، وهذا ما أكدت عليه المادة الرابعة من القانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٣ بتحديد أهدافه (٨٠٠٠ - جبر الضرر الواقع بالضحايا والمتضررين نتيجة الوقائع التي يشملها مفهوم العدالة الانتقالية وفق هذا القانون، وتعويضهم عن الأضرار التي تكون الدولة مسؤولة بالتعويض عنها...) ونرى أن إعفاء المضروب من عبء إثبات خطأ الدولة، أو التأسيس للمسؤولية يصب في مصلحته بدون شك؛ لأن إثبات تعرضه للضرر أسير بكثير من إثبات الخطأ لاسيما وأن هذا المسار يقي المضروب من تنصل الدولة من مسؤوليتها على النحو الذي تتيحه القواعد العامة للفعل الضار من فتح المجال لتمسك الدولة بنفي رابطة السببية سواء من خلال القوة القاهرة، أو خطأ المضروب، ويعزز من هذه الحماية عدم تطرق القانون المذكور إلى فكرة الخطأ بقدر تركيزه على الأضرار الناتجة عن الانتهاكات الجسيمة و الممنهجة لحقوق الإنسان (المادة ٢)، وتحديد مسؤوليات أجهزة الدولة، أو أي أطراف أخرى عن تلك الانتهاكات(المادة ٥/٤) كما لم يتطرق الفصل الرابع المعني بالتعويضات لفكرة الخطأ بمفهوم القانون المدني (المادة ١٦٦)؛ بل نصت المادة ٢٣ على أنه (... لكل من تعرض لانتهاكات جسيمة وممنهجة لحقوق الإنسان الحصول على تعويض مناسب من الدولة...) وبذلك قوضت أحد ركائز المسؤولية التقصيرية بهدف حماية المضروب، وللسير على هذا المنوال نوعت العدالة الانتقالية من آليات جبر الضرر.

### ب. العدالة الانتقالية تُنوع من آليات جبر الضرر:

بدايةً لا يمكن إنكار المآخذ التي وقع فيها واضعو القانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٣ في شأن العدالة الانتقالية؛ ولعل أبرزها هو اقتصار التعويض عمّا لحق المضروب من خسارة دون ما فاتته من كسب (المادة ١/٢٣)، كذلك إغفاله لبعض الأضرار كالضرر البدني، والعقلي، والتكاليف المترتبة على المساعدة القانونية، أو مساعدة الخبراء، أو المساعدة

١. القانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٣ في شأن العدالة الانتقالية، الجريدة الرسمية، السنة الثانية، العدد ١٥، الموافق ٢٠١٣/٢/٢٠، الصفحة ٩٦٥.

٢. رشاد فرج دحيم، مفاهيم عامة حول العدالة الانتقالية، سطور في العدالة الانتقالية، بحوث صادرة عن المنظمة الليبية للعدالة الانتقالية، بدون دار النشر، بدون سنة النشر، الصفحة ٥.

٣. الكوني علي أعبوده، نظرات في آلية جبر الضرر في المسار الليبي للعدالة الانتقالية، مجلة دراسات قانونية، جامعة بنغازي، كلية القانون، العدد ٢٥، السنة ٢٠١٩، الصفحة ١٥.





النفسية ، بالإضافة إلى ربط العدالة الانتقالية بفترة زمنية وهي انتخاب المجلس التشريعي بناءً على الدستور الدائم (المادة ٣) دون الاكتراث بمدى بتحقيق أهداف العدالة الانتقالية، وهذا مسلك منتقد لدى البعض ، إلا أنه بالنظر إلى استثنائية العدالة الانتقالية ؛ حيث إن آلياتها في جبر الضرر تقوم على أسس تختلف عن العدالة التقليدية من شأنه أن يدفعنا للتسليم بتنوع تلك الآليات على النحو الوارد في القانون المذكور، من ذلك ما يجب على هيئة تقصي الحقائق . المنشأة بموجب القانون ٢٩ لسنة ٢٠١٣ . من إصدار قرارات خاصة بالتعويض المناسب للضحايا بأشكاله المختلفة مثل: التعويض المادي، أو تخليد الذكرى، أو العلاج وإعادة التأهيل، وتقديم الخدمات الاجتماعية (المادة ٧)، وهو نهج مستحسن من قبل الفقه الليبي ؛ بل نرى أنه يمكن البناء عليه بإجراء التعديلات التشريعية خاصة بالنظر إلى مرونة مفهوم العدالة الانتقالية ونسبيتها؛ لأنها ليست بعلم جامد، أو قواعد ثابتة، والدليل على ذلك ما جاء في القانون المذكور أن هيئة تقصي الحقائق أن تحيل قرارات التعويض بعد اعتمادها إلى لجان تشكل لتقدير التعويض، وتحديد نوعه، وآلية صرفه (المادة ٢٠) وهذه إشارة إلى تنوع صور التعويض، ولقد قدم الفقه نماذج عدة من آليات التعويض التي اعتبر أنها تتجاوز ما يمكن الوصول إليه عن طريق اتباع سبيل العدالة التقليدية وأضاف إلى ما جاء في المادة (٧) من قانون العدالة الانتقالية، صور أخرى كالتعويضات المادية مثل: منح فرص عمل، أو دراسة وتوفير مأوى لمن شردتهم ودمرت بيوتهم الحروب الأهلية، ومعالجة التباين في التنمية بين المناطق، كما قدم أمثلةً للتعويضات المعنوية التي قد تكون في شكل إجراءات رمزية مثل: الاعتراف بالأخطاء التي ارتكبتها الدولة، والاعتذار للضحايا، وتوثيق الانتهاكات ؛ واستكمالاً لتنوع صور التعويض أوصى جانب من الفقه بربط موضوع جبر الضرر بمسألة إعادة الإعمار، وضرورة مساهمة المجتمع الدولي . عليه نرى أن العدالة الانتقالية توفر حماية جيدة للمضروب تعجز عن تقديمها القواعد العامة للفعل الضار إذا تم أخذ الملاحظات الفقهية بعين الاعتبار، كما نؤيد الرأي الذي يطالب بسرعة إنشاء هيئة تقصي الحقائق، وإنشاء صندوق للتعويضات، وإقرار اللائحة التنفيذية للقانون حتى لا تتأخر عملية مقايسة الأضرار إلى حين اختفائها ، وذلك على أقل تقدير في الوقت الراهن، أمنا مستقبلاً فقد نحتاج إلى بديل آخر.

### ثانياً: التأمين التكافلي كبديل على المدى البعيد.

يعد التأمين التكافلي مرشحاً للتطور عقب الاهتمام المتزايد به مؤخراً من قبل الباحثين والمشرعين في الكثير من الدول الإسلامية وخاصة المجاورة لليبيا ؛ لأنه يهدف إلى التعاون على تحمل الأضرار (أ)، ويقدم حماية موسعة تراعي

١. المرجع السابق، الصفحة ٣٢.

٢. محمد نوح عيسى، السلطة القضائية في إطار العدالة الانتقالية، مجلة القانون، جامعة طرابلس: كلية القانون، عدد خاص بالمؤتمر العلمي التكميمي الثالث، سنة ٢٠١٩، الصفحة ١٧٢.

٣. رشاد فرج دحيم، مرجع سبقته الإشارة إليه، الصفحة ١٩.

٤. الكوي علي أعبوده، نظرات في آلية جبر الضرر في المسار الليبي للعدالة الانتقالية، مرجع سبقته الإشارة إليه، الصفحة ٢٥.

٥. الهادي علي بوحمره، العدالة الانتقالية عدالة تأسيسية، سنة ٢٠١٦، [www.libyaalmostakabal.org](http://www.libyaalmostakabal.org)، تاريخ الدخول ١٦/٨/٢٠٢٣.

٦. الكوي علي أعبوده، نظرات في آلية جبر الضرر في المسار الليبي للعدالة الانتقالية، مرجع سبقته الإشارة إليه، الصفحة ٤٠.

٧. طه بكرة، الدولة ملزمة قانوناً وفي الحال بإنشاء هيئة لجبر المضروبين وصندوق لتعويض الممتلكات الخاصة، سنة ٢٠٢٠، [www.sada.ly](http://www.sada.ly)، تاريخ الدخول ٩/٢٠/٢٠٢٢.

٨. المرسوم التنفيذي رقم ٢١. ٨١، الصادر بتاريخ ٢٣/٢/٢٠٢١ والمتعلق بالتأمين التكافلي في الجزائر، والقانون المعدل رقم ٩٩. ١٧. المتعلق بمدونة التأمينات في المغرب، الصادر بتاريخ ٢٢/٨/٢٠١٩، الجريدة الرسمية، العدد ٦٨٠٦.





طابعه المميز المنبثق عن أحكام الشريعة الإسلامية (ب) الأمر الذي يدفعنا للوقوف عليه كبدليل واعد بتقديم الحماية اللازمة للمتضررين من الأعمال القتالية التي لازالت تهدد استقرار الدولة الليبية.

#### أ. التأمين التكافلي يهدف إلى التعاون على تحمل الأضرار:

إنّ مبدأ الالتزام بالتبرع هو أساس عملية التأمين التكافلي فيما يصيب المشتركين من ضرر عن طريق مساهمة المشتركين باشتراك معين يؤديه كل منهم ليس فيه تسوية بين ما يعطى، و بين ما يحصل عليه المشترك عند وقوع الخطر المشمول بالتغطية؛ لأنه من عقود التبرعات التي تتحد فيها شخصية المؤمن والمؤمن لهم، وهم المشتركون الذين يتبرعون في تضمين المخاطر فيما بينهم؛ لاستيفاء التعويضات، والعلاقة بينهم علاقة تكافل، وتعاون، وتضامن محض، وعليه فإن ضابط التعاون له أثره البارز على التأمين التكافلي؛ من حيث: إخراجهم من دائرة المعاوضات إلى دائرة التبرعات، ولما كان مبلغ التعويض في التأمين التكافلي يقوم على جبر الضرر الحاصل، ويراعي في تقدير قيمة الأضرار المؤمن عليها القيمة السوقية لها قبل وقوع الحادث، أو الخطر المؤمن منه بالغة ما بلغت، ولا يؤخذ بقاعدة أقل القيمتين من مبلغ التأمين، أو قيمة الضرر، ولا بقاعدة النسبية القائمة على تقاضي المؤمن له نسبة من مبلغ التأمين تعادل نسبة ما تحقق من الضرر إلى القيمة الحقيقية للشيء المؤمن عليه، وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة لعقد التأمين التكافلي التي تجعل مقاصده تختلف جملةً وتفصيلاً عن عقد التأمين التجاري مما يعكس على العديد من الجوانب الأخرى كملكية الاشتراكات للمشاركين لا لشركة التأمين، وكشروط سقوط الحق في التعويض الذي هو محل نظر في التأمين التكافلي، كذلك فإن الفائض التأميني يوزع على جميع المشتركين، ولا يعود لشركة التأمين، كل ذلك يؤدي بنا إلى القول: إن هذا النظام يمكن التعويل عليه مستقبلاً لتغطية الأضرار الناجمة عن أعمال القتال بالنظر لما يصاحب الأخيرة رغم قسوتها من تألف، وتراحم بين الأشخاص، ومبادرات فردية، وجماعية لجمع التبرعات، والمساعدات الإنسانية وهذا هو جوهر التأمين التكافلي؛ لغلبة القيم الإنسانية عليه من الربح؛ لذلك نرى أن رفع الوعي الجمعي به على مستوى الأشخاص الطبيعيين، ودعم الأشخاص الاعتبارية الخاصة من الدولة، وحثها على الانخراط فيه ليس بالنظر الحاملة إذا تم إعداد البنية التشريعية الجيدة له، وإماطة العراقيل التي تواجهه، والافتقار بتجاربه الدول القديمة والحديثة في هذا المجال، خاصة

١. ربة الشخي وخديجة فاضل، النظام القانوني للتأمين التكافلي في "ظل المرسوم التنفيذي الجديد رقم ٢١-٨١"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد ٧، العدد ٢، السنة ٢٠٢٢، الصفحة ٨٢١.

٢. عادل سالم محمد الصغير، عقد الهبة وإشكالات تضمينه في وثائق التأمين التكافلي وكيفية معالجتها من الناحية الفقهية، مجلة دراسات قانونية، جامعة بنغازي، كلية القانون، العدد ٢٥، السنة ٢٠١٩، الصفحة ٤٥، ويضيف الباحث أيضاً: (أما شركة التأمين باعتبار أنها ليست هي المؤمن في التأمين التكافلي فإنها تقوم بمهمة الوكيل بأجر أو بدونه. في تدبير الشؤون الإدارية من تجميع الاشتراكات، وتحديد التعويضات؛ لجبر الأضرار، وتوزيعها من الجانب التأميني، أما من الجانب الاستثماري فإن الرصيد الذي قامت الشركة بتحصيله من المشتركين ينبغي ألا يترك جامداً يتناقص بدفع جبر الأضرار للمستأمنين؛ بل الأفضل أن يستثمر في القطاعات المشروعة؛ لكي يعود على الشركة والمشاركين بالربح، والأخير لا يتعارض مع فكرة التأمين التكافلي، وينظم العلاقة بين المشتركين والشركة في الجانب الاستثماري عقدان المضاربة أو الوكالة أو المركب من هذين العقدين)، الصفحة ٤٦.

٣. السيد عبد الناصر أحمد العوضي، الضوابط الشرعية والقانونية للتأمين التكافلي في مصر، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد ٧، العدد ٣ "عدد خاص بفاعليات المنتدى الدولي "التأمين التكافلي: أي بدائل وأي مستقبل في سوق التأمينات في الجزائر؟"، سنة ٢٠٢٢، الصفحة ١٦٧.

٤. موسى مصطفى القضاة، حقيقة التأمين التكافلي، مداخلة في ندوة بعنوان "مؤسسات التأمين التكافلي والتأمين التقليدي بين الأسس النظرية والتجربة التطبيقية"، الأردن: الجامعة الإسلامية العالمية، سنة ٢٠١١، الصفحة ٣١.

٥. رياض منصور الخليفي، شرط سقوط الحق في التعويض في التأمين التكافلي، الكويت، بدون ذكر الناشر، ٢٠٠٧، الصفحة ٢١.

٦. وهو الفائض الحسابي بين إيرادات ومصروفات حساب هيئة المشتركين.



بعد معاناة العديد من سكان بعض المناطق من ويلات القتال بشكل متكرر الأمر الذي يزيد من احتمالية نجاعة هذا النظام بتقديم طابع حمائي يتجاوز مصلحة المتضررين من تلك الأعمال.

### ب . التأمين التكافلي ذو طابع حمائي موسع:

التأمين التكافلي يهدف إلى جبر الأضرار وعليه لا شأن له ببقية أركان المسؤولية التقصيرية (الخطأ، و علاقة السببية)؛ لأنها لا تعنيه، وفي ذلك يشترك مع العدالة الانتقالية في إعفاء المضرور من مغبة إثبات تلك الأركان أو نفيها بحسب الحال، إلا أنه يتفوق عليها من حيث: تنوع المصالح المشمولة بالحماية التي لا تقتصر فقط على المتضررين من أعمال القتال الذين يتم تعويضهم من صندوق التأمين التكافلي؛ إنما يتعداه إلى التخفيف من الأعباء المالية التي تلتمز الدولة بدفعها بناءً على قواعد المسؤولية التقصيرية، وقواعد العدالة الانتقالية؛ لأن قانون العدالة الانتقالية يلزم الدولة بإنشاء صندوق للتعويضات ممولاً من الخزانة العامة (المادة ٢٥ قانون العدالة الانتقالية)؛ بينما التأمين التكافلي يقوم على فكرة التحمل الجمعي للخطر؛ حيث يشترك عدد كبير من الأشخاص الطبيعيين، أو المعنويين في إزالة الضرر الواقع، أو تخفيفه فلا يتحمل شخص واحد تكاليف باهظة لا يستطيع أداءها، ولا شك في أن الحفاظ على الميزانية العامة، وعدم هدرها في دفع التعويضات بكاملها. حيث لا مانع من الخراط الأشخاص الاعتبارية العامة في عمليات التأمين التكافلي . واستثمارها في عمليات التنمية للمناطق المتضررة والتي تكون في أمس الحاجة لها كإصلاح البنى التحتية مثلاً وذلك بعد انتهاء أعمال القتال، علاوة على تلافي عيوب صناديق التعويضات التي أثبتت فشلها سابقاً، كل ذلك يعكس الطابع الحمائي الموسع للتأمين التكافلي؛ بل إن الأخير على الرغم من عدم قيامه على أساس الربح إلا أنه إذا اتخذت شركة التأمين نموذج المضاربة فإنه يمكن أن يساهم في عملية التنمية من خلال استثمار أموال المشتركين، وعليه فإن محفظة التأمين تتزايد مبالغها بتزايد المؤمن لهم، وبالعوائد التي تكسبها من استثمار أموالها على أساس المضاربة مع الشركة، كما أن التأمين التكافلي يتفوق على التأمين التجاري في تغطية هذا النوع من الأضرار تحديداً؛ وذلك لأن المشرع في القانون المدني ترك لشركة التأمين التجاري الحرية في تغطية تلك الأضرار من عدمها (المادة ٧٧٤مديني) تنص على أنه: "لا يلزم المؤمن بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن الزلازل، أو الحروب، والاضطرابات، والفتن الأهلية، ما لم يتفق على خلاف ذلك"، بل إن طبيعة التأمين التجاري القائمة على أساس الربح تسهم في تحفظ شركات التأمين في تغطية الأضرار الناشئة عن النزاعات المسلحة؛ حيث تتحول الحالة . حينئذٍ من احتمالية حدوث الخطر إلى حدوثه فعلاً في الأماكن غير المستقرة أمنياً، وهذا يصب في عكس مصلحة تلك الشركات، دون أن تفوتنا

١. وهذه الغاية سعى الاجتهاد القضائي في ليبيا إلى تحقيقها وإن جانبه الصواب في اختيار الآلية المناسبة لهذا الطرح حيث قضت المحكمة العليا الليبية بقولها: (... لا سبيل للتعويض عن الأضرار التي تخلفها الثورات... إلا بصدور قانون ينص صراحة عليها ويفرضها فرضاً على سبيل الاستثناء من مصادر الالتزام المذكورة... فلا يمكن تأسيسها على قواعد العدالة المجردة وأن الدولة ملزمة بتوفير الحماية والأمن في جميع الظروف لكل فرد مواطن أو أجنبي في ليبيا، لما في ذلك من خطورة تقع على كاهل خزينة الدولة بأعباء مالية تؤدي بها إلى البوار... طعن مدني، جلسة ٢٠٢٠/١/١٤، رقم الطعن ٢٥٤/٢٤٤ق، غير منشور.

٢. ندى أحمد إبراهيم العباني، أثر مخاطر التأمين التكافلي على الملاءة المالية لشركات التأمين (دراسة تطبيقية على شركة تكافل للتأمين خلال الفترة ٢٠٠٨-٢٠١٥م)، رسالة ماجستير، جامعة طرابلس، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، قسم التمويل والمصارف، سنة ٢٠٢١، الصفحة ٣٥.

٣. من ذلك فشل صندوق ضمان أموال المودعين المشكل بقرار من رئاسة الوزراء (اللجنة الشعبية العامة سابقاً) رقم ٥١٣ لسنة ٢٠٠٩، والذي لم نرى له دوراً يذكر إزاء أزمة نقص السيولة المصرفية منذ سنة ٢٠١٦ حتى الآن.

٤. موسى مصطفى القضاة، مرجع سبقت الإشارة إليه، الصفحة ٣٩.



الإشارة أخيراً إلى ما تحقّقه صناعة التأمين التكافلي من تقليل اللجوء إلى القضاء لمطالبة الدولة بالتعويض بناءً على القواعد العامة للفعل الضار، الأمر الذي ينعكس إيجاباً على مصلحة البنية القضائية بعدم إرهابها بقضايا التعويضات، وعلى المتضررين بتجنبهم عيوب بذل الجهد والمصاريف، ومغبة العدالة البطيئة.

الخاتمة:

من خلال ما تم التطرق إليه سابقاً يمكن تلخيص أهم النتائج التي تم التوصل إليها في النقاط التالية:

١. إن القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية الواردة في القانون المدني قائمة على محورية ركن الخطأ. والمساس به هو مساس بنظام المسؤولية التقصيرية، ورغم أخذ المشرع بالمسؤولية الموضوعية أحياناً لكن شروط تحققها، وأسباب نفيها معيقة للمتضررين؛ وهذا الطرح غير صالح لتغطية الأضرار الناجمة عن الأعمال القتالية بتعويض المضرورين منها. وهم أكثر، والتقاعد عن تعويضهم له آثار سلبية عديدة. علاوة على أنه لا يستجيب للتصورات الحديثة التي لحقت بنظام المسؤولية التقصيرية بالنظر للأضرار الجماعية المتزايدة التي تلحق بالبشرية، والتي لا تقتصر عمّا تخلفه أعمال القتال فحسب؛ بل تتعداه إلى مواجهة الكوارث الصحية، والمناخية، والتكنولوجية، وغيرها الكثير، الأمر الذي أدى إلى حد المغالاة في حماية المضرورين ببروز مبدأ ركن (خطر الضرر) الذي يهدف إلى تفعيل مبدأ الحيطة بالنسبة للأخطار غير المتيقن منها ولا من مداها، والتي ستقع في المستقبل بحيث ينشأ نوع من المسؤولية تتسم بعدم اشتراط أي ضرر لقيامها، الأمر الذي يحتم التوجه إلى تعويض الضحايا دون البحث عن قيام المسؤولية أيا كان نوعها.

٢. ليس من مصلحة المتضررين من الأعمال القتالية إهمال مواكبة الاتجاهات الفقهية والتشريعية الحديثة التي أصبحت تعطي أبعاداً جديدة للمسؤولية التقصيرية تتجاوز وظيفتها الأصلية التعويضية بحيث تسلم بوظائفها الأخرى كالوظيفة الوقائية، والمعيارية؛ حيث أن الأخذ بتلك النظريات من شأنه تقليص دور المعيار الموضوعي المجرد لركن الخطأ، و تبني مسؤولية الدولة عن أخطاء المقاتلين التي تكون بمناسبة الوظيفة، أو لسبب أجنبي عنها، وتعويض الضحايا من أضرار الأسلحة بشكل عام، و زراعة الألغام بشكل خاص، وإن كانت خارج حراسة الدولة، وتفتح الباب أمام إمكانية التعويض عن الضرر الاحتمالي، والأهم من ذلك هو تحجيم تمسك الدولة بالسبب الأجنبي في وجه المضرور.

٣. على الرغم من وجود قانون أساسي للعدالة الانتقالية (رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٣) وبعض القوانين المكمل له، فإن عدم إيلاء الجهات التنفيذية الاهتمام بتفعيل تلك القوانين. من خلال إنشاء هيئة تقصي الحقائق، وصندوق التعويضات. جعل من تلك النصوص حبراً على ورق؛ بل إنهما قد تكون معيقة للمضرور الذي يفضّل التعويض بناءً على القواعد العامة، في حالة الحكم بوجود قانون خاص معني بجزر الأضرار الناجمة عن أعمال القتال مما يؤدي إلى إخفاق المضرور في الحصول على التعويض عملياً، رغم ما تقدمه العدالة الانتقالية من الناحية النظرية من منفعة للمضرور بدم ركن الخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية.

٤. إن الجانب التعويضي الذي يُعدُّ علة وجود المسؤولية التقصيرية، لا يجب المبالغة فيه بحجة حماية المضرورين؛ لأنه قد يؤدي إلى افتقار الدولة، ويكون مصدر الخطر ذاته على المجتمع ككل؛ لذلك كان لازماً البحث عن البديل وذلك بالأخذ بالتأمين التكافلي الذي يُعد من أقوى النظم التأمينية بالنظر للمبادئ التي يقوم عليها من حيث: الالتزام بالبرع،



والمشاركة في الإدارة، والأرباح، وتوزيع الفائض التأميني، واستثمار الأموال وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. الأمر الذي يجعله بديلاً مستقبلياً عن قواعد الفعل الضار، بحيث يمكن الرهان عليه في تعويض المتضررين من الأضرار الناجمة عن أعمال القتال؛ بل والأضرار الجماعية بشكل عام وإن أتى أكله بعد حين.

ومن خلال هذه الدراسة يمكن الخروج بجملة من التوصيات نبيها على النحو التالي:

١. على القضاء تقبل النظريات المستحدثة التي استجابت للتطورات الحاصلة في نظام المسؤولية التقصيرية من خلال تبنيها في صورة اجتهادات قضائية تلهم المشرع بإصدار قواعد قانونية تراعي الوظائف الحديثة لنظام المسؤولية التقصيرية وعدم التشبث بالنظريات القديمة التي لم تعد تستجيب لطبيعة الأضرار المعاصرة وإن كانت مجدية سابقاً.
٢. على المشرع إعادة النظر في القوانين المعنية بالعدالة الانتقالية وإصلاحها من الناحية الموضوعية؛ لتجنب التمييز بين المتضررين من أعمال القتال، مما يبعث إلى خلق ثقة أكبر بها، والاستناد إليها للمطالبة بالتعويض.
٣. نشر الوعي بضرورة التأمين التكافلي من خلال الترويج له في مجابهة الأخطار الجماعية، والعمل على إصدار قانون خاص ينظم التأمين التكافلي، ويذلل العقبات التي تواجه انطلاق مسيرته.



## قائمة المراجع:

### أولاً: الكتب:

1. أسامة أحمد بدر، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥.
2. الصالحين محمد العيش، مصادر الالتزام في القانون المدني الليبي، بنغازي: دار الكتب الوطنية، الطبعة الأولى، ٢٠٢١.
3. الكوني علي أعبوده، قانون علم القضاء، النظام القضائي الليبي، طرابلس: المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣.
4. رمضان عبد الله الصاوي، تعويض المضرورين عن جرائم الأفراد من قبل الدولة وكيفية تمويل مصادر التعويض في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦.
5. عادل أحمد الطائي، المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، بيروت: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩.
6. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، بيروت: دار إحياء التراث العربي، بدون سنة النشر.
7. محمد علي البدوي الأزهري، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، بنغازي: دار الكتب الوطنية، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٣.
8. ياسين محمد يحيى، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩١.
9. يحيى أحمد موافي، الشخص المعنوي ومسؤولياته قانوناً، الإسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٨٧.

### ثانياً: الرسائل العلمية:

1. ندى أحمد إبراهيم العباني، أثر مخاطر التأمين التكافلي على الملائة المالية لشركات التأمين (دراسة تطبيقية على شركة تكافل للتأمين خلال الفترة ٢٠٠٨ م. ٢٠١٥ م)، رسالة ماجستير، جامعة طرابلس، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، قسم التمويل والمصارف، ٢٠٢١.
2. يوسف أحمد حسين النعمة، دفع المسؤولية المدنية بخطأ المضرور مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، بدون ناشر، بدون سنة النشر.

### ثالثاً: البحوث والمقالات:

1. السيد عبد الناصر أحمد العوضي، الضوابط الشرعية والقانونية للتأمين التكافلي في مصر، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد ٧، العدد ٣، عدد خاص بفاعليات الملتمقى الدولي، التأمين التكافلي: أي بدائل وأي مستقبل في سوق التأمينات في الجزائر؟، ٢٠٢٢.
2. الكوني علي أعبوده، تعويض أضرار الحرب.. بداية أمل، تعليقاً على حكم المحكمة العليا، طعن مدني رقم ٦٥/٧٢٥، بتاريخ ١٧/١١/٢٠٢٠، [www.facebook.com](http://www.facebook.com)، تاريخ الدخول ٢٠/٩/٢٠٢٢.
3. ...، ونظرات في آلية جبر الضرر في المسار الليبي للعدالة الانتقالية، مجلة دراسات قانونية، جامعة بنغازي: كلية القانون، العدد ٢٥، ٢٠١٩.
4. الهادي علي بوحمة، العدالة الانتقالية عدالة تأسيسية، ٢٠١٦، [www.libya\\_almostakabal.org](http://www.libya_almostakabal.org)، تاريخ الدخول ١٦/٨/٢٠٢٣.



٥. إتحمد معمر الرازقي، تأملات حول فلسفة العقوبة ، مجلة القانون، جامعة طرابلس: كلية القانون، عدد خاص بالمؤتمر العلمي التكريمي الثالث، ٢٠١٩.
٦. رشاد فرج دحيم، مفاهيم عامة حول العدالة الانتقالية، سطور في العدالة الانتقالية، بحوث صادرة عن المنظمة الليبية للعدالة الانتقالية، بدون دار النشر، بدون سنة النشر.
٧. رياض منصور الخليفي، شرط سقوط الحق في التعويض في التأمين التكافلي، الكويت، بدون ذكر الناشر، ٢٠٠٧.
٨. ريمة الشبيخي وخديجة فاضل، النظام القانوني للتأمين التكافلي في "ظل المرسوم التنفيذي الجديد رقم ٢١\_٨١"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد ٧، العدد ٢، ٢٠٢٢.
٩. طه بكرة، الدولة ملزمة قانوناً وفي الحال بإنشاء هيئة لجبر المضرورين وصندوق لتعويض الممتلكات الخاصة، ٢٠٢٠، [www.sada.ly](http://www.sada.ly)، تاريخ الدخول ٢٠/٩/٢٠٢٢.
١٠. عادل سالم محمد الصغير، عقد الهبة وإشكالات تضمينه في وثائق التأمين التكافلي وكيفية معالجتها من الناحية الفقهية، مجلة دراسات قانونية، جامعة بنغازي: كلية القانون، العدد ٢٥، ٢٠١٩.
١١. محمد علي البدوي الأزهرى، المسؤولية الطبية والقضاء(المهولة نحو القواعد العامة)، مجلة القانون، جامعة طرابلس: كلية القانون، عدد خاص بالمؤتمر العلمي التكريمي الثالث، ٢٠١٩.
١٢. محمد نوح عيسى، السلطة القضائية في إطار العدالة الانتقالية، مجلة القانون، جامعة طرابلس: كلية القانون، عدد خاص بالمؤتمر العلمي التكريمي الثالث، ٢٠١٩.
١٣. منذر الفضل، أخطار الألغام الأرضية وحقوق الضحايا القانونية، مجلة الحوار المتمدن، [www.alhewar.org](http://www.alhewar.org)، تاريخ الدخول ٢٣/٦/٢٠٢٣.
١٤. موسى مصطفى القضاء، حقيقة التأمين التكافلي، مداخلة في ندوة بعنوان "مؤسسات التأمين التكافلي والتأمين التقليدي بين الأسس النظرية والتجربة التطبيقية، الأردن: الجامعة الإسلامية العالمية، ٢٠١١.



مركز ولي الدم في الدعوى الجنائية

تعليق على حكم المحكمة العليا في الطعن الجنائي رقم ٦٣/٤٦ ق الصادر بتاريخ ١/١/٢٠٢٠

د. كريمة الطاهر امشيري

أستاذ مساعد بكلية القانون جامعة طرابلس

• عرض الجزء من الحكم موضوع التعليق :

( إنه لما كان يبين من الاطلاع على مدوناته ومدونات محضر جلسة محاكمة الطاعن امام المحكمة مصدرته أن محامي أولياء دم المجني عليه قد حضر جلسات المحاكمة ومكنته المحكمة من التدخل فيها كخصم في الدعوى الجنائية وباشرها بطلب القصاص، وترافع فيها وقدم مذكرة بدفاع أولياء الدم وتمسك بطلب بإدانة المتهم \_ الطاعن\_ وتطبيق القصاص، وكان كل ذلك في حضور النيابة العامة، وكان من المقرر أن القاعدة وفقاً للمادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية أن النيابة العامة تختص دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها طبقاً للقانون، وان اختصاصها في هذا الشأن مطلق لا يرد عليه القيد إلا باستثناء صريح من المشرع، وأن الخصومة في الدعوى الجنائية لا تنعقد إلا بين النيابة العامة والمتهم، ولا يجوز لأحد أن يتدخل في إجراءات المحاكمة كخصم إلا المضرور من الجريمة متى ما كان مدعياً بحقوق مدنية وينبغي على ذلك أن دور ولي الدم في جرائم القتل العمد المعاقب عليها قصاصاً وفقاً للمادة الأولى من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٤ م بشأن أحكام القصاص والدية المعدل بالقانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ م يقتصر على العفو عن القاتل عمداً مقابل الدية إذا ما رأى ذلك، ولا يجوز له ان ينصب من نفسه خصماً في الدعوى الجنائية المقامة ضد القاتل ولا أن يتدخل فيها ويباشرها في حضور النيابة العامة، إذ أن كل ما لديه من حقوق وفقاً للقانون تنحصر في أن يطلب الدية إذا ما اتجهت إرادته إلى العفو عن القاتل، ويترك النيابة العامة وشأنها في مباشرة الدعوى الجنائية وطلب الحكم بما تراه وفقاً للقانون، وبالتالي فإن المحكمة المطعون في حكمها عندما سمحت لولي دم المجني عليه بالتدخل في الدعوى الجنائية ومباشرتها والترافع فيه وتقديم مذكره بدفاعه وطلب القصاص، قد جعلت منه خصماً جديداً لم يرد النص عليه في قانون الإجراءات الجنائية، الأمر الذي يعد مخالفاً للتنظيم الاجرائي للمحاكمات الذي يعد من النظام العام والذي يترتب على مخالفته البطلان المطلق لإجراءات المحاكمة وبطلان ما ينجم عنها من احكام.)<sup>١</sup>

<sup>١</sup> جزء من أسباب الحكم كما وردت بحكم المحكمة العليا في قضية الطعن الجنائي رقم ٦٣/٤٦ ق، الصادر عن الدائرة الجنائية الأولى بجلستها المنعقدة ١/١/٢٠٢٠، ص





هذا الحكم يضع مبدأً جديداً مفاده أن ولي الدم لا يجوز له أن يحل محل النيابة العامة في المطالبة بالحق الجنائي، وأن دوره في قضايا القتل العمد يقتصر على العفو عن القاتل مقابل الدية إذا ما رأى ذلك، ولا يجوز أن ينصب نفسه خصماً في الدعوى الجنائية أو أن يتدخل فيها، وعليه ترك النيابة العامة وشأنها في مباشرتها لها، لأنها المختصة بذلك قانوناً، وإذا ما سمحت المحكمة له بالتراجع فيها فتكون قد أدخلت خصماً جديداً لم ينص عليه القانون، ويضحي حكمها مخالفاً للتنظيم الإجرائي للمحاكمات الذي يعد من النظام العام، ويترب على ذلك البطلان المطلق .

#### • عرض الإشكالية:

رغم صمت المشرع الجنائي الاجرائي وعدم تنظيمه لمركز ولي الدم في الدعوى الجنائية، إلا أنه منحه سلطات هامة تحدد وجه الحكم في الدعوى بل، ومصير المتهم فيها، غير أن المحكمة العليا في موقف يناقض توجه المشرع الجنائي في قانون القصاص والدية، قررت حرمان ولي الدم من أي دور في الخصومة الجنائية واعتباره اجنبياً عنها، هذا الموقف المناقض لاتجاه المشرع، الذي وإن لم يعترف صراحة له بأي مركز فيها إلا انه لم يسلبه إياه، حيث ترك الباب مواربا لدخوله كطرف في الخصومة، لكن العليا جاءت وأقفلت الباب في وجهة بموجب هذا المبدأ محل التعليق.

وإذا كان القانون والقضاء يعرفان حدود مركز المجني عليه كما يميزانه عن مركز الضحية، فإن ولي الدم كشخص جديد نسبياً في القانون والقضاء الجنائي اللبي لا يحظى بمركز واضح المعالم، مما أثار التساؤل عن صفة ولي الدم في الدعوى الجنائية أولاً، وما له من حقوق إجرائية فيها -و لاسيما أن قانون العقوبات قد منحه حقوقاً لا يملكها الضحايا عادة في جرائم قانون العقوبات العام -، و عن مدى وجاهة ما ذهب اليه العليا في حكمها ثانياً.

استجابة لعديد التساؤلات عن صفة ولي الدم في الدعوى الجنائية، والتي تعبر - في الواقع - عن احتجاجات غير معلنة في ردهات المحاكم - من جانب اولياء الدم ، وكذلك من العاملين في الحقل القانوني، ولاسيما المحامين منهم - ضد هذه الإشكالية ، فإننا أخذنا على عاتقنا مهمة البحث فيها

في هذا البحث سنحاول أن نبين أهمية الاعتراف لولي الدم بصفة في الخصومة الجنائية، و مدى ضرورة منحه حقوقاً إجرائية في الدعوى الجنائية، خلافاً لما ذهب اليه محكمتنا العليا، من خلال ثلاث فقرات على النحو الآتي:



الفقرة الأولى: ولي الدم ومعيار المصلحة

الفقرة الثانية: ولي الدم ومعيار العدالة

الفقرة الثالثة: انكار صفة خصم لولي الدم في التطبيق القضائي " نهج معيب في إدارة العدالة "

**الفقرة الأولى: ولي الدم ومعيار المصلحة**

لا شك أن هناك حضوراً ملحوظاً للمصلحة العامة في القانون الاجرائي الجنائي، إذ أن تحقيقها يشكل هدفه ووظيفته، غير أن القانون كما يحمي المصالح العامة يُعنى بالمصالح الخاصة أيضاً، ولا يقلل من ذلك تقديم المصلحة العامة على الخاصة كمبدأ عام، بمعنى إن ترجيح المصلحة العامة يجب أن لا يفسر بعدم أهمية تلك المصالح الخاصة و جواز التضحية بها دونما مسوّغ . فكما أن المصلحة العامة تعدّ إحدى الكفّات الأساسية للتوازن في الإجراءات الجنائية أمام المحاكم، فإن المصلحة الخاصة تُعدّ محلاً لهذا التوازن فهي تقابل المصلحة العامة ؛ مما يطرح سؤالاً مفاده: هل لما ذهبت اليه المحكمة العليا من حرمان ولي الدم حقه في التدخل بالخصومة الجنائية يعدّل كفة الميزان ويحقق التوازن بين المصالح

٣

المعارضة؟ هل يحقق للفرد ما يجب على الجماعة؟

إذا كانت محكمتنا العليا في حكمها -محل التعليق- تعترف للخصم الشكلي (النيابة العامة) الذي ينوب عن الأصيل بحقوق الخصم كاملةً، فإنها بالمقابل لا تعترف أساساً بوجود الأصيل، أي ولي الدم صاحب الحق في القصاص في هذه الجرائم، حيث وصفته بالخصم الجديد غير المنصوص عليه في القانون!! . هذا الموقف للعليا- في اعتقادنا- يُعدّ - فضلاً عن مخالفته للمنطق القانوني-، غير منسجم مع الاتجاه الذي تبناه المشرع، من منح ولي الدم حقوقاً ومساحةً في هذا النوع من الجرائم، إذ بهذا الرأي تُخرّج محكمتنا العليا ولي الدم من الخصومة، و تقفل الباب وراءه، بعد أن ادخله المشرع وجعل له رأياً في عقاب الجاني بالقصاص من عدمه، ومن ثم فهي تنكر مصلحته الظاهرة في التدخل بالخصومة الجنائية، وتهدر حقه في ذلك، رغم ما حاق به من اضرار جراء الجريمة.

<sup>١</sup> د. يوسف مصطفى رسول، التوازن في الإجراءات الجزائية، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة الأولى، ٢٠١٧، ص ١٦٠.

<sup>٢</sup> يوسف مصطفى رسول، التوازن في الإجراءات الجزائية، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة الأولى، ٢٠١٧، ص ١٦٤.

<sup>٣</sup> قد ميز الفلاسفة بين أنواع مختلفة من العدل فهناك عدل تبادلي يسود علاقات الافراد، و عدل يسود علاقة الفرد بالجماعة وهو إما عدل يجب للفرد على الجماعة (العدل التوزيعي) و إما عدل يجب للجماعة على الفرد (العدل الاجتماعي). انظر في ذلك: د. طارق زياده، دراسات في الفقه والقانون، المصلحة العامة، الطبعة الأولى، دار الشمال للطباعة، ١٩٩٠، ص ٣٣٨.



وفي الواقع فإن المجني عليه في مختلف الجرائم -عدا القتل- هو من يتولى متابعة دعواه امام القضاء من خلال النيابة العامة، أو من خلال تدخله بالحق المدني، أما في جرائم القتل المعاقب عليها بموجب قانون القصاص والدية، فإن الأمر مختلف؛ فمن وقع عليه الاعتداء أي المجني عليه يكون دوره قد انتهى بوفاته، كما أنه ليس صاحب الحق في العقاب وهو القصاص هنا. و لا الدولة ممثلة في النيابة العامة تعد صاحبة هذا الحق، وإنما ولي الدم، ومن ثم فهو من يفترض وفق المنطق السليم أن يتمتع بحقوق إجرائية لمتابعة الدعوى.

وبما أنه لا دعوى بغير مصلحه ؛ فهي شرط وجود الحق في الدعوى، وينبغي لقبول الطلب أمام القضاء توافرها، والتي تعني الحاجة لحماية القانون للحق المعتدى عليه أو المهدد بالاعتداء عليه، او المنفعة التي يحصل عليها المدعي بتحقيق هذه الحماية، فإن ولي الدم وفق ما سبق يعد صاحب مصلحة في حماية حقه المتمثل في عقاب الجاني والقصاص منه، بتمكينه من الحصول على حكم قضائي بذلك، عبر فتح المجال امامه للتدخل بالخصومة الجنائية.

و باعتبار قانون المرافعات الشرعية العامة للإجراءات القضائية، ربما يمكننا الرجوع الى نص المادة ١٤٢ منه ، للتدليل على أهمية منح حق التدخل في الخصومة الجنائية لولي الدم لأجل تقوية مركز أحد الخصوم (النيابة العامة)، وإن لم يكن خصماً حقيقياً، فولي الدم بما يملكه -غالباً- من قدرة على تقديم ردود وأدلة تفند وتدحض ادعاءات المتهم، يمكنه أن يُقوّي موقف النيابة العامة التي تمثله رغباً عنه .

و اذا اعتبرنا النيابة خصماً أصيلاً فإن تدخل ولي الدم في الخصومة للانضمام إليها يشبه إلى حد كبير المتدخل الانضمامي في قانون المرافعات، حيث أن هذا الأخير يتدخل في خصومة قائمة لا ليطلب الحكم له، وإنما ليطلب بالحكم لأحد الخصوم الأصليين، بإبداء أوجه دفاع تؤيد طلبات الخصم المنضم اليه، ويهدف من تدخله هذا تفادي ضرراً محتمل قد يصيبه بطريقة غير مباشره إذا لم يتدخل، وحُكم لصالح المتهم، أي خصم الطرف الذي انضم اليه، فتدخله تحفظي محض لرقابة الخصم في الدعوى منعاً مما قد يلحقه من ضرر لو بقي خارج الخصومة، فيكون تدخله

<sup>١</sup> يشترط في المصلحة ان تكون عملية ليست نظرية او تافهة وأن تكون شخصية ومباشرة بحيث يكون المدعي هو صاحب الحق الذي يهدف إلى حمايته او تقريره، ومن هنا تكون له صفة في الدعوى التي يباشرها، كما اشترط القانون أن تكون قائمة أي نشأت بالفعل وبالتالي لا تكفي المصلحة المحتملة كأساس للدعوى الا استثناء في بعض الدعاوى. أنظر في ذلك د. عبد المنعم احمد الشرفاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، الطبعة الأولى ١٩٧٤، مكتبة عبدالله وهبة، عابدين، ص ٥٦.

<sup>٢</sup> تنص م ١٤٢ من قانون المرافعات الليبي المعنونة بانضمام صاحب المصلحة على انه: ( لكل شخص الحق في التدخل في الدعوى ضد جميع الخصوم أو بعضهم، وذلك للمطالبة بحق يتعلق بموضوع الدعوى أو بالسند المقدم فيها. كما له أن يتدخل لتقوية مركز بعض الخصوم إذا كانت له مصلحة في ذلك).



لمراقبة سير الخصومة لمصلحته الخاصة أو مصلحة الخصم المنضم إليه ، وهو ما يقترب من مصلحة ولي الدم الذي سييدي ما يؤيد الاتهام ويدعمه ، ويقدم ما يلزم تأييداً لطلبات النيابة متى كانت تطلب القصاص أو عقاب الجاني، فهو يهدف من تدخله تفادي الحكم ببراءة المتهم وما يعنيه ذلك من ضياع حقه في القصاص، إذ سيتمكن بعد اعتباره طرفاً في الدعوى من تلافي أي إهمال أو تقصير قد يحدث من قبل النيابة العامة، و المطالبة بحقه والدفاع عنه بعدم تفويت المنفعة في الرد على دافع المتهم التي قد لا تملك النيابة كل التفاصيل والحديث لدحضها.

غير أن النيابة العامة أولاً ليست خصماً حقيقياً بل خصماً شكلياً أو اجرائياً، مما يعني أن طلباتها قد لا تتوافق مع ما ينشده ولي الدم، فماذا لو طلبت النيابة العامة البراءة للمتهم لأي سبب من الأسباب، أو لم تطعن في الحكم الصادر ببراءة المتهم؟ أفلا يكون هناك مصلحة جديدة لولي الدم -ولا سيما المتمسك بالقصاص- في التدخل ومنحه حقوق إجرائية كخصم فيها كالطعن في الحكم مثلاً؟ ولذا فإن ما ذهب إليه المحكمة بقولها: (أن كل ما لديه من حقوق وفقاً للقانون تنحصر في أن يطلب الدية إذا ما اتجهت إرادته إلى العفو عن القاتل، ويترك النيابة العامة وشأنها في مباشرة الدعوى الجنائية وطلب الحكم بما تراه وفقاً للقانون)، يكون غير مقبول بالنظر لما سبق ذكره، إضافة إلى ما يثيره قولها هذا من تساؤل عن ولي الدم الذي لم تتجه إرادته للعفو عن القاتل، فهل يترك النيابة العامة وشأنها في طلب ما تراه وفقاً للقانون؟ حتى لو كان يصب في غير مصلحته ولا يوافق إرادته في الاقتصاص من الجاني؟

### الفقرة الثانية: مركز ولي الدم ومعيار العدالة

(منذ أن حُرِّم الأفراد سلطة إقامة قضاء خاص، وحُرِّم المجني عليه من حقه في الانتقام الفردي، أخذت الدولة على عاتقها الالتزام بإقامة العدالة في المجتمع وحسن توزيعها على المواطنين، وهو التزام ليس للدولة مكنة الوفاء به إذا لم تعمل على إعطاء الحقوق المقررة قانوناً للأفراد الفاعلية والنفوذ معاً) ، لذلك بات ضرورياً، مع كل ما تعانيه منظومة العدالة الجنائية من أزمات وخلل في ادارتها، أن يكون الهدف الأسمى للإجراءات الجنائية هو صيانة جملة الحقوق التي تعترف بها القوانين الوطنية والمواثيق الدولية سواء للمتهم أو للضحية من حيث كونه إنساناً.

<sup>١</sup> د خلود علي العربي، الارتباط بين الدعوى والطلبات، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة طرابلس، ٢٠٠٤، ص ٤٤.

<sup>٢</sup> للاطلاع على مفهوم الضحية وحقوقه انظر: خالد حامد مصطفى، الشرعية الإجرائية بين حقوق الضحية والمتهم، مجلة الشريعة والقانون، المجلد ٢٩، العدد ٦١، ٢٠١٥، ص ٢٤٠.



ومن هذا المنطلق ظهرت بعض الأصوات التي تتفاوت فيما بينها بين التصريح والتعريض أن هناك خلافاً في التنظيم الاجرائي لدعاوى القصاص والدية، بسبب انتمائها لفلسفةٍ تخالف فلسفة قانون العقوبات العام الذي وضعت لأجله نصوص قانون الإجراءات الجنائية منذ أكثر من نصف قرن .<sup>١</sup>

غير أن أي محاولة على مستوى الفقه و القضاء لتحرير الدعوى من بعض قوالبها الشكلية التي وضعت منذ زمن بعيد ستصطدم بالتمسك الراسخ بتنظيم هذه الدعوى، و بمقولة انه تنظيم يتعلق بالنظام العام ولا يجوز مخالفته ، بل إن منهم من يريد لهذا التنظيم الاجرائي للدعوى أن يستمر كما هو رغم فارق اللحظة و الظرف ، ومن ذلك ما جاء في حكم محكمتنا العليا (ان المحكمة المطعون في حكمها عندما سمحت لولي دم المجني عليه بالتدخل في الدعوى الجنائية ومباشرتها والترافع فيها وتقديم مذكرة بدفاعه وطلب القصاص ، قد جعلت منه خصماً جديداً لم يرد النص عليه في قانون الإجراءات الجنائية، الأمر الذي يعد مخالفاً للتنظيم الإجرائي للمحاكمات الذي يعد من النظام العام والذي يترتب على مخالفته البطلان المطلق لإجراءات المحاكمة وبطلان ما ينجم عنها من أحكام....).<sup>٢</sup>

ومما لا شك فيه إن حرمان ولي الدم من التدخل في الخصومة الجنائية والاكتفاء بأن يقف موقف المتفرج فيها، يعد حرماناً من الترضية القضائية الملائمة، إذ أن إنكار الحق في الترضية القضائية كما يتحقق بمنعها أساساً، يتحقق كذلك بإحاطتها بقواعد إجرائية معيبة تهدر الحق وتعيق الحماية والفاعلية المتوخى تحقيقها، و الواقع أن ولي الدم حُرْم بموجب -هذا الحكم- من الحماية اللازمة لضمان حقه الاجرائي في دعاوى القصاص والديه، هذه الدعاوى التي تمثل نظاماً خاصاً وتستند على فلسفة تجريم وعقاب خاصة مستمدة من الشريعة الإسلامية، - وهي تتمتع بخصوصية عن غيرها من الدعاوى الناشئة عن النصوص المجرمة في قانون العقوبات - لا ينسجم و لا يستقيم أن نحشرها تحت مظلة قانون الإجراءات الجنائية الذي يستند على فلسفة جنائية مختلفة، بل قد تكون في بعض جوانبها مُتخلفة، ولا شك إن حرمانه من التدخل بشكل ويمثل إحدى صور إنكار العدالة.

<sup>١</sup> من بين تلك الأصوات: أستاذ القانون الجنائي الدكتور الهادي أبو حمرة.

<sup>٢</sup> عبد الثواب معوض الشوربجي، التجنيح القضائي في ضوء مشروع وزارة العدل ١٩٩٣، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٢.



ويمكننا الزعم أن هذا المنع لو جاء بموجب نص تشريعي لأمكن الطعن بعدم دستوريته، وهو المعنى الذي يمكن أن نستنتجه من أحد أحكام المحكمة الدستورية العليا حيث جاء في حيثياته أن (إنكار الحق في الترضية القضائية سواء بمنعها ابتداءً أو بإقامة العراقيل في وجه اقتضاها أو بتفديدها متباطئة متراخية دون مسوغ أو احاطتها بقواعد إجرائية معيبة لا يعدو أن يكون اهداراً للحماية التي يفرضها الدستور والقانون للحقوق التي وقع العدوان عليها وإنكاراً للعدالة في جوهر خصائصها و أدق توجهاتها، وبوجه خاص كلما كان طريق الطعن القضائي لرد الأمور إلى نصابها ممتنعاً أو غير منتج وكان من المقرر انه ليس لازماً لإنكار العدالة وإهدار متطلباتها أن يقع العدوان على موجباتها من جهة القضاء ذاتها، ذلك أن السلطة التشريعية أو التنفيذية قد تفرض من العوائق ما يحول دون بلوغ الترضية القضائية سواء عن طريق حرمان الشخص من إقامة دعواه أو من نظرها في إطار من القواعد الموضوعية وفق الوسائل القانونية السليمة، ومن ثم لا يعتبر إنكار العدالة قائماً في محتواه على الخطأ في تطبيق القانون وإنما هو الإخفاق في تقديم الترضية القضائية الملائمة وهو ما يتحقق بوجه خاص إذا كانت الوسائل القضائية المتاحة لا توفر لمن استنفذها الحماية اللازمة لصون حقوقه أو كانت ملاحقته لخصمه للحصول على الترضية القضائية التي يأملها لا طائل من ورائها) .<sup>١</sup>

الحقيقة اليوم أن العالم يتجه نحو ما أسماه البعض خصخصة الدعوى الجنائية، بتعظيم دور الجاني والمجني عليه والمجتمع المدني في إدارة العدالة الجنائية في قضايا تتصف بسمات معينة أصبحت تتأذى منها العدالة إذا ما تُركت في مسارها الاجرائي المعتاد ووفق عدالة تقليدية بين طرفين، يغلب عليها تهميش لمصالح المجني عليه والمضروب من الجريمة. كما بدأت تشريعات بعض الدول تضحى بقواعد وشكليات كانت بالأمس من الضمانات التي لا يجوز التراجع أو التخلي عنها، وذلك لأجل اعتبارات نفعية كفاعلية الاجراء ومن ذلك - مثلاً- قبول دليل الإدانة المستمد بشكل غير

<sup>١</sup> (حق التقاضي لا تكتمل مقوماته ما لم توفر الدولة للخصومة في نهاية مطافها حلاً منصفاً يمثل التسوية التي يعمد من يطلبها إلى الحصول عليها بوصفها ترضيته القضائية التي يسعى إليها لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها). حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم ٨١ لسنة ١٩ قضائية، بتاريخ ٦/٢/١٩٩٩، مكتب في الجزء ١، ص ١٦٥.

<sup>٢</sup> د. احمد لطفي السيد مرعي، خصخصة الدعوى الجنائية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٢٨، ديسمبر ٢٠٢١، ص ٣٧١.



مشروع ، أو لاعتبارات العدالة كمرعاة حقوق المتهم، ومؤخراً لاعتبارات حقوق الإنسان ومنها حقوق ضحايا الجريمة باعتبارهم أولى بالرعاية بعد أن كانوا مغيبين.

وإذا كان اهتمام العالم بحقوق الإنسان جعل أغلب التشريعات تعمل على ضمان أن يحظى المتهم بأكبر قدر من عناية المجتمع به، بما يكفل له أقصى رعاية ممكنة ليقضي عقوبته في ظروف إنسانية دون خدش لكرامته ، وإذا كان تزايد العناية بالجني عليه وضحايا الإجرام على مستوى قوانين العالم بات واضحاً، فإنه بالمقابل لازال الضحايا في أخطر الجرائم أي القتل سواء عمداً أو خطأ لا يحظون بذات الرعاية .

لذلك فإن قبول ولي الدم كطرف في الخصومة الجنائية هو اتجاه يدعم حماية حقوق الإنسان باعتباره يراعي حقوق الضحايا ألا وهم أولياء الدم هنا ، خاصة أن ذلك لن يعرقل فاعلية الإجراء أو يمس بحقوق المتهم في شيء.

ولما كان المركز القانوني ينصرف إلى مجموعة الحقوق والواجبات والأعباء الإجرائية التي يسندها القانون للشخص بوصفه خصماً . وبما أن سلطات الخصم تختلف بحسب ما إذا كان يتمتع بالمركز الاجرائي للخصم كاملاً أو منقوصاً، ففوة المركز القانوني للخصم تتحدد بما يتمتع به من سلطات ومكناات إجرائية ، ففي خصومة القتل العمد تبدو القوة الإجرائية للمركز الاجرائي لولي الدم في الدعوى الجنائية قوية من زاوية النظر إلى تأثيرها على نوع ومقدار العقوبة المحكوم

١ انظر في ذلك : د. أحمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.

٢ د. عمر سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٧، ص ٤٥.

٣ وذلك باعتبار المشرع عندما قرر لهم الدية التي جاءت المحكمة العليا و وصفتها بأنها عقوبة وتعويض معا، و لما كان التعويض لا يمنح الا للمتضرر من الجريمة، وكانت الدية مستحقة لأولياء الدم استتبع ذلك ان يكون ولي الدم ضحية دائما في القتل أي متضرر دون ان يمنع ذلك بطبيعة الحال وجود ضحايا اخرين للجريمة غير أولياء الدم. و جدي راغب، " دراسات في مركز الخصم امام القضاء المدني"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق عين شمس، السنة ١٨ العدد ١ يناير ١٩٧٦، ص ٧٧.

٤ أن تعبير الحق الاجرائي هو تعبير دارج في الفقه والقضاء للدلالة على الحقوق المتعلقة بإجراءات التقاضي، ويعبر عن الحقوق التي يكفلها القانون الإجرائي لأشخاص الخصومة القضائية والغير؛ وذهب رأي من الفقه إلى أن مصطلح الحق الاجرائي يعد مصطلح جديد غير معتمد في الفقه الإجرائي وغير معروف مما ترتب على ذلك عدم الاهتمام في صياغته واكتفاء الفقه بمجرد الإشارة إلى وجود الحق الاجرائي في كل ما يتعلق بالعمل الإجرائي او في إجراءات التقاضي بصفة عامة. وذهب اتجاه اخر إلى أن الحق الاجرائي هو مكنة أو رخصة اجرائية يقرها القانون للشخص، وبذلك يكون الحق الاجرائي عبارة عن مكنة اجرائية يمنحها القانون، إلا أن أصحاب هذا الرأي اختلفوا في تحديد المستفيد من هذه المكنة. إذ ذهب بعضهم لتعريف الحق الاجرائي بأنه: رخصة او مكنة اجرائية مقررّة لأطراف الخصومة أو لشخص من غير اطرافها للقيام بعمل اجرائي داخل الخصومة القضائية او بسببها، هذا الاتجاه لم يجعل الحق الاجرائي تعبيراً مقتصره على ما يقره القانون على اطراف الخصومة فقط ، بل يشمل كذلك الغير الذي يكون له حق بسبب الدعوي كما هو الحال في حق الغير في التدخل في الدعوى ، وأساس هذا الاتجاه أن المطالبة القضائية يترتب عليها عن الشخص خصماً، ومن ثمة يكون في مركز قانوني معين يمكن تسميته بالمركز القانوني للخصم وهذا المركز القانوني يمنح الشخص الحقوق الإجرائية ويلزمه بالواجبات أي أنه يتضمن جانبين احدهم ايجابي ويضم الحقوق، و الاخر سلبي ويضم الواجبات الإجرائية، فالحق الاجرائي عبارة عن مجموعة المكناات الإجرائية التي يقرها القانون الإجرائي للخصم لغرض اضعاف الحماية الإجرائية على الحقوق الموضوعية. للمزيد انظر: احمد أحمد إبراهيم عبد التواب، النظرية العامة للحق الاجرائي دراسة تأصيلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٣٢.





بها، مما يستتبع بالضرورة الاعتراف له بحقوق إجرائية كاملة كأبي خصم مثل : الترافع وسماع الشهود ومناقشتهم، و الطعن في الحكم، و تقديم الأدلة إلى غير ذلك مما يصب في مصلحته كولي دم يتمسك بالقصاص أو يسعى للحصول على الدية.

وبناءً على ما سبق نحن نعتقد أن ولي الدم في مركز لا يرتقي لمركز المجني عليه بمفهومه المتفق عليه حتى الآن، لكنه في ذات الوقت ليس بضحية فقط، بل هو يتأرجح في الواقع بين مركز المجني عليه والضحية ؛ لذلك فقواعد العدالة تستلزم ضرورة تعديل مفهوم أطراف الخصومة في دعاوى القصاص والديه، مادام ذلك يصب في مصلحة العدالة وحقوق الإنسان و فاعلية الإجراء الجنائي فلا ضرر ولا ضرار، فهذه جميعها تستوجب -في اعتقادنا- ضرورة إعادة النظر في أشخاص الخصومة الجنائية، قياساً على التوسع الحاصل -مثلاً- في أطراف الخصومة في الادعاء المدني ببعض التشريعات المقارنة .

### الفقرة الثالثة: إنكار صفة الخصم لولي الدم في التطبيق القضائي "نُهج معيب في إدارة العدالة"

الحقيقة إنه إذا كان التعارض بين المصالح قائم وموجود غالباً بصورة طبيعية، فإن بعض حالات التعارض - ومنها تعارض مصلحة ولي الدم مع المصلحة العامة في تنظيم وإدارة العدالة الجنائية - تتفاقم خلال التعرض لها بالتنظيم والمعالجة التشريعية أو القضائية، ومن ذلك حكم المحكمة العليا موضوع التعليق، الأمر الذي يقتضي من محكمتنا العليا التعامل بحذر شديد مع النصوص المنظمة للدعوى الجنائية و الدقة في اختيار الحلول بما يحفظ قدرأً مناسباً من التوازن، مع الأخذ بعين الاعتبار النتائج المترتبة على ترجيح مصالح معينة على غيرها .

غير أن قضاء المحكمة العليا بعدم جواز (أن يُنصب [ ولي الدم ] من نفسه خصماً في الدعوى الجنائية المقامة ضد القاتل ولا أن يتدخل فيها ويباشرها في حضور النيابة العامة) يَشِيء بأنها تعتبر النيابة العامة تمثل المجني عليه في الدعوى

١ المجني عليه هو صاحب المصلحة التي نالتها الجريمة بالاعتداء، اما الضحية او المضرور فهو من أصابه ضرر دون ان يمثل اعتداء على المصلحة التي يحميها نص التجريم.  
٢ وفق المادة ٧ من قانون المسطرة الجنائية المغربي (يرجع الحق في إقامة الدعوى المدنية للتعويض عن الضرر الناتج عن جنابة أو جنحة أو مخالفة، لكل من تعرض شخصياً لضرر جسماني أو مادي أو معنوي تسببت فيه الجريمة مباشرة. يمكن للجمعيات المعلن أنها ذات منفعة عامة أن تنتصب طرفاً مدنياً، إذا كانت قد تأسست بصفة قانونية منذ أربع سنوات على الأقل قبل ارتكاب الفعل الجرمي، وذلك في حالة إقامة الدعوى العمومية من قبل النيابة العامة أو الطرف المدني بشأن جريمة تمس مجال اهتمامها المنصوص عليه في قانونها الأساسي يمكن للدولة وللجماعات المحلية أن تتقدم بصفتها طرفاً مدنياً لمطالبة مرتكب الجريمة بأن يرد لها المبالغ التي طلب منها دفعها لموظفين أو لذوي حقوقهم طبقاً للقانون الجاري به العمل).

٣ يوسف مصطفى رسول، التوازن في الإجراءات الجزائية، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة الأولى، ٢٠١٧، ص ١٩١.



كسائر الدعاوى الجنائية، رغم أن حق القصاص ليس للمجني عليه هنا بل لأولياء الدم بنص القانون وحكم الشرع، إلا إذا وسّعنا في مفهوم المجني عليه ليشملهم، وإذا سلمنا جلدًا بأن النيابة تمثل أيضا أولياء الدم باعتبارهم جزءاً من المجتمع الذي تمثله فإن الأمر واقعيًا يفرز مواقف متناقضة، ذلك أن النيابة وفقاً لفقهاء الإجراءات الجنائية تعد خصماً شكلياً غير حقيقي باعتبارها لا تسعى إلى إدانة المتهم بل تهدف للتطبيق السليم للقانون، مما لا يمنع وفقاً لذلك أن تطلب النيابة الحكم بالبراءة للمتهم ليعيب في الإجراءات مثلاً، وعليه فإن القول بأنها تمثل ولي الدم الذي يسعى و ينتظر لحظة الاقتصاص من الجاني قول يجافي الحقيقة الواقعية، ولا يستقيم مطلقاً مع هذا النوع من الدعاوى التي يعترف فيها المشرع أن حق العقاب ليس خالصاً للدولة، بل هو حق مشترك بينها وبين ولي الدم، الذي يمتلك فيه النصيب الأكبر، بدليل أنه يمكنه إسقاط القصاص والديه معاً دون أن يكون للنيابة العامة حتى مجرد الاعتراض؛ مما يضحى معه الإصرار على اعتبار النيابة العامة تمثل ولي الدم هو إصرار على الجمع بين متضادات.

ولما كان اقتراح تخصيص نيابة لقضايا القصاص والدية تكون على تواصل مباشر بولي الدم والعمل معه لأجل مصلحته ليس بحلٍ مجدٍ ولا فعال، فإن ترك ولي الدم يتدخل في الخصومة كطرف ثالث أصيل له مصلحة مؤكدة وظاهرة فيها هو أفضل الحلول، توفيراً للوقت والجهد واختصاراً للإجراءات خاصة مع ما تعانيه المحاكم الجنائية عموماً من اختناق قضائي .

ويجب التأكيد على أن عدم السماح لولي الدم بمناقشة المتهم والشهود الذين يدلون بشهادات ضد مورثه (المجني عليه) في حينها أمام القضاء، تحت مبرر أن المحكمة العليا لا تجيز له التدخل بالخصومة و لم تعتبره طرفاً فيها، يُعد أسلوباً معيّياً في إدارة العدالة : إذ أنه يُهدر حق ولي الدم في الرد على أقوال دفاع المتهم التي قد تمس مورثهم في شخصه أو شرفه، والواقع أنه مات ويستحيل عليه دحضها، و تلك الادعاءات التي قد يبيدها المتهم و موكله والتي توظف لنفي التهمة عنه أو لكسب تعاطف القاضي أو طمعاً في التخفيف عنه لن تنال غالباً اهتمام عضو النيابة الحاضر للجلسة، ولن يلتفت إليها إلا ولي الدم الذي يهمه و-أيضاً- يمكنه غالباً تنفيذها باعتباره صاحب حق في العقاب قانوناً ووفقاً للشريعة الإسلامية.

<sup>١</sup> حيث يحصل واقعيًا أن يتدخل أحد القضاة أو رئيس الهيئة ليأمره بالصمت، أو يدفع محامي المتهم بعدم صفته في الدعوى.



كما لا يمكن تجاهل ذلك بحجة أن الإجراءات الجنائية التي وضعت منذ ما يناهز سبعون عاماً لا تعترف لغير النيابة والمتهم بصفة طرفي الدعوى الجنائية، فهي إجراءات تقوم على محاصرة الحقيقة بشكليات مؤسسة على جانب كبير من الوهم، فافتراض أن النيابة تحل محل المجني عليه وتنوب عنه و تمثل ولي الدم في دعاوى القصاص والدية، هو أمر لا يخلو من مجافاة لواقع، ولا يخلو من الشطط في الخيال، و الغلو في تجاهل ما يختلج صدر ولي الدم الذي -لأجل ذلك- أعطاه الله تعالى حق القصاص أو طلب الدية، كما أن عدم الاعتراف له بصفة في الخصومة يترتب نتائج عملية تضاعف من أعباء القضاء، لعل أهمها التحايل على القانون بتدخل ولي الدم بالحق المدني - بالرغم من عدم قبول أن يطالب بالتعويض والديه معاً وفقاً لمبادئ العليا - وذلك ليتمكن من الرد على الدفوع وادعاءات المتهم من خلال مذكراته، بل صار يتدخل من ليس بولي دم لكنه متضرر ولو معنوياً من جريمة القتل لذات الغرض، بحيث يمثل ستاراً يتحرك من ورائه ولي الدم في الخصومة ويبدى من خلاله ما يشاء من دفوع، وفي هذا إهدار لمزيد من الوقت والجهد.

ولا يمكن أن يُحتج علينا بالقول أن قبول النيابة لمذكرات ولي الدم يخفف من حدة الأمر؛ لأن الواقع العملي يُكذب ذلك، فعرض النيابة ليس لديه الوقت لاستقبال أولياء الدم أو سماعهم كما يفعل المحامي مع المتهم أو وكيله، بل إن الواقع العملي اثبت أن هناك من أعضاء النيابة من يبدي مشاعر الضيق و التملل من مجرد تردد ولي الدم عليه للسؤال، لمحاولة أن يزوده بما يلزم من معلومات للرد على دفوع المتهم أو يتردد لمجرد السؤال، معتبراً إياه غريباً يحشر نفسه في صميم عمل النيابة، مما يجعل ولي الدم في صراع مع عضو النيابة المكلف بالملف، في حين أنه يفترض فيه أن يمثله على حد قول المحكمة العليا، ولا يعقل أن الممثل أو النائب يتأفف من ملاحظات وطلبات الأصيل أي ولي الدم هنا!! أخيراً، إذا كان للمتضرر قانوناً من غير أولياء الدم التدخل بالحق المدني ومحاولة إثبات السلوك المجرم والضرر الناشئ عنه أليس لولي الدم الذي اتفق الشرع والقانون على أنه أول المتضررين من جريمة القتل، الحق في التدخل بالدعوى الجنائية؟ خاصة إذا علمنا ان المحكمة العليا حرمت أولياء الدم من المطالبة بالتعويض اكتفاءً بالدية المقررة بحكم القانون؟ أ ليست هناك مصلحة مؤكدة لولي الدم في الطعن على الحكم متى ما صدر بالبراءة أو بمقدار من الدية غير

<sup>١</sup> طعن جنائي رقم: ٧٣١/٤٤ ق، جلسة ١٧/٦/١٩٩٨، مجلة المحكمة العليا، السنة ٣٦، ٣٥، ص ٢٥٧.

<sup>٢</sup> يجب ان نعلم أن ولي الدم لا يحق له الجمع بين الدية والقصاص قانوناً، كما لا يُقبل منه الجمع بين الدية وطلب التعويض بموجب احكام محكمتنا العليا التي ذهبت لاعتبار الدية تجمع في طبيعتها بين العقوبة والدية. انظر في ذلك: د. طارق محمد الجملي، إشكاليات القصاص والدية في القانون الليبي دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعيين



مرض او مخالف للقانون؟ خاصة وأنه غالباً يملك دون غيره ما يدحض به ما جاء في مدكرات الدفاع عن المتهم وأقوال

شهود النفي، تم أ ليس من المصلحة والعدالة معاً أن يُمكن ولي الدم من (الثأر من الجاني عبر وسيلة حضارية ومشروعة

تتمثل في الدعوى الجنائية) ؟

### الخلاصة

إن الاعتراف لولي الدم بحق القصاص من المتهم أو العفو عنه مقابل الدية أو التنازل عنهما معاً يكاد يقطع بوجود حق اجرائي له في مواجهة هذا المتهم، مما يستصحب معه ضرورة تحول النظام الاجرائي الجنائي في اتجاه حماية الحق الاجرائي لولي الدم، الذي له مصلحة في الدعوى الجنائية القائمة تبرر اشتراكه فيها كطرف أساسي، فمعياري المصلحة والعدالة يستوجبان الاعتراف له بمركز فيها.

ان الصورة المبهمة لحقوق ولي الدم الإجرائية تقتضي من المشرع أن يتصدى لهذا الأمر بالتنظيم، لنقل ولي الدم من مرتبة المتفرج على الخصومة إلى طرف فيها بالمعنى الدقيق.

عليه ندعو المشرع للتدخل بتعديل النصوص الإجرائية وعدم التقيد بالبناء الصارم للخصومة الجنائية، وذلك بأن يُمكن ولي الدم من الترفع في دعوى القتل بحسابه خصماً أصلياً فيها يسعى لتأكيد حقه الخاص في العقاب الذي اعترف له المشرع به في هذا النوع من الجرائم، وهو في هذا الشأن شأن النيابة العامة حينما تسعى للحق العام في عقاب المتهم.

وبناء على ذلك يُقسم الحق الجنائي الذي ينشأ عن الجريمة إلى حق عام وحق شخصي (حق خاص)، ويمثل الحق العام حق المجتمع في معاقبة الجاني زجراً له وردعاً لغيره، وتكون النيابة العامة هي صاحبة الولاية في المطالبة به؛ ويتمثل الحق الشخصي في حق ولي الدم بالمطالبة بعقاب الجاني بالقصاص أو الدية. مما يستتبع ضرورة أن يمنح مشرعنا الإجرائي ولي الدم حق مباشرة الدعوى الجنائية فيما يتعلق بحقه الشخصي في الجرائم المعاقب عليها بالقصاص والدية. ويمكننا في هذا الشأن أن نستهدي ونسترشد بموقف المشرع اليمني، حيث أطلق على ولي الدم اسم المدعي الشخصي، وأتاح له أن ينضم للنيابة العامة في الدعوى الجنائية بوصفه خصماً منضماً لها. بل إن المشرع اليمني ذهب للأبعد من ذلك بأن أعطاه حق حضور جميع إجراءات التحقيق والزم المحقق بضرورة اطلاعه علم، ما تم في غيبته من إجراءات فور انتهائه منها، وسماع أقواله قبل صدور قرار النيابة بالإفراج عن المتهم و الطعن في الأوامر الصادرة من النيابة العامة بألا

اليمني والسوداني، دار الساقية للنشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص ٢٨٧ وما يليها.

١ د. عبدالله محمد الحكيم، المدعي الشخصي و دوره في إسقاط العقوبة في القانون اليمني، مجلة دراسات وبحاث، المجلد التاسع، العدد ٢٩، ١٥ ديسمبر ٢٠١٧، ص ٢٩.

٢ عرفت المادة (٢) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني المدعي الشخصي (بأنه المجني عليه او اولياء الدم او ورثة المجني عليه الشرعيون)، وعرف الحق الشخصي بأنه: مطالبة المجني عليه أو ورثته بمعاقبة كل من اعتدى عليه بجريمة معاقب عليها بالقصاص أو الدية أو الأرش. فهو اذا حق في العقوبة التي يحق للمدعي الشخصي إسقاطها بالعفو عن الجاني، أو التصالح معه وبذلك اختلف مفهوم المدعي الشخصي في القانون اليمني الذي استقى احكامه من الشريعة الإسلامية و منحه دوراً فاعلاً في المطالبة بالعقوبة او إسقاطها، بالإضافة إلى الحق في التعويض، عن مفهومه السائد في غيره من القوانين الذي اقتصر على المطالبة بالحق المدني، للاطلاع في هذا الموضوع انظر : د عبد الله محمد الحكيم، المدعي الشخصي و دوره في إسقاط العقوبة في القانون اليمني، مجلة دراسات وبحاث، المجلد التاسع، العدد ٢٩، ١٥ ديسمبر ٢٠١٧.

٣ المادة ٢٤ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني تنص على انه (يعتبر المجني عليه او المدعي بالحق الشخصي او المدعي بالحق المدني خصماً منضمًا للنيابة العامة في الدعوى الجزائية ومدعياً في الدعوى المدنية المرتبطة بها إذا كانت له طلبات ما)

٤ اذ نصت المادة ١٢٢ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني على ان: (للمتهم او المجني عليه او ورثته او من اصابه ضرر من الجريمة او المطالب بالحقوق المدنية او المسؤول عنها ولوكلائهم - طبقاً للقانون- ان يحضروا جميع اجراءات التحقيق وليس لهم الحق في الكلام الا بإذن من المحقق [...] في حالة الاستعجال [...] وعليه اطلع من ذكروا على ما تم بمجرد انتهائه)



وجه لإقامة الدعوى الجنائية، وتقديم مذكره بأسباب الاتهام ، وسماع شهادة الشهود و توجيه الأسئلة اليهم ومناقشتهم، وحق الطعن في الاحكام.

بالمقابل فإن اكتفاء مشرعنا بمنح أولياء الدم حق العفو عن القصاص و قبول الدية، و ترديد المحكمة العليا من ورائه أن ليس له إلا هذا الدور الذي (يقصر على العفو عن القاتل عمدا مقابل الدية إذا ما رأى ذلك) فيه ظلم واضح لولي الدم في القانون الليبي - الذي ليس له أن ينضم إلى جوار النيابة للمطالبة بعقاب الجاني، ولا يملك أن يطالب بالتعويض عن الضرر الناتج عن ارتكاب الجريمة، والذي لا يمكن أن تغطيه مقدار الدية في أغلب الحالات- في الوقت الذي يمكن لولي الدم في اليمن أن يكون مدعياً بالحق الشخصي (جنائي) و مدعياً بالحق المدني معا .

وختاماً، إن التنظيم القانوني الحالي للدعوى الجنائية الناشئة عن جرائم القصاص والدية لا يعكس حقيقة المركز القانوني الذي يجب تحويله لولي الدم، باعتباره الخصم الفعلي للجاني، (و ليس مجرد طرف شاهد للحق العام، فهو ضحية الجاني وجريمته في المقام الأول، وخصمه الحقيقي، ويجب أن يُمكن بهذه الصفة من متابعة مجريات التحقيق والمشاركة فيها باعتبارها وسيلته القانونية لاقتضاء حقه من الجاني، وإيقاع العقاب عليه) .

١ المادة ٣٥١ من قانون الإجراءات اليمني بشأن نظر الدعوى الجنائية و ترتيب الإجراءات بالجلسة تنص على: (يوضح عضو النيابة العامة اسباب الاتهام ووقائع الدعوى ويطلب تلاوة قائمة شهوده وشهود المتهم فيتلوها كاتب الجلسة وللمدعي الشخصي ان وجد او وكيله ان يوضح اسباب الاتهام ايضاً وطلباته عقب عضو النيابة العامة )  
٢ د. عبد الله محمد الحكيم، المدعي الشخصي ودوره في إسقاط العقوبة في القانون اليمني، مجلة دراسات وبحاث، المجلد التاسع، العدد ٢٩، ١٥ ديسمبر ٢٠١٧، الصفحة ٢٧.

٣ د. مؤيد القضاة و د. مأمون أبو زينون، الإطار القانوني لمشاركة المحني عليه أثناء مباشرة إجراءات التحقيق الابتدائي، السنة الثالثة والثلاثون -مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والسبعون، يناير ٢٠١٩، ص ٣٩٥ .



## قائمة المراجع:

### أولاً: الكتب والرسائل:

١. د. احمد أحمد إبراهيم عبد التواب، النظرية العامة للحق الإجرائي دراسة تأصيلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.
٢. د. أحمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.
٣. د. خلود على العربي، الارتباط بين الدعوى، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة طرابلس، ٢٠٠٤.
٤. د. طارق محمد الجملي، إشكاليات القصاص والدية في القانون الليبي دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعين اليمني والسوداني، دار الساقية للنشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.
٥. د. طارق زياده، دراسات في الفقه والقانون - المصلحة العامة، الطبعة الأولى، دار الشمال للطباعة، ١٩٩٠.
٦. د. عمر سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٧.
٧. د. عبد الثواب معوض الشوريجي، التنجيج القضائي في ضوء مشروع وزارة العدل ١٩٩٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
٨. د. عبد المنعم احمد الشراقوي، نظرية المصلحة في الدعوى، الطبعة الأولى، مكتبة عبدالله وهبة، مصر عابدين، ١٩٤٧.
٩. د. يوسف مصطفى رسول، التوازن في الإجراءات الجزائية، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة الأولى، ٢٠١٧.

### ثانياً: الأبحاث العلمية:

١. د. احمد لطفي السيد مرعي، "خصخصة الدعوى الجنائية، نحو إدارة معاصرة للعدالة الجنائية في مصر دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية (المنصورة)، العدد ٢٨، ديسمبر ٢٠٢١، الصفحات: ٣٧١ - ٦٩١.
٢. خالد حامد مصطفى، "الشرعية الإجرائية بين حقوق الضحية والمتهم"، مجلة الشريعة والقانون، المجلد ٢٩، العدد ٦١، (٢٠١٥)، الصفحات: ٢٣٩ - ٣١٧.
٣. د عبد الله محمد الحكيم، "المدعي الشخصي ودوره في إسقاط العقوبة في القانون اليمني"، مجلة دراسات وبحاث، المجلد التاسع، العدد ٢٩، ١٥ ديسمبر (٢٠١٧)، الصفحات: ٢٢-٥٣.
٤. محمود علي عبدالسلام وافي، "الدور الإجرائي للوقت: دراسة تحليلية مقارنة في القانون المصري والنظام السعودي"، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، (٢٠١٨)، الصفحات: ١٣٣٧ - ١٤٨٧.
٥. د. مؤيد محمد علي القضاة و د. مأمون محمد أبو زيتون، "الإطار القانوني لمشاركة المحني عليه أثناء مباشرة إجراءات التحقيق الابتدائي: دراسة تقييمية نقدية مقارنة في القانونين الأردني والإماراتي"، مجلة الشريعة والقانون، المجلد ٣٣، العدد ٧٧، يناير (٢٠١٩)، الصفحات ٣٤٩-٤٠١.
٦. وجدي راغب، "دراسات في مركز الخصم امام القضاء المدني"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق عين شمس، السنة ١٨ العدد ١ يناير (١٩٧٦)، الصفحات: ٧١-٢٣٥.

### ثالثاً: الاحكام والقوانين:

١. حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم ٨١ لسنة ١٩ قضائية، بتاريخ ٦/٢/١٩٩٩، مكتب في ٩، الجزء ١.
٢. قانون الإجراءات الجزائية اليمني ١٩٩٤.
٣. قانون المسطرة الجنائية المغربي.



## الإصدارات القانونية

عنوان المنصف	إصلاحات جنائية بموجهات قرآنية
اسم المؤلف	أ.د. القادي علي أبو حمزة
اسم الناشر	دار الفسيفساء العلمية ٢٠٢٣
رقم الايداع	
الترقيم الدولي	
تاريخ الطبعة	٢٠٢٣
سنة النشر	٢٠٢٣



عنوان المنصف	أثر اتفاقيات الحدود البحرية
اسم المؤلف	د. عمران عبد السلام الصغراتي
اسم الناشر	دار مكتبة حمودة للنشر والتوزيع
رقم الايداع	٢٠٢٣/٥٢٠
الترقيم الدولي	ISBN:978-9959-1-318-6
تاريخ الطبعة	٢٠٢٣
سنة النشر	٢٠٢٣







## الفهرس

١. حماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية في فقه الشافعية والقانون الدولي الإنساني دراسة: فقهية قانونية مقارنة. ٥٠.....  
٥. مهدي بن عبدالكريم الصوي.....
٢. أثر اتفاقيات الحدود البحرية والأعمال الانفرادية في شرق المتوسط على المجالات البحرية الليبية ..... ٢٨  
٢٨. عمران الحاج محمد الصفراني.....
٣. القانون الدولي المطبق على العمليات السيرانية ملاحظات على دليل "تالين" ..... ٨٧  
٨٧. إيناس عبدالله أبوحميرة.....
٤. الحماية التشريعية للمهاجرين غير الشرعيين ..... ١٠٢  
١٠٢. فتحي سعد المبروك عون.....
٥. التعويض عن ضرر تفويت الفرصة وتطبيقاته في قضايا الأحوال الشخصية. .... ١٣٢  
١٣٢. مناء مفتاح عبدالسلام الصور.....
٦. المصلحة العامة كمفهوم دستوري ..... ١٧٠  
١٧٠. سراج الدين عبد الله الكيلاني.....
٧. حقوق الموظفة في ظل قانون علاقات العمل دراسة تحليلية نقدية ..... ١٨٣  
١٨٣. خلود خالد بيوض.....
٨. مدى صحة استعمال القضاء الجنائي مُسمى المتهم ..... ٢٠٩  
٢٠٩. نجلاء محمود الجيتاش.....
٩. الإطار النظري للعدالة المستعادة (دراسة في المفاهيم والمبادئ والمسؤوليات) ..... ٢٢٢  
٢٢٢. فائق البوعيشي الكيلاني.....
١٠. علاقة تدابير العقو بإجراءات العدالة الانتقالية: الأسس والاعتبارات ..... ٢٤٩  
٢٤٩. محمد المبروك عامر رعدان.....
١١. تدويل السلطات العامة في إطار مبدأ سمو الدستور (دراسة تطبيقية على مشروع الدستور الليبي ٢٠١٧). ..... ٢٩١  
٢٩١. أ. دارين سالم اللافي.....
١٢. مفهوم عقوبة العزل التأديبي في القانون الليبي وتمييزها عن عقوبة الفصل التأديبي (دراسة مقارنة) ..... ٣٠٨  
٣٠٨. إيناس عبد الوهاب الزنكولي.....
١٣. فكرة العقوبات التبعية والتكميلية في الميزان ..... ٣٢٨  
٣٢٨. أ. محمود سالم الغالي.....



١٤. المعاملة بالمثل بين الإيجابية والسلبية (في إطار العلاقات الدولية الدبلوماسية) ..... ٣٤٩
- أ. سالمة يوسف موسى عمار ..... ٣٤٩
١٥. الجريمة المستحيلة في الميزان ..... ٣٥٩
- أ. أشرف الدوكالي منصور ..... ٣٥٩
١٦. تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية لإلزام الدولة بتعويض متضرري الأعمال القتالية (الصعوبات ومحاولة تذليلها) ..... ٣٦٨
- أ. آمنة عمر محمد المحمودي ..... ٣٦٨
١٧. مركز ولي الدم في الدعوى الجنائية ..... ٣٩٤
- د. كريمة الطاهر امشيري ..... ٣٩٤
١٨. الإصدارات القانونية ..... ٤٠٨
١٩. الفهرس ..... ٤٠٩