مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية القانون بالخمس

جامعة المرقب

العدد الأول لسنة 2019

مجلة العلوم الشرعية والقانونية مجلة محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة المرقب
رقم الإيداع المحلي 2015/379م.
دار الكتب الوطنية ببنغازي . ليبيا
هاتف:
9097074 - 9096379 - 9090509
بريد مصور:
9097073
البريد الإلكتروني:
Nat-Liba@h0tmail.com

ملاحظة /

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر إلا عن وجهة نظر أصحابها، وهم وحدهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، وإدارة المجلة لا تتحمل أية مسؤولية في ذلك.

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

شروط النشر بالمجلة:

الأخوة الأفاضل حرصاً على حسن إخراج المجلة نرجو التكرم بالالتزام بالآتي:

1. أن لا يكون قد تمَّ نشر البحث من قبل في أي مجلة أو كتاب أو رسالة علمية أو وسيلة نشر أخرى.
2. أن لا تزيد صفحات البحث عن (35) صفحة تقريبا بما فيها قائمة المراجع.
3. هوامش الصفحة من اليمين ، على ورق A4 . وحجم الخط (14) ونوعه (Traditional Arabic) .وللهوامش (12) وبين السطور (1).
4. العناوين الوسطية تكتب مسودة وبحجم خط (16) Bold.

العناوين الجانبية: تكتب من أول السطر مسودة وبحجم (14) Bold ، وتوضع بعدها نقطتان رأسيتان.

5. تبدأ الفقرات بعد خمس فراغات.
6. يجب الاهتمام بوضع علامات الترقيم في أماكنها المعروفة الصحيحة، وبرموز أسمائها بالخط العربي .
7. ضرورة استخدام رمز القوسان المزهران للآيات القرآنية (﴿ ﴾) ، والرمز (« ») للنصوص النبوية، والرمز: (" ") علامة التنصيص.
8. تكتب في الهوامش أسماء الشهرة للمؤلفين كالبخاري، الترمذي، أبو داود، ابن أبي شيبة، ولا يكتب الاسم الكامل للمؤلفين في الهوامش.
9. الإحالات للمصادر والمراجع تكون في هوامش صفحات البحث وليس في آخره.
10. لا تكتب بيانات النشر للمصادر والمراجع في الهامش، وإنما يكتب ذلك في قائمة المصادر والمراجع في آخر البحث.

مثل : ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 2، ص 332

11. عند الإحالة إلى كتب الحديث المرتبة على الأبواب الفقهية والموضوعات العلمية تكتب أسماء الكتب والأبواب، مع كتابة الجزء، والصفحة، ورقم الحديث إن وجد. هكذا: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب. الإيمان، باب الإيمان وقول النبي « بني الإسلام على خمس» : ج 1، ص 12 ، رقم 1.
12. تخرَّج الآيات القرآنية في المتن بعد الآية مباشرة بحجم 12.

مثل: قال الله تعالى: ﴿۞ سَيَقُولُ ٱلسُّفَهَآءُ مِنَ ٱلنَّاسِ مَا وَلَّىٰهُمۡ عَن قِبۡلَتِهِمُ ٱلَّتِي كَانُواْ عَلَيۡهَاۚ قُل لِّلَّهِ ٱلۡمَشۡرِقُ وَٱلۡمَغۡرِبُۚ يَهۡدِي مَن يَشَآءُ إِلَىٰ صِرَٰطٖ مُّسۡتَقِيمٖ﴾ [البقرة: 142].

13. في الهوامش، يترك بعد أرقام الهوامش مسافة واحدة ثم تبدأ كتابة المعلومات التِي يراد كتابتها، وهوامش كل صفحة تبدأ بالرقم واحد.

14. قائمة المصادر ترتب على أسماء الشهرة للمؤلفين، كالآتي:

ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: علي محمد البجاوي، بيروت: دار الجيل، ط 1، سنة 1112 هـ/ 1992م.

15. يرفق الباحث ملخصًا لسيرته الذاتية في حدود صفحة واحدة، ويرفق صورة شخصية له.

16. ترسل البحوث، والسير الذاتية المختصرة مطبوعة على ورق وقرص مدمج لرئيس التحرير مباشرة أو عبر البريد الإلكتروني الآتي.

iaelfared@elmergib.edu.ly

17. للمجلة الحق في رفض نشر أي بحث بدون إبداء الأسباب والبحوث التي لا تقبل للنشر لا ترد إلى أصحابها.

18. لصاحب البحث المنشور الحق في الحصول على عدد (5) نسخ من عدد المجلة المعني مجاناً.

19. ترتيب ورود الأبحاث في المجلة لا يدل على أهمية البحث أو الباحث، إنما للكل التقدير والاحترام .

20. لإدارة المجلة حرية تغيير الخطوط والتنسيق بما يناسب إخراج المجلة بالصورة التي تراها.

نأمل من السادة البحاث والقراء المعذرة عن إي خطأ قد يحدث مقدماً ، فلله الكمال وحده سبحانه وتعالى.

ملاحظة /

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر إلا عن وجهة نظر أصحابها، وهم وحدهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، وإدارة المجلة لا تتحمل أية مسؤولية في ذلك.

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها
كلية القانون بالخمس - جامعة المرقب

رئيس التحرير

د. إبراهيم عبدالسلام الفرد

هيأة التحرير:

د. مصطفي إبراهيم العربي

د. عبدالمنعم محمد الصرارعي

د. أحمد عثمان احميده

اللجنة الاستشارية:

أ. د. محمد عبدالسلام ابشيش.
أ. د. محمد رمضان بارة.
أ. د. سالم محمد مرشان.
أ.د. عمر رمضان العبيد.
د. احمد علي أبوسطاش.
د. علي أحمد اشكورفو.
د. عبدالحفيظ ديكنه.

فهرس الموضوعات

كلمة رئيس التحرير 7

الضوابط الشرعية للبيع والشراء في الأسواق

د. جيهان الطاهر محمد عبد الحليم 8

أصول الفقه وأثره على الفتوى

أ. مجاجي فاطمة 33

بعض ملامح تطور العدالة الإجرائية للأحداث في مشروع قانون الأحداث الليبي

د. عبد المنعم إمحمد الصرارعي 46

النظام القانوني لمجلس فض المنازعات في عقود الفيديك (FIDC) دراسة تحليلية

د. جمال عمران المبروك أغنية 69

من صور غش الخصوم في اتخاذ العمل الإجرائي في قانون المرافعات الليبي

د. علي أحمد شكورفو 102

العدالة التصالحية في المادة المدنية

د. أبو جعفر عمر المنصوري 117

القيمة القانونية للقواعد الإجرائية المُنظمة لأعمال السلطة التأسيسية (مدة ولاية الهيئة التأسيسية)

د. عادل عبد الحفيظ كنديل 141

التهرب الضريبي ووسائل مكافحته

د. عبدالله إبراهيم البربار 153

النظام القانوني للعقد الإداري " دراسة تحليلية "

د. العارف صالح عبد الدائم 173

تطبيق القانون المختار على الالتزامات التعاقدية والقيود المفروضة عليه

أ. شريف هنية 195

مبدأ المشروعية في الوظيفة الإدارية (مدة ولاية الهيئة التأسيسية)

د. يوسف الدوكالي بنّاصر 211

شرعية إنشاء المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة عن طريق مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

La légalité de la création du Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie par le Conseil de sécurité de l'ONU

د. كمال النواتي 233

البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي

د. سارة أبوبكر محمد كريدان 256

خصوصية التحقيق في جرائم الارهاب

أ. ابتسام حسن سالم بن عيسى 282

دور اللجنة الدولية في حماية حقوق الطفل

أ. صالح أحمد الفرجاني 310

كلمة رئيس التحرير

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين الذي علم الإنسان ما لم يعلم، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

إنه ليسرني أن اقدم إليكم هذا العدد من مجلتكم مجلة العلوم الشرعية والقانونية بعد جهد وعناء ممزوجين بالإخلاص والوفاء من السادة البحاث والمراجعين والعاملين على الجمع والتنسيق والإخراج لتكون مجلتكم على أحسن صورة وأبهى حلة تليق بالمقام .

ونتمنى للجميع التوفيق والسداد .

القيمة القانونية للقواعد الإجرائية المُنظمة لأعمال السلطة التأسيسية

(مدة ولاية الهيئة التأسيسية)

إعداد: دكتور عادل عبد الحفيظ كندير

أستاذ مشارك بكلية القانون جامعة طرابلس

مقدمة

تظهر الحاجة لصناعة الدستور في عدة أحوال أهمها: قيام ثورة[1] أو انقلاب يترتب على أي منهما إنهاء نظام دستوري قائم وبعث نظام آخر جديد يقوم على أسس وقواعد مختلفة، وإذا كانت صناعة الدساتير تتم عبر سلطة توصف بالتأسيسية، وتُمنح لها الصلاحية في ذلك بطرق شتى تختلف باختلاف الظروف والأحوال من دولة لأخرى حسب درجة النضج السياسي ودرجة تطور المجتمع، فإن أكثر الطرق شيوعا في هذا العصر، هو الطريق الديمقراطي القائم على إرادة الشعب لا إرادة الحُكّام؛ فالشعب هو مصدر كل سلطة، تأسيسية كانت أو غير ذلك – مُؤسِّسَة أو مُؤسَّسَة – ويعتبر طريق اختيار السلطة التأسيسية بالاقتراع المباشر عبر انتخابات حرة ونزيهة بموجب قواعد دستورية مؤقتة الطريق الديمقراطي الأكثر شيوعا في عالم اليوم، وتوصف القواعد الدستورية المؤقتة في هذه الحالة بأنها الإطار الدستوري الذي يتضمن **مجموعة القواعد الإجرائية** المنظمة لأعمال السلطة التأسيسية المنتخبة، وأنها بمثابة العقد الاجتماعي المؤقت بين الشعب وأعضاء السلطة التأسيسية المنتخبون فيما يتعلق بصناعة الدستور.

عليه، فإن السلطة التأسيسية المنتخبة، وإن اعتبرت سلطة تأسيسية أصلية عُليا لا تعلوها سلطة أخرى، فإن تمتعها بالرفعة والسمو لا يرفع عنها الالتزام بأحكام وقواعد الإطار الدستوري المؤقت التي انتخبت في ظله وضمن حدوده؛ لأنها لم تنشأ من عدم، وإنما جاءت في ظل هذا الإطار وضمن هذه الحدود؛ فهذه القواعد هي المعبر عن ضمير الشعب أو الأمة في المرحلة المؤقتة أو الانتقالية، وهو ما يعني

1- ولهذا السبب ظهرت الحاجة في ليبيا إلى صناعة دستور جديد عقب قيام ثورة 17 فبراير بهدف إنهاء النظام القانوني القائم في ليبيا قبل قيام هذه الثورة وبعث نظام قانوني جديد يقوم على أسس وقواعد جديدة تنسجم مع الأهداف والمبادئ التي قامت لأجلها الثورة، وقد أكدت الفقرة 10 من المادة 30 من الإعلان الدستوري المؤقت الصادر بتاريخ 2 أغسطس 2011م وتعديلاته الحاجة لوضع هذا الدستور.

حكما وعقلا أن الإخلال بمثل هذه القواعد يشكل مخالفة دستورية ليس فقط فيما يتعلق بعمل السلطة التأسيسية، بل ووجودها، ولذلك فإن الإشكالية القانونية التي تعالجها الورقة تتمثل في الأبعاد القانونية أو الدستورية المتعلقة بعدم التزام الهيئة التأسيسية في ليبيا لصياغة مشروع الدستور – التي انتخبت بطريق الاقتراع الحر المباشر بتاريخ 20 فبراير 2014م بموجب القواعد الدستورية الواردة في الإعلان الدستوري المؤقت الصادر بتاريخ 2 أغسطس 2011م وتعديلاته – بأحكام القواعد الدستورية الإجرائية الواردة في المادة 30/ 10 المقطع ب من الإعلان الدستوري المشار إليه والتي تشكل الإطار الدستوري الذي انتخبت في ظله وضمن حدوه الهيئة التأسيسية، ونصها الآتي:

(*إعادة تشكيل المفوضية الوطنية العليا لانتخاب هيئة تأسيسية بطريق الاقتراع الحر المباشر من غير أعضائه لصياغة مشروع دستور دائم للبلاد تسمى الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور، وتتكون من ستين عضوا على غرار لجنة الستين التي شكلت لإعداد دستور استقلال ليبيا عام 1951م ويتولى المؤتمر الوطني العام بموجب قانون خاص تحديد معايير وضوابط انتخابها، ويراعى فيها وجوب تمثيل مكونات المجتمع الليبي ذات الخصوصية اللغوية والثقافية "الأمازيغ- الطوارق- التبو"* .

وتصدر قرارات الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور بأغلبية الثلثين زائد واحد مع وجوب التوافق مع مكونات المجتمع الليبي ذات الخصوصية الثقافية واللغوية في الأحكام المتعلقة بهم، على أن تنتهي من صياغة مشروع الدستور واعتماده في مدة لا تتجاوز مائة وعشرين يوما من انعقاد اجتماعها الأول).

لعل أهم إخلال وقع من قبل الهيئة التأسيسية لأحكام القواعد الدستورية الإجرائية الواردة في النص المشار إليه، هو المتعلق بمدة انجاز عملها، فهي لم تلتزم المدة المحدد لها دستوريا للانتهاء من صياغة مشروع الدستور، الأمر الذي انتهى بتقديم طعن دستوري أمام الدائرة الدستورية للمحكمة العليا، بعدم دستورية وبطلان انعقاد جلسات الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور بعد 11 أغسطس 2014م وما ترتب عنها من آثار، تحت رقم 4 لسنة 62 قضائية[1]، أودع بتاريخ 9 يناير 2015م. لاشك أن هذا الطعن يثير العديد من التساؤلات لدى البعض أهمها: هل الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا مختصة بنظره؟ وإذا كانت الإجابة بنعم، ما مدى حظوظ الحكم بقبول الطعن؟ وإذا ما حكمت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا بقبول الطعن، فما البديل للهيئة الحالية في ظل الظروف الراهنة التي تعيشها البلاد؟

الإجابة على هذه التساؤلات وغيرها تقتضي إقامة دراسة تحليلية لنص المقطع ب من الفقرة 10 من المادة 30 من الإعلان الدستوري المؤقت سابق الذكر أعلاه، وستنطلق هذه الدراسة من الأحكام

1- تم إيداع تقرير الطعن لدى قلم كتاب المحكمة العليا بتاريخ 9 يناير 2015 من قبل الأستاذ المحامي البشير عمر قوبشة.

الفقهية لتقسيمات القاعدة القانونية، ولما كان شُرّاح القانون يتفقون أو يجمعون على تقسيم قواعد القانون إلى فئات متعددة؛ فإن هذه الدراسة ستنصب تحديدا على التقسيم من حيث العموم، ومن حيث ما تتركه من حرية للمخاطبين بها، ومن حيث ما تمنحه من سلطة تقديرية للمعنيين بأحكامها، وهو ما يقتضي إتباع الخطة المنهجية التالية:

المبحث الأول: من حيث العموم

المبحث الثاني: من حيث ما تتركه من حرية ومن سلطة تقديرية

المبحث الأول

من حيث العموم

تكمن أهمية هذا التقسيم في الإجابة على التساؤل المتعلق باختصاص الدائرة الدستورية للمحكمة العليا بالنظر في موضوع الطعن الدستوري رقم 4 لسنة 62 قضائية، بشأن عدم دستورية وبطلان انعقاد جلسات الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور بعد 11 أغسطس 2014م، وللوصول إلى هذه الإجابة، سيتم التعرض لتعريف القاعدة الموضوعية والقاعدة الإجرائية (المطلب الأول)، ثم التعرض بعد ذلك لما جرى عليه قضاء المحكمة العليا، من حيث مدى اختصاص الدائرة الدستورية بالنظر في القواعد الدستورية الإجرائية؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف القاعدة الموضوعية والقاعدة الإجرائية

تنقسم القاعدة القانونية من حيث العموم إلى قاعدة موضوعية وقاعدة إجرائية، والقاعدة الموضوعية هي: تلك القاعدة القانونية التي تتضمن أحكاما موضوعية تُبيّن الحقوق والواجبات أو المراكز القانونية.

أما القاعدة الإجرائية[1] فهي: تلك القاعدة القانونية التي تتضمن أحكاما إجرائية تُبيّن الأوضاع والإجراءات التي تُتّبع لاقتضاء الحقوق أو للوفاء بالالتزامات التي تقرر في القاعدة الموضوعية.

فالقواعد الإجرائية هي قواعد قانونية تعكس الشق الإجرائي في مقابل الشق الموضوعي؛ فهي الوسيلة لإدراك تطبيق أحكام القواعد الموضوعية[2]، ومنها تلك القواعد الواردة في قانون المرافعات المدنية

1- لمزيد التفصيل حول القواعد الإجرائية، انظر د. بوهره، الهادي علي، الموجز في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، مكتبة طرابلس العلمية العالمية، الطبعة الأولى، 2012، ص 3.

2- المرجع السابق، ص 3.

أو في قانون الإجراءات الجنائية. والهدف من وضع قواعد إجرائية في مقابل القواعد الموضوعية هو تحقيق وظيفتين، الأولى: تتمثل في وضع آلية قانونية لتفعيل النصوص الموضوعية. والوظيفة الثانية: تتمثل في وضع إطار قانوني لا يمكن لسلطات الدولة تجاوزه في سعيها لإدراك الوظيفة الأولى[1].

عليه، ومن خلال ما تقدم، لا يمكن القول بأن القواعد الإجرائية ما هي إلا قواعد شكلية لا قيمة قانونية لها، فعلى العكس من ذلك، نجد أن قيمتها القانونية لا تقل عن تلك القيمة المتعلقة بالقواعد الموضوعية؛ لأنها لا تضع فقط آلية قانونية واجبة الإتباع لتفعيل أحكام النصوص الموضوعية، بل هي ترسم الإطار القانوني الذي لا يمكن للمخاطبين بأحكامها تجاوزه عند سعيهم لوضع أحكام القواعد الموضوعية موضع التنفيذ، أيا كانت الجهة المعنية بحكم القاعدة الإجرائية، سلطة تأسيسية أو تشريعية أو تنفيذية أو غير ذلك.

كما أن قضاء المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1970/6/14م. استقر على أن السلطة التقديرية والمطلقة التي ترد على أركان القرار هي كالتالي: ترد السلطة التقديرية على ركني السبب والمحل؛ أما السلطة المقيدة فإنها ترد على أركان الاختصاص والشكل والغاية وهو ما يجعل من التقيد بهذه الأركان مسألة متعلقة بالنظام العام.

عليه، فإذا كان الحكم فيما يتعلق بالسلطة التقديرية والمقيدة هو على هذا النحو في حال صدور قرارات إدارية بالاستناد إلى قواعد قانونية عادية؛ فكيف الحال إذا ما كانت المسألة المثارة ذات صلة بقرارات صادرة بالاستناد إلى قواعد قانونية دستورية، ولم تراع فيها ركني الاختصاص والشكل المنصوص عليه في مثل هذه القواعد الدستورية؟

المطلب الثاني

قضاء المحكمة العليا

تطبيقا لأحكام المادة 23 من القانون رقم 6 لسنة 1982م بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا وتعديلاته[2] اتجه قضاء الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا إلى عدم اختصاصه بالنظر في القاعدة الدستورية

1- انظر، المرجع السابق، ص 4.

2- تنص المادة 23 من القانون رقم 6 لسنة 1982م بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا على ما يلي: (تختص المحكمة العليا دون غيرها منعقدة بدوائرها المجتمعة برئاسة رئيسها أو من يقوم مقامه بالفصل في المسائل الآتية :-

أولاً : الطعون التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية مباشرة في أي تشريع يكون مخالفاً للدستور .

الموضوعية بالمطلق، أما القاعدة الدستورية الإجرائية فقد جرى قضائها على التمييز بين الطعن المنصب على ذات النص الدستوري وبين الطعن المنصب على إجراء مخالف للإجراء والأوضاع المنصوص عليها في النص الدستوري، فبينما لا ينعقد اختصاصها بنظر الحالة الأولى، جرى قضائها على الاختصاص بنظر الثانية.

فعلى سبيل المثال ورجوعا إلى أحكام المادة 30/ 10 مقطع ب من الإعلان الدستوري المؤقت سابق الإشارة إليها، فإنه على فرض رَفْعِ طعنٍ دستوري بإلغاء الإجراء المتعلق بوجوب توفّر نصاب الثلثين زائد واحد لإقرار مسودة الدستور، لاستحالة تحققه عمليا داخل الهيئة التأسيسية؛ فإن الدائرة الدستورية ستقضي حتما بعدم اختصاصها بنظر الطعن؛ لأنه طعن موجه لذات النص، غير أن الأمر على خلاف ذلك تماما حال افتراض إصدار الهيئة التأسيسية لمسودة مشروع الدستور في الأجل المحدد دون النصاب المحدد دستوريا (الثلثين+1)، فهنا يمكن القول بأن الطعن في هذا الإجراء هو طعن موجه لإجراء مخالف للإجراء لا للنص ذاته، وعندئذ سينعقد الاختصاص للدائرة الدستورية بالمحكمة العليا للنظر فيه. وزيادة في الفهم، فإنه على فرض إيداع طعن أمام الدائرة الدستورية متعلق بالمدة المحددة في المادة 10/30 مقطع (ب) لصياغة مشروع الدستور لعدم كفايتها لكتابة مسودة المشروع؛ فإنه من المؤكد – تطبيقا لما جرى عليه قضاء المحكمة العليا – عدم انعقاد الاختصاص للدائرة الدستورية بالنظر فيه لأنه طعن موجه لذات النص، والحال سيكون على خلاف ذلك عندما يكون موضوع الطعن تجاوز الهيئة التأسيسية للمدد المحددة لها لصياغة مشروع الدستور في المادة المشار إليها أعلاه؛ حيث يتوقع قبول الدائرة الدستورية للمحكمة العليا لموضوع الطعن، على اعتبار أنه موجه لإجراء مخالف للإجراء، لا موجه للنص ذاته.

ولتأكيد هذه القول سيتم الاستشهاد بعدد من الأحكام القضائية للدائرة الدستورية بالمحكمة العليا ذات الصلة بالموضوع، ففي حكمها الصادر في الطعن الدستوري رقم 12 لسنة 60 قضائية بتاريخ 24 مارس 2014م بشأن عدم دستورية الإعلان الدستوري المؤقت الصادر بتاريخ 3 أغسطس 2011م لمخالفته

=

ثانياً : أية مسألة قانونية جوهرية تتعلق بالدستور أو بتفسيره تثار في قضية منظورة أمام أية محكمة .

ثالثاً : تنازع الاختصاص بين المحاكم وأية جهة قضاء استثنائي .

رابعًا: النزاع الذي يثور بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من المحاكم والآخر من جهة قضاء استثنائي، ويجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تأمر بوقف تنفيذ أحد الحكمين أو كليهما إلى أن تفصل في موضوع النزاع .

خامساً : العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة بناء على إحالة الدعوى من إحدى دوائر المحكمة . وتشكل الدوائر المجتمعة من عدد كاف من المستشارين بقرار من الجمعية العمومية على أن يكون من بين أعضائها مستشار من كل دائرة من دوائر المحكمة على الأقل).

لدستور 1951 في المادة 30 منه[1]، قضت الدائرة الدستورية بعدم اختصاصها بنظر الدعوى؛ لأن الطعن فيه انصب على نص دستوري بعينه لا على إجراء أو وضع متعلق بتعديله. أما في الطعن الدستوري رقم 28 لسنة 59 قضائية بتاريخ 26 فبراير 2013م بشأن عدم دستورية التعديل الثالث[2] الذي أجراه المجلس الوطني الانتقالي على الإعلان الدستوري بتعديل آلية تشكيل لجنة الستين من التعيين إلى الانتخاب، بالمخالفة للإجراءات والأوضاع الواردة في الإعلان الدستوري؛ فقد قبلت الدائرة الدستورية الطعن الدستوري؛ لأنه منصب على إجراء مخالف للأجراء لا على النص الدستوري ذاته وجاء في حيثيات حكمها ما يلي:

(... *وإن كانت الرقابة الدستورية وفقا للمادة 23 من القانون رقم 6 لسنة 1982 م المعدلة بالقانون رقم 17 لسنة 1994 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا مقصورة على مراقبة مدى التزام القانون محل الطعن أحكام الدستور ولا تمتد إلى رقابة النصوص الدستورية ذاتها، إلا أنه متى نص الدستور على طريقة أو إجراء معين لتعديل النصوص الدستورية تعين على السلطة التشريعية عند إصدار التشريع التزامها؛ فإن طُعن في نص التعديل بأنه مؤسس على إجراءات تخالف الإجراءات والأوضاع الواردة في الإعلان الدستوري فإن من اختصاص الدائرة الدستورية أن تتصدى لمراقبة مدى التزام تلك السلطات بالقيود الواردة بالدستور، إعمالا لمبدأ أساسي في التقاضي الذي مقتضاه هو صاحب الولاية العامة في الفصل في المنازعات إلا ما استثني بنص خاص ولو قيل بغير ذلك لكان للسلطة التشريعية أن تتحلل من القيود الواردة في الدستور بشأن إجراءات التعديل وهو إطلاق لسلطتها وفتح لباب مخالفة النصوص الدستورية وهو ما لا يستقيم قانونا...*)[3]

وقد أكدت الدائرة الدستورية على هذا المبدأ القضائي مرة أخرى عندها نظرها للطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61 قضائية بتاريخ 6 نوفمبر 2014م بشأن عدم دستورية الفقرة 11 من المادة 30 المعدلة بموجب التعديل السابع للإعلان الدستوري المؤقت[4]، بل أن الدائرة الدستورية أكدت في هذا الطعن على أن النظر في الطعون المتعلقة بالإجراءات المخالفة للإجراءات هو ما جرى عليه قضاء المحكمة العليا ولو تعلق الأمر بقاعدة دستورية وجاء في حكمها ما يلي:

1- انظر، حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 12 لسنة 60 قضائية بتاريخ 24 مارس 2014.

2- انظر، حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 28 لسنة 59 قضائية بتاريخ 26 فبراير 2013.

3- انظر، حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 28 لسنة 59 قضائية بتاريخ 26 فبراير 2013.

4- انظر، حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61 قضائية بتاريخ 6 نوفمبر 2014.

(... حيث أنه عن شكل الطعن فإن ما دفعت به إدارة القضايا من عدم اختصاص المحكمة بنظره وعدم قيام مصلحة شخصية ومباشرة لدى الطاعنين غير سديد ذلك أن قضاء هذه المحكمة جرى على أنه وإن كانت الرقابة الدستورية وفقا للمادة 23 من القانون رقم 6 لسنة 1982 م المعدلة بالقانون رقم 17 لسنة 1994 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا مقصورة على مراقبة مدى التزام القانون محل الطعن أحكام الدستور ولا تمتد إلى رقابة النصوص الدستورية ذاتها إلا أنه متى نص الدستور على طريقة أو إجراء معين لتعديل النصوص الدستورية تعين على السلطة التشريعية عند إصدار التشريع التزامها فإن طعن في نص التعديل بأنه مؤسس على إجراءات تخالف الإجراءات والأوضاع الواردة في الإعلان الدستوري فإن من اختصاص الدائرة الدستورية أن تتصدى لمراقبة مدى التزام تلك السلطات بالقيود الواردة بالدستور وهذا ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة...)[1].

خلاصة المبحث، هو أنه لما كان الطعن رقم 4 لسنة 62 قضائية منصب على إجراء مخالف للإجراء والأوضاع المنصوص عليها في نص المقطع (ب) من الفقرة 10 من المادة 30 من الإعلان الدستوري المؤقت لا على النص الدستوري ذاته؛ فإنه وفقا لما استقر عليه قضاء الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا وبما أرسته من مبادئ قضائية في الطعنين الدستوريين رقمي 29 لسنة 59ق و17 لسنة 61ق، فالدائرة الدستورية ستكون مختصة بنظر الطعن الدستوري رقم 4 لسنة 62ق، ما لم تُرْسِ الدائرة الدستورية مبدئا قضائيا جديدا في الموضوع.

المبحث الثاني

من حيث الحرية ومن حيث السلطة التقديرية

تكمن أهمية دراسة هذين التقسيمين في الإجابة على السؤال المتعلق بمدى حظوظ قبول الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا للطعن الدستوري رقم 4 لسنة 62 قضائية بشأن عدم دستورية وبطلان انعقاد جلسات الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور بعد 11 أغسطس 2014م وما ترتب عنها من آثار، وللوصول إلى هذه الإجابة، سيتم التعرض بداية لتقسيم القاعدة القانونية من حيث ما تتركه من حرية للمخاطبين بها (المطلب الأول)، ثم لتقسيم القاعدة القانونية من حيث ما تتركه من سلطة تقديرية للمعنيين بأحكامها (المطلب الثاني).

1- انظر، حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61 قضائية بتاريخ 6 نوفمبر 2014.

المطلب الأول

من حيث ما تتركه من حرية للمخاطبين بها

تنقسم القاعدة القانونية من حيث ما تتركه من حرية للمخاطبين بأحكامها، إلى قاعدة آمرة وقاعدة مخيّرة. والقاعدة الآمرة هي: تلك القاعدة التي لا تُجيز للمخاطبين بأحكامها الاتفاق على خلاف ما تقضي به، أما القاعدة المخيّرة فهي: تلك القاعدة التي تُجيز للمخاطبين بأحكامها الاتفاق على خلاف ما تقضي به، وللتمييز بين هذه وتلك، فإن الأمر لا يحتاج إلى جهد كبير لاسيما فيما يتعلق بالنص الدستوري الوارد في المقطع (ب) من الفقرة 10 من المادة 30 من الإعلان الدستوري المؤقت المحدد للمدة اللازم، فنظرة بسيطة إلى الألفاظ التي صيغ بها نص هذا المقطع نجد أنها قاعدة آمرة؛ فالألفاظ وسيلة مناسبة لمعرفة نوع القاعدة، فإن دلت الألفاظ والعبارات الواردة بالنص على ما يفيد الوجوب فهي آمرة، وإن دلت على ما يفيد الجواز فهي مخيّرة، وحيث أن نص المقطع (ب) من الفقرة 10 من المادة 30 من الإعلان الدستوري المؤقت جاء فيه: (*على أن تنتهي من صياغة مشروع الدستور واعتماده في مدة لا تتجاوز مائة وعشرين يوما من انعقاد اجتماعها الأول*). فإن دلالة الألفاظ فيه تفيد الوجوب، وبالتالي فهو نص آمر لا يجوز لأعضاء الهيئة التأسيسية الاتفاق على خلاف ما تقضي به مهما كانت الظروف والأحوال.

علاوة على ما تقدم، وعلى فرض المجادلة في دلالة ألفاظ وعبارات المقطع (ب) من الفقرة 10 من المادة 30 من الإعلان الدستوري المؤقت، بأنها لا تفيد الوجوب، فيمكن الاستدلال في تأكيد الطبيعة الآمرة لنص المقطع المشار إليه بمعيار آخر وهو معيار النظام العام[1] الذي بشكل وسيلة أخرى لتحديد طبيعة ونوع القاعدة من حيث ما تتركه من حرية للمخاطبين من أحكامها ، فقلد أرست المحكمة العليا مبدئا قضائيا في حكمها في الطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61 قضائية بتاريخ 6 نوفمبر 2014م جاء فيها:

(*...القواعد الدستورية موضوعية كانت أو إجرائية هي قواعد آمرة تسموا على ما دونها من القواعد القانونية ذلك أنها تعبر عن ضمير الأمة وتعكس إرادتها الشعبية العارمة وهي الضابط للقيم التي ينبغي أن*

1- النظام العام هو: مجموعة القواعد التي بها تحقق مصلحة عامة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد ، سواء كانت هذه المصلحة اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية، وعليه فإن النظام العام يتعلق بالأسس والدعامات التي لا غنى للمجتمع عنها لكي يسير بانتظام واستقرار. لمزيد التفصيل، انظر، اعبودة، الكوني علي، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل إلى علم القانون، القانون 1، مركز البحوث والدراسات العلمية، الطبعة الثانية، 1992، ص 93. وأيضا السنهوري، عبد الرزاق، الوجيز في شرح القانون المدني، 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، بند 169، ص 157.

تقوم عليها الجماعة والمحددة لنظام الحكم في الدولة فقد أحاطها المشرع بضمانات تكفل قدسيتها وعدم الخروج عنها إلا في الإطار الذي يحدده الدستور .....)[1].

وقد يرد بعضهم بأن القول السابق به تمسّك مفرط بالشكلية وحرفية النص على نحو لا يدع مجالا أمام الهيئة التأسيسية للتقدير أو التفسير الذي يستجيب مع ظروف عمل الهيئة وفق الأوضاع الراهنة التي تعيشها البلاد.

يمكن الرد ببساطة على أصحاب هذا القول من خلال التقسيم التالي للقاعدة القانونية من حيث ما تتركه من سلطة تقديرية للمعنيين بأحكامها.

المطلب الثاني

من حيث ما تتركه من سلطة تقديرية للمعنيين بها

تنقسم القاعدة القانونية من حيث ما تتركه من سلطة تقديرية للمعنيين بأحكامها إلى قاعدة جامدة وقاعدة مرنة[2].

والقاعدة الجامدة هي: تلك القاعدة التي تتضمن أحكاما محددة تحديدا نافيا قاطعا وواضحا، باستخدام ألفاظ أو عبارات أو أرقام أو حسابات جامدة لا تتسع لجميع الاحتمالات أو الوقائع.

أما القاعدة المرنة فهي: القاعدة التي تتضمن أحكاما غير محددة تحديدا دقيقا ولا نافيا أو قاطعا باستخدامها لألفاظ أو عبارات مرنة تتسع لجميع الاحتمالات والوقائع.

ولعل ما يهم في مجال هذه الدراسة هو القاعدة الجامدة التي يكون التحديد محكما بتقيد صارم ولا يترك أي مجال أو سلطان للمعنيين بأحكامها في التقدير عند التطبيق أو الإعمال؛ فالقاعدة الجامدة تواجه فرضا معينا تعطيه حلا ثابتا لا يتغير بتغير الظروف والأوضاع أو الملابسات التي تندرج تحت هذا الفرض؛ فصياغة القاعدة الجامدة تحدد ثبات هذه القاعدة سواء بالنسبة للوقائع أو بالنسبة للحل المطبق بشأنها، ولذلك يكون عمل المطبق للقاعدة الجامدة أو المنفذ لها عمل شبه آلي.

فالصياغة الجامدة لا تحقق إلا فكرة العدل المجرد؛ لأنها لا تواجه إلا فرضا مجردا ولا تملك بالتبعية إلا إعطائه حلا مجردا يقف عند متابعة التطور الاجتماعي والسياسي وغيره، وذلك بخلاف الصياغة المرنة التي تعطي نوعا من الاستجابة لظروف العمل المختلفة التي تتسع لإدخال الملابسات.

1- انظر، حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61 قضائية بتاريخ 6 نوفمبر 2014.

2- انظر، اعبودة، المرجع السابق، ص 121.

وللتمييز بين القاعدة الجامدة والمرنة، يمكن القول بشكل عام بأن استخدام لغة الأرقام عند صياغة القاعدة القانونية يعتبر أبرز أنواع صياغات القانونية الجامدة، ويقال في هذه الصياغة أنها إحلال الكم محل الكيف؛ لأن واضعي القاعدة اعتدوا برقم معين دون أن يعتدوا بما إذا كان هذا الرقم يعبر حقيقةً عن الصفة الموضوعية التي جعلت هذا الرقم دليلا على توافرها أم لا.

ورجوعا إلى نص المقطع (ب) من الفقرة 10 من المادة 30 من الإعلان الدستوري المشار إليها أعلاه، نجد أن واضعي النص اعتمدوا في صياغته لغة الأرقام عند العمل على تحديد المدة اللازمة لعمل الهيئة التأسيسية في صياغتها لمشروع الدستور فجاء النص على النحو التالي:

(... *على أن تنتهي من صياغة مشروع الدستور واعتماده في مدة لا تتجاوز مائة وعشرين يوما من انعقاد اجتماعها الأول* ...). ولم يستخدم واضعي النص عبارة (في مدة معقولة) أو عبارة (في مدة لا تتجاوز مائة وعشرين يوما متى كان ذلك ممكنا)، مما يدل على أن القاعدة الدستورية المتعلقة بمدة عمل الهيئة التأسيسية هي قاعدة جامدة لا تملك الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور أو غيرها من السلطات بما في ذلك السلطة القضائية – لا تملك أدنى سلطة تقديرية سواء فيما يتعلق بمدى انطباق القاعدة أو نوع الحل الذي يترتب على انطباقها، فالفرض في هذا النص يتضمن شروط انطباق القاعدة وهو ضرورة توفر هيئة تأسيسية لصياغة مشروع الدستور، أما الحل الوارد بالنص فهو يتضمن الأمر المقرر في هذه القاعدة وهو ضرورة الانتهاء من صياغة المشروع خلال مدة لا تتجاوز مائة وعشرين يوما من انعقاد اجتماعها الأول، وهو الإطار الدستوري الذي ضمن حدوده انتخبت الهيئة، وأن تجاوزها لهذا الإطار يجعل منها هيئة تأسيسية غير دستورية، وينصرف الوصف بعدم الدستورية بالتبعية عن كل أعمالها وتصرفاتها الصادرة خارج الإطار المشار إليه.

الخـــــــاتمة

نخلص مما تقدم إلى أنه إذا كان طريق اختيار السلطة التأسيسية بالاقتراع المباشر عبر انتخابات حرة ونزيهة بموجب قواعد دستورية مؤقتة يعتبر الطريق الديمقراطي الأكثر شيوعا في عالم اليوم، فإن القواعد الدستورية المؤقتة في هذه الحالة تمثل إطارا دستوريا يتضمن **مجموعة القواعد الإجرائية** المنظمة لأعمال السلطة التأسيسية المنتخبة، وهي بمثابة العقد الاجتماعي المؤقت بين الشعب وأعضاء السلطة التأسيسية المنتخبون فيما يتعلق بصناعة الدستور.

وبناء على ما تقدم فإن السلطة التأسيسية المنتخبة، وإن اعتبرت سلطة تأسيسية أصلية عُليا لا تعلوها سلطة أخرى، فإن تمتعها بالرفعة والسمو لا يرفع عنها الالتزام بأحكام وقواعد الإطار الدستوري المؤقت التي انتخبت في ظله وضمن حدوده؛ لأنها لم تنشأ من عدم، وإنما جاءت في ظل هذا الإطار

وضمن هذه الحدود؛ فهذه القواعد هي المعبر عن ضمير الشعب أو الأمة في المرحلة المؤقتة أو الانتقالية، وهو ما يعني حكما وعقلا أن الإخلال بمثل هذه القواعد يشكل مخالفة دستورية ليس فقط فيما يتعلق بعمل السلطة التأسيسية، بل ووجودها، وهو ما يعني أن تجاوز الهيئة التأسيسية للمدة المنصوص عليها في المادة 30 من الفقرة 10 مقطع (ب) من الإعلان الدستوري المؤقت الصادر بتاريخ 2 أغسطس 2011 يُعد مخالفة دستورية صريحة، وأن حظوظ قبول الطعن الدستوري رقم 4 لسنة 62 قضائية في الشكل والموضوع كبيرة جدا أمام الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا؛ لأن الطعن المقدم يتعلق بإجراء مخالف للإجراء لا بذات النص، وهو ما يأتي متماشيا مع ما جرى عليه قضاء المحكمة العليا في ليبيا منذ العام 2011.

وما يزيد المسألة تعقيدا حول مدة ولاية الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور، أنه عند إبرام الاتفاق السياسي الليبي بتاريخ 17 ديسمبر 2015 بمدينة الصخيرات المغربية نصت المادة 52 منه على ما يلي: (*يستمر عمل هيئة صياغة مشروع الدستور الليبي حتى موعد غايته 24 مارس 2016 وفي حال لم تتمكن الهيئة من الانتهاء من مهمتها بحلول ذلك الموعد، تشكل لجنة من خمسة ممثلين عن كل من مجلس النواب ومجلس الدولة وبمشاركة مجلس رئاسة الوزراء، في موعد غايته أسبوعان من ذلك التاريخ للتداول في هذا الشأن*).

ومقتضى النص السابق أن انتهاء الهيئة التأسيسية من صياغة مشروع الدستور في 29 يوليو 2017 يأتي بالمخالفة لاستحقاقاتها الدستورية المتعلقة بمدة ولايتها مرتين: الأولى، بالمخالفة للمادة 30/ 10 (ب) من الإعلان الدستوري المؤقت 2011. والثانية، بالمخالفة للمادة 52 من الاتفاق السياسي الليبي 2015.

وختاما، يمكن القول، بالرغم من أن المشروع المقدم من الهيئة التأسيسية عام 2017 هو في مجمله عمل جيد (وتحديدا في يتعلق بالتوازن بين السلطات، والموازنة بين الحقوق والقيود، والعلاقة بين الدين والدولة) وبالرغم من أن القضاء الدستوري الليبي لم يقل كلمته في موضوع الطعن المقدم بخصوص تجاوز الهيئة لمدد عملها، الأمر الذي قد يدفع بعضهم إلى القول بأن استفتاء الشعب الليبي – مصدر السلطات – على المشروع بـ (نعم) يَجُبُّ ما قبله ويُنهي الخلاف القائم، وهو ملخص الحراك الشعبي الذي ظهر في طرابلس عام 2018 تحت شعار " *الدستور أولا* "، إلا أنه – ومع ذلك – تجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا تباطأت وقررت (**عمدا**) عدم النظر في موضوع الطعن الدستوري رقم 4 لسنة 62ق المشار إليه أعلاه، وذلك من خلال قرار جمعيتها العمومية رقم 7 لسنة 2016م المؤرخ 10 نوفمبر 2016، والذي نص في مادته الأولى على تأجيل البت في الطعون الدستورية إلى أجل يحدد فيما بعد بقرار يصدر من هذه الجمعية؛ فهذا القرار فضلا عن كونه يشكل جريمة انكار العدالة ومخالفة صريحة لأحكام المادة 237 من قانون العقوبات الليبي، ولأحكام المادة 2/720 من قانون المرافعات الليبي، فهو يرسّخ الجدل القانوني القائم

حول مدى صحة المشروع الذي أقرته الهيئة التأسيسية بتاريخ 29 يوليو 2017 لتجاوزها المدد المحددة لها لإصدار المشروع بموجب الإعلان الدستوري المؤقت وبموجب الاتفاق السياسي الليبي.

المـــــــــراجع

أولا/ الكتب:

1- السنهوري ، عبد الرزاق، الوجيز في شرح القانون المدني، 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.

2- اعبودة، الكوني علي، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل إلى علم القانون، القانون 1، مركز البحوث والدراسات العلمية، الطبعة الثانية، 1992.

3- بوحمرة، الهادي علي، الموجز في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، مكتبة طرابلس العلمية العالمية، طرابلس 2011-2012.

4- يونس، منصور ميلاد:

- الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار الكتب الوطنية، الطبعة الثانية، 2013.
- القانون الدستوري والنظم السياسية، طرق ممارسة السلطة (أنواع الحكومات) النظرية العامة للدستور، دار الكتب الوطنية، الطبعة الثانية، 2013.

ثانيا/ الوثائق:

1- الإعلان الدستوري الليبي المؤقت بتاريخ 2 أغسطس 2011 وتعديلاته.

2- الاتفاق السياسي الليبي الموقع بالصخيرات بتاريخ 17 ديسمبر 2015.

3- قانون المرافعات الليبي.

4- قانون العقوبات الليبي.

5- القانون رقم 6 لسنة 1982 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا الليبية.

ثالثا/الأحكام القضائية:

1- حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 28 لسنة 59 قضائية بتاريخ 26 فبراير 2013.

2- حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 12 لسنة 60 قضائية بتاريخ 24 مارس 2014.

3- حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 17 لسنة 61 قضائية بتاريخ 6 نوفمبر 2014.

مذكرة الطعن الدستوري رقم 4 لسنة 62 قضائية المقدمة من المحامي بشير قويشة بتاريخ 9 يناير2015.