

# العلاقة بين القانون المدني والسرعة الإسلامية

## تفاهي على حكم المحكمة العليا الليبية

الدكتور بهام محمد عطاالله

يشير حكم المحكمة العليا في ليبيا الصادر في ١٥ ديسمبر ١٩٧٠ (الطعن رقم ١٦/٦٢ ق مجلة المحكمة العليا السنة السابقة ٧١ العدد الثاني يناير ص ١١٥) عدة نقاط هامة لا يتعرض لها الفقه عادة لجديتها ولتعلقها بفروع قانونية متعددة مما يشجع على عدم دراستها بحيث يستبعد المتخصصون في كل فرع من مجال دراستهم مكثفين بالاحالة الى القواعد العامة التي تصبح في النهاية قواعد غامضة وتختلط على الكثيرين حتى على كبار القضاة .

والنقاط التي يثيرها الحكم الذي نتعرض له تتصل من ناحية بعلاقة القانون المدني بالسرعة الإسلامية وعلى وجه التحديد بمبدأ التزام المحاكم الشرعية بأحكام القانون المدني ومدى التزام المحاكم العادية بقرارات وأحكام المحاكم الشرعية كما تتصل من ناحية أخرى بتحديد أهلية التقاضي على وجه التحديد أهلية القاصر في رفع الدعوى باسمه أو نيابة عن غيره .

ويجب قبل التعرض بالتفصيل لهذه النقاط أن نوضح أن الحلول التي أخذت بها المحكمة العليا تثير الكثير من التحفظات حيث تعتبر في نظرنا بعيدة عن أن تكون تطبيقا سليما لقواعد القانون الوضعي الليبي : فليس بصحيح ما تقوله المحكمة

العليا من أن المحاكم الشرعية لا تتقيد بأحكام القانون المدني الخاصة بتحديد سن الرشد وليس بصحيح ما تقوله المحكمة في هذا الحكم من أن رفع الدعوى يعتبر عملا من أعمال الإدارة أو أنه تصرف نافع نفعا محضا وبالتالي يستطيع أن يقوم به القاصر المأذون ، وتطبق في هذه الحالة مبدأ أنه لا يستطيع أحد أن يطالب بالابطال سوى من تقرر البطلان لحماية مصلحته ، ذلك أن أهلية التقاضي لها أحكام خاصة حيث يتعلق الامر بحسن سير العدالة وبتنظيم مرفق القضاء .

وتتلخص وقائع الدعوى التي أدت الى هذا الحكم في أن شخصا توفي عقب أن صدمته سيارة مؤمن على مسئولية قائدها لدى إحدى شركات التأمين العربية التي كان مصرحا لها أن تعمل في ليبيا قبل صدور قرار التأمين . وترك هذا الشخص عدة أولاد أكبرهم كان في سن العشرين وقت الوفاة كما خلف أبا واما وزوجة وفكر هؤلاء في رفع دعوى تعويض على المسئول وعلى شركة التأمين ، ويبدو أن محاميهم قد نصحهم بأن يطلبوا أولا : تعيين وصي على الأولاد القصر ، حتى يمكن أن يرفع الدعوى نيابة عنهم ، وفعلا طلبوا من المحكمة الشرعية تعيين وصي على أولاد المتوفي القصر ولكن المحكمة عينت أكبر الاولاد الذي لم يكن قد بلغ الواحدة والعشرين بعد وصيا على أخوته الصغار ، ورفع هذا القاصر الذي عين وصيا دعوى على شركة التأمين يطالب بالتعويض عن وفاة أبيه ورفعها باسمه ونيابة عن اخواته باعتباره نائبا عنهم وباسم جديه وأمه ( أي أبا المتوفي وزوجته) الذين وكلوا في رفع الدعوى نيابة عنهم . ولكن شركة التأمين دفعت بعدم أهلية الوصي لعدم بلوغه سن الرشد وهنا بدلا من أن يلجأ المدعون الى المحكمة الشرعية لتعيين وصي آخر بالغ الرشد اقتصروا على أن يوكل القاصر المعين وصيا جده في رفع الدعوى نيابة عنه وعن القصر كما وكلت الجدة والزوجة (أي ام وزوجة المتوفي) الجدة ايضا في رفع الدعوى واعتبرت محكمة أول درجة ذلك تصحيحا كافيا وحكمت بالتعويض للمضرورين .

استأنفت شركة التأمين الحكم ، ولكن محكمة الاستئناف أيدت حكم

محكمة أول درجة ومن ثم طعنت شركة التأمين بالنقض وهو الطعن الذي رفضه المحكم موضوع التعليق ، والذي يتعين علينا الآن بحث النقاط القانونية التي أثرت فيه عارضين لمدى التزام المحاكم الشرعية بسن الرشد الذي حدده القانون المدني ثم لاهلية رفع الدعوى وجزاء عدم توافر هذه الاهلية .

اولا : التزام المحاكم الشرعية بسن الرشد كما حدده القانون المدني :

من المعروف أن المشرع الليبي غداة الاستقلال قد قام بخطوة رائدة سبق بها المشرع المصري والمشرع التونسي والجزائري - اذا قصرنا المقارنة على بلاد شمال افريقيا - وذلك بأن أدمج المحاكم الشرعية والمحاكم المدنية في ظل نظام قضائي عادي موحد ( انظر النظام القضائي الصادر في ١٩٥٣ ، ١٩٥٤ ) وقد أدى ذلك الى اعتراض قضاة المحاكم الشرعية التي كانت قائمة قبل الاستقلال ( انظر مضابط جلسات مجلس الشيوخ في دور انعقاده الاول ) كما يبدو أن بعد المحاكم الجديدة عن المتقاضين وتعقيد الاجراءات أمامها وزيادة نفقات التقاضي ( انظر : ليبيا الحديثة لمجيد قدوري ) قد أدى الى رد فعل قوي ضد هذا الادمج كانت نتيجته أن عدل النظام القضائي في سنة ١٩٥٨ وأنشأت من جديد كما كان الحال أيام الاستعمار الايطالي المحاكم الشرعية لتقوم بجانب المحاكم المدنية ولتختص بالنظر في مسائل الاحوال الشخصية التي عني المشرع بتحديدتها وتحديد المصادر التي تستقى منها الاحكام المنظمة لها .

فنصت المادة ٢٠ من نظام القضاء الصادر في ٨ اكتوبر ١٩٥٨ على أن :  
« تشمل الاحوال الشخصية المنصوص عليها في هذا القانون المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الاشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الاسرة كالزواج .. والولاية والوصاية والقوامة والحجر والاذن بالادارة...» .

كما نصت المادة ١٧ على أن « تطبق المحاكم الشرعية أحكام الشريعة

الاسلامية طبقاً لأرجح الاقوال من مذهب الامام مالك على أنه اذا نص القانون على أحكام شرعية خاصة وجب اتباعه « وقد بقي هذا النص دون تعديل حتى سنة ١٩٦٤ م حيث لم تعد الاشارة الى أرجح الاقوال في المذهب بل الى المشهور من المذهب المالكي ( انظر المادة الاولى من المرسوم بقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٤ بتعديل بعض أحكام قانون نظام القضاء والتي عدلت المادة ١٧ من نظام القضاء )

وبتطبيق ذلك نجد أن الاحالة الى المرجح من الاقوال أو الى المشهور لا تكون الا في حالة غياب نص تشريعي من نصوص التشريع الوضعي ، فعجز المادة ١٧ وهو الجزء الذي لم يتناوله أي تغيير منذ وضعه في سنة ١٩٥٨ حتى الان يقرر صراحة « على انه اذا نص القانون على أحكام شرعية خاصة وجب اتباعها » كما أنه بتطبيق هذه النصوص يتبين أن موضوع الاهلية والولاية والوصاية يعتبر من مسائل الاحوال الشخصية وانه في حالة عدم وجود نصوص قانونية تنظم هذه الموضوعات فيجب الرجوع فيها الى المشهور في مذهب الامام مالك « انظر الشيخ وزكي الدين شعبان : الاحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، منشورات الجامعة الليبية الطبعة الثانية ١٩٧١ ص ٣٩ فقرة ٣٠ .»

واذا رجعنا الى القانون المدني الليبي الصادر في ٢٨ نوفمبر ١٩٥٨ نجد انه عنى مثل القانون المدني المصري بتنظيم بعض المسائل الهامة للاهلية كتحديد سن الرشد بأحدى وعشرين سنة (المادة ٤٤ مدني ليبي). وتعيين حكم التصرفات التي يقوم بها ناقصو الاهلية أو فاقدوها ( المواد ١١١ الى ١١٨ مدني ليبي ) مفرقا كما فعل الشارع المصري بين التصرفات النافعة نفعا محضاً والتصرفات الضارة محضاً والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، كما أحال على قانون خاص يصدر لتنظيم الولاية والوصاية والقوامة (مادة ١١٨ مدني ليبي) ولكن قانونا مثل قانون الولاية على المال الذي صدر في مصر سنة ١٩٥٢ (القانون رقم ١١٨ لسنة ٥٢) لم يصدر في ليبيا ولذا يعتبر المشهور من مذهب الامام مالك هو المصدر الذي يجب العمل

به في الولاية والوصاية وما يكون المشرع قد سكت عنه من مسائل الولاية كما أن تعيين الاولياء أو الاوصياء يعتبر داخلاً في اختصاص المحاكم الشرعية .

ومن الطبيعي أن تراعي المحكمة الشرعية حين تعين وصياً أن يكون بالغاً سن الرشد كما حددتها التشريعات الليبية . فطالما أن القانون المدني الليبي يجعل الشخص الذي لم يبلغ الواحدة والعشرين غير كامل الاهلية ويجب أن يخضع للولاية أو للوصاية فإنه يجب بطريق المفهوم من باب أولى أن يكون الولي أو الوصي الذي يعين ليمثل مصالح القاصر قد بلغ هو نفسه الواحدة والعشرين أي يكون بالغاً سن الرشد طبقاً لما جاء بالقانون المدني في بابه التمهيدي والذي يقرر قواعد عامة تعتبر من النظام العام حيث لا يجوز التنازل عن الاهلية أو التصالح عليها ( المادة ٤٨ مدني ليبي ) ( والمادة ٥٥٠ مدني ليبي ) كما تلتزم به كل المحاكم .

هذه القواعد الواضحة وهذا التحليل البسيط لم تتبعه المحكمة الشرعية التي وقعت منذ البداية في خطأ تعيين وصي لم يبلغ سن الرشد ، حيث عينت أكبر الابناء والذي كان يبلغ في ذلك الوقت عشرين عاماً وصياً على أخوته الصغار ولعل المحكمة الشرعية قد قامت بذلك بناء على خطأ في القانون اما لجهلها نص القانون المدني أو لاعتقادها أنها غير ملزمة به وأغلب الظن أنها ضللت في الوقائع ولم تبين السن الحقيقي للابن الأكبر ، المهم أن قرار تعيين الوصي لم يكن موقفاً وكان في امكان المحكمة الشرعية أن ترجع عنه طالما أن قرار تعيين الاوصياء يدخل في اختصاصها الولائي وبالتالي لا يجوز قرارها حججاً الشيء المحكوم فيه ويجوز لها أن تعدل عنه في أي وقت ترى أن المصلحة الحقيقية تقتضي العدول عنه .

وقد كان هذا الخطأ المبدئي بداية لتراكم الاخطاء من جانب جهات القضاء المدني وعلى رأسه المحكمة العليا في محاولة مستميتة لاضفاء الشرعية على وضع اذا كانت مقتضيات العدالة تدعو الى الحفاظ عليه وتصحيحه ، فان التطبيق السليم للقانون يأباه .

وقد قامت محاولة المحكمة العليا الليبية في تبرير موقف قضاة الموضوع الذين لم يحكموا بعدم قبول الدعوى التي رفعها «الوصي القاصر» على أساس تحليلهم لالتزام المحاكم الشرعية باتباع قواعد القانون المدني وعلاقة القضاء المدني بالقضاء الشرعي .

وتحليل المحكمة العليا أدى الى تأكيد أن المحكمة الشرعية غير ملزمة باتباع قواعد القانون المدني اذا خالفت الشريعة الغراء وأدى الى أن حجية قرارات المحكمة الشرعية لا تجوز مناقشتها وبالتالي يجب اتباعها حتى على فرض خطأها ، وهذه الأسس التي أقامت عليها المحكمة العليا حكمها تثير الكثير من التحفظات .

(١) فبالنسبة للأمر الاول : وهو عدم التزام المحاكم الشرعية بقواعد القانون المدني المخالفة للشريعة الاسلامية . نجد أن المحكمة العليا قد أوردت ذلك مع أساس أن هذا تطبيق للمادة ١٧ من قانون نظام القضاء بل أن الطريقة التي أوردت بها المحكمة العليا هذه الحجة توحي الى أن ذلك استعمال للمادة ١٧ من نظام القضاء . فنص حكم المحكمة العليا يجري على الطريقة التالية :

« ذلك أن المحكمة الشرعية لا تطبق أحكام القانون المدني اذا تعارضت مع أحكام الشريعة الغراء — مادة ١٧ من قانون نظام القضاء — »

وهذا في الواقع يخالف تماما نص المادة ١٧ وروحه وفحواه ، فقد سبق أن رأينا أن نص المادة ١٧ بعد تعديلها سنة ١٩٦٤ يقضي بأن : « تطبق المحاكم الشرعية أحكام الشريعة الاسلامية طبقاً للمشهور من مذهب الامام مالك وما جرى به العمل من أحكامه على أنه : اذا نص القانون على أحكام شرعية خاصة وجب اتباعها » وان عجز هذا النص لم يتناوله أي تعديل وبالتالي لا ندري من أين أتت المحكمة العليا بالنص الذي أوردته .

وبالتأكيد فان نصا مثل هذا لا يوجد في القانون الوضعي الليبي ، كما أنه يخالف منهج الشارع الليبي في التوفيق بين القانون المدني والشريعة الاسلامية فحين

أراد الشارع الليبي الغاء بعض الاحكام المخالفة للشريعة الاسلامية أقدم على النص على ذلك صراحة ، كما أنه حين قرر تعديل التشريعات بما يتلاءم مع الشريعة الاسلامية نص صراحة على بقاء التشريعات الموجودة حتى يتم التغيير المنشود ويصدر التعديل بالطرق الدستورية ، كما أن الاعلان الدستوري الصادر في سنة ١٩٦٩ لم يغير شيئاً من وضعية التشريعات النافذة طالما أنها لا تخالف أحكام المادة ٣٤ وليس في موضوعات الولاية والوصاية والاهلية ما يمس هذا الاعلان الدستوري .

وعلى ذلك فحكم القانون المدني الذي يحدد سن الرشد بواحد وعشرين عاماً يعتبر قائماً الى أن يغيره المشرع اذا قدر أن هذا التحديد يخالف نصوص أو روح أو مقاصد الشريعة الاسلامية .

وما كان لاعضاء المحكمة العليا - رغم اننا من أنصار القوة الخلاقة للقضاء - أن يغيروا الفاظ نص تشريعي بدون مبرر وأن يلصقوا تهمة مخالفة الشريعة الغراء بنص ربما يكون هو أبعد نصوص القانون المدني الليبي عن ذلك بحيث لم يرد بسن الرشد كتاب ولا سنة ولا اجماع وإنما الامر ترك لاستقراء أحوال الناس وبالتالي لتقدير القاضي في تحديد البلوغ بالنسبة لكل شخص بطريقة موضوعية ، ومع مراعاة كل حالة على حدة ، فاذا جاء المشرع وجعل تحديد البلوغ بالوصول الى سن معينة أي بطريقة مجردة - أو ما يطلق عليه في الفقه بأحلال الكم محل الكيف فان ذلك ليس فيه أية مخالفة لمقاصد الشريعة الغراء واذا كان فقهاء الشريعة قد حددوا آخر أمد للبلوغ سن الثامنة عشرة فان الشريعة لا تضار اذا قدر المشرع الوضعي أن من المصلحة رفع هذه السن حتى ولو كان في ذلك متأثراً بتشريع أجنبي نقل عنه هذا التحديد .. فالمصلحة الموجودة من وراء التحديد الكمي الموحد لسن الرشد أكثر بكثير من الضرر الذي قد يترتب على تأخير كمال الاهلية لبعض الاشخاص الذين يتمتعون بكمال الادراك والتميز في سن مبكرة .

ومن هنا تأتي دهشتنا لما جاء بالحكم من أن تحديد القانون المدني لسن الرشد بأحدى وعشرين عاما خالف الشريعة الاسلامية وبالتالي لا يلزم المحاكم الشرعية التي لها أن تعين وصيا لم يصل بعد الى هذه السن طالما انه قد توافرت فيه صفة البلوغ كما حددها فقهاء الشريعة الاسلامية .

ان الحرص على الشريعة الاسلامية وتأكيد سموها وقيمتها لا يكون بمثل هذه التأكيدات التي تخالف أحكام القانون وأيا كانت الدوافع التي ترمي الى هذه التأكيدات فانها لا تصلح مبررا لتشويه أحكام القانون الوضعي بهذه الصورة .

والمحكمة العليا قد أعطت المثال في غير هذا الحكم على قدرتها على الدفاع عن الشريعة الاسلامية وتطويرها بما يتناسب مع أوضاع المجتمع ولهذا لا يعتبر هذا الحكم تعبيرا عاما عن رأي المحكمة العليا في هذا المجال .

(٢) الحجة الثانية : التي أثارها المحكمة العليا ، القول بأن قرار المحكمة الشرعية بتعيين الوصي قد حاز حجية الشيء المحكوم فيه وان هذه الحجية تعتبر من أعلى مراتب النظام العام وهنا أيضا نجد أن تحليل المحكمة العليا لا يستطيع القيام على قدميه .

وفضلا من أن تحول المحكمة الى هذه الحجية يفيد عدم اقتناعها بالحجة الأولى نجد أن القول بأن قرار تعيين الوصي قد حاز حجية الشيء المحكوم فيه غير صحيح . فمن الاوليات القانونية أنه لا يجوز حجية الشيء المحكوم فيه سوى الاحكام التي صدرت في منازعات والتي تنظر فيها المحاكم حين تمارس اختصاصها القضائي . أما القرارات التي تتخذها المحاكم أيا كان نوعها في أثناء مباشرتها لاختصاصها الولاية فانها لا تحوز الحجية ويجوز للمحكمة التي أصدرت هذه القرارات أن تعدل عنها في أي وقت حسب الاحوال .

ومن المسلمات أيضا وهذا ما أشارت اليه المحكمة العليا أيضا أن قرار تعيين الوصي أو سحب الوصاية يدخل في الاختصاص الولائي للقاضي ولا يعتبر أصلا



حكما يحوز الشيء المحكوم فيه وعلى ذلك فكان من الممكن حين دفعت شركة التأمين بعدم قبول الدعوى لأول مرة أمام محكمة أول درجة أن يطلب ذوو المصلحة من المحكمة الشرعية تعيين وصي آخر تتوافر فيه شروط الاهلية كما حددها القانون المدني وكان من الممكن تعيين الجدد وصيا في هذه الحالة بدلا من الالتجاء الى الحيلة المكشوفة التي لجأ اليها الوصي القاصر من توكيل جده في رفع الدعوى .

فضلا عن أن ذلك يبين مدى اقتناعه بضعف مركزه وانه ليس له أن يرفع الدعوى لا باسمه ولا نيابة عن القصر الذين عين عليهم وصيا فان هذه الوكالة غير منتجة قانونا لأنه يشترط في الموكل أن يكون أهلا لمباشرة العمل القانوني بنفسه حتى يستطيع أن ينيب عنه غيره في ادائه واذا كان الوصي القاصر غير راشد وليس بأهل لرفع الدعوى فانه لا يستطيع أن يوكل غيره في رفعها باسمه حيث أن أثر العمل القانوني يعود عليه وليس على الوكيل .

وبالتالي فاننا نتحفظ بشدة على ما جاء بحكم المحكمة العليا من أن القرار الشرعي الذي نصب أكبر القصر وصيا على أخوته بقصد تمكينه من المطالبة بحقه وحقوقهم واستلام هذه الحقوق قد أصبح عليه الاهلية القانونية وما يتبعها من حق التقاضي باسمه واسم من نصب عليهم ويكون من حق هذا الوصي أن يمارس الحقوق بنفسه أو أن ينيب عنه غيره فيها أعمالا للقرار الشرعي . ففقد الشيء لا يعطيه وقرار المحكمة الشرعية غير منتج ولم يصبح القاصر رشيدا بمجرد تعيينه ، اذ ما يزال في حاجة الى تعيين وصي عليه ينوب عنه قانونا طالما هو قاصر وبالتالي لا يستطيع رفع الدعوى ولا توكيل غيره في رفعها وقد كان الالتجاء الى المحكمة الشرعية لتطبيق وصي آخر أسهل الحلول حتى تستمر الاجراءات بدون تعقيدات وخاصة أن قرار المحكمة الشرعية بتعيين وصي لا تحوز الحجية كما رأينا وبالتالي لا يلزم المحكمة الشرعية التي أصدرت الحكم كما أنه لا يلزم غيرها من المحاكم طالما انه قد صدر مخالفا للقانون ولا يمكن القول هنا بأن صدور القرار يصحح هذا التعيين عملا بقاعدة أن الحجية تصحح البطلان الذي يكون قد صحب الحكم

ذلك لأننا لسنا بصدد حجية ولسنا بصدد بحث لحالة رفع دعوى جديدة يثار فيها دفع يسبق الفصل فيها وإنما نحن أمام قرار يجوز العدول عنه وغير حائز على حجية الشيء المحكوم فيه . حقا ان الذي يستطيع تغيير الوصي هنا هو المحكمة الشرعية الا أن المحكمة التي عرضت عليها دعوى التعويض أن لها أن تحكم بعدم قبول الدعوى لعدم توافر الاهلية وهنا سيضطر أصحاب المصلحة الى الالتجاء الى المحكمة الشرعية لتعيين وصي جديد كامل الاهلية ليستطيع أن يرفع الدعوى نيابة عن القصر ولا يعتبر هذا من القضاء المدني تسلطا على القضاء الشرعي كما تشير الى ذلك المحكمة العليا فكل جهة قضائية ملزمة بتطبيق القواعد القانونية وباحترامها ولا يمكن أبدا اذا خالفت جهة أحكام القانون أن تلزم الأخرى باتباعها والسير وراءها في تلك المخالفة وخاصة اذا كان تصحيح تلك المخالفة ممكنا ولا يثير أي تعقيدات ، ففي حالتنا لم تكن المحكمة الشرعية لتعارض في تعيين وصي جديد وربما كان ذلك هو الجدل اذا عرض عليها الامر كذلك يمكن للنيابة العامة أن تطلب من القاضي الشرعي تغيير الوصي وكان للمحكمة التي وقعت أمامها دعوى التعويض أن تأجل نظر الدعوى حتى تنظر المحكمة الشرعية في أمر تغيير الوصي ، ولا يعتبر هذا من المحكمة ولا من النيابة العامة مساسا بما لقرار المحكمة الشرعية من احترام وحيث أن الأمر سيرجع الى ذات المحكمة لتصدر قرارا جديدا يتفق وأحكام وأحكام القانون ، تلك الاحكام وخاصة أحكام الاهلية التي وردت في القانون المدني والتي تلزم في نفس الوقت قضاة المحاكم الشرعية وقضاة المحاكم المدنية .

### « ثانياً : أهلية التقاضي وجزاء عدم توافرها »

بعد أن حاولت المحكمة العليا أن تبرز عدم الزامية أحكام القانون المدني بالنسبة للمحاكم الشرعية وعدم قدرة المحاكم المدنية على التسلط على المحاكم الشرعية بدون أن تعبأ بأن ذلك سيؤدي من جانب آخر الى خضوع المحاكم المدنية الى قرارات المحاكم الشرعية غير المتفقة مع القانون ، حاولت تبرير الحكم على أساس

تحليل قواعد القانون المدني المنظمة للأهلية ، وكأن المحكمة العليا شعرت أن في حججها السابقة بعض الخلل ومن هنا كان منها هذا التحول الى قواعد القانون المدني نفسها عساها أن تجد فيها ما يصح سنداً لتصحيح ذلك الوضع المختل الذي نشأ عن قرار المحكمة الشرعية بتعيين وصي قاصر لن يتجاوز مركزه القانوني مركز القاصر المأذون بعد بلوغه سن الثامنة عشرة وقبل بلوغه سن الواحدة والعشرين وتقوم حجج المحكمة العليا على الاساس التالي : -

ان رفع الدعوى يعتبر من ناحية تصرفا نافعا محضاً وبالتالي صحيحاً لمصلحة القاصر كذلك أنه يعتبر من أعمال الادارة فاذا أتى به القاصر المأذون له بالادارة كان صحيحاً كما أن أبطال هذه التصرفات لا يستطيع أن يطلبه سوى من تقرر الابطال لحمايته أي القاصر في حالتنا هذه ، وبالتالي لا يستطيع الخصم أن يدعي ببطالان تصرفه لنقص أهليته ولا الدفع بعدم أهلية القاصر الذي رفع الدعوى .

ولا يخفى التناقض بين هذه الحجج المجتمعة ذلك أن العمل القانوني اما أن يكون عملاً من أعمال الادارة أو يكون تصرفاً من التصرفات أيا كان نوعها . ولكن نفس العمل لا يكون في نفس الوقت بالنسبة لنفس الشخص عملاً من أعمال الادارة وعملاً من أعمال التصرفات حتى ولو كان الأمر يتعلق باعتباره تصرفاً من التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، كذلك اذا اعتبر عمل قانوني معين من أعمال الادارة قام به شخص مأذون بالادارة كان صحيحاً ونفس الشيء بالنسبة للتصرفات النافعة نفعاً محضاً فالقاصر المميز حتى ولو لم يكن مأذوناً بالادارة اذا قام به يعتبر التصرف صحيحاً وفي كلتا الحالتين لا يمكن للقاصر أو غيره أن يطالب بالابطال ولا بالبطالان وبالتالي فما كان للمحكمة العليا أن تبرر حكمها ولو بطريقة احتياطية على أساس أن البطلان هنا نسبي لا يستطيع أن يبطله الا من تقرر الابطال حمايته .

فطالما أننا اعتبرنا العمل القانوني صحيحاً فلا القاصر ولا من كان طرف معه في

في العمل القانوني وهو الخصم في الدعوى بمستطيع أن يدفع بالابطال أو البطلان .  
فضلا عن هذا التناقض المبدئي نجد أن التكييف الذي أخذت به المحكمة  
العليا في هذا الحكم للمطالبة القضائية والمتمثل في رفع الدعوى وأعتبرها في نفس  
الوقت عملا من أعمال الادارة وتصرفا من التصرفات النافعة نفعا محضا ، نجد أن  
ذلك يخالف أحكام القانون المدني الذي حاولت المحكمة الاستناد الى أحكامه في  
تحليلها كما لا يتفق مع أحكام المحكمة العليا السابقة والتي تعرضت فيها لهذه  
المسألة .

فمن ناحية النصوص التشريعية نجد أن من الخطأ اعتبار المطالبة القضائية و برفع  
الدعوى من أعمال الادارة ذلك لأننا اذا كنا لا نجد تحديداً تاماً لأعمال الادارة  
التي يستطيع أن يقوم بها القاصر المأذون ، فأنا نستطيع أن نعرفها على ضوء ما جاء  
من أحكام بخصوص الوكالة العامة والخاصة . فالمادة « ٧٠١ » مدني لبي التي حددت  
صلاحيات الوكيل في الوكالة التي ترد في الفاظ عامة وقصرها على أعمال الادارة  
أضافت « ويعد من أعمال الادارة الايجار اذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات  
وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . وبدخل فيها أيضا كل  
عمل من أعمال التصرف تقتضيه الادارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول  
الذي يسرع اليه التلف وشراء ما يستلزم الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه  
واستغلاله » .

واذا كان هذا النص لا يذكر على وجه التحديد والحصر كافة أعمال الادارة  
فأنا لا نستطيع أن نعتبر المرافعة أمام القضاء من أعمال الادارة ، وخاصة ان المادة  
« ٧٠٢ » التي أعقبت النص الفائق تتطلب وكالة خاصة في كل عمل ليس من  
أعمال الادارة وخاصة المرافعة امام القضاء والبيع والرهن .

فهنا ذكر النص صراحة أن المرافعة أمام القضاء ليست من أعمال الادارة  
وبالتالي فيشترط للقيام بها أهلية تختلف عن الأهلية التي تتطلب للقيام بأعمال

الادارة واذا لم تكن المرافعة أمام القضاء من أعمال الادارة فانها تدخل في الطائفة المقابلة أي ضمن أعمال التصرفات ؛ ولكن في أي نوع من أنواع التصرفات التي يعرفها القانون المدني بالنسبة للاهلية .

هل تعتبر تصرفا نافعا نفعاً محضاً أم تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً أم تصرفاً دائراً بين النفع والضرر ؟ .

أحكام المحكمة العليا الليبية السابقة تجري على أن المرافعة أمام القضاء تدخل في طائفة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . ففي حكمها الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٦٠ ( القانون المدني رقم ٤/٢١ قضاء المحكمة العليا . القضاء المدني الجزء الثاني ص ١٣٨ ) قضت المحكمة العليا الليبية بأن « على الأوصياء استئذان جهة قضاء الاحوال الشخصية في المطالبة قضاء بحقوق القصر وعديمي الاهلية لتقدير احتمال كسب الدعوى درءاً لتكبدهم نفقات لا طائل وراءها » ومعنى ذلك أن المحكمة العليا العليا تعتبر أن المطالبة القضائية تحمل الكسب وتحتمل الخسارة أي أنها تعتبر تصرفاً دائراً بين النفع والضرر .

فظالما أنه ليس من المؤكد كسب الدعوى — والاحتمال قائم دائماً — فان المطالبة القضائية لا يمكن اعتبارها تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً وان تعلق الأمر بمطالبه يبدو نجاحها كبير حيث يوجد احتمال رفض الدعوى لأي سبب من الاسباب كما أن المطالبة القضائية تؤدي لا محالة الى الفصل في أصل الحق وقد يصل الأمر الى الصلح والصلح ليس من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر والذي يشترط فيه أهلية المتصرف وليس أهلية الادارة ولا أهلية التصرفات النافعة نفعاً محضاً (مادة ٥٤٩ مدني ليبي )

وعلى ذلك يظهر مدى خطأ ما ذهبت اليه المحكمة العليا من الاستناد الى

نص القانون المدني الذي يسمح للاذن للقاصر الذي بلغ ١٨ سنة في ادارة أمواله والذي اعتبر أن أعمال الادارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون . بقيت حجة أخيرة ارتكزت عليها المحكمة العليا مؤداها أنه على أي الأحوال لا يمكن أن يتمسك الغير بالبطلان حيث أن البطلان قد شرع لحماية القاصر .

وهنا أيضاً نجد المحكمة العليا يراودها التكييف الصحيح للدعوى على أساس أن المطالبة القضائية تصرف يدور بين النفع والضرر وبالتالي يكون قابلاً للبطلان اذا كان الشخص ناقص الأهلية . وهنا تقول المحكمة أن مثل هذا البطلان لا يستطيع أن يطالب به الا من تقرر البطلان لحمايته أي القاصر وطالما أن القاصر لم يطالب بأبطال الحكم فهنا لا يستطيع الخصم أن يطالب به . وهذا القول من المحكمة اذا كان صحيحاً في الاتفاقات والعقود عموماً الا أنه لا يصدق على المطالبة القضائية لاتصالها بمرفق العدالة وحسن تسيير القضاء .

فالأهلية شرط لرفع دعوى يختلط عند البعض بشرط الصفة ويستطيع المدعي عليه أن يقدم دعواً بعدم قبول الدعوى لعدم توافر الأهلية أو الصفة وهذا الدفع يمكن تقديمه في أي وقت .

وهنا يستطيع بلا جدال المدعي عليه الذي يقيم عليه قاصر دعوى أن يدفع بعدم قبولها لعدم توافر الأهلية ويجب على القاضي قبول هذا الدفع - وقضاء نفس المحكمة العليا الليبية في طعون سابقة في تكييف الدفع بعدم القبول جدير بأن يؤخذ في الاعتبار حكم ٦ مايو سنة ١٩٦١ م في الطعن رقم ٥/١١ القضاء المدني الجزء الثاني ص ٢٥٠ فقد جاء في هذا الحكم « لما كان للدفع بعدم القبول طبيعته الخاصة اذ يوجه الى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه وما اذا كان من الجائز استعمالها أم أن شرط الاستعمال متخلف فيها ومن ثم فلا يسقط الحق في ذلك

الدفع بعدم ابدائه في الجلسة الاولى وبالتحدث في الموضوع هذا الى أنه اذا كان الدفع بعدم القبول معناه انكار الصفة فانه يتعلق بالنظام العام وذلك على اعتبار أن المحكمة يتعين عليها قبل تناول موضوع الدعوى أن تتحقق من صفات الخصوم وتتحقق أيضاً من وكالة من ينوب (عنهم) فعليها ومن تلقاء نفسها أن تطالبهم بتقديم ما يثبت وكالتهم عن صاحب المصلحة في الدعوى ذلك أن الحكم الصادر في موضوع الدعوى قد يصدر على الخصم الذي لم يمثل تمثيلاً قانونياً صحيحاً فيتمسك بعدم جواز الاحتجاج به في مواجهته على اعتبار أنه لم يكن طرفاً في الخصومة التي حدد فيها وقد يصدر عليه اذا رفعت الدعوى بأسمه فيثبت حقه في التنصل ما قام به من تولى السير في الخصومة فيقبل الحكم الصادر فيها وليس من النظام العام شغل المحاكم عن القضايا الجديدة بدعاوى مبنهاها اجراءات قد يتهددها الزوال بالبطلان ، ولما كان ما تقدم من مساس الدفع بانعدام الصفة بالنظام العام فانه لا يمنع من قبوله التنازل عنه صراحة أو ضمناً من قبل صاحب الحق فيه اذ يبقى على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها .»

وهذا القضاء سليم فمهمة القاضي التحري عن أهلية الخصوم حتى لا يصدر حكماً مهتداً بالزوال ، وبالتالي فحين يوجه المدعي عليه دعواً بعدم قبول الدعوى لعدم تمام أهلية المدعي فان على المحكمة أن تتحقق من ذلك فاذا وجدته قاصراً ناقص الأهلية فلا بد لها من أن تحكم بعدم قبول الدعوى ، ولا يكون لقولها انه على أي الاحوال لا يستطيع أن يطالب بالبطلان الا هذا القاصر حيث أن بطلان تصرفاته قد تقرر لحماية مصالحه .

ذلك أن اشتراط الأهلية في رفع الدعوى شرط يتعلق بحسن تسيير العدالة ويتصل بالنظام العام وليس فقط متعلقاً بحماية مصالح القاصر .

وبالتالي يستطيع الخصم أن يدفع بنقص أهلية خصمه وحماية مصالح القاصر التي أثارها المحكمة العليا لا تقوم في الواقع الا اذا لم يقدم أي دفع بعدم القبول وصدر حكم أصبح نهائيا هنا لا يستطيع أحد غير ناقص الاهلية أن يطالب بالابطال لنقص أهليته وفي خلال المدة التي يجوز الطعن فيها في الاحكام .

أما اذا أثير الدفع قبل الحكم النهائي فانه يجب الحكم بعدم قبول الدعوى .  
وهذا ما كان يجب أن يكون في هذه القضية .